

درُوس فقہ

کتاب کلا



جلد پنجم

آیۃ اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیری زنجانی رحمۃ اللہ علیہ



مکتبۃ المدینہ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سرشناسه: شبیری زنجانى، سيد موسى، ۱۳۰۶ -

عنوان و نام پديدآور: كتاب نكاح/ سيد موسى شبيرى زنجانى.

مشخصات نشر: قم: دفتر حضرت آيت الله شبيرى زنجانى، انتشارات مركز فقهى امام محمد باقر(ع)، ۱۴۰۲ -

مشخصات ظاهرى: ۲۵ ج.

فروست: دروس فقهى: ۵

شابک: دوره: 6-01-5541-978-622؛ ج. ۵: 1-3-93299-622-978

وضعيت فهرست‌نويسى: فبا

يادداشت: کتابنامه.

موضوع: زناشویی (فقه)

Marriage (Islamic law)

فقه جعفرى -- قرن ۱۴

Islamic law, Ja'fari -- 20th century*

شناسه افزوده: دفتر آيت الله العظمى شبيرى زنجانى. مركز فقهى امام محمد باقر(ع)

رده‌بندي كنگره: BP۱۸۹/۱

رده‌بندي ديويى: ۲۹۷/۳۶

شماره كتابشناسى ملي: ۹۳۶۱۱۱۳

دروس فقہ

کتاب



جلد پنجم



آية الله العظمى سيد موسى شيرازي نجاني رَحِمَهُ اللهُ



کتاب نکاح

(جلد پنجم)

آیت الله العظمی سید موسی شبیری زنجانی رحمته الله



ناشر: انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر رحمته الله

نوبت چاپ: اول / ۱۴۰۲

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

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

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

تلفن: ۳۷۷۴۳۸۶۹-۳۷۷۴۳۷۱۹ (۰۲۵)

کد پستی: ۳۱۷۱۵۷۹۳۱۸

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

تماس با انتشارات: ۰۹۲۰۶۱۷۸۲۰۹

پیام رسان ای‌تا: @zanjanibooks

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



با سپاس از همکارانی 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 رضایی‌نیا

فهرست اجمالی

۹	فصل ۳: حق نزدیکی برای زن ^۱
۱۱	شرائط و ادله وجوب نزدیکی
۱۱	ناسازگاری تعبیر «اشکال» و تعلیل به مقتضای فتوادر عروه
۱۳	بررسی ادله حرمت ترک وطی زوجه دائم بیش از چهار ماه
۴۴	بررسی تعمیم حکم وطی واجب به زوجه موقت
۵۷	بررسی تعمیم حکم وطی واجب به زن غیر جوان
۵۸	بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر غیر واجب
۶۱	بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر واجب
۶۹	بررسی خصوصیات وطی واجب
۷۷	عدم توقف وجوب وطی بر مطالبه زوجه
۷۷	موارد سقوط حق زوجه نسبت به وطی واجب و بررسی آن
۹۰	اختصاص وطی واجب به زوجه
۹۱	وظیفه شوهر در صورت عجز زوجه از صبر تا چهار ماه
۹۱	مطلب اول: بررسی تنافی «عجز از صبر» با «معصیت» در عروه
۹۵	مطلب دوم: تنقیح فروض مسنله
۹۷	مطلب سوم: بررسی وجه لزوم مباشرت یا طلاق قبل از چهار ماه
۱۰۷	بررسی وجوب قضای مباشرت ترک شده
۱۰۷	مطلب اول: تنقیح محل کلام
۱۰۷	مطلب دوم: عدم وجوب قضا به دلیل موقت نبودن لزوم مباشرت
۱۰۹	بررسی لزوم ارضای زوجه در فرض ترک مباشرت چهار ماه یک بار

۱. این فصل، مربوط به بخش پنجم (احکام نزدیکی با زوجه) است.

- ۱۰۹ ادله لزوم ارضای صاحب حق
- ۱۲۴ ملاک بودن جماع متقدم به عنوان مبدأ چهار ماه
- ۱۲۵ فصل ۴: نزدیکی با صغیره و حکم افضاء
- ۱۲۷ حرمت وطی صغیره و بررسی ادله آن
- ۱۲۷ دلیل اول: اجماع
- ۱۲۸ دلیل دوم: لا ضرر
- ۱۲۸ دلیل سوم: روایات
- ۱۴۴ بررسی حرمت ابدی در فرض وطی صغیره
- ۱۸۳ عدم حرمت ابدی وطی صغیره در برخی فروض
- ۲۰۲ ثبوت دیه در افضاء صغیره
- ۲۲۸ وجوب نفقه صغیره افضاء شده
- ۲۳۰ مراد از افضاء در موضوع روایات
- ۲۴۰ بررسی ثبوت دیه افضاء غیر زوجه صغیره
- ۲۴۰ بررسی عبارت عروه
- ۲۴۳ اشاره به اقوال در ثبوت دیه افضاء زوجه کبیره با غیر دخول
- ۲۴۴ روایات دیه افضاء
- ۲۴۷ بیان دو تقریب جهت اثبات دیه در مطلق افضاء جز وقاع با زوجه کبیره
- ۲۴۸ بررسی ثبوت دیه افضاء مملوکه
- ۲۴۹ نظر مختار در دیه افضاء صغیره غیر زوجه
- ۲۵۱ بررسی نفقه در افضاء زوجه کبیره
- ۲۵۱ مسامحه در تعبیر مرحوم سید
- ۲۵۱ دلیل وجوب انفاق در افضاء زوجه کبیره: اطلاق صحیحه حلبی
- ۲۵۲ بررسی ادله استثناء زوجه کبیره از وجوب انفاق
- ۲۵۹ نظر مختار: احتیاط وجوبی در وجوب نفقه کبیره افضاء شده کم سن
- ۲۶۰ ضمان عاقله نسبت به دیه صغیر یا مجنون مُفْضِی

- ۲۶۰ مطلب اول: امکان افضاء توسط صغیر
- ۲۶۰ مطلب دوم: امکان افضاء خطائی با بیان دو تصویر
- ۲۶۱ مطلب سوم: بررسی وجه اشکال مرحوم سید در وجوب دیه بر عاقله
- ۲۶۸ بررسی حکم عیوب غیر از افضاء
- ۲۶۹ حکم تکلیفی وطی زوجه مشکوک الصغر
- ۲۶۹ نظر سید یزدی: حرمت وطی به دلیل استصحاب حرمت
- ۲۶۹ بررسی اشکال های وارد بر عروه
- ۲۸۴ نظر مختار: حرمت وطی در همه موارد به دلیل استصحاب موضوعی
- ۲۸۵ حرمت ابدی زوجه موطوءه مشکوک الصغر
- ۲۸۵ نظر سید یزدی: عدم اثبات حرمت ابدی به دلیل مثبت بودن استصحاب
- ۲۸۵ بررسی وجه مثبت بودن اصل عدم بلوغ در مقام
- ۲۹۲ نظر مختار: حرمت ابدی
- ۲۹۳ وجوب دیه و نفقه در وطی زوجه مشکوک الصغر
- ۲۹۳ وجه وجوب نفقه و دیه در عروه با وجود مثبت دانستن استصحاب صغیر
- ۳۰۱ جریان همه احکام زوجیت در زوجه افضاء شده
- ۳۰۱ مطلب اول: الحاق ولد به شوهر با وجود فرض حرمت ابدی جماع با زوجه
- ۳۰۲ مطلب دوم: بررسی تحقق حرج بالحاظ حرمت ابدی جماع با زوجه
- ۳۰۳ عدم سقوط نفقه زوجه افضاء شده با نشوز
- ۳۰۳ اشکالات کلام سید یزدی
- ۳۰۵ قول مختار: ثبوت نفقه مفضاة ناشزه به دلیل اطلاق روایت حلبی
- ۳۰۶ بررسی تقدم نفقه افضاء بر نفقه اقارب
- ۳۰۶ مطلب اول: عدم دلیل بر تقدم مجرد ذین بر نفقه اقارب
- ۳۰۸ مطلب دوم: عدم دلیل بر تقدم نفقه مفضاة بر اقارب
- ۳۱۰ بررسی سقوط نفقه زوجه افضاء شده با موت زوج
- ۳۱۰ بیان اقوال و بررسی وجود شهرت در مسئله
- ۳۱۲ وجه نظر مشهور متأخرین (سقوط نفقه با موت شوهر) در مستمسک

۳۲۵	وجه نظر مشهور متأخرین: ظهور «علیه الاجراء» در حکم تکلیفی
۳۲۵	بررسی استصحاب حکم وضعی حق نفقه منتزع از حکم تکلیفی
۳۲۷	نظر مختار: ظهور «علیه الاجراء» در عدم سقوط نفقه با موت شوهر
۳۲۹	عدم سقوط نفقه زوجه افشاء شده با عدم تمکن زوج
۳۳۰	حکم امتناع زوج از پرداخت نفقه در صورت تمکن
۳۳۰	بررسی کلام سید یزدی

بخش ششم: تعدد زوجات

۳۳۵	حرمت نکاح دائم با بیش از چهار زن
۳۳۶	عدم محدودیت در ملک، تحلیل و عقد موقت
۳۳۷	محدودیت نکاح حرّ با اُمّه و نکاح عبد با حرّ
۳۳۸	اشکالات عبارت عروه
۳۴۱	بررسی الحاق عبد و اُمّه میقتضی به حرّ
۳۴۱	جهت اول: بررسی مقتضای اصل لفظی
۳۴۶	جهت دوم: بررسی مقتضای اصل عملی
۳۵۰	حکم عبد عتق شده با بیش از دو زوجه اُمّه
۳۵۱	حکم نکاح با خامسه در فرض شک در دائمی بودن چهار همسر
۳۵۲	حکم ازدواج با زن پنجم پس از طلاق یکی از زوجات اربعه
۳۵۲	تصویر صور پنج گانه مسئله
۳۵۳	حکم صورت اول و دوم: جواز
۳۵۳	حکم صورت سوم (ازدواج با زن پنجم در عدّه رجعی): عدم جواز
۳۵۵	حکم صورت چهارم (ازدواج با زن پنجم در عدّه بانن)
۳۹۰	حکم صورت پنجم (ازدواج با زن پنجم قبل از انقضاء عدّه وفات)

فصل ۲: حق نزدیکی برای زن

شرائط و ادله وجوب نزدیکی

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر، من غير فرق بين الدائمة و المتمتع بها، و لا الشابة و الشائبة على الأظهر، و الأمة و الحرة؛ لإطلاق الخبر؛ كما أنّ مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر و المسافر في غير السفر الواجب. و في كفاية الوطی في الدبر إشکال - كما مرّ -؛ و كذا في الإدخال بدون الإنزال؛ لانصراف الخبر إلى الوطی المتعارف و هو مع الإنزال. و الظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها ذلك، و يجوز تركه مع رضاها أو اشتراط ذلك حين العقد عليها، و مع عدم التمكن منه لعدم انتشار العضو، و مع خوف الضرر عليه أو عليها، و مع غيبتها باختيارها، و مع نشوزها. و لا يجب أزيد من الإدخال و الإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاع. و لا يجري الحكم في المملوكة غير المزوجة؛ فيجوز ترك وطیها مطلقاً.»^۲

ناسازگاری تعبیر «إشکال» و تعلیل به مقتضی فتوا در عروه

در زبان فارسی عبارت «اشکال دارد» به معنای «حرام است» به کار می رود؛ ولی در لسان فقها، عبارت «فيه إشکال» به معنای تردید و عدم فتوا است؛ بنابراین، در اینجا مناقشه ای در عبارت عروه مطرح است و آن اینکه مقتضای تعلیل متن (لانصراف الخبر إلى الوطی المتعارف و هو مع الإنزال)، فتوا به عدم کفایت است، نه تردید در مسئله و عدم فتوا.

نظیر این اشکال در مسئله چهارم از همین بخش نیز مطرح است که مرحوم

۱. کلمه «سفر» در بسیاری از نسخ عروه، همچون نسخه مبانی العروة (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۱۹) و نسخه متن مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۴، ص ۷۴)، بدون الف و لام ذکر شده که اشتباه است و در نسخه اصل مصنف، با الف و لام آمده است (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰).

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

سید چنین فرموده است:

«نعم، في كفايته في حصول تحليل المطلقة ثلاثا إشكال؛ كما أنّ في كفاية الوطي في القبل فيه بدون الإنزال أيضا كذلك؛ لما ورد في الأخبار من اعتبار ذوق عسيلته و عسيلتها فيه؛ وكذا في كفايته في الوطي الواجب في أربعة أشهر...»^۱

زیرا ممکن است از تعلیل (لما ورد في الأخبار ...) فتوای به عدم کفایت استفاده شود؛ در حالی که از کلمه «إشكال»، عدم فتوا به دست می‌آید. سبب عدم فتوا با وجود انصراف روایت به وطی متعارف، می‌تواند یکی از دو مورد زیر باشد.

احتمال اول: عدم کفایت تمام مراتب انصراف برای افناء

احتمال دارد مرحوم سید در اینجا، در درجه انصراف تأمل داشته که آیا به گونه‌ای هست که منشأ ظهور عرفی گردد یا خیر؛ زیرا انصراف، مراتبی دارد که تمام آن مراتب، معتبر نیست؛ چه بسا انصراف، بدوی باشد و سبب تغییر ظهور نگردد.

احتمال دوم: مانع شدن «ظهور عبارات فقها در کفایت مطلق وطی» از افناء

احتمال دوم این است که اگر انصراف مذکور، منشأ ظهور عرفی هم شود، باز مصنف با توجه به اطلاق کلمات فقها، و یا تصریح آنها به کفایت مطلق وطی، از فتوا دادن خودداری کرده و به اشکال اکتفا کرده است؛ زیرا بر طبق مشی بسیاری از فقها، استنباط مشهور علما در تعیین مفاد روایات نیز مؤثر بوده و دست‌کم منشأ تردید در مسئله می‌گردد.

در مسئله چهارم نیز - چنان‌که بیان شد - نقل مشتمل بر «تذوق عسیلته»^۲ از

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۸، م ۴.

۲. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۱۶، ح ۳۶۴: عن سماعة بن مهران قال: «سألته عن المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره قال: هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة فهي التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره، و تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها و هو قول الله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَضَرَّعْتَ بِإِخْسَانٍ﴾ التَّسْرِيحُ بِالْإِحْسَانِ التَّطْلِيقُ الثَّالِثَةُ»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۲۲، ح ۱۳.

جهت سندی اعتبار ندارد و مرسله است؛ ولی جهاتی همچون ادعای اجماع شیخ، یا عمل مشهور یا گروهی از علما بر طبق آن، یا تکرر نقل آن در روایات غیر معتبر، احتمال اعتبار روایت را پدید آورد^۱ و نسبت به مضمون آن با تردید برخورد شد و کلمه «اشکال» به کار رفت.

بررسی ادله حرمت ترک وطی زوجه دائم بیش از چهار ماه

در هر حال، ادله‌ای برای وجوب مباشرت چهار ماه یک بار بیان شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

دلیل اول: ادعای اجماع

دلیل اول تمسک به اجماع است. در حرمت ترک وطی تا چهار ماه، گروهی ادعای اجماع کرده‌اند. صاحب مسالك آن را «موضع وفاق»^۲ دانسته است. فیض در مفتاح، تعبیر «بالنص و الإجماع»^۳ دارد. وحید بهبهانی در شرح مفتاح، طبق نقل

البته روایاتی که فقط مشتمل بر فقره «یذوق عسیلتها» باشد روایاتی معتبر است: النوادر (اشعری)، ص ۱۱۲، ح ۲۷۶: زرعة عن سماعة قال: «سألته عن رجل طلق امرأته فنزوها رجل آخر ولم یصل إليها حتی طلقها تحل للأول قال لا حتی یذوق عسیلتها».

الکافی، ج ۵، ص ۴۲۵، ح ۴: سهل عن أحمد بن محمد عن مثنی عن أبي حاتم عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن الرجل یطلق امرأته الطلاق الذی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره ثم تزوجها رجل آخر و لم یدخل بها قال لا حتی یذوق عسیلتها».

الکافی، ج ۶، ص ۷۶، ح ۳: محمد بن جعفر الزّاز عن أنوب بن نوح و أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار و محمد بن إسماعیل عن الفضل بن شاذان و حمید بن زیاد عن ابن سماعة کلهم عن صفوان عن ابن مسکان عن أبي بصیر قال: «قلت لأبي عبد الله علیه السلام المرأة التي لا تحل لزوجها حتی تنکح زوجا غیره قال هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تطلق الثالثة فهي التي لا تحل لزوجها حتی تنکح زوجا غیره و یذوق عسیلتها».

۱. بحث از اعتبار صدور و دلالتی این روایات و مطالب مرتبط با آن در مسئله چهارم از همین بخش گذشت.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۶.

۳. مفتاح الشرائع، ج ۲، ص ۲۹۰.

مستند نراقی^۱، ادعای اجماع کرده است. صاحب مدارک در نهایت المرام فرموده: «هذا هو المعروف من مذهب الأصحاب»^۲ و صاحب ریاض^۳ هم تعبیری شبیه به صاحب مدارک دارد؛ از این رو، ممکن است برای اثبات حکم به اجماع تمسک شود.

وقوع اشتباه در مستند نراقی

مرحوم نراقی در مستند، پس از آنکه اجماع را از مفاتیح مرحوم فیض و شرح مفاتیح نقل کرده^۴، فرموده است که برخی مانند محقق سبزواری تعبیر به «معروف» کرده اند: «المعروف من مذهب الأصحاب كما في الكفاية وغيره»^۵؛ ولی چنین تعبیری در کفایة الأحکام مرحوم سبزواری یافت نشد و در آنجا تنها فتوای خود مصنف ذکر شده است.^۶ بر این اساس، به نظر می رسد که در اینجا سبق قلم صورت گرفته و واژه «الكفاية» در واقع «النهاية» بوده که اشاره به «نهاية المرام» است؛ یعنی عبارت صحیح چنین است: «المعروف من مذهب الأصحاب كما في النهاية وغيره». مراد از غیر نهایت، ظاهراً ریاض است که در آن نیز قول به حرمت ترک وطی، معروف بین امامیه دانسته شده است.

در هر حال، هم اشکال صغروی و هم اشکال کبروی بر چنین اجماعی وارد است.

اشکال صغروی بر اجماع

اشکال اول: معنون نبودن مسئله تا زمان ابن ادریس جز در کلام شیخ طوسی و ابن بزّاج اشکال صغروی اول این است که این مسئله قبل از شیخ طوسی در کلام هیچ فقیهی نیامده است؛ تنها صدوق روایت صفوان را نقل کرده که درباره مضمون آن بحث خواهد شد؛ ولی کلینی روایتی در این باب نیاورده و این مسئله در مقنع، هدایه،

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۸.

۲. نهایت المرام، ج ۱، ص ۶۱.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.

۴. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۸.

۵. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۷.

۶. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۸.

مقنعه، کتب سید مرتضی، کافی حلبی و مراسم سلار دیده نمی شود. از سایر قدما، همچون علی بن بابویه و جعفری هم فتوایی در این زمینه نقل نشده است. اولین کسی که صریحاً چنین فتوایی داده، شیخ طوسی در نهایی^۱ است. سپس شاگردش ابن براج در مهذب^۲ و ابن ادریس در سرائر^۳ و قطب الدین کیدری در إصباح^۴ و محقق در شرائع^۵ و نافع^۶ چنین فتوا داده اند؛ بنابراین، در فاصله زمان شیخ طوسی تا ابن ادریس، تنها ابن براج که شاگرد و از اتباع شیخ است چنین فتوایی داده است؛ بلکه شاید ظاهر عبارت ابن حمزه، عدم وجوب باشد؛ زیرا ایشان اقسام وطی محرم و مکروه و مستحب را ذکر کرده، ولی وطی واجب را ذکر نکرده است^۷؛ اما پس از محقق، قائل صریحی بر خلاف یافت نشد. یحیی بن سعید، شاگرد محقق حلی نیز در الجامع، مانند استادش فتوا داده است.^۸

اشکال دوم: استظهار «جواز ترک وطی» از کلام شیخ مفید در احکام النساء علاوه بر اشکال فوق، می توان گفت که مرحوم شیخ مفید قائل به عدم وجوب چنین مباشرتی است؛ ایشان فرموده: «و للمرأة علی زوجها النفقة بالمعروف و الکسوة و السکنی و لیس لها الاقتراح بأکثر من ذلک»^۹؛ زن بیش از نفقه و لباس و مسکن، حق مطالبه از شوهرش را ندارد.

با اینکه ایشان در این رساله در مقام بیان احکام زن و حقوق او بر شوهر است و

۱. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۸۲.

۲. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۲۳.

۳. السرائر، ج ۲، ص ۶۰۶.

۴. إصباح الشیعة، ص ۴۳۱.

۵. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴.

۶. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۲.

۷. الوسيلة، ص ۳۱۳.

۸. الجامع للشرائع، ص ۴۵۵.

۹. أحكام النساء، ص ۳۷.

مرحوم شیخ مفید غیر از مقنعه، رساله های متعددی دارد که به مناسبت برگزاری کنگره مفید چاپ شده است. در جلد نهم این رساله ها که به احکام النساء اختصاص یافته این عبارت وجود دارد.

یکی از مسائل درجه اول و یکی از اهداف اساسی ازدواج، تأمین غریزه جنسی است، اما با این حال، اشاره‌ای به مسئله مباشرت ندارد؛ بلکه فرموده است: «و لیس لها الاقتراح بأكثر من ذلك»، و این بدان معنا است که ایشان، وطی در هر چهار ماه را از حقوق زن نمی‌داند.

البته ممکن است دو اشکال بر این استظهار مطرح شود:

• اولاً، لزوم وطی در هر چهار ماه، تنها یک حکم تکلیفی بر عهده مرد است و مرحوم شیخ مفید در مقام بیان حقوق زن است، نه تکالیف شوهر.

اما در پاسخ می‌توان گفت: آن‌طور که از روایات استفاده می‌شود، این حکم از احکام تکلیفی صرف نیست؛ بلکه به عنوان حقی است که زن بر ذمه شوهر دارد و از این رو، با اشتراط در ضمن عقد یا اذن بعدی ساقط می‌شود و با ظهور قوی این روایات باید از برخی روایات که ظاهرش مجرّد تکلیف است، دست برداشت.

• ثانیاً، شاید مراد شیخ مفید از عبارت «لیس لها الاقتراح بأكثر من ذلك» این باشد که در مورد نفقه، زن، حق مطالبه بیش از متعارف را ندارد. اما در پاسخ می‌توان گفت: عبارت «لیس لها الاقتراح بأكثر من ذلك»، بلافاصله بعد از «النفقة بالمعروف» نیامده و ظاهراً «ذلك» اشاره به مجموعه حقوق ذکر شده است، نه فقط نفقه متعارف.

نتیجه بررسی: عدم ثبوت اجماع در مقام

بنابراین، نمی‌توان اجماع قدما را اثبات کرد تا حجت در این موضوع باشد؛ البته در کشف اللثام آن را به «اکثر اصحاب» نسبت داده؛ همچنان‌که مرحوم نراقی در مستند چنین تعبیر کرده است؛^۱ اما این تعبیر، فقط در مورد بعد از ابن ادریس، صحیح است؛ زیرا قبل از وی شهرت هم ثابت نیست. خلاصه آنکه اولاً، با نقل اجماع، اجماع اثبات نمی‌شود و ثانیاً، قطعاً چنین اجماعی وجود ندارد.

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۲۷۰.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۷.

اشکال کبروی بر اجماع

اشکال کبروی بر اجماع، اشکال مرحوم آقای خونی است.

کلام آقای خونی: مدرکی بودن اجماع

ایشان نسبت به اجماع مزبور اشکال صغروی نکرده؛ یعنی ثبوت اجماع ادعا شده را مورد بحث قرار نداده است؛ ولی حجیت آن را مورد مناقشه قرار داده و فرموده است:

«إذ لا ينبغي الشك في عدم كون الإجماع تعبدية، فإنه بعد ورود الصحيحة و تمتك الأصحاب بها يكون مثل هذا الإجماع مدرکياً، فلا يمكن الاعتماد عليه؛ لأنه لا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام»^۱

پاسخ

این مسئله که شرط حجیت اجماع، مدرکی نبودن است، نظریه‌ای است که در میان فقهای متأخر و معاصر مطرح شده^۲ و نزد فقهای پیشین و متقدم مطرح نبوده و کلامی ناتمام است. در ذیل، پاسخ نقضی و حلی به این اشکال کبروی بیان می‌شود.

پاسخ نقضی: ورود اشکال مدرکی بودن بر همه موارد اجماع

پاسخ نقضی این است که چنین اشکالی در مواردی نیز که مدرکی وجود ندارد جاری است.

اگر به دلیل قاعده لطف یا قواعد دیگر، اجماع بما هو اجماع - چنان که عامه می‌گویند - حجت باشد، فرقی بین مدرکی و غیر مدرکی نخواهد بود.

و اگر به دلیل قاعده لطف یا حدس، اجماع، کاشف قطعی یا اطمینانی از رأی شارع باشد و گفته شود: حتماً مجمعین بر اساس رأی شارع یا وجود یک مدرک، اجماع کرده‌اند و در این استنباط خطا نمی‌کنند، پس کشف از رأی معصوم علیه السلام یا وجود دلیل معتبر شرعی می‌کند، باز هم فرقی بین مدرکی و غیر مدرکی نیست؛ زیرا وقتی مجمعین در استنباطشان خطا نکنند، اجماع قطعی المدرك هم باید حجت

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۱۵.

۲. كفاية الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۴۷۵؛ أجود التقريرات، ج ۲، ص ۱۱۴؛ الاجتهاد و التقليد (محقق عراقی)، ص ۱۳۳.

باشد، چه رسد به محتمل‌المدرک، و نفس استناد مجمعی کشف می‌کند که مدرک موجود قابل استناد است.

ولی مبنای اول (حجیت اجماع بما هو اجماع) دلیلی ندارد. مبنای دوم نیز که حجیت اجماع از جهت کشف قطعی یا اطمینانی از نظر معصوم علیه السلام است، مردود است؛ چنان‌که فقهای متأخر هم این مبنا را رد کرده‌اند؛ زیرا چه بسا نظری در دوره‌ای اجماعی است و فقهای دوره بعد، همه از آن رأی عدول کرده‌اند. در علوم دیگر مانند ریاضیات، منطق و هیئت نیز، مسائلی که صدها سال مورد قبول بوده، در یک عصر مردود شمرده شده و نظریات و مبانی آنها تغییرات عمده‌ای یافته‌اند؛ بنابراین، نمی‌توان نفس اجماع و اتفاق نظر را کاشف قطعی یا اطمینانی از رأی شارع مقدس دانست.

از این رو، وقتی اجماع - بما هو اجماع - حجت نبوده و اطمینان‌آور هم نباشد، اگر بتوان با مناقشه در مدرک احتمالی یک حکم اجماعی، آن را کنار گذاشت، در اجماعاتی که مدرک آنها به دست ما نرسیده نیز می‌توان همین استدلال را بیان کرد و فارقی میان آن دو وجود ندارد؛ زیرا فقهایی که به حکم مجمع علیه فتوا داده‌اند، بدون دلیل فتوا نداده‌اند؛ بلکه فتوای آنان مسلماً به استناد دلیل و مدرکی بوده است؛ نهایت اینکه آن مدرک به دست ما نرسیده و چه بسا اگر به دست ما می‌رسید، در حجیت آن مناقشه می‌کردیم. چگونه می‌توان گفت که اگر مستند آن اجماعاتی که مدرک آنها در اختیار ما نیست، به دست ما می‌رسید، حتماً آن را می‌پذیرفتیم، در حالی که در مدارک برخی اجماعاتی که مدارکشان به دست ما رسیده، مناقشه می‌کنیم؟ چه فارقی میان این اجماعات و اجماع‌های محتمل‌المدرک، وجود دارد؟ چگونه می‌توان گفت مدارکی که به دست ما رسیده، قابل مناقشه است؛ ولی همه مدارکی که از دست ما رفته قابل استناد است؟! آیا می‌توان گفت که علمای گذشته اشتباه نکرده‌اند؟ پس در مواردی که مدرکی محتمل یا قطعی برای مجمعی وجود دارد، چرا به عدم اشتباه آنها حکم نمی‌شود؟ آیا مدعی هستند که در موارد نبود مدرک، خداوند مانع اشتباه فقها شده است؟ قطعاً چنین نیست؛ بلکه شاید منشأ آنکه برخی از ادله به دست ما نرسیده این

بوده که چون چندان ارزش نداشته و از اعتبار برخوردار نبوده، اهمتامی برای حفظ آنها نبوده است؛ پس ادله‌ای که به ما نرسیده است، نه تنها از ادله موجود معتبرتر نیست، بلکه ممکن است گفته شود که ضعیف‌تر است.

البته در پاسخ حلی خواهد آمد که این پاسخ نقضی، درباره هیچ یک از دو نوع اجماع (چه محتمل‌المدرک و چه بدون مدرک محتمل) صحیح نیست و اعتبار مدرک یک حکم اجماعی، دخالتی در حجیت آن حکم ندارد.

پاسخ حلی: کفایت احراز اتصال فتوا به زمان ائمه علیهم‌السلام و تقریر آنها

پاسخ حلی این است که مدرکی بودن یا نبودن اجماع، تأثیری در حجیت آن ندارد؛ بلکه تنها باید اتصال فتوا به زمان معصوم علیه‌السلام احراز شود؛ بنابراین، اگر آنان به استناد فلان آیه یا روایت، فتوایی داده‌اند، هرچند سند یا دلالت آن قابل مناقشه باشد، آن اجماع حجت است؛ زیرا ردعی از ائمه علیهم‌السلام نسبت به فتوای مذکور نرسیده و از تقریر معصوم علیه‌السلام استفاده می‌شود که اصل آن فتوا به نظر ایشان صحیح بوده است. حتی اگر یقین داشته باشیم که فتوای اصحاب به استناد دلیلی خاص بوده، مناقشه ما در دلالت دلیل آن فتوا، در حجیت آن خللی ایجاد نمی‌کند، تا چه رسد به اینکه احتمال استناد آن فتوا به دلیل مزبور مطرح باشد.

برای توضیح مطلب می‌توان مثالی زد؛ اگر برخی از مقلدان یک مرجع تقلید نافذ الکلمه، در حضور وی، مسئله‌ای عملی را مطرح کرده و به رساله عملیه او مستند سازند، اگر عبارت رساله، دال بر چنین فتوایی نباشد، ولی مرجع تقلید، آن را ردع نکند، این امر بیانگر صحت اصل فتواست؛ هرچند آنچه از نظر مقلدین، مستند فتوا به شمار می‌رود، در واقع صحیح نباشد؛ زیرا بحث درباره مدرک و مستند فتوا بحثی علمی است که در مقام بیان مسئله و فتوای عملی، لزومی ندارد که مرجع وارد آن شود؛ ولی اگر اصل فتوا نادرست باشد، باید آن را ردع کند و عدم ردع او در این مقام، دلیل بر صحت اصل فتوا است. در اینجا هم با عدم ردع امام علیه‌السلام نسبت به استناد فتوا به دلیلی خاص، هرچند صحت استناد ثابت نمی‌شود، ولی صحت اصل فتوا ثابت می‌گردد.

بنابراین، آنچه برای حجیت اجماع مهم است، آن است که اتصال فتوای

اجماعی به زمان معصوم علیه السلام احراز شود و از اتفاق و عدم نقل خلاف از سوی فقها و منابع متقدم فقهی، چنین استفاده شود که در زمان معصوم علیه السلام فتوای فقهای امامیه چنین بوده است تا با تقریر معصوم علیه السلام حجیت آن اثبات شود؛ و اگر چنین اتصالی احراز نشود، اجماع مزبور حجت نیست؛ چه مدرک داشته باشد و چه نداشته باشد؛ بنابراین، فهم فقها از مستند اجماع، در حجیت آن نفیاً و اثباتاً تأثیری ندارد و رابطه مصادیق دو مسئله با یکدیگر عموم و خصوص من وجه است.

راه احراز اتصال فتوا به زمان معصوم علیه السلام

در مسائل و موضوعات اصلی که نوعاً مورد ابتلا است، احراز اتصال و اطمینان نسبت به صدور حکم اجماعی در زمان معصوم علیه السلام به آسانی ممکن است؛ ولی در مسائل فرعی و جزئی جز در برخی موارد، این امر ممکن نیست.

توضیح مطلب: در مسئله‌ای که محل ابتلای عموم مردم باشد، این احتمال که در مورد این مسئله عام‌البلوئ، فقهای پیشین رأیی نداشته‌اند یا رأی مخالفی داشته‌اند و رأی مخالف به ما نرسیده، بسیار بعید است و لو کان لبان؛ از این رو بسیار بعید است که در دوران متأخر یک باره فتوایی پیدا شده باشد.

ولی نسبت به مسائل قلیل الابتلا و فرعی جزئی، چنین احتمالی بعید نیست؛ زیرا محتمل است که مسئله‌ای مستحدث بوده و در یک زمان نسبت به آن اتفاق نظر حاصل شده و پس از آن دوره، مسئله اجماعی شده و به هیچ وجه، اتصالی به دوران معصومین علیهم السلام نداشته باشد. در حقیقت، مدرکی بودن، فقط در این موارد، مضّر به احراز اتصال تا زمان ائمه علیهم السلام است؛ مگر اینکه از روایات یا فتاوی عامّه استفاده شود که این مسئله نیز - علی رغم قلیل الابتلا بودن - در زمان معصوم علیه السلام مطرح بوده است و در نتیجه، اتصال به زمان معصوم علیه السلام احراز شود. بنابراین، در این قسم (قلیل الابتلا) اگر حکمی کاملاً بی ارتباط با آیات و روایات باشد، کشف می‌شود که در زمان ائمه علیهم السلام و نزد اصحاب مسلم بوده و در نسل‌های بعدی به قدمای از فقها رسیده است؛ اما اگر مدرکی وجود داشته باشد که محتمل باشد اجماع فقها به استناد این مدرک است، دیگر اتصال به زمان ائمه علیهم السلام احراز نمی‌شود.

دلیل دوم: فعل عمر

دلیل دوم در مقام، تمسک به فعل عمر است؛ آن طور که در جامع المقاصد^۱ و جواهر^۲ و بعضی کتب دیگر^۳ آمده است، عمر از یکی از بانوان مدینه که شوهرانشان به جهاد رفته بودند، این شعر را شنید که می‌گفت:

فوالله لولا الله لاشيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

این، حاکی از شدت ناراحتی از سفر شوهرانشان و طبعاً عدم برخورداری از حق جماع و دشواری تحمّل آن بود؛ از این رو، دربارهٔ بیشترین مدتی که یک زن می‌تواند از جماع خودداری کند، سؤال کرد. از جواب‌های مختلفی که دادند، بیشترین مدت را که چهار ماه بود به عنوان یک قانون درج کرد و فرمان داد که مردان، بیش از چهار ماه حق دور ماندن از محل زندگی و خانوادهٔ خود را ندارند و در صورت سفر، موظف‌اند برای ادای تکلیف خود نسبت به زنان مراجعت کنند.^۴

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۵۰۷.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۷۷؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

البته شیخ طوسی در ميسوط (ج ۵، ص ۱۱۵) به این نقل برای مسئله مورد بحث تمسک نکرده است؛ بلکه در بحث ایلاء آن را نقل کرده است: «و حکي أنّ عمر كان يطوف بالمدينة ليلا بنفسه يتتبع ما يطلع عليه، فلما كان ذات ليلة مزّ يباب دار لقوم فسمع امرأة تقول:

ألا طلال هذا الليل وأزور جانبه وأرقنسى ألا خليل الاعبه
فوالله لو لا الله لاشيء فوقه لرزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني وأكرم زوجي أن ينال مراكيه

ثم قالت يهون على عمر بن الخطاب وحدتي و غيبة زوجي، فلما كان من الغد استدعى المرأة فسأل عن زوجها فقالوا غائب في الجهاد، فاستدعى عجانز من قریش فقال لهن: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقلن شهرين فقال فثلثة، قلن يقل صبرها، فقال أربعة فقلن يفني صبرها، فبعث عمر إلى أهل الجهاد فردّ من كان غائبا عن زوجته أكثر من أربعة أشهر ثم ضرب مدة الغيبة للمجاهدين أربعة أشهر».

۴. در کتب عامه نیز این داستان نقل شده است:

الأوائل (ابو هلال عسکری)، ص ۴۱۴-۴۱۵: «و كان عمر رضي الله عنه يجمر الجيش، حتى سمع امرأة تنشد ليلا و هو الذي أخبرناه أبو احمد عن أبي روق عن الرياشي عن أيوب بن الحسن الهاشمي عن ابن أبي اويس عن مالك عن عبد الله بن دينار قال: خرج عمر ليلة فسمع امرأة تقول:

فوالله لو لا الله لاشيء غيره لحزك من هذا السرير جوانبه

اما این استدلال قابل مناقشه است.

اشکال اول: ثابت نبودن واقعه

اولاً، گرچه این داستان، در بعضی از کتب تاریخی آمده؛ ولی اصل وقوع چنین قضیه‌ای روشن و ثابت نیست.^۱

اشکال دوم: کاشف نبودن فعل عمر از تقریر امام علی

ثانیاً، فعل چنین شخصی اعتبار ندارد؛ البته ممکن است برای دفع این اشکال، استدلال را با بیانی دیگر تقریر کرد، به این شکل که گفته شود: هیچ یک از صحابه به این قانون اعتراضی نکرده‌اند؛ بنابراین، تقریر امام علی نیز از آن استفاده می‌شود و این فعل معتبر می‌شود.

فسال حفصة رضي الله عنها، كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: أربعة أشهر أو ستة أشهر - شك مالك - فقال: لا أحبس جيشاً أكثر من هذا.

همچنین: ربيع الأبرار، ج ۵، ص ۲۵۸؛ مفید العلوم و مبیید الهموم، ص ۴۰۳-۴۰۴.

۱. در برخی از منابع، اصل این قضیه به نحو دیگری نقل شده که ارتباطی با مقام ندارد:

مجمع البیان، ج ۹، ص ۲۰۳: «... و خرج عمر بن الخطاب أيضاً و معه عبد الرحمن بن عوف يعسان فتبينت لهما نار فأتيا و استأذنا ففتح الباب فدخلا فإذا رجل و امرأة تغتي و على يد الرجل قدح فقال عمر من هذه منك قال امرأتي قال و ما في هذا القدح قال ماء فقال للمرأة ما الذي تغتني قالت أقول: ... فوالله لو لا خشية الله و التقى، لرعزع من هذا السرير جوانبه ... ثم قال الرجل ما بهذا امرنا يا أمير المؤمنين قال الله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ فقال عمر صدقت و انصرف.»

نعلبی در الکشف و البیان (ج ۹، ص ۸۳) و قرطبی در الجامع لأحكام القرآن (ج ۱۶، ص ۳۳۴) نیز همین مطلب را بیان کرده‌اند.

همچنین در برخی نقل‌های دیگری هم که مرتبط با مقام است این مدت شش ماه بیان شده است: أنساب الأشراف، ج ۱۰، ص ۳۳۷: «المدانتي عن ابن جعدة عن عبد الله بن أبي بكر قال: سمع عمر امرأة ليلا و هي تقول: ... فوالله لو لا الله لاشيء غيره، لحرك من هذا السرير جوانبه، فسأل عمر: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقيل ستة أشهر، فقال: إن ذلك من الحصان لصبر جميل، و أقفل عمر زوج تلك المرأة، و صير القفول في ستة أشهر.»

همچنین: المحاسن و الأضداد، ص ۲۶۰-۲۶۱؛ الدر المنثور، ج ۱، ص ۲۷۳؛ تاریخ المدینة المنورة، ج ۲، ص ۷۵۹.

اما با آن طبیعت خشن عمر - و به تعبیر امیرالمؤمنین علیه السلام «حوزه خشناء»^۱ - که شدت خشونت او حتی در مورد فرزندانش نیز به حدی بوده است که نوشته‌اند وقتی از آنها عصبانی می‌شد، بدون گاز گرفتن آنها و جاری شدن خون، راضی نمی‌شد؛^۲ اگر فرضاً صحابه اعتراضی هم داشته‌اند نمی‌توانسته‌اند ابراز کنند؛ بنابراین، سکوت آنان علامت امضا و رضایت آنها نیست.^۳

اشکال سوم: تفاوت مبدأ چهار ماه در حکم «عمر» و مقام

ثالثاً، مرحوم آقای خوئی اشکال کرده است که با صرف نظر از عدم ثبوت و عدم حجیت، این استدلال از مسئله مورد بحث، بیگانه است؛ زیرا مبدأ چهار ماه در قانون عمر، زمان خروج است؛ در حالی که مبدأ در مسئله مورد بحث، تاریخ آخرین وطی است و این دو کاملاً متفاوت هستند.^۴

پاسخ: کشف صغرای حرج نوعی از قضیه عمر

پاسخ این اشکال - که ضمناً ارتباط استدلال را به بحث جاری روشن می‌سازد - این است که فقها به فعل عمر تمسک نکرده‌اند؛ بلکه در واقع عمر با برگزاری یک «همه‌پرسی»، نظر زنان را در مورد حدّ نهایی تحمّل آنان نسبت به محرومیت از حظّ جماع جويا شده است و آنان حدّاکثر بردباری خود را - که اختصاص به زنان مدینه نداشته، بلکه حاکی از نیاز طبیعی و توان نوعی بانوان بوده - چهار ماه ابراز کرده‌اند. آنگاه بزرگان با توجه به اینکه رعایت حق زنان، نیازمند یک قانون قابل اجرا است،

۱. معانی الأخبار، ص ۳۶۱: «فصیّرها والله فی حوزه خشناء یخشن منها و یغلظ کلمها»؛ نهج البلاغة، ص ۴۸، خطبة شقیقیته (خطبة سوم): «فصیّرها فی حوزه خشناء یغلظ کلمها»؛ الصحاح، ج ۳، ص ۸۷۶: «الحوزة: الناحية».

۲. شرح نهج البلاغة، ج ۶، ص ۳۴۲ - ۳۴۳.

۳. البته حضرت در برخی موارد که مسبوق به سؤال از ایشان بوده و یا مربوط به اجرای حدود و قصاص و مانند آن بوده است، اظهار نظر می‌کرده‌اند؛ ولی نمی‌توان از این موارد چنین نتیجه گرفت که امیرالمؤمنین علیه السلام مبسوط‌الید بوده‌اند تا در هر جایی اظهار نظر کنند.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۱۹.

به گونه ای که برای آنان قابل تحمّل بوده و آنها به حسب نوع، در حرج قرار نگیرند، نتیجه آن «همه پُرسی» را برای تعیین صغرا اخذ کرده اند؛ بنابراین، این خدشه مرحوم آقای خوئی به استدلال وارد نیست.^۱

دلیل سوم: تعلیل در روایات عده وفات

دلیل سوم در مقام، تعلیل در روایات عده وفات است. مرحوم مجلسی اول در کتاب روضة المتّقین، مطلبی فرموده است که ممکن است در مقام از آن استفاده شود. مفاد کلام ایشان همراه با توضیح آن چنین است:

در روایاتی^۲ که از معصومین علیهم السلام وارد شده، مقدار عده وفات (چهار ماه و ده روز) این گونه تعلیل شده که چهار ماه آن، حدّ تحمّل زن است و ظاهر روایت این است که مقدار ده روز دیگر به این جهت است که معمولاً پس از مرگ شوهر، حدوداً ده روز

۱. علاوه بر آنچه در متن آمده است، اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که با فرض اینکه شارع در همه موارد حرج نوعی -لولا المعارض- حکمی را برای دفع حرج جعل کند، باز در نقل این قضیه چنین نیست که صغرا برای حکم شارع ثابت شود؛ زیرا چنین نبوده که «همه پُرسی» صورت گرفته باشد؛ علاوه بر اینکه چنین صغرابی در هر زمان، تابع شرائط همان زمان است؛ بله، از روایات ایلاء و عده وفات می توان این صغرا را استفاده کرد؛ ولی این تمسک به دلیل دوم نیست.

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۱۳، ح ۱: علی بن ابراهیم عن ابيه عن الحسين بن سيف عن محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: «قلت له جعلت فداك كيف صارت عدة المطلقة ... و صارت عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشا فقال أما ... و أنا عدة المتوفى عنها زوجها فإن الله ﷻ شرط للنساء شريطا و شرط عليهن شريطا فلم يجأ بهن فيما شرط لهن و لم يجر فيما اشترط عليهن شرط لهن في الإيلاء أربعة أشهر إذ يقول الله ﷻ (الَّذِينَ يُؤْلَوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ) فلم يجوز لأحد أكثر من أربعة أشهر في الإيلاء لعلمه تبارك و تعالى أنه غاية صبر المرأة من الزجل و أنا ما شرط عليهن فإنه أمرها أن تعتد إذا مات عنها زوجها أربعة أشهر و عشا فأخذ منها له عند موته ما أخذ لها منه في حياته عند إيلائه قال الله تبارك و تعالى (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) و لم يذكر العشرة الأيام في العدة إلا مع الأربعة أشهر و علم أن غاية صبر المرأة الأربعة أشهر في ترك الجماع فمن ثم أوجبه عليها و لها».

رک: المحاسن، ج ۲، ص ۳۵۲-۳۵۳، ح ۱۱: تفسیر العیناشی، ج ۱، ص ۱۱۲، ح ۳۸۹: علل الشرائع، ج ۲، ص ۵۰۷-۵۰۸، ح ۱ و ۲: بحار الأنوار، ج ۱۰۱، ص ۱۹۲، ح ۴۸ و ۴۹.

البته این روایات، روایاتی است ضعیف السند که در طریق بیشتر آنها محمد بن سلیمان دلمی است (رجال النجاشی، ص ۳۶۵، رقم ۹۸۷: «محمد بن سلیمان بن عبد الله الدلمی ضعیف جدا لا یعول علیه فی شیء»).

اول، هم ایام عزا و سوگواری است و هم معمولاً توجه به نیازهای جنسی نیست؛ اما همین که این ایام خاص سپری شد، مجدداً انسان به خود آمده و غرائز او حالت طبیعی خود را باز می‌یابد و توجه به این نیاز غریزی نیز پیدا می‌شود و از اینکه پس از آن ده روز، فقط چهار ماه دیگر باید عده نگه دارد، معلوم می‌شود که نظر امام علیه السلام این است که زن بیش از این مدت، نمی‌تواند صبر کند.^۱ با توجه به اینکه حتماً در مورد این حق زن، مرزی باید باشد و از سویی وجوب جماع در مانند سه یا دو ماه نیز مشکوک است و مقتضای برائت، عدم وجوب است، پس با وجود روایات عده و وفات، ممکن است انسان اجمالاً مطمئن شود که معیار، همین چهار ماه بوده و نظر معصوم علیه السلام نیز همین است؛ البته این مطلب، فقط به عنوان تأیید مناسب است؛ زیرا ممکن است کسی چنین اطمینانی برایش حاصل نشود.

دلیل چهارم: استدلال به ادله باب ایلاء

دلیل چهارم، استدلال به ادله «باب ایلاء» است که در کشف اللثام^۲، ریاض^۳ و جواهر^۴ به آن استدلال شده است؛ از ادله باب ایلاء استفاده می‌شود که مرد حق ندارد بیش از چهار ماه، مباشرت را به تأخیر بیندازد. مرحوم نراقی نیز در مستنده، این را به عنوان مؤید ذکر کرده است.

اشکال اول: عدم امکان تعدی از باب ایلاء به مقام

اما این استدلال قابل مناقشه است.

اولاً، احکام ایلاء، استثنایی و خارج از ضوابط عام است^۵؛ بنابراین، از احکام باب

۱. روضة المتقین، ج ۹، ص ۸۶ - ۸۷.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۲۷۰.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۵.

۵. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۸.

۶. «ایلاء» در لغت به معنای قسم خوردن است و در اصطلاح عبارت است از قسم خوردن بر ترک جماع بیش از چهار ماه؛ البته شرائطی برای تحقق آن وجود دارد که در کتب فقهی آمده است؛ رک: شرائع

ایلاء نمی‌توان حکم مسئله را استفاده کرد. مثلاً ضابطه عمومی باب قسم این است که یمین به مرجوح منعقد نمی‌شود و مخالفت با آن کفاره ندارد. اگر کسی قسم بخورد بر ترک وطی زوجه، این قسم منعقد می‌شود و مخالفت با آن کفاره دارد؛^۱ در حالی که ترک وطی، مرجوح است. همچنین در ایلاء، اگر زن شکایت کند، حاکم ضرب الأجل تعیین می‌کند^۲ که در این مدت یا باید مرد وقاع کند و کفاره آن را هم بدهد، یا زن را طلاق داده و او را رها کند و این حکم در مطلق ترک وطی نیست.

اشکال دوم: تفاوت مبدأ چهار ماه در ایلاء و مقام

ثانیاً، چنان‌که مرحوم آقای خوئی^۳ فرموده است، اگر حکم ایلاء در مقام نیز جاری باشد، مدعا اثبات نمی‌شود؛ چون مبدأ چهار ماه در باب ایلاء، زمان شکایت به حاکم شرع - کما هو المشهور - و یا زمان قسم خوردن و ایلاء است^۴، نه زمان مباشرت قبلی، و طبق هر دو قول، از زمان مباشرت قبلی، بیش از چهار ماه می‌گذرد؛ پس اثبات نمی‌کند که ترک مباشرت، بیش از چهار ماه، حرام است.

بلکه می‌توان گفت که حکم ثابت در باب ایلاء، خلاف مدعا را اثبات می‌کند؛ زیرا اگر کسی مثلاً سه ماه ترک مباشرت کند و بعد از سه ماه قسم بخورد که مدتی (بیش از چهار ماه) مباشرت نکند، اگر زن شکایت کرده و حاکم شرع، ضرب الأجل چهار ماهه قرار دهد، اگر مبدأ ضرب الأجل، از زمان ایلاء هم باشد، فاصله مباشرت قبلی تا پایان ضرب الأجل، هفت ماه می‌شود. معنای این ضرب الأجل این است که تا هفت ماه از مباشرت قبلی، شوهر می‌تواند مباشرت را به تأخیر بیندازد. در واقع، حاکم شرع، اجازه داده است که شوهر، سه ماه بیشتر ترک مباشرت کند و این خلاف مدعا است.

الإسلام، ج ۳، کتاب الإیلاء.

۱. المختصر النافع، ج ۱، ص ۲۰۷.

۲. المختصر النافع، ج ۱، ص ۲۰۷.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۱۶.

۴. برای نمونه: نهاية المرام، ج ۲، ص ۱۸۳.

به بیانی دیگر، اگر حق مباشرت، هر چهار ماه یک بار باشد، معنای آن در مورد کسی که پس از ترک سه ماه مباشرت، ایلاء کرده و حاکم شرع برای او ضرب الأجل چهارماهه قرار داده، این است که اگر ایلاء نمی‌کرد، بیش از یک ماه دیگر حق ترک وقاع نداشت؛ اما حال که قسم خورده و از او شکایت شده و پای حاکم شرع به میان آمده، حق دارد سه ماه بیشتر مباشرت را ترک کند؛ یعنی در فرض ایلاء، حق دارد چندین ماه اضافه بر چهار ماه، ترک مباشرت کند و بدون ایلاء، بیش از چهار ماه حق ترک مباشرت ندارد که بطلانش واضح است.

پاسخ اشکال اول و دوم با تقریبی دیگر از استدلال به ایلاء

اما می‌توان تقریبی صحیح ارائه داد تا هر دو اشکال پاسخ داده شود. اگر مرد بلافاصله پس از مباشرت، قسم بخورد که چهار ماه دیگر مباشرت نکند، آیا زن حق شکایت دارد یا خیر؟ بی‌تردید حق دارد و می‌تواند به حاکم شرع شکایت کند. آیا قسم خوردن مرد این حق را برای زن آورده است یا چون ترک مباشرت ظلم است، قسم به ترک مباشرت، قسم به کار ظالمانه‌ای است و از این رو، زن حق شکایت دارد؟ روشن است که نفس قسم خوردن، متعلق قسم را مصداق ظلم قرار نمی‌دهد؛ بلکه چون در مرحله سابق، تقویت حق زن وجود دارد^۱ و مرد بر تقویت حق زن قسم خورده است، زن حق شکایت دارد. از اثبات حق شکایت در چنین فرضی، استفاده می‌شود که یکی از حقوق زن این است که مرد، مباشرت با او را بیش از چهار ماه به تأخیر نیندازد.^۲

۱. مرحوم فاضل مقداد (کنز العرفان، ج ۲، ص ۲۹۳) نیز این بیان را مطرح کرده است: «استفید من تقدیر المدة بأربعة أشهر أنه لا يجوز ترك وطن الزوجة أكثر من أربعة أشهر، وإلا لما جاز لها المرافعة والمطالبة».
۲. اشکالی که بر دلیل چهارم ممکن است وارد شود این است که در فرضی که مثلاً یک ماه از آخرین جماع قبلی شوهر سپری شده، اگر مرد بر ترک وطنی قسم بخورد، حاکم از زمان مرافعه چهار ماه فرصت می‌دهد که با لحاظ مدت سپری شده، بیش از چهار ماه خواهد بود. با توجه به این نکته، دیگر عرف در خصوص ترک جماع چهار ماهه، از حق شکایت زن، کشف ظلم نمی‌کند؛ بنابراین، چنان‌که در دلیل پنجم (روایات) خواهد آمد، استناد^۳ این دلیل را مؤید می‌داند و عمده دلیل طبق نظر ایشان همان روایات خاص است.

دلیل پنجم: روایات خاص

عمده وجهی که برای اثبات حکم عدم جواز ترک وطی زوجه، بیش از چهار ماه وجود دارد، استدلال به روایاتی است که به خصوص، در این مورد وارد شده‌اند؛ زیرا وجوه دیگر ممکن است به عنوان دلیل پذیرفته نشود و فقط برای تأیید مناسب باشد. یکی از این روایات خاص، صحیحۀ صفوان است.

روایت اول: صحیحۀ صفوان

عنه (أحمد بن محمد بن عیسی) عن علي بن أحمد بن أشيم عن صفوان بن يحيى قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك أثم؟ قال إذا تركها أربعة أشهر كان أثمًا بعد ذلك إلا أن يكون بإذنها.»^۱

بررسی سندی

سند این روایت صحیح است؛ اما مرحوم شهید ثانی در مسالك آن را ضعیف دانسته^۲، که البته این اشتباهی از آن فقیه بزرگ است؛ زیرا:

■ اولاً، این روایت در فقیه نیز وارد شده^۳ و همچنین در باب ۳۶ تهذیب که تحت عنوان «الستة في عقود النكاح وزفاف النساء و آداب الخلوة والجماع» است در دو جا نقل شده است؛ یکی حدیث ۱۹، که سند آن را تا صفوان نقل نکرده و دیگری حدیث ۵۰ همین باب است که با سند فوق آورده شده است. ظاهراً شهید ثانی فقط حدیث ۵۰ را دیده و چون شیخ در رجال خود، «علی بن احمد بن اشیم» را مجهول دانسته^۴، ایشان نیز این سند را ضعیف شمرده است؛ در حالی که حدیث ۱۹

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۵۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، ح ۱.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۶.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۰۵، ح ۴۴۱۵.

۴. رجال الطوسی، ص ۳۶۳.

تهذیب معتبر است؛ زیرا تنها دو احتمال درباره حدیث ۱۹ تهذیب وجود دارد که طبق هر دو احتمال این حدیث معتبر خواهد بود:

- احتمال اول (اقوی): این حدیث برگرفته از فقیه است^۱ و سند فقیه معتبر است؛ زیرا طریق صدوق به صفوان بن یحیی صحیح است.^۲
- احتمال دوم: این حدیث از فقیه اخذ نشده است؛ ولی چون سند این حدیث در تهذیب چنین است: «و سأل صفوان بن یحیی أبا الحسن الرضا علیه السلام»^۳، باید طریق شیخ به صفوان بررسی شود و این طریق نیز طریقی معتبر است.^۴

۱. وجه اقوی بودن اخذ این روایت از فقیه این است که مواردی که در تهذیب با «سأل» آغاز می شود از فقیه گرفته شده و عیناً در فقیه با همین تعبیر آغاز شده است، و حتی گاهی چند حدیث که به صورت پشت سر هم در فقیه با همین تعبیر آمده است، در تهذیب نیز عیناً با همین تعبیر و با همین ترتیب ذکر شده است (به عنوان نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۲، ص ۲۳۵، ح ۱۳۶ و ۱۳۷ و ۱۳۸) و این تصادفی نیست و با وجود کثرت این موارد، جزم به اخذ شیخ از فقیه حاصل می شود. مطلب فوق در مورد روایات علی بن جعفر به صورت کلی قابل ادعا نیست (به عنوان نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۴۶، ح ۹۵؛ و ج ۷، ص ۳۶، ح ۴۱؛ و ج ۸، ص ۱۷، ح ۲۷؛ و ص ۹۲، ح ۲۳۵): البته در دو مورد از موارد فراوان روایات علی بن جعفر در تهذیب با همان تعبیر «سأل» در فقیه نقل شده است (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۱، ص ۸، ح ۷؛ و ص ۴۰۱، ح ۱۱۹۲). در هر حال، با وجود این مطلب اخیر نیز احتمال اخذ از فقیه قوت دارد.

۲. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۴۶.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۲، ح ۱۹.

۴. شیخ طوسی در مشیخه تهذیب، طریق خود به صفوان را نبیاورده است؛ ولی چون در انتهای مشیخه، تصریح کرده که به فهرست رجوع شود (تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخه، ص ۸۸: «قد أوردت جملاً من الطرق إلى هذه المصنفات والأصول وتفصيل ذلك شرح يطول هو مذكور في الفهارس المصنفة في هذا الباب للشيخ عليه السلام من أراد أخذه من هناك إن شاء الله وقد ذكرنا نحن مستوفى في كتاب فهرست الشيعة») و از سویی طریق شیخ به کتب صفوان در فهرست، طریق صحیحی است؛ بنابراین، اعتبار سند این روایت، طبق این احتمال نیز ثابت می شود.

فهرست الطوسی، ص ۲۴۲: «و له كتب كثيرة مثل كتب الحسين بن سعيد و له مسائل عن أبي الحسن موسى عليه السلام و روایات. أخبرنا بجميعها جماعة عن محمد بن علي بن الحسين عن محمد بن الحسن. و أخبرنا ابن أبي جید عن محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن الصفار و سعد بن عبد الله و محمد بن یحیی و أحمد بن إدريس عن محمد بن الحسين و يعقوب بن يزيد عن صفوان».

■ ثانیاً، سند روایت ۵۰ تهذیب نیز قابل اعتماد است؛ زیرا تنها اشکال سند از ناحیه علی بن احمد بن اشیم است و او نیز ثقه است. مرحوم آقای خوئی که احادیث کتب اربعه را فهرست کرده، نقل کرده که «احمد بن محمد بن عیسی» حدود شصت حدیث از او نقل کرده است.^۱ وقتی فرد بزرگی مثل احمد بن محمد بن عیسی با آن جلالت، این مقدار حدیث از او نقل کند، دلیل بر اعتماد اوست و معلوم می‌شود که علی بن احمد بن اشیم، شیخ او بوده است.

در کتب حدیثی و رجال امامیه به نقل احمد بن محمد بن عیسی خیلی تکیه می‌شده است. در رجال نجاشی، در شرح حال «حسین بن سعید»، دو طریق برای کتب وی نقل شده است؛ یکی به «احمد بن ابی عبدالله برقی» منتهی می‌شود و دیگری به «احمد بن محمد بن عیسی». در آنجا فرموده: آنکه نزد اصحاب ما معمول است، نقل «احمد بن محمد بن عیسی» است.^۲

همچنین صدوق در مقدمه کتاب کمال الدین، یکی از منسوبین شخصی را که با وی ملاقات داشته است، به نام «عبدالله بن صلت اشعری» نام برده و برای اثبات جلالت او فرموده: «کان أحمد بن محمد بن عیسی فی فضله و جلالته یروی عن أبي طالب عبد الله بن الصلت القمي». ^۳ صدوق در نقل احادیث، اهل مسامحه نیست؛ اما با این حال تنها روایت احمد بن محمد بن عیسی را علامت جلالت وی دانسته است. از این رو، کسی که شیخ احمد بن محمد بن عیسی است و بیش از پنجاه روایت از او نقل کرده است، نمی‌تواند ضعیف باشد؛ بنابراین، روایت صفوان از نظر سند معتبر است.

توضیح فقره «یکون لهم مصیبه» و «الآن یکون یاذنھا»
از نظر دلالت، دو بخش از این روایت نیازمند توضیح است.

۱. معجم رجال الحدیث، ج ۱۲، ص ۲۷۲.
البته بیش از ده روایت از این اخبار، مشترک بین تهذیب و کافی است؛ از این رو، تعداد نقل احمد بن محمد بن عیسی از ابن اشیم از این مقدار کمتر است؛ ولی به هر حال، همین مقدار برای اثبات وثاقت ابن اشیم کافی است.

۲. رجال النجاشی، ص ۵۸ و ۵۹، رقم ۱۳۶ و ۱۳۷.

۳. کمال الدین، ج ۱، ص ۲-۳.

اول: «يكون لهم مصيبة»؛ این فقره را به دو صورت می‌توان خواند:

الف. «يكون لهم مصيبة»، که در این صورت مرجع ضمیر، مقدر می‌شود؛ یعنی در خانواده‌ای که این شخص نیز یکی از آنها است، مصیبتی واقع شده است.

ب. «يكون لهم مصيبة»، که این قرائت بعید هم نیست و تقدیر مرجع ضمیر نیز لازم ندارد؛ یعنی حزن مصیبت منشأ شده که وطی با زوجه را ترک کند.

دوم: «إلا أن يكون ياذنهما»، که در حدیث ۱۹ تهذیب نیامده است؛ اما نسخه‌های فقیه مختلف است. بر اساس نقل روضة المتقين، در اکثر نسخه‌های فقیه این عبارت وجود دارد؛ اما در نسخه تصحیح شده آقای غفاری این عبارت نیست. مظنون نیز این است که نسخه اصلی، خالی از این ذیل است و این عبارت - که مقتضای مناسبات حکم و موضوع است - توسط بعضی از محققین افزوده شده باشد؛ یعنی ابتدا در حاشیه بوده و سپس داخل در متن شده است؛ زیرا همان‌طور که گذشت به احتمال قوی، مرحوم شیخ، حدیث ۱۹ را از فقیه اخذ کرده و در هیچ یک از نسخ مختلف تهذیب این عبارت نیامده است؛ بنابراین، با وجود ذکر این فقره در حدیث ۵۰، نمی‌توان وجود این فقره را احراز کرد.^۲

اشکال دلالتی: اخص بودن دلیل از مدعا

در هر حال، مدلول این روایت، اخص از مدعا است؛ زیرا مورد روایت، «المرأة الشابة» است.

پاسخ اول: الغاء خصوصیت از زن جوان به غیر جوان

ممکن است گفته شود از مورد روایت الغاء خصوصیت می‌شود.

۱. روضة المتقين، ج ۸، ص ۲۰۴.

۲. استاد بزرگوار مبنای معروف «اصل عدم زیاده» را به صورت کلی نپذیرفته است. تفصیل مطلب را ایشان در مباحث دیگر مطرح کرده است. به عنوان نمونه: قاعدة لاضرر، بحث از زیاده قید «فی الإسلام» یا «علی مؤمن»؛ کتاب نکاح، احکام دخول، بحث از زیاده قید «إذا رضیت».

اشکال: بطلان الغاء خصوصیت در مقام با لحاظ دو قرینه
اما با لحاظ دو قرینه، الغاء خصوصیت صحیح نیست.

قرینه اول: شدیدتر بودن تمایل شهوانی در زن جوان

اولاً، تمایلات شهوانی در دوران جوانی شدیدتر است و اگر روایت در جهت ارضای شهوت زن جوان، حقی برای او قائل شود، حکم و موضوع اقتضاء نمی‌کند که در سنین بالاتر نیز که این قوا ضعیف می‌شود، چنین حقی باشد. به بیانی دیگر، ترک مباشرت با زن جوان، عرفاً یک نوع ظلم در حق او به حساب می‌آید و این نکته در زنان مُسن نیست؛ بنابراین، عرفاً نمی‌توان الغاء خصوصیت کرد؛ خصوصاً که از مباشرت با پیرزن نهی شده است: *روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ثلاثة يهدم من البدن وربما قتلن ... و نكاح العجائز.»*^۱

قرینه دوم: قوت غرائز مرد جوان نسبت به مُسن

ثانیاً، در این مسئله، حقوق مرد نیز باید ملاحظه شود. اگر تکلیفی برای شوهر «زن جوان» که به‌طور متعارف خودش نیز جوان است قائل شدیم، نمی‌توان در مورد شوهر زن مُسن نیز - که او هم به‌طور متعارف، مُسن است - چنین حکمی را برداشت کرد؛ زیرا قوای جسمانی مرد جوان بیشتر است و در مورد مرد مُسن، بیشتر از مرد جوان، موانع طبیعی وجود دارد، به گونه‌ای که گاهی مباشرت برای آنها زیان‌آور هم هست.

پاسخ دوم: تعمیم حکم به زن غیر جوان با لحاظ اجماع

ممکن است گفته شود که با کمک اجماع، حکم روایت، به زن غیر جوان قابل تعمیم است؛ زیرا قدما بین زن جوان و غیر جوان تفصیل قائل نشده‌اند.

اشکال: عدم اجماع در مسئله

اما برخی فقها از اساس متعرض مسئله نشده‌اند؛ البته در میان عده‌ای که اصل مسئله را مطرح کرده‌اند تا زمان مرحوم فیض (م ۱۰۹۱) و محقق سبزواری (م ۱۰۹۰) بین جوان و غیر جوان، تفصیلی مطرح نشده است.^۲ در هر حال، محقق سبزواری در

۱. الکافی، ج ۶، ص ۳۱۴، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۵۲، ح ۴.

۲. قبل از مرحوم فیض و محقق سبزواری، اصل مسئله لزوم وطی چهار ماه یک بار، در عبارات برخی فقها

شمول حکم، نسبت به غیرجوان تأمل کرده و فرموده است: «لا یخلو عن إشکال»^۱. مرحوم فیض نیز فرموده: «و ذکر الشابة فی السؤال وإن لم یصلح للتخصیص إلا أن عدم النص علی العموم یقتضیه، إلا أن یكون للعموم إجماع»^۲؛ بنابراین، ظاهراً مرحوم فیض وجود اجماع در مسئله را با تردید تلقی کرده است.^۳

صاحب وسائل در بدایة الهدایة نیز قائل به اختصاص حکم به زن جوان شده است^۴ و در وسائل عنوان باب را به «شابة» اختصاص داده که نشان از فتوای

اصلاً عنوان نشده است؛ مانند شیخ مفید، سید مرتضی، حلبی و سلار. در هر حال - چنان که استاد^۵ فرمود - عده‌ای هم که قبل از این دو نفر مسئله را مطرح کرده‌اند تفصیلی در مسئله قائل نشده‌اند. عمده کتب فقها تا زمان مرحوم سبزواری که اصل مسئله در آن مطرح و قبول شده است، عبارت‌اند از:

النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۲؛ المہذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۲۳؛ السرائر، ج ۲، ص ۶۰۶؛ إصباح الشیعة، ص ۴۳۱؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۲؛ تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۲۶؛ تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۷۷؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۴؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۵۰؛ القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۸۱؛ اللعة الدمشقیة، ص ۱۷۴؛ التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۷؛ کنز العرفان، ج ۲، ص ۲۹۳؛ نضد القواعد الفقهیة، ص ۴۱۰؛ المہذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۰؛ کنز العرفان، ج ۱، ص ۴۵؛ الأقطاب الفقهیة، ص ۱۳۵؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۵۰۶؛ حاشیة الإرشاد، ج ۳، ص ۱۳؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۷؛ مسالك الأفيام، ج ۷، ص ۶۶؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۱؛ مشرق الشمسين، ص ۲۴۴؛ مسالك الأفيام، ج ۱، ص ۹۹؛ روضة المثقين، ج ۸، ص ۲۰۴.

۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۹.

۲. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۹۰.

۳. مرحوم صاحب حدائق به مرحوم فیض اشکال کرده و فرموده: «ففيه أن الضمير في قوله لا یخلو إذا ترکها» لا مرجع له، إلا الشابة المسؤول عنها، و کذا جملة الضمانات المذكورة، إنما ترجع إلى الشابة المذكورة والجواب لا يقع مطلقاً كما توقعه حتى أنه يعتذر عن عدم تقييد السؤال بما ذكره؛ بل الجواب وقع عن خصوص الشابة كما لا يخفى. (الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۰)؛ اما اشکال ایشان وارد نیست؛ زیرا مرحوم فیض ادعا نکرد که موضوع قضیه لفظیه، مردّد بین زن جوان و مطلق زن است. بسیار روشن است که مورد صحیحۀ صفوان و مرجع ضمانت موجود در آن، خصوص «شابة» است؛ اما مرحوم فیض می‌گوید هر چند مورد قضیه لفظیه، خاص است، ولی از اثبات حکم در موردی خاص، نفی حکم در سایر موارد استفاده نمی‌شود؛ پس ممکن است موضوع ثبوتی حکم، اعم باشد و باید دلیل بر تعمیم حرمت را جستجو کرد و از آنجا که چنین دلیلی وجود ندارد (اگر اجماع ادعا شده تمام نباشد)، مقتضای قاعده، جواز ترک مباشرت با زن غیرجوان است.

۴. بدایة الهدایة، ج ۲، ص ۱۹۸.

اوست.^۱ متأخرینی مانند صاحب حدائق^۲، مرحوم نراقی^۳، مرحوم آقای حکیم^۴ و مرحوم آقای خوئی^۵ نیز این تفصیل را قائل شده‌اند. عده‌ای مانند شیخ انصاری^۶ نیز اظهار تردید کرده‌اند.

البته در ریاض ادعای اجماع بر تعمیم شده است.^۷ صاحب جواهر نیز قائل به تعمیم حرمت شده و فرموده است:

«و اختصاص السؤال في الصحيح بالشابة بعد نفي الحرج وإطلاق الفتوى و معقد الإجماع، بل في الرياض لا اختصاص بها إجماعاً، لا ينافي التعمیم وإن توهمه بعض القاصرين من متأخري المتأخرين على ما حكى عنه، فجوز ترك الوطی في غیر الشابة تمام العمر؛ لکنه كما ترى لا يستأهل أن یسطر»^۸

پاسخ سوم: تعمیم حکم به زن غیرجوان بالحاظ «لاضرر»، «لاحرج» و «ادله ایلاء» راه سومی که ممکن است برای تعمیم حکم مسئله از زن جوان به غیرجوان بیان شود، این است که گفته شود هرچند روایت صفوان در مورد زن جوان است، ولی دلیل بر آن نیست که حکم ثبوتی مخصوص جوان باشد؛ زیرا سائل در مورد جوانی سؤال کرده که به‌طور متعارف، در مدت طولانی از مباشرت امتناع نمی‌کند و قصد اضرار به همسرش را هم نداشته، بلکه به جهت مصیبتی، ترک مباشرت کرده است؛ پس پاسخ امام علیه السلام مفهوم ندارد که در غیرجوان چنین حکمی نیست؛ بنابراین، با

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، «باب تحریم ترک وطء الزوجة الشابة».

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۰.

۳. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۹.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۷۳.

تعلیق مرحوم آقای حکیم بر عروه تا آخر کتاب الخمس است؛ بنابراین، عدم وجود تعلیق در مقام نشان‌دهنده موافقت وی با مرحوم سید -که فرقی بین زن جوان و غیرجوان قائل نیست- نخواهد بود.

۵. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۱۸.

۶. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۵.

۷. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.

۸. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

توجه به قاعده «لا حرج» و «لا ضرر» می‌توان در مورد زن غیرجوان نیز به لزوم مباشرت حکم کرد.

بررسی پاسخ سوم

مطلب اول: اختصاص پاسخ سوم به میانسال

اما این پاسخ در مورد زن میانسال جاری است، نه پیرزن؛ زیرا بانوانی که نه جوان هستند و نه پیر، چون تمایلات جنسی در مورد آنها باقی است، بسیاری از اوقات، ترک مباشرت، اضرار به آنها به حساب می‌آید، یا آنها را به حرج می‌اندازد و حدیث لا ضرر^۱ و آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج»^۲ دلالت می‌کند که ترک مباشرت در مواردی که آنها را به ضرر یا حرج می‌اندازد جایز نیست. همچنین ممکن است با لحاظ ادله ایلاء، چنین تعمیمی را اثبات کرد؛ زیرا با لحاظ ادله ایلاء، روشن می‌شود که شارع در طول چهار ماه، مباشرت را لازم دانسته است و عدم شمول این دلیل نسبت به زن جوانی که میانسال است وجهی ندارد.

اما در پیرزن نمی‌توان چنین حقی را با لا ضرر و لا حرج ثابت کرد؛ زیرا:

- اولاً، زنان پیر به سستی رسیده‌اند که تمایلات جنسی در مورد غالب آنها فروکش کرده است و مصداق «لا یرجون نکاحاً»^۳ هستند؛ پس حرج نوعی در مورد آنها مصداق ندارد.
- ثانیاً، نکاح و جماع برای آنها زیان‌آور است؛ پس نه تنها رعایت مصلحت و حق آنها اقتضا نمی‌کند که مرد موظف به مباشرت باشد، بلکه رعایت حقوق آنها، مقتضی آن است که مرد موظف به ترک مباشرت باشد.
- ثالثاً، به‌طور متعارف، شوهر یک زن سالمند، پیرمرد و فرتوت است و اگر زن تمایلی هم داشته باشد و لا ضرر و لا حرج در مورد زن ذاتاً جاری گردد، جریان لا ضرر و لا حرج در مورد وی، با لا ضرر و لا حرج جاری در مورد مرد تعارض دارد.

۱. به عنوان نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص ۴۲۷، ح ۱.

۲. الحج، ۷۸.

۳. النور، ۶۰.

همچنین برای تعمیم حکم مسئله از زنان جوان به پیرزنان نمی‌توان به حکم ایلاء تمسک کرد؛ زیرا:

• اولاً، ایلاء - چنان‌که گذشت - احکام خاصی دارد که باعث می‌شود نتوانیم حکم مقام را از آن استفاده کنیم، مگر به تقریبی که بعداً بیان خواهد شد.

• ثانیاً، در مورد پیرمردی که مباشرت بر او و همچنین برای زن سالمندش ضرر دارد، معلوم نیست حکم ایلاء هم ثابت باشد.

مطلب دوم: بررسی اشکال آقای خوئی به کلام صاحب جواهر
مطلب دیگری که در اینجا قابل توجه است، اشکال مرحوم آقای خوئی به کلام صاحب جواهر است. صاحب جواهر پس از بیان برخی از ادله حرمت ترک وطی زوجه بیش از چهار ماه، فرموده: «مؤیداً بنفی الحرج و الإضرار»^۱. مرحوم آقای خوئی دو اشکال نسبت به این کلام مطرح کرده است.

اشکال اول: نفی ضرر و حرج شخصی (نه نوعی) در لاضرر و لاحرج
ایشان در بیان اشکال اول فرموده است:

«و أما التأیید بنفی الحرج و الضرر فهو عجیب منه علیه السلام؛ إذ العبرة فیهما إنما هی بملاحظة کل مکلف مستقلاً و علی حدة، لا الغالب و النوع؛ و معه فلا وجه لتقیید الحكم بأربعة أشهر، فربما تقع امرأة فی الحرج و الضرر بترك وطئها شهراً واحداً، فی حین لا تضطرر الاخری بترك وطئها سنة أو أكثر»^۲.

پاسخ: مختل شدن نظام جامعه و خانواده در صورت ملاک بودن حرج شخصی در مقام اما این اشکال قابل پاسخ است.^۳ گرچه معمولاً اختیار تطبیق احکام و قوانین بر

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۵.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۱۶.

۳. اشکال مبنایی دیگری بر مرحوم آقای خوئی وارد است؛ زیرا استاد علیه السلام با لحاظ استشهاد روایات به آیه نفی حرج، چنین استظهار می‌کند که حرج نوعی نیز از مردم برداشته شده است.

مصادیق آنها بر عهده مکلفین است - همان گونه که روش متعارف در تدوین قوانین دنیایی چنین است و نظم و نظام جامعه نیز مقتضی آن است - اما در مواردی که لازمه چنین اختیاری، این باشد که سوء استفاده یا اشتباه در مورد آنها زیاد گردد، حال اکثریت مکلفین را معیار قرار داده و بر آن اساس، قانون گذاری می کنند تا حتی المقدور از این پیامدها پیشگیری شود؛ از این رو، در بسیاری از قوانینی که در آنها «جلوگیری از ضرر و حرج بر مکلفین» به عنوان علت جعل قانون ذکر می شود، در واقع آن علت، علت عام نیست؛ بلکه علت اکثر موارد است که اصطلاحاً از آن به حکمت تعبیر می کنند.

در مسئله مورد بحث، اگر قانون و ضابطه ای بر اساس شخصی بودن حرج، جعل شود، نظر به اینکه حرج دارای مراتب زیادی است و تطبیق بر مصادیق واقعی آن و تشخیص صغریاتش کار مشکلی است و هر کس نیز ممکن است بر حسب نیاز خودش، ادعای حرج کند، هر روز بین خانواده و زن و شوهرها دعوا و درگیری به وجود می آید و منجر به هرج و مرج و اختلال جامعه می گردد؛ پس ملاک چهار ماه را شارع جعل کرده است تا از این آفات جلوگیری شود.

اشکال دوم: عدم دلالت «الاضرر» و «الاحرج» بر حکم لزومی جهت رفع حرج دیگری
 اشکال دوم مرحوم آقای خوئی بر کلام صاحب جواهر چنین است:

«على أنه قد تقدّم متافى غير مورد أنّ دليل نفي الضرر والحرّج لا يتكفّل إلا نفي الأحكام الضرريّة أو الحرّجيّة، أما إثبات حكم آخر لرفع الضرر أو الحرّج أو لدفعهما، فلا نظر إليه بالمرة. و من هنا فلا يجب على الزوج دفع الضرر أو الحرّج عن زوجته؛ بل هو غير محتمل؛ وإلا لكان اللازم وجوب تزويج اللاتي لأزواج لهن مع كونهن في حرج أو ضرر من ذلك، وهو لا يمكن القول به.»^۱

پاسخ: استناد ضرر و حرج به شوهر در مقام

کبرای فوق را دیگران نیز گفته اند^۲ و مطلب صحیحی هم هست؛ ولی ملزم کردن زوج

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۱۶.

۲. عوائد الأیام، ص ۵۵: التعليقات على المكاسب (میرزا حبیب الله رشتی)، ص ۵۱۳: غاية الآمال، ج ۲.

- که اضرار، مستند به خود اوست - مصداقی برای این کبریا نیست؛ زیرا وضعیت و شرایط زوجۀ انسان، با زنان دیگری که نیاز به شوهر دارند بسیار متفاوت است. در مورد زوجۀ اختیار طلاق به دست شوهر است و هیچ راه شرعی برای رفع نیاز جنسی او، به جز مباشرت زوج، وجود ندارد؛ از این رو، خودداری زوج از رفع این نیاز حیاتی، اضرار به زوجۀ است. کسی که تشنه و گرسنه است، اگر او را از خوردن و آشامیدن منع کنند، این کار اضرار و ایجاد حرج برای اوست.

این مطلب از صحیحۀ صفوان بن یحیی^۱ نیز استفاده می‌شود؛ چون سؤال شده است که شخصی چندین ماه، مباشرت را ترک کرده و البته قصد اضرار هم ندارد. معلوم می‌شود که «ترک مباشرت»، عرفاً اضرار است؛ ولی اضرار، گاهی با قصد اضرار نیز همراه است و در روایت، راوی بیان کرده که شوهر، قصد ضرر زدن ندارد و فقط مصیبتی مانع جماع شده است؛ بنابراین، به صحیحۀ صفوان نیز برای اثبات اینکه ترک مباشرت، اضرار به زوجۀ است می‌توان استدلال کرد؛ اما عدم اقدام جهت تزویج زن‌های دیگر، ملازم با اضرار به آنها نیست؛ زیرا اختیار آنها در دست این مرد نیست؛ البته مورد صحیحۀ زن جوان است، اما معلوم می‌شود که اگر به سبب ترک جماع، ضرری را زن تحمل کند، این ضرر از ناحیۀ شوهر به حساب می‌آید، خواه در مورد زن جوان باشد یا غیر او؛ پس ترک وطی، اضرار است، نه ترک دفع ضرر. به عبارت دیگر، روشن است که حقوقی که شارع مقدس برای زن یا شوهر قرار داده، تعبد محض نیست که مناط آن دور از فهم بشر باشد؛ بلکه برای حفظ کیان خانواده، قوانینی وضع شده که بر اساس عدالت است. مقتضای عدالت دینی و اسلامی که مذهب حق، بر آن استوار است، این است که همان‌گونه که شارع مقدس درباره نفقه و لباس و مسکن، حقوقی قرار داده است، باید برای تأمین نیاز جنسی نیز که امری حیاتی و مهم برای بشر و یکی از اهداف اساسی ازدواج است، حقوقی را برای بانوان در نظر بگیرد. تأمین این نیاز، نه تنها از اهداف شخصی زوجین در

ص ۳۲۰؛ مصباح الوسائل، ص ۱۱۶؛ نتائج الأفكار، ج ۵، ص ۳۳۶؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۷، ص ۲۶۷.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، ح ۱: صفوان بن یحیی عن أبي الحسن الرضا علیه السلام: «أنه سأله عن الرجل يكون عنده المرأة الثابتة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك آثمًا؟...».

ازدواج است، بلکه یکی از اغراض اصلی شارع مقدس در ترغیب به ازدواج است؛ تا زوجین تأمین گردند و به فحشا و منکرات کشیده نشوند؛ از این رو، می بینیم محققین دنیا نیز چنین حقوقی را قائل اند. اینکه بگوییم: «مرد در تأمین نیاز جنسی تام الاختیار است و زن هیچ گونه حقی از این ناحیه ندارد»، با مذاق شارع حکیم که بر اساس عدالت، قوانین را جعل کرده و به انسان ها اجازه نمی دهد که به دیگران ضرر بزنند یا دیگران را در حرج قرار بدهند، سازگار نیست؛ بنابراین، باید شارع مقدس قانونی وضع کرده باشد تا از ایجاد ضرر و حرج توسط زوج پیشگیری کند.

اشکال: امکان رفع حرج با اعطای حق طلاق به زن در مقام

منشأ ضرر و حرج زن این است که از طرفی راه طلاق و جدایی برایش بسته است و از طرف دیگر اختیار مباشرت با همسر اوست و خود او نه اختیار طلاق دارد و نه تأمین نیاز جنسی، و با ثبوت یکی از دو حق طلاق یا حق مباشرت، ضرر و حرج، از او مرتفع می گردد؛ پس با «لاضرر» و «لاخرج»، حق مباشرت بالخصوص اثبات نمی گردد.

پاسخ: اختلال نظام خانواده به سبب حق طلاق برای بانوان

روشن است که اگر هر تلافی از ناحیه شوهر باعث شود که زن حق طلاق پیدا کند، نظام خانواده مختل می گردد؛ بنابراین، احتمال اینکه لاضرر مصحح حق طلاق گردد، در کار نیست و با «لاضرر»، حق مباشرت بالخصوص اثبات می گردد. البته لاخرج و لاضرر بیش از این چیزی را اثبات نمی کند؛ بنابراین، باید بررسی شود که حد چهار ماه بر اساس چه معیاری مطرح شده است.

روایت دوم: صحیحۃ حفص

عَلِيَّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبَخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ:

«إِذَا غَاضِبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَمْ يَقْرِبْهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَاسْتَعَدَّتْ عَلَيْهِ فَإِنَّمَا أَنْ يَفِيءَ وَإِنَّمَا أَنْ يَطْلُقَ فَإِن تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ مَغَاضِبَةٍ أَوْ يَمِينٍ فَلَيْسَ بِمَوْءُلٍ»^۱

بررسی سندی: صحیح بودن روایت

در کفایه مرحوم سبزواری^۱ و جواهر^۲، از این روایت به جهت «ابراهیم بن هاشم» به حسنه تعبیر شده که طبق نظر مختار، صحیح است.^۳

اشکال دلالی: اختصاص روایت به بیان موارد ملحق به ایلاء

محقق سبزواری در کفایه، این روایت را ضمن ادله مسئله آورده است؛ ولی در

۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۹.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

۳. چنانچه استاد^۴ فرموده است، به دست آوردن وثاقت اشخاص، منحصر به این نیست که در مورد آنان تعبیر «ثقه» به کار رفته باشد و روش متعارف در شرح حال افراد بزرگ چنین نیست که از این گونه تعبیر استفاده شود؛ بلکه خصوصیتی ذکر می شود که بیانگر منزلتی فوق وثاقت آنان است؛ مثلاً در مورد مرحوم آقای بروجردی هیچ وقت تعبیر ثقه را به کار نمی برند؛ همان طور که در مورد مرحوم صدوق، نجاشی و شیخ کلمه ثقه به کار برده نمی شود؛ بلکه اوصاف دیگری بیان می شود. علاوه بر اینکه عمل اصحاب نیز کاشف از جلالت شأن و اعتماد به اشخاص بزرگ است. این امر بر ابراهیم بن هاشم نیز منطبق است. برخی از ادله وثاقت وی عبارت است از:

۱. تعبیر «أول من نشر حدیث الکوفیین بقم» (رجال النجاشی، ص ۱۶) درباره او.

۲. عمل اصحاب به روایات او با وجود اختلاف مشرب آنها.

۳. مرحوم کلینی در کافی - که برای عمل این کتاب را نوشته است - بیش از چهار هزار روایت آورده که در سند آنها نام ابراهیم بن هاشم وجود دارد.

۴. مرحوم صدوق و شیخ طوسی که در وثاقت برخی افراد مناقشه می کنند، حتی در یک روایت، به این بهانه که در طریقش ابراهیم بن هاشم است، مناقشه نکرده اند.

۵. اعتماد کامل علی بن ابراهیم - که در وثاقت و جلالت وی بحثی نیست (رجال النجاشی، ص ۲۶۰: «ثقة في الحديث ثبت معتمد صحيح المذهب») - به پدرش ابراهیم بن هاشم؛ تنها در کافی شریف بیش از چهار هزار روایت علی بن ابراهیم از پدرش نقل شده است.

۶. اجلائی دیگری نیز از ابراهیم اکثرا روایت کرده اند. تنها در تهذیب، اجلائی مانند سعد بن عبد الله، علی بن حسن بن علی بن فضال، صفار و محمد بن علی بن محبوب به ترتیب ۱۴، ۲۹، ۷۳ و ۷ روایت از ابراهیم نقل کرده اند.

۷. در مشیخه فقیه در بیش از ۵۰ مورد ابراهیم بن هاشم در طریق مرحوم صدوق قرار دارد.

۸. محمد بن احمد بن یحیی، صاحب نوادر الحکمة، روایات فراوانی از ابراهیم نقل کرده و مرحوم ابن ولید و شیخ صدوق از روایان این کتاب، ابراهیم را استثنا نکرده اند (رجال النجاشی، ص ۳۴۸: فهرست الطوسی، ص ۴۱۰).

استدلال به این روایت تأمل داشته و فرموده: «و الرواية مختصة بصورة المغاضبة.»^۱
صاحب جواهر نیز پس از نقل روایت فرموده: «وإن كان فيه أنه ظاهر في إلحاق
المغاضبة بالإيلاء وهو غير ما نحن فيه.»^۲

مرحوم آقای حکیم نیز این اشکال را پذیرفته است.^۳

توضیح این اشکال آن است که اگر مرد عصبانی شود و به قصد اضرار به
همسرش، قسم بخورد که مدتی بیش از چهار ماه مباشرت با او را ترک کند، این مورد
قطعی ایلاء است و احکام خاص آن را دارد؛ اما اگر یمنی در کار نیست و فقط به
جهت آنکه از دست همسرش خشمگین شده است تصمیم می‌گیرد که چهار ماه
یا بیشتر، مباشرت با او را ترک کند، این روایت فرموده این مورد هم ایلاء به حساب
می‌آید و اگر نه غضب باشد و نه یمن، ایلاء نیست؛ بنابراین، این روایت، مورد
مغاضبه را به ایلاء ملحق کرده است و اینکه در چه مواردی ایلاء صدق می‌کند
ربطی به مقام ندارد.

پاسخ: ظهور «فاستعدت علیه» در عدم دخالت غضب مرد در حق زن
ممکن است گفته شود هرچند روایت در مقام بیان مطلب دیگری است، ولی ضمناً
تعبیری در آن آمده که می‌توان به آن استدلال کرد؛ روایت فرموده: «إذا غاضب الرجل
امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر فاستعدت عليه...» روشن است که اگر
در مرحله سابق، حقی برای زن نباشد، ظلمی به او نشده تا حق شکایت داشته
باشد؛ بنابراین، متفاهم عرفی این است که همین که بدون عذر عرفی، عامداً،
چهار ماه مباشرت را ترک کرده باشد، ظلم تحقق یافته است؛ خواه عدم مباشرت از
روی غضب صورت گرفته باشد یا غیر غضب؛ پس یکی از حقوق زن این است که
مباشرت شوهرش از چهار ماه به تأخیر نیفتد.

اشکال: احتمال خصوصیت غضب به دلیل توهین نبودن ترک مباشرت بدون غضب
اما دلیل، اخص از مدعا است؛ چون اگر ترک مباشرت از روی خشم بوده و با قصد

۱. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۸۹.

۲. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

۳. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۷۴.

اضرار همراه باشد، عرفاً یک نوع توهین به زن و هتک حرمت اوست و ثبوت حق شکایت در چنین شرایطی اثبات نمی‌کند که در فرض نبود خشم و قصد اضرار، حقی از زن تفویت شده و می‌تواند شکایت کند. گویا به همین جهت، محقق سبزواری فرموده: «و الروایة مختصة بصورة المغاضبة»؛ پس اگر ترک مباشرت با خشم همراه باشد، از روایات استفاده می‌شود که جایز نیست؛ ولی اگر به جهات دیگری - مانند اشتغال زیاد یا پیش آمدن مصیبت - مباشرت را ترک کرده باشد، از این روایت چنین حکمی استفاده نمی‌شود.

روایت سوم: مرسله محمد بن جعفر

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ الْكُوفِيِّ عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «مَنْ جَمَعَ مِنَ النِّسَاءِ مَا لَا يَنْكَحُ فَرَضِي مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَالْإِثْمُ عَلَيْهِ».^۱

بررسی تقاریب استدلال

دو تقریب برای استدلال به این روایت در مقام وجود دارد.

تقریب اول: لزوم مباشرت، جهت ممانعت از زنای زوج

تقریب اول این است که طبق این روایت، ترک مباشرت، زمینه‌ساز وقوع در زنا است؛ از این رو، جایز نیست.

اشکال: عدم اثبات لزوم مباشرت با زوجه عقیف

اما این تقریب، اخص از مدعا است؛ چون این روایت، کسی را که زنی عقیف دارد و مطمئن است که با ترک مباشرت، همسرش به زنا نمی‌افتد، شامل نمی‌شود.

تقریب دوم: ظهور روایت در حرمت ذاتی ترک جماع

تقریب دوم این است که اطلاق روایت صورتی را که مرد قطع دارد همسرش با ترک

۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۹.

۲. «ابوالعباس کوفی» و «محمد بن جعفر» مجهول هستند.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۶، ح ۴۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۱، ح ۲.

مباشرت به زنا نمی‌افتد، ولی قطع او اشتباه است و بر اثر ترک مباشرت، همسرش مبتلا به زنا می‌شود، شامل می‌گردد و اثبات می‌کند که اگر زن بر اثر ترک مباشرت شوهرش، به زنا گرفتار شود، در نامه عمل شوهرش، گناه زنا نوشته می‌شود. اگر ترک مباشرت، ذاتاً حرام نباشد، وجهی ندارد که گناهی بر شوهر باشد؛ زیرا از جهت تسبیب به حرام، گناهی صورت نگرفته و شوهر، یقین داشته چنین امری رخ نمی‌دهد؛ بنابراین، گناه مذکور در روایت، از جهت حرمت ذاتی آن است.^۱

اگر گفته شود که در فرض یقین شوهر به عدم معصیت همسر، چگونه زنا در نامه عمل او نوشته می‌شود؟ در پاسخ گفته می‌شود که برای تنجز محرمات و استحقاق عقاب بر آنها، وصول اصل حکم کافی است و لازم نیست شخصی که مرتکب می‌شود، مرتبه عقاب نیز به او واصل شده باشد؛ همین که بداند این کار حرام است و با این حال مرتکب شود، مستحق عقاب آن خواهد بود؛ هرچند اطلاعی از شدت عقاب نداشته باشد و اگر از شدت عقاب اطلاع داشت، مرتکب نمی‌شد. در مقام نیز اگر اصل ترک مباشرت حرام باشد و خبر آن به مرد برسد، برای تنجیز حکم و استحقاق عقاب کافی است؛ پس هرچند نداند که این ترک مباشرت، مفاسد زیادی را به دنبال خود دارد و سبب وقوع در زنا می‌گردد، وصول اصل حکم، مصحح عقاب شدید است و به حسب این روایت، در نامه اعمال مرد، گناه زنا همسرش نوشته می‌شود؛ با اینکه یقین داشته همسرش به چنین منجلابی گرفتار نمی‌شود.

بسیاری از اوقات، شوهر، همسرش را عقیف می‌داند و اصلاً احتمال مبتلا شدن به زنا را در حق او نمی‌دهد؛ ولی توجه ندارد گاهی در امتحان‌های سخت، ممکن است فریب شیطان را بخورد و پایش بلغزد؛ در عین حال اگر مرتکب زنا شد، در نامه اعمال شوهرش می‌نویسند.

به همین جهت است که گفته می‌شود: «من استنّ سنة جور فأتبع، کان علیه

۱. این تقریب نیز با این اشکال مواجه است که روایت فقط در فرض تحقق زنا فرموده است: «فالإثم علیه»؛ از این رو، نمی‌توان استفاده کرد که در فرض عدم تحقق زنا نیز گناهی بر عهده اوست؛ بلکه مفهوم روایت این است که در فرض عدم تحقق زنا چنین اثمی نوشته نخواهد شد ولو فی الجملة.

مثل وزر من عمل به»؛ هرچند اصلاً متوجه نبوده که ممکن است دیگران دنبال این کار زشت را بگیرند و با این کار جامعه‌ای به فساد کشیده شود؛ پس اگر سنت سیئه‌ای را پی‌ریزی کرد، وزر کامل پیروان و مرتکبین بعدی، در نامه عمل بنیان‌گذار سنت سیئه نوشته می‌شود.

بنابراین، تنها نکته‌ای که می‌تواند مصتحح عقاب باشد، این است که ترک مباشرت ذاتاً حرام باشد.

اشکال: اختصاص روایت به فرض ترک دائم وطی زوجه و مشابهات آن اما اشکال این تقریب آن است که در این روایت، اسمی از چهار ماه برده نشده است؛ بلکه ظاهر «من جمع من النساء ما لا ینکح»، این است که ازدواج کرده، ولی مباشرت را برای همیشه یا برای مدتی طولانی - که در حکم ترک دائم است - ترک کرده است. دست‌کم، چنین احتمالی در روایت وجود دارد که مانع استظهار می‌شود.

بررسی تعمیم حکم وطی واجب به زوجه موقت

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر، من غیر فرق بین الدائمة و المتتمتع بها...»^۱

حال آیا این حقّ وطی چهار ماه در مورد عقد موقت هم وجود دارد؟ ابتدا اقوال فقها بررسی می‌شود و سپس ادله مسئله مطرح خواهد شد.

بررسی شهرت جواز ترک وطی در زوجه موقت

مرحوم آقا جمال در حاشیه شرح لمعه، در بحث نکاح فرموده: «ظاهر الأكثر تخصیص الحكم بالدائم كما يظهر في بحث وقوع الظهار بالمتعة فانتظر.»^۲ ایشان در بحث ایلاء، ضمن اینکه حکم ایلاء را ذاتاً بر متعه بار ندانسته، عدم وجود این

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۷۴، ح ۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۳. التعليقات على شرح الروضة البهیة (آقا جمال خوانساری)، ص ۳۸۴.

حق (وقاع در حدّ چهار ماه) را به مشهور نسبت داده است.^۱ مرحوم نراقی نیز در مستند فرموده است: «و الروایتان عاقتان للمتمتعة و الدائمة، و المشهور اختصاصها بالأخيرة... و التعميم أظهر، لما مرّ»^۲ عبارت ریاض هم در این مسئله مجمل است؛ چون مسئله را به این شکل بیان کرده است:

«لا يجوز للرجل الحاضر المتمكّن من الوطء، ترك وطء المرأة المعقودة له بالدوام، على الأصحّ مطلقاً، أكثر من أربعة أشهر، على المعروف من مذهب الأصحاب»^۳

معلوم نیست شهرت، به قید «دوام» هم می خورد یا خیر؛ از این رو، کلام ایشان ظهور در ادعای شهرت ندارد.

در هر حال، بسیاری از ادعاهای شهرت، اصلی ندارد. این مسئله نیز تا زمان شهید ثانی اصلاً مطرح نبوده است؛ نه در بحث از حقوق زنان، مسئله تمایز بین دائم و منقطع مطرح است (همچون بحث عزل که مناسب بود ضمن تحدید این حقوق، مورد بحث قرار گیرد) و نه حتی در مباحثی که فرق بین زوجه دائم و موقت - مانند وجوب لباس، نفقه و ارث - را بیان کرده اند. حتی شیخ مفید رساله ای در متعه دارد که در آن هم اثری از این بحث نیست. تنها، تعبیری در ایضاح هست^۴ که آن نیز ناظر به مقام نیست؛ بنابراین، در هیچ جا، قبل از شهید ثانی مسئله مطرح نیست. خود شهید ثانی نیز در شرح لمعه، «الزوجة» تعبیر کرده^۵ که ظهوری در تفصیل ندارد؛ اما در حاشیه ارشاد تصریح کرده که منقطع و دائم حکم واحد دارند.^۶ اولین جایی که بین همسر دائم و موقت تفصیل داده شده، عبارت مسالک است.^۷

۱. التعليقات على شرح الروضة البهية (آقا جمال خوانساری)، ص ۴۵۵.

۲. مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۷۸.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.

۴. مستند مطلب فوق، یافت نشد.

۵. الروضة البهية (جواب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۷.

۶. حاشیه الإرشاد، ج ۳، ص ۱۳.

۷. مسالک الأتھام، ج ۷، ص ۶۷.

پس از ایشان، برخی اظهار تردید کرده^۱، برخی فتوای به تعمیم^۲ و برخی دیگر بین دائم و متعه تفصیل داده‌اند^۳؛ بنابراین، فتوای به تفصیل مشهور نیست و قبل از مسالک، سابقه نداشته است.

بررسی جریان ادله «لزوم وطی زوجۀ دائم» در عقد موقت

برای بررسی حکم مباشرت چهار ماه یک بار در عقد موقت، ادله موجود در عقد دائم بررسی می‌شود و ثابت خواهد شد آن ادله در عقد موقت جاری نیست؛ بنابراین، در مقام، «ادله ایلاء»، «اطلاق صحیحۀ صفوان» و «قاعده نفی حرج نوعی» بررسی می‌شود.

بررسی جریان ادله ایلاء در عقد موقت

می‌توان گفت که ادله ایلاء در مورد زوجۀ موقت جاری نیست و حتی ممکن است گفته شود از عدم جریان ادله ایلاء در عقد موقت استفاده می‌شود که با ترک مباشرت، حقی از زن تفویض نمی‌شود و ترک مباشرت حرام نیست.

توضیح مطلب: این استدلال مبتنی بر دو مقدمه است.

مقدمه اول: بطلان ایلاء برای زوجۀ موقت.

مقدمه دوم: مشابهت مقام با ایلاء.

نتیجه: نبود حق وطی برای زوجۀ موقت به دلیل مشابهت مقام با ایلاء.

مقدمه اول: بطلان ایلاء برای زوجۀ موقت

در مقدمه اول می‌توان گفت که اجماعاً ایلاء در زوجۀ موقت صحیح نیست؛ از این رو، احکام آن جاری نمی‌شود و زن حق مرافعه به حاکم ندارد.

ممکن است اشکال شود که در این مسئله قول مخالف وجود دارد؛ زیرا در باب ایلاء ادعا شده که مشهور فقها در عقد انقطاعی صحت ایلاء و قسم خوردن بر ترک

۱. نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۲؛ کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۹؛ ملاذ الأخیار، ج ۱۲، ص ۳۵۳؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۰؛ کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۶.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۸.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۲۷۰؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۷.

وقاع به مدت چهار ماه را نپذیرفته‌اند. معنای این ادعا آن است که قول مخالف در مسئله وجود دارد. در ذیل، این ادعا بررسی می‌شود.

ادعای وجود قول به صحت ایلاء در عقد موقت

محقق در شرائع تردید کرده و فرموده است: «فی وقوعه بالمستمتع بها تردد أظهره المنع»^۱ در نافع گفته: «قولان»؛ ولی خود چنین اختیار کرده که در متعه، ایلاء نیست.^۲

۱. شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۶۴.

۲. المختصر النافع، ج ۱، ص ۲۰۷.

در شرائع و نافع تعبیر «قولان و المروي ...» بسیار به‌کار رفته است. ممکن است گفته شود این تعبیر در فتوای به مفاد روایت ظهور ندارد؛ زیرا عبارت مذکور، از اینکه مصنف طبق این روایت فتوا هم می‌دهد، ساکت است؛ اما در پاسخ می‌توان گفت ظهور این تعبیر این است که قول مطابق با روایت دارای مستند است؛ در حالی که قول مخالف آن مستند روایی ندارد؛ از این رو، در شرایطی که قول مخالف مستند قابل توجهی مانند شهرت و مانند آن نداشته باشد، دلیلی وجود ندارد که مصنف طبق روایت فتوا ندهد. شاهد بر این مطلب، برداشت برخی از اصحاب مانند ابن فهد حلی و فاضل مقداد از چنین تعبیری است که در شرائع و نافع به‌کار رفته است. در مقام، همین عبارت نافع طبق برخی شروح این کتاب چنین تبیین شده است:

التفقیح الرابع، ج ۳، ص ۳۸۸: «و الرواية المشار إليها هي ما رواه ابن أبي يعفور ... و عليها فتوى الشيخ و المصنف و العلامة».

المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۹۴: «منع الحسن و السيد و الشيخ و ابن إدريس من وقوعه بالمتمتع بها، و هو المعتمد، و اختاره المصنف و العلامة».

شواهد دیگر در چنین عباراتی عبارت است از:

المقتصر من شرح المختصر، ص ۳۶: «قال طاب ثراه: و في الدم أقوال، و المروي في دم ذبح الشاة من ثلاثين إلى أربعين. أقول: المشهور من الأقوال في الدم أربعة. الأول: في القليل خمس، ... الثاني: في القليل عشر و في الكثير من ثلاثين إلى أربعين قاله المصنف ...»

المقتصر من شرح المختصر، ص ۴۴: «قال طاب ثراه: و ما يرفع به الحدث الأكبر طاهر: و في رفع الحدث به ثانيا قولان، المروي المنع. أقول: الماء المستعمل في الأغسال المندوبة أو الوضوء يجوز استعماله في رفع الحدث قطعاً، و اما المستعمل في الحدث الأكبر، فإنه طاهر في نفسه قطعاً، و يجوز إزالة النجاسة به، و هل يرفع به الحدث ثانياً كبيراً أو صغيراً؟ قال الفقيهان و الشيخان و اختاره المصنف: لا».

المهذب البارع، ج ۱، ص ۱۱۵: «و ما يرفع به الحدث الأكبر طاهر، و في رفع الحدث به ثانيا قولان: المروي: المنع ... أقول: المنع مذهب الشيخ، و الفقيهين، و اختاره المصنف».

ایضاً: المهذب البارع، ج ۱، ص ۱۵۵؛ رک: كشف الرموز ج ۱، ص ۳۲۰؛ التفقیح الرابع، ج ۱، ص ۴۰۳.

در مسالك^۱، حاشیه آقا جمال^۲ و برخی کتب دیگر^۳، عدم ایلاء در متعه به «مشهور» و «اکثر» و در ریاض^۴ به «اشهر» نسبت داده شده است.

مخالفینی که در مسئله از آنها نام برده شده عبارت اند از:

• شیخ مفید: فاضل آبی در کشف الرموز^۵ و ابن فهد در المهدب البارع^۶ و مقتصر^۷ - به تبعیت از کشف الرموز - نام شیخ مفید را از دیگران به عنوان مخالف نقل کرده اند.

• سید مرتضی: در مسالك^۸، مفاتیح فیض^۹ - که احتمالاً از مسالك اخذ کرده است - کفایة الأحکام سبزواری^{۱۰} و حاشیه آقا جمال^{۱۱}، صحت ایلاء در متعه به سید مرتضی نسبت داده شده است.

• قاضی ابن بزاز: صاحب ریاض^{۱۲} نام ایشان را به عنوان مخالف مطرح کرده است.

• ابو الصلاح حلبی: فاضل آبی در کشف الرموز^{۱۳}، فاضل مقداد^{۱۴} و ابن فهد

البته این شواهد تنها به عنوان مؤید است و بر حسب اختلاف موارد، تعبیر «المروی» و مشابهات آن ممکن است ظهور در فتوای تردید داشته باشد و یا گاهی مجمل باشد؛ رک: کنز الفوائد، ج ۲، ص ۶۳۹.

۱. مسالك الأفهام، ج ۱۰، ص ۱۳۵.

۲. التعليقات على شرح الروضة البهية (آقا جمال خوانساری)، ص ۴۵۵.

۳. غاية المرام، ج ۳، ص ۳۲۱؛ نهاية المرام، ج ۲، ص ۱۷۹.

۴. ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۴۰۸.

۵. کشف الرموز، ج ۲، ص ۲۵۲.

۶. المهدب البارع، ج ۳، ص ۵۴۹.

۷. المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۹۴.

۸. مسالك الأفهام، ج ۱۰، ص ۱۳۵.

۹. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۳۳.

۱۰. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۴۰۸.

۱۱. التعليقات على شرح الروضة البهية (آقا جمال خوانساری)، ص ۴۵۵.

۱۲. ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۴۰۸.

۱۳. کشف الرموز، ج ۲، ص ۲۵۲.

۱۴. التنقيح الرائع، ج ۳، ص ۳۸۷.

در المذهب البارع^۱ و مقتصر^۲، نام او را به عنوان مخالف مطرح کرده‌اند.

اجماعی بودن بطلان ایلاء در عقد موقت

اما این مسئله اجماعی است و حتی یک مخالف هم در مسئله ایلاء یافت نشد. همه کسانی که متعرض مسئله شده‌اند، گفته‌اند که در متعه، ایلاء نیست. در ذیل به بررسی فتوای کسانی که به عنوان مخالف در مسئله نام برده شده‌اند پرداخته می‌شود.

شیخ مفید

مرحوم شیخ مفید، در المسائل الصاغاتیة^۳، در جواب یک نفر از عاقه، و همچنین در خلاصة الإيجاز^۴ که مربوط به متعه است، تصریح کرده که ایلاء در متعه واقع نمی‌شود؛ بلکه اشکال نقضی یکی از عاقه به امامیه - که گفته است ایلاء در زوجه موقت جاری نیست، پس زوجه موقت زوجه نیست - و پاسخ شیخ مفید به او، ظاهرش این است که عدم جریان ایلاء در متعه، از مسلمات امامیه است؛ زیرا ایشان منکر کلام آن فرد از عاقه نشده؛ بلکه نقض بودن آن را برای انکار مشروعیت عقد موقت پذیرفته است.

فقط ممکن است گفته شود که شیخ مفید در أحكام النساء^۵، در باب ایلاء، زوجه را مقیده به «دائمه» نکرده و این منشأ شده که برخی نسبت مخالفت به مرحوم مفید بدهند؛ اما این نیز توهمی باطل است؛ زیرا حکمی که ایشان بیان کرده، تخییر بین «فئه» و «طلاق» است که خود قرینه‌ای بر شرطیت دوام در زوجیت است.

سید مرتضی

مرحوم سید مرتضی در انتصار، صریحاً فرموده است که ایلاء در متعه جاری نیست و در جواب آن فرد از عاقه که گفته: «احکام زوجیت بر متعه، بار نمی‌شود؛ چون زوجیت

۱. المذهب البارع، ج ۳، ص ۵۴۹.

۲. المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۹۴.

۳. المسائل الصاغاتیة، ص ۴۶.

۴. خلاصة الإيجاز في المتعة، ص ۳۷.

۵. أحكام النساء (شیخ مفید)، ص ۴۰.

چند حکم دارد که در متعه نیست و یکی از آن احکام، ایلاء است،^۱ فرموده: ایلاء از احکام مطلق زوجیت نیست که اگر ایلاء صحیح نباشد، زوجیت هم منتفی باشد. عبارت ایشان چنین است:

«ليس في ظاهر القرآن ما يقتضي لحوق الظهار و اللعان بكل زوجة و كذلك الإيلاء، وإنما في الآيات الواردة بهذه الأحكام بيان حكم من ظاهر أو لاعتن أو آلي، فلا تعلق للمخالف بذلك.»^۲

ایشان عدم ایلاء در متعه را مانند شیخ مفید - با همان بیانی که درباره کلام شیخ مفید بیان شد - جزء مسلمات امامیه دانسته است. در کتب دیگر او هم، مسئله مورد بحث مطرح نشده است.

قاضی ابن براج

در مورد قاضی ابن براج، صاحب ریاض^۳ ظاهراً اشتباه کرده و تخیل کرده «تقی» - که ابوالصلاح است - همان قاضی ابن براج است؛ در حالی که اولاً، چنان که در ادامه خواهد آمد، اصل این نسبت به مرحوم حلبی اشتباه است و ثانیاً، ابن براج نیز مانند حلبی، ایلاء در متعه را صحیح نمی داند: «وإذا كانت المرأة متمتعاً بها، لم يقع بها إيلاء.»^۴

ابوالصلاح حلبی

مرحوم ابوالصلاح حلبی، تصریح کرده که ایلاء در متعه واقع نمی شود: «فإن حلف أن لا يقرب أمته أو متعته فعليه الوفاء، فإن حنث كفر، وإن أقام على مقتضى الإيلاء، لم يكن لهما عليه حكم على كل حال.»^۵

بنابراین، معلوم نیست که منشأ ادعای وجود مخالف در مسئله چیست؛ در حالی که - چنان که در سطور قبل گذشت - ظاهر کلام شیخ مفید و سید مرتضی این است که عدم جریان ایلاء در متعه از مسلمات امامیه است؛ پس ایلاء، حتی با

۱. الانتصار، ص ۲۷۶ و ۲۷۷.

۲. ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۴۰۸.

۳. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۳۰۲.

۴. الكافي في الفقه، ص ۳۰۲.

قطع نظر از نصوص^۱، اجماعاً در متعه واقع نمی‌شود.

مقدمه دوم: شباهت مقام به باب ایلاء

در مقدمه دوم - همان‌طور که در جواهر^۲ هم آمده است - می‌توان گفت که حکم مسئله از باب ایلاء است. در باب ایلاء - چنان‌که در مقدمه اول گذشت - بین دوام و انقطاع تفصیل است؛ از این‌رو، اینجا هم این تفصیل قدر متیقن است. از کلمات بسیاری از فقها استفاده می‌شود که بین باب ایلاء و بحث فعلی ارتباط است. مسالك^۳ و كشف اللثام^۴ در باب ایلاء گفته‌اند که این مسئله در «نکاح» مطرح شده و هر حکمی که در باب ایلاء است در باب نکاح نیز جاری است.

نتیجه مقدمات: نبود حق وطی برای زوجه موقت به دلیل مشابهت مقام با ایلاء
بنابراین، با توجه به مقدمه اول، چون مسلم است که در متعه، ایلاء وجود ندارد و از طرفی طبق مقدمه دوم چون ایلاء و مسئله مورد بحث با یکدیگر مرتبط هستند و بیان شد که حق مرافعه زوجه در ایلاء، دال بر تفویت حقوق زن است، پس در مقام نیز می‌توان گفت که در متعه نیز از آن‌رو که ایلاء جاری نیست، تفویت حقی هم وجود ندارد و با ازدواج دائم از این جهت تفاوت دارد.

اشکال: ثابت نشدن انحصار تفویت حق زن به موارد جریان ایلاء

اما این استدلال تمام نیست؛ زیرا گرچه - طبق نظر مختاره^۵ - میان این دو بحث ارتباط وجود دارد، ولی این ارتباط، مسئله مورد بحث (اختصاص حق وطی واجب به زوجه دائم) را حل نمی‌کند؛ چون آنچه در مطلق ایلاء - حتی ایلائی که چهار ماه باشد و رجوع به محکمه در رأس همان چهار ماه صورت گرفته باشد - وجود دارد این

۱. آیات ۲۲۶ و ۲۲۷ سوره بقره درباره ایلاء: ﴿الَّذِينَ يُؤْلَوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ - وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ و روایات (وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص ۳۴۱، کتاب الإیلاء و الکفارات أبواب الإیلاء) همگی مربوط به زوجه دائم است و شامل عقد موقت نیست.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۷؛ و ج ۳۳، ص ۳۰۸.

۳. مسالك الأفتها، ج ۱۰، ص ۱۳۵ و ۱۳۶.

۴. كشف اللثام، ج ۸، ص ۲۶۵.

۵. در دلیل چهارم از ادله حرمت ترک وطی زوجه دائمه بیان شد.

است که اصل تفویض حق در آن مسلم است؛ اما اینکه آیا غیر از تفویض حق، شرایط دیگری هم برای ایلاء وجود دارد، ثابت نمی‌شود. به عبارت دیگر، ثابت نمی‌شود که در مواردی که ایلاء جاری نیست، چنین تفویض حقی وجود ندارد؛ بلکه در موارد جریان ایلاء، تفویض چنین حقی را ثابت می‌کند.

بنابراین، ممکن است گفته شود مطابق اطلاق کلمات فقها در مسئله لزوم مباشرت در هر چهار ماه، باید متعه را ملحق به دائم کرد؛ اما چنان‌که در بررسی اطلاق صحیحۀ صفوان خواهد آمد، عبارات فقها از عقد موقت انصراف دارد و دست‌کم، اطلاق کلمات آنها شامل متعه نیست.

بررسی جریان صحیحۀ صفوان در عقد موقت

عنه (أحمد بن محمد بن عیسی) عن علی بن أحمد بن أشیم عن صفوان بن یحیی قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك أثم؟ قال إذا تركها أربعة أشهر كان أثمًا بعد ذلك إلا أن يكون بإذنها»^۱.

تقریب استدلال به صحیحۀ صفوان برای اثبات لزوم مباشرت در عقد موقت

در بررسی جریان صحیحۀ صفوان - که عمده دلیل لزوم مباشرت در عقد دائم بود - در مورد عقد موقت، ممکن است ادعا شود که اطلاق «الْمَرْأَةُ الشَّابَّةُ» شامل همسر موقت هم می‌شود؛ البته همان‌طور که با ضمیمه «لا حرج» از جوان به غیرجوان - البته میانسال - تعدی شد، در عقد موقت نیز از شابه تعدی می‌شود.

اشکال اول: انصراف روایت به همسر دائم

اما صحیحۀ صفوان از صورت ازدواج موقت منصرف است؛ زیرا در زمان صدور روایت، با توجه به جو تحریم متعه در میان عاقله، متعه جنبه غیر قانونی داشته و بسیار کم، اتفاق می‌افتاده است. از سوی دیگر، حقوق مشهور زن در ازدواج که

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۹، ۵۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، ح ۱.

لباس، نفقه و میراث باشد، در ازدواج موقت وجود ندارد. ندرت وجود ازدواج موقت و عدم ترتب این احکام مشهور بر آن، سبب انصراف دلیل از صورت ازدواج موقت می‌شود. تناسب حکم و موضوع در توسعه و تضیق مفاهیم الفاظ مؤثر است و همین امر به ضمیمه ندرت وجود، منشأ انصراف می‌گردد.

سؤالاتی که نوعاً از سوی راویان صورت می‌گیرد، ناظر به صورت‌های متعارف است و فروض نادر، در بحث‌های تخصصی فلسفی، اصولی و علمی در حوزه‌های علمیه طرح می‌گردد؛ مثلاً تبیین احکام فروع علم اجمالی در محافل علمی عنوان می‌شود، نه در سؤالات راویان عادی و اگر احیاناً حالت ویژه‌ای محل ابتلا گردید، بالخصوص سؤال می‌شود و به پرسش از آن در ضمن سؤال عام اکتفا نمی‌گردد. مرحوم آیت‌الله والد، از مرحوم آخوند ملا قربانعلی زنجانی رحمته‌الله نقل می‌کرد که در جواب استفتاء باید سؤال را بر متعارف حمل کرد و پاسخ داد و نباید تشقیق شقوق کرد؛ وگرنه سائل، متحیر شده و پاسخ را نمی‌فهمد؛ چرا که اگر مراد سائل صورت غیر متعارف باشد، بالخصوص سؤال می‌کند. مرحوم آیت‌الله والد، خود به این توصیه پایبند بوده و پاسخ استفتائات را کوتاه و گویا و ناظر به متعارف می‌نگاشت.

اشکال دوم: مانعیت قدر متیقن در مقام مخاطب از ظهور اطلاقی

اگر انصراف هم انکار شود، کلام صاحب جواهر که قدر متیقن، صورت عقد دائم است، کلام صحیحی است. عبارت ایشان چنین است: «أَنَّ الْمُتَيَقَّنَ مِنْهُمَا النِّكَاحُ الدَّائِمُ، فَلَا يَجِبُ ذَلِكَ فِي الْمَنْقَطَعِ السَّاقِطِ فِيهِ الْإِبْلَاءُ وَأَحْكَامُ الزَّوْجِيَّةِ مِنَ النِّفْقَةِ وَغَيْرِهَا؛ لِأَنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ»^۱.

وجود چنین قدر متیقنی مانع از اطلاق است. در ادامه، کلام مرحوم آخوند و نظر مختار در این باره تبیین خواهد شد.

کلام آخوند: مانعیت قدر متیقن در مقام مخاطب از اطلاق

مرحوم آخوند در ضمن بحث از مقدمات حکمت در بحث مطلق و مقید، یکی از این مقدمات را عدم وجود قدر متیقن در مقام مخاطب دانسته^۲ و گفته است که با

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۷.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۴۷.

وجود قدر متیقن در مقام تخاطب، نمی‌توان از اطلاق اثباتی، اطلاق ثبوتی را کشف کرد؛ ولی قدر متیقن خارجی، مانع از جریان مقدمات حکمت نیست.

اشکال آقای خوئی: مانع نبودن مورد سؤال از ظهور اطلاقی پاسخ انمه علیه السلام مرحوم آقای خوئی این قید را نپذیرفته و فرموده است:

«أن المراد بالقدر المتیقن بحسب التخاطب، هو أن يفهم المخاطب من الكلام الملقى إليه أنه مراده جزماً، و منشأ ذلك أمور عمدتها كونه واقعاً في مورد السؤال؛ مثلاً في موثقة ابن بكير: "سأل زرارۀ أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاة في الثعالب و الفئك و السنجاب و غيره من الوبر، فأخرج كتاباً زعم أنه إمام رسول الله صلى الله عليه وآله إن الصلاة في وبر كل شيء حرام أكله فالصلاة في وبره و شعره و جلده و بوله و روثه و كل شيء منه فاسد، لا تقبل تلك الصلاة حتى يصلي في غيره مما أحل الله أكله"، إن المتیقن بحسب التخاطب، هو مورد السؤال؛ ضرورة احتمال أن الإمام عليه السلام أراد غير مورد السؤال دونه غير محتمل جزماً، و أما العكس فهو محتمل. و لكن الكلام إنما هو في منعه عن التمسك بالإطلاق. و الظاهر أنه غير مانع عنه، و السبب فيه: أن ظهور الكلام في الإطلاق قد انعقد و لا أثر له من هذه الناحية»^۱

بنابراین، اگر در پاسخ «هل أكرم زیداً العالم؟» گفته شود: «أكرم العالم»، کسی نمی‌تواند حکم را مختص زید بداند.^۲

پاسخ: مصداق نبودن «مورد سؤال» برای قدر متیقن در مقام تخاطب

اما مثال مذکور در کلام مرحوم آقای خوئی مثال صحیحی برای قدر متیقن نیست؛

۱. محاضرات فی اصول الفقه، ج ۴، ص ۵۳۸.

۲. قبل از ایشان مرحوم نائینی نیز همین اشکال را مطرح کرده است (أجود التقريرات، ج ۱، ص ۵۳۰-۵۳۱: «فالحق» أنه ليس من المقدمات؛ و أن وجود القدر المتیقن مطلقاً لا یضّر بالتمسك بالإطلاق ... و لو كان وجود القدر المتیقن في مقام التخاطب مضراً بالتمسك بالإطلاق، لما جاز التمسك بالمطلقات في غير موارد ورودها؛ إذ المورد من أظهر موارد وجود القدر المتیقن في مقام التخاطب ...») اگرچه ایشان در مواردی نیز قبول کرده است (أجود التقريرات، ج ۲، ص ۴۷۱).

زیرا هیچ کس تردید نمی‌کند که جمله «أكرم العالم» اختصاص به مورد سؤال ندارد و همین تغییر اسلوب کلام، دلیلی واضح است که حکم، اختصاص به زید ندارد. مراد از قدر متیقن آن است که وقتی مطلقاً به عرف القاء می‌گردد، در اثر قرائن لفظی یا مقامی، تناسبات حکم و موضوع، احکام دیگر و ...، عرف به شمول حکم نسبت به برخی افراد یقین کرده و در توسعه حکم نسبت به برخی افراد دیگر، دچار تردید می‌شود. اگر نکات منشأ تردید، قرائن متصل، همچون قرائن لفظی یا ارتکازات عقلی محفوف به کلام باشد، «قدر متیقن در مقام تخاطب» است و سبب می‌شود که به محض شنیدن مطلق، در شمول آن نسبت به برخی افراد، تردید پدید آید و اگر نکات منشأ تردید، قرائن منفصل، همچون ملاحظه احکام مشابه باشد، «قدر متیقن خارجی» است.

مثال روشن قدر متیقن در مقام تخاطب، صحیح زراره در باب قاعده تجاوز است:

«قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل شك في الأذان وقد دخل في الإقامة؟ قال يمضي. قلت رجل شك في الأذان والإقامة وقد كتب؟ قال يمضي. قلت رجل شك في التكبير وقد قرأ؟ قال يمضي. قلت شك في القراءة وقد ركع؟ قال يمضي. قلت شك في الركوع وقد سجد؟ قال يمضي على صلاته، ثم قال يا زرار! إذا خرجت من شيء، ثم دخلت في غيره، فشكك ليس بشيء.»^۱

در ذیل این روایت، قاعده کلی در مورد تجاوز از عمل، ذکر شده است؛ ولی اینکه تمام سؤال و پاسخ‌ها در خصوص باب صلاة است، چه بسا منشأ تردید عرف گردد که قاعده ذیل، قاعده کلی در خصوص باب صلاة است و یا در سایر ابواب هم جریان دارد.

۱. توضیح بیشتر: قدر متیقن در جایی صدق می‌کند که بتوان جمله مورد نظر را در آن مورد - ولو به تعدد دال و مدلول - استعمال کرد، و این شرط مهم آشکارا در مثال بالا مفقود است؛ بلکه اراده خصوص زید از عالم، حمل مطلق بر فرد نادر تلقی می‌گردد.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۲، ص ۳۵۲، ح ۴۷؛ وسائل الشیعة، ج ۸، ص ۲۳۷، ح ۱.

بررسی جریان لاجرح در عقد موقت

ممکن است با وجود اینکه صحیحۀ صفوان، شامل عقد موقت نشد، برای اثبات حرمت ترک وطی در عقد موقت، به ادله نفی ضرر و نفی حرج تمسک شود.

تقریب استدلال به ادله نفی حرج و ضرر جهت اثبات لزوم مباشرت در عقد موقت تقریب استدلال این است که ترک وطی بیش از چهار ماه در عقد موقت، موجب حرج و ضرر نوعی است و با ادله نفی حرج و نفی ضرر، چنین حرج و ضرری دفع شده است؛ از این رو، از زوجۀ دائم به زوجۀ موقت می‌توان تعدی کرد؛ چنان‌که از زن جوان به زن میانسال تعدی شد.

اشکال: عدم تحقق حرج و ضرر نوعی در همه مصادیق عقد موقت

اما این استدلال قابل مناقشه است؛ زیرا اگر تمسک به حرج نوعی شود، باید در مصادیق متعارف متعه چنین حرجی وجود داشته باشد؛ در حالی که ممکن است ادعا شود مصادیق متعارف متعه، چه در زمان صدور روایات و چه در حال حاضر، با مدت بیش از چهار ماه نیست و دست‌کم مورد تردید است؛ در نتیجه، موضوع بحث در مقام محقق نخواهد شد و نمی‌توان از مقتضای اصل اولی که برائت از وجوب مباشرت چهار ماه یک‌بار است، دست برداشت.

البته خصوص متعه بلندمدت، به گونه‌ای که نه تنها شرعاً زوجه است، بلکه عرفاً نیز زوجه محسوب شود، بعید نیست که مشمول روایات وجوب مباشرت باشد که در این صورت، نوبت به قاعده نفی حرج نمی‌رسد.^۱

۱. ممکن است گفته شود: مسئله بهره‌گیری جنسی مهم‌ترین رکن ازدواج موقت بوده و مسائل دیگر ازدواج، همچون کسوه و نفقه و میراث‌بری در این نوع ازدواج نیست؛ و اساساً نام این نوع ازدواج (استمتاع، تمتع، متعه) برگرفته از همین رکن است؛ همچنین از روایاتی که در آن آمده، مانند «لولا ما سبقني به بني الخطاب ما زني إلا شقي» (الکافی، ج ۵، ص ۴۴۸، ح ۲) به روشنی استفاده می‌شود که مسئله تمتع و جلوگیری از افتادن انسان‌ها در زنا، غرض اصلی در تشریع ازدواج موقت است.

بنابراین، شاید بتوان در قدر متیقن بودن ازدواج دائم در صحیحۀ صفوان بن یحیی هم تردید کرد؛ زیرا چنانچه گفته شد قدر متیقن، تابع تناسب حکم و موضوع بوده و در احکام مختلف، مختلف است؛ بنابراین، در این روایت که مربوط به استمتاع و مباشرت است، شاید ازدواج موقت درازمدت را بتوان

بررسی تعمیم حکم وطی واجب به زن غیر جوان

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر، من غیر فرق بین الدائمة و الممتنع بها و لا الشابة و الشابة على الأظهر...»^۱

تعمیم حکم وطی واجب به زن غیر جوان در اشکال دلالی بر صحیحۀ صفوان به تفصیل بررسی شد و بیان شد که فقط تعدی از زن جوان به میانسال صحیح است، نه تعدی به پیرزن؛ زیرا «عجائز» و «قواعد النساء» از مدلول صحیحۀ صفوان خارج بوده و جهات خارجی هم بر الحاق آن وجود ندارد.

دلیل این مطلب آن است که حرج یا ضرر نوعی ناشی از ترک مباشرت، متوجه این زن‌ها نمی‌شود و بر فرض که در ترک مباشرت، حرج یا ضرر نوعی برای پیرزن وجود داشته باشد، با عنایت به ضرر و حرج نوعی که در مباشرت برای مرد وجود دارد، مقام از مصادیق تعارض الضررین یا تعارض الحرجین بوده و نمی‌توان به قاعده نفی حرج یا نفی ضرر استناد کرد؛ بلکه قواعد اولیه، همچون اصل برائت محکم است.

حقوق عرفی نیز برای پیرزن در مورد مباشرت ثابت نیست. ثبوت حکم ایلاء هم در این موارد که ضرر نوعی برای مرد دارد معلوم نیست؛ بلکه ایلاء در جایی است که حقوق عرفی برای زن وجود داشته و مرد بخواهد با قسم خود این حقوق را تفویض کند؛ بر خلاف زن میانسال که هم ضرر و حرج نوعی در ترک مباشرت برای او وجود دارد و هم حق مباشرت، جزء حقوق عرفی اوست که ردعی از جانب شارع نشده است و از مسئله ایلاء نیز می‌توان حکم او را استفاده کرد.

از مدلول آن بیرون ندانست. اما پاسخ این مطلب آن است که قوانین معمولاً ناظر به حل مشکل افراد متعارف می‌باشد، و لازم نیست افراد نادر هم تحت پوشش قانون باشند. این کمبودها در آخرت جبران می‌شود؛ از این رو، قانون فقط اکثر نیازهای افراد را برطرف می‌سازد؛ بله، اگر طبق آنچه از استناد^۲ در متن آمده است گفته شود که عرفاً متعه بلند مدت زوجه محسوب می‌شود، روایات مسئله ابتداء شامل آن می‌شود و این غیر از تمسک به مناسبات حکم و موضوع است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر غیر واجب

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطئ الزوجة أكثر من أربعة أشهر، من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها... كما أن مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمساfer في غير السفر^۱ الواجب»^۲.

مرحوم سید در لزوم مباشرت، بین حاضر و مسافر در غیر سفر واجب فرقی نمی‌گذارد.

نظر صاحب ریاض، نراقی و شیخ انصاری

ولی صاحب ریاض^۳ و مرحوم نراقی در مستند^۴، لزوم مباشرت را مختص به غیر مسافر دانسته‌اند، و برخی دیگر همچون شیخ انصاری در مسئله تردید کرده‌اند.^۵

تمسک نراقی به «عنده» در صحیحه صفوان جهت اثبات قید «حاضر»

مرحوم نراقی برای اثبات اختصاص لزوم مباشرت به «حاضر» فرموده است: «و کذا يختص بالحاضر عند الزوجة؛ لظاهر الإجماع ولأنه من العذر؛ بل هو مقتضى قوله في الصحیحة: «يكون عنده المرأة»، و المسافر ليست المرأة عنده»^۶.
تعبیر روایت چنین است: «الرجل يكون عنده المرأة الشابة»^۷. از کلمه «عنده» فهمیده می‌شود که موضوع حکم درباره حاضر است و این عنوان در مورد زن مسافر صدق نمی‌کند. اصل اولی هم که برائت است؛ بنابراین، وجوب، نسبت به مسافر ثابت نیست.

۱. کلمه «سفر» در نسخه اصلی مؤلف، با «ال» و در بقیه چاپ‌ها بدون «ال» است؛ یعنی «سفر الواجب» نوشته شده که غلط است.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.

۴. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۹.

۵. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۶.

۶. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۷۹.

۷. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۵۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، ح ۱.

معانی محتمل کلمه «عنده» در روایت

کلمه «عنده» سه گونه اطلاق دارد که به ترتیب هر یک از دیگری مضیق تر است.

- معنای اول: عنایت اعتباری که با مجرد زوجیت حاصل می‌گردد.
- معنای دوم: علاوه بر عنایت اعتباری (زوجیت)، عنایت تکوینی زن هم معتبر باشد؛ ولی همراه بودن و عنایت تکوینی، به نحو حدوث، در ثبوت حکم به نحو مطلق کفایت کند، اگرچه بقاء عنایت تکوینی منتفی شود؛ یعنی به مردی که زنش در نزد اوست گفته می‌شود که مباشرت لازم است، اگرچه در ادامه بخواهی از او جدایی تکوینی داشته باشی.
- معنای سوم: همان معنای قبلی، با این قید که عنایت تکوینی حدوثاً و بقاء شرط باشد.

طبق معنای اول، تعبیر «الرجل یکون عنده المرأة الشابة» می‌تواند به این معنا باشد که «مردی با زن جوانی ازدواج کرده است». نظیر این عبارت در حدیث مشهور «لا تبع ما لیس عندک»^۱ آمده که به این معنا است که انسان چیزی را که هنوز مالک نشده و از نظر اعتباری در تحت اختیارش نیامده، نمی‌تواند بفروشد. بنابر این معنا، بین مسافر و حاضر فرقی نیست.

طبق معنای دوم، لازم است زوجه در دسترس تکوینی وی هم باشد؛ به گونه‌ای که امکان تمتع برای شوهر وجود داشته باشد؛ از این رو، اگر در هنگام ازدواج، زن و مرد در دو مکان مختلف باشند و ازدواج - مثلاً - با وکالت صورت گرفته باشد، لزوم مباشرت در چهار ماه ثابت نمی‌گردد؛ ولی اگر زن و مرد به هم برسند و عنایت تکوینی تحقق یابد، دیگر مرد نمی‌تواند با مسافرت رفتن بیش از چهار ماه، مباشرت با زن را در این مدت ترک کند و چنانچه پس از تحقق عنایت، مسافرت هم بکند حکم لزوم مباشرت ثابت است؛ زیرا طبق این معنا، عنایت تکوینی حدوثی در ثبوت حکم مطلق به لزوم مباشرت کفایت می‌کند.

طبق معنای سوم، لزوم مباشرت در هر زمان، مشروط به تحقق عنایت تکوینی در همان زمان است؛ بنابراین، اگر مرد حاضر باشد، نمی‌تواند مباشرت را ترک کند؛

ولی اگر تمام چهار ماه یا زمان اخیر آن را در سفر باشد و بدین جهت مباشرت را ترک کند، اشکالی ندارد.

نظر مختار: تعمیم حکم به مسافر با لحاظ ادله نفی ضرر و حرج

ممکن است برای اثبات عدم لزوم مباشرت در فرض سفر، و اشتراط قید «حاضر بودن» این گونه استدلال کرد که چون معانی محتمل کلمه «عنده» مختلف است و این واژه ظهوری در یکی از این معانی ندارد، قدر متیقن از لزوم مباشرت، در جایی است که زن حدوداً و بقاء نزد شوهر باشد و در غیر این صورت، باید به اصل اولی (اصل براءت) تمسک و به عدم لزوم حکم کرد.

اما این ادعا صحیح نیست؛ زیرا اگر مراد سائل از کلمه «عنده»، خصوص معنای سوم باشد، با عنایت به ادله نفی ضرر نوعی و نفی حرج نوعی، می توان به وجوب مباشرت حکم کرد و همچنان که با عنایت به این ادله، قید «جوان بودن» زن الغاء شد، در اینجا نیز می توان حکم را توسعه داد؛ بنابراین، مرد نمی تواند بدون ضرورت، زوجه را رها کند و مثلاً یک سال به مسافرت رود؛ زیرا این امر، بالاترین حرج نوعی را همراه داشته و ادله نفی حرج، آن را نفی می کند.

البته برخی فروض مسئله از این حکم خارج هستند؛ مثلاً زنی که عقد بسته، ولی هنوز به خانه شوهر نرفته است، از این رو که نوعاً مباشرت در این ایام صورت نمی گیرد، خود را برای ترک مباشرت آماده کرده است؛ به همین جهت، ترک مباشرت برای وی حرج نوعی ندارد و نمی توان مردی را که زن عقد بسته دارد و امکانات آوردن زن خود را هم ندارد، ملزم دانست که به خانه پدرزن رفته و با همسرش مباشرت کند؛ بنابراین، اصل دلیل لزوم مباشرت که مبتنی بر قاعده نفی حرج بود، در این موارد، قاصر است؛ البته در این گونه موارد، نوعی شرط ارتکازی نیز بر عدم لزوم مباشرت وجود دارد.

در هر حال، پس از عروسی، مرد نمی تواند بدون دلیل شرعی الزام آور و با اختیار خود، مثلاً برای سفر تفریحی یا سفر زیارتی مستحب، همسر خود را رها کرده و بیش از چهار ماه با او مباشرت نکند.

بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر واجب

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطئ الزوجة أكثر من أربعة أشهر، من غير فرق بين الدائمة و المتمتع بها... كما أنّ مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر و المسافر في غير السفر الواجب.»^۱

نظر آقای خونی: اختصاص جواز ترک جماع به «سفر واجب اهم»

مرحوم آقای خونی در اشکال بر مرحوم سید، مسئله را از موارد تراحم دانسته و فرموده است:

«و وجهه غیر ظاهر؛ إذ لا فرق بین السفر الواجب و غیره لو قلنا بعموم الحكم للمسافر أيضاً؛ غاية الأمر أنّ في السفر الواجب، يتحقق التراحم بينهما، و حينئذ فلا بدّ من العمل بمقتضيات بابه و تقديم الأهمّ على المهمّ. فإذا كان السفر، هو الأهمّ، -كسفر الحج في الأزمنة السابقة، حيث كان يستغرق أربعة أشهر أو أكثر- وجب تقديمه، وإن كان هذا الحكم هو الأهمّ، وجب تقديمه على السفر الواجب، و مع تساويهما في الأهمّيّة يكون المكلف مختيراً لا محالة. و الحاصل أنّ إطلاق استثناء السفر الواجب من هذا الحكم بناء على عمومته للمسافر، في غير محلّه؛ بل لا بدّ من تقديم الأهمّ منهما، و التخيير عند التساوي، عملاً بمقتضى قاعدة التراحم.»^۲

تحقیق در مسئله

مطلب اول: تبیین فرق باب تراحم و ورود

درباره فرق بین تراحم و ورود می توان چنین گفت: گاه دو واجب دارای ملاک تام الزامی بوده که یکی اهم و دیگری مهم، یا هر دو مساوی بوده و در اثر عدم قدرت مکلف، استیفای هر دو ملاک میسر نشده است؛ در نتیجه، واجب اهم، یا یکی از دو واجب (در فرض تساوی) به فعلیت می رسد و واجب دیگر، فعلاً نمی شود؛

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۱۹.

ولی ملاک ملزم آن زمین می ماند و به همین جهت است که انسان نمی تواند خود را اختیاراً داخل مورد تراحم کند؛ مثلاً انسان نمی تواند جایی برود که او را اکراه می کنند که شراب بنوشد. در این فرض، هرچند انسان به جهت اهم بودن واجب دیگری، مانند وجوب حفظ نفس، باید شراب بنوشد، ولی نباید با علم و اختیار و بدون عذر، خود را داخل موضوع باب تراحم کند؛ زیرا به حکم عقل، تفویت مصلحت ملزومه، بدون عذر، قبیح است.

ولی گاهی ملاک حکم، محدود به حدّ خاصی است، به نحوی که اگر در مقابل آن واجبی وجود داشته باشد، ملاک حکم از بین می رود؛ در این حالت، وارد کردن خود در موضوع ورود هیچ منعی ندارد؛ زیرا مصلحت ملزومه ای فوت نمی گردد.

مطلب دوم: ملاک تقدّم بین دو خطاب در فرض اخذ قدرت شرعی در موضوعشان البته گاه در موضوع دو دلیل، قدرت شرعی و عدم مزاحمت با واجب دیگر اخذ می شود؛ در اینجا هر یک از دو واجب که فعلی شود، واجب دیگر بلاموضوع بوده و فاقد ملاک می گردد. در چنین مواردی، همچنان که مرحوم آقای حکیم^۱ هم فرموده است، تقدّم زمان تحقق موضوع هر دلیل (با قطع نظر از دلیل دیگر) تعیین کننده واجب فعلی است که طبیعتاً بر واجب متأخر وارد می گردد؛ مثلاً اگر زنی نذر کند که روزهای جمعه را روزه را بگیرد و سپس ازدواج کند، در این صورت، با توجه به تقدّم زمانی موضوع لزوم وفاء به نذر - یعنی تحقق نذر - بر موضوع حقّ زوج - یعنی ازدواج -، نذر منعقد و فعلی می گردد و دیگر حقی برای زوج نیست؛ اما اگر ازدواج قبلاً صورت گرفته باشد، دیگر نذر مزبور اصلاً منعقد نمی شود؛ زیرا متعلّق آن رجحان ندارد. در این موارد، هر حکمی که تحقق موضوع آن از جهت زمانی متقدّم بر دیگری باشد، عرفاً به فعلیت آن و عدم فعلیت حکم دوم حکم می شود و موضوع حکم دوم منتفی می گردد. این گونه موارد را می توان از مصادیق بارز عدم حصول تراحم و از موارد ورود به شمار آورد.

به طور کلی می توان گفت که برای تشخیص موارد تراحم از ورود، باید استظهارات از ادله را مورد توجه قرار داد و ملاحظه کرد که آیا هر دو حکم مطلقاً دارای ملاک

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۶، ص ۱۹۷؛ و ج ۱۰، ص ۱۱۹.

هستند یا آنکه ملاک یک دلیل (یا هر دو دلیل) از ابتدا اطلاق ندارد.

مطلب سوم: عدم اطلاق ادله احکام اولیه نسبت به فرض تراحم

نکته دیگر این است که جهت تشخیص اهم از مهم، رجوع به ادله نفس احکام اولیه صحیح نیست؛ چون قبلاً گفته شد که ادله وجوب افعال، ابتداءً ناظر به فرض تراحم نیستند. برای نمونه اگر نماز و زکات با یکدیگر تراحم داشتند، نمی توان با توجه به اطلاق دلیل «صلّ» و اطلاق دلیل «زکّ» در فعلیت مطلقه صلاّه و زکات، مسئله را از باب تعارض دانست؛ زیرا هیچ گاه دلیل وجوب یک فعل نمی خواهد آن فعل را اهمّ واجبات قرار بدهد. ادله «صلّ»، «زکّ»، «صُم»، «صدّق»، یا «لا تکذب»، هیچ کدام برای بیان اهمیت مطلقه خود نیستند؛ بلکه این ادله، ناظر به لزوم ذاتی این افعال هستند و حکم اینکه در فرض تراحم چه باید کرد، باید از خارج استفاده شود؛ یعنی باید به ادله ای که مستقیماً ناظر به تعیین اهمیت واجبات بوده مراجعه کرد. به عبارت دیگر مرجع نماز، دلیل اولیه «أَقِمُوا الصَّلَاةَ»^۱ نیست؛ بلکه ادله ای است که نماز را رکن دین دانسته و بر تارک نماز، وعیدهای شدیدی را ثابت کرده است^۲؛ همچنان که دلیل «إِنْ قَبِلْتَ قَبْلَ مَا سَوَاهَا»^۳ بر اهمیت زائد الوصف نماز دلالت دارد و در نتیجه، در فرض تراحم، مقدّم می شود.

۱. به عنوان نمونه، در موارد ذیل، استاد رحمته الله این مسئله را مطرح کرده است: کتاب الاجاره، فصل ۶، مسئله ۲۶ (تعارض ضررین)؛ کتاب النکاح، مستثنیات حرمت نظر به اجنبیه.

۲. البقرة، ۴۳ و ۸۳ و ۱۱۰ و مواضع دیگر.

۳. رک: وسائل الشیعه، ج ۴، ص ۲۷، «باب تحريم إضاعة الصلوة وجوب المحافظة علیها».

کلام استاد رحمته الله ناظر به همه حالات نیست؛ بلکه فی الجمله نماز مقدّم بر واجبات دیگری است که رکن دین نیست. توضیح مطلب: از اینکه نماز رکن دین است استفاده نمی شود که همواره در فرض تراحم، نماز مقدّم است؛ زیرا اگر امر دائر بین «ترک کلی نماز در عمده عمر انسان یا بخش قابل توجهی از آن» و «ترک امتثال حکم الزامی دیگر» بود، این کلام، کلام وجیهی بود؛ اما اینکه مثلاً حکمی از احکام الهی -مانند حج- بالمزّه امتثال نشود تا نماز در واقعه واحده امتثال شود از رکنیت نماز فهمیده نمی شود و مجزّد رکنیت، برای حکم عقل به ترجیح آن، در همه موارد، کافی نیست.

۴. الکافی، ج ۳، ص ۲۶۸، ۴: جماعة عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن حسين بن عثمان عن سماعة عن أبي بصير قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول كلّ سهو في الصلوة يطرح منها غير أن الله تعالى يتم بالتوافل إن أول ما يحاسب به العبد الصلوة فإن قبلت

مطلب چهارم: ورود هر واجب ناشی از حق الله بر «حق مجامعت زن»

حال با توجه به مطالب فوق، در تطبیق کبرای تراحم و ورود ممکن است گفته شود که در مقام، همیشه قواعد تراحم جاری نیست؛ بلکه گاهی از باب ورود است و آن صورتی است که واجب الهی ناشی از حق الله - هرچند کم اهمیت ترین واجب باشد - ملاک حق زن را از بین ببرد؛ همچنان که در باب استطاعت - بنابر اینکه قدرت شرعی ملاک باشد و قدرت عقلی کفایت نکند - هرچند حج از اهم واجبات است، ولی این اهمیت، مشروط به تحقق موضوع آن است، و با مزاحمت کوچک ترین واجب با حج، قدرت شرعی نسبت به حج باقی نمی ماند و ملاک لزومی آن از میان می رود؛ بله، پس از تحقق موضوع حج، و توجه امر الزامی، عصیان آن از اعظم معاصی و از گناهان کبیره است.

ممکن است گفته شود که از مجموع قرائن ذیل می توان این کبرای کلی در حق الله و حق الناس را استنباط کرد:

قرینه اول: در روایات وارد شده که «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»؛^۱ از این رو،

قبل ما سواها إن الصلاة إذا ارتفعت في أول وقتها رجعت إلى صاحبها و هي بيضاء مشرقة تقول حفظتني حفظك الله و إذا ارتفعت في غير وقتها بغير حدودها رجعت إلى صاحبها و هي سوداء مظلمة تقول ضيعتني ضيعتك الله».

۱. علاوه بر اینکه این تعبیر، اشاره به امری ارتكازی است، از طرق متعدد نیز نقل شده است؛ اگرچه اکثر این طرق ضعیف است؛ اما برخی از این آنها (عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۱۲۱، ح ۱)، معتبر است و تعدّد نقل این مضمون هم موجب حصول اطمینان است؛ روایات مذکور عبارت اند از: شرح الأخبار، ج ۱، ص ۱۴۵: و بأخر عن إسماعيل بن [رجاء] عن أبيه، قال: «كنت جالسا مع عبد الله بن عمرو بن العاص و [أبي] سعيد الخدري بالمدينة ... (ص ۱۴۶) أما سمعت قول الله ﷻ [وَأِنْ جَاهِدَا عَلَى أَنْ تَضْرِبَا بِي مَائِيسَ لَكَ بِهِ عَلَمٌ فَلَا تُفْعَمَا] و قول رسول الله ... و قوله: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق؟ ...»

کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۲، ص ۶۱۸، ح ۳۲۱۴: روی إسماعيل بن الفضل عن ثابت بن دينار عن سيد العابدين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: «حق الله الأكبر عليك أن تعبدته ولا تشرك به شيئا فإذا فعلت ذلك (ص ۶۲۱) فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.»

الأمالی (شیخ صدوق)، ص ۳۶۸، ح ۱: حدّثنا الشیخ الفقیه أبو جعفر محمّد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي رحمته الله قال حدّثنا علي بن أحمد بن موسى قال حدّثنا محمّد بن جعفر الكوفي الأسدي قال حدّثنا محمّد بن إسماعيل البرمكي قال حدّثنا عبد الله بن أحمد قال حدّثنا إسماعيل بن الفضل عن ثابت بن دينار الثمالي عن سيد العابدين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام قال:

اگرچه اطاعت عبد از مولایش واجب شرعی است، اما اگر فرمان به معصیت خداوند متعال دهد، نباید از او اطاعت کند. این تعبیر روایی که اشاره به یک امر ارتكازی است، اباء از تخصیص دارد.

قرینه دوم: شروط مخالف حکم الهی، از لزوم عمل به شرط استثناء شده است؛ مانند: «إلا كل شرط خالف كتاب الله»^۱ یا «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^۲؛ از

«حق نفسك عليك أن تستعملها بطاعة الله ... (ص ۳۷۰) فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق». الخصال، ج ۱، ص ۱۳۹، ح ۵۵۸: حدَّثنا أبي عليه السلام قال حدَّثنا سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه عن حماد بن عيسى عن عمر بن أذينة عن أبيان بن أبي عبيد عن عبيد الله بن قيس الهلالي قال سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «احذروا على دينكم ثلاثة ... لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق». الخصال، ج ۲، ص ۵۶۴، ح ۱: حدَّثنا علي بن أحمد بن موسى عليه السلام قال حدَّثنا محمد بن أبي عبد الله الكوفي قال حدَّثنا جعفر بن محمد بن مالك الفزاري قال حدَّثنا خيران بن داهر قال حدَّثني أحمد بن علي بن سليمان الجبلي عن أبيه عن محمد بن علي عن محمد بن فضيل عن أبي حمزة الثمالي قال: «... (ص ۵۶۷) فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

الخصال، ج ۲، ص ۶۰۳، ح ۹: حدَّثنا أحمد بن محمد بن الهيثم العجلي وأحمد بن الحسن القظان ومحمد بن أحمد التستائني والحسين بن إبراهيم بن أحمد بن هشام المكنب وعبد الله بن محمد الضائع وعلي بن عبد الله الزواق عليه السلام قالوا حدَّثنا أبو العباس أحمد بن يحيى بن زكريا القظان قال حدَّثنا بكر بن عبد الله بن حبيب قال حدَّثنا تميم بن بهلول قال حدَّثنا أبو معاوية عن الأعمش عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «هذه شرائع الدين لمن أراد أن يتمتلك بها ... (ص ۶۰۸) فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۱۲۱، ح ۱: حدَّثنا عبد الواحد بن محمد بن عبدوس النيسابوري العطار عليه السلام بنيسابور في شعبان سنة اثنتين وخمسين وثلاثمائة قال حدَّثنا علي بن محمد بن قتيبة النيسابوري عن الفضل بن شاذان قال: «سأل المأمون علي بن موسى الرضا عليه السلام أن يكتب له محض الإسلام على سبيل الإيجاز ... (ص ۱۲۴) فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

علاوه بر اینکه در اسناد متعدد عامه نیز این مفاد نقل شده است (رک: مناقب آل أبي طالب عليه السلام، ج ۴، ص ۷۳؛ شرح نهج البلاغة، ج ۱۸، ص ۳۸۹).

۱. تهذيب الأحكام، 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»؛ و 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 والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عليه السلام»؛ وسائل الشيعة، ج ۱۸، ص ۱۶، ح ۱ و ۲.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۶۷، ح ۸۰: عنه عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب

این رو، در باب شروط، مسئله ورود مطرح است و اگر انسان ترک کوچک ترین واجب یا انجام گناه صغیره را شرط کند، نافذ نیست؛ با اینکه پایمال کردن حقوق مردم از معاصی کبیره است. دلیلش این است که در اینجا، مسئله تراحم در کار نیست؛ بلکه وفای به عقد، تنها در جایی مصلحت ملزمه دارد، که با واجبی از واجبات الهی - هرچند کوچک ترین واجب - تراحم نداشته باشد؛ از این رو، در صورت عمل نکردن به این عقد، مصلحتی فوت نشده است؛ زیرا اصلاً ملاکی ندارد، نه اینکه ملاک دارد ولی فعلیت نیافته است.

شاهد دیگر بر این مدعا این است که اگر از باب تراحم باشد، نفس متعهد شدن به شرط مخالف کتاب و سنت، حرام تکلیفی است؛ زیرا همان طور که بیان شد، داخل شدن اختیاری در تراحم حرام است.

به عنوان نمونه، می توان گفت اگر زنی ازدواج کند، حق استمتاع برای شوهرش ایجاد می شود؛ ولی اگر بعد از ازدواج و مثلاً در سال های آینده، استطاعت حج برایش حاصل شود، باید به حج برود و اذن شوهر لازم نیست. در حقیقت، «وجوب حج بر زوج» وارد بر «حق استمتاع شوهر» است؛ زیرا طبق روایات، حق استمتاع زن، مقتد به عدم وجوب حج است، و زن قطعاً می تواند بدون اجازه شوهر، به منظور حج واجب سفر کند؛ هرچند با این سفر، شوهر نتواند از زن تمتع ببرد؛ بنابراین، در اینجا حق از شوهر از بین نرفته و مصلحت ملزمه ای فوت نشده است و حق الله وارد بر حق الناس (حق شوهر) است.

شاهد اینکه چنین نمونه ای مصداق تراحم نیست، این است که در فرضی که تراحم باشد، کسی که می داند مستطیع خواهد شد و شوهرش اجازه سفر به حج - خصوصاً در زمان های سابق که سفر احیاناً چند ماه طول می کشید - را نمی دهد، ازدواج کردن او حرام خواهد بود؛ چون ازدواج، مستحب است و انسان عقلاً نمی تواند

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 حرم حلالاً أو أحل حراماً»؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۱۷، ح ۵.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۱، ص ۱۵۵، باب ۵۹: «باب أنه لا يشترط إذن الزوج للمرأة في الخروج إلى الحج الواجب ويشترط إذنه في المندوب واستحباب استئذان الولد أبويه في الحج المندوب».

به جهت امر مستحب، خود را داخل در موضوع تراحم کند؛ در حالی که نمی‌توان ملتزم به این امر شد و قطعاً ازدواج زن، حتی در چنین فرضی جایز است؛ بنابراین، این نمونه، از قبیل وارد و مورد است، نه متزاحمین.^۱

قرینه سوم: در لزوم عمل به نذر و قسم نیز همین استثناءات ذکر شده است.^۲ ممکن است با لحاظ مجموع این قرائن گفته شود که ملاک حقوق انسان‌ها تا جایی است که با احکام الزامی الهی در تضاد نباشد؛ ولی اگر حکمی الزامی در بین باشد، دیگر، انسان‌ها نسبت به هم حق ندارند.

البته باید توجه داشت که اگر منشأ وجوب سفر، وجود حقی از حقوق بشری باشد، نه حکم الهی، مانند آنکه والدین در فرضی که که دستور آنها واجب‌الاتباع باشد، او را امر به سفر کنند، یا آنکه برای ادای دینی که به عهده اوست، لازم باشد مسافرتی برود، در این‌گونه سفرها نمی‌توان قائل شد که رابطه سفر واجب با حقوق زوج یا زوجه از نوع رابطه وارد و مورد است؛ بلکه دو حق الناس است و باید در صورت وجود دلیلی موجه، یکی از آن دو را بر دیگری ترجیح داد.

اما حق این است که اطلاق این کبرای کلی که «هر جا حق الناس با حکم الهی تنازع کرد، حکم الهی مقدم می‌شود»، محل تأمل است؛ زیرا از این روایات، مشروط بودن تمام حقوق انسانی به «عدم تراحم با واجب الهی» استفاده نمی‌شود؛ بلکه تنها در دایره حقوق انسانی که توسط خود انسان‌ها به وسیله شرط، قسم یا نذر یا امر انسان واجب‌الاطاعه، همچون پدر، شوهر یا مولا جعل می‌گردد، جریان دارد.^۳ در

۱. نظیر این مطلب در استغلال مُحَرَّم است. محرم به طور متعارف قبل از احرام می‌داند که استغلال در برخی موارد ضروری می‌شود؛ ولی در عین حال محرم شدن جایز است؛ زیرا شارع حرمت استغلال را از ابتدا مقید جعل کرده است (تهذیب الأحکام، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۷۳).

۲. وسائل الشیعه، ج ۲۳، ص ۲۱۷، باب ۱۱: «باب أَنَّ الیمین لا تنعقد فی معصیة کتحریم حلال أو تحلیل حرام أو قطیعة رحم».

۳. همان‌طور که استاد الله شفاهی فرموده است: مفاد «لا طاعة لمخلوق فی معصیة الخالق» این نیست که در تراحم حقوق اشخاص با حکم الهی، چنین حقی ساقط است؛ زیرا الزام به رعایت این حق، منوط به فرمان صاحب حق نیست؛ بله، رضایت او در ترک این حق، موجب سقوط چنین امر الزامی است. برای نمونه، اگر بگوئیم شارع امر به استحلال از فرد مغتاب کرده و این استحلال در تنافی با واجبی دیگر مثل فوریت انجام سجده واجب قرآن باشد، نمی‌توان گفت فوریت سجده واجب قرآن، حق

هر حال، اشکال مرحوم آقای خوئی فی الجمله به کلام مرحوم مصتَف وارد است؛ زیرا مرحوم سَید، علی الاطلاق سفر واجب را موجب اسقاط حق استمتاع دانسته است؛ در حالی که ممکن است برخی از سفرهای واجب، موجب اسقاط آن حق نشود. البته معنای این کلام این نیست که به طور مطلق مبنای مرحوم آقای خوئی پذیرفته و گفته شود که رابطه آن دو همواره از باب تراحم است؛ بلکه باید گفت: گاه ناسازگاری میان دو حق، از باب تراحم است که در این صورت حق مهم فدای اَهم می شود؛ و گاهی رابطه آن دو از قبیل تراحم نیست؛ بلکه از قبیل وارد و مورد است؛ بنابراین، اگر در باب ادای دین به استناد ادله ای از جمله آیه شریفه «فَنظَرَةٌ إِلَىٰ مِيسِرَةٍ»^۱ قائل به فوریت وجوب ادای دین نشویم، در این صورت، در ظرف فعلی بودن حق، دیگر ملاکی برای ادای دین وجود ندارد و تراحم حاصل نمی شود؛ بلکه حکم ناشی از حق استمتاع، وارد بر حکم مزبور خواهد بود و موضوع آن را منتفی می سازد؛ البته این آیه و روایات مربوط به آن^۲ - چنان که واضح است - مربوط به مُعسر و ناظر به فرض شخص مؤسر است؛ ولی حَقّی از دیگری، مانند حق مباشرت زن و امثال آن در میان است، نمی باشد.

استحلال را منتفی کرده است؛ به عبارت دیگر، در این قسم از حقوق، الزام به رعایت حق را شارع قرار داده، نه اینکه مخلوق بر عهده گذاشته باشد و رضایت مخلوق صرفاً موجب سقوط امر شارع است. درباره تعبیر «إِلَّا كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ» و «إِلَّا شَرْطًا حَزَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» مطلب واضح تر است؛ زیرا موضوع آن منحصرأ شروط و تعهداتی است که انسان خود بر عهده خودش قرار داده است؛ بنابراین، بی تردید شامل مقام نمی شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. البقرة، ۲۸۰.

۳. برای نمونه: الکافی، ج ۴، ص ۳۵، ح ۴: عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَجْجُوبٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «صَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَنْبَرِ ذَاتَ يَوْمٍ فَحَمَدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ وَصَلَّى عَلَى أَنْبِيَائِهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِمْ) ثُمَّ قَالَ أَيُّهَا النَّاسُ لِبَلِّغِ الشَّاهِدَ مِنْكُمْ الْغَائِبَ أَوْ لَا مِنْ أَنْظِرْ مَعْسِرًا كَانَ لَهُ عَلَى اللَّهِ ﷻ فِي كُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ بِمَنْثَلِ مَالِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ﷻ: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» أَنَّهُ مَعْسِرٌ فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ بِمَا لَكُمْ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ.

ر.ک: تفسیر البرهان، ج ۱، ص ۵۵۸-۵۶۰.

مطلب پنجم: تراحم حق الله با ادای دین در فرض عجز طارئ از ادا

در بحث ادای دین، ممکن است بین کسی که از ابتدا قادر بر ادای دین نبوده و کسی که اوّل متمکن بوده و بعداً به جهت تأخیر اختیاری در ادای دین، از ادا عاجز شده، تفصیل قائل شد؛ بدین صورت که در صورت نخست، تحقق ملاک لزوم، تنها در صورت عدم تراحم با واجب دیگر است؛ ولی در صورت دوم، اصل ملاک لزوم، محقق است، ولی فعلیت آن تابع عدم مزاحمت با واجب اهم است؛ یعنی صورت نخست، در باب وارد و مورود، و صورت دوم در باب تراحم داخل می شود. نظیر این تفصیل را در باب استطاعت نیز می توان قائل شد که اگر کسی قادر به انجام حج نبوده مستطیع نیست؛ هرچند عدم قدرت، به جهت مزاحمت با واجب دیگر که بسیار نازل و در کمترین مرتبه وجوب باشد، حاصل شود؛ ولی اگر این عجز، از ابتدا نبوده، بلکه به جهت تراحم با واجب دیگر پدید آید، از باب تراحم است، و اهم و مهم لحاظ می گردد؛ البته طبق نظر مختار، قدرت شرعی در اصل وجوب حج، معتبر نیست.

بررسی خصوصیات وطی واجب

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر، ... وفي كفاية الوطی في الدبر إشکال - كما مرّ -؛ وكذا في الإدخال بدون الإنزال؛ لانصراف الخبر إلى الوطی المتعارف، و هو مع الإنزال؛ ... ولا يجب أزيد من الإدخال و الإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاع.»^۱

در خصوصیات وطی واجب، سه مطلب باید بررسی شود: اعتبار «انزال و مقدار متعارف دخول» در وطی واجب، اعتبار «وطی از قُبُل» در وطی واجب، وجوب مقدمات مباشرت علاوه بر اصل مباشرت.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

مطلب اول: بررسی اعتبار «انزال و مقدار متعارف دخول» در وطی واجب

دلیل صاحب عروه در عدم کفایت وطی بدون انزال: انصراف اخبار
مرحوم سید درباره اینکه در وطی، ادخال بدون انزال کافی باشد، اشکال کرده و دلیل آن را انصراف دانسته است: «لانصراف الخبر إلى الوطی المتعارف، و هو مع الانزال»^۱

اشکال: عدم کفایت غلبه وجودی برای تحقق انصراف
ممکن است اشکال شود که استناد به انصراف ناشی از تعارف خارجی، معمولاً از سوی فقها مورد مناقشه قرار گرفته و گفته اند به طور کلی در مطلقات، تعارف خارجی منشأ انصراف نیست. غالب متأخرین این اشکال را پذیرفته اند.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. حاشیه فرائد الأصول (الفوائد الرضویة)، ص ۱۱۷؛ درر الفوائد (حائری)، ص ۲۵۲؛ نهاية الدراية في شرح الکفایة، ج ۲، ص ۴۳۷؛ کفایة الأصول (با حواشی مشکینی)، ج ۲، ص ۳۲۱.
البته باید توجه داشت که اینکه فقها انصراف به سبب غلبه وجودی را منکر شده اند به معنای این است که مجزئ غلبه، منشأ انصراف نیست، نه اینکه غلبه با لحاظ مناسبات حکم و موضوع منشأ انصراف نگردد (ر.ک: درر الفوائد (حائری)، ص ۲۵۲؛ حاشیه علی درر الفوائد، ص ۳۸۹؛ فوائد الأصول، ج ۴، ص ۶۳۲؛ أصول الفقه (اراکي)، ج ۲، ص ۶۸۶)؛ البته علامه حلی فرموده است: احکام شرع نمی تواند دائر مدار تعارف و عدم آن باشد؛ زیرا ممکن است امری نزد جمعی، متعارف، و نزد جمعی دیگر، غیر متعارف باشد و این امر، مستلزم آن است که انسان ها مرجع تحریم و تحلیل در موضوعات باشند؛ در حالی که چون علل و حکمت های پنهانی در تحریم و تحلیل وجود دارد، تنها خداوند مرجع تحریم و تحلیل شمرده می شود. (مختلف الشیعة، ج ۳، ص ۳۸۸-۳۸۹)؛ «احتج السيد المرتضى بأن تحریم الأكل و الشرب إنما ينصرف إلى المعتاد؛ لأنه المتعارف، فيبقى الباقي على أصل الإباحة. و الجواب: المنع من تناول المعتاد خاصة، بل يتناول غير المعتاد كما يتناول المعتاد؛ و لأن العادة لو كانت قاضية على الشرع، لزم استناد التحليل و التحريم الشرعيتين إلى اختيار المكلفين، و التالي باطل فالمقدم مثله. بیان الشرطية: إن العادة قد تختلف باختلاف الأشخاص و الأزمان و الأصقاع، فلو اعتاد قوم أكل شيء، بعينه كان التحريم مختصاً به النسبة إليهم، و لو اعتاد آخرون أكل غيره كان الأول حلالاً بالنسبة إليهم، و الثاني يكون حراماً بالنسبة إليهم. و أما بطلان التالي فظاهر، إذ الأحكام منوطة بالمصالح الخفية عن العباد، و الشرع كاشف لها».

اما این کلام علامه حلی نیز انکار انصراف با توجه به مناسبات حکم و موضوع نیست؛ اگرچه جمود بر عبارت ایشان چنین انکاری را به ذهن خطور می دهد. مؤید این مطلب آن است که علامه در موارد متعدّد، اطلاقات را حمل بر متعارف کرده است (تبصرة المتعلّمين، ص ۲۴؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۱۹؛ إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۲۳۶).

پاسخ: تحقق انصراف به موارد غالبی با لحاظ مناسبات حکم و موضوع

در پاسخ می‌توان چنین گفت: اگر گفته شود که مطلقاً، همواره از فرد نادر منصرف است، در این صورت، این اشکال پیش می‌آید که همه افراد و مصادیق موضوع، فرد نادر شمرده می‌شوند؛ مثلاً زید، عمرو، بکر و ... هر یک دارای مشخصات و خصوصیات ویژه خود، از قبیل قد، شکل، خویشان و خانواده، توانایی‌ها و استعداد و ... هستند؛ از این رو، از آنجا که ویژگی‌های هر فرد، منحصر به خود اوست، می‌توان هر فرد یک موضوع را فرد نادر آن به شمار آورد. بر این اساس، مطلق، باید از تمام افراد موضوع منصرف باشد؛ در حالی که این تالی فاسد را نمی‌توان پذیرفت. مثلاً در «اکرم العالم»، با اینکه اعلم یک مصداق بیشتر ندارد و فرد نادر برای عالم است، اما «اکرم العالم» با لحاظ تناسب حکم و موضوع از «اعلم» انصراف ندارد. بنابراین، غلبه وجودی نمی‌تواند منشأ انصراف باشد؛ بلکه تناسبات حکم و موضوع، منشأ انصراف است.

توضیح مطلب: تناسب حکم و موضوع، گاه موجب می‌شود که ذهن انسان به برخی از افراد متوجه شود و برخی از افراد موضوع در نظر نیاید؛ مثلاً اگر گفته شود «مریض نباید روزه بگیرد» مراد از مریض - به اقتضای تناسب حکم و موضوع - بیماری است که روزه برای او مضرّ باشد. حال، مصحح این تعبیر مطلق چیست؟ چرا این قید، در موضوع حکم، اخذ نشده و نگفته‌اند که مریضی که روزه برایش مضرّ است، نباید روزه بگیرد؟ پاسخ این است که در مصادیق متعارف مریضی، چنین مناسبتی بین حکم و موضوع وجود دارد؛ از این رو، به قید یادشده در آن تعبیر، تصریح نشده است؛ پس تعبیر مذکور، بر متعارف حمل می‌شود؛ البته در صورتی که روزه برای متعارف بیماران ضرر نداشت، تعبیر مطلق صحیح نبود.^۱

۱. در حقیقت، نکته ثبوتی نیامدن قید «مضرّ» در مثال فوق، مناسبات حکم و موضوع است و مصحح اثباتی آن، تعارف خارجی مریضی مضرّ است؛ از این رو، اگر در ناحیه اثباتی، قید «مضرّ» آورده نشود، در صورتی که متعارف مریضی‌ها غیر مضر باشند، دیگر نمی‌توان کشف ثبوتی کرد که قید مضرّ در موضوع دخیل است؛ البته گاهی «غلبه وجودی» و گاه «ندرت وقوع» سبب انصراف می‌شوند؛ مثلاً اگر گفته شود: «بر مرد واجب است هر چهار ماه یک‌بار، روزه خویش را و طی کند» از آنجا که معمولاً و طی، همراه با انزال است، مطلق و طی کافی نیست و باید «وطی همراه با انزال» باشد. همچنین، ندرت وقوع ازدواج

مثال دیگر: اگر گفته شود که «باید سخن علما را پذیرفت» یا «باید از علما تقلید کرد»، در این صورت اگر قید «عدالت» ثبوتاً معتبر باشد، هنگامی عدم تصریح به این قید صحیح است که متعارف علما عادل باشند و علمای غیر عدول شاذ و نادر باشند؛ ولی اگر چنین غلبه‌ای موجود نباشد و اکثر علما عادل نباشند، باید قید عدالت در موضوع تصریح شود و تعبیر علما بدون قید صحیح نیست.

از این رو، تعبیر «جریاً علی الغالب» که در تعابیر فقها متداول است، شاید کاملاً گویا و درست نباشد؛ زیرا همچنان‌که بیان شد، غلبه در صورتی می‌تواند منشأ انصراف باشد که تناسب عرفی میان حکم و موضوع نیز در افراد غالبی باشد و اگر چنین نباشد، صرف تناسب حکم و موضوع و صرف غلبه یا ندرت، موجب انصراف یا عدم انصراف نمی‌شود. به بیان دیگر، تعبیری مانند «کثرت استعمال، موجب انصراف می‌شود»، یا «جریاً علی الغالب این معنا مراد است»، در مواردی صحیح است که تناسب حکم و موضوع در غالب موارد جاری باشد و در واقع، کثرت استعمال، در صورتی محقق می‌شود که آن استعمالات صحیح باشد و فقط در مورد افراد متعارف، آن هم به شرطی که تناسب حکم و موضوع در آن افراد محقق باشد، استعمال لفظ مطلق، بدون قید صحیح است.

از سویی انصرافات بدوی هم ملاک نیست؛ مثلاً اگر امر شود به اینکه به زید پول بدهید، ذهن انسان ابتدائاً به پولی که در کیف یا جیب خود دارد منصرف است؛ مثل پول ایرانی، نه دلار و امثال آن؛ ولی اینها انصرافات بدوی است؛ به همین جهت با اندک تنبّهی زائل می‌شود و فرقی میان افراد نمی‌ماند؛ اما در بعضی از موارد، به جهت تناسب حکم و موضوع، عرف یک نحوه فرق و امتیازی می‌بیند

موقت در زمان ائمه علیهم‌السلام سبب انصراف زوجه به «زوجه دائم» می‌شود و یا اگر ادعای انصراف پذیرفته نشود، دست‌کم، روایت از این جهت مجمل می‌شود و اطلاق شکل نمی‌گیرد؛ البته باید در تطبیقات، دقت شود؛ مثلاً اگر گفته شود «وطی با زوجه صغیره حرام است»، با لحاظ مناسبات حکم و موضوع، فرقی بین زوجه دائم و موقت نیست؛ عرف می‌فهمد که در چنین حکمی (حرمت وطی) با لحاظ چنین موضوعی (زوجه صغیره)، فرقی بین زوجه دائم و موقت نیست و آنچه مهم است صغیره بودن است؛ زیرا حکمت جعل این حکم، متعزّز شدن صغیره و اذیت شدن او است و در این باره فرقی بین زوجه دائم و موقت نیست. حتی اگر قید دائم بودن زوجه هم ذکر شده بود، الغاء خصوصیت ممکن بود.

و در این موارد اگر متکلم بخواهد به همین مقدار از تعارف اکتفا کند و قید نزند، قباحث عرفی ندارد؛ برخلاف مواردی که ممکن است فی الجمله امتیازی باشد، ولی به حد متعارف نرسد که در آنجا باید حتماً قید بزند؛ مگر اینکه خیلی واضح باشد و از باب «حذف ما یعلم جائز» بتواند به وضوح آن قید اکتفا کند.

مثلاً در مورد حد جستجوی آب برای جواز تیمم که به اندازه پرتاب یک تیر یا دو تیر است^۱، گفته اند مراد، تیر پرتاب شده به وسیله تیرانداز متعارف است. درباره کمان، تیر، فشار و... نیز، قید تعارف را آورده اند.^۲ همچنین در میزان کتر، سه وجب و نیم مذکور را به وجب متعارف حمل کرده اند^۳؛ با اینکه قید تعارف ذکر نشده است. در مورد حد ترخص نیز، صدای اذان بلند متعارف و گوش متعارف میزان است^۴؛ در حالی که قید تعارف در ادله ذکر نشده است و این امری رایج است که جریاً علی الغالب، قید متعارف را ذکر نمی کنند و در مواردی که قید متعارف ذکر شده، از باب تأکید مطلب است. اگر مثلاً گفته شود وظیفه شما این است که هزینه زندگی زید را بدهید، متفاهم عرفی این است که به نحو معمول، شوون زید لحاظ شود؛ نه اینکه «قوت لایموت» باشد؛ با اینکه با این مقدار اندک هم، طبیعت صدق می کند؛ ولی گویا قید «متعارف»، همراه کلام است؛ از این رو، در لباس زوجه، قید «بالمعروف» در آیه «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۵، تأکید مطلب است و در فرض نبود آن نیز همین معنا فهمیده می شد.

نظر مختار: لزوم وطی با «انزال و مقدار متعارف دخول»

بر این اساس، درباره مسئله مورد بحث می توان گفت که تناسب حکم و موضوع اقتضا می کند که مراد از وطی، مباشرتی نباشد که فقط دخول و خروج است؛ بلکه

۱. وسائل الشیعة، ج ۳، ص ۳۴۱، أَنْزَابُ التَّيْمَمِ، باب ۱: «باب وجوب طلب الماء مع الإمكان غلوة سهم في الحزنة و غلوة سهمين في السهلة».

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۲، ص ۱۶۵، (مسألة ۷).

۳. به عنوان نمونه: السرائر، ج ۱، ص ۶۱؛ تبصرة المتعلمین، ص ۲۴؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۱۹؛ إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۲۳۶؛ روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۳۷۶.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۳، ص ۴۶۴، (مسألة ۶۴).

۵. البقرة، ۲۳۳.

مباشرت متعارف، مراد است. از این رو، همچنان که برخی گفته اند، «انزال» معتبر است و عدم تصریح به این قید در ادله و تعابیر روایات و منابع، بدین سبب است که به نحو متعارف، وطی، همراه با انزال است و تناسب حکم و موضوع هم آن را اقتضا می کند. اگر بر اطلاق لفظ «وطی» اصرار شود، باید ملتزم شد که اگر دخولی صورت گیرد که موجب غسل نیز نشود مقدار وطی واجب، محقق شده است. پس همان طور که مقدار التقاء ختائین که موجب غسل است کفایت نمی کند، همین طور ادخال و اخراج فوری، بدون اینکه هیچ التذاذی برای زن حاصل شود نیز کفایت نمی کند.

در مورد خود انزال هم، انزال متعارف معتبر است؛ بنابراین، در مورد افراد دیرانزال که ممکن است چند ساعت وقاع آنها طول بکشد و انزال صورت نگیرد، انزال لازم نیست.^۱ خلاصه اینکه میزان، تعارف است. تعارف نیز امری تشکیکی است و در مصادیق تمام مفاهیم، تردید هست و طبق نظر مختار، نه ادخال و اخراج آنی کافی است، نه لازم است که فرد، ملزم به وطی چندین ساعته تا انزال باشد و البته همانند همه مفاهیم در بعضی از مصادیق تردید می شود و شک مرتفع نمی شود.

مطلب دوم: بررسی اعتبار «وطی از قبل» در وطی واجب

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر... و فی کفایة الوطی فی الدبر إشکال - کما مر^۲ - ...»^۳

حال آیا «وطی از قبل» در وطی واجب معتبر است؟

۱. در وجوب غسل، چون تصریح به کفایت التقاء ختائین شده است، مناط وجوب غسل، جماع متعارف نیست (الکافی، ج ۳، ص ۴۶، ح ۲؛ عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن إسماعیل قال: «سألت الرضا علیه السلام عن الرجل یجامع المرأة قریباً من الفرج فلا یزال متی یجب الغسل فقال: إذا التقی الختانان فقد وجب الغسل؛ فقلت: التقاء الختائین هو غیوبة الحشفة؟ قال: نعم»).

۲. مانند سید مارخوری که در اطراف قم بود و گفته بودند انزال او ۷ تا ۸ ساعت طول می کشید.

۳. مرحوم سید در مسئله ۴ از همین بخش، اشکال در کفایت وطی از دبر را مطرح کرد و مراد ایشان از «کما مر» اشاره به آن مسئله است (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۹، مسألة ۴).

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

کلام شهید ثانی: اعتبار وطی از قُبُل در وطی واجب و کفایت دخول موجب غسل شهید ثانی در مسالک نسبت به محلّ وقاع، دُبُر را کافی ندانسته؛ ولی در اصل وقاع، مقداری که موجب غسل شود (التقاء ختائین) را وَلَوْ بدون انزال، کافی دانسته است.^۱

اشکال صاحب جواهر: لزوم ملاحظه تعارف در محلّ وقاع و اصل وقاع صاحب جواهر پس از نقل کلام مسالک فرموده است: هم در محلّ و هم در کیفیت وقاع، لحاظ متعارف لازم است؛ از این رو، مقدار التقاء ختائین که غیر متعارف است کفایت نمی‌کند.^۲

بله، اگر در این باره، مانند باب وجوب غسل - که بنابر روایت، دائر مدار التقاء ختائین است -، روایتی خاص موجود بود که حدّ آن را مشخص کرده بود، بدان اخذ می‌شد؛ ولی از آنجا که فقها این حکم (حدّ وطی واجب) را از مطلقات و با استفاده از تناسب حکم و موضوع و غلبه استفاده کرده‌اند، باید قائل به وجوب نوع متعارف از وطی شد و حدّ آن را به اندازه متعارف و معمول دانست؛ بنابراین، باید مطلقات را با توجه به تناسب حکم و موضوع (از قبیل ارفاق به زوجه، عدم صبر او بر بیش از چهار ماه ترک مباشرت و ...) حمل بر افراد شایع و متعارف آن کرد.

اینکه در مقام، مقدار التقاء ختائین کافی باشد، تا زمان شهید ثانی اصلاً مطرح نبوده است. پس از ایشان هم کسی با وی موافقت نکرده است. بسیاری از مطالبی که در حوزه‌های علمیه، از مسلّمات فقه دانسته می‌شود، از تفردات شهید ثانی است؛ چراکه شرح لمعه کتاب درسی حوزه‌ها بوده است. بنابراین، باید خود را در زمان قبل از شهید ثانی قرار دهیم. بسیاری از ظرائف، از ذهن ایشان خارج شده و از این رو، مخالفت با این گونه تفردات، انحراف فقهی نیست.

استدراک صاحب جواهر: کفایت وطی در دُبُر با لحاظ روایت «أحد المأتین» اما با این حال، صاحب جواهر از این مطلب استدراک کرده و فرموده است: «قد عرفت سابقاً قاعدة اشتراك الدبر مع الفرج، وأنه أحد المأتین». ^۳ ایشان خواسته

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۷.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۷.

است با ادله منفصل، حکم را مختص به قبل نداند و کفایت هر کدام از مخرجین را نتیجه بگیرد؛ چون در روایت، دبر را «أحد المأتین» نامیده است.

اشکال بر استدراک: عدم نظارت روایت «أحد المأتین» به حق زن

اما این استدراک صاحب جواهر برای کفایت دُبر تمام نیست و همان طور که منساق از ادله، قُبُل است، دلیل منفصل هم برخلاف این منساق نیست؛ البته در باب غسل، روایت دلالت دارد که «التقاء ختانین» میزان است؛ ولی اینجا چنین دلیلی نیست. روایت «أحد المأتین» نیز، هم اشکال سندی و هم اشکال دلالی دارد. اما اشکال سندی آن ارسال آن است: «ابن اُبی عمیر عن حفص بن سَوْقه عن من أخبره». این گونه اسانید را مشهور معتبر می دانند^۱؛ ولی طبق مختار، معتبر نیست.

اما اشکال دلالی آن این است که در تعبیر «أحد المأتین فیہ الغسل»، روشن است که تنزیل، زمینه سازی برای وجوب غسل است؛ یعنی گویی در وجوب غسل، «اتیان المرأة» معیار است؛ چه اتیان در دُبر باشد و چه اتیان در قُبُل؛ ولی از این تنزیل نمی توان استفاده کرد که در غیر غسل نیز، مطلق اتیان ملاک است.

در مقام نیز که در مورد حقوق زن و برای ارفاق به اوست و برای رفع نیاز زن، شارع این حق را جعل کرده، نمی توان گفت با وقاع غیر متعارف - که غالباً موجب ایذاء زن نیز هست - این حق ادا شده است؛ بنابراین، روایت «أحد المأتین»، ناظر به این حق نیست تا گفته شود حتی اگر زن آزار هم ببیند، ادای حق صورت گرفته است؛ البته، اگر زن خودش راضی به وطی در دُبر باشد و آن را به عنوان حق واجب وطی قبول کند، اشکالی ندارد.

مطلب سوم: بررسی وجوب مقدمات مباشرت علاوه بر مباشرت

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر؛ ... ولا یجب أزید من

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۱، ح ۵۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۲۰۰، ح ۱؛ الحسین بن سعید عن ابن اُبی عمیر عن حفص بن سَوْقه عن أخبره قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل يأتي أهله من خلفها قال هو أحد المأتین فیہ الغسل».

۲. زیرا ابن اُبی عمیر از اصحاب اجماع است (رجال الکُتبی، ص ۵۵۶، رقم ۱۰۵۰) و مشهور، مرویات او را - اعم از با واسطه و بی واسطه - معتبر می دانند.

الإدخال و الإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاعات...^۱
 آنچه در وطی واجب لازم الاجراست، نزدیکی به نحو متعارف (نه به مجرد ادخال و اخراج) است و بیشتر از آن لازم نیست و سایر تمتعات، همانند تقبیل و ملاعبه، واجب نیست؛ هرچند معمولاً همراه وطی باشد؛ زیرا لزوم آن نیاز به تصریح داشته و مجرد شیوع همراهی این امور با وطی، برای حکم به لزوم کافی نیست^۲؛ بله، مقداری از ملامسه، ملازم با مباشرت است.

عدم توقّف وجوب وطی بر مطالبه زوجه

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر؛ ... و الظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها ذلك...»^۳

در دیون، از آنجا که حق الناس است، تا وقتی که رضایت صاحب حق احراز نشده، تأخیر دین جایز نیست. مقام نیز از این قبیل است و این حق برای زن وجود دارد و تنها با احراز رضایت او قابل اسقاط است؛ بنابراین، با توجه به اینکه چه بسا عدم مطالبه زن به خاطر شرم و حیا باشد، نمی توان عدم مطالبه را دلیل بر رضایت او نسبت به سقوط حق، یا تأخیر در ادای آن دانست؛ همچنان که در دیون مالی نیز گاه چنین وضعیتی وجود دارد و در آنجا نیز عدم مطالبه طلبکار، دلیل بر رضایت او نسبت به تأخیر در ادای دین و یا اسقاط دین نیست.

موارد سقوط حق زوجه نسبت به وطی واجب و بررسی آن

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر؛ ... و يجوز تركه مع رضاها،

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. مناسبات حکم و موضوع در مورد این امور مقدّماتی، دست کم روشن نیست تا گفته شود به همان نکته که در اثبات دخول متعارف بیان شد، این امور مقدّماتی نیز لازم است؛ از این رو، مجرد تعارف خارجی، موجب نمی شود که این امور، الزامی شمرده شوند و مطلقاً به دخول همراه با مقدّمات منصرف شود.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

أو اشتراط ذلك حين العقد عليها، و مع عدم التمكن منه لعدم انتشار العضو، و مع خوف الضرر عليه أو عليها، و مع غيبتها باختيارها، و مع نشوزها.^۱
مرحوم سید هفت مورد را به عنوان مجوز ترک وطی بیان کرده است.

مورد اول و دوم: رضایت زوجه یا اشتراط ترک وطی در هنگام عقد

مورد اول و دوم، صورت رضایت زوجه به ترک وطی یا شرط شدن ترک وطی در هنگام عقد است. مبنای این فتوا آن است که وطی مزبور از حقوق زوجه است و از این رو قابل اسقاط است؛ زیرا به دلیل «المؤمنون عند شروطهم»^۲، صاحب حق می‌تواند در ضمن عقد نکاح و یا بعداً به طور مستقل، حق خود را اسقاط کند و مقام نیز از همین قبیل است؛ البته این مورد، مربوط به جایی است که حق اعلام رضایت زوجه و حق اشتراط، وجود داشته باشد؛ بنابراین، ناظر به دو فرض ذیل نیست: خوف ضرر دنیوی شدید حرام بر زوجه یا ضررهای اخروی حرام، مانند زنا.^۳

ادله حق بودن وطی واجب برای زوجه

دلیل اول: تعبیر «إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِهَا» در ذیل صحیحہ صفوان

برای اثبات حق بودن وطی مذکور برای زوجه ممکن است به تعبیر «إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِهَا» استناد کرد. این عبارت در روایت صفوان از علی بن احمد بن اشیم وجود دارد و در تهذیب^۴ نقل شده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱.

۳. مسئله خوف ضرر دنیوی در مورد پنجم، و مسئله خوف ضرر اخروی در مسئله هشتم در ادامه خواهد آمد.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۵۰: أحمد بن محمد بن عیسی عن علی بن أحمد بن اشیم عن صفوان بن یحیی قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر و السنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك أنما؟ قال إذا تركها أربعة أشهر كان أنما بعد ذلك إلا أن يكون بإذنها».

اشکال: احتمال زیاده بودن «إلا أن يكون بإذنها»

ولی این زیاده در نقل دیگر تہذیب^۱ وجود ندارد و در بررسی صحیحہ صفوان بیان شد که این زیاده قابل احراز نیست.^۲

دلیل دوم: مناسبات حکم و موضوع

دلیل دیگر برای اثبات حق بودن وطی، تناسبات حکم و موضوع است؛ زیرا عرف از ادله چنین می فهمد که احکامی مانند وجوب نفقه، کسوه و امثال آن برای ارفاق به زن و از باب حق است، نه حکم. به طور کلی عرف امتیازاتی را که به جهت رعایت حال زنان وضع شده - نه به خاطر مصالحی دیگر - به عنوان حق تلقی می کند؛ از این رو، درباره حق بودن وطی هم نباید تردید کرد؛ البته، اگر زن با ترک مباشرت زوج به گناه مبتلا می شود، اذن زن در جواز ترک مباشرت مؤثر نیست که بحثش پس از این خواهد آمد و اگر زن با ترک مباشرت، به ضرری می افتد که شرعاً نباید چنین ضرری را تحمل کند، مانند ضرر شدید مالی یا ضرر جانی مهم که به فساد ابدان و نقص عضو غیر قابل زوال بینجامد، زن حقی نسبت به این مراتب ضرر ندارد؛ در نتیجه، نمی تواند با اذن، دیگری را هم در این کارها مجاز و ذی حق گرداند.

مورد سوم: عجز از وطی

مورد سوم جواز ترک وطی در عبارت عروه، عجز ناشی از عدم انتشار عضو است: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر... و يجوز تركه مع رضاها أو ...، و مع عدم التمكن منه لعدم انتشار العضو و...»^۳

۱. تہذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۲، ح ۱۹: سأل صفوان بن يحيى أبا الحسن الرضا عليه السلام: «عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر و السنة لا يقربها ليس يربد الإضرار بها يكون لهم مصيبة أ يكون في ذلك أمنا؟ قال إذا تركها أربعة أشهر كان أمنا بعد ذلك».

۲. در بررسی ادله حرمت ترک وطی همسر دامن، دلیل پنجم (روایات خاصه)، روایت اول (صحیحہ صفوان)، اعتبار این فقره بررسی شد و بیان شد که مظنون است که نسخه اصلی، خالی از این ذیل بوده و این عبارت، توسط بعضی از محشّین افزوده شده و سپس از حاشیه داخل در متن شده باشد.

۳. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۰.

اشکال مورد سوم و بررسی آن

تقریب اشکال: اشتراط قدرت در همه احکام تکلیفی اعم از ترخیصی

اما تمام احکام تکلیفی - چه الزامی و چه ترخیصی - مشروط به قدرت هستند؛ زیرا همچنانکه نمی‌توان گفت: «باید به هوا بپريد» یا «نباید به هوا بپريد»، نمی‌توان گفت: «در پريدن به هوا یا در نپريدن به هوا مُجاز هستيد»؛ چون اصلاً پريدن به هوا برای مکلف مقدور نیست تا شارع با اجازه دادن به مکلف، زمینه شرعی انجام عمل را فراهم کند؛ بنابراین، کلام مصنف که فرموده «ترک وطی زوجه در صورت عدم تمکن از آن جایز است» قابل اشکال است.

گرچه این فرع، همچون سایر فروع مسئله، برگرفته از جواهر است؛ ولی در جواهر، این مطلب به نحو دیگری مطرح شده است؛ زیرا در جواهر حکم وجوب وطی - نه جواز ترک وطی - در چهار ماه، مقید به تمکن زوج شده است^۱ و این اشکالی ندارد؛ زیرا مانعی ندارد که گفته شود، موضوع وجوب وطی، انسانی قادر است. مفهوم جمله هم بی‌اشکال است؛ چون مفهوم جمله این است که بر عاجز، وجوب وطی منتفی است و این مطلب صحیحی است؛ چون در حق عاجز، نفی تکلیف - مثلاً نفی وجوب در مقام - صحیح است و آنچه مورد مناقشه است اثبات حکم ترخیصی (تجویز ترک جماع) - نه نفی وجوب - در حق عاجز است.

با سه وجه این اشکال قابل پاسخ است.

پاسخ اول: اراده عجز عرفی در کلام سید

پاسخ اول این است که مراد از عدم تمکن در عبارت عروه، عدم تمکن عرفی (موارد حرج) است، نه عدم تمکن عقلی؛ از این رو، عاجز عرفی چون قادر عقلی است، شرط عقلی صحت خطاب یعنی قدرت را دارا است؛ بنابراین، الزام شرعی وی معقول است.

۱. البته برخی از علما همچون مرحوم آقای خمینی، شرط قدرت را در خطابات قانونی و کلی منکر شده‌اند؛ ولی غالب علما کلام ایشان را نپذیرفته‌اند و طبق مختار نیز این کلام قابل مناقشه است؛ چنانکه در بحث‌های گذشته (مستثنیات حرمت نظر) به تفصیل بیان شد.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

در اینجا هم ممکن است نزدیکی برای زوج، مقدور باشد، ولو به این نحو که با خرج خود را معالجه نموده تا قادر به انتشار عضو و سپس نزدیکی گردد؛ در نتیجه، الزام شرعی به نزدیکی، معقول است و از این رو، تجویز ترک نزدیکی هم معقول است. در این صورت، محصل حکم شرعی این است که لازم نیست مکلف خود را به خرج انداخته و وطی را انجام دهد.

پاسخ دوم: امکان جلب رضایت زوجه یا طلاق او

پاسخ دوم این است که مَبغُوضِ شارع، مطلق ترک وطی نیست تا غیر مقدور باشد؛ بلکه حصّه خاصی از ترک وطی یعنی ترک وطی «بدون رضایت زوجه»، و «در حال زوجیت زوجه» است که در مورد اوّل جواز ترک وطی بیان شد. این حصّه خاص از ترک که مَبغُوضِ شارع است، مقدور مکلف است؛ زیرا می تواند با جلب رضایت زوجه یا با طلاق دادن او و از بین بردن قید زوجیت، از تحقق این حصّه خاص جلوگیری کند. وقتی ترک مَبغُوضِ شارع تحت قدرت مکلف بود، تجویز شرعی آن نیز اشکالی ندارد و مفاد آن این است که کسی که قادر بر وطی نیست، لازم نیست رضایت زوجه را جلب کرده یا وی را طلاق دهد.^۱ حال اگر فرض شود که جلب رضایت زوجه یا طلاق وی نیز از قدرت مرد خارج باشد، آیا باز می توان تجویز ترک وطی را توجیه ثبوتی کرد؟

با تقریبی که در پاسخ سوم خواهد آمد این امر قابل توجیه است.

پاسخ سوم در فرض عدم قدرت زوج بر تحصیل رضایت یا طلاق زوجه

پاسخ سومی که می توان بیان کرد، پاسخ برخی اشکال های وارد شده بر «تکلیف کُفّار به فروع» است. ابتدا اشکال ها و پاسخ های آن مبحث، بررسی و سپس بر مقام تطبیق می شود.

۱. این پاسخ، در حقیقت، پاسخ به اشکال اوّل در بحث تکلیف کُفّار به فروع است که در پاسخ سوم به مناسبت خواهد آمد.



مطلب اول: بررسی اشکالات تکلیف کفار به فروع

تکلیف کفار به فروع با دو اشکال^۱ عمده مواجه است که در ذیل بررسی می شود.

اشکال اول: عدم قدرت کفار بر انجام عبادات

اشکال اول در بحث «تکلیف کفار به فروع» این است که اگر مکلف بودن کفار به فروع پذیرفته شود، در خصوص عبادات اشکالی پیش می آید؛ زیرا عبادت در حال کفر باطل است؛ پس تکلیف کفار به آن، تکلیف به غیر مقدور بوده و صحیح نیست.

پاسخ: قدرت بر عبادت با مسلمان شدن

در پاسخ این اشکال گفته اند که کفار به انجام عبادتی که در حال کفر صورت گیرد قادر نیستند؛ ولی می توانند مسلمان شوند و عبادت را انجام دهند. اسلام، «شرط واجب» است، نه «شرط وجوب». در شرایط واجبات مطلق، مکلف با قدرت بر تحقق شرط، قدرت بر مشروط هم پیدا کرده، در نتیجه تکلیف مطلق صحیح است؛ مثلاً اگر نماز بر کسی واجب شده، و نماز شرایطی از جمله تحصیل طهارت با وضو دارد، همین که مکلف قادر به وضو گرفتن و تحصیل سایر شرایط است، سبب می شود که بر نماز هم قادر باشد. قدرتی که شرط صحت خطاب است، اعم از قدرت بی واسطه و قدرت با واسطه است. اگر به کسی بگویند: بر پشت بام برو، هر چند انسان بلافاصله پس از آن قادر به امتثال این امر نیست، بلکه باید نردبانی بگذارد و به بالای پشت بام برود، ولی اگر قادر به گذاشتن نردبان باشد، تکلیف به رفتن به بالای پشت بام صحیح است.

در تکلیف کفار به عبادات نیز کفار قدرت با واسطه بر امتثال دارند؛ چون می توانند مسلمان شوند و مثلاً نماز بخوانند. در روز قیامت از آنها سؤال می شود:

۱. یکی از اشکال های مکلف بودن کفار به فروع که استاد^۲ در این بخش به آن نپرداخته است، لغو بودن چنین تکلیفی است که ایشان در بحث مهر فاسد در قانون اسلام، مطرح کرده و چنین پاسخ داده است: چنین تکلیفی لغو نیست؛ زیرا آنچه که در تعلق خطاب معتبر است، تمکن مکلف از انجام امر و نهی است که چنین توانی در توصیلات به روشنی هست و در تعبدیات هم با واسطه ممکن است؛ زیرا قدرت بر مسلمان شدن وجود دارد؛ بنابراین، در ثمره داشتن خطاب، احتمال امتثال مستقیم شرط نیست؛ بلکه همین مقدار که شاید کافر را وادار سازد که اصول را بیشتر بررسی کند و بپذیرد یا حجت بر علیه او تمام شود، برای خروج از لغویت و ثمره داشتن خطاب کفایت می کند.

چرا نماز نخواندید؟ اگر بگویند: نمی توانستیم، به آنها گفته می شود: می توانستید مسلمان شوید و نماز بخوانید؛ پس عقاب آنها بر ترک نماز نیز صحیح است. این پاسخ، در حقیقت همان پاسخ دوم (امکان جلب رضایت زوجه یا طلاق وی) است.

اشکال دوم: عدم قدرت کفار بر انجام قضای عبادات پس از اسلام
اما اشکال دیگری که برخی^۱ مطرح کرده اند این است که تکلیف کفار به خصوص قضای عبادات، حتی مقدور با واسطه هم نیست؛ زیرا در حال کفر، عبادت آنها باطل بود و اگر به آنها گفته شود: «اسلام بیاورید و عبادت را قضا کنید»، این امر به غیر مقدور است؛ زیرا طبق قاعده^۲ «جَبَّ»^۳، پس از اسلام، تکلیف به قضا ساقط است و قضا، مأموّبه نیست تا قابل امتثال باشد؛ پس قدرت با واسطه هم ندارند.

پاسخ: کفایت قدرت فی الجمله در فاصله خطاب تا ظرف عمل
در پاسخ این اشکال گفته شده^۴ که برای صحت خطاب، لازم نیست که انسان در ظرف مأموّبه قادر به عمل باشد؛ بلکه چه بسا در ظرف عمل، آن عمل یا ضروری الثبوت بوده یا ضروری العدم؛ در نتیجه از قدرت انسان بیرون باشد؛ مثلاً اگر امر شود که در فلان لحظه در نقطه خاصی باش، انسان در آن لحظه یا بالضروره در آن نقطه هست یا بالضروره در آن نقطه نیست و در هر دو حال، دیگر قادر به بودن در آن مکان نیست؛ ولی قبل از آن لحظه قادر بوده که در آن لحظه در آن مکان باشد و همین مقدار برای صحت تکلیف کافی است؛ یا اگر گفته شود خودکشی حرام است، کسی که خود را از بالای بام به پایین می افکند در فاصله افتادن و مردن

۱. برای نمونه: مدارك الأحکام، ج ۴، ص ۲۸۹.

۲. مستند قاعده جب، اجماع و روایت «الإسلام یجب ما قبله» (مستدرک الوسائل، ج ۷، ص ۴۴۸، ح ۸۶۲۵) است. استاد^۵ به مناسبت، در برخی مباحث به بررسی اجمالی این قاعده پرداخته است؛ از جمله: خمس معدن، خمس زمینی که ذمی از مسلمان خریده و سپس مسلمان شده، شرائط صحت روزه (اسلام و ایمان)، و وجوب ختان بعد از مسلمان شدن.

۳. برای نمونه: التعلیقات علی شرح الروضة البهیة (آقا جمال خوانساری)، ص ۲۸۲؛ جواهر الکلام، ج ۱۵، ص ۳۸۸؛ العروة الوثقی، ج ۲، ص ۴۶۴.

دیگر قدرت از وی سلب شده و در ظرف عمل، قادر به امتثال تکلیف نیست؛ ولی همین که قبل از پرتاب از پشت بام، قادر به جلوگیری از خودکشی بوده، در صحت تحریم خودکشی کافی است.

البته در این موارد پس از سلب قدرت، تکلیف ساقط می‌شود؛ ولی عقاب مکلف صحیح است؛ از این رو، مرحوم آخوند فرموده است:

«و الحق أنه منهي عنه بالنهي السابق الساقط بحدوث الاضطرار إليه و عصيان له بسوء الاختيار، و لا يكاد يكون مأمورا به، كما إذا لم يكن هناك توقف عليه أو بلا انحصار به، و ذلك ضرورة أنه حيث كان قادرا على ترك الحرام رأسا، لا يكون عقلا معذورا في مخالفته فيما اضطر إلى ارتكابه بسوء اختياره، و يكون معاقبا عليه، يعاقب بالنهي السابق الساقط.»^۱

بنابراین، در صحت تکلیف و عقاب، وجود قدرت فی الجمله در فاصله خطاب تا ظرف عمل کافی است.

در تکلیف کفار به قضا، هر چند پس از زمان ادا، دیگر تکلیف به قضا صحیح نیست، چون کافر، قادر به عمل - ولو با واسطه - نیست؛ ولی در زمان ادا، هم تکلیف فعلی به ادا و هم تکلیف مشروط به قضا (بر فرض ترک عمل در وقت) می‌تواند با هم وجود داشته باشد؛ زیرا کافر می‌تواند در وقت، مسلمان شود؛ در نتیجه، در فرض ترک واجب در وقت، قضای آن را در خارج وقت انجام دهد، و همین خطاب در وقت به قضا، برای صحت عقاب کفایت می‌کند؛ البته پس از گذشتن وقت، امر به قضا - همچون امر به ادا - ساقط می‌گردد، ولی در صحت عقاب، بقای امر تا زمان عمل شرط نیست؛ پس کافری که با حال کفر از دنیا برود، عقاب او هم به جهت ترک ادای عبادات و هم به جهت ترک قضای آنها صحیح است؛ چون می‌توانسته در وقت، مسلمان شود و نماز ادا بجا آورد و بر فرض عصیان آن یا ترک سهوی آن، عبادات را در خارج وقت قضا کند.^۲

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۱۶۸-۱۶۹.

۲. مرحوم آقای خونی به این پاسخ، اشکال کرده است. محصل اشکال ایشان این است که امر به قضا

مطلب دوم: تطبیق مطلب اول بر مقام

با توجه به آنچه در مطلب اول بیان شد، پاسخ به اشکال دوم را می‌توان بر مقام تطبیق کرد. اگر مکلف در زمان زوجیت، قادر به وطی نباشد و معالجه هم مقدور نباشد، حتی کسب رضایت زن و طلاق هم در قدرت وی نباشد و کاملاً عاجز باشد، اما باز هم عقاب بر ترک وطی معقول است و در نتیجه، حکم ترخیصی نسبت به ترک وطی هم معقول است؛ زیرا چنین شخصی قادر بر ترک ازدواج بوده و یا در هنگام ازدواج می‌توانسته شرط کند و حق ترک وطی را برای خود قرار دهد؛ ولی چون این شرط را نکرده، حال عاجز شده است. در اینجا با توجه به قدرت سابق، می‌توان حکم الزامی به وطی را تصویر کرد و در نتیجه، حکم ترخیصی به جواز ترک وطی نیز معقول می‌گردد. محصل این حکم ترخیصی آن است که برای چنین شخصی ازدواج جایز است و حتی در حین ازدواج لازم نیست برای خود،

قبل از انقضاء وقت وجود ندارد تا گفته شود با تصویر چنین امری، حکم به قضای فوائت در حق کفار معقول است؛ زیرا اگر مراد از وجود چنین امر قضائی قبل از وقت، مجرد انشاء باشد، اثری ندارد و اگر امر، فعلی باشد که قطعاً قبل فوت وقت فعلیت ندارد؛ البته ایشان در انتها فرموده است که اگر منشأ حکم به تکلیف کفار به قضا، اجماع باشد می‌توان گفت که مصلحت الزامی در قضا وجود دارد و چون بعد از وقت می‌توانسته مسلمان شود و مسلمان نشده خودش تقویت کرده است (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۶، ص ۱۰۱: «و یندفع: بأن الأمر بالأداء قبل انقضاء الوقت وإن صبح بناء علی تکلیف الکفار بالفروع کتکلیفهم بالأصول، فیعاقب علی ترکه لأجل قدرته علی الامتنثال باختیاره الإسلام، إلا أن الأمر بالقضاء قبل انقضاء الوقت لیس كذلك؛ إذ لو ارید به الأمر الإنشائي المجعول علی نحو القضية الحقيقية للموضوع المفروض وجوده، الثابت ذلك في حق كل مكلف کجعل وجوب القضاء علی تقدير القوت، وجوب الحجج علی تقدير الاستطاعة ونحو ذلك، فواضح أن مثل هذا الأمر لا أثر له.

وإن ارید به الأمر الفعلي فهو غیر ثابت في الوقت جزماً، إذ فعلیته بفعلیة موضوعه و هو القوت، و لا فوت قبل انقضاء الوقت، فلا موضوع للقضاء ما دام الوقت باقیا، فلا أمر به حينئذ إلا بنحو القضية الشرطیة و علی سبیل الفرض و التقدير، و قد عرفت أنه لا أثر له ما لم یتحقق ذلك التقدير خارجاً و المفروض أن هذا التقدير غیر محقق بالإضافة إلى الکافر، حیث لا قضاء علیه بعد خروج الوقت کما مر.

و علی الجملة: فهو أثناء الوقت غیر مأمور بالقضاء إلا بالأمر المشروط و الشرط غیر متحقق في الکافر إذا أسلم علی الفرض. فلا معنى للأمر بالقضاء قبل الوقت، و لا موضوع له بعده...»).

استاد رحمته الله به صورت مستوفی در مباحث دیگری به بررسی اشکال‌های آقای خوئی پرداخته است که این مقام، مجال بیان آن نیست؛ رک: دروس خارج صوم (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، شرائط صحت صوم، اسلام.

شرط حق ترک وطی قرار دهد.

بنابراین، کلام مصنف که عجز را از موارد جواز ترک وطی دانسته است، صحیح است و جعل حکم ترخیصی در مورد چنین شخصی معقول است.

مورد چهارم و پنجم: تضرر مرد یا زن

مورد چهارم و پنجم جواز ترک وطی، صورت خوف ضرر برای زوج یا زوجه است.

«لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر؛ ... و يجوز تركه مع رضاها ...، و مع خوف الضرر عليه أو عليها ...»^۱

فرض این است که زوجه راضی به ترک مباشرت نیست وگرنه این دو مورد، مشمول مورد اول از موارد سقوط حق وطی خواهند بود.

در فرض تضرر مرد از مباشرت، طبق «لاضرر»، مباشرت لازم نیست.

در فرض تضرر زوجه از مباشرت نیز، از جهت حرمت اضرار به دیگری، بر مرد، نه تنها لازم نیست مباشرت کند، بلکه اگر زن راضی به چنین ضرری نیست، مباشرت حرام خواهد بود.

علاوه بر این، از این جهت که وجوب مباشرت از باب ارفاق به زن است و در فرض تضرر او - حتی اگر این ضرر، ضرر حرامی هم نباشد - چنین ارفاقی وجود ندارد، بنابراین، حتی اگر زن راضی به تحمل چنین ضرری باشد، مباشرت واجب نیست؛ البته گاهی مجزّد رضایت زن به تحمل ضرر مطرح نیست؛ بلکه زن به نحوی تمایل به مباشرت دارد که از ترک مباشرت به مشقت فراوان می افتد که در این صورت، ارفاق اقتضا می کند که مباشرت بر مرد با وجود اینکه زن متضرر می شود واجب باشد؛ مگر اینکه ضرر حرامی باشد - مثل نقص عضو یا بیماری حادّ روانی - که در این صورت رضایت زن و تمایل شدید او نیز موجب وجوب مباشرت مرد نیست؛ البته در برخی صور، تعارض ضررین وجود دارد که طبق نظر صحیح از مصادیق باب تراحم است^۲ و باید ملاکات این باب (اهمّ و مهم) لحاظ شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. طبق نظر استاد^{رحمته} خطابات، ناظر به موارد تراحم نیست؛ ولی در عین حال عرف می تواند در موارد بسیاری، کشف ملاک کند و راه هایی نظیر اطلاق ماده و خطابات قانونیه که برای کشف ملاک در علم

مورد ششم: غیبت اختیاری زوجه

مورد ششم جواز ترک وطی، غیبت اختیاری زوجه است.

کلام آقای حکیم: اتحاد حکم صورت غیبت مرد و زن

مرحوم آقای حکیم بر مرحوم سید اشکال کرده که اگر مراد از تعبیر «عنده» در «الرجل عنده المرأة الشابة»^۱، همانند «لاتبع ما لیس عندك»^۲ باشد و به معنای در اختیار بودن و کنایه از ازدواج باشد، غیبت و حضور فرقی ندارند و مردی که با زنی جوان ازدواج کرده، «عنده المرأة الشابة» بر او صدق می‌کند و غیاب مرد یا زن سبب از بین رفتن این حق نمی‌شود و لازم است که این حق، ادا شده و به تأخیر نیفتد؛ و اگر مراد از «عنده» در روایت، حاضر بودن زن نزد مرد باشد، بین غیبت زن و مرد فرقی نخواهد بود؛ زیرا چه مرد غایب باشد و چه زن، دیگر «الرجل عنده المرأة الشابة» صدق نمی‌کند، و این حق، از بین رفته است؛ از این رو، در هر حال، تفصیل بین غیبت مرد و زن وجهی نخواهد داشت.^۳

ادله سقوط حق مباشرت در فرض غیبت اختیاری زن

برای اثبات سقوط حق مباشرت در چنین فرضی چند دلیل ممکن است مطرح شود.

اصول مطرح شده صحیح نیست؛ بلکه در مواردی که تعبد محض نیست، وجدان عرفی حاکم بر این است که در رتبه سابق بر اوامر و نواهی، مصالح و مفاسدی وجود دارد، نه اینکه نفس امر و نهی، دخیل در این مصلحت و مفاسد باشد. در تعبدیات نیز راه تشخیص ملاک، منحصر به امر نیست؛ مثلاً از جملاتی مانند «الضلالة خير موضوع»، یا «الضلالة قربان كل تقی» می‌توان مصلحت دار بودن نماز حتی در صورتی که مزاحم یا واجب اهمی باشد، ولی علت ترک اهم نباشد را استفاده کرد. از ثمرات و مصالح مربوط به صوم و انفاق نیز می‌توان کشف ملاک کرد. با توجه به مطلب فوق، ملاک «الاضرر» در موارد تعارض ضررین (مثلاً تضییع مرد از مباشرت و تضییع زن از ترک مباشرت) وجود دارد و از مصادیق تراحم خواهد بود.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۲، ح ۱۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۳۰، ح ۲۵؛ عنه عن محمّد بن الحسین عن علی بن أسباط عن سلیمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ماليس عندك وعن ربح مالم يضمن»؛ وسائل الشيعة، ج ۱۸، ص ۳۷، ح ۴.

۳. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۷۶.

دلیل اول: ظهور غیبت اختیاری زوجه در اسقاط حق

دلیل اول، کلامی از مرحوم آقای خوئی است. ایشان فرموده است: بین غیبت مرد و زن فرق است؛ زیرا اگر مراد از «عنده» در روایت، ازدواج باشد، این حق برای زوجه ثابت است، و اگر مرد غایب شد باید ولو به مسافرت هم برود، این حق را ادا کند؛ ولی اگر خود زن غایب شود، این به معنای اسقاط حق، از طرف زوجه است.^۱

اشکال: عدم ملازمه بین غیبت اختیاری زن و اسقاط حقش

اما این کلام ناتمام است؛ زیرا در خارج ملازمه‌ای بین غیبت اختیاری زن و اسقاط حق او وجود ندارد؛ خواه مسافرت با اجازه شوهر صورت گرفته باشد، یا زن از سر عصیان به مسافرت رفته باشد؛ زیرا ممکن است زن مایل باشد که شوهرش در سفر همراه او باشد، و شوهر به جهت کاری مایل به همراهی با زن نیست؛ در اینجا زن هیچ‌گاه ابراز رضایت به ترک حق مباشرت نکرده است؛ البته در برخی صور، جهاتی وجود دارد که موجب اسقاط حق زن می‌شود؛ مثلاً اگر زن بدون اجازه شوهر سفر کند، ناشزه بوده و چنان‌که خواهد آمد، نشوز زن، موجب سقوط حق او است؛ اما کلام در این است که نفس غیبت اختیاری زن حتی اگر ظهور در اسقاط حق توسط زن نداشته باشد و عناوین دیگر مجوز ترک مباشرت - مانند نشوز زن - نیز صادق نباشد، آیا موجب سقوط حق است؟

دلیل دوم: اطلاق مقامی برخی روایات

دلیل دوم، تمسک به اطلاق مقامی برخی اخبار است. در روایات باب حج آمده است که در سفر حج - چه حج واجب که نیاز به اذن شوهر نیست، چه حج مستحبی که اذن شوهر لازم است - همراه بودن محرم با زن لازم نیست؛ با اینکه در زمان‌های سابق، در بسیاری از موارد، مسافرت زن بدون محرم، بسیار بر آنها دشوار بوده است. در هیچ‌یک از روایاتی که سفر زن را با اجازه شوهر یا بدون اجازه وی (همانند سفر حج واجب) اجازه داده، از لزوم بودن شوهر یا لزوم اجازه گرفتن شوهر از زن در ترک همراهی با وی، سخنی به میان نیامده است.^۲ از این سکوت و

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۱، ص ۱۵۳، ح ۵۸، «باب أنه لا یشرط فی وجوب الحج علی المرأة وجود محرم لها».

اطلاق مقامی استفاده می‌شود که برای زن چنین حقی ثابت نیست.

دلیل سوم: سیره متشرعه

دلیل سوم این است که هیچ‌گاه متشرعه مرد را ملزم نمی‌دانستند که همراه زن برای مسافرت برود تا حق استمتاع او را ادا کند؛ البته گاه در سفر زن، مشکلات ناموسی برای وی در کار بوده، و به‌طور طبیعی مرد بدین جهت (نه به جهت ادای حق مواقعه) همراه او می‌رفته است؛ ولی اگر امنیت برقرار باشد (مثلاً زن به اختیار خود با برادران خویش سفر رفته باشد) اگر شوهر همراه زن به سفر نرود، متشرعه مرد را مؤاخذه نمی‌کنند؛ پس معلوم می‌شود که چنین حقی برای زن قائل نیستند.^۱

دلیل چهارم: قصور دلیل وجوب مباشرت نسبت به مقام و رجوع به اصل برائت

دلیل چهارمی که می‌توان مطرح کرد این است که روایت مسئله^۲ نسبت به فرض غیبت هر یک از زوجین، مجمل است و نمی‌توان از آن حکم لزوم مباشرت در مورد غایب را استفاده کرد؛ از این رو، برای اثبات وجود حق زوجه در فرضی که مرد مسافرت رفته، به قاعده نفی حرج نوعی تمسک شد^۳؛ اما تمسک به «لا حرج» در جایی صحیح است که مرد بخواهد به سفر برود، یا زن به اجبار به مسافرت برده شود؛ ولی اگر زن به اختیار خود به سفر برود، دیگر مشمول «لا حرج» نیست؛ چون می‌توانسته سفر نرود، و اگر پس از سفر هم، برای زن حرجی پیش آید، این امر به اختیار زن صورت گرفته و به تعبیر بزرگان، قاعده حرج، «حرج مُقَدَّمُ علیه» را شامل نمی‌شود؛ بنابراین، می‌توان بین سفر مرد و سفر اختیاری زن فرق قائل شد و با عنایت به قاعده حرج، حق زن را در صورت اول ثابت دانست؛ ولی در صورت دوم،

۱. بل الأمن علی نفسها و لا يجوز لوليها مع ذلك أن يمنعه و يستحب لها استصحاب محرم مع الإمكان.

۲. ارتکاز متشرعی نیز این بوده که باید زن ملفت باشد که چنین حقی برای اوست تا ظهور حالی شکل بگیرد.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۵۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۴۰، ح ۱؛ أحمد بن محمد بن عیسی عن علی بن أحمد بن أشیم عن صفوان بن یحیی قال: «سألت الرضا علیه السلام عن الرجل یكون عنده المرأة الثابتة فیمسک عنها الأشهر و السنة لا یقر بها لیس یرید الإضرار بها یرید لهم مصیبة یریدون فی ذلك أمنا؟ قال إذا ترکها أربعة أشهر کان أمنا بعد ذلك إلا أن یریدون یأذنها».

۳. در بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر غیر واجب، این مطلب بیان شد.

اصل براءت، حکم به عدم ثبوت حق زن می‌کند؛ پس کلام صاحب عروه صحیح است؛ البته اگر زن توجه نداشته که در صورت اقدام به سفر، به حرج می‌افتد، لاجرم شامل آن می‌شود.

مورد هفتم: نشوز زوجه

مورد هفتم جواز ترک وطی، نشوز زوجه است؛ زیرا عرف از ادله جعل چنین حقی برای زن می‌فهمد که شارع، یک نحو مبادله بین تمکین زن و بین ادای حقوق زن از سوی زوج قرار داده است، و با عدم رعایت حقوق مرد از سوی زن، مرد را ملزم به مراعات حق زن نمی‌داند؛ بنابراین، همان‌طور که کسوه و نفقه که از حقوق زن است، در صورت نشوز ساقط می‌شود، این امر واجب هم (که حق است، نه حکم) در حال نشوز ساقط شده و لازم الوفا نیست.

اختصاص وطی واجب به زوجه

مسألة ۷: «لا يجوز ترك وطی الزوجة أكثر من أربعة أشهر؛ ... ولا يجزى الحكم في المملوكة غیر المزوجة، فيجوز ترك وطئها مطلقاً»^۱

مرحوم سید در ابتدای مسئله فرمود که حق مباشرت وجود دارد و از این جهت فرقی بین امه و حرّه نیست؛ زیرا اطلاق صحیحهُ صفوان شامل آن است.^۲ ایشان در آخر این مسئله فرموده که حکم وطی واجب شامل مملوکه غیر زوجه نمی‌شود. در تبیین این کلام می‌توان گفت: در روایت صفوان، تعبیر «الرجل عنده المرأة الشابة» آمده که ظاهر «المرأة»، زوجیت زن است، نه مملوکیّت، و ادله‌ای که به عنوان حرج نوعی و امثال آن آمده در مملوکه جاری نیست؛ زیرا مملوکه در مواردی، تحلیل به غیر می‌شود و راه تمتّع وی منحصر در فرض تزویج نیست؛ به خلاف زوجه دائمه که فقط از طریق زوج متمتع می‌گردد. مملوکه محلّه نیز - که مصنف آن را ذکر نکرده است - مانند مملوکه غیر زوجه است و روایت صفوان شامل آن نیست.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰.



وظیفه شوهر در صورت عجز زوجه از صبر تا چهار ماه

مسألة ۸: «إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر، بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها، فالأحوط المبادرة إلى موافقتها قبل تمام الأربعة، أو طلاقها وتخلية سبيلها.»^۱

در این مقام چند مطلب قابل بحث است:

مطلب اول: بررسی جمع تناقض گونه «عجز از صبر» با «معصیت» در عروه.

مطلب دوم: تنقیح فرض مسئله.

مطلب سوم: بررسی وجه لزوم مباشرت یا طلاق قبل چهار ماه.

مطلب اول: بررسی تنافی «عجز از صبر» با «معصیت» در عروه

مطلب اول این است که در ظاهر عبارت مرحوم سید، بدوایک نحوه تناقضی به نظر می آید و آن این است که چگونه «عدم قدرت» با «تکلیف» جمع می شود که سید فرموده: «لا تقدر... بحيث تقع في المعصية»؟ این صدر و ذیل با هم سازگار نیست؛ زیرا اگر قدرت بر صبر نداشته باشد، تکلیفی هم نخواهد داشت و عجز، با معصیت سازگار نیست.

وجه حل تناقض

برای حل این تناقض چند وجه ممکن است مطرح شود.

وجه اول: اراده عجز عرفی در عبارت عروه

وجه اول این است که مراد از عدم قدرت، عدم قدرت عقلی نیست؛ بلکه منظور، عدم قدرت عرفی است که با تکلیف قابل جمع است و محذور عقلی ندارد.

اشکال: عدم تحقق معصیت در فرض عجز عرفی بالحاظ ادله «لا حرج» اما این پاسخ مخدوش است؛ زیرا در فرض عجز عرفی هم که صبر کردن حرجی است، ادله نفی حرج آن را نفی کرده و شرعاً تکلیفی نخواهد بود؛ بنابراین، معصیت معنا ندارد.

پاسخ به اشکال
دو پاسخ به این اشکال می‌توان بیان کرد.

پاسخ اول: عدم حکومت «لا حرج» بر محرمات با دو بیان پاسخ اول این است که که طبق نظر مختار، ادله لا حرج هر چند بر واجبات حکومت دارد، ولی بر محرمات اصلاً حکومت ندارد. برای اثبات این مدعا می‌توان به دو بیان استدلال کرد.

بیان اول: ظهور لا حرج در عدم جعل افعال وجودی
بیان اول مبتنی بر دو مقدمه است.

مقدمه اول: در استعمالات قرآنی و روایی، متعلق «جعل علیه»، «کتب علیه»، «وضع علیه» و امثال آنها، افعال است، نه احکام و قوانین؛ مانند «کُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ»^۱. و تعبیر «کتب علیکم وجوب الصیام» که متعلق «کتب»، حکم باشد، یک تعبیر و استعمال قرآنی و روایی نیست؛ گرچه در اصطلاحات فقها تعبیر جعل یا کتابت احکام و مانند آن به کار می‌رود.

مقدمه دوم: متعلق الزام، در استعمالات عرفی، امور وجودی است، نه امور عدمی.

با توجه به این دو مقدمه، در آیه شریفه «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»^۲، متعلق جعل، حکم نیست تا شامل تمامی احکام، اعم از واجبات و محرمات شود؛ بلکه متعلق آن، فعل است و اسناد الزام به ترک و اعدام، عرفی نیست؛ مگر بعضی از ترک که مانند صوم، ضمان و وجودی، مانند نیت، در آن لحاظ شده باشد. با این

۱. البقرة، ۱۸۳.

۲. الحج، ۷۸.

بیان، متعلق «ما جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» فقط «واجبات» که افعال وجودی هستند، خواهد بود و یا لا اقل ظهور در امر از واجبات ندارد.^۱

۱. دو مطلب در این بیان قابل توجه است:

مطلب اول: تعبیر دیگری که درباره نفی حرج در آیات و اخبار آمده است را می توان در قالب دو دسته مطرح کرد:

الف. ادله ای که مرتبط با مقام نیست؛ زیرا یا مربوط به مورد خاصی است و یا مربوط به مجموع دین است. نه تک تک احکام اسلام به صورت انحصاری؛ برای نمونه:

• آیه ۶ سورة مانده که درباره حکم وضو و تیمم است: «وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُظْهِرَكُمْ لِيَلْهَيْتُمْ نَفْسَهُ عَلَيْكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ».

• الکافی، ج ۵، ص ۴۹۴، ح ۱: عده من اصحابنا عن سهل بن زياد عن جعفر بن محمد الأشعري عن ابن القذاح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأة عثمان بن مظعون إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله إن عثمان يصوم النهار ويقوم الليل فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله مغضبا يحمل نعليه حتى جاء إلى عثمان فوجده يصلي فانصرف عثمان حين رأى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال له يا عثمان لم يرسلني الله تعالى بالزهبانية ولكن بعثني بالحنيفية السهلة السمحة أصوم وأصلي وأمس أهلي فمن أحب فطرني فليستن بستي ومن ستني التكاح».

• تهذيب الأحكام، ج ۱، ص ۴۱۷، ح ۲۵: الحسين بن سعيد عن فضالة بن أيوب عن الحسين بن عثمان عن سماعة بن مهران عن أبي بصير قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنا نساfer فرنما بلينا بالغدير من المطر يكون إلى جانب القرية فيكون فيه العذرة و يبول فيه الضبي و تبول فيه الذابة و تروث فقال إن عرض في قلبك منه شيء فقل هكذا يعني افرج الماء بيدك ثم توضع فإن الذين ليس بمضيق فإن الله تعالى يقول: «ما جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

مقدار دلالت آیه شریفه تیمم، بیش از دلالت آیه شریفه مطرح شده در متن توسط استاد قدس سره؛ یعنی «ما جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» نیست. از روایت اول نیز فقط چنین برداشت می شود که در مجموع، شریعت اسلام شریعتی سهل است، نه اینکه تک تک احکام آن چنین است؛ به علاوه، چه بسا در مقام مقایسه با شرائع سابق باشد. از روایت دوم نیز نمی توان اطلاعی گیری کرد و تک تک احکام را غیر مضیق دانست؛ بلکه چه بسا این روایت نیز مجموعی به دین نظر کرده است؛ خصوصاً که در ذیل روایت به آیه نفی حرج تمسک شده و همان ممکن است برای عبارت قبل قرینه باشد و مانع استظهار عام از «إِنَّ الدِّينَ لَيْسَ بِمُضْيقٍ» شود.

ب. ادله ای که گرچه معنای عام از آن استفاده می شود، باز هم نکته استظهاری استاد قدس سره در آن جاری است؛ مانند: «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَغْطَيْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيْرَارًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ» (آل عمران، ۲۸۶).

مطلب دوم: اگر این نکته استظهاری انکار شود و گفته شود فرقی بین واجبات و محرمات نیست و

بیان دوم: حرجی بودن غالب محرمات

بیان دوم این است که عامل محرک انسان به سوی محرمات، طغیان شهوت یا غضب است و جلوگیری از این دو، در هنگام طغیان، بسیار دشوار بوده و نیاز به مجاهده با نفس دارد؛ آیا ترک غیبت، ناسزا و ایذاء، برای کسی که غضب کرده، بسیار دشوار نیست؟ آیا ترک نگاه به اجنبیه و ارتکاب فواحش برای کسی که شهوتش طغیان کرده حرجی نیست؟ اگرچه موارد غیر حرجی، غیر متعارف نیست اما در هر حال، اخراج موارد حرجی از ادله حرمت غیبت، ناسزا، ایذاء و فواحش اخراج فرد متعارف است؛ بنابراین، لاجرح نمی‌تواند چنین مصادیقی را خارج کند. اساساً انبیاء برای مهار قوای غضب و شهوت انسانها برگزیده شده‌اند و اگر با تمسک به لاجرح، تحریم افعال در شرایط حرج برداشته شود، ارسال رسل و انزال کتب، شبیه به لغو می‌شود. لازمه حکومت لاجرح بر محرمات این است که دین، اجازه تحقق این مفاسد را در چنین موارد حرجی داده باشد و این بالضروره باطل است؛ زیرا موجب مفاسد بزرگ ناشی از کذب، غیبت، توهین، قتل و غارت خواهد بود و این مفاسد، منشأ اختلال نظام و تضرر جامعه است و این، خلاف امتنان است. امتنان اقتضا می‌کند که لاجرح در این امور جاری نباشد، اگرچه افراد به سختی بیفتند.^۱

پاسخ دوم: عدم حکومت «لا حرج» بر برخی محرمات از جمله امور شهوانی

پاسخ دومی نیز وجود دارد که مبتنی بر دو مقدمه است:

مقدمه اول: در برخی محرمات، قطعاً لاجرح حاکم نیست. از سیره و مجموع روایات، به روشنی فهمیده می‌شود محرماتی که مربوط به امور شهوانی

عرف از واجبات، الغاء خصوصیت می‌کند، با ضمیمه شدن بیان دومی که در متن آمده است می‌توان ادعا کرد که از ادله لاجرح نمی‌توان معنای عامی را که شامل محرمات نیز گردد استظهار کرد. در حقیقت، تلفیق بیان اول و دوم مانع چنین استظهار عامی خواهد شد. به عبارت دیگر بیان دوم مانع الغاء خصوصیت از واجبات می‌شود.

۱. مراد از محرمات خصوص منهنیات نیست؛ بلکه اوامری را هم که با لحاظ دفع مفسده جعل شده است، شامل می‌شود؛ بنابراین، برخی تکالیف که ظاهراً از واجبات است و به دلیل وجود مفسده در ترک آن واجب شده است، از محرمات محسوب می‌شود؛ مثلاً وجوب پوشش بانوان از جهت ترتب مفاسد ترک حجاب است؛ پس اگر امثال این امر الهی حرجی باشد، مجوز ترک حجاب نیست.

یا جنایات است، با حرج تجویز نمی‌شود. شاهد حرجی بودن اموری همچون زنا و جنایات این است که برخی انسان‌ها، با اینکه خود، واقف به خطرات و مجازات‌های شدید هستند، گاه چنان شهوت و غضب بر وجود آنها حاکم شده که به این‌گونه خطرات اعتنا نمی‌کنند و دست به اعمال خلاف می‌زنند.

مقدمه دوم: اجرای حدود در این گناهان نیز با حرجی بودن متوقف نمی‌گردد؛ اگر مجزّد حرج مانع اجرای حدود بود، این مسئله مورد ابتلا حتماً آشکار می‌شد (لو کان لبان و اشتهر).

بنابراین، در چنین اموری لاحرج جاری نیست.

با توجه به مطلب فوق، وجه اول جهت حل تناقض عبارت عروه، بی‌اشکال است و دیگر نمی‌توان گفت که در فرض عجز عرفی (حرج)، به دلیل ادله لاحرج، عصیان محقق نمی‌شود؛ زیرا بیان شد که لاحرج شامل محرمات - خصوصاً محرمات مربوط به امور شهوانی - نیست.

وجه دوم: اراده معصیت شأنی

وجه دوم برای حل تناقض در عبارت عروه این است که مراد از معصیت، معصیت شأنی باشد نه فعلی؛ یعنی مقصود، فعلی است که ذاتاً جزء محرمات است، هرچند این فعل برای زن از جهت صدق عنوان ضرورت، جایز، و گاه در صورت تراحم با ملاک اهم، واجب باشد؛ البته شوهر هم وظیفه دارد مانع تحقق حرام شود؛ گرچه معصیت، فعلی نیست.

مطلب دوم: تنقیح فروض مسئله

مطلب دوم در این مسئله این است که مرحوم سید فقط یک صورت را مطرح کرده؛ اما فروض مختلفی قابل تصویر است. همه این فروض باید بحث شود تا معلوم شود آیا بیش از چهار ماه یک بار در همه این فروض مباشرت بر مرد لازم است یا خیر. این فروض عبارت‌اند از:

فرض اول: کثرت شهوت به حدی است که اجتناب از گناه برای زن،

خرج یا فوق خرج است؛ اما خود را از گناه حفظ می‌کند و به معصیت نمی‌افتد؛ البته این فرض از مقسم مرحوم سید خارج است؛ ولی در هر حال، قابل بحث است.

فرض دوم: کثرت شهوت به حدّی است که اجتناب از گناه برای زن، خرجی است و خود را از گناه حفظ نمی‌کند و به معصیت می‌افتد.
فرض سوم: کثرت شهوت، موجب اضطراب به ارتکاب معصیت می‌گردد.

در این فرض، بر خلاف فرض دوم، زن معصیت نکرده است؛ چون به جهت تراحم و دفع افسد به فاسد، اضطراب و استیصال، موجب تجویز محرمات اولیه است؛ بلکه گاهی محرمات اولیه واجب می‌شود؛ مثل شخصی که اگر استمنا نکند می‌میرد. در اینجا دوران امر بین استمنا و عدم حفظ نفس است و از این رو، نه تنها استمنا مجاز است؛ بلکه واجب است. در اینجا نیز اکتفای شوهر به مباشرت چهار ماه یک بار، موجب اضطراب زن است و به حکم رفع اضطراب (نه لاجرح) و از باب دفع افسد به فاسد، امری مثل استمنا که به عنوان اولی مبعوض شارع است، تجویز، و بلکه واجب می‌گردد.

فرض چهارم: کثرت شهوت به حدّی است که زن، بدون اختیار خود، به گناه می‌افتد. در این فرض که خارج از اختیار است، فعل از مقسم احکام خمس خارج بوده و اصلاً متّصف به تکلیف نیست. برای وضوح مطلب در این فرض، توضیح زیر ضروری است.

بسیاری از فقها مناط «اختیاری بودن» یک فعل را مسبوق بودن آن به اراده دانسته‌اند که با مشیت محقق می‌شود؛ یعنی مناط اختیاری بودن را «إن شاء فعل، وإن لم یشأ لم یفعل» دانسته‌اند؛ بنابراین، اراده و مشیت، وجوداً و عدماً در تحقق فعل اختیاری دخیل است.^۱

اما فعل غیر اختیاری - چنان‌که مرحوم آقای بروجردی به تناسب بحث خود در

۱. برای نمونه: فوائد الأصول، ج ۱، ص ۱۳۲-۱۳۳؛ المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۱، ص ۱۵۰.

اصول، در مبحث جبر و اختیار^۱ فرموده است- دو قسم دارد؛ یک قسم آن، همانند حرکت دست مرتعش یا حرکت جمادات، غیر ارادی است و یک قسم آن ارادی است؛ همانند افعال حیوانات و بعضی از افعال انسان، همچون افعالی که انسان عاشق انجام می‌دهد. انسان عاشق کارهایی که از روی عشق انجام می‌دهد، عمدی و ارادی است و بالوجدان همچون حرکت دست مرتعش نیست؛ اما چون در این افعال، ملاحظه جهات حسن و قبح و مصالح و مفاسد را نمی‌کند و در واقع، فکرش از کار افتاده و عقلانی تصمیم نمی‌گیرد، فعلش اختیاری نیست. اکنون در فرض چهارم هم، در اثر کثرت شهوت و شبق، همچون انسان عاشق، فکر و قوای عقلانی زن از کار می‌افتد و همانند حیوان که تابع امیال خود است عمل می‌کند. این فعل او ارادی است؛ اما اختیاری نیست. کثرت شهوت، وی را مسلوب الاختیار کرده است؛ از این رو، خارج از دایره تکلیف است. در نتیجه، در این مسئله، در مورد زن، چهار فرض قابل بحث است. حال در این چهار فرض وظیفه شوهر چیست؟

مطلب سوم: بررسی وجه لزوم مباشرت یا طلاق قبل از چهار ماه

مرحوم سید حکم مسئله را چنین بیان کرده است: «فالأحوط، المبادرة إلى مواقعتها قبل تمام الأربعة، أو طلاقها و تخلية سبيلها»^۲. البته کلام مرحوم سید ناظر به فرض اول که در مطالب فوق بیان شد، نیست. وجوهی برای کلام ایشان بیان شده است:

وجه اول: مرسله محمد بن جعفر

وجه اول، وجه مذکور در کلام مرحوم آقای حکیم است که فرموده است شاید وجه کلام مرحوم سید، تمسک به مرسله محمد بن جعفر باشد:

عَدَّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن أبي العباس الكوفي عن

۱. نهاية الأصول، ص ۹۶.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۰.

محمّد بن جعفر عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من جمع من النساء ما لا ينكح، فزنى منهنّ شيء، فالإثم عليه.»^۱

اشکال: بعید بودن استناد سیّد به روایت با سند و دلالت ضعیف

اما اشکال وجه اول این است که بسیار بعید است یک روایت با ضعف سند و دلالتی، مستند احتیاط مرحوم سیّد باشد. خود آقای حکیم نیز ضعف سند را قبول دارد.

توضیح مطلب: از آنجا که این مسئله در بین قدما اصلاً عنوان نشده است،^۲ طبق مبنای کسانی که عمل مشهور را جابر ضعف سند می دانند نیز، ضعف سند مرسله قابل جبران نیست.

از سوی دیگر، موضوع روایت، کسی است که عده ای از زنان را جمع کرده و با آنها مباشرت نمی کند. محتملات معنای «لا ینکح» عبارت است از:

۱. هیچ مباشرتی انجام نمی دهد؛ یعنی جماع را نه تنها چهار ماه، بلکه الی الابد ترک می کند - چنان که مرحوم آقای خوئی این معنا را استظهار کرده است^۳ - یا آن قدر کم مباشرت می کند که عرفاً کالعدم است.

۲. حقوق شرعی را که شرع تعیین کرده است انجام نمی دهد؛ یعنی طبق این احتمال، در حقیقت، این خطاب، محدوده شرعی را تعیین نکرده و تنها بیان می کند که مرد محدوده زمانی شرعی در مباشرت را رعایت نمی کند؛ بنابراین، ممکن است محدوده شرعی همان چهار ماه یک بار باشد.

۳. به مقدار رفع احتیاج زن مباشرت نمی کند؛ طبق این احتمال، اگر زنی هر شب نیاز به مباشرت داشته باشد، ولی مرد آن را انجام نمی دهد، مشمول این روایت می شود. البته این احتمال خلاف ظاهر است.

با وجود این محتملات، این روایت ظهور در اثبات مدعا ندارد.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۶، ح ۴۲.

۲. چنان که مرحوم آقای خوئی نیز فرموده است: «لم أر من تعرض لذلك من الأصحاب على الإطلاق» (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۱).

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۱۷.

وجه دوم: وجوب نهی از منکر

وجه دوم این است که از جهت وجوب نهی از منکر، مبادرت به مباشرت قبل از چهار ماه لازم است؛^۱ زیرا طبق ادله نهی از منکر، در صورت وجود شرائط وجوب نهی از منکر، باید از ارتکاب منکر جلوگیری کرد. در مقام نیز مرد با مباشرت می‌تواند مانع عصیان زوجه شود.

اشکال: عدم شمول ادله نهی از منکر نسبت به رفع مقتضی حرام

اما این وجه نیز قابل مناقشه است و ادله وجوب نهی از منکر، شامل رفع مقتضی حرام نیست.^۲ مرحوم آقای حکیم فرموده است:

«ولا يجب الأمر بالمعروف على نحو يقتضي وجوب ما يوجب رفع المقتضي لداعي المعصية، فلا يجب أن يتزوج المرأة التي لو لم يتزوجها زنت، ولا تزويج الرجل الذي لو لا تزوجه زنى، ولا نحو ذلك.»^۳

مرحوم آقای خوئی نیز فرموده است:

«ولعل ذلك لوضوح عدم وجوب دفع المنكر مطلقا حتى ولو بفعل ما يوجب رفع المقتضي للحرام، ولذا لا يجب التزوج من المرأة التي لو لم يتزوجها لوقعت في الحرام.»^۴

وجه سوم: آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا...»

وجه سومی که ممکن است به عنوان مستند مرحوم سید مطرح شود، تمسک به آیه

۱. این وجه نیز مانند وجه اول، شامل فرض اول نمی‌شود.

۲. البته گاهی مقتضی معصیت شخص، عرفاً مستند به دیگری است و مقتضی مذکور از مقدمات قریبه محسوب می‌شود؛ مانند اینکه مردی در معرض دید اجنبیه قرار بگیرد بدون اینکه قصد این را داشته باشد که زن به او نگاه کند؛ اما می‌داند که زن به بدن او نگاه می‌کند. ادله نهی از منکر، چنان‌که استاد رحمته در مباحث قبل (ملازمه حرمت کشف و حرمت نظر) فرموده است، شامل چنین فرضی می‌شود.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۷۶.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۱.

ذیل است:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْجِبَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾^۱

مطلب اول: ظهور آیه در وجوب حفظ زن از گناه

این وجه^۲ را مرحوم آقای خونی مطرح کرده و چنین فرموده است:

«و ذلك لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْجِبَارَةُ﴾؛ إذ الاستفادة منها وجوب حفظ من يتولاه عن الوقوع في الحرام، مضافا إلى وجوب حفظ نفسه، فهو مكلف بالإضافة إلى حفظ نفسه، بحفظ أهله؛ بخلاف الأجنبي؛ حيث إنه غير مكلف بحفظه»^۳

مطلب دوم: نظارت نصوص مفسر بر اقل مراتب نهی از منکر

البته ممکن است این اشکال مطرح شود که نصوص مفسر این آیه^۴، نهی از منکر قولی را تفسیر این آیه شریفه بیان کرده؛ از این رو، وظیفه بیش از این مقدار را نفی می‌کند.

۱. التحریم، ۶.

۲. این وجه نیز شامل فرض اول (حرجی بودن صبر زن و گناه نکردن او) نیست؛ زیرا زن خودش وقایت از عذاب دارد و از گناه اجتناب می‌کند؛ البته در شمول این وجه نسبت به فرض سوم و چهارم تفاسیلی وجود دارد که مجال آن نیست.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۲.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۶۲.

ح ۱: عذرة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل عن محمد بن عذافر عن إسحاق بن عمار عن عبد الأعلى مولى آل سام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لما نزلت هذه الآية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ جلس رجل من المسلمين يبكي وقال أنا عجزت عن نفسي كلفت أهلي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله حسبك أن تأمرهم بما تأمر به نفسك وتنهاهم عما تنهى عنه نفسك».

و ح ۲: عنه عن عثمان بن عيسى عن سماعة عن أبي بصير: «في قول الله تعالى ﴿اتَّقُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ قلت كيف أقيهم قال تأمرهم بما أمر الله وتنهاهم عما نهاهم الله فإن أطاعوك كنت قد وقيتهم وإن عصوك كنت قد قضيت ما عليك».

و ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حفص بن عثمان عن سماعة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام «في قول الله تعالى ﴿اتَّقُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ كيف نفى أهلنا قال تأمروهم وتنهوهم».

اما مرحوم آقای خوئی در پاسخ این اشکال فرموده است:

«ما ورد في النصوص من تفسيرها بأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر، لا بد من حمله على بيان أول مرتبة تتحقق بها الوقاية، دون التحديد؛ وذلك لأنها إنما دلت على فراغ ذمة المكلف بنصحهم وإرشادهم إلى ما هو الصحيح، خاصة وإن الإثم يكون بعد ذلك على مرتكبه، وحيث إن من الواضح أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يختص حتى بالنسبة إلى غير الأهل بذلك، بل قد يجب الضرب أو ما هو أشد منه في بعض الأحيان، فلا يمكن حمل هذه النصوص على بيان الحد، وأنه لا يجب على المكلف أمر أهله بالمعروف ونهيهم عن المنكر بهذا المقدار خاصة، إذ لا يحتمل أن يكون تكليفه بالنسبة إليهم أقل مما يجب عليه بالنسبة إلى غيرهم؛ بل لا بد من حملها على بيان أقل مراتب تحقق الوقاية، فلا تكون هذه النصوص منافية لما استظهرناه»^۱

در تکمیل کلام ایشان می‌توان گفت این روایات، شاید سهل‌ترین راه نهی از منکر را ارائه داده‌اند، نه اینکه محدودیت در نهی از منکر ایجاد کرده باشند. البته این وجه، مخصوص به معصیت فعلی است و معصیت شأنی را شامل نمی‌شود؛ زیرا در فرضی که معصیت، فعلی نباشد عذاب‌ی نخواهد بود تا وقایت از آن لازم باشد.

اشکال وجه سوم: عدم دلالت آیه بالحاظ اخبار مفسر

اما این وجه قابل مناقشه است؛ زیرا طبق برخی روایات مفسر^۲، امام علیه السلام در فرضی که نهی از منکر اثر بخش نباشد، فرموده‌اند که بیش از این وظیفه ندارید. این نشان می‌دهد که بیش از متعارف، وظیفه نهی از منکر وجود ندارد.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۲.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۶۲، ح ۲: عنه عن عثمان بن عيسى عن سماعة عن أبي بصير «في قول الله ﴿فَوَأْتَنفَكَّتْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ قلت كيف أفهم قال تأمرهم بما أمر الله و تنهاهم عما نهاهم الله فإن أطاعوك كنت قد وقبتهم وإن عصوك كنت قد قضيت ما عليك».

ولی حق آن است که در اینجا چون مراتب دیگر امر به معروف و نهی از منکر همچون کتک زدن و ... در اکثر موارد، تالی فاسد دارد و گاهی حتی منکر بیشتری هم ایجاد می‌کند، از این رو، آیه شریفه ساده‌ترین و عملی‌ترین راه را که هیچ تالی فاسدی هم به دنبال نداشته باشد بیان کرده که همان ارشاد و موعظه است؛ البته از ظاهر آیه شریفه به ضمیمه روایات مفسر، می‌توان استفاده کرد که در تکلیف عام امر به معروف و نهی از منکر، بعضی از افراد برای انسان نسبت به بعضی دیگر اولویت دارند؛ چون انسان نمی‌تواند تمام وقت خود را برای تمام مردم صرف کند؛ از این رو، عیال و نزدیکان، در درجه اول اهمیت هستند؛ همان طور که پیامبر ﷺ هم اول مأمور به انداز خویشان خود بود.^۱

وجه چهارم: علم به مبغوضیت تحقق برخی معاصی مانند زنا

وجه چهارم^۲ برای مستند مرحوم سید در لزوم مباشرت قبل از چهار ماه، وجه دیگری از مرحوم آقای خوئی است. ایشان فرموده است:

«یمكن إثبات وجوب موافقتها قبل أربعة أشهر بما تقدم متاغير مرة من أنَّ حرمة الفعل إذا كانت مشددة، بحيث علم كراهية وقوعه للشارع على كل تقدير حتى ولو من القاصرين كالزنا والقتل بل وشرب الخمر أيضا وجب على المكلفين سد طريق تحققه في الخارج والمنع من وقوعه بأي طريق كان.

و من هنا يجب على الزوج موافقة زوجته الشبهة، فيما دون الأربعة أشهر، حفظا لها من الوقوع في الحرام، وسدا لبابه إذا انحصر الطريق بها، وإلا فله أن يمنعها بكل وسيلة ممكنة، ولا أقل في المقام من الاحتياط اللازم.»^۳

وجه چهارم که مبتنی بر «جلوگیری از مبغوض شارع» است، اوسع از وجه سوم

۱. در حقیقت، وجه سوم در نظر استاد ﷺ از مصادیق وجه دوم (وجوب نهی از منکر) است.

۲. این وجه شامل فرض اول نیست؛ زیرا گناهی صورت نگرفته است؛ اما شامل فرض سوم و چهارم هست؛ چنان‌که استاد ﷺ در سطور بعدی متذکر شده است.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۲-۱۲۳.

است، و معصیت شأنی را هم شامل می‌شود؛ زیرا حتی اگر در اثر اضطراب، اجبار یا عشق سلب‌کننده اختیار، زوجه بخواهد مبعوض شارع را مرتکب شود، شوهر وظیفه دارد جلوگیری کرده و نگذارد مبعوض شارع محقق شود.

اشکال اول: عدم فرق بین خانواده و دیگران

اما این وجه نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اگر این وجه پذیرفته شود، بین عیال و افراد خارج از خانواده و حتی بین مختار و غیر مختار فرقی نیست؛ در حالی که مرحوم آقای خوئی بین زوجه و غیر آن فرق گذاشته است. به علاوه، این وجه، نظر سید را که مختص به زوجه است تأمین نمی‌کند.

اشکال دوم: دلالت سیره منتشره بر عدم وجوب رفع مقتضی منکر

به علاوه، ایجاد مقتضی برای معروف و یا رفع مقتضی منکر واجب نیست، و به همین دلیل، بر هیچ زنی واجب نیست که با جوان مجردی که بدون نکاح به گناه می‌افتد، نکاح کند. همچنین بر هیچ مردی واجب نیست که با زنی که بدون نکاح به گناه می‌افتد ازدواج کند. فقها از جمله خود مرحوم آقای خوئی^۱ نیز در چنین فرضی، ازدواج را واجب نمی‌دانند. سیره نیز وجوب چنین ازدواجی را نفی می‌کند؛ حال آنکه طبق وجه چهارم، چنین ازدواجی لازم است و فرقی هم بین عیال و غیر آن از این جهت نیست.^۲

وجه پنجم (مختار): ادله نفی حرج و ضرر

وجه پنجم^۳ که مختار ما در مستند مرحوم سید نسبت به لزوم مباشرت یا طلاق

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۱-۱۲۲.

۲. اشکال سومی که مطرح است این است که این وجه، اخص از مدعا است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد که مجرد تحقق هر گناه شهوانی، مانند قتل نفس و زنا باشد و گفته شود که صدور آن حتی از غیر مکلفین نیز مبعوض شارع باشد.

۳. این وجه شامل همه فروض، حتی فرض اول است، زیرا مرد حق ندارد کاری کند که زن در تأمین نیازهای جنسی خود به حرج یا ضرر بیفتد؛ اگرچه معصیت نکند.

در مقام نیز هست، تمسک به ادله نفی حرج و ضرر است. این وجه مبتنی بر دو مقدمه است.

مقدمه اول: عدم مانع از التزام به وجوب مباشرت یا طلاق

مقدمه اول این است که در روایات، مانعی از التزام به وجوب مباشرت یا طلاق در مقام وجود ندارد؛ یعنی چهار ماهی که در روایت آمده است، مفهوم ندارد؛ چون موضوع آن در مورد شخص مصیبت زده ای است که قصد اضرار به زن هم نداشته است؛ ولی چون این مشکل را داشت، حضرت فرمودند که حداکثر تأخیر مجاز در مباشرت، چهار ماه است؛ ولی استفاده نمی شود که همه افراد می توانند تا چهار ماه، بدون هیچ دلیل موجهی موافقه را به تأخیر بیندازند و در کلمات قوم نیز این مسئله مطرح نشده است.

شارع در جعل قانون، مصالح و مفاسد را در کنار هم لحاظ می کند؛ از سویی حیثیت مرد و وارد شدن مصیبت به او را و از سویی دیگر، نیاز زن را لحاظ کرده و در نتیجه فرموده است که در فرض سؤال، مرد حداکثر تا چهار ماه می تواند موافقه را به تأخیر بیندازد؛ ولی از این استفاده نمی شود که تأخیر بدون دلیل که موجب اضرار است، مجاز باشد. بله، اگر شوهر خودش متضرر می شود یا برایش مباشرت، حرجی است به جهت منع از حرج یا ضرر زن وظیفه ای ندارد؛ زیرا لاضرر و لاحرج شامل تعارض ضررین و تعارض حرجین نیست.

مقدمه دوم: وجود مقتضی برای لزوم مباشرت

مقدمه دوم، وجود مقتضی برای لزوم مباشرت یا طلاق در مقام است؛ زیرا از ادله لاضرر و لاحرج استفاده می شود که تأخیر در مباشرت جایز نیست؛ البته معصیت دیگران - غیر از زوجه - و متضرر شدن آنها، مستند به مرد نیست؛ اما مردی که زوجه را حبس کرده و طلاق هم نمی دهد تا از جای دیگر تأمین شود، این تضرر زوجه مستند به شوهر است و چهار ماه مذکور در شریعت، فقط از باب ملاحظه ضرر نوعی است و منافاتی ندارد که در موارد ضرر یا حرج شخصی، شارع این مقدار را کاهش دهد. شارع در مورد کسوه و نفقه زن، میزان متعارف برای هر زن را ملاک قرار داده است و اجازه نداده زن به حرج شخصی بیفتد؛ حال که رفع حرج شخصی زن

باید لحاظ شود، می‌توان گفت که در حکم به لزوم مواقعه نیز لازم نیست زن به زنا و معصیت بیفتد تا وظیفه مرد مباشرت باشد؛ بلکه مجزّد حرجی بودن صبر برای زن، موجب لزوم مباشرت بر مرد است؛ البته مرحوم سید در خصوص به معصیت افتادن زن چنین احتیاطی کرده است؛ ولی حق آن است که مجزّد حرجی بودن صبر، برای چنین حکمی کافی است.

ممکن است گفته شود که با لحاظ ادله ایلاء، روشن می‌شود که شارع زودتر از چهار ماه، مباشرت را لازم ندانسته است.

اما در پاسخ می‌توان گفت که ادله ایلاء، منافاتی با مطلب فوق ندارد؛ زیرا ممکن است شارع احترام قسم را ملاحظه کرده که قسم کالعدم محسوب نشود، نه اینکه شارع، مباشرت زودتر از چهار ماه را در فرض تضرّر زن لازم ندانسته است؛ البته چون فتوایی در این فرض وجود دارد، بنابراین احوط وجوبی مباشرت قبل از چهار ماه واجب است.

وجه ششم: آیه «لَا تُضَارَّ الْوَلَدُ بِوَلَدِهَا...» با لحاظ صحیحه ابوالصبح و حلبی

وجه ششم، آیه شریفه «لَا تُضَارَّ الْوَلَدُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» است؛ زیرا طبق روایت ابوالصبح و حلبی، مراد از نهی از «مضاره»، نهی از «ترک جماع» است. این دو روایت در ادامه می‌آید.

صحیحه ابوالصبح کنانی

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعیل والحسین بن سعید جمیعاً عن محمد بن الفضیل^۱ عن أبي الصَّبَّاحِ الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن قول الله ﷻ «لَا تُضَارَّ الْوَلَدُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» فقال

كانت المراضع مما يدفع إحداهن الرجل إذا أراد الجماع تقول

۱. البقرة، ۲۳۳.

۲. محمد بن فضیل در این سند، «محمد بن فضیل بن كثير الصيرفي الأزدي أبو جعفر الأزرق» است که طبق مختار استاد امامی ثقه است. بحث تفصیلی درباره محمد بن فضیل و تمییز مشترکات مربوط به آن، در مباحث حرمت ابدی در زنا یا بعد عقد و قبل دخول، خواهد آمد. همچنین، رک: کتاب حج (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، محرمات احرام، تظلیل: کتاب نکاح، احکام اولاد، الحاق ولد. در هر حال، با فرض عدم اعتبار روایت ابوالصبح، روایت حلبی قطعاً معتبر است.

لا أدعك إني أخاف أن أحبل فأقتل ولدي هذا الذي أرضعه وكان
الرجل تدعوه المرأة فيقول أخاف أن أجامعك فأقتل ولدي فيدعها
ولا يجامعها فنهى الله ﷺ عن ذلك أن يضارَ الرجل المرأة والمرأة
الرجل»^۱

صحيحه حلبی

علي عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
«الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحق بولدها إن
ترضعه بما قبله امرأة أخرى إن الله ﷻ يقول ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ
لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ قال كانت المرأة متا ترفع يدها إلى
زوجها إذا أراد مجامعتها فتقول لا أدعك لأني أخاف أن أحمل على
ولدي ويقول الرجل لا أجامعك إني أخاف أن تعلقني فأقتل ولدي
فنهى الله ﷻ أن تضارَ المرأة الرجل وأن يضارَ الرجل المرأة وأما قوله
﴿وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فإنه نهى أن يضارَ بالصبي أو يضارَ أمه في
رضاعه وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين ﴿إِنْ أَرَادَا
فَصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا﴾ قبل ذلك كان حسنا والفصال هو الفطام»^۲

در این دو روایت شریف، با وجود جهتی که ممکن است عذر تلقی گردد
(مراعات فرزند شیرخوار)، از ترک نکاح و مضارّه مرد نسبت به زن و بالعکس نهی
شده و جهت فوق عذر شمرده نشده است؛ به طریق اولی در جایی که اصلاً عذری
وجود نداشته باشد، این کار محرم است. این آیه شریفه هم صغرای اضرار را ثابت
کرده و در نتیجه به عمومات لاضرر می توان تمسک کرد و هم خود، دلیل مستقلى
بر حرمت مضارّه با ترک مباشرت است.

۱. الکافی، ج ۶، ص ۴۱، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۵۷، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۵۷، ذیل ح ۱.



بررسی وجوب قضای مباشرت ترک شده

مسألة ۹: «إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة الأشهر لمانع، من حيض أو نحوه أو عسيانا، لا يجب عليه القضاء...»^۱
در باره صدر این مسئله، دو مطلب بررسی خواهد شد.

مطلب اول: تنقیح محلّ کلام

مطلب اول این است که اگر زوج به جهتی چهار ماه مباشرت را ترک کرد، اگر خلاف شرع هم در این تأخیر مرتکب شده باشد، این خلاف شرع، منشأ سقوط وجوب مباشرت نمی‌گردد؛ بلکه «فوراً ففوراً» باید این کار انجام شود. محلّ کلام در این مسئله این است که آیا غیر از امر ادایی فوری به مباشرت، امر قضایی (فوری یا غیرفوری) هم وجود دارد؟

مطلب دوم: عدم وجوب قضا به دلیل موقت نبودن لزوم مباشرت

مطلب دوم این است که مرحوم ستید فرموده: «لا يجب عليه القضاء»؛ اما عبارت مصنف در اینجا موهم این معنا است که صغرای قضا در مقام وجود دارد؛ ولی چون دلیل عام کبروی بر لزوم قضا نداریم، قضا واجب نیست؛ شبیه این مطلب را علما در بسیاری از مسائل مطرح می‌کنند که قضا به امر جدید است و نیاز به دلیل جداگانه دارد؛ دلیل عام «اقض ما فات كما فات» هم ثابت نیست؟ پس با توجه

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱.

۲. الکافی، ج ۳، ص ۴۳۵، ح ۷: علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد عن حريز عن زرارة قال: «قلت له رجل فاته صلاة من صلاة السفر فذكرها في الحضر قال يقضي ما فاته كما فاته إن كانت صلاة السفر أذاها في الحضر مثلها وإن كانت صلاة الحضر فليقض في السفر صلاة الحضر كما فاتته»؛ وسائل

به اصالة البرائة، حکم به عدم لزوم قضا می‌گردد. عبارت مصنف در مقام هم موهم همین معنا است.

ولی بنابر تحقیق، در واجبات فوری که «فوراً ففوراً» لازم الاتیان است، اگر به فوریت عمل نشد، دستور قضایی وجود ندارد و این‌گونه نیست که اگر در آن اول، ترک شود، یک امر «اقض» می‌آید و در آن دوم، امر دوم به وجوب قضا و همین‌طور اوامر عدیده غیر متناهی به قضا ثابت می‌گردد. در واجبات فوری، فقط یک امر وجود دارد و همانند واجبات موقت و زمان‌دار نیست که در آن، موضوع قضا وجود دارد، و ممکن است حکم وجوب قضا نباشد؛ در واجبات فوری، قضا موضوع ندارد. ممکن است «لا یجب علیه القضاء» در کلام سید را نیز به سالبه به انتفاء موضوع حمل کنیم؛ بنابراین، موضوعی برای قضا وجود ندارد، نه اینکه با فرض وجود موضوع، حکم آن ثابت نباشد.

اگر اشکال شود که مباشرت، واجب موقت است و زمان آن چهار ماه تعیین شده و با ترک مباشرت در این مدت، قهراً قضا موضوع پیدا می‌کند، پاسخش این است که دلیلی وجود ندارد که قبل از چهار ماه، تکلیفی متوجه مرد باشد؛ بلکه در روایت آمده که پس از چهار ماه، مرد معصیت کار می‌گردد؛ پس حق زن، همانند دین مؤجل است که هرچند اگر قبل از رسیدن اجل پرداخت شود، ذمه شخص، فارغ می‌گردد، ولی قبل از رسیدن اجل، پرداخت دین بر مدیون واجب نشده و دائن حقی در این زمینه ندارد.

بررسی لزوم ارضای زوجه در فرض ترک مباشرت چهار ماه یک بار

مسألة ۹: «... نعم، الأحوط إرضاءها بوجه من الوجوه؛ لأنّ الظاهر أنّ ذلك حقّ لها عليه وقد فوّته عليها...»^۱

جهت اثبات لزوم ارضای زوجه نسبت به حقّ تضييع شده او، ممکن است به «روایت کراجکی» تمسک شود. شاید وجه احتیاط مرحوم سید و فتواندان ایشان این باشد که این روایت با اشکال سندی یا دلالتی مواجه است؛^۲ از این رو، سند و دلالت این روایت و ادلّه دیگر در ادامه بررسی خواهد شد.

ادلّه لزوم ارضای صاحب حق

دلیل اول: روایت کنز الفوائد کراجکی

محمّد بن علیّ الکراجکیّ فی کُنْزِ الْفَوَائِدِ عن الحسين بن محمد بن عليّ الصّيرفي عن محمد بن عليّ الجعابيّ عن القاسم بن محمد بن جعفر العلويّ عن أبيه عن آبائه عن عليّ عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

«للمسلم على أخيه ثلاثون حقّاً لا براءة له منها إلّا بالأداء أو العفو يغفر زلّته و يرحم عبرته و يستر عورته و يقبل عشرته و يقبل معذرتة و يردّ غيبته و يديم نصيحته و يحفظ خلّته و يرعى ذمّته و يعود

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۱.

۲. احتمال دیگر در وجه احتیاط مرحوم سید - چنان که استاد رحمته الله در ادامه فرموده است - این است که ارتکاز قوی عقلاً در حقوقی از مردم که قابل تدارک نیست بر استحلال است و با وجود چنین ارتکازی، نمی توان لزوم استحلال را نادیده گرفت. اظهر این است که وجه احتیاط مرحوم سید همین امر است؛ زیرا روایت کراجکی با وجود ضعف سند (بدون جابر) و ضعف دلالت، نمی تواند وجه احتیاط ایشان باشد؛ بله، به عنوان مؤید، قابل مطرح شدن است.

مرضته و يشهد ميتته و يجيب دعوته و يقبل هديته و يكافئ صلته
و يشكر نعمته و يحسن نصرته و يحفظ حليلته و يقضي حاجته و
يشفع مسألته و يستم عطفه و يرشد ضالته و يرز سلامه و يطيب
كلامه و يبز انعامه و يصدق أقسامه و يوالي وليه (و لا يعاد) و ينصره
ظالما و مظلوما فأما نصرته ظالما فيرده عن ظلمه و أما نصرته مظلوما
فيعينه على أخذ حقه و لا يسلمه و لا يخذله و يحب له من الخير ما
يحب لنفسه و يكره له من الشر ما يكره لنفسه ثم قال ﷺ سمعت
رسول الله ﷺ يقول إنا أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئا فيطالبه به
يوم القيامة فيقضى له و عليه.^۱

بررسی سندی

بسیاری از راویان این روایت، یا ضعیف هستند و یا مجهول. همچنین، به احتمال
قوی سقطی در سند روایت صورت گرفته است. در این سند، «حسین بن محمد
صیرفی»، «محمد بن علی جعابی» و «قاسم بن محمد بن جعفر علوی» واقع
شده‌اند که بررسی می‌شوند.

قدح «حسین بن محمد» در کتب عامه با وجود عناد با شیعه

نام «حسین بن محمد صیرفی» در کتب تراجم و رجال، وجود ندارد؛ ولی در کتب
عامه، از جمله تاریخ بغداد خطیب بغدادی^۲، الأنساب سمعانی^۳، اللباب ابن
اثیر^۴، میزان الاعتدال ذهبی^۵، و لسان المیزان ابن حجر^۶، این شخص مطرح شده
است. هیچ‌یک از این منابع، اشاره به تشیع او نکرده‌اند؛ ولی همگی گفته‌اند که
وی، جعّال و ضّاع بوده و قابل اعتماد نیست؛ البته شاید مدرک اصلی همه آنها،

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۲، ص ۲۱۲، ح ۲۴؛ کنز الفوائد، ج ۱، ص ۳۰۶.

۲. تاریخ بغداد، ج ۸، ص ۱۰۷، ش ۴۲۲۳.

۳. الأنساب (سمعانی)، ج ۲، ص ۲۰۸-۲۰۹.

۴. اللباب فی تهذیب الأنساب، ج ۱، ص ۱۴۷.

۵. میزان الاعتدال، ج ۱، ص ۵۴۷، رقم ۲۰۴۹.

۶. لسان المیزان، ج ۳، ص ۲۰۶، رقم ۲۶۰۲.

قول خطیب در تاریخ بغداد بوده که با اشاره به ضعف و جعّال بودن او، تاریخ فوتش را سال ۴۲۳ ذکر کرده و گفته که وی گوشش بسیار سنگین و در واقع ناشنوا بود.^۱ اگر او شیعه بود، این نسبت‌ها درباره‌ی وی هیچ اعتباری نداشت؛ زیرا به نظر شرح حال‌نگاران و رجالیان عاقله، شیعه بودن یک راوی و به اصطلاح آنان، رافضی بودن، مجوّزی کافی برای نسبت ضعف و جعل دادن به شمار می‌رود.^۲ اما با توجه به اینکه هیچ‌یک از منابع عاقله، به شیعه بودن او اشاره نکرده‌اند، و در کتب تراجم شیعه هم عنوان نشده، چنین فرضی درباره‌ی او منتفی است. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که او یک راوی عامی است که خود عاقله هم وی را قبول ندارند و به ضعف و جعّال بودن او تصریح کرده‌اند.

با مراجعه به خود کتاب کنز الفوائد می‌بینیم که احادیث متعددی از وی نقل شده و در یکی از آنها به عامی بودن وی، آن هم از نوع معاند آن، تصریح شده است:

«حَدَّثَنِي الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَلِيٍّ الصِّرَفِيُّ الْبَغْدَادِيُّ وَكَانَ مُشْتَهَرًا بِالْعِنَادِ لِأَلِّ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالمُخَالَفَةِ لَهُمْ قَالَ حَدَّثَنَا الْقَاضِي

۱. تاریخ بغداد، ج ۸، ص ۱۰۷-۱۰۸.

۲. طبق نظر رجالیان عاقله، اگر شخصی شیعه باشد و صحابه را مذمت کند، قطعاً ضعیف محسوب می‌شود؛ اما مجزّد شیعه بودن، دست‌کم در نزد همه عاقله موجب خدشه در وثاقت نمی‌شود. عبارتی از ذهبی در میزان الاعتدال (ج ۱، ص ۵) تصریح به همین مطلب دارد. او در ترجمه «ابان بن تغلب» چنین گفته است: «أَبَانُ بْنُ تَغْلِبٍ الْكُوفِيُّ شَيْعِيٌّ جَلَدٌ، لَكِنَّهُ صَدُوقٌ، فَلَمَّا صَدَقَ وَ عَلَيْهِ بَدْعَتُهُ. وَ قَدْ وَثَّقَهُ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَ ابْنُ عَمِيرٍ، وَ أَبُو حَاتِمٍ، وَ أَوْرَدَهُ ابْنُ عَدِيٍّ، وَ قَالَ: كَانَ غَالِيَا فِي التَّشْيِيعِ. وَ قَالَ السَّعْدِيُّ: زَانِعٌ مُجَاهِرٌ. فَلَقْنَا أَنْ يَقُولَ: كَيْفَ سَاغَ تَوْثِيقُ مُبْتَدِعٍ وَحْدَ الثَّقَةِ الْعَدَالَةِ وَ الْإِتْقَانِ؟ فَكَيْفَ يَكُونُ عَدْلًا مِنْ هُوَ صَاحِبُ بَدْعَةٍ؟ وَ جَوَابُهُ أَنَّ الْبَدْعَةَ عَلَى ضَرَبَيْنِ: فَبَدْعَةُ صَغْرَى كَغُلُو التَّشْيِيعِ، أَوْ كَالْتَشْيِيعِ بِلَا غُلُوٍّ وَ لَا تَحَرُّفٍ، فَهَذَا كَثِيرٌ فِي التَّابِعِينَ وَ تَابِعِيهِمْ مَعَ الدِّينِ وَ الْوَرَعِ وَ الصَّدَقِ. فَلَوْ رَدَّ حَدِيثَ هَؤُلَاءِ لَذَهَبَ جُمْلَةٌ مِنَ الْأَثَارِ النَّبَوِيَّةِ، وَ هَذِهِ مَفْسَدَةٌ بَيِّنَةٌ.» همچنین ذهبی در سیر أعلام النبلاء (ج ۶، ص ۳۰۸) گفته است: «أَبَانُ بْنُ تَغْلِبٍ الزُّبَيْعِيُّ الْكُوفِيُّ ... وَ هُوَ صَدُوقٌ فِي نَفْسِهِ، عَالِمٌ كَبِيرٌ، وَ بَدْعَتُهُ خَفِيفَةٌ، لَا يَتَعَرَّضُ لِلْكَبَارَةِ.» نیز در ترجمه جعفر بن زیاد (سیر أعلام النبلاء، ج ۱، ص ۴۰۷) گفته است: «جعفر بن زیاد الأحمر الكوفي ... وَ قَالَ أَبُو دَاوُدَ: صَدُوقٌ شَيْعِيٌّ.»

جرجانی نیز در الکامل فی ضعفاء الرجال (ج ۴، ص ۱۳۶) در ترجمه ابوالجارود چنین گفته است: «و یحیی بن معین إنما نكلم فيه و ضعفه، لأنه يروي أحاديث في فضائل أهل البيت و يروي ثلب غيرهم و يفرط فلذلك ضعفه.»

أبو بكر محمد بن عمر بن محمد التميمي المعروف بالجعابي سنة
ثلاثمائة وخمسين.^۱

محمد بن علی جعابی

درباره محمد بن علی جعابی نیز دو مطلب قابل ذکر است.

مطلب اول: تصحیف «محمد بن عمر جعابی» به «محمد بن علی جعابی»

عنوان «محمد بن علی جعابی»، نه در کتب تراجم خاصه و نه در منابع عامه یافت نشد. نام حافظ جعابی معروف، «محمد بن عمر جعابی» است اما تصحیف «عمر» به «علی» غیر متعارف است؛ زیرا نه در معنا و نه در کتابت، تشابهی میان این دو وجود ندارد. اگر نام وی محمد بن عثمان درج شده بود، امکان تصحیف عمر به عثمان قابل طرح بود؛ زیرا تشابه معنوی و کتابتی میان آن دو وجود دارد؛ ولی درباره نام «علی» احتمال تصحیف ضعیف است.

اما صاحب کنز الفوائد^۱ کنیه او را «ابوبکر» آورده است. ابوبکر جعابی، همان ابن جعابی معروف است. در سایر موارد در کنز الفوائد نیز که «حسین بن محمد صیرفی» از ابن جعابی معروف روایت می‌کند، نام وی «محمد بن عمر» است؛ لذا می‌توان چنین گفت: تصحیف «عمر» به «علی» هرچند به شیوع تصحیف «عمر» به «عثمان» نیست، ولی به هر حال، گاه عمر به علی نیز تصحیف شده است و می‌توان این دو اسم را به گونه‌ای نوشت که مشابه هم باشند.^۲

مطلب دوم: عدم قدح ابن جعابی در میان عامه با وجود تمایل او به شیعه

عامه درباره ابن جعابی گفته‌اند: «و مذهب فی التشیع معروف.»^۳ شیخ طوسی^۴ و

۱. کنز الفوائد، ج ۱، ص ۳۳۲.

۲. کنز الفوائد، ج ۱، ص ۳۳۲.

۳. یعنی با اینکه مشابَهت در معنا بین این دو واژه وجود ندارد و در کتابت نیز تشابهی به صورت متعارف وجود ندارد، ولی امکان نوشتن «عمر» به صورت «علی» وجود دارد؛ بنابراین، گاهی چنین تصحیفی رخ می‌دهد.

۴. تاریخ بغداد، ج ۳، ص ۲۳۷.

۵. فهرست الطوسی، ص ۳۲۵، رقم ۵۰۶؛ و ص ۴۲۴، رقم ۶۵۶؛ رجال الطوسی، ص ۴۴۵، رقم ۶۳۲۹ - ۷۹.

نجاشی^۱ نیز او را در کتاب‌های فهرست خود که فهرست مصنفین از «أصحابنا» است ذکر کرده‌اند. وی از حافظان معتبر و مورد اعتنای امامیه و عاقه بوده و با وجود گرایش شیعی او، عاقه او را ستوده و قدحی درباره او نکرده‌اند که معلوم می‌شود اندک نقطه ضعفی هم نداشته وگرنه رجال نویسان عاقه او را با عنایت به گرایشش شدیداً قدح می‌کرده‌اند؛ پس روایت از ناحیه ابن جعابی مشکلی ندارد.^۲

تعیین مصداق قاسم بن محمد بن جعفر علوی

اما قاسم بن محمد بن جعفر علوی کیست؟

محتمل اول: فرزند محمد دیباج

در مورد وی ممکن است گفته شود قاسم فرزند محمد دیباج^۳ است که دیباج، فرزند امام صادق علیه السلام است که نسخه‌ای داشته و در آن، از پدرش و او از پدرانش حدیث نقل کرده است. محتمل است مراد از قاسم، فرزند او باشد که در کتب انساب، نام وی با تعبیر «القاسم الشبیه» نیز مطرح شده است^۴؛ ولی در کتب رجالی امامیه، نام او نیامده و هیچ توثیقی از او دیده نمی‌شود. خود محمد دیباج نیز، نه تنها توثیق نشده، بلکه جرح هم شده است؛ زیرا وی دعوی امامت و خلافت می‌کرده^۵ و در قدح او مطالبی نقل شده است^۶؛ از جمله اینکه به هارون گفته بود ما تاکنون ندیده

۱. رجال النجاشی، ص ۳۹۴، رقم ۱۰۵۵.

۲. ممکن است حتی گفته شود او امامی است؛ زیرا شیخ طوسی تعبیر ثقة درباره او به کار برده است (فهرست الطوسی، ص ۳۲۵، رقم ۵۰۶: «عمر بن محمّد بن سالم بن البراء یکنی أبا بکر المعروف بابن الجعابی ثقة») و نجاشی نیز او را از اجلای اهل علم دانسته (رجال النجاشی، ص ۳۹۴، رقم ۱۰۵۵: «کان من حفاظ الحديث و أجلاء أهل العلم»)، و بعید است نجاشی درباره کسی که از عاقه باشد چنین تعبیر کند.

۳. رجال النجاشی، ص ۳۶۷، رقم ۹۹۳؛ رجال الطوسی، ص ۲۷۵، رقم ۴.

۴. عمدة الطالب فی نسب آل أبي طالب علیه السلام، ص ۲۲۶؛ تبصیر المنتبه بتحریر المشتبه، ج ۲، ص ۷۷۴.

۵. تاریخ بغداد، ج ۲، ص ۱۱۲-۱۱۳؛ مقاتل الطالبیین، ص ۴۴۰.

۶. برای نمونه:

عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۱، ص ۴۵، ح ۴: ... عن عبد العظیم بن عبد الله الحسنی عن علي بن الحسن بن زید بن الحسن بن علي بن أبي طالب علیه السلام قال حدّثني عبد الله بن محمّد بن جعفر بن محمّد

بودیم که دو خلیفه حاکم باشند؛ ولی اکنون دو خلیفه وجود دارد؛ یکی تو و دیگری موسی بن جعفر علیه السلام؛ به هر حال، هیچ یک از پدر و پسر توثیق نشده‌اند. علاوه بر این، اگر مراد از قاسم، فرزند دیباج باشد، احتمال جدی سقط در سند وجود دارد؛ زیرا چنان‌که بیان شد، سال فوت حسین بن محمد صیرفی (ابن

عن ابیه عن جدّه: «أن محمّد بن علی الباقر علیه السلام جمع ولده و فیهم عثمّ زید بن علی علیه السلام ثمّ أخرج إلیهم کتاباً بخطّ علی علیه السلام و إملاء رسول الله صلی الله علیه و آله مکتوب فی هذا کتاب من الله العزیز الحکیم حدیث اللّوح إلی الموضع الذی یقول فیهِ «وَأُولَئِکَ هُمُ الْمُتَّقُونَ» ثمّ قال فی آخره قال عبد العظیم العجب کل العجب لمحمّد بن جعفر و خروجه و قد سمع أباه علیه السلام یقول هذا و یحکیه ثمّ قال هذا سرّ الله و دینه و دین ملائکته فسنه إلّا عن أهله و أولیائه.»

رک: عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۲۰۴، ح ۱؛ و ص ۲۰۷، ح ۸؛ کشف الغمّة، ج ۲، ص ۲۵۲.

۱. عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۱، ص ۷۲، ح ۲: حدّثنا الحسین بن ابراهیم بن أحمد بن هشام المؤدّب علیه السلام قال حدّثنا علی بن ابراهیم بن هاشم عن محمّد بن عیسی بن عبید عن موسی بن القاسم البجلی عن علی بن جعفر قال: «جاءني محمّد بن اسماعیل بن جعفر بن محمّد و ذکر لي أنّ محمّد بن جعفر دخل علی هارون الرشید فسلمّ علیه بالخلافة ثمّ قال له ما ظننت أنّ فی الأرض خلیفتین حتّی رأیت أخي موسی بن جعفر علیه السلام یسلمّ علیه بالخلافة و کان ممّن سعی بموسی بن جعفر علیه السلام یعقوب بن داود و کان یری رأي الزیديّة.»

البته نقل فوق از محمد بن اسماعیل بن جعفر الصادق علیه السلام است که وجود او در سند، موجب ضعف آن است؛ خصوصاً که مشابه همین قدح در مورد خود او در کافی (ج ۱، ص ۴۸۵، ح ۸) نقل شده است؛ علی بن ابراهیم عن محمّد بن عیسی عن موسی بن القاسم البجلی عن علی بن جعفر قال: «جاءني محمّد بن اسماعیل و قد اعتمرنا عمره رجب و نحن یومئذ بمکّة فقال یا عمّ ائنی أرید بغداد و قد أحببت أن أودع عمتی أبا الحسن یعنی موسی بن جعفر علیه السلام و أحببت أن تذهب معی إلیه فخرجت معه نحو أخي و هو فی داره التّی بالحویة ... فقلّلت جعلت فداک إذا کنت تخاف منه مثل الذی ذکرّت فلم تعینه علی نفسک فقال إذا وصلته و قطعنی قطع الله أجله ثمّ تناول مخدّة آدم فیها ثلاثة آلاف درهم و وضح و قال أعطه هذه أيضاً قال فخرجت إلیه فأعطیته المائة الأولى ففرح بها فرحاً شدیداً و دعا لعمّه ثمّ أعطیته الثّانیة و الثّالثة ففرح بها حتّی ظننت أنّه سیرجع و لا یخرج ثمّ أعطیته الثّلاثة آلاف درهم فمضی علی وجهه حتّی دخل علی هارون فسلمّ علیه بالخلافة و قال ما ظننت أنّ فی الأرض خلیفتین حتّی رأیت عمتی موسی بن جعفر یسلمّ علیه بالخلافة فأرسل هارون إلیه بمائة ألف درهم فرواه الله بالذبّحة فما نظر منها إلی درهم و لا منه.» در رجال کشی (ص ۲۶۳-۲۶۵، رقم ۴۷۸) نیز مشابه همین نقل در مورد او آمده است. علاوه بر اینکه در رجال کشی تعبیر صریحی در قدح «محمّد بن اسماعیل» و برادرش «علی بن اسماعیل» وارد شده است (رجال الکشی، ص ۲۶۵). و روی موسی بن القاسم البجلی: عن علی بن جعفر قال سمعت أخي موسی علیه السلام قال: «قال أبی لعبد الله أخي، إلیک ابني أخیک فقد ملاّنی بالسفّه فأنهما شرک شیطان؛ یعنی محمّد بن اسماعیل بن جعفر و علی بن اسماعیل بن جعفر و کان عبد الله أخاه لأبیّه و أمّه.»

البرزی)، ۴۲۳، و سال فوت^۱ محمد دیباج حدود ۲۰۳ است؛ از این رو، میان فوت آن دو، دست کم دویست سال فاصله بوده و بسیار بعید است که وسائط میان آن دو، تنها دو نفر - یعنی ابن جعابی و قاسم - باشند؛ همچنان که مثلاً، واسطه های میان حضرت صادق علیه السلام^۲ و ابن قولویه که دویست و بیست سال پس از وفات آن حضرت فوت کرده^۳، همواره بیش از دو نفر است؛ بنابراین، طبق این احتمال که قاسم فرزند دیباج باشد، به نظر می رسد که در این سند سقطی صورت گرفته است.

محتمل دوم (مختار): فرزند محمد بن جعفر المَلِک

ولی صحیح آن است که قاسم در این نقل، فرزند محمد دیباج نیست؛ بلکه نسب کامل وی، «أبو محمد القاسم بن محمد بن جعفر الملک^۴ بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر الأطراف بن علي بن أبي طالب» است. برخی قاسم را فرزند «جعفر ملک» دانسته اند. در تاریخ بغداد هم وی را به همین عنوان ترجمه کرده است؛ ولی گفته که ابوبکر جعابی از او به عنوان «قاسم بن محمد بن جعفر» یاد می کند^۵ که

۱. تاریخ جرجان، ص ۳۶۰؛ الوافی بالوفیات، ج ۲، ص ۲۹۱.

۲. وفات امام صادق علیه السلام، سال ۱۲۸ هجری قمری است (الکافی، ج ۱، ص ۴۷۲؛ «و مضی فی سؤال من سنة ثمان و أربعين و مائة»).

۳. رجال النجاشی، ص ۴۱۸، رقم ۶۰۳۸.

۴. جعفر ملک، از سادات معروفی است که اولاد بسیار زیاد داشته و شاید در کثرت اولاد بی نظیر باشد. وی دو فرزند به نام محمد داشته است؛ محمد اکبر و محمد اصغر؛ و نیز فرزندی به نام قاسم. جعفر ملک به همراه ۱۳ پسر خود، از حجاز فرار کرده و به ملتان هند رفته است. در آنجا به قدرت رسیده و جمعی به وی گرویده و او حکومت یافته و از این رو، به عنوان جعفر ملک مشهور شده است (عمدة الطالب فی نسب آل أبي طالب علیهم السلام، ص ۳۳۵).

۵. توضیح بیشتر: خطیب بغدادی در تاریخ بغداد (ج ۱۲، ص ۴۳۹، رقم ۶۹۱۶) گفته است: «القاسم بن جعفر بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر بن أبي طالب أبو محمد العلوي الحجازي قدم بغداد، و حدث بها عن أبيه عن جدّه عن أبيه نسخة، روی عنه أبي الجعابي و أبو حفص بن المقيم ... إلّا أنّ ابن الجعابي قال حدثنا القاسم بن محمد بن جعفر بن عبد الله ... وی سپس روایتی را از طریق او از پدرانش از حضرت علی بن ابی طالب علیه السلام نقل کرده است. نام «قاسم بن جعفر ملک» در کتب نسب، همچون الشجرة المباركة فی أنساب الطالبیة (ص ۲۱۴) و نام «محمد بن جعفر ملک» در المجدي فی أنساب الطالبیین (ص ۲۶۵)، الفخري فی أنساب الطالبیین (ص ۱۷۶)، و الشجرة المباركة فی أنساب الطالبیة (ص ۲۰۹) دیده می شود.

گویا این عنوان صحیح است و به علت اشتها جعفر ملک، گاه در نسب وی، اختصار روا می‌داشته‌اند و «محمد» را از عنوان وی ساقط می‌کرده‌اند؛ در هر حال، وثاقت قاسم و آباء او ثابت نشده است.

اشکال دلالی: عدم ظهور روایت در بیان حقوق الزامی

اما از نظر دلالت، این حدیث مشتمل بر برخی حقوقی است که صرفاً اخلاقی و مستحب هستند، یا ترک آنها کراهت دارد؛ از این رو، شامل مسائل حقوقی اعم از الزامی و غیر الزامی است؛ بنابراین، برای وجوب استحلال در مقام، نمی‌توان به این روایت استناد کرد. همچنین این احتمال که حدیث، به مواردی که امکان ادای حق وجود دارد، اختصاص داشته باشد، منتفی است؛ زیرا مواردی در حدیث وجود دارد که در آنها امکان ادای حق وجود ندارد؛ مانند غیبت.

با توجه به اشکالات دلالی و سندی، نمی‌توان به مضمون روایت کراجکی استدلال کرد و آن را مستند حکم وجوب استحلال قرار داد.

دلیل دوم (لزوم دفع ضرر محتمل) و بررسی آن

دلیل دوم تمسک به لزوم دفع ضرر محتمل است.

در حلیه الأولیاء (ج ۱، ص ۶۷؛ و ج ۳، ص ۱۹۱ و ۲۰۲) و العسل المصفی (ج ۲، ص ۲۰۸)، روایت «حافظ ابوبکر محمد بن عمر بن سلم جعابی» از «ابو محمد القاسم بن محمد بن جعفر بن محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر بن علی بن ابی طالب» از طریق آباء خود از حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام دیده می‌شود. همچنین نظیر آن در شواهد التنزیل (ج ۲، ص ۳۶۳، ح ۱۰۰۹) در سلسله سند واقع شده است. نجاشی، جذ قاسم، یعنی «محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر بن علی بن ابی طالب» را در رجال خود ترجمه کرده و راوی از وی را «محمد بن عمر جعابی» قرار داده است (رجال النجاشی، ص ۳۵۸، رقم ۹۶۲: «قال حدثنا أبو محمد القاسم بن جعفر عن أبيه عن محمد بن عبد الله بن محمد، عن جعفر بن محمد [علیه السلام] بكتابه.»). به گفته نجاشی همچنین روایات «عیسی بن عبدالله بن محمد بن عمر بن علی بن ابی طالب» از آبانش، توسط «ابوبکر محمد بن سالم جعابی» جمع آوری شده است (رجال النجاشی، ص ۲۹۵، رقم ۷۹۹: «عیسی بن عبد الله بن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب علیه السلام، له كتاب يرويه جماعة، أخبرنا أبو الحسن بن الجندی قال: حدثنا أبو علي بن همام قال: حدثنا محمد بن أحمد بن خاقان النهدي قال: حدثنا أبو سمينة، عن عیسی بكتابه، و قد جمع أبو بكر محمد بن سالم الجعابی روایات عیسی عن آبائه، أخبرنا محمد بن عثمان عنه.»).

تقریب استدلال: احتمال دخالت استحلال در رفع عقاب

مرحوم حکیم با اشکال در روایت فوق، به دلیلی دیگر در مسئله اشاره می‌کند. ایشان فرموده است: محتمل است که استحلال در رفع عقاب دخالت داشته باشد؛ از این رو، بر طبق قانون عقلی لزوم دفع ضرر محتمل، استحلال لازم خواهد بود.

اشکال: نفی احتمال عقاب با اطلاقات توبه

ولی ایشان این دلیل را رد می‌کند؛ زیرا اطلاقات روایات توبه، مانند «التائب من الذنب کمن لا ذنب له»^۱ این احتمال را نفی می‌کند؛ چون در این روایات، از شرایط توبه در حق الناس، لزوم استحلال از صاحب حق ذکر نشده، پس با اطلاق ادله، تأمین از عقاب حاصل شده و موضوعی برای دفع ضرر محتمل باقی نمانده است.^۲ ممکن است به اشکال فوق، دو پاسخ داده شود.

پاسخ اول: اختصاص اطلاقات توبه به فرض عصیان

اولاً، مسئله توبه در فرض عصیان است؛ اما موضوع بحث در مقام، اعم از ترک مباشرت با عذر و بدون عذر است.

پاسخ دوم: عدم رفع احتمال عقاب با اطلاقات توبه

ثانیاً، مسئله دفع ضرر محتمل از باب احتمال تکلیف منجز است، و در جایی که تکلیف منجز، محتمل باشد، اطلاقات - که قطع‌آور نیست - کفایت نمی‌کند؛ به

۱. الکافی، ج ۲، ص ۴۳۵، ح ۱۰: عنه (محمد بن یحیی) عن أحمد بن محمد عن علي بن التّعمان عن محمد بن سنان عن يوسف بن أبي يعقوب بناع الأرز عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال سمعته يقول: «التائب من الذنب کمن لا ذنب له و المقيم على الذنب و هو مستغفر منه کالمستهزئ».

عیون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۷۴، ح ۳۴۷: و بهذا الإسناد حدّثنا محمد بن أحمد بن الحسين بن يوسف البغدادي قال حدّثنا علي بن محمد بن عیینه قال حدّثنا دارم بن قبیصة قال حدّثنا علي بن موسى الرضا عليه السلام عن أبيه عن أبانه عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ: «التائب من الذنب کمن لا ذنب له».

این روایت به صورت مستفیضة در منابع عاقله وجود دارد (السنن الکبری (بیهقی)، ج ۱۰، ص ۲۵۹ - ۲۶۰، ح ۲۰۵۶۰ و ۲۰۵۶۱ و ۲۰۵۶۲ و ۲۰۵۶۳) و با دست‌کم با وجود دو روایت در منابع امامیه و یک روایت در منابع عاقله، این روایت، مستفیضة خواهد بود.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۷۷.

دیگر بیان، اطلاعات در شک نسبت به تکالیف واقعی کارساز است، نه در شک در ارتفاع عقاب.

مطلب اول: عدم جریان برائت در شبهه مصداقی حکم منجز

توضیح مطلب این است که: مرحوم آقای نائینی در شک در تعداد فوائت، احتیاط را لازم می‌دانست و معتقد بود اگر مثلاً معلوم نباشد که دو روز نماز قضا یا پنج روز فوت شده، پنج روز قضا لازم است.^۱ درباره این فتوا به ایشان اشکال شده بود که در اقل و اکثر استقلالی همه علما قائل به برائت هستند (حتی اخباریان هم در شبهه وجوبیه برائتی هستند)، پس چرا در اینجا شما قائل به احتیاط شده‌اید؟

ایشان فرموده بود: برائت در شبهه مصداقی حکم واقعی جاری است، و با جریان برائت، احتمال عقاب رفع می‌شود؛ ولی در شبهه مصداقی حکم منجز، برائت جاری نیست؛ بنابراین، اگر احتمال دهیم که حکمی باشد که بر فرض وجود، استحقاق عقوبت را هم به دنبال دارد، قاعده دفع ضرر جاری می‌گردد، نه قاعده قبح عقاب بلا بیان؛ مثلاً در شبهه قبل از فحوص، چون احتمال می‌دهیم که تکلیف در معرض وصول وجود داشته باشد، احتمال حکم منجز وجود دارد و باید احتیاط کرد. در قضای فوائت هم چون مکلف به عدد آن علم داشته و علم هم تنجیز آورده، پس شبهه مصداقی برای حکم منجز است.^۲

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۳، ص ۷۲ و ۶۳۸.

۲. البته مرحوم نائینی در دوره‌های بعدی درس اصول خود، از این نظر منصرف شده و قائل به برائت از اکثر مطلقاً حتی در موارد نسیان عدد فوائت شده است (فوائد الأصول، ج ۳، ص ۴۳۹-۴۴۱: «... هذا غاية ما يمكن أن يوجه به فتوى المشهور، وعليه بنى شيخنا الاستاذ رحمه الله في الدورة السابقة، وقد عدل عن ذلك في الدورة الأخيرة والتزم بجريان البراءة العقلية والشرعية...»); چنان‌که در أجود التقريرات نیز نظر اخير ایشان آمده است (أجود التقريرات، ج ۲، ص ۲۸۵: «الأول»); فيما إذا دار موضوع التكليف بين الأقل والأكثر و حيث أننا قد بينا مراراً أن موضوعات التكليف هي الشرائط لها في الحقيقة فلا محالة يكون التكليف عند وجود الأكثر متيقناً وعند الأقل مشكوكاً فيه فيكون مورداً للبراءة. (الثاني) فيما إذا دار متعلق التكليف التحريمي بين الأقل والأكثر و حيث أن التحريم إذا كان متعلقاً بمركب من أمور فلا محالة يكون المبعوض و هو وجود مجموع الأجزاء من حيث أنها كذلك لا كل جزء جزء فلا يحرم إيجاد بعض الأجزاء من دون قصد إيجاد المجموع و عليه يكون حرمة الأكثر متيقنة و حرمة الأقل

اما پاسخ^۱ این است که تنجیز علم، حدوثاً و بقاءً دائر مدار علم است، و علم مکلف در حین قضا، برای تنجیز تکلیف پس از زوال علم کافی نیست؛ بلکه با زوال علم، تنجیز هم از میان می‌رود؛ پس اکنون که مکلف، شک در عدد فوائت دارد، شبهه مصداقی حکم واقعی است، نه شبهه مصداقی حکم منجز. مرحوم آقای خوئی^۲ نیز همین اشکال را بر این بیان وارد کرده است.^۳

مجزاً مشکوکاً فيها فيجري البراءة العقلية والنقلية في مورد ... (الرابع) فيما إذا دار متعلق التكليف الوجوبية بين الأقل والأكثر ... والأقوى عندنا هو جريان البراءة في المركب الخارجي دون التحليلي و إلحاق الشك في التقييد بالوصف الخارجي بالشك في الجزئية).

۱. زمانی خدمت مرحوم آقای خوانساری رسیدم. ایشان حاشیه‌ای بر عروه داشتند. اشکالی به نظر می‌رسید؛ عرض کردم. ایشان به تناسب، مطلب فوق را از آقای نایینی در زمانی که در نجف خدمت ایشان بود نقل کرد. بنده نیز همین جواب را به مرحوم آقای خوانساری عرض کردم.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۱۶، ص ۱۵۶.

۳. البته استاد رحمته الله در تطبیق کبرای کلی اجرای برائت در شبهه مصداقی حکم واقعی معتقد است که گاهی در مواردی صغراً برای این کبراً وجود ندارد؛ مثلاً اگر بدانم به زید بدهکارم و می‌دانم که زید برای ادای دین اجازه تأخیر داده است، اما من علم دارم که پس از گذشت چند روز وجود دین را فراموش خواهم کرد، یعنی علم به نسیان دارم یا علم دارم که بعداً نسبت به وجوب ادای دین شک خواهم کرد، در این دو فرض، اگر دین را الآن ادا کنم، بریء الذمة خواهم شد؛ ولی اگر آن را پرداخت نکنم و بعد خلاصی صورت گرفت و دین پرداخت نشد، در این صورت مسلماً عقاب وجود دارد؛ هرچند در ظرف استحقاق عقاب، تکلیف فعلی وجود ندارد؛ ولی از آنجا که «الامتناع بالاختیار لا ينافي الاختيار»، در اینجا اگر مال زید نزد من بماند، مسئول خواهم بود؛ زیرا در ظرف اختیار، تکلیف خود را انجام نداده‌ام. در بسیاری موارد، هرچند تکلیف، فعلی نیست، ولی عقاب هست؛ مثلاً اگر کسی خود را از بام به پایین پرت کند، هرچند در راه سقوط اختیاری ندارد، ولی معاقب و مسؤول است. در مسئله مال مختلط به حرام، اگر ذوالید در هنگام علم به وجود حرام می‌دانسته که یقیناً پس از چند روز برای او شک به وجود حرام یا مقدار آن حاصل خواهد شد، چنین شکی از مصادیق حکم منجز است و اگر بعداً نسبت به وجود چنین علمی، شک برای او حاصل شود، چنین شکی از مصادیق واقعی حکم منجز است؛ یعنی باید به مقتضای ادله احتیاط عمل کند؛ زیرا در ظرف علم، علم به حصول شک (یا نسیان) داشته است. این نکته قابل تذکر است که در فرض علم به حصول نسیان در زمان بعد، شخص به حکم عقل، مکلف به ادای دین در همان زمان علم است؛ ولی در فرض علم به حصول شک در زمان بعد، وی به حکم عقل یا باید در زمان علم، دین خود را ادا کند، یا در هنگام شک؛ یعنی به شک خود ترتیب اثر بدهد و آن را مصداق حکم منجز بداند.

مطلب دوم: تطبیق مطلب اول بر مقام

در هر حال، کبرای لزوم احتیاط در شبهه مصداقی حکم منجز، مطلبی صحیح است و در مقام، این کبرا قابل تطبیق است؛ اگرچه در تطبیق آن بر صغرای مسئله نسیان عدد فوائت، کلام مرحوم آقای نائینی صحیح نیست.

توضیح مطلب: متکلمین گفته‌اند که لزوم قبول توبه بر پروردگار، از جهت عادل بودن خداوند نیست؛ بلکه چون ذات باری از تفضلش وعده به قبول توبه داده است، ما می‌دانیم که خلف وعده نمی‌کند و عقابی در کار نیست.

در فرضی که مرد از سر عصیان، حق زن را ضایع کرده، توبه موجب نفی استحقاق عقاب نخواهد بود؛ زیرا وقتی استحقاق عقوبت مسلم گشت، فقط با عفو الهی عقاب زائل می‌شود. از سویی عفو باید یقینی باشد و برای از بین بردن موضوع دفع ضرر محتمل، ظن کفایت نمی‌کند. اطلاعات - همانند تمام احکام ظاهری - یقین‌آور نیست؛ پس عفو شارع را یقینی نمی‌کند؛ چون ممکن است اراده جدی بر طبق اطلاق نباشد و در مقام ثبوت عفو در کار نباشد؛ پس تمسک به اطلاق در نفی اصل استحقاق و منشأ استحقاق که تکلیف واقعی است مؤثر است؛ ولی پس از مسلم بودن استحقاق، باید عفو احراز شود؛ بنابراین، ممکن است بگوییم اگر ترک مباشرت به جهت عصیان باشد، چون احتمال می‌رود که تا استحلال نشود عقوبت از بین نرود، به حکم عقل استحلال لازم خواهد بود؛ ولی اگر ترک مباشرت به جهت عذری باشد، چون کبرای کلی که «هر کس حقی را تفویت کند، باید از صاحب حق حلالیت بگیرد» ثابت نیست، با توجه به اصل برائت، حکم به عدم لزوم استحلال می‌شود.

البته محل کلام جایی است که تدارک حق ممکن نباشد؛ وگرنه باید حق تدارک گردد و باب ضمان اموال از این جهت است.

بررسی پاسخ دوم

اما پاسخ فوق به مرحوم آقای حکیم قابل مناقشه است.

مطلب اول: تأمل در عقلی بودن «لزوم دفع ضرر محتمل»

اولاً، عقلی بودن قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، مورد بحث است؛ زیرا هر چند

اجتناب از اضرار نسبت به دیگران، از خصائص انسان است، ولی ضرورت اجتناب از اضرار به شخص خود، در حیوانات هم وجود دارد و آنها هم نمی‌خواهند که به خودشان ضرری وارد شود؛ پس این امکان وجود دارد که قاعده مزبور، نه از احکام عقلی، بلکه از جهات مشترکه بین انسان و حیوان محسوب شود.^۱

مطلب دوم: ظلم بودن عقاب با وجود اطلاعات توبه

ثانیاً، بر فرض که قاعده مزبور حکمی عقلی باشد، مستند وجوب رفع استحقاق عقوبت، منحصر در این قاعده نیست تا با خدشه در جریان قاعده، مستندی برای اثبات عدم استحقاق عقاب باقی نماند؛ بلکه بدین منظور می‌توان به قواعد و احکام دیگر عقلی نیز تمسک کرد؛ مانند قاعده حسن و قبح عقلی.

حال طبق قاعده حسن و قبح عقلی، ممکن است گفته شود اگر مولا تفضلاً سخنی بگوید که صریح یا ظاهر در ترخیص باشد و عبد بدین استناد یا از راه عقلایی دیگری جز کلام مولا یقین به اجازه و ترخیص مولا پیدا کند و آن را انجام دهد، و یقین او ناشی از تقصیر و کوتاهی عبد نباشد، این کار او طغیان و تعدی نسبت به مولا محسوب نمی‌شود و مولا نمی‌تواند وی را عقاب کند.

اما اگر مولا اجازه کاری را نداده باشد، ولی شخص با علم به عدم ترخیص، از روی عصبانیت و طغیان کار را انجام دهد، اما یقین داشته باشد که وی را عفو خواهد کرد، در این صورت اگر مولا او را عفو نکنند، این کار ظلم به عبد نیست، حتی اگر کلامی از مولا صادر شده باشد که ظهور در وعده عفو داشته باشد؛ زیرا این ظهور، بالاتر از قطع و یقین به عفو مولا نیست، و با وجود این ظهور نیز هنوز احتمال عقاب وجود دارد و موضوع حکم عقل به وجوب دفع ضرر محتمل؛ یعنی «ضرر محتمل» حاصل است؛ البته در فرض وعده مولا به عفو و خلف وعده او، خلاف کمال رخ

۱. در تبیین آنچه در متن آمده است، چنان‌که استاد^۱ در مباحث صوم (بررسی فوری بودن ادای کفاره) فرموده است، می‌توان گفت: اجتناب از ظلم، از احکام عقلیه است که خالق متعال به انسان نیرویی داده که از ظلم تنفر دارد؛ اما اجتناب از ضرر چیزی است که در حیوانات نیز وجود دارد و مربوط به نیروی خاص انسانی و قوه عاقله نیست؛ از این رو، بسیاری وجوب اطاعت را از جهت لزوم دفع ضرر محتمل نمی‌دانند؛ بلکه از جهت لزوم شکر منعم می‌دانند؛ بنابراین، ترک طاعت را ظلم می‌دانند؛ اگرچه انسان بداند که مولا عفو می‌کند یا قادر بر عقاب نیست.

داده است؛ بنابراین، بر خلاف فرموده مرحوم آقای حکیم، حتی با ظهور ادله توبه در عفو، اگر مولا بخواهد عفو نکند، اشکالی به وجود نخواهد آمد و عقوبت مولا ظلم نخواهد بود.

اما می‌توان از جانب مرحوم آقای حکیم اشکال فوق را چنین پاسخ گفت: همچنان‌که اگر گفته مولا و وعده او، منشأ یک اقدام از سوی عبد شود، و عبد بر اثر این وعده، مرتکب عمل گردد، وی نمی‌تواند عبد را عقاب کند - زیرا با وجود لفظ صریح یا ظاهر در ترخیص، عبد دارای حجت است -، همین‌طور در صورتی هم که عبد، عملی را انجام داده، اگر مولا بگوید که با توبه کردن، عقاب برطرف می‌شود و نیازی به استحلال از صاحب حق نیست، دیگر حق عقاب برای مولا، وجود نخواهد داشت. اطلاق «التائب من الذنب کمن لا ذنب له» در انسان این تأثیر را می‌گذارد که به دنبال طلب رضایت از صاحب حق نرود. بنابراین، اگر مولا بخواهد او را عقاب کند، این کار، ظلم نسبت به عبد تلقی خواهد شد؛ مثلاً اگر کسی به گوش فردی سیلی زده باشد، ضارب می‌تواند از مضروب رضایت بطلبد تا وی را به محکمه نبرد و مجازات نشود؛ حال اگر شخصی به ضارب بگوید که شما این کار را نکنید و من مسئله را حل خواهم کرد، ولی اقدامی نکنند، ظلم کرده است؛ زیرا وعده او موجب شده که ضارب در وقت مقتضی، اقدام مناسب (استحلال) را انجام ندهد. در مقام، اگر شارع چنین وعده‌ای داده باشد - که ادله توبه چنین دلالتی دارند - عقوبت وی، نسبت به بنده‌ای که به استناد این وعده مولا، اقدام به استحلال و استرضاء نکرده، ظلم خواهد بود.

پاسخ سوم: مانعیت «ارتکاز عقلا بر استحلال» از اطلاق روایات توبه

ولی از نظر ارتکاز عقلا، «لزوم استرضاء» از شئون حقوق اشخاص است، و با توجه به این ارتکاز عقلا مشکل است بتوان به اطلاق ادله توبه تمسک کرد و در حقوقی از مردم که غیر قابل استیفا است، استرضاء را لازم ندانست.

با ظاهر الفاظ و اطلاقات نمی‌توان از مرتکزات قوی عقلا رفع ید کرد؛ بلکه برای ردع از ارتکاز عقلا - چنان‌که محقق همدانی^۱ هم فرموده است - باید الفاظ صریح و


۱. مرحوم محقق همدانی در مواضع متعدّد این مطلب را مطرح کرده است و موارد ذیل، نمونه‌هایی از

روشن به کار برد؛ زیرا ذهن انسان منصرف از مواردی است که خلاف ارتکاز است؛ بنابراین، احتیاط مرحوم سید در مورد لزوم استحلال از زوجه صحیح است.^۱

آن است.

حاشیه کتاب المکاسب (محقق همدانی)، ص ۵۲۴؛ حاشیه فرائد الأصول (الفوائد الرضویة)، ص ۱۹۹؛ مصباح الفقیه، ج ۲، ص ۹۱.

۱. چنان که در بررسی دلیل اول از ادله لزوم ارضای صاحب حق که همان روایت مرحوم کراچکی بود، بیان شد، استناد^۱ احتمال دیگری را نیز در توجیه احتیاط مرحوم سید بیان کرده که همان اشکال سندی و دلالتی این روایت بود.




ملاک بودن جماع متقدم به عنوان مبدأ چهار ماه

مسألة ۹: «... ثمّ اللازم عدم التأخير من وطئ إلى وطئ أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنما هو الوطئ المتقدم، لا حين انقضاء الأربعة المتقدمة.»^۱

در مورد مبدأ چهار ماه، اگر مرد در اول چهار ماه اول نزدیکی کند، نمی تواند با این استدلال که در هر چهار ماه یک نزدیکی صورت گرفته است، نزدیکی را تا حدود هشت ماه بعد به تأخیر بیندازد؛ بلکه به حسب ظاهر ادله، باید فاصله دو نزدیکی بیش از چهار ماه نباشد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱.

فصل ۴: نزدیکی با صغیره و حکم افشاء



حرمت وطی صغیره و بررسی ادله آن

مسألة ۱: «لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين حرّة كانت أو أمة دواما كان النكاح أو متعة بل لا يجوز وطء المملوكة والمحلبة كذلك وأما الاستمتاع بما عدا الوطی من النظر واللمس بشهوة والضم والتفخيذ فجائز فی الجميع ولو فی الرضیعة»^۱. بر حرمت وطی صغیره، می توان ادله ای را مطرح کرد.

دلیل اوّل: اجماع

اصل این مسئله که وطی زوجه قبل از نه سالگی جایز نیست، اجماعی است و تا آنجا که ما جست و جو کردیم، مخالفی در مسئله وجود ندارد، با آنکه اکثریت قریب به اتفاق فقهاء، مسئله را عنوان کرده اند.^۲ مرحوم صاحب جواهر نیز مسئله را

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱، مسألة ۱.

۲. به عنوان نمونه:

الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸: باب الحدّ الذی یدخل بالمرأة فیہ، ح ۱: عدّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن عبد الکریم بن عمرو عن أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یدخل بالجارّیة حتّی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین»؛ ح ۲: علی بن إبراهیم عن أبیه و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد جمیعاً عن ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام قال قال: إذا تزوّج الزجل الجاریة و هی صغیرة فلا یدخل بها حتّی یأتی لها تسع سنین»؛ ح ۳: حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان بن یحیی عن موسی بن بکر عن زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یدخل بالجارّیة حتّی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین»؛ ح ۴: عنه عن زکریّا المؤمن أو یبینه و یبینه رجل و لا أعلمه إلا حدّثني عن عمار الشیستانی قال: «سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول لمولی له انطلق فقل للقاضي قال رسول الله صلی الله علیه و آله حدّ المرأة أن یدخل بها علی زوجها ابنة تسع سنین»؛ المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹: کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۲، ح ۴۴۴۰: روی موسی بن بکر عن زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یدخل بالجارّیة حتّی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین»؛ النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱: المذهب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۲۲: الکافی فی الفقه، ص ۲۹۴: غنية النزوع، ص ۳۵۲: السرائر، ج ۲، ص ۶۰۴: إصباح الشیعة، ص ۴۲۹: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴: تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)،

اجماعی دانسته است.^۱

دلیل دوم: لا ضرر

شاید در مقام بتوان به دلیل «لا ضرر» نیز تمسک کرد؛ زیرا طبق مفاد «لا ضرر»، شارع هم ضرر زدن را حرام کرده است و هم هر کاری که سبب ضرر زدن باشد را امضا نکرده است. وطی صغیره نیز نوعاً منشأ ضرر برای صغیره است که طبق «لا ضرر» ممنوع است.^۲

دلیل سوم: روایات

سومین دلیل بر حرمت وطی زوجه صغیره، روایات است.

روایت اول: مرسله یعقوب بن یزید

عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد، عن يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن

ص ۵۷۷؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۳۳؛ کنز الفوائد، ج ۲، ص ۳۶۷؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۷؛ روضة المتقين، ج ۸، ص ۳۲۴؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۲؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۸۹؛ رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۵؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴. البته برخی از فقها فقط متعزز ديه افشاء شده‌اند مانند سلاز (المراسم، ص ۲۴۱) و ابن حمزه (الوسيلة، ص ۲۵۱). در هر حال، کسی که منکر حرمت باشد یافت نشد. البته بسیاری از کسانی که حکم به حرمت وطی صغیره کرده‌اند، درباره زوجه چنین حکمی کرده‌اند؛ اما چنان‌که استاد^۳ در مطالب آتی فرموده است، حرمت وطی زوجه صغیره، حکم تعبدی محض نیست؛ بلکه مناسبات حکم و موضوع دخیل در حکم است؛ لذا می‌توان فهمید که در مورد مملوکه صغیره و محلله صغیره نیز این حکم صادق است. علاوه بر اینکه اطلاق برخی روایات (مانند صحیح زراره) - که خواهد آمد - شامل مملوکه و محلله نیز می‌شود.

۱. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴.

۲. علت اینکه استاد^۳ به طور کلی برای اثبات حرمت وطی صغیره به لا ضرر تمسک کرده، این است که در جایی که نمی‌توان ضابطه عدم ضرر را به مکلفین ارائه کرد - یا به جهت اینکه نوعاً اشتباه می‌کنند یا نوعاً مورد سوء استفاده قرار می‌گیرد - حکم، دائر مدار ضرر شخصی نیست، بلکه باید ضرر نوعی لحاظ شود. در مقام نیز نوعاً چنین ضرری برای وطی صغیره وجود دارد.

ابی عبدالله علیه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ففرق بينهما ولم تحل له أبدا.»^۱

گرچه در این روایت تصریح به حرمت نشده، لکن آثار وضعی شدیدی بر این عمل مترتب شده و امام علیه السلام فرموده است که حرمت ابدی مترتب است و برای همیشه باید از او جدا شود که عرفاً نوعی مؤاخذه است و ممکن است حکم حرمت از آن استفاده شود.

روایت دوم: صحیحۀ زرارہ

الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر عن زرارہ عن ابي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين.»^۲

بررسی سندی

موسی بن بکر ثقه^۳ است و درباره او گفته شده که واقفی^۴ است؛ اما طبق نظر مختار، صفوان قبل از وقف از او نقل کرده است؛ لذا روایت، صحیح است نه موثق.

روایت سوم: صحیحۀ ابی بصیر

عَدَّة من اصحابنا عن سهل بن زياد عن احمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الكريم بن عمرو عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۲.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۹. در کافی نیز این روایت نقل شده است؛ الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۱، ح ۲.

۳. علاوه بر اینکه صفوان، ابن ابی عمیر، یزنی و جعفر بن بشیر از او نقل روایت کرده‌اند، اجلانی مانند علی بن الحکم الأنباری نیز از او اکتار روایت کرده‌اند.

۴. رجال الطوسی، ص ۳۴۳، رقم ۹.

واقفی بودن او نیز قابل تردید است؛ زیرا نه شیخ در فهرست و نه مرحوم نجاشی چنین نسبتی به او نداده‌اند؛ لذا بعید نیست که از وقف برگشته باشد.

۵. رجال النجاشی، ص ۲۴۵، رقم ۶۴۵.

یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین.^۱

روایت چهارم: صحیحہ حلبی

علی بن ابراهیم عن ابیه وعن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد جمیعاً عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: «إذا تزوج الرجل الجارية و هی صغيرة فلا یدخل بها حتی یأتی لها تسع سنین.»^۲

روایت پنجم: روایت دعائم

عن جعفر بن محمد علیه السلام أنه قال: «من تزوج جارية صغيرة فلا یطأها حتی تبلغ تسع سنین من یوم ولادتها.»^۳

روایت ششم: روایت عمار سجستانی

عن حمید بن زیاد عن زکریا المؤمن أو بینہ و بینہ رجل لأعلمه الاحدثی عن عمار السجستانی قال: «سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول لمولی له انطلق فقل للقاضی قال رسول الله صلی الله علیه و آله حد المرأة أن یدخل بها علی زوجها ابنة تسع سنین.»^۴
سند این روایت، ضعیف است؛ زیرا با قطع نظر از افراد سند،^۵ محتمل است که مرسله باشد.^۶

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۲، ح ۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۲، ح ۱.

۳. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۲۱۴، ح ۴.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸-۳۹۹، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۲، ح ۳.

۵. حمید ثقه است (رجال النجاشی، ص ۱۳۲، رقم ۳۳۹)؛ اما سجستانی وثاقتش ثابت نیست (رجال الکشی، ص ۳۴۲، رقم ۶۳۴)، زکریا نیز چنین است بلکه نجاشی، زکریا را چنین وصف کرده است: «زکریا بن محمد أبو عبد الله المؤمن ... و حکي عنه ما یدل علی أنه کان واقفا و کان مختلط الأمر فی حدیثه»، (رجال النجاشی، ص ۱۷۲، رقم ۴۵۳).

۶. به بیانی دیگر، شهادت حمید بن زیاد نسبت به نقل بی واسطه از زکریا احراز نمی شود؛ زیرا مرحوم کلینی چنین می گوید که نمی دانم حمید از زکریا نقل کرد یا واسطه ای بین او و زکریا بود.

روایت هفتم: روایت حلبی

محمد بن ابی خالد^۱ عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن.»^۲
مشابه همین خبر در فقیه آمده است:

حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إِنْ من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن.»^۳

روایت هشتم: روایت طلحة بن زید

عنه^۴ عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زید عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال:

۱. در وسائل، محمد بن خالد آمده است؛ اما در تهذیب مطبوع و وافى (الوافي، ج ۲۲، ص ۷۵۸، ح ۵) و نسخه تهذیب مرحوم مجلسی در ملاذ الأخیار (ج ۱۲، ص ۳۴۸، ح ۱۰) محمد بن ابی خالد است که مجهول است؛ اما در هر حال، این روایت در خصال به سند صحیح نقل شده است: الخصال، ج ۲، ص ۴۲۰، ح ۱۶: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ الْوَلِيدِ عليه السلام قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ الضَّفَّارُ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ:

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۰؛ کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۱۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۵.

۳. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۱۳، ح ۴۴۴۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۸.
طریق شیخ صدوق به عبید الله حلبی چنین است: کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۴۲۹-۴۳۰: «و ما كان فيه عن عبید الله بن علي الحلبي فقد رويته عن أبي؛ و محمد بن الحسن عليه السلام عن سعد بن عبد الله؛ و الحميري جميعا عن أحمد و عبد الله ابني محمد بن عيسى، عن محمد بن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن عبید الله بن علي الحلبي؛ و رويته عن أبي؛ و محمد بن الحسن، و جعفر بن محمد بن مسرور عليه السلام عن الحسين بن محمد بن عامر، عن عمه عبد الله بن عامر، عن محمد بن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن عبید الله بن علي الحلبي». طریق مرحوم صدوق به حماد نیز، معتبر است: کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۴۵۳: «و ما كان فيه، عن حماد بن عثمان فقد رويته عن أبي عليه السلام عن سعد ابن عبد الله؛ و الحميري جميعا عن يعقوب بن يزيد، عن محمد بن أبي عمير، عن حماد بن عثمان؛ لذا روایت فوق، صحیحه است.

۴. مرجع ضمیر، اول سند روایت قبل یعنی روایت حلبی است؛ لذا چون اول سند قبل، محمد ابی خالد است، سند این روایت نیز معتبر نخواهد بود. روایت بعدی (غیاث) نیز چنین است.

«من تزوج بکرا فدخل بها فى أقل من تسع سنين فعيبت ضمن»^۱

روایت نهم: موثقہ اسحاق بن عمار

الصَّمَّارُ عن الحسن بن موسى^۲ عن غياث عن إسحاق بن عمار^۳ عن جعفر^۴ : «انَّ عليّاً كان يقول: من وطئ امرأة من قبل أن يتم لها تسع سنين فأعنف ضمن»^۵ به قرينه ساير روايات، معلوم نیست «أعنف» قيد احترازی باشد؛ بلکه شاید چون واطی، ذی حق نیست و وقاع را تحمیل کرده، چنین تعبیر شده است.

روایت دهم: روایت غیاث بن ابراهیم

عنه عن محمد بن يحيى عن غياث بن ابراهيم عن أبيه عن عليّ^۶ قال: «لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين فإن فعل فعيبت فقد ضمن»^۷

روایت یازدهم: صحیحہ حلبی

عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله^۸ : «سألته عن رجل

۱. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۶.

۲. در تهذيب مطبوع (تهذيب الأحكام، ج ۱۰، ص ۲۳۴)، «الحسين بن موسى» آمده؛ اما در وسائل (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲) «الحسن بن موسى» آمده که صحیح آن همین است؛ زیرا راوی کتاب غیاث بن کلوب، الحسن بن موسی الخشاب است (فهرست الطوسي، ص ۳۵۶، رقم ۵۶۲)، و راوی کتاب الحسن بن موسی الخشاب نیز صفار است (فهرست الطوسي، ص ۱۲۷، رقم ۱۷۱). فرد دیگری نیز با نام «الحسين بن موسى» در این طبقه که مروی عنه صفار و راوی غیاث باشد وجود ندارد. در اسناد نیز، صفار از ابن خشاب روایات زیادی نقل کرده و ابن خشاب نیز از غیاث بن کلوب، اکثار روایت کرده است.

۳. طبق نظر مختار استاد^۹ اسحاق بن عمار فطحی نیست بلکه امامی ثقه است (اسحاق بن عمار همان صیرفی تغلبی است و فرزند عمار ساباطی نیست)؛ اما چون غیاث، غیاث بن کلوب است که عامی ثقه است (حسن بن موسی الخشاب از او اکثار روایت کرده و راوی کتاب اوست)، لذا روایت، موثق است نه صحیح.

۴. تهذيب الأحكام، ج ۱۰، ص ۲۳۴، ح ۵۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۴.

۵. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۱۱، ح ۱۶۴۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۷.

تزویج جاریه فوقع بها فأفضاها قال عليه الإجراء عليها ما دامت حية»^۱
معنای «علیه الإجراء» این است که باید نفقه زن افشاء شده را بدهد.^۲

روایت دوازدهم: صحیحہ حمران

روی الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن رجل تزوج جاریه بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها وعظفها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه»^۳

در این روایت تنها حکم وضعی دیه برای افشاء اثبات شده و نسبت به حرمت وطی حکمی بیان نشده است. تعبیر «أو كان لها أقل من ذلك بقليل» ناظر به جایی است که با تسامح نه سال زن تکمیل شده؛ ولی چون با نظر دقیق نه سال تمام نشده، دخول می تواند ضمان آور باشد.

روایت سیزدهم: صحیحہ برید

الحسن بن محبوب عن الحارث بن محمد بن التعمان صاحب الطلاق عن برید

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۴.

طریق شیخ به ابن ابی عمیر صحیح است:

تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخة، ص ۷۹.

این روایت در فقیه نیز با سند ذیل آمده است:

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۳۴، ح ۵۲۹۳؛ و روی حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج جاریه فوقع عليها فأفضاها قال عليه الإجراء عليها ما دامت حية».

۲. استاد علیه السلام در مباحث آتی درباره حکم وضعی یا تکلیفی بودن نفقه مضاعف مطالبی را بیان خواهد کرد.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹؛ و ص ۴۹۳، ح ۱.

العجلی عن أبي جعفر عليه السلام :

«فی رجل اقتصّ جارية یعنی امرأته فأفضاها قال عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق»^۱

طبق نظر مختار این روایت، صحیح است. بحث سندی این روایت در ادله حرمت ابدی که بحث آتی است، مطرح خواهد شد.

روایت چهاردهم: مرسله صدوق (قضاوت امیر المؤمنین عليه السلام)

روایت دیگر، روایتی درباره قضاوت امیر المؤمنین عليه السلام است: «أنه قضی فی امرأة افضیت بالدية»^۲

حال به بررسی روایات فوق پرداخته می شود.

عدم دلالت «روایات دال بر ضمان، دیه و نفقه» بر «حرمت وطی»

از میان روایات فوق، روایات دال بر ضمان (روایت هفتم، هشتم و نهم)، دلالت بر حرمت وطی ندارد؛ زیرا نهایت دلالت این دسته آن است که به سبب ضرر وارد شده بر موطوءه، خسارت آن مضمون است و این با معصیت نبودن وطی نیز سازگار است. روایات اثبات دیه (روایت دوازدهم، سیزدهم و چهاردهم) و همچنین روایت لزوم نفقه (روایت یازدهم) نیز مختص به فرض افشاء است.

عدم فرق بین حره و أمه، مزوجه، مملوکه و محله

اما روایات دوم تا پنجم و نهم، دلالت بر حرمت وطی می کند و تنها شبهه‌ای که

۱. در برخی نسخ کافی و کافی چاپ اسلامی «اقتصّ» آمده است، (الکافی (دار الحديث)، ج ۱۴، ص ۳۹۱).

۲. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۸، باب ما یجب فی الإفشاء؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۳۰، ح ۱.

وجود دارد این است که آیا این روایات، مختص به کنیز است؟

مرحوم سید در این مسئله چنین فرموده است:

«لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين حرة كانت أو أمة، دواما

كان النكاح أو متعة، بل لا يجوز وطء المملوكة والمحللة كذلك....»^۱

در این مورد، دو مطلب مطرح است:

مطلب اول: عدم فرق بین «محلله یا مملوکه» و «زوجه»

مطلب اول این است که در حرمت وطی صغیره فرقی بین زوجه صغیره و بین محلله یا مملوکه صغیره وجود ندارد؛ زیرا حرمت وطی زوجه صغیره، حکم تعبدی محض نیست؛ بلکه مناسبات حکم و موضوع دخیل در حکم است؛ لذا می توان فهمید که در مورد مملوکه صغیره و محلله صغیره نیز این حکم صادق است.

علاوه بر اینکه اطلاق برخی روایات (صحیحه زراره^۲، ابی بصیر^۳ و غیاث^۴) شامل مملوکه و محلله نیز می شود. حتی ممکن است گفته شود که این روایات، فقط شامل کنیز - اعم از زوجه یا مملوکه یا محلله - است و شامل زوجه حرة نیست؛ زیرا لفظ «جاریه» در این روایات، لفظ مشترک بین دختر کم سن و کنیز است و معنای رایج و شایع آن، کنیز است؛^۵ پس نمی توان از حکم کنیز، به حرة تعدی کرد.

اما می توان گفت با توجه به اینکه یکی از مصادیق بارز «جاریه» در این دسته از

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱، م ۱.

۲. الحسین بن سعید عن صفوان بن یحیی عن موسی بن بکر عن زراره عن ابی جعفر علیه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»، (تهذيب الأحكام، ج ۷ ص ۴۱۰، ح ۹). در کافی نیز این روایت نقل شده است: (الكافي، ج ۵، ص ۳۹۸، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۱، ح ۲).

۳. عذة من اصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الكريم بن عمرو عن أبي بصير عن أبي جعفر علیه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»، (الكافي، ج ۵، ص ۳۹۸، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۲، ح ۴).

۴. عنه عن محمد بن یحیی عن غیاث بن ابراهیم عن أبیه عن علي علیه السلام قال: «لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين فإن فعل فعیبت فقد ضمن»، (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۱۱، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۷).

۵. المصباح المنیر، ج ۲، ص ۹۸.

روایات، مملوکهٔ مرد است که «لایقدر علی شیء»^۱ و هیچ‌گونه اختیاری از خود ندارد و او از آن مالکش است؛ لذا مباشرت با زوجهٔ صغیره - اعم از اُمه و حُرّه - نیز به طریق اولی جایز نیست.^۲

مطلب دوم: بررسی نظر صاحب وسائل (جواز وطی کنیز نابالغ طبق صحیحۂ حلبی) مطلب دوم این است که صاحب وسائل بابی تحت عنوان «باب سقوط الاستبراء عمن اشتری جاریة صغیره لم تبلغ و جواز وطئه إياها و کذا الّتی ینسب من المحیض والحائض الّامدة حیضها و البکر»^۳ منعقد کرده و روایاتی ذکر کرده است. عمده دلیل مدعای ایشان، صحیحۂ حلبی است.

علی بن إبراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن حمّاد عن الحلبي
عن أبی عبد الله عليه السلام أنّه قال: «فی رجل ابتاع جاریة و لم تطمٹ قال
إن كانت صغیره و لا یتخوّف علیها الحبل فلیس به علیها عدّة و
لیطأها إن شاء و إن كانت قد بلغت و لم تطمٹ فإنّ علیها العدّة
قال و سألته عن رجل اشتری جاریة و هی حائض قال إذا طهرت
فلیمتسها إن شاء»^۴.

در این حدیث، صغیره در مقابل بالغ قرار گرفته که اگر کمتر از ۹ سال داشت عده ندارد و وطی او هم جایز است.

اشکال آقای خوئی: عدم دلالت صحیحۂ حلبی بر جواز وطی کنیز نابالغ مرحوم آقای خوئی در اشکال به مرحوم شیخ حرّ فرموده است:
«فإنّ هذه الصحیحة لیست بصدد بیان جواز وطء الأمة قبل بلوغها

۱. النحل، ۷۵: «...ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ».

۲. البته ظاهراً مراد استاد رحمته روایت چهارم (صحیحۂ حلبی) و پنجم (روایت دعائم) نیست؛ زیرا موضوع این دو روایت، مملوکهٔ واطی نیست. البته حتی اگر ظهور «جاریه» در این دو روایت، خصوص مملوکهٔ غیر باشد نه اعم از حُرّهٔ صغیره، با لحاظ تناسب حکم و موضوع می‌توان الغاء خصوصیت کرد و از روایات جاریه، حکم حُرّهٔ صغیره را نیز استفاده کرد.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۸۳، باب ۳.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۳، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۸۳، ح ۱.

تسع سنين، إذ أن كلمة «صغيرة» فيها مستعملة في معناها العرفي أعنى ما يقابل الكبيرة لا ما يقابل البالغة على ما يشهد له تقييدها بـ «لا يتخوف عليها الحبل». فإنّ ظاهر القيد لما كان هو الاحتراز لم يكن معنى لإرادة ما يقابل البالغة منها، فإنّ الصغيرة بهذا المعنى ليست إلّا قسماً واحداً لعدم قابليتها للحبل، فلا معنى لتقسيمها إلى ما يتخوف عليها الحبل و ما لا يتخوف ذلك، و تخصيص الحكم بالقسم الثاني دون الأول. و إنّما ينسجم هذا التقييد الذي يكون نتيجته التخصص لا محالة مع ما ذكرناه من إرادة ما يقابل الكبيرة منها، فإنّها على قسمين: منها ما يتخوف عليها من الحبل كابنة الأربع عشرة سنة. و منها ما لا يتخوف عليها ذلك كابنة العشر.^۱

ایشان در حقیقت فرموده است که مراد از بلوغ در تعبیر «إن كانت قد بلغت»، اگر بلوغ شرعی بود، جواز وطی در کمتر از ۹ سال اثبات می‌شد؛ ولی بلوغ در اینجا حد حبل است. تقييد کلمه صغیره به «لا يتخوف عليها الحبل» می‌رساند که مراد از بلوغ، بلوغ حبل است یعنی حدی که متعارف زنها در معرض حبل هستند، نه بلوغ شرعی و چنین نیست که روایت اطلاق داشته باشد و شامل کمتر از ۹ سال شود تا گفته شود بالحاظ اطلاق روایت، جواز وطی دختر نابالغ ثابت می‌شود؛ بلکه روایت فقط در مقام بیان حکم استبراء است.

البته اینکه در مقام، مفهوم عرفی صغیره در مقابل کسی که قابلیت حمل دارد اراده شده است، اصراری بر انکار آن نیست^۲، ولی اینکه ایشان احترازی بودن قیود را اصل مسلم گرفته است جای تأمل است. بعضی امور در حوزه مطرح است و انسان از اول طلبگی می‌شنود و تلقی به قبول می‌کند و در ارتکاز او باقی می‌ماند و بدون فکر، جزء اصول مسلم می‌شود.

ولی اگر کسی قبلاً این مطلب را نشنیده بود، آیا ظهور قابل ملاحظه‌ای برای

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۵.

۲. استاد الله چون بنای بر اختصار در بحث أمة را داشته است، به بررسی سایر روایات مطرح شده توسط مرحوم شیخ حر نیرداخته است.

احترازی بودن قیود و اوصاف می‌دید؟ به مثال‌های زیر توجه کنید:

- مثال اول: «امام معصوم واجب الاتباع چنین فرموده؛ پس شما به آن عمل کنید» آیا معنایش این است که دو قسم معصوم داریم، یکی معصوم واجب الاتباع، و دیگری غیر واجب الاتباع؟
- آیا اینکه آمدن قید، به جهت ذکر علت باشد و در نتیجه تمام معصومین علیهم‌السلام واجب الاتباع باشند، مطلبی خلاف ظاهر است؟
- مثال دوم: «دختر چهار ساله‌ای که خطر تحریک در او نیست می‌تواند چادر سر نکند» آیا معنایش این است که دو قسم دختر چهار ساله داریم؟
- مثال سوم: «دختر کمتر از نه سالی که خطر حامله شدن ندارد...» آیا چون کمتر از نه ساله‌ها دو قسم نیستند، خلاف ظاهر گفته شده است؟
- مثال چهارم: «بسم الله الرحمن الرحيم» آیا معنایش این است که دو الله داریم؛ یکی رحمان و رحیم و دیگری غیر آن؟!

بلی اینها را شنیده‌ایم و بدون تأمل، اصل مسلم گرفته و در وجدانیات خودمان و اشباه و نظائرش تأمل نکرده‌ایم.

نتیجه این بحث این است که قاعده‌ای به عنوان «احترازی بودن قیود» به عنوان یک اصل کلی، بی‌اساس است؛ بلکه قیود توضیحی هم بسیار به کار رفته و خلاف ظاهر هم نیستند.

نظر مختار: حرمت وطی صغیره مطلقاً (اعم از حرّه و امه)

در هر حال با توجه به اجماع، روایات متعدد معتبر دال بر حرمت وطی کنیز صغیره به ضمیمه اولویت حرمت در مورد حرّه و قصور دلالت روایات جواز وطی أمه صغیره که عمده آن، صحیحۀ حلبی است، روشن می‌شود که وطی صغیره مطلقاً اعم از حرّه و امه (مملوکه یا محلّله) حرام است.

عدم فرق بین عقد دائم و متعه با لحاظ تناسب حکم و موضوع

همچنین در حرمت وطی تفاوتی میان اینکه زوجه، معقوده دائم باشد یا متعه وجود ندارد. بسیاری از احکام عقد دائم نسبت به عقد متعه جاری نیست؛ ولی در مقام حتی اگر ادله لفظی شامل عقد موقت نشود، تناسب حکم و موضوع اقتضاء می‌کند

که حکم مذکور شامل زوجۀ موقت نیز شود؛ زیرا مسئله مانند رکعات نماز، تعبد محض نیست بلکه مبتنی بر مرتکبات عرف است و لذا با لحاظ اینکه مباشرت با دختر کمتر از نه سال موجب آزار او می شود، حکم حرمت وطی مترتب می شود، هرچند برخی از احکام مانند وجوب نفقه در متعه وجود ندارد.

حل تنافی ملاک صغیره بودن در روایات حرمت وطی صغیره

حال باید تنافی بین روایات مسئله از جهت میزان سن زن در حرمت مباشرت، مورد بررسی قرار گیرد. این روایات با قطع نظر از اعتبار سندی به سه گروه تقسیم می شوند:

۱. صحیحۀ زرارۀ و أبوبصیر (روایت دوم و سوم) که میزان را نه یا ده سال مطرح کرده اند.

۲. روایت غیاث (روایت دهم) که حرمت وطی را مشروط به اقل از ده سال دانسته است.

۳. بیشتر روایات (روایت اول، چهارم، پنجم و ششم) که ملاک را نه سال قرار داده اند.

ابتدا تردید موجود در دستۀ اول بررسی و سپس تنافی روایات دستۀ سوم (نه سال) با روایت غیاث بررسی می شود.

مطلب اول: توجیه تردید بین نه و ده سال در صحیحۀ زرارۀ و أبو بصیر

سه توجیه در کلمات قوم در مورد تردید موجود در صحیحۀ زرارۀ و أبو بصیر وجود دارد.

توجیه اول: اختلاف سن بر اساس اختلاف قوت دختران

وجه اول این است که ذکر اختلاف سن در مقام تنويع است نه تردید؛ یعنی بعضی دخترها برای جماع زودتر آمادگی دارند که ملاک آنها نه سال است و بعضی دیرتر. مرحوم فیض^۱ و مجلسی ثانی در مرآة العقول^۲ این وجه را بیان کرده و صاحب حدائق

۱. الوافی، ج ۲۲، ص ۷۵۷.

۲. مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۳۷.

نیز به عنوان بعضی المحدثین از مرحوم فیض این مطلب را نقل و تأیید کرده است.^۱

اشکال توجیه اول

اشکال اول: عدم شیوع آمادگی دختر در نه و ده سالگی
اما اشکال این وجه آن است که بعضی دخترها و بلکه اکثر دخترها در ده سالگی هم آمادگی ندارند. چرا این تردید فقط بین ۹ و ۱۰ آمده است؟
بلی اگر آمادگی در سن نه و ده سال شایع، و در سنین دیگر شاذ بود، این انحصار و تنويع وجه داشت.

ممکن است گفته شود در اماکن گرم همچون حجاز، آمادگی تا ده سال معمولاً حاصل می شود و روایت را می توان بر آن حمل کرد.

اما پاسخ این است که این امر کافی نیست؛ زیرا اکثر سائلین، عراقی و بیشتر آنها کوفی هستند. علاوه اینکه امام ضابطه کلی را مطرح می فرمایند، به ویژه سائل، شخصی مثل زراره است که سؤالات او - چنان که از روایات استصحاب و مانند آن استفاده می شود - علمی است و فقیه و مرجع کوفه است؛ لذا امام علیه السلام مسئله شخصی را پاسخ نمی دهند.

اشکال دوم (نبود شاهد جمع) و پاسخ

ممکن است گفته شود اشکال دیگری نیز در توجیه اول وجود دارد؛ زیرا شاهد جمعی برای چنین جمعی وجود ندارد. اما می توان گفت که این جمع، تبرعی نیست؛ زیرا یکی از معانی «او»، تنويع است و شاهد جمع در جایی لازم است که خلاف ظاهر باشد، اما حمل کلمه بر یکی از معانی مشترک به قرینه سایر روایات اشکال ندارد؛ اما در عین حال به دلیل اشکال اول، حمل بر تنويع، محل اشکال است.

توجیه دوم (تردید از راوی) و اشکالات آن

وجه دوم این است که تردید از راوی است. اما دو اشکال بر این وجه وارد است:

۱. الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۱.

اشکال اول: بعید بودن تردید زراره و آبی بصیر با هم

اولاً، تردید راوی بعید است؛ زیرا تنها زراره نیست که تردید کرده بلکه آبوبصیر هم تردید کرده که این بعید است.

اشکال دوم: عدم تعبیر به «أو قال»

ثانیاً، لسان تردید در جایی است که چنین تعبیری می‌شد: «قال کذا أو قال کذا». بلکه روایت زراره بنابر نقل شیخ در برخی نسخ تهذیب^۱ و صدوق در خصال^۲ زیادتی دارد که صریح است در اینکه تردید از امام علیه السلام بوده است. در این دو کتاب پس از نقل روایت، این زیاده را به ترتیب چنین افزوده است: «إني سمعته يقول تسع سنين أو عشر سنين»^۳، «قال أنا سمعته يقول: تسع أو عشر»^۴؛ ذکر این زیاده از سوی راوی به جهت دفع احتمال تردید از سوی راوی است.

توجیه سوم (حمل ده سال بر استحباب)

وجه سوم این است که حدّ اخلاقی استحبابی ده سال است و این در استعمالات شایع است.^۵ این توجیهی است که عرف از آن اباء ندارد و ظاهراً بهترین وجهی است که ذکر شده است.^۶

۱. جامع أحادیث الشيعة، ج ۲۰، ص ۱۸۱، ذیل ح ۱.

۲. الخصال، ج ۲، ص ۴۲۰، ح ۱۵.

۳. جامع أحادیث الشيعة، ج ۲۰، ص ۱۸۱، ذیل ح ۱: «وزاد في نسخة من التهذيب بعد قوله "عشر سنين": قال: "إني سمعته يقول تسع سنين أو عشر سنين"».

۴. الخصال، ج ۲، ص ۴۲۰، ح ۱۵: حدّثنا أبي عليه السلام قال حدّثنا محمد بن يحيى العطار عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا تدخل بالجارية حتى يتم لها تسع سنين أو عشر سنين و قال أنا سمعته يقول تسع أو عشر».

۵. مثلاً گاهی طلبکار به بدهکار می‌گوید: «بدهی را تا هفت هشت سال دیگر تسویه کن»، یا گاهی گفته می‌شود: «تا سه چهار ساعت دیگر اینجا باش»، یا گفته می‌شود: «دو سه تا نان بده».

۶. صاحب جواهر هر سه توجیه را محتمل دانسته است: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴.

اما مرحوم آقای حکیم و آقای خونی تنها توجیه سوم - مختار استاد علیه السلام - را اختیار کرده‌اند: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۷۹؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۴.

مطلب دوم: جمع روایت غیاث (ده سال) با روایات نه سال اما روایت غیاث - که وطی در اقل از ده سال را حرام می‌داند - با روایات دال بر میزان بودن نه سال، ممکن است به چند گونه جمع شود:

جمع اول: لحاظ سنّ تحمل وقاع در برخی دخترها در روایت غیاث جمع اول این است که بسیاری از دخترها دیرتر آمادگی تحمل وقاع را دارند، لذا ملاک در آنها ده سال است و در باقی دخترها نه سال ملاک است.

اشکال جمع اول: عدم تحمل وقاع پس از ده سالگی در بسیاری از دخترها و لکن چون به حسب شرع و عرف، خصوصیتی در سال دهم نیست و بسیاری از دخترها حتی بعد از ده سال هم تحمل وقاع ندارند و مختلف هستند، این جمع نامناسب است.^۱

جمع دوم (صاحب وسائل): حمل روایت غیاث بر ورود به ده سال صاحب وسائل^۲ و برخی دیگر^۳ می‌فرمایند: «اقل از ده سال به معنای ورود در ده سال است نه تمامیت ده سال».

۱. البته صاحب جواهر احتمال حمل روایت بر کراهت را نیز مطرح کرده است:

جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴: «المسألة السادسة لا يحل وطء الزوجة حتى تبلغ تسع سنين إجماعاً بقسميه ونصوصاً بل في الموثق "لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين، ..." لكنه شاذّ يمكن حمله على الدخول في العشر أو على الكراهة أو غير ذلك».

در مستمسک العروة الوثقى (ج ۱۴، ص ۷۹) نیز چنین آمده است: «و أما خبر غياث بن إبراهيم ... فشاذ مهجور، يجب حمل صدره على الاستحباب، بقرينة ما سبق، إن أمكن، وإلا طرح».

مرحوم آقای خوئی (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۴) نیز فرموده است: «و منها: معتبرة غياث بن إبراهيم ... و لا بدّ من حملها على الأفضلية أو دخولها في العاشرة لإتمامها لها».

به عبارتی دیگر ممکن است گفته شود عدم جواز وقاع تا نهایت ده سالگی که از روایت غیاث قابل استفاده است، حمل بر استحباب می‌شود؛ اما این حمل، حملی خلاف ظاهر است و در مقام، عرف چنین حملی را حتی در جمع ادله نیز نمی‌پذیرد.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳.

۳. ملاذ الأخیار، ج ۱۲، ص ۳۴۹؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۴.

جمع سوم: ده سال با احتساب زمان حمل

جمع دیگر جمعی است که ما بیان می‌کنیم^۱ و چنین است: با توجه به روایتی که از دعائم بیان شد (من تزوج جاریه صغیره فلا یطأها حتی تبلغ تسع سنین من یوم ولادتها^۲) محتمل است مراد از قید «من یوم ولادتها» این باشد که شما این مسئله را که کودک در شکم مادر هم مدارجی را طی کرده، به حساب نیاورید.

طبق این معنا تعبیر «لا توطأ جاریه لأقل من عشر سنین» در روایت غیاث، یعنی با حساب کردن ایام حمل، کمتر از ده سال باشد، که تقریباً با همان نه سال از روز ولادت یکی می‌گردد. البته محتمل است که قید «من یوم ولادتها» برای این باشد که از فطام محاسبه نشود.

خلاف ظاهر بودن جمع دوم و سوم

ولی جمع دوم و سوم، خلاف ظاهر است و معلوم نیست خلاف ظاهر بودن جمع سوم بیشتر از جمع دوم باشد.^۳

نتیجه نهایی: حرمت وطی صغیره مطلقاً

در هر حال، با توجه به اجماعی بودن حرمت وطی زوجه صغیره و لحاظ روایات مسئله که دال بر حرمت وطی کنیز است، می‌توان گفت در حرمت وطی صغیره فرقی بین حرّه و کنیز اعم از مملوکه و محله وجود ندارد. همچنین فرقی بین معقوده دائمی و موقت نیست. میزان در صغیره بودن نیز نه سال قمری است، چنان که اجماع بر آن است.

۱. در عبارات فقها نیز چنین جمعی یافت نشد.

۲. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۲۱۴، ح ۴.

۳. البته احتمال دارد که عدم جواز وقوع تا نهایت ده سالگی، حمل بر استحباب شود؛ اما حملی خلاف ظاهر است و در مقام، چنین حملی را حتی در جمع ادله هم عرف نمی‌پذیرد.

بررسی حرمت ابدی در فرض وطی صغیره

مسألة ۲: «إذا تزوج صغيرة دواما أو متعة و دخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها حرمت عليه أبدا على المشهور و هو الأحوط و إن لم تخرج عن زوجيته و قيل بخروجها عن الزوجية أيضا بل الأحوط حرمتها عليه بمجرد الدخول و إن لم يفضها و لكن الأقوى بقاءها على الزوجية و إن كانت مفضاة و عدم حرمتها عليه أيضا.»^۱

فروع اصلی مسئله

فروع اصلی مسئله عبارت است از:

۱. آیا اصلاً حرمت ابدی فی الجملة - ولو در حد حرمت ابدی مباشرت - و با قطع نظر از شرائط آن ثابت است؟
 ۲. آیا شرط حرمت ابد، افضای صغیره است یا نفس دخول کفایت می‌کند؟
 ۳. در هر حال آیا با حرمت ابدی، زن از حباله زوجیت شوهر خارج می‌شود یا خیر؟
- نخست، فرع اول که حرمت ابدی فی الجملة است، بررسی می‌شود.

ادله حرمت ابدی

ادله‌ای که برای اثبات حرمت ابد اقامه شده، اجماع و مرسله یعقوب بن یزید است.

دلیل اول: اجماع

جهت بررسی اجماع، چند مطلب تبیین خواهد شد.

- مطلب اول: مدعیان اجماع بر تحریم ابد
- مطلب دوم: اقوال در مسئله
- مطلب سوم: عدم تحقق اجماع و حتی شهرت قدماء در مسئله

مطلب اول: مدعیان اجماع بر تحریم ابد

در سرائر تعبیر «بلا خلاف»^۲ آمده. در دو جای ایضاح یکی در کتاب النکاح^۳

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۱.

۳. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۶.

و دیگری در کتاب الدیات^۱ ادعای اجماع بر تحریم ابد شده، عمیدی در کنز الفوائد^۲ صریحاً ادعای وفاق کرده، ظاهر کلام ابن فهد در مهذب بارع^۳ و مقتصر^۴ نیز ادعای وفاق است. در جامع المقاصد نیز ادعای اتفاق شده است.^۵ شهید ثانی در مسالک، نخست ادعای «لا خلاف» کرده^۶ که ظهور در اجماع داشته، سپس صریحاً دعوای وفاق کرده^۷، صاحب حدائق هم دعوای نفی خلاف کرده است.^۸ پس مدعیان اجماع - صریحاً یا ظاهراً - بسیار هستند.

مطلب دوم: اقوال در مسئله

ولی آیا در مسئله، مخالفی خصوصاً از قدماء (که ملاک در اعتبار و عدم اعتبار اجماع، اقوال آنهاست)، وجود دارد؟ ابتدا اقوال در مسئله و در ضمن آن برخی عبارات موهم عدم حرمت ابدی بررسی می شود.

قائلین به حرمت ابد تا عصر صاحب جواهر

تا عصر صاحب جواهر کسی یافت نشد که صریحاً فتوا به عدم حرمت ابد حتی عدم حرمت ابدی جماع داده باشد، مگر کاشف اللثام.^۹ از طرفی قائلین به حرمت ابد - ولو حرمت ابدی در جماع - در قرون گذشته فراوان هستند.

۱. إيضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۰۱.

۲. کنز الفوائد، ج ۲، ص ۳۶۷.

۳. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۰: «إذا دخل بمن لها دون التسع، هل يحرم بمجرد الدخول، أو لا يحرم إلا مع الإفضاء؟ الشيخ في النهاية على الأول والباقيون على الثاني».

۴. المختصر من شرح المختصر، ص ۲۲۷: «أقول: ذهب الشيخ في النهاية إلى تحريمها بمجرد الدخول، ومنعه الباقيون إلا مع الإفضاء، وهو المعتمد».

از دو کتاب مهذب بارع و مختصر استفاده می شود که همه فقهاء قائل به حرمت ابدی در مقام هستند؛ البته برخی در فرض افضاء و برخی دیگر در مجرد وطی صغیره قائل به حرمت ابدی هستند.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

۶. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

۷. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

۸. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۲.

۹. كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۳.

• قرن چهارم: مرحوم کلینی (م ۳۲۸ یا ۳۲۹) از فقهای نیمه اول این قرن، قائل به تحریم ابد است؛ زیرا در کافی بابی را عنوان کرده است با عنوان «باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحل ابدًا»، در ذیل این عنوان، محرم شدن ابدی زن به سبب لعان، ازدواج در عده، نه بار طلاق دادن، ازدواج در حال احرام، ازدواج زن شوهردار را ذکر کرده و در کنار این موارد، مرسله یعقوب بن یزید در محل بحث ما را که دلالت بر حرمت ابد در دخول به صغیره می‌کند، ذکر می‌کند. نقل مرسله یعقوب بر طبق عنوان باب در کافی و در سیاق این روایات، دلیل بر فتوای کلینی به مضمون آن است. به شیخ مفید (۳۳۶ - ۴۱۳) نیز این قول نسبت داده شده که بررسی آن مطرح خواهد شد.

• قرن پنجم: شیخ طوسی (۳۸۵ - ۴۶۰) در تهذیب^۲، استبصار^۳ و نهاییه^۴ و ابن براج در مهذب^۵؛ البته فتوای ابن براج در کتاب دیگر ایشان یعنی جواهر الفقه پس از این، بررسی خواهد شد.

• قرن ششم: ابن حمزه در وسیله^۶ و ابن ادریس (م ۵۹۸) در سرائر^۷.

• قرن هفتم: محقق حلّی (۶۰۲ - ۶۷۶) در شرائع^۸، مختصر نافع^۹ و نکت نهاییه^{۱۰}، و

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۲۶.

۲. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۶۸؛ إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۷؛ المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۱.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱.

۴. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵؛ محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن یعقوب بن یزید عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزك بينهما ولم تحل له أبدا». فلا ينافي ما تضمنه خبر برید.

۵. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱.

۶. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۲۲.

۷. الوسيلة، ص ۲۹۲.

۸. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۰.

۹. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴.

۱۰. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۲.

۱۱. مرحوم محقق حلّی در ذیل کلام مرحوم شیخ طوسی که فرموده است: «وإذا تزوج الرجل بصبية لم تبلغ تسع سنين، فوطئها، فرق بينهما» استناد به مرسله یعقوب بن زیاد را به جهت ارسال و همچنین ضعف

شاگرد وی فاضل آبی در کشف الرموز و پسر عموی او یحیی بن سعید (۶۰۱ - ۴۸۹) در جامع^۲. عبارت نزهة الناظر - که منسوب به یحیی بن سعید است - پس از این بررسی خواهد شد.

• قرن هشتم: علامه حلی (۶۴۸ - ۷۲۶) - که در اواخر قرن هفتم هم دانشمند مهمی بوده؛ ولی شخصیت مهم ترش مربوط به قرن هشتم است - در قواعد^۳، تحریر^۴، تبصره^۵، ارشاد^۶ و تلخیص المرام^۷. البته برخی کتب دیگر وی همچون تذکره و منتهی ناقص مانده و کتاب النکاح را در بر ندارند.

فخرالمحققین فرزند علامه (۶۸۲ - ۷۷۱) در ایضاح^۸، سید عمید الدین خواهرزاده علامه (۶۸۱ - ۷۵۴) در کنز الفوائد^۹ و شهید اول در لمعه^{۱۰}.

• قرن نهم: فاضل مقداد (م ۸۲۶) در تنقیح^{۱۱}، و ابن فهد حلی (۷۵۸ - ۸۴۱) در المذهب البارع و المقتصر^{۱۲} و شیخ مفلح صیمری در غایة المرام^{۱۳}.

• قرن دهم: محقق کرکی (م ۹۴۰) در جامع المقاصد^{۱۴} و شهید ثانی (۹۱۱ - ۹۶۵) در

سهل، نپذیرفته است؛ اما استناد به روایت برید را پذیرفته و چنین فرموده است: «ينبغي أن يكون التعويل على ما رواه برید بن معاوية...» (نکت النهایة، ج ۲، ص ۲۹۲).

۱. کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۰۹.

۲. الجامع للشرائع، ص ۴۲۸.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۳.

۴. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۶۷.

۵. تبصرة المتعلمين، ص ۱۳۶.

۶. إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۵.

۷. تلخیص المرام، ص ۱۹۴.

۸. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۶؛ ج ۴، ص ۷۰۱ - ۷۰۲.

۹. کنز الفوائد، ج ۲، ص ۳۶۷.

۱۰. اللمعة الدمشقية، ص ۱۷۴.

۱۱. التنقيح الرائع، ج ۳، ص ۲۵ - ۲۶.

۱۲. المذهب البارع، ج ۳، ص ۲۱۰؛ المختصر من شرح المختصر، ص ۲۲۷.

۱۳. غایة المرام، ج ۳، ص ۶۰.

۱۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

مسالك^۱ و روضه^۲.

- قرن یازدهم: سبزواری (۱۰۱۷ - ۱۰۹۰) در کفایه^۳، فیض (۱۰۰۷ - ۱۰۹۱) در وافی^۴ و نیز در مفاتیح - که عبارت دشواری دارد و در زمره عبارات موهم عدم حرمت ابد بررسی می شود - و نیز شیخ حرّ (۱۰۳۲ - ۱۱۰۴) در وسائل^۵.
- قرن دوازدهم: محدّث بحرانی (م ۱۱۸۶) در حدائق^۶ و فاضل اصفهانی (م حدود ۱۱۳۴) در دو جای کشف اللثام^۷ بر خلاف جای دیگر که عبارت آن را ذکر خواهیم کرد.
- قرن سیزدهم: صاحب ریاض (۱۱۶۱ - ۱۲۳۱) در ریاض^۸، ملّا احمد نراقی (۱۱۸۵ - ۱۲۴۵) در مستند^۹ و صاحب جواهر^{۱۰}.

تصریح کاشف اللثام به عدم حرمت ابد

تنها کسی که در این مسئله صریحاً فتوا به عدم تحریم داده، کاشف اللثام است. وی در سه جای کشف اللثام مسئله را مطرح کرده و در دو مورد - چنان که گذشت - فتوا به تحریم داده است. اما در یک مورد فتوا به عدم تحریم داده است که عبارت وی چنین است:

«لا یحلّ وطئ الزوجة الصغيرة اجماعاً و هی قبل أن تبلغ تسعاً فإن دخل لم تحرم علی الأصحّ الامع الافضاء ... فتحرّم مؤبداً، و ان اندمل الموضوع کما یفهم من التحریر. و قيل: تحلّ حیثئذ و یأتی الترید

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.
۲. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۷.
۳. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۸۸.
۴. الوافی، ج ۲۱، ص ۲۸۵، ح ۲۳: العدة، عن سهل، عن یعقوب بن یزید، عن بعض أصحابنا، عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین فرق بینهما و لم تحلّ له أبداً».
۵. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۳، (باب انّ من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسعاً فافضاءها حرمت علیه مؤبداً...).
۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۱ و ۹۳.
۷. کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۳۹۹؛ و ج ۷، ص ۲۷۱.
۸. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۷.
۹. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۸۰.
۱۰. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۶.

فيه فى الجنایات. هذا هو المشهور بين الأصحاب...^۱

سپس در ادله حرمت ابد در صورت افشاء هم مناقشه کرده می‌گوید: «فالأقوى وفاقاً للنزهة الحل».^۲

صریح نبودن قدماء در عدم حرمت ابد

در هر حال از قدما کسی صریحاً قائل به عدم حرمت ابد نشده است. تنها از عبارت ابن بزّاج در جواهر الفقه^۳ و برخی دیگر، عدم تحریم در صورت اندمال استفاده می‌شود که بر فرض صحت این نسبت - که بحث آن خواهد آمد - او به عنوان مخالف در اصل مسئله به شمار نمی‌آید.

عبارات موهوم عدم حرمت ابد

حال عباراتی که موهوم عدم حرمت ابدی است بررسی می‌شود.

مورد اول: ابن بزّاج در جواهر الفقه

مورد اول، عبارت ابن بزّاج در جواهر الفقه است که چنین است: مسألة:

«إذا وطئ الرجل زوجته فافضاها، ثم أراد جماعها بعد ذلك هل يجوز

له جماعها ام لا؟ الجواب: إذا كان الموضع قد اندمل بعد افشاء و براء

كان له جماعها وان لم يكن اندمل لم يجوز له جماعها و كان لها

منعه إلى أن تندمل و تبرء».^۴

ممکن است از این عبارت استفاده شود که او در فرض اندمال منکر حرمت ابد است.

استدلال به این عبارت در محل بحث که دخول به صغیره است، مبتنی بر اطلاق عبارت است؛ ولی ظاهراً عبارت، اطلاق ندارد بلکه عبارت ناظر به موردی است که نزدیکی ذاتاً جایز بوده و در اثر افشاء حرمت پیدا کرده. ایشان می‌گویند

۱. كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۳.

۲. كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۳.

۳. جواهر الفقه، ص ۱۷۴.

۴. جواهر الفقه، ص ۱۷۴.

که این حرمت عرضی تا وقتی است که اندمال (از بین رفتن اثر افضاء و بازگشت موضع به حالت سابق) حاصل نشده باشد و این امر، به صورت دخول به صغیره - که نزدیکی با وی ذاتاً جایز نیست - ناظر نیست. این عبارت نظیر آن است که گفته شود: «نزدیکی در حال حیض حرام و پس از آن حلال می‌گردد»، این عبارت ناظر به جایی است که نزدیکی ذاتاً حلال بوده و در اثر حیض حرام شده است و به محرمات ابدی نظری ندارد؛ لذا عبارت جواهر الفقه علاوه بر اینکه در فروع مسئله است نه در اصل حرمت نزدیکی، ربطی به بحث دخول به صغیره ندارد، به ویژه با توجه به اینکه ابن بزاج خود در مهذب^۱ فتوا به حرمت ابد داده است و استاد او شیخ طوسی^۲ نیز چنین نظری دارد، و اگر با استادش مخالف باشد، باید با عبارت صریحی این مخالفت را بیان کند؛ مثلاً بگوید: «وَلَوْ بِالصَّغِيرَةِ»، لذا ابن بزاج را نمی‌توان مخالف در مسئله حتی در فرض اندمال دانست.

البته متأخرین فرض اندمال را عنوان کرده‌اند. علامه حلی در قواعد^۳ نخستین کسی است که در حرمت ابد در صورت اندمال تردید کرده، برخی شراح قواعد هم وجه آن را بیان کرده و هیچ طرف را ترجیح نداده‌اند^۴ و برخی فقهاء همچون فاضل مقداده^۵ و شیخ مفلح صیمری^۶ هم گفته‌اند که فرقی بین صورت اندمال و صورت عدم اندمال نیست؛ ولی قبل از علامه حلی کسی را نیافتیم که مسئله اندمال را مطرح کرده و لااقل به نحو تردید بین دو صورت فرق گذارد.

مورد دوم: نزهه الناظر

مورد دوم، عبارتی از نزهه است. در نزهه الناظر منسوب به یحیی بن سعید - که در

۱. المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۲۲۲.

۲. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۶۸۳.

۴. ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۶۳؛ کنز الفوائد، ج ۳، ص ۷۹۱.

۵. التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۲۷.

۶. غایة المرام، ج ۳، ص ۶۱.

حقیقت مربوط به فاضل نیلی^۱ است^۲ - آمده است:

«وَالْحَقُّوْا أَيْضًا أَنَّهُ إِذَا وَطِئَ مِنْ لَهَا دُونَ تَسْعِ سَنِينَ فَأَفْضَاَهَا أَتَاهَا
يَحْرَمُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ وَطْئُهَا أَبَدًا وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ فِي
الْإِسْتَبْصَارِ مَعَ جَوَازِ امْسَاكِهَا.»^۳

این جمله اشاره دارد که هرچند وطیش حرام است؛ ولی از زوجیت بیرون نرفته است. در ادامه فرموده است:

«وَذَهَبَ النِّهَايَةُ فِي بَابِ مَا يَسْتَحِبُّ فَعْلُهُ لِمَنْ أَرَادَ الْعَقْدَ أَوَّالِ الزَّوَافِ»^۴ إِلَى أَنَّهُ يَفْرُقُ
بَيْنَهُمَا وَلَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا.»^۵

ظاهر این عبارت، انفساخ زوجیت است. ایشان سپس مستند قول نهاییه را که
مرسله یعقوب بن زیاد است، نقل کرده، در آن اشکال کرده و می‌گوید: «وَالصَّحِيحُ
أَنَّهَا لَا تَحْرَمُ»^۶ و سپس روایت برید را به عنوان دلیل خود ذکر می‌کند.

در عبارت زنه آمده است: «الصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَحْرَمُ» یعنی صحیح این است که
خود زن حرام نیست و زوجیت باقی است؛ لذا ایشان تنها قول نهاییه را نپذیرفته؛
ولی در اصل حرمت ابدی وطی زن مخالفتی ندارد. علمایی همچون شیخ طوسی
در استبصار که عدم خروج زن از زوجیت مرد را اختیار کرده‌اند، به همین روایت
برید تمسک کرده‌اند که در آن اختیار طلاق را به زوج داده که معلوم می‌گردد قهراً
از زوجیت مرد خارج نشده است؛ بنابراین در این عبارت، فتوا به بطلان هر دو قول
صادر نشده، بلکه فقط خروج زن از زوجیت مرد، نفی شده است؛^۷ لذا از عبارت

۱. او در طبقه اساتید محقق حلی و متوفای ۶۴۴ قمری است: (أعيان الشيعة، ج ۶، ص ۱۴).

۲. ریاض العلماء، ج ۲، ص ۸۴.

۳. زنه الناظر، ص ۹۶.

۴. بابی در نهاییه شیخ طوسی است درباره مستحبات مربوط به کسی که می‌خواهد زنی را به عقد خود
درآورد، یا عقد کرده می‌خواهد او را به خانه ببرد (مستحبات زفاف).

۵. زنه الناظر، ص ۹۶.

۶. زنه الناظر، ص ۹۶.

۷. در آیه شریفه «حَرَّمَ عَلَيْكَ أَهْلَ بَيْتِكَ وَ...» هم که حرمت به خود زن نسبت داده شده، اشاره به عدم
صحت تزویج آن و در نتیجه، حرمت استمتاعات مترتب بر آن است.

نزهه، برنمی‌آید که مؤلف در اصل مسئله حرمت ابدی وطء مخالف است. در ریاض با رمز «ضة» که رمز برای کتاب الروضة البهية (شرح لمعه) است، حکایت انکار حرمت ابدی وطی مطرح شده است^۱ که نسبت صحیحی نیست؛ زیرا شهید ثانی در شرح لمعه قائل به حرمت ابدی وطی است. اگرچه قائل به انفساخ عقد نیست.^۲ بعید است که صاحب ریاض به شرح لمعه که کتابی در دسترس است مراجعه نکرده باشد^۳ تا تعبیر «عن» به کار ببرد؛ لذا محتمل است «ضة» مصحف «هه» باشد که همان نزهه الناظر است و بعید نیست که ایشان مراجعه به آن نکرده باشد. اما در هر حال، چنان‌که بیان شد این نسبت به صاحب نزهه الناظر نیز صحیح نیست.

مورد سوم: صاحب مدارک در نهایه المرام

مورد سوم، عبارتی در نهایه المرام است. صاحب مدارک در نهایه المرام عبارتی دارد که خلاصه آن را علامه مجلسی در مرآة العقول^۴ نقل کرده و گویا مضمون آن را پذیرفته؛ چون نقدی بر آن ذکر نکرده است. عبارت نهایه المرام چنین است:

«ولو دخل بها قبل التسع لم تحرم الا مع الافضاء، فإنها تحرم مؤبدا
اقا التحريم مع الافضاء قال في المسالك: إنه لا خلاف فيه وسيجيء
الكلام فيه ...»

مراد از کلمه سیجیء چیست؟ در هیچ بحثی مطلبی در این باره ندارد. تنها در چند سطر بعد عبارتی دارد که به نظر می‌رسد که به همان ناظر است و حرف سین که بر سر سیجیء آمده و به معنای آینده نزدیک است، اشاره به همین جهت است:

«و اما آنها لا تحرم بدون الافضاء فيدل عليه التمسك بمتقضى

۱. ریاض المسائل (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۷۶.

۲. الروضة البهية (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۷.

۳. با فحص در ریاض روشن می‌شود که موارد بسیار بسیار اندکی بوده است که صاحب ریاض به شرح لمعه مراجعه مستقیم نداشته است. برای نمونه:

ریاض المسائل، ج ۱، ص ۱۲۳.

۴. مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۸۹.

الأصل السالم عما يصلح للمعارضة و ذهب الشيخان إلى أنها تحرم مؤثداً بذلك و استدلل عليه في التهذيب بما رواه يعقوب بن يزيد ... و هذه الرواية ضعيفة مرسله فلا يمكن التعلّق بها في اثبات حكم مخالف للأصل.^۱

ممکن است گفته شود که تعبیر «سیجیء الکلام فیه» بدین جا اشاره دارد، با این تقریب که هرچند عبارت درباره تحریم بدون افشاء است؛ ولی مناقشه ایشان در روایت است. قائلین به اشتراط افشاء در تحریم و منکرین آن، همگی برای اثبات اصل تحریم به همین روایت تمسک می کنند. البته شرط کنندگان افشاء، اطلاق روایت را به جهت معارضة با روایات دیگر تفسیر می کنند؛ ولی منکرین، به اطلاق روایت اخذ می کنند و در هر حال مدرک تحریم همین روایت است. در هر حال، فرض این است که تحریم در فرض افشاء هم مخالف اصل است؛ پس تحریم در فرض افشاء هم نادرست است و باید با توجه به اصل، قائل به جواز شد.

این نهایت تقریبی است که می توان بیان کرد تا جواز در اصل مسئله را بتوان به صاحب مدارک نسبت داد؛ ولی صاحب مدارک خوش قلم و روشن نویس است و بعید است با این عبارت مبهم بخواهد اصل قول به تحریم را رد کند؛ بلکه وعده ای که در عبارت «سیجیء الکلام فیه» داده شده یا از نسخ موجود کتاب افتاده، یا ایشان فراموش کرده که به این وعده عمل کند، و بعید است که اشاره به متن چند سطر بعد باشد که به تکلف و تمسک به عموم تعلیل نیازمند است. همچنین به گفته شهید ثانی در مسالک، مخالفی در مسئله وجود ندارد^۲ و مسئله اجماعی است^۳؛ بنابراین اگر مدرک روایی مسئله هم ناتمام باشد، اجماع صاحب مسالک بنابر مبنای صاحب مدارک که اجماع منقول را حجت می داند^۴، در

۱. نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۱.

۲. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

۳. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۶۷.

۴. با تتبع در مدارک و نهاية المرام اثبات می شود که ایشان اجماع منقول را حجت می داند اگرچه اجماع مدرکی باشد. البته ایشان در مواردی تصریح کرده که فقط در صورت قطع به دخول معصوم علیه السلام در مجمعی، این اجماع معتبر است. (برای نمونه: «فإن الإجماع إنما يكون حجة مع العلم القطعي بدخول

اثبات تحریم کافی است و اگر صاحب مدارک بخواهد تحریم را انکار کند، باید در اجماع مناقشه کند و مخالفی را در مسئله ذکر کند و مجرد ردّ مدرک روایی مسئله کفایت نمی‌کند.

بنابراین صاحب مدارک را هم نمی‌توان از منکرین تحریم ابد دانست.

مورد چهارم: مرحوم فیض در مفاتیح الشرائع

مورد چهارم، عبارتی در مفاتیح است. از عبارت مرحوم فیض در مفاتیح ممکن است به نظر برسد که او یا خود از مخالفان است یا لأقل مخالفی سراغ داشته و مسئله اجماعی نیست. عبارت ایشان چنین آغاز می‌شود: «اذا دخل بصبّیة لم تبلغ تسعا فافضاها حرم علیه وطنها علی المشهور». «تعبیر «علی المشهور» نشان می‌دهد که قول غیر مشهوری در کار است که اصلاً وطی، حرام ابدی نیست.

ولی قرائن در کلام ایشان می‌رساند که معنای عبارت فوق چنین نیست. ایشان در ادامه می‌گویند:

«وفی الخبر اذا خطب إمراً فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزق بينهما، ولم تخل له أبداً و ليس فيه قيد الافضاء و لهذا لم یقید الشيخ به فی النهاية ولكن الباقين قیدوه و صرحوا بعدم التحريم مع عدمه. و هذا الخبر نص فی خروجها عن حبالته خلافاً للأشهر

قول المعصوم فی جملة أقوال المجمعين...»، مدارک الأحکام، ج ۱، ص ۴۳؛ اما این عبارت ایشان به معنای مناقشه در صغری تحقق اجماع است؛ زیرا ایشان بسیار به اجماع تمسک کرده و اعتبار قطع به دخول معصوم در مجمعین نشان می‌دهد که مجرد مدرکی بودن را مضر نمی‌داند؛ لذا بعید است که اجماع منقول شهید ثانی در مسالک را معتبر نداند در حالی که در نظائر فراوانی به همین اجماعات منقول استدلال کرده است.

در هر حال، برخی نمونه‌های تمسک ایشان به اجماع منقول و یا قبول کبرای حجیت اجماع گرچه مدرکی یا محتمل المدرکیه باشد، چنین است:

مدارک الأحکام، ج ۱، ص ۱۲۴-۱۲۵؛ مدارک الأحکام، ج ۱، ص ۲۳۸.

از موارد دیگر تمسک ایشان به اجماع، موارد ذیل است: مدارک الأحکام، ج ۱، ص ۲۰۰، ۲۱۷، ۲۲۸، اگرچه این نمونه‌ها در مدارک الاحکام و همچنین نه‌ای المرام، بسیار بیش از این مقدار است.

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۴۷.

لقطع الخبر^۱ و تمسکا بالاستصحاب^۲ و عدم منافاة التحريم لذلك وللخبر.»

در مورد «الباقين» ممکن است گفته شود که تنها دو قول در مسئله است، تحریم بدون قید افشاء که نظر شیخ در نهایت است و تحریم با قید افشاء که نظر دیگران -الباقين- است؛ ولی ممکن است با قطع نظر از قرائن آتی، مراد از الباقين، بقیه علماء نباشد، بلکه بقیه علمای قائل به قول مشهور مراد باشد، یعنی مقسم، قول مشهور علماء است نه قول تمام علماء.

سپس ایشان دو خبر نقل می‌کند که صریح در جواز نگهداری و ترک طلاق است که از آن عدم خروج از حباله نکاح استفاده می‌شود.

در این عبارت این اشکال مطرح است که ایشان با اینکه مرسله رانص در خروج زن از حباله مرد می‌داند، چگونه در ذیل می‌گوید: «و عدم منافاة التحريم لذلك؟» اگر خبر مذکور، صریح در خروج از حباله نکاح است، چگونه منافات با بقاء عقد ندارد؟

پاسخ این است که مراد از کلمه تحریم، مفاد روایت یعقوب بن یزید -که حرمت ابدی به معنای انفساخ زوجیت است- نیست؛ بلکه تحریم وطی است که جزء مسلمات بوده و همه آن را قبول دارند. در صفحه ۲۹۰ هم خود ایشان قائل به تحریم شده و به قبل ارجاع داده است: «ولو أفضاها حرمت علیه أبدا كما مرّ»^۳، البته این عبارت در برخی نسخ کتاب نیامده ولی از ملاحظه متن کتاب معلوم می‌گردد که این عبارت از خود مؤلف است و مراد ایشان از «كما مرّ» ظاهراً اشاره به صفحه ۲۴۷ است که در سطور بالا مطرح شد. ایشان در وافی^۴ هم فتوا به تحریم داده است. با توجه به مجموع این مطالب چنین به نظر می‌رسد که قید «علی المشهور» در کلام مفتاح ناظر به اصل مسئله تحریم ابد نیست؛ بلکه ناظر به شرطیت افشاء برای تحریم

۱. استاد^{علیه السلام}: قطع، به معنای ارسال است، مقابل اتصال خبر.

۲. استاد^{علیه السلام}: یعنی استصحاب بقای نکاح در هنگام شک در آن. البته در نسخه چاپی، «بالاستصحاب» آمده که غلط چاپی است.

۳. مفتاح الشرائع، ج ۲، ص ۲۹۰.

۴. الوافی، ج ۲۲، ص ۷۵۷.

ابد است و قول غیر مشهور، تحریم ابد بدون اشتراط افشاء و به نحو مطلق است. پس نه خود ایشان در اصل مسئله تحریم مخالف است و نه به قول مخالف در مسئله اشاره دارد.

نتیجه: عدم مخالف صریح در حرمت ابدی تا زمان صاحب جواهر جز کاشف اللثام نتیجه بحث این است که قبل از صاحب جواهر، تنها مخالف صریح با حرمت ابدی، صاحب کشف اللثام در یک مورد کتاب خود بوده که در دو مورد دیگر حرمت ابدی را پذیرفته است.

مطلب سوم: عدم اجماع و حتی شهرت قداماء در مسئله حال ممکن است گفته شود که وقتی تا زمان صاحب جواهر همه (به جز فاضل هندی آن هم در برخی اقوال خود) قائل به حرمت ابد شده‌اند، اصل حرمت ابدی اجماعی بوده و اجماع، مدرک مستقل در مسئله است.

ظهور عبارت برخی فقهاء در عدم حرمت ابد
اما می‌توان گفت که مسئله اجماعی نیست؛ بلکه شهرت آن در بین قداماء نیز ثابت نیست؛ زیرا اولین کسی که صریحاً حکم به حرمت ابد کرده شیخ طوسی در تهذیب^۱، استبصار^۲ و نهاییه^۳ است، و ظاهراً فتوای مرحوم کلینی^۴ نیز همین باشد که به زودی درباره آن مطالبی بیان خواهد شد. اما ابن جنید^۵، شیخ صدوق^۶، شیخ مفید^۷،

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱: «و من تزوج بصبیة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزك بينهما و لم تحل له أبدا».

۲. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵: «محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن یعقوب بن یزید عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزك بينهما و لم تحل له أبدا».

۳. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱.

۴. الکافي، ج ۵، ص ۴۲۶: «باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحل له أبدا».

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۶۴.

۶. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹.

۷. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۷۴۷.

سید مرتضی^۱، أبو‌الصلاح حلبی^۲، سلار^۳، ابن زهره^۴، کیدری^۵، که همه از متقدمین هستند، هیچ یک فتوا به حرمت ابدی نداده‌اند. البته به برخی از این فقهاء همچون شیخ مفید و سید مرتضی فتوای به تحریم نسبت داده شده که چنان‌که خواهد آمد، نسبت صحیحی نیست.

بلکه تعبیر بسیاری از قدماء، ظهور در خلاف دارد. مثلاً شیخ صدوق در فقیه، روایات بسیاری دربارهٔ محرمات ابد ذکر کرده^۶ و روایتی همچون مرسله یعقوب بن یزید را که از آن تحریم ابد در دخول به صبیّه استفاده می‌شود، نیاورده؛ بلکه صحیحهٔ حمران^۷ را که صریح در عدم انفساخ است، آورده است.^۸ در مقنع^۹ هم تنها در مسئله دخول به صبیّه، حکم ضامن بودن مرد را نسبت به عیب وارد شده بیان کرده و دربارهٔ حرمت ابد فتوایی بیان نکرده است.

شیخ مفید هم بابی را به عنوان «باب من یحرم نکاحهنّ من النساء بالأسباب دون الأنساب»^{۱۰} گشوده و در آن باب، حدود بیست عنوان محرم ابدی ذکر کرده؛ ولی این مسئله را ذکر نکرده است. ایشان در جایی دیگر (کتاب القضاء و الشهادات و القصاص و الدیات، باب ضمان النفوس) هم موضوع مسئله را عنوان کرده، می‌گوید: «والرجل اذا جامع الصبیبة و لها دون تسع سنین فأفضاها کان علیه دية نفسها والقیام بها حتی یفرق الموت بینهما»^{۱۱}، پس تنها متعرض دو حکم دیه و لزوم

۱. ایشان اصلاً مسئله وطی صغیره را مطرح نکرده است.

۲. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۴.

۳. المراسم، ص ۲۴۱.

۴. غنیة النزوع، ص ۳۵۲.

۵. إصباح الشیعة، ص ۴۲۹.

۶. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۶، ح ۴۴۵۳، ۴۴۵۴؛ و ص ۴۷۰، ح ۴۶۳۹.

۷. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳.

۸. یعنی از اطلاق مقامی کلام ایشان استفاده می‌شود که قائل به حرمت ابدی نبوده است و الا باید متذکر می‌شد.

۹. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹.

۱۰. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۵۰۰.

۱۱. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۷۴۷.

نفقه شده و حرمت ابد را ذکر نکرده است.^۱

لذا حتی اصل حرمت ابدی نیز اجماعی نیست؛ بلکه شهرت در قدما هم معلوم نیست. پس باید به مدرک روایی مسئله توجه کرد.

انتساب نادرست قول به حرمت ابد به سید مرتضی و شیخ مفید

در ریاض، نسبت حرمت ابد به صریح انتصار حکایت شده است^۲؛ ولی این نسبت ناتمام است. سید مرتضی نه در انتصار و نه در ناصریات و نه در هیچ یک از کتب و رسائل خود که در دسترس است، این مسئله را عنوان نکرده تا فتوا به تحریم دهد. همچنین علامه حلی در تحریر^۳ و فخرالمحققین در ایضاح^۴ و نیز ابن فهد در مهذب^۵ شیخ مفید را از قائلین به تحریم دانسته اند، بلکه در تحریر و ایضاح، انفساخ عقد زن را نیز به شیخ مفید نسبت داده اند؛ ولی این نسبت نیز اشتباه است و در مقنعه چنین فتوایی نیست. علامه خود در مختلف که عبارات فقها را نقل می کند و نیز سایر فقها، چنین فتوایی را از مفید نقل نمی کنند.

منشأ اشتباه - همچنان که در جواهر^۶ اشاره شده - این است که در تهذیب که شرح مقنعه است، چنین عبارتی وجود دارد: «من تزوج بصیّة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزق بينهما ولم تحلّ له ابدا».^۷ در برخی عبارات، بالای این عبارت خط کشیده شده و با توجه به اینکه بالای عبارت متن که همان مقنعه است، خطی کشیده

۱. در عبارت مقنعه نیز مانند آنچه درباره عبارت مرحوم صدوق بیان شد، از اطلاق مقامی کلام ایشان استفاده می شود که قائل به حرمت ابدی نبوده است والا باید متذکر می شد.

۲. ریاض المسائل (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۷۶: «و عن صریح الانتصار والإيضاح و ظاهر غیره الإجماع علیه». نسبت مطرح شده، در چاپ قدیم ریاض وجود دارد که ادعای اجماع سید مرتضی بر حرمت ابدی است، نه صرفاً فتوای او به حرمت ابد. اما این نسبت در چاپ جدید از ریاض وجود ندارد (ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۶۹: «و عن صریح الإيضاح و ظاهر غیره الإجماع علیه»).

۳. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۶۸.

۴. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۷.

۵. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۱.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸.

۷. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱.

می‌شده، شاید همین منشأ شده که گمان برده‌اند که عبارت، مربوط به مقنعه است. اما اولاً، در هیچ نسخه مستقل مقنعه این عبارت دیده نشده است؛ لذا این جمله از شیخ مفید نیست.

ثانیاً، با مراجعه به تهذیب به روشنی معلوم می‌شود که این عبارت از خود شیخ طوسی است نه از شیخ مفید؛ زیرا رسم شیخ طوسی در تهذیب این است که عبارت مقنعه را با کلمه «قال الشيخ...» نقل می‌کند و سپس وجه آن را بیان می‌کند. در تمام کتاب النکاح هم عبارت‌های مربوط به مقنعه با «قال الشيخ» آغاز می‌گردد؛ ولی در لایه مطالب، شیخ طوسی عبارت‌های زیادی از خود آورده و دلیل آن را ذکر می‌کند^۲ که با کلمه «قال الشيخ» همراه نیست. عبارت مورد بحث هم به همین شکل است؛ پس از رسم خود تهذیب هم بر می‌آید که این عبارت از شیخ مفید نیست.

تأثر «مدعیان اجماع بر حرمت ابد» از فخر المحققین

نتیجه اینکه فتوای به حرمت ابدی، اجماعی نیست. ما با فحص در موارد مختلف بدست آورده‌ایم که منشأ بسیاری از ادعاهای اجماع، کلام فخرالمحققین در ایضاح است.^۳ فخرالمحققین، فحلی از فحول طراز اول بوده و به تبع او محقق ثانی که از فقهای بزرگ است، این‌گونه ادعایی را تکرار می‌کند^۴، فقهای متأخر همچون شهید ثانی که بسیار تحت تأثیر محقق ثانی هستند تبعیت می‌کرده‌اند؛ لذا ریشه این ادعاهای اجماع، فخرالمحققین است. ایشان هم که از متفکران درجه اول است، در بحث‌های تبعی همچون دیگر متفکران، فحص کافی نمی‌کند؛ بلکه بیشتر به فکر کردن می‌پردازد، همچون شیخ انصاری که در اوج قلّه فکر و تحقیق قرار دارد،

۱. تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۴۰، ۲۴۸، ۲۹۶، ۳۰۲، ۳۰۵، ۳۰۹، ۳۱۰، ۳۱۱، ۳۱۲ و

۲. تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۴۴، ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴، ۲۵۵، ۲۵۶، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳، ۲۶۴، ۲۶۶، ۲۶۷، ۲۶۸، ۲۶۹، ۲۷۰، ۲۷۱، ۲۷۷، ۲۷۹، ۲۸۰، ۲۸۱، ۲۸۲، ۲۸۳، ۲۸۴، ۲۸۵، ۲۸۶، ۲۸۷ و ... ص ۳۱۱ (مورد بحث).

۳. استاد^{رحمته} البته قبل از فخر المحققین، ابن زهره در غنیه در هر مسئله ادعای اجماع می‌کند؛ ولی نتیجه ادعاهای اجماع مرحوم ابن زهره، منشأ ادعاهای اجماع متأخرین نشده است.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

ولی اشتباهات بسیار در نقل از وی دیده می‌شود.^۱ در هر حال به نظر می‌رسد که فخرالمحققین با اندک فحوصی در برخی کتب و نیافتن مخالف، ادعای اجماع کرده و همین ادعا با پیروی محقق کرکی از وی، به کلام متأخرین راه یافته است. قبل از ایضاح تنها در سؤال سائلی از ابن ادریس کلمه «لا خلاف» در تحریم ابدی ذکر شده، و ابن ادریس هم متعرض این جهت نشده که آیا اجماعی در مسئله وجود دارد یا نه؛ بلکه به جهات دیگر بحث پرداخته و درصدد اثبات عدم تلازم بین حرمت ابد و انفساخ ابدی عقد برآمده است؛^۲ لذا روشن نیست که مدعی «لاخلاف»، چه کسی است.

دلیل دوم: مرسله یعقوب بن یزید

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «إِذَا خُطِبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَدَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ شَوَّانٍ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَحْلَلْ لَهُ أَبَدًا.»^۳

دلیل دوم بر حرمت ابدی، مرسله یعقوب بن یزید است.

بررسی سندی: ارسال سندی بدون جابر ضعف سند

در سند روایت دو اشکال مطرح است: ضعف یا عدم ثبوت وثاقت سهل بن زیاد و ارسال روایت.

۱. استاد علیه السلام: مرحوم آقای خونی نیز چنین است. ایشان از جمله در همین بحث، فرموده است که از شیخین و ابن ادریس قول به انفساخ حکایت شده، بعد می‌فرماید: «على تأمل في النسبة» (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۷). گویا ایشان به جهت کثرت مشاغل دینی با عجله به مستمسک رجوع کرده و اشتباهاً به جای مسئله عدم شرطیت افضاء در تحریم (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۲: «فقد نسب ذلك [أي الحرمة الأبدية] بمجرد الدخول [إلى الشيخين في المقنعة و النهاية و إلى ابن إدریس]»، مسئله انفساخ عقد را به ابن ادریس نسبت داده، با اینکه این نسبت در مستمسک نیست. علاوه بر اینکه ابن ادریس شدیداً با قول انفساخ مخالفت کرده و به تندی کلام ابن حمزه را رد کرده و بطلان آن را از مقطوعات دانسته و فرموده است که ما رساله‌ای در بطلان آن نوشته‌ایم (السرائر، ج ۲، ص ۵۳۰). در هر حال کثرت مشاغل، سبب شده که این بزرگان به جهت تراحم اهم و مهم، بیشتر به فکر کردن بپردازند تا دقت در نقل؛ بدین جهت، بسیار اشتباه در نقل ایشان دیده می‌شود.

۲. أجوبة مسائل و رسائل (ابن ادریس)، ص ۴۱۵.

۳. الکافي، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۲.

در مورد اشکال اول، هرچند وثاقت سهل محل اختلاف است؛ ولی طبق نظر مختار، ثقه است. البته اشکال ارسال روایت وارد است.

در بررسی تقیید مفاد روایت به فرض افشاء، بیان خواهد شد که مشهور به این روایت عمل نکرده‌اند تا گفته شود -طبق مبنای جبران ضعف سند با عمل مشهور- روایتی معتبر است. البته به تفصیل بیان خواهد شد که اجماع بر خلاف مفاد آن نیز وجود ندارد؛ لذا برخی فقهاء، مجرد دخول به صغیره را حتی اگر افشاء نشود موجب حرمت ابدی دانسته‌اند.

اشکال دلالی: منوط کردن حرمت ابدی به خواستگاری نه تزویج

در هر حال، عبارت روایت با اشکالی مواجه است که در کلمات علما مورد توجه قرار نگرفته است. ظاهراً سؤال در این روایت، صورت خطبه و خواستگاری است و ربطی به مقام که صورت تزویج صغیره است، ندارد.

حتی ممکن است گفته شود که همین جهت منشأ شده که کلینی مرسله را در اینجا بیاورد که ظاهر آن، فتوای اوست و روایت‌های دیگر را همچون روایت برید^۲ که صریح در عدم انفساخ است، در جای دیگر^۳ نقل کند؛ لذا شاید کلینی هم در مقام که فرض ازدواج است، به تحریم ابد که ظاهر آن انفساخ عقد است، معتقد نباشد و طبق روایت برید فتوا دهد و فقط در فرض مجرد خطبه و عدم ازدواج، طبق مرسله قائل به حرمت ابد باشد، بر خلاف شیخ در نهایی^۴ و تهذیب^۵ که در صورت تزویج نه

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۲۶: «باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحل له أبدا».

۲. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد و عن علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق عن برید بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل اقتض جارية يعني امرأته فأفضاها قال: عليه الذية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين. قال: فإن كان أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق».

۳. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۱: «باب ما تجب فيه الذية كاملة من الجراحات التي دون النفس وما يجب فيه نصف الذية والثلث والثلثان».

۴. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۵۳.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱.

خطبه، به حرمت ابد قائل شده است.

پاسخ اشکال دلالی

اما اشکال دلالی فوق، قابل پاسخ است.

مطلب اول: دلالت «فرق بینهما» بر تحقق تزویج قبلی با لحاظ فضای صدور روایت

با تأمل در پاسخ امام علیه السلام در این روایت به نظر می‌رسد که روایت، ناظر به صورت ازدواج است؛ زیرا در جواب، عبارت «فرق بینهما» به کار رفته است؛ البته این تعبیر دلالت ندارد که ازدواج شرعی قبلاً تحقق یافته و سپس باطل شده است؛ زیرا این عبارت در تزویج زن در حال عده یا زن شوهردار هم به کار رفته است که اصلاً علقه زوجیت حاصل نشده است؛ ولی از این جمله استفاده می‌شود که زن و مرد به جهت اشتباه یا از سر عصیان یا ازدواج شرعی، آثار زوجیت را در خارج بار کرده و تکویناً در کنار هم بوده‌اند و شارع امر به جدا کردن آنها داده تا زمینه تماس آنها از میان برود. اگر تکویناً زن و مرد از هم جدا باشند، تعبیر «فرق بینهما» به کار نمی‌رود؛ بلکه این تعبیر تنها در صورتی که زن و مرد در خارج همانند زن و شوهر شرعی در کنار هم باشند، به کار می‌رود. این معنا در بحث ما مفید است؛ زیرا در زمان‌های سابق به مجزء خواستگاری خصوصاً در زوجه صغیره هیچ گاه زن را به خانه مرد نمی‌برده‌اند و زن همراه مرد نبوده است؛ لذا از تعبیر «فرق بینهما» در پاسخ امام علیه السلام می‌فهمیم که در مفروض روایت، زن در خانه شوهر بوده و با عنایت به رسم آن زمان‌ها، مجزء خطبه نبوده بلکه اولیاء زن او را همسر مرد می‌پنداشته‌اند؛ پس مربوط به صورت ازدواج صغیره است.

مطلب دوم: لغو نبودن ذکر خواستگاری در روایت

ممکن است اشکال شود که اگر سؤال از صورت ازدواج است، ذکر قید «خطب» لغو است؛ چون خواستگاری در این حکم بی تأثیر است. پاسخ این است که سائل با أخذ قید «خطب» می‌فهماند که در این مورد، شرائط صحت ازدواج مانند اجازه اولیاء فراهم بوده و مقدمات طی شده است.

لذا همچنان که مشهور از مرسله فهمیده‌اند - بلکه شاید مخالفی در مسئله نباشد - روایت فوق مربوط به فرض «ازدواج» با صغیره است، نه مجرد «خواستگاری».

مطلب سوم: علت ذکر انحصاری مرسله توسط کلینی

اما اینکه مرحوم کلینی مرسله یعقوب را در اینجا آورده، ولی روایت برید عجلی را در باب دیگر، ممکن است به جهت غفلت از تعارض بین آنها باشد که این احتمال با لحاظ فاصله قابل توجه بین این دو روایت بی وجه نیست.^۱ البته ممکن است گفته شود که شاید مرحوم کلینی همچون شیخ طوسی در استبصار^۲ بین این دو روایت جمع دلالتی کرده و از مرسله یعقوب بن یزید انفساخ عقد را استفاده نکرده است. اما این احتمال، خلاف صریح عرفی روایت است.

توضیح مطلب: وقتی مثلاً گفته شود: «حرمت علیکم أمهاتکم» یعنی همه تمتعات بر شما حرام است که لازمه عرفی آن، بطلان ازدواج است، خصوصاً که موردی در فقه وجود ندارد که همه تمتعات، حرام باشد و در عین حال زوجیت باقی مانده باشد؛ لذا ظهور عنوان باب کافی (باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحل له أبدا) در انفساخ عقد است. به علاوه، روایاتی که در کنار این مرسله نقل شده است، روایات لعان، تزویج با ذات البعل، تزویج با معتده و طلاق نهم است که مفاد همه، بطلان ازدواج است، یا اصلاً ازدواج واقع نمی شود و یا ازدواج صورت گرفته باطل می شود. مفاد تعبیر «فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَ لَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا» که در این روایت آمده، در احادیث دیگر^۳ در موارد انفساخ عقد مانند ازدواج با معتده یا ذات البعل به کار رفته

۱. مرسله یعقوب در کتاب النکاح (باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحل له أبدا) از کافی شریف آمده است که طبق چاپ اسلامی، جلد پنجم آن است (الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱۲)، در حالی که صحیحیه برید در کتاب الدیات (باب ما تجب فيه الذیة كاملة من الجراحات التي دون النفس و ما يجب فيه نصف الذیة و الثلث و الثلثان) آمده است که طبق چاپ اسلامی، جلد هفتم است (الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸) و طبق این چاپ، بین این دو روایت بیش از هزار صفحه فاصله وجود دارد.

۲. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۴۹، ح ۱۰: محمّد بن یعقوب عن عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمّد رفعه «أن الرجل إذا تزوّج امرأة و علم أن لها زوجاً فرّق بينهما و لم تحل له أبداً»؛ و ص ۴۵۰، ح ۲؛ و ص ۴۵۱، ح ۶؛ و ص ۴۵۲، ح ۹؛ و ج ۲۱، ص ۳۸۲، ح ۱۰؛ و ج ۲۸، ص ۱۹۶، ح ۱.

است؛ لذا صاحب مفاتیح تعبیر کرده که این خبر، نصّ در خروج زن از حباله نکاح او است.^۱

نظیر همین مطلب در مورد شیخ طوسی در تهذیب و نهایه نیز صادق است. مثلاً در تهذیب، مرسله یعقوب در بابی تحت عنوان «باب من یحرم نکاحهنّ بالأسباب دون الأنساب»^۲ در کنار روایات لعان، ازدواج با ذات البعل و معتده آمده است، چنان که در نهایه نیز چنین است و در کنار موارد حرمت ابدی نکاح، این مسئله آمده است.^۳ البته در استبصار، شیخ طوسی فتوا به حرمت جماع داده است؛ زیرا در جمع بین مرسله یعقوب و روایات عدم انفساخ عقد چنین نتیجه ای گرفته است؛ اما در هر حال ایشان نیز از مرسله یعقوب، با قطع نظر از سایر اخبار، انفساخ عقد را فهمیده است؛ لذا در استبصار، ذیل مرسله چنین فرموده است:

«فلا ينافي ما تضمنه خبر برید من قوله فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه لأن الوجه فيه أن نحمله على أن المرأة إذا اختارت المقام معه واختار هو أيضا ذلك ورضيت بذلك عن الذية كان جائزا ولا يجوز له وطؤها على حال على ما تضمنه الخبر الأخير حتى نعمل بالأخبار كلها»^۴

بررسی نقیید روایت به فرض افضاء به دلیل اجماع

برخی^۵ با استناد به عمل مشهور به روایت، خواسته اند که ضعف سند روایت را جبران شده بدانند؛ ولی در مقابل، در جواهر^۶ و مستمسک^۷ ادعای اجماع برخلاف این روایت شده است؛ لذا نتیجه کلام ایشان این است که اگر روایت صحیح

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۴۸.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۹۶.

۳. النهایه (شیخ طوسی)، ص ۴۵۳.

۴. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵.

۵. مفتاح الکرامه (چاپ قدیم)، ج ۱۰، ص ۴۵۱.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸.

۷. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۲.

السند هم بود، طرح می شد؛ زیرا اجماع فقهاء بر آن است که مجرد دخول به صغیره بدون افضاء، سبب حرمت ابد نیست. به علاوه، تقیید روایت به صورت افضاء هم ممکن نیست پس باید روایت را کنار گذاشت.

مرحوم آقای خوئی نیز فرموده است: «هو لا قائل به»^۱ که نتیجه آن نیز عدم جبران ضعف سند روایت - با قطع نظر از خدشه در کبرای جبران ضعف سند با عمل مشهور - است.

در اینجا سه مطلب باید بررسی شود:

- مطلب اول: بررسی اجماع بر عدم حرمت ابد به مجرد دخول.
- مطلب دوم: حتی اگر اجماع فوق پذیرفته شود، آیا تقیید روایت فوق به صورت افضاء غیر ممکن است؟
- مطلب سوم: با فرض قبول اجماع و امکان تقیید مرسله به صورت افضاء، آیا این تقیید حجت است؟

مطلب اول: بررسی اجماع بر عدم حرمت ابد به مجرد دخول

در بررسی مطلب اول می توان گفت که این ادعای اجماع، صحیح نیست؛ زیرا برخی به حرمت ابد با نفس دخول قائل شده اند که در ادامه بیان خواهد شد. البته انفساخ عقد و عدم انفساخ آن بحث دیگری است.

عدم تقیید حرمت ابد به افضاء در تهذیبین

عبارت تهذیب شیخ طوسی چنین است: «من تزوج بصبیة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فترق بينهما»^۲

نه در این عبارت، نه در مرسله یعقوب بن یزید که پس از آن به عنوان دلیل فتوا ذکر شده، قید افضاء آورده نشده است. البته برخی همچون ابن فهد در مهذب البارع^۳ به استبصار شیخ نسبت داده اند که ایشان افضاء را شرط حرمت ابد می داند؛ لذا ممکن است کسی نظر ایشان در استبصار را قرینه تصرف در ظاهر

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۷.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱.

۳. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۰.

عبارت تهذیب بگیرد.

با صرف نظر از صلاحیت عبارت استبصار برای تقیید عبارت تهذیب، اصل نسبت مذکور به استبصار، صحیح نیست. گویا وجه نسبت ابن فهد این است که شیخ در استبصار روایت برید عجلی را که در صورت افضاء، حکم به عدم انفساخ و امکان طلاق کرده، آورده است و آن را با روایت مرسله یعقوب بن یزید که مطلق است جمع کرده^۱ که از آن استفاده می شود مرسله یعقوب بن یزید را هم در صورت افضاء دانسته است، به ویژه با توجه به ذکر این دو روایت در باب «من وطىء جاریة فأفضاها»^۲.

ولی چنین استفاده ای صحیح نیست؛ زیرا مجرد ذکر روایت در عنوان باب مربوط به افضاء، دلیل آن نیست که تمام روایات، مربوط به افضاء است؛ بلکه همین که برخی از آنها با روایات مربوط به افضاء متعارض باشد، برای ذکر آن در این باب استبصار کفایت می کند، خصوصاً که استبصار اختصاص به اخبار متعارضه داشته و به جهت حلّ مشکل تعارض بین آن ها نگارش یافته است. طبق مرسله اگر حتی به مجرد دخول، عقد منفسخ گردد، قهراً بالأولویة در صورت افضاء که پس از دخول اتفاق می افتد نمی توان بقاء عقد و امکان طلاق را تصویر کرد و این منافات با روایت برید دارد؛ لذا برای ثبوت تعارض بین مرسله یعقوب بن یزید با روایت برید لازم نیست که مرسله را مخصوص به صورت افضاء دانست، و در نتیجه از عبارت شیخ طوسی در استبصار مطلبی بر خلاف فتوای ایشان در تهذیب استفاده نمی شود.

عدم تقیید حرمت ابد به افضاء در نهاییه و سرائر

در هر حال، صاحب جواهر اصلاً عبارت تهذیب را مطرح نکرده؛ بلکه به عنوان مخالف اجماع بر حرمت ابد به مجرد دخول، از نهاییه، مقنعه و سرائر یاد کرده است. درباره مقنعه شیخ مفید فرموده است که عبارت منسوب به ایشان، الحاقی

۱. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵.

استاد^۳: جمع شیخ طوسی بدین نحو است که روایت مرسله یعقوب بن یزید را مربوط به حرمت ابدی وطی - نه ازدواج - دانسته؛ بنابراین منافاتی با بقاء عقد که از روایت برید استفاده می گردد ندارد.

۲. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۴، باب ۱۷۷.

است یعنی در مقنعه نیست.^۱

چنان‌که پیشتر بیان شد^۲، این مطلب صحیح است؛ زیرا بیان شد که این کلام شیخ طوسی است، نه شیخ مفید و به اشتباه، منشأ این نسبت گشته است. در مورد نهایی و سرائر هم می‌گوید:

«وَأَمَّا النِّهَايَةُ وَالسَّرَائِرُ فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ فِيهِمَا فِي أَوَّلِ أَبْوَابِ النِّكَاحِ: "وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِصَبِيَّةٍ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سَنِينَ فَوَطَّأَهَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ أَبَدًا" لَكُنْتَهُمَا قَالَا فِي بَابِ الزَّوَاجِ مَا يَدُلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْإِفْضَاءِ، قَالَ فِي النِّهَايَةِ: "وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَدْخُلَ بِامْرَأَةٍ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ لَهَا تِسْعَ سَنِينَ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ لَهَا تِسْعَ سَنِينَ فَعَابَتْ كَانَ ضَامِنًا لِعَيْبِهَا، وَيَفْرَقُ بَيْنَهُمَا، وَلَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا" وَقَالَ فِي الْمَحْكِيِّ مِنَ الثَّانِي: "وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَطْأَ امْرَأَةً قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ لَهَا تِسْعَ سَنِينَ، فَإِنْ دَخَلَ قَبْلَ ذَلِكَ فَعَابَتْ كَانَ ضَامِنًا لِعَيْبِهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا أَبَدًا" وَلَعَلَّهُ لِذَا حَكِيَ بَعْضُهُمْ عَنْهُمَا مُوَافَقَةَ الْأَصْحَابِ حَمَلًا لِإِطْلَاقِ كَلَامِهِمَا عَلَى مَقْيَدِهِ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ حِينَئِذٍ قَوْلُ بَذَلِكَ، فَلَا وَجْهَ لَاسْتِعْظَامِ جَمَاعَةٍ لَهُ، حَتَّى تَوْقُفَ لِأَجْلِهِ الْعَلَامَةُ فِي الْمَحْكِيِّ مِنْ تَحْرِيرِهِ..."^۳

لذا صاحب جواهر مراد شیخ طوسی در نهایی و مراد ابن ادریس در سرائر مقید به افضاء دانسته است؛ ولی این تقيید صحیح نیست؛ زیرا ابن ادریس در سرائر می‌گوید: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِصَبِيَّةٍ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سَنِينَ فَوَطَّأَهَا قَبْلَ التَّسْعِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْؤُهَا أَبَدًا»^۴، سپس به کلام برخی که قائل به «انفساخ عقد» شده‌اند اشاره کرده، این عبارت ناظر به کلام ابن حمزه در وسیله است. ابن ادریس بسیار طولانی در ردّ وی سخن گفته و کمتر مسئله‌ای بدین تفصیل در سرائر دیده می‌شود. وی رساله مفصلی هم در ردّ قول به انفساخ عقد نوشته که در سرائر بدان اشاره می‌کند.^۵ در هر

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸.

۲. مطلب سوم از دلیل اول حرمت ابدی (اجماع).

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۰.

۵. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۰.

حال، ایشان در سرائره تفصیل در ردّ آن بحث کرده و گفته است که مراد از «فرق بینهما» در کلام شیخ در نهاییه و در مرسله یعقوب بن یزید، «تفریق در وطی» است نه در «انفساخ زوجیت»، و «تفریق در زوجیت» خلاف اجماع است؛ زیرا اجماعی است که سه طایفه از مطلقات عده ندارند: ۱. صغیره، ۲. یائسه و ۳. غیر مدخوله. از مقابل قرار دادن صغیره با غیر مدخوله، معلوم می‌گردد که صغیره چنانچه مدخوله هم باشد، اگر طلاق داده شود عده ندارد، ولی اگر صغیره با دخول عقدش منفسخ باشد، زمینه‌ای برای طلاق باقی نمی‌ماند تا عده دار بودن یا نبودن صغیره مطرح گردد و لذا مورد طلاق صغیره، منحصر به صغیره غیر مدخوله می‌شد و در این صورت معنا نداشت عنوان صغیره، در عرض غیر مدخوله مستقلاً مطرح شود؛ بنابراین وجهی برای ذکر صغیره نبود. از این امر، کشف می‌شود که دخول به صغیره نیز عقد را منفسخ نمی‌کند.^۱

از این استدلال که استدلال متینی است، فهمیده می‌شود که محلّ بحث ابن ادریس، بطلان عقد به مجرد دخول است و نمی‌توان آن را مقید به صورت افضاء دانست وگرنه استدلال ایشان ناتمام خواهد بود؛ چون اگر در خصوص صغیره افضاء شده قائل به انفساخ عقد شویم، با عده نداشتن صغیره منافاتی ندارد؛ چون می‌توان مراد از آن را صغیره مدخوله افضاء نشده دانست و تقابل بین صغیره و غیر مدخوله هم محفوظ می‌ماند.

همان‌طور که در نقل کلام صاحب جواهر گذشت، ایشان به کلام دیگر ابن ادریس برای تقیید کلام اوّل ایشان تمسک کرده است؛ ولی آیا کلام دیگر ابن ادریس شاهد بر تقیید حرمت ابد به صورت افضاء است؟

کلام دیگر ابن ادریس چنین است: «لا يجوز للرجل أن يطأ امرأته قبل أن يأتي لها تسع سنين فإن دخل بها قبل ذلك فعبت كان ضامناً لعييها ولا يحلّ له وطؤها أبداً».^۲ به زعم صاحب جواهر، این عبارت بر تقیید عبارت متقدّم به صورت افضاء دلالت دارد؛ زیرا بلافاصله در ادامه عبارت قبل آمده است: «فإن أفضاها وجب

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۱.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۶۰۴.

علیه دیتها و مهرها و نفقتها ماداماً حیّین فإن مات أحدهما سقطت النفقة.» ولی از عبارت فوق استفاده نمی‌شود که افضاء، هم در دیه و هم در مهر و هم در نفقه مؤثر بوده به گونه‌ای که بدون افضاء، این احکام ثابت نباشد؛ زیرا روشن است که مهر اختصاصی به فرض افضاء ندارد و به مجرد دخول، تمام مهر مستقر می‌گردد؛ پس مفاد عبارت فوق این است که در افضاء این سه حکم ثابت می‌گردد، هرچند برخی از آنها - یعنی مهر - به ملاک عام بوده - یعنی دخول - و برخی دیگر - یعنی دیه و نفقه - تا آخر عمر - به ملاک خاص - یعنی افضاء - ثابت می‌شود. لذا اگر پذیرفته شود که در عبارت مورد استناد صاحب جواهر، مراد از عیب در «فعابت» خصوص افضاء است که چندان روشن نیست، عبارت مذکور دلالت بر نفی حرمت ابد در فرض عدم افضاء نمی‌کند؛ چون می‌توان گفت که در فرض افضاء دو حکم ثابت می‌شود؛ یکی به ملاک خاص (ضمان عیب) و دیگری به ملاک عام (ازدواج و دخول که موجب حرمت ابد است)، همانند عبارت ذیل سرائر عبارت نهایی نیز چنین است:

«ولا يجوز للرجل أن يدخل بامرأته قبل أن يأتى لها تسع سنين، فإن دخل بها قبل أن يأتى لها تسع سنين فعابت كان ضامناً لعيبها و يفرق بينهما ولا تحلّ له أبدا.»^۱

از توضیحاتی که درباره عبارت سرائر داده شد، ابطال استناد به عبارت نهایی هم روشن می‌شود.

عدم تقیید حرمت ابد به افضاء در مستند نراقی و تردید علامه در تحریر
پس از شیخ طوسی و ابن ادریس، علامه از این مسئله در تحریر با اشکال عبور کرده و صاحب مستند نیز به طور مطلق، نفس دخول را منشأ حرمت ابد دانسته و فرموده است:

«المشهور بين الأصحاب عدم التحريم بدون الإفضاء؛ للأصل و ضعف الخبر مع خلوه عن الجابر في المورد و الأصل يدفع بالخبر و

۱. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱.

۲. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۶۸.

الضعف بدعوى نفى الخلاف يجبر، مع أنه غير ضائر مع وجوده فى الأصل المعتبر.^۱

نقد کلام مرحوم سبزواری در انتساب عدم تقیید به افشاء به «جماعتی»
مرحوم سبزواری هم در کفایه فرموده است که جماعتی به این قول که حرمت ابد به نفس دخول به صغیره حاصل می شود، قائل شده اند.^۲

با توجه به مطالب فوق، تنها فائلی که برای این قول قبل از مرحوم سبزواری یافت شد، یکی شیخ طوسی در سه کتابش (تهذیب، نهایه و -على الأظهر- استبصار)^۳ و دیگری ابن ادریس در سرائر^۴ است. البته ظاهراً -چنان که در بیان اقوال بیان شد- یا احتمالاً، فتوای مرحوم کلینی نیز همین است.

گرچه مرحوم وحید بهبهانی در شرح مفاتیح تمایل به عدم اشتراط افشاء برای حرمت ابد را از سخن فیض فهمیده است،^۵ ولی از عبارت مفاتیح چنین استنباط نمی شود؛ زیرا وی پس از نقل مرسله، روایاتی را در مقابل آن آورده و مخالفت مشهور با مرسله و تمسک آنان به استصحاب زوجیت پس از دخول به صغیره را یادآور شده است؛ یعنی از لحن عبارات وی چنین فهمیده می شود که وی مطابق با مشهور، افشاء را شرط حصول حرمت ابد می داند.^۶

حال چرا فاضل سبزواری در کفایه این قول را به جماعت نسبت داده است، با آن که دو تن بیشتر قائل ندارد؟ مرحوم آقای والد می فرمود: میان علما این سخن معروف است که مطالب مشکوک در نزد محقق اردبیلی را، صاحب مدارک ظنّ پیدا کرده و صاحب ذخیره (فاضل سبزواری) به آنها قطع یافته است، صاحب جواهر

۱. مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۸۱.

۲. کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۸۸.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۱۱؛ الاستبصار ج ۴، ص ۲۹۵؛ النهایه (شیخ طوسی)، ص ۴۸۱.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۰.

۵. استاد بزرگوار: بر طبق آنچه مرحوم نراقی در مستند از شرح مذکور نقل کرده است (مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۸۱)؛ زیرا ما به نسخ خطی این کتاب -که چاپ نشده- دسترسی نداشتیم.

۶. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۴۸.

هم از آنان به اتباع اردبیلی تعبیر می‌کند.^۱ در موضوع مورد بحث، صاحب مدارک قول به عدم اشتراط افضاء را در نهایه المرام به شیخ مفید نسبت داده است؛^۲ لذا ممکن است مراد صاحب ذخیره از جماعت، شیخ مفید، شیخ طوسی و ابن ادریس باشد، اگرچه بیان شد که انتساب این قول به مفید صحیح نیست.

نتیجه: اجماعی نبودن تقیید به افضاء در حرمت ابد

با توجه به مطالب فوق، اگرچه - چنان‌که صاحب جواهر^۳ فرموده است - جماعت قابل توجهی، قائل به حرمت ابد به مجرد دخول نبوده‌اند، اما ادعای اجماع بر تقیید دخول به افضاء نیز قابل قبول نیست.

مطلب دوم: بررسی دو بیان در عدم امکان تقیید مرسله به افضاء

حال با قطع نظر از اشکال در تحقق اجماع فوق، آیا تقیید مرسله یعقوب بن یزید به صورت افضاء، غیر ممکن است؟ دو بیان از مرحوم آقای حکیم در مقام، قابل بررسی است. بیان اول بیانی است که ایشان در مواضع متعدد مطرح کرده که البته در مقام، آن را مطرح نکرده است. بیان دوم نیز بیانی است که در مقام، مطرح کرده است.

بیان اول: امتناع تقیید در فرض الغاء عنوان ذات مقید

ایشان در موارد متعدد^۴ فرموده است: عنوان مأخوذ در لسان دلیل باید در مقام ثبوت، یا تمام موضوع باشد و یا جزء موضوع. اگر در حمل مطلق بر مقید، به طور کلی ذات مقید اسقاط شود، چنین جمعی عرفی نیست و این تقیید قابل قبول نیست. مثلاً اگر گفته شود «اعتق رقبة» و بعد دلیلی دیگر در آن شرط ایمان را مطرح کند، یا مثلاً گفته شود که از مجتهد تقلید کن و بعد برای مجتهد شرایطی مثل عدالت ذکر شود، حمل مطلق بر مقید اشکالی ندارد. ولی اگر قید به گونه‌ای باشد که خودش تمام موضوع باشد و ذات مقید به کلی از اعتبار بیفتد (هم کلاً

۱. جواهر الکلام، ج ۱۰، ص ۲۸۶؛ وج ۱۱، ص ۷۰؛ وج ۲۲، ص ۴۴۷.

۲. نهایه المرام، ج ۱، ص ۶۱.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸-۴۱۹.

۴. رک: مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۴۹.

و هم جزءاً)، دیگر چنین جمعی عرفی نیست. مانند آنکه ابتدا گفته شود: «اکرم العالم» و سپس با دلیلی دیگر، این امر مقید شود به هاشمی بودن و فرض کنیم که هاشمی تمام موضوع باشد و برای اکرام هاشمی، علم نقشی نداشته باشد، در این صورت حمل مطلق بر مقید موجب اسقاط عنوان «العالم» می شود و در نتیجه چنین حملی صحیح نیست. خلاصه اگر در مقام ثبوت، ارتباط دو عنوان، عموم و خصوص من وجه باشد، حمل مطلق بر مقید امکان ندارد.

ممکن است با لحاظ این مبنا گفته شود که با فرض ترتب حرمت ابدی بر «دخول به صغیره»، نمی توان آن را مقید به «افضاء صغیره» کرد؛ زیرا الغاء عنوان «دخول» لازم می آید.

اشکال کبروی: جواز تقیید با قید غالبی

اما اولاً، به صرف اینکه دو عنوان از قبیل عامین من وجه باشند، نمی توان تقیید را ناممکن دانست. مثلاً مصرف سهم امام، خدمه شرع است و خدمه شرع اعم از طلبه و غیر طلبه است؛ ولی از آنجا که متعارف طلاب از خدمتگزاران شرع به شمار می روند، اگر گفته شود: «سهم امام را به طلبه ها بدهید»، اشکالی ندارد. و به طور کلی در مواردی که وجود قید در ذات مقید غالب باشد (هرچند نسبت آن دو، عموم و خصوص من وجه باشد)، تقیید و حمل مطلق بر مقید اشکالی ندارد. در مورد بحث نیز - طبق تحقیقی که توسط متخصصین صورت گرفته - وقاع با صغیره غالباً منجر به افضاء می شود و غلبه وجود دارد؛ لذا دخول می تواند معرف نوعی برای افضاء باشد.

اشکال صغروی: عدم الغاء عنوان دخول با تقیید به افضاء

ثانیاً، این بیان از نظر صغروی نیز قابل مناقشه است؛ زیرا در مقام، افضاء تمام موضوع نیست تا تقیید ممکن نباشد. خود مرحوم آقای حکیم^۱ به تبع مرحوم سید^۲ پذیرفته است که اگر افضاء با دخول نباشد و مثلاً با انگشت صورت گیرد، حرمت ابد نمی آورد. به عبارت دیگر، «دخول» در موضوع حکم حرمت ابد نقش دارد و جزء

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

موضوع است.

بیان دوم: عدم امکان تقیید دخول به افشاء به دلیل مقارنت افشاء با دخول
بیان دوم در اثبات عدم امکان تقیید، بیان مرحوم آقای حکیم در مقام است.
ایشان فرموده است: در مقام، امکان حمل مطلق بر مقید وجود ندارد؛ زیرا افشاء
از مقارنات دخول است نه از حالات آن، و تقیید در جایی ممکن است که قید از
حالات مقید باشد و شاید صاحب جواهر هم به همین سبب تقیید روایت را به
اجماع نپذیرفته است.^۱

اشکال صفروی: حالت بودن افشاء برای دخول
اما اولاً، افشاء از حالات دخول است؛ زیرا دخول دارای اقسام و کیفیات مختلفی
است؛ لذا گاهی دخول موجب افشاء است و گاهی چنین نیست.

اشکال کبروی: امکان تقیید به مقارن خارجی
ثانیاً، چرا تقارن خارجی قید نتواند موجب تقیید مقید شود؟ مثلاً اگر گفته شود:
«هبه مال، موجب انتقال ملکیت آن است»، اشکالی ندارد که در ادله دیگر به قبض
تقیید شود، با اینکه قبض از مقارنات انشاء عقد است نه از حالات آن. در مقام هم
اشکالی وجود ندارد که دخول همراه با افشاء، موضوع حکم حرمت ابد واقع شود،
هرچند افشاء از مقارنات دخول باشد.

مطلب سوم: بررسی حجیت تقیید مرسله به افشاء
مطلب سوم این است که با فرض قبول اجماع بر عدم حرمت ابدی به مجرد دخول
و با فرض امکان تقیید دخول به افشاء که در مطلب دوم مطرح شد، آیا این تقیید
برای فقیه حجت است و فقیه می‌تواند در فرض دخول مقید به افشاء، حکم به
حرمت ابدی کند؟

کلام صاحب جواهر: عدم حجیت تقیید مرسله بالحاظ غرض شارع
مرحوم آقای حکیم در محل بحث، تقیید مرسله به صورت افشاء را -طبق بیان دومی

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۲.

که در مطلب دوم آمد- غیر ممکن دانست؛ اما آن را به جواهر هم نسبت می‌دهد.^۱ ولی حق این است که صاحب جواهر به دلیل دیگری تقيید را نپذیرفته است؛ زیرا ایشان پس از ذکر اجماع بر عدم حرمت ابد به مجرد دخول، لزوم طرح مرسله یعقوب بن یزید را مطرح کرده و درباره تقيید اطلاق روایت به صورت افضاء می‌گوید: «و دعوی التمسك به فيما لا تنافيه الأدلة بعد جبر سنده بالشهرة ممكنة موافقة لصناعة الفقه إلا انها لا تورث للفقهاء ظناً».^۲

مراد ایشان از این عبارت چیست که با وجود موافق بودن تقيید اطلاق با صناعت فقه، آن را به جهت ظنّ نیاوردن برای فقیه ردّ می‌کند؟

گویا ایشان می‌فرماید که هرچند تقيید اطلاق، ذاتاً امری است شائع، خواه مقتید، دلیل لفظی باشد یا دلیل لبتی همچون اجماع، ولی تقيید اطلاق در خصوص مقام به جهت نکات و ویژه‌ای مستبعد است و برای فقیه، ظنی که ملاک عمل است حاصل نمی‌شود.

نکات خاص در این مقام کمی قبل از عبارت فوق در کلام صاحب جواهر آمده که چنین است:

بالحاظ اینکه طبق دو روایت صریح (صحيحه بريد و حمران)، در فرض افضاء، عقد ازدواج منفسخ نمی‌شود^۳ می‌توان گفت که حرمت ابدی تمتعات به مجرد افضاء در فرض بقاء زوجیت، با مذاق شرع و ادله‌ای مانند آیه شریفه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان»^۴ ناسازگار است؛ زیرا از سویی عقد زن فسخ نشده تا بتواند با زوج دیگری ازدواج کند و از فرزند و تمتعات جنسی بهره‌مند شود و حتی پس از اندمال هم از ازدواج و مباشرت محروم خواهد بود، و از سوی دیگر شوهرش نیز حق مباشرت با او را ندارد. ممکن است گفته شود که در فرض حرمت ابدی، این زن فقط از جماع محروم است، نه سایر تمتعات و لذا در تنگنا قرار نمی‌گیرد؛ اما پاسخ این است که جماع از اهمّ تمتعات است و در روایات نیز بیان شده که

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۲.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۸.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۷.

۴. البقرة، ۲۲۹.

غایت صبر زن هاست؛^۱ لذا با چنین محرومیتی، نوعاً زن در حرج قرار می‌گیرد. با توجه به مطالب فوق، روایت مرسله یعقوب بن یزید قابل استناد نیست و باید آن را کنار گذاشت.^۲

اما کلام صاحب جواهر در هر دو صورت (اندمال و عدم اندمال) قابل مناقشه است.

اشکال در صورت عدم اندمال: سازگاری تحریم ابدی با عدم قابلیت استمتاع زن اگر وضعیت چنین باشد که برای دختر افضاء شده هیچ‌گاه بهبودی و اندمال حاصل نشود و این عیب و نقص باقی بماند، چنین زنی مورد رغبت و استمتاع واقع نخواهد شد. تعبیر «عظلمها علی الازواج»^۳ در برخی روایات دیه افضاء، اشاره به همین موضوع است که امکان مباشرت با چنین زنی وجود نخواهد داشت. در این صورت، چه حرمت ابد باشد یا نباشد، چه عقد منفسخ شود و چه نشود، اصولاً امکان مباشرت برای این زن منتفی است؛ لذا تحریم شارع نه تنها با غرض زن مخالفتی ندارد، بلکه با واقعیت و تکوین سازگار است.

اشکال در صورت اندمال: تأمین غرض شارع با اجبار شوهر به طلاق و بر فرض نیز که احتمال قابل توجهی وجود داشته باشد که برای زن افضاء شده، اندمال حاصل شود، موجب نمی‌شود که از حکم حرمت ابد رفع ید شود؛ زیرا ممکن است حکم به حرام ابدی بودن استمتاع، برای شوهر وجود داشته باشد و در

۱. الکافی، ج ۶، ص ۱۱۳، ح ۱: علی بن ابراهیم عن ابيه عن الحسين بن سيف عن محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: «قلت له جعلت فداك كيف صارت عذة المطلقة ... و صارت عذة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشراً فقال أما ... و أنا عذة المتوفى عنها زوجها فإن الله تعالى شرط للنساء شرطاً و شرط عليهن شرطاً فلم يجبا بهن فيما شرط لهن و لم يجرا فيما اشترط عليهن شرط لهن في الإيلاء أربعة أشهر إذ يقول الله تعالى «الَّذِينَ يُؤْلَوْنَ مِنْ نِسَائِهِمْ تُرْبِصُ أَنْتَهُنَّ أَشْهُرٌ» فلم يجوز لأحد أكثر من أربعة أشهر في الإيلاء لعلمه تبارك و تعالى أنه غاية صبر المرأة من الرجل ...».

۲. استاد علیه السلام: عبارت جواهر چنین است: «مضافا الي ما في تعطيل هذا الفرج و عدم استنمائه المنافي لغرض الشارع بل و لقوله تعالى: «فَإِنْ سَأَلْتُمْ بِغُرُوفٍ أَوْ تَضَرَّعُوا بِأَحْسَنِ» و خصوصا إذا اندمل جرحها و عادت ...». «استنماء» از ماده نمو به معنای بارور سازی است. مصحح کتاب استظهار کرده که عبارت صحیح، «عدم استمتاعه» است؛ اما عبارت موجود هم ممکن است صحیح و ناظر به غرض شارع در استیلا باشد.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹؛ و ص ۴۹۳، ح ۱.

عین حال وی مکلف باشد که او را طلاق دهد، همچنان که در برخی موارد از جمله در موارد حرج، حاکم می‌تواند زن را طلاق دهد. در واقع جمع بین تحریم ابدی و غرض شارع - که از آیه «فامساک بمعروف أو تسريح بإحسان»^۱ استفاده می‌شود - این است که شوهر مکلف باشد که او را طلاق بدهد تا راه برای تمتع وی و ازدواج با مردی دیگر باز شود. لذا نمی‌توان از استدلال مرحوم صاحب جواهر نتیجه گرفت که باید روایت را که متضمن حکم حرمت ابد است، کنار گذاشت؛ زیرا حکم مذکور در روایت با غرض شارع قابل جمع است.

دلایل مختار در طرد مرسله یعقوب بن یزید، علاوه بر ضعف سندی
اما می‌توان گفت که مرسله یعقوب بن یزید علاوه بر اشکال سندی، از نظر دلالت نیز قابل قبول نیست و باید طرد شود. می‌توان دو دلیل بر مخدوش بودن مفاد مرسله بیان کرد:

دلیل اول: مخالفت مرسله با اجماع بر وجود فرض طلاق صغیره
دلیل اول این است که مفاد مرسله، با اجماع بر وجود فرض طلاق صغیره مغایر است. توضیح مطلب:

مشهور فقهاء در حکم به حرمت ابدی ولو حرمت ابدی مباشرت، به مرسله یعقوب تمسک نکرده، آن را ضعیف می‌دانند، بلکه برای حکم مذکور به اجماع تمسک کرده‌اند؛ اما چنان که در بررسی اجماع بیان شد، این حکم، اجماعی نیست؛ لذا از این جهت اجماعی وجود ندارد تا گفته شود ظاهر این روایت بر خلاف چنین اجماعی است؛ ولی از جهتی دیگر می‌توان روایت را مخالف با اجماع دانست؛ زیرا ظاهر این مرسله آن است که با دخول، عقد منفسخ می‌شود و افضاء شرط آن نیست. از سوی دیگر، این مسئله در میان فقهاء مورد اتفاق است که در مورد صغیره مدخوله، طلاق معنا دارد؛ یعنی مشهور در مورد صغیره مدخوله مطلقه گفته‌اند که عده ندارد^۲

۱. البقرة، ۲۲۹.

۲. برای نمونه: المقنعة (شیخ مفید)، ص ۵۲۷؛ المراسم، ص ۱۶۶؛ النهایة (شیخ طوسی)، ص ۶۴۱؛ تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۶۶؛ الاستبصار، ج ۳، ص ۳۳۷، باب ۱۹۶: «باب أنَّ أَلْتی لم تبلغ المَحِض و الأکسَة منه إذا کانتافی سنٍّ من لا تحيض لم یکن علیهما عَدَّة»؛ الخلاف، ج ۵، ص ۵۳؛ الوسيلة، ص ۳۲۹.

و در مقابل برخی^۱ گفته اند صغیره مدخوله عدّه دارد و در هر حال، همه فقهاء قائل به فرض طلاق درباره صغیره مدخوله هستند^۲، در حالی که اگر ظاهر مرسله یعقوب را بپذیریم، دیگر هیچ موردی برای طلاق صغیره مدخوله باقی نمی ماند؛ زیرا روایت مزبور، مطلق دخول به صغیره را موجب جدایی دانسته است؛ پس ظاهر روایت از این جهت مخالف با اجماع است.^۳

السرائر، ج ۲، ص ۶۶۷؛ إصباح الشیعة، ص ۴۵۳؛ شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۳؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۹۸ و ۲۰۰؛ أحوبة المسائل المهتاتية، ص ۵۷؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۴۴؛ نبصرة المتعلمین، ص ۱۴۶؛ تحرير الأحکام، ج ۴، ص ۱۵۳؛ تلخیص المرام، ص ۲۲۴؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۳۲؛ اللعة الدمشقية، ص ۱۹۴؛ معالم الدين في فقه آل ياسين، ج ۲، ص ۱۰۷؛ الدر المنضود (ابن طي)، ص ۲۱۰؛ الروضة البهية (جواب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۳۵۹؛ نهاية المرام، ج ۲، ص ۴۶؛ مسالك الأفهام، ج ۴، ص ۵۶-۵۷؛ كفاية الأحکام، ج ۲، ص ۳۵۴-۳۵۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۵۴، باب ۲۵؛ «باب جواز طلاق زوجة الغائب والصغيرة وغير المدخول بها والحامل والياسة على كل حال وإن كان في الحيض أو في طهر الجماع»؛ التعليقات على شرح اللعة الدمشقية (آقا جمال خوانساری)، ص ۳۹۵؛ كشف اللثام، ج ۹، ص ۴۶۳؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۴۳۱؛ الأنوار اللوامع، ج ۱۰، قسم ۲، ص ۱۱۴-۱۱۷؛ أنوار الفقاهة، ص ۷؛ جواهر الكلام، ج ۳۲، ص ۱۲۰.

۱. الانتصار، ص ۳۳۴؛ «و الذي أذهب إنا إليه أن على الأئمة من المحيض والتي لم تبلغه العدة على كل حال، من غير مراعاة للشرط الذي حكيناه عن أصحابنا»؛ غنية النزوع، ص ۳۸۲؛ «و إن كانت لا تحيض لصغر أو كبر و ليس في سنها من تحيض، فقد اختلف أصحابنا في وجوب العدة عليها، فمنهم من قال: لا تجب، ومنهم من قال: يجب أن تعتد بالشهور، وهو اختيار المرتضى رحمته الله و به قال جميع المخالفين، و طريقة الاحتياط تقتضي ذلك، و أيضا قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِذَا ارْتَبَثْنَ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾، و هذا نص، و قوله تعالى: ﴿إِنْ ارْتَبَثْنَ﴾ معناه على ما ذكره جمهور المفتين: إن كنتم مرتابين في عدة هؤلاء النساء، و غير عالمين بمقدارها...»

مرحوم ابن زهره تا انتهای این بحث نظر مرحوم سید مرتضی را تقویت کرده است.

۲. البته مراد این است که این اتفاق نظر در فرضی است که دخول به صغیره موجب افضاء نشود.

۳. ممکن است گفته شود که امکان حمل مرسله بر فرض افضاء وجود دارد که با قبول آن، دیگر مفاد مرسله، خلاف اجماع نخواهد بود؛ زیرا انفساخ عقد به سبب افضاء صغیره، خلاف اجماع مذکور در متن نیست. اما در پاسخ می توان گفت که استاد رحمته الله تنها امکان چنین تقییدی را اثبات کرد، ولی مدعی نشد که دلیل اثباتی بر چنین تقییدی وجود دارد؛ لذا با لحاظ ظهور مرسله در انفساخ عقد به مجرد دخول، می توان گفت که این ظهور، مخالف چنین اجماعی است.

مطلب دیگری که در این مقام باید به آن توجه شود، این است که اگر درباره امکان شرعی طلاق صغیره مدخوله اتفاق نظر وجود دارد، چگونه مرحوم کلینی و شیخ طوسی در سه کتابش قائل به حرمت ابدی

البته چنان‌که در بررسی تقیید حرمت ابدی به فرض افضاء بیان شد، مرحوم ابن ادریس نیز همین اشکال را مطرح کرد و برای رفع آن، مفاد روایت را حرمت وطی زوجه دانست، نه انفساخ عقد^۱ که البته خلاف صریح عرفی روایت است.

دلیل دوم: مخالفت مرسله با صحیحۀ حمran و حمran

دلیل دوم طرد مرسلۀ یعقوب بن یزید، این است که ظاهر مرسله با ظاهر دو صحیحۀ حمran و برید^۲ مخالف است؛ زیرا مفاد مرسله چنان‌که بیان شد، انفساخ عقد است؛ ولی طبق این دو صحیحۀ، شوهر می‌تواند زن افضا شده را طلاق دهد یا نگه دارد که ظاهر کالنصی آن، بقاء عقد است.

صحیحۀ حمran و صحیحۀ برید

روی الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن حمran عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن رجل تزوج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضها فإنه قد أفسدها وعظلمها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه.»^۳

زوجیت با مجرد دخول هستند؟ لذا یا باید اجماع مذکور را مخدوش دانست یا در انتساب حرمت ابدی زوجیت به این دو مناقشه کرد، خصوصاً که خود مرحوم کلینی در کافی و شیخ طوسی در تهذیبین روایات بان بودن طلاق صغیره - حتی در فرض مدخوله بودن - را نقل کرده و پذیرفته اند، (تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۶۶؛ الاستبصار، ج ۳، ص ۳۳۷، باب ۱۹۶، باب أن التي لم تبلغ المحيض والأنة منه إذا كانتا في سن من لا تحيض لم يكن عليهما عدة).

شیخ طوسی در کتب فقهی نیز طلاق صغیره مدخوله را مفروض دانسته است:

النهاية (شیخ طوسی)، ص ۶۴۱؛ الخلاف، ج ۵، ص ۵۳.

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۱.

۲. این دو صحیحۀ در بحث حرمت وطی صغیره، دلیل دوم، روایت دوازدهم و سیزدهم مطرح شد.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹؛ و ص ۴۹۳،

ح ۱.

الحسن بن محبوب عن الحارث بن محمد بن التعمان صاحب الطاق عن برید العجلی عن أبی جعفر (ع):

«فی رجل اقتضَ جارية یعنی امرأته فأفضاها قال علیه الذبّة إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال فإن أمسکها ولم یطلقها فلا شیء علیه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شیء علیه إن شاء أمسک وإن شاء طلق.»^۲

بررسی سندی و توثیق حارث بن محمد بن نعمان پسر مؤمن طاق

روایت حمزان، صحیححه است ولی برخی^۳، روایت برید را «خبر» تعبیر کرده‌اند. اما به نظر مختار این روایت هم صحیححه است؛ زیرا در سند این روایت، تنها حارث بن محمد بن نعمان که پسر مؤمن طاق است و توثیق صریحی ندارد، مورد تأمل است؛ ولی او نیز معتبر است؛ زیرا کتابش را جماعتی نقل می‌کنند که از جمله آنها حسن بن محبوب است^۴ و راوی در همین روایت هم حسن بن محبوب است که در زمره اصحاب اجماع شمرده شده^۵ و بسیار از او نقل کرده^۶؛ لذا با اینکه مجرد نقل اصحاب اجماع از یک راوی را دلیل اعتبار آن راوی نمی‌دانیم، اما این قرائن را می‌توان دلیل وثاقت وی به شمار آورد. مرحوم وحید بهبهانی^۷ نقل ابن ابی عمیر از او را هم ضمیمه کرده که به نظر مختار چون وی بلا واسطه در جایی از او نقل نکرده است، برای توثیق او کافی نیست.^۸

۱. در برخی نسخ کافی و کافی چاپ اسلامیة «افتضَ» آمده است، (الکافی (دار الحديث)، ج ۴، ص ۱۴۱، ۳۹۱).

۲. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳.

۳. به عنوان نمونه: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۷؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۱؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۱، ص ۳۲۱.

۴. رجال النجاشی، ص ۱۴۰، رقم ۳۶۳.

۵. رجال الکشی، ص ۵۵۶، رقم ۱۰۵۰.

۶. برای نمونه در کافی ۹ روایت از حارث به توسط حسن بن محبوب نقل شده است.

۷. منهج المقال، ج ۳، ص ۲۹۷؛ معجم رجال الحديث، ج ۵، ص ۱۶۳.

۸. فهرست الطوسی، ص ۱۶۵، رقم ۲۵۵؛ «حارث بن الأخول، له أصل رویناه بالإسناد الأول عن الحسن بن

اشکال دلالی بر هر دو صحیحه: عدم التزام فقهاء به عدم دیه در فرض امساک زوجہ اما از نظر دلالت، مرحوم آقای حکیم اشکال کرده است که در روایت آمده که اگر زن را طلاق ندهد و نگه دارد، پرداخت دیه لازم نیست، در حالی که کسی به این قائل نشده و از این جهت هر دو روایت، مطرود است.^۱

پاسخ‌هایی در این باره ممکن است مطرح شود.

پاسخ اول (تبعیض در حجّیت) و مناقشه در آن

پاسخ اول این است که اگر قطعه‌ای از یک روایت اشکال داشته باشد، بقیه آن را از حجّیت ساقط نمی‌کند و بقیه قسمت‌ها قابل تمسک است. اما این پاسخ محل تأمل است.^۲

پاسخ دوم: احتمال اراده «رها کردن تکوینی» نه طلاق اصطلاحی

پاسخ دوم این است که شاید تعبیر روایت، «لم یطلقها» (از باب افعال) باشد نه «لم یطلقها» (از باب تفعیل)؛ لذا ممکن است «لم یطلقها» در باب افعال به معنای «رها نکردن تکوینی» و «امساک» نیز به معنای «نگهداری تکوینی» باشد.

تشدید «یطلقها» در کتب حدیثی نیز دلیل بر تعیین مفاد طلاق شرعی نیست.

لذا تعبیر «وإن أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلاشیء علیه»^۳ صریح در عدم

محبوب عن الحارث بن الأحول.

مراد از الاسناد الأول این اسناد است: عذّة من أصحابنا عن أبي المفضل عن ابن بطة عن أحمد بن محمد بن عیسی عن ابن أبي عمیر؛ لذا این ابی عمیر به واسطه حسن بن محبوب کتاب حارث را نقل کرده است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۴.

۲. استاد رحمته الله در برخی مباحث (مفطرات صوم، غبار غلیظ) فرموده است: بناء عقلاء در این باره بر اساس تفاوت موارد، مختلف است. برای نمونه اگر از یک عبارت مثلاًسی بخشی یک قسمت آن صحیح نباشد، عقلاء به باقی فقرات اخذ می‌کنند؛ اما در مواردی که اشکالات متعددی وجود دارد، عقلاء به باقی فقرات اخذ نمی‌کنند.

به نظر می‌رسد آنچه ملاک است اطمینان عقلایی است و در مواردی که سلب اطمینان شود، تمسک به سایر فقرات مشکل است. در مقام نیز قسمت عمده‌ای از روایت طبق فرض حجت نیست؛ لذا سایر فقرات روایت نیز قابل اعتماد نیست.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹؛ و ص ۴۹۳، ح ۱.

انفساخ عقد نیست، خصوصاً که تعبیر «و عَظَّلَهَا عَلَى الْأَزْوَاجِ» در این روایت، مشعر به خروج زن از حباله نکاح مرد است؛ زیرا در مورد شوهر شرعی یک زن معمول نیست که چنین گفته شود، بلکه مناسب بود که به صورت قضیه شرطیه «إِنْ طَلَّقَهَا فَإِنَّهُ قَدْ أَفْسَدَهَا وَ عَظَّلَهَا عَلَى الْأَزْوَاجِ» این تعبیر به کار می‌رفت. جواز امساک اجنبیه نیز در مقام، اشکال ثبوتی ندارد؛ زیرا ممکن است شارع با مقایسه بین مفاسد حضور این زن در خارج خانه - با لحاظ اینکه کمتر کسی حاضر به ازدواج با اوست و لذا زمینه روابط نامشروع فراهم‌تر است - و مفاسد حضور او در خانه شوهر سابق، چنین حکمی کرده که زندگی زن در خانه شوهر سابق جایز است. البته او مانند مطلقه است و خروج او از منزل منوط به اذن شوهر سابق نیست؛ اما باید به گونه‌ای نباشد که طبیعی امساک صادق نباشد. حال همین که مرد زن را مانند مهمان منزل نگهداری کرده و نفقه او را می‌پردازد و او را از خطرات و به گناه افتادن حفظ می‌کند - با اینکه زوجیت آنها ساقط شده و زن نسبت به او اجنبیه است و تمتعات مرد از او و نظر به غیر وجه و کفین وی حرام است - همین می‌تواند منشأ شود که شارع از سر ارفاق یا تشویق، دیه را از گردن شوهر ساقط کند.

البته در روایت برید «فَإِنْ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يَطْلُقْهَا فَلَأْسَىٰ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعٌ سَنِينَ فَلَأْسَىٰ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ»، کلمه «طَلَّقَ» از باب افعال نمی‌تواند باشد^۱ ولی آیا تطلیق به معنای لغوی خود کاربرد ندارد؟ مجرد حقیقت شرعی بودن طلاق، دلیل بر مهجور شدن معنای لغوی طلاق که آزادی است نیست^۲. البته این بحث، بنا بر مبنای ما که روایت صحیحیه است، مطرح می‌شود؛ ولی اگر کسی روایت را از جهت سند غیر معتبر بداند چنین بحثی نیاز نیست.^۳

۱. در پاورقی شماره ۵ از نکت النهایه، چاپ جامعه مدرسین، ج ۳، ص ۴۴۳، چنین آمده است: فی ح: «أطلق - خ».

۲. با توجه به آنچه لغویون در کتب خود بیان کرده‌اند «طَلَّقَ» در غیر طلاق اصطلاحی نیز به کار می‌رود. کتاب العین، ج ۵، ص ۱۰۲؛ مفردات ألفاظ القرآن، ص ۵۲۳؛ معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۴۲۱؛ تاج العروس، ج ۱۳، ص ۳۰۷.

۳. اگر این پاسخ نیز به مانند پاسخ سوم با لحاظ جمع ادله باشد، با قطع نظر از اشکال موجود در متن

اشکال: عدم مناسبت «لم یُطْلَقْهَا» با نفی دیه به دلیل ترادف آن با «اسیر کردن»

اما پاسخ دوم، صحیح نیست؛ زیرا «اطلاق» به معنای لغوی در مقابل اسیر کردن است و در موارد آزاد کردن اسیر یا پرنده به کار می‌رود.^۱ قهراً امساک در مقابل اطلاق، به معنای زندانی کردن می‌شود؛ ولی در این روایت این عنایت برای نفی دیه دیده نمی‌شود؛ زیرا این تعبیر صحیح نیست که اگر مرد زن را اسیر ساخته و او را آزاد نکرده، دیگر دیه‌ای بر گردن او نیست. اعتبار امساک برای نفی دیه به جهت حفظ و حراست مرد از زن است، نه به جهت اسیر ساختن زن توسط مرد؛ پس اینکه فقهاء «یُطْلَقْهَا» را از باب تفعیل و صریح در عدم خروج زن از عقد ازدواج دانسته‌اند، صحیح است.^۲

پاسخ سوم: حمل دو صحیح بر مصالحه زوجة

پاسخ سوم این است که شیخ طوسی^۳ و صاحب جواهر^۴ این قسمت روایت را چنین معنا کرده‌اند که در واقع مصالحه‌ای میان زن و شوهر شده و زن با عفو از دیه مصالحه کرده که در زوجیت وی باقی بماند؛ پس با توجه به ادله دیگر باید روایت را چنین تحلیل کرد.

اشکال: خلاف ظاهر بودن حمل دو صحیح بر مصالحه

اما در مباحث آتی (دیه افضاء صغیره) خواهد آمد که این احتمال، مطابق ظاهر روایت نیست و در جمع بین این دو صحیح با اخبار دیگر، احتمالات دیگری مطرح است و بیان خواهد شد که احتمال ظاهر، این است که در صورت امساک

نیز می‌تواند پاسخی به اشکال مرحوم آقای حکیم باشد.

۱. کتاب العین، ج ۵، ص ۱۵۲؛ مفردات ألفاظ القرآن، ص ۵۲۳.

۲. اینکه «طَلَّقَ» با تشدید نیز ممکن است به همان معنای لغوی به کار رود، مانع ظهور دو صحیح حمران و برید در طلاق شرعی نمی‌شود؛ زیرا افاده معنایی غیر از طلاق شرعی، محتاج قرینه است و عرفی نیست که برای افاده معنای رها کردن، بدون وجود قرینه از چنین تعبیری که در روایات فقط در طلاق شرعی و در لغت نیز عمدتاً در همین معنا به کار رفته، استفاده شود، خصوصاً که برخی لغویون نیز معنای «ترک کردن» را برای تطلیق، معنای مجازی دانسته‌اند، (تاج العروس، ج ۱۳، ص ۳۰۷).

۳. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۵.

زوجه، مرگ او منشأ سقوط دیه گردد.

پاسخ چهارم: عدم اعراض اصحاب از دو صحیحه

پاسخ صحیح به این اشکال مرحوم آقای حکیم آن است که التزام به این دو صحیحه اشکالی ندارد و اصحاب نیز از مفاد این دو صحیحه اعراض نکرده‌اند؛ البته اگر مفاد این دو صحیحه خلاف اجماع باشد، نمی‌توان طبق این دو فتوا داد ولی چنان‌که در بحث دیه شخص افضاء شده خواهد آمد، چنین اجماعی وجود ندارد.

نظر مختار: عدم حرمت ابدی به دلیل طرح مرسله یعقوب

با توجه به مطالب فوق، مرسله علاوه بر ضعف سندی و مخالفت مفاد آن با فتوای مشهور، دارای معارض هم است؛ لذا حق با مرحوم سید است که بر خلاف مشهور متأخرین قائل به حرمت ابد نشده است.

عدم حرمت ابدی وظی صغیره در برخی فروض

مسألة ۲: «...و لکنّ الاقوی بقاءها علی الزوجية و ان کانت مفضاة و عدم حرمتها علیه أيضا خصوصا اذا کان جاهلا بالموضوع أو الحكم أو کان صغیرا او مجنونا أو کان بعد اندمال جرحها أو طلقها ثم عقد علیها جدیدا....»^۱

مرحوم سید رحمته الله پس از حکم به بقاء زوجیت و عدم حرمت ابد حتی به صورت فی الجمله (حرمت جماع) پس از وظی صغیره، برخی فروض مسئله را از مصادیق بارز این حکم می‌شمارد. ممکن است ایشان بر این باور باشد که اگر به طور کلی به حرمت ابد قائل شویم، در فروض مزبور، وجهی وجود دارد که بر مبنای آن نباید قائل به حرمت شد. البته محتمل است که مراد ایشان این نباشد؛ بلکه مراد ایشان فقط این باشد که عدم حرمت ابد در این فروض واضح‌تر است.

فروض یاد شده عبارت‌اند از:

• اول: جهل به موضوع؛ یعنی فرد نداند که این زوجه صغیره است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

- دوم: جهل به حکم؛ یعنی جهل زوج نسبت به حرمت وقاع صغیره.
 - سوم و چهارم: صغّر زوج یا جنون وی.
 - پنجم: اندمال و بهبودی جراحت.
 - ششم: نکاح مجدد با زوجه پس از طلاق دادن او.
- در ذیل، با فرض قبول حرمت ابدی فی الجملة به بررسی فروض فوق پرداخته می‌شود.

فرض اول و دوم: جهل شوهر به حکم یا موضوع

در فرض اول و دوم، اقوالی در مسئله وجود دارد.

قول اول: عدم حرمت ابد در خصوص جهل به موضوع

قول اول، قول صاحب جواهر است که در فرض جهل به موضوع، حرمت ابد را منتفی دانسته است. ایشان با قبول حرمت ابد به معنای حرمت وطی می‌فرماید:

«ولو ظنّ أنها كبيرة فأفضاها ثم تبين الخلاف لم تحرم على ما صرح به بعضهم، بل هو ظاهر كثير حيث رتبوا الحكم على الوطء المحرم، للأصل السالم عن معارضة النص والفتوى بعد انسياق غير ذلك منهما، خصوصاً بعد فرض كون التحريم عقوبة، كما صرح به غير واحد منهم، وهي إنما تترتب على المحرم دون المباح، نعم أطلق جماعة التحريم بوطء الصغيرة أو إفضاؤها، بل النص أيضاً مطلق، لكن يمكن إرادة الجميع العلم بالصغر، نعم يمكن شمول النص والفتوى للصغيرة المعلوم كونها صغيرة، وإن كان جاهلاً بحرمة وطئها جهلاً يعذر فيه شرعاً.»^۱

لذا مثلاً اگر گفته شود: «هر کس به عالمی توهین کند، جزایش این است»، منساق از این تعبیر آن است که مرتکب اهانت، متوجه عالم بودن فرد باشد تا حکم مزبور بر آن مترتب شود، هر چند عالم به خود حکم نباشد؛ زیرا ظاهر از دلیل مزبور آن است که فعلی را که واجد حکم تکلیفی است، با اختیار انجام دهد و جاهل به

موضوع، نسبت به وطی صغیره اختیاری نداشته است.

در تنظیم مبنای ایشان می‌توان گفت که اگر مثلاً کسی را بر وقاع با صغیره اکراه کنند و با تهدید و ارعاب وی را به این کار وادارند، در این فرض وی قطعاً حرامی مرتکب نشده است و اگر از ادله استفاده شود که حکم وضعی حرمت ابد، مترتب بر وطی حرام است، در این مثال، دیگر حرمت ابدی مترتب نخواهد بود. به عقیده صاحب جواهر، جهل به موضوع هم همانند اکراه، رافع حرمت دخول و در نتیجه، رافع حرمت ابد است.

پس ایشان بین جهل به موضوع و جهل به حکم تفصیل داده است.

تقریب استدلال: استحالة تعلیق حکم بر علم به حکم و ترتب حرمت ابد بر حرمت وقاع
اگر مستند تفصیل در مقام، اجماع باشد، قهراً باید قدر متیقن از مورد اتفاق تمام مجمعین را در نظر گرفت و با توجه به تعابیر مختلف آنان و اینکه برخی حکم حرمت ابد را به ملاک عقوبت می‌دانند، تنها در صورت علم به موضوع و حکم (حرمت تکلیفی وطی صغیره) - هر دو - حرمت ابد مترتب است؛ زیرا قدر متیقن از اجماع، این صورت خاص است.

اما اگر مستند، اجماع نباشد، تفصیل ایشان را می‌توان با استحالة تعلیق حکم بر «علم به حکم» تبیین کرد.

توضیح مطلب: این بحث در علم اصول^۱ مطرح شده که آیا می‌توان موضوعات احکام را با ادله موضوعات، مقید به صورت علم کرد؟ مثلاً بگوییم که: معلوم الخمریه حرام است، هر چند این قید موضوع، از دلیل منفصل (مانند حدیث رفع) فهمیده شود، یا مثلاً در مقام گفته شود که وطی معلوم الصغر حرام است، یعنی حکم واقعی روی موضوع معلوم رفته باشد. این نظر که علم به موضوع، در حکم قابل اخذ است، در اصول تصور شده است و در برخی موارد قائل هم دارد و شاید کلی آن هم قائل داشته باشد. از جمله اینکه صاحب حدائق بر آن است که اجتناب از معلوم النجاسة واجب است؟^۲ یعنی علم به نجاست در حکم وجوب اجتناب،

۱. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۳۰.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۱، ص ۱۳۶؛ وج ۲، ص ۳۷۲.

جزء موضوع است (وَلَوْ به دلیل منفصل و روایات خاص). طبق نظر مختار نیز در خصوص اجتناب از نجاسات، این ادعا بعید نیست؛ زیرا ائمه علیهم السلام در این باره احتیاط نمی کرده‌اند، با اینکه حسن احتیاط، امری عقلی و غیر قابل تخصیص است، پس معلوم می‌شود در این موارد، احتیاط کردن حُسنی ندارد که ائمه علیهم السلام نیز احتیاط نمی کرده‌اند؛ لذا معلوم می‌شود که علم، جزء موضوع حکم واقعی و جوب اجتناب است.^۲

حال با توجه به بیان فوق ممکن است در مقام گفته شود که مکلف، با جهل به موضوع (صغر) به استناد حدیث رفع یا ادله دیگر حکم فعلی ندارد؛ زیرا بنابر تحقیق، حدیث رفع نه تنها تنجیز حکم، بلکه فعلیت حکم را مرتفع می‌سازد که قهراً این در صورتی است که ارتفاع فعلیت حکم، معقول باشد. بنابر مفروضات بیان فوق، در جهل به موضوع، این امر معقول است؛ بنابراین حرمت وقاع مرتفع می‌شود و حرمت ابد نیز که متفرع بر حرمت وقاع است، در فرض جهل موضوعی تحقق نخواهد داشت.

اما در جهل به حکم (حرمت وقاع)، تعلیق حکم بر صورت علم به حکم،

شیخ انصاری هم در ابتدای رسائل (در مبحث قطع) چنین نسبتی را بدون ذکر نام مطرح می‌کند، (فرائد الأصول، ج ۱، ص ۳۲).

۱. برای نمونه:

وسائل الشیعة، ج ۳، ص ۵۱۸، ح ۱: محمّد بن الحسن یاسناده عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن إبراهيم بن أبي البلاد عن معاوية بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثياب الشاربية يعملها المجوس وهم أخبات وهم يشربون الخمر و نساؤهم على تلك الحال البسها و لا أغسلها و أصلي فيها قال نعم قال معاوية فقطعت له قميصا و خطته و فتلت له أزرارا و رداء من الشاربية ثم بعث بها إليه في يوم الجمعة حين ارتفع النهار فكأنه عرف ما أريد فخرج بها إلى الجمعة»؛ و ص ۵۲۰، ح ۷: محمّد بن علي بن الحسين یاسناده عن أبي جميلة عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه سأله عن ثوب المجوسي ألبسه و أصلي فيه قال نعم قال قلت: يشربون الخمر قال نعم نحن نشتري الثياب الشاربية فنلبسها و لا نغسلها».

۲. طبق نظر استاد رحمته الله علم در باب نجاست اشیاء، برای اثبات نجاست طریق است؛ ولی نسبت به حکم تکلیفی وجوب اجتناب، موضوع است، معلوم النجاسة واجب الاجتناب است و نجس واقعی واجب الاجتناب نیست. استاد رحمته الله نظائر دیگری را در کتاب الاجاره مطرح کرده است، (رک: بررسی مقتضای قاعده احترام در اختلاف بین آمر و عامل در قصد تبرع).

مستلزم دور است - یعنی لازم می‌آید که حکم متوقف بر علم به همان حکم باشد - و دعوی اتفاق شده که احکام، مشترک بین جاهل و عالم است؛ بنابراین وجه تفصیل صاحب جواهر روشن می‌شود.

اشکال اول: امکان تعلیق حکم بر علم به حکم

اما اشکال اول^۱ به این تقریب آن است که - همچنان که مرحوم آخوند در کفایه^۲ فرموده است - اشتراط و تقیید حکم به علم را می‌توان به گونه‌ای تصویر کرد که مستلزم دور و مانند آن نباشد.

توضیح مطلب: در صحت خطاب (بعث و تکلیف)، قدرت مکلف بر عمل شرط است - ولو این قدرت با نفس خطاب حاصل شود - و کسی که با خطاب هم عمل برای وی مقدور نیست، نمی‌تواند مخاطب به خطاب باشد؛ یعنی کسانی که - مثلاً - ناشنوا هستند یا در فاصله بسیار دوری هستند و خطاب شارع را ملتفت

۱. این اشکال، یکی از اشکالاتی است که استاد^۳ در مباحث خود مطرح کرده است و به جهت اختصار، از بیان سایر اشکالات اجتناب می‌شود.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۶۷: «نعم یصح أخذ القطع بمرتبة من الحكم في مرتبة أخرى منه أو مثله أو ضده».

در درر الفوائد (الحاشیة الجدیدة، ص ۴۵) نیز مرحوم آخوند در توجیه کلام اخباریون که قطع حاصل از روایات را در موضوع حکم شرعی اخذ کرده‌اند - با قطع نظر از اصل انتساب این قول به اخباریون - چنین فرموده است: «و یمکن أن یوجه ایضاً مرامهم، و لو تم یساعد علیه کلامهم بأن القطع بالحکم الشرعی الحقیقی و البعث الفعلی، و إن کان یجب اثباده مطلقاً، و یتحیل أن یؤخذ فی موضوع هذا الحکم كما تقدم، فلا تناله يد التصرف أصلاً، لكن القطع بمحض إنشاء طلب لفظاً أو كتابة، من دون البعث به فعلاً نحو المطلوب، یمکن أن یؤخذ فی موضوع الحکم الحقیقی و الطلب الفعلی، بحيث لا یكون له تعلق بمن لیس له علم به، کأن یقال مثلاً: یجب فعلاً الصلاة الجمعة علی من علم بإنشاءاتها المحضه من طریق النقل. و بالجملة لما کان إنشاء الطلب محضاً غیر ملازم للطلب حقیقه و البعث نحو المطلوب واقعاً، بل ربما ینشئه من دون بعث لغایة أخرى، کأن أخذ القطع به مطلقاً، أو علی نحو خاص فی موضوع الطلب الحقیقی یمکان من الإمكان، كما لا یخفی».

در هر حال، بیانی که استاد^۴ در نفی دور مطرح کرده است، به این نحو در کفایه و حاشیه در نیامده؛ ولی در هر حال، مرحوم آخوند معتقد است با لحاظ مراتب حکم، می‌توان تصویری ارائه داد که اخذ علم به حکم در موضوع حکم شرعی مواجه با دور نباشد. مرحوم آخوند فرموده است اگر - مثلاً - خطاب شرعی چنین باشد: «اگر علم به انشاء فلان حکم پیدا کردی، آن حکم بر تو وجوب فعلی دارد»، اشکال دور منتفی است.

نمی‌شوند و قهراً امکان امتثال برایشان نیست، نمی‌توانند مخاطب تکلیف و بعث باشند؛^۱ یعنی چنان‌که مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی^۲، فرموده است خطاب برای جعل داعی در مکلف است به گونه‌ای که اگر مکلف انقیاد داشته باشد، انبعاث، فعلی شود و اگر فعلی نشود، تنها به جهت عصیان مکلف باشد؛ بنابراین شرط صحت خطاب، امکان وصول آن به عبد و شأنیت تحریک است نه فعلیت آن، و فعلیت بعث و تحریک هم متوقف بر تحقق چنین خطابی است و نیاز به چیز دیگری نیست.

پس تقیید حکم به صورت علم، مستلزم دور نخواهد بود؛ زیرا صحت خطاب متوقف بر علم فعلی مکلف نیست، بلکه متوقف بر علم تعلیقی وی است، یعنی متوقف بر صدق این قضیه است: «لو تحقق الخطاب لصار المكلف عالماً» و این قضیه تعلیقیه قبل از وجود شرط و جزاء هم صادق است و صدق آن متوقف بر تحقق شرط و جزاء نیست. به بیانی دقیق‌تر، مصحح خطاب، همان امکان وصول است که امکانی بعید از فعلیت است و آنچه پس از خطاب حاصل می‌شود، یا علم فعلی است یا امکانی قریب به فعلیت^۳ است و در هر دو صورت، صحت خطاب متوقف بر امری (امکان وصول بعید از فعلیت) است، غیر از آنچه پس از خطاب حاصل است (امکان وصول قریب به فعلیت یا وصول بالفعل).

حاصل کلام این است که شرط توجه خطاب به شخص، امکان وصول است (نه فعلیت وصول که محال باشد)؛ البته امکان وصولی که با نفس خطاب به مرحله فعلیت برسد یا امکانی قریب به فعل حاصل شود؛ لذا اگر حرمت وقاع متوقف بر

۱. توضیح بیشتر: البته در امکان امتثال و قدرت بر عمل، جهل مرکب عبد و غفلت وی ضرر می‌رساند؛ ولی جهل بسیط و شک در صورت امکان احتیاط، مانع صلاحیت باعنیت عبد نیست.

۲. نهاية الدراية في شرح الكفاية، ج ۲، ص ۴۵۴.

۳. استاد رحمه الله: مراد از امکان وصول قریب به فعلیت، این است که امکان وصول بعید از فعلیت که مربوط به قبل از خطاب بود با تحقق خطاب به فعلیت نزدیک شده و شخص می‌تواند به خطاب دست یابد، گرچه بالفعل این وصول صورت نگرفته است. این امکان قریب به فعل، برای برخی وجود ندارد؛ زیرا قادر بر تحقیق نیستند؛ اما اگر برای کسی چنین امکانی وجود داشته باشد، همین برای رفع محذور دور کافی است.

علم به حکم باشد، اشکالی نیست و در نتیجه فرقی بین جاهل به موضوع (صغر) و جاهل به حکم (حرمت وقاع) نخواهد بود؛ یعنی هیچ یک مشمول حکم به حرمت وقاع نیستند و اگر حرمت ابد، متفرع بر حرمت وقاع باشد، در هیچ یک حرمت ابد تحقق نمی یابد و تفصیل بین این دو، وجه صحیح ندارد.^۱

اشکال دوم: عدم ترتب حرمت ابد بر حرمت وقاع

اشکال دوم بر تقریب ذکر شده، این است که اصل این مبنا که حرمت ابد از فروع حرمت وقاع - نه خود وقاع - است، چه وجهی دارد؟ اگر برخی فقهاء هم قائل شدند^۲، وجهش چیست؟ به نظر ما این قول، کلامی بی دلیل است؛ زیرا این امر در مرسله یعقوب بن یزید که مدرک روایی حرمت ابد است دیده نمی شود، و اینکه صاحب جواهر می فرماید: «منساق از ادله این است که علم به موضوع در تحقق حکم، شرط است ولی علم به حکم، شرط نیست»، برای ما روشن نیست. البته در برخی موارد ممکن است با تناسب حکم و موضوع بفهمیم که علم به موضوع یا علم به حکم یا هر دو، در موضوع حکم اخذ شده است؛ مثلاً اگر در جایی قرینه ای باشد که حکم از باب عقوبت است، قهراً این امر موجب تضييق موضوع می گردد؛ ولی در مقام، چنین نیست. آیا اگر بگویند: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»، حتماً باید ضمان به مناط عقوبت باشد تا اگر متلف تعمد نداشت و در اتلاف خود معذور بود، ضمان مرتفع گردد؟ در هر حال، اطلاق مرسله یعقوب بن یزید اقتضاء می کند که حرمت ابد در تمام صورت ها باشد و جهل به موضوع و جهل به حکم در این امر تأثیری ندارد.

نتیجه آنچه بیان شد این است که چه حرمت ابدی مبتنی بر مرسله یعقوب باشد و چه مبتنی بر اجماع باشد، تفصیل صاحب جواهر بین جهل به حکم و جهل به موضوع، ناتمام است.

۱. به نظر می رسد اگر واقعاً مولا تکلیف عبد را قبل از اینکه این تکلیف با خطاب مولا فعلی شود، مقید به علم به همین تکلیف و خطاب کرده باشد، دور و محال است. نزاع در این است که اگر در لسان دلیل اثباتی دیدیم که علم به حکم، در موضوع حکم (محمول) اخذ شده است، آیا می توان تصویری ارائه داد که دور لازم نباشد؟ استاد رحمته الله و مرحوم آخوند در صدد ارائه تصویری هستند که طبق آن، دور لازم نمی آید.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۴.

قول دوم: حرمت ابدی حتی در جهل به موضوع

مرحوم آقای حکیم حرمت ابد را منکر است^۱؛ اما با فرض قبول فی الجمله آن با لحاظ اطلاق دلیل حرمت ابدی که شامل جهل به موضوع و حکم است، هم به صاحب جواهر که قائل به تفصیل بود و هم به مرحوم سید که برای هریک از جهل به حکم و جهل به موضوع خصوصیت قائل شده، اشکال کرده است.^۲

قول سوم: عدم حرمت ابدی مطلقاً

اما مرحوم آقای خوئی با مرحوم سید موافق است و در عدم حرمت ابدی، فرقی بین جهل به موضوع و جهل به حکم قائل نیست.

دلیل آقای خوئی بر قول سوم: شمول حدیث رفع نسبت به حکم وضعی ایشان دلیل خود را چنین بیان کرده است:

«و ذلك لأن دليل التحريم إن كان هو الإجماع المدعى، فلا ينبغي الشك في عدم وجود إطلاق له يشمل الجاهل أيضا، لا سيما بملاحظة تصريح جماعة منهم بأن الحكم بالتحريم المؤبد إنما هو عقوبة للفاعل، فإنها إنما تترتب على فعل العامد خاصة. وإن كان الدليل هو المرسل المتقدم بحمل الدخول على الإفضاء فالحكم أيضا كذلك، لأن الحكم إنما هو مترتب على الإفضاء. وقد تقدم غير مرة أن موضوع الحكم إذا كان عملا من الأعمال، فالعبرة في ترتب الحكم عليه إنما هو بإتيانه عمدا، فلا يترتب على العمل الصادر عن جهالة أثر أصلا بل يكون في حكم العدم، على ما دللت عليه عدّة نصوص»^۳.

در تبیین کلام ایشان می توان چنین گفت:

ایشان درباره حدیث رفع بر آن است که این حدیث، نه تنها استحقاق مؤاخذه را

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۳.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۳.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

رفع می‌کند، بلکه هر عملی که واجد یک حکم تضییعی باشد، چه وضعی و چه تکلیفی، با این حدیث مرفوع است.^۱ حرمت ابد در مقام، حکمی تضییعی است و قهراً مخصوص صورت علم است. البته اگر حکمی مربوط به فعل اختیاری انسان نباشد، مانند آن که خواب بی اختیار انسان موجب بطلان وضو گردد، با این حدیث برداشته نمی‌شود؛ ولی اگر موضوع حکم، فعل اختیاری انسان باشد و یکی از عناوین تسعة آن حدیث بر آن منطبق باشد، مرفوع است. لذا کلام مرحوم سید صحیح است و در صورت جهل به موضوع یا جهل به حکم (به دلیل حدیث رفع و ادله مشابه) حرمت ابد مترتب نمی‌شود.

اشکال: دلالت حدیث رفع بر رفع مؤاخذه نه جمیع آثار

اما طبق نظر صحیح، در حدیث رفع و احادیث مشابه، بیش از مؤاخذه، چیزی مرفوع نیست و نمی‌توان عموم آثار را مرفوع دانست تا نتیجه گرفت که احکام وضعی مترتب بر افعال، با این حدیث برداشته می‌شود.

البته مرحوم آقای خویی در برخی مواضع درباره حدیث مذکور، موضعی اتخاذ کرده است که با مبنای ایشان در مقام، تعارض دارد. ایشان در مواضع دیگر فرموده است که با حدیث رفع، جمیع آثار مرفوع است، حتی اگر مربوط به فعل نباشد. مثلاً ایشان فرموده است: منفعتی که به دست صبی می‌رسد، به دلیل حدیث رفع، خمس ندارد^۲، با آن‌که چه بسا ممکن است حصول منفعت، ناشی از فعل او هم نباشد.

نظر مختار

در هر حال، نظر مختار در مقام، قول سوم است که با توضیحی در ضمن دو مطلب بیان می‌شود:

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؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۴، ص ۴۰۰.

۳. البته ایشان در بحث خمس به حدیث رفع قلم استناد کرده. (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۵، ص ۳۰۸)؛ ولی در بحث زکات (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۳، ص ۱۰) به حدیث رفع تمسک کرده است. در هر حال، فرقی بین حدیث رفع تسعة و رفع قلم در این جهت وجود ندارد.

مطلب اول: اختیار قول سوم

مطلب اول این است که کلام مرحوم سید که فرمود: «خصوصا إذا كان جاهلا بالموضوع أو الحكم» قابل قبول است، به این معنا که در فرض جهل (چه جهل به موضوع و چه جهل به حکم) خصوصیتی وجود دارد که به موجب آن عدم ترتب حکم حرمت ابد ولو به دلیل برخی مبانی، واضح تر از فرض علم است، نه اینکه با فرض قول به حرمت ابدی، در فرض جهل به موضوع یا حکم، نمی توان قائل به حرمت ابد شد.

اگر دلیل حرمت ابد را اجماع دانستیم و اجماع نیز اطلاق نداشته باشد، باید اخذ به قدر متیقن کرد که عالم عامد است.

اگر هم عموم مستفاد از حدیث رفع را بپذیریم که مبنای مرحوم آقای خوئی است، جاهل به حکم یا موضوع از حکم حرمت ابد خارج است.

و اگر هم دلیل حرمت ابد، روایت باشد، طبق برخی مبانی منساق از ادله، صورت علم و عمد است؛ زیرا حکم مزبور جنبه عقوبت دارد.

البته طبق نظر مختار، چنان که در بررسی اصل حرمت ابدی گذشت، حتی در مورد عالم نیز حرمت ابدی مترتب نیست؛ ولی با وجود این مبانی سه گانه (اعتبار اجماع در مقام، عمومیت حدیث رفع، اختصاص ادله حرمت ابدی به فرض علم و عمد) می توان عبارت مرحوم سید را پذیرفت، به این معنا که در فرض جهل، عدم حرمت ابدی واضح تر از فرض علم است.

مطلب دوم: اختصاص جاهل در مقام به جاهل معذور

مطلب دوم این است که حتی اگر در حرمت ابدی بین عالم و جاهل تفاوت باشد، در موارد جهل بسیط حرمت ابدی منتفی نیست؛ مثل شاک در صغیره بودن زن - که استصحاب عدم بلوغ جاری است اما همیشه این استصحاب جاری نیست، مثل موارد علم اجمالی به بلوغ یکی از دو زوج که اصل عدم بلوغ در هر دو معارض اند - و یا شاک در حکم دخول به صغیره؛ زیرا ادله ای که جاهل را معذور دانسته است، شامل این جاهل نمی گردد و مراد مرحوم سید از جهل نیز جهل بسیط نیست،

خصوصاً که ایشان در مسئله مستقلى^۱ این قسم از جاهل را مورد بحث قرار داده است. بنابراین مراد از جاهل در این مسئله، یا غافل محض است و یا جاهل مرکب، و بعيد نیست در همین غفلت و جهل مرکب، میان قاصر و مقصر فرق باشد.

توضیح مطلب: مرحوم آخوند در کفایه ضمن بحث از آثار و احکام مترتب بر قطع، در مورد استحقاق عقوبت و معذرت، تفصیلی قائل شده است؛ چون طبق حکم عقل، هر قطعی منشأ تنجز واقع است؛ حال اگر قطع موافق با واقع بود و شخص قاطع مخالفت کرد، مستحق عقوبت است و در اینجا میان اقسام قطع فرقی نیست. اما اگر کسی قطع بر خلاف واقع پیدا کرد و چون مثلاً قطع به غیر الزامی بودن پیدا کرده بود، آن را ترک کرد، ایشان فرموده است: اگر قطع حاصل، از روی قصور باشد، عقل، حکم به معذرت می‌کند؛ ولی اگر قطع از روی تقصیر باشد، مثلاً اول تردید داشته ولی در اثر مسامحه و دنبال نکردن مسئله، کم کم برایش قطع حاصل شده است، در اینجا عقل، حکم به معذرت نمی‌کند؛ چون حکم اولی عقل این است که انسان باید به دنبال یافتن واقع باشد.^۲

با توجه به نکته فوق، جمله «إذا كان جاهلاً بالموضوع أو الحكم» در عروه باید به «جهلاً يعذر في مخالفته» مقتید شود؛ یعنی جهلی باشد که عقاب نداشته باشد و غفلت یا جهل مرکب عن تقصیر نباشد. البته شک بسیطی که در آن برائت جاری باشد و لذا معذور باشد، در حکم عامد نیست؛ چون نه قدر متیقن اجماع و نه روایات حرمت ابد، شامل آن نیست.

فرض سوم و چهارم: صغر و جنون شوهر

فرض سوم و چهارم، فرضی است که شوهر، صغیر یا مجنون است.

کلام آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی دو مطلب عمده در مقام فرموده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، مسئله ۸.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۵۸.

مطلب اول: عدم شمول اجماع و لفظ «رجل» در مرسله نسبت به صغیر ایشان در جهت اثبات عدم حرمت ابدی در فرضی که زوج صغیر باشد، چنین استدلال کرده است:

«لأنّ مستند الحكم إن كان هو الإجماع فهو لا إطلاق له يشمل، و إن كان هو المرسل فموضوعه إنّما هو الرجل و هو لا يصدق على الصغیر»^۱

البته در برخی فروع فقهی اگر قرینه‌ای باشد که معلوم باشد خصوصیتی در کلمه رجل نیست، ممکن است حتی شامل زن نیز شود.^۲

مطلب دوم: اطلاق مرسله نسبت به مجنون و حکومت رفع قلم بر آن در مورد مجنون هم فرموده است:

«و حاله حال الصغیر إذا كان المستند هو الإجماع، و أمّا إذا كان هو المرسل فإطلاقه لا بأس به، غیر أنّ حدیث الرفع مانع من العمل به إذ لا یترتّب علی عمله حکم»^۳

طبق نظر ایشان اگر مرسله یعقوب مستند حکم به حرمت ابد باشد، حدیث رفع قلم^۴ حاکم است و چون این حدیث طبق مبنای ایشان همانند حدیث رفع شامل

۱. در مرسله یعقوب چنین تعبیر شده بود: «إذا خطب الرجل المرأة...».

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

۳. مانند روایات شک در رکعات که خصوصیتی برای مرد نیست، (الکافی، ج ۳، ص ۳۵۲، ح ۴: علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن ابن مسکان عن ابن ابي یغفور قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل لا یدری رکعتین صلی أم أربعاً قال: یتشهد و یسلم ثم یقوم فیصلی رکعتین و أربع سجّادات...»).

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

۵. وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۴۵، ح ۱۱: و فی الخصال عن الحسن بن محمد الشکونی عن الحضرمی عن ابراهیم بن ابي معاویة عن ابيه عن الأعمش عن ابن ظبیان قال: «أتی عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علی علیه السلام: أما علمت أنّ القلم یرفع عن ثلاثة عن الضبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیک و عن الثائم حتی یتیقظ».

وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر فی قرب الإسناد عن علی بن السندی عن ابي البختري عن جعفر عن ابيه عن علي علیه السلام أنه كان يقول «في المجنون و المعتوه الذي لا یفیک و الضبی الذي لم یبلغ عمدهما خطا تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم».

احکام وضعیه نیز می‌گردد، لذا با اینکه مرسله اطلاق دارد، با حکومت حدیث رفع قلم از اطلاق آن نسبت به مجنون رفع ید می‌کنیم.^۱

اشکالات کلام آقای خوئی

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: عدم اطلاق مرسله نسبت به مجنون

اولاً، اطلاق مرسله یعقوب نسبت به مجنون مشکل است؛ زیرا از همان ابتدا اینکه دختر کم سن را نزد دیوانه - اگرچه ادواری باشد - گذاشته باشند یا خود دختر نزد دیوانه بماند و جرأت ماندن داشته باشد، بسیار نادر است. به علاوه، در روایت فرموده است: «یفرق بینهما»، و بیان شد که این تعبیر در صورتی است که زوجین در کنار هم زندگی کنند و از سویی اگر مرد، دیوانه - حتی ادواری - باشد احتیاج به تفریق نیست، بلکه خود زن هم نزد مرد دیوانه‌ای که مرتکب افضاء شده است نمی‌ماند و جرأت نمی‌کند، اولیاء صغیره هم این کار را نمی‌کنند؛ لذا اطلاق آن نسبت به مجنون مشکل است.

اشکال دوم: اختصاص دلالت رفع قلم به «قلم کتابت سیئات»

ثانیاً، مراد از رفع قلم، رفع قلم کتابت سیئات است.^۲ بنابراین شامل رفع احکام وضعیه نمی‌شود.

فرض پنجم: اندمال جراحت

فرض پنجم، اندمال جراحت است.

عدم شمول اجماع بر حرمت اید نسبت به فرض اندمال

در این مورد نیز اگر مستند حرمت اید، اجماع باشد، باید اقتصار به قدر متیقن کرد

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۳، ص ۵.

۲. استاذ الله در موارد متعدد درباره مفاد حدیث رفع قلم مطالبی را مطرح کرده است. یکی از مطالب مستوفای ایشان در این باره، در بحث استیجار صبی ممیز آمده است، (کتاب الاجاره، خاتمه فیها مسائل، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۲۸).

که همان حال جراحت است که متعارف موارد نیز عدم اندمال است.^۱

عدم شمول مرسله یعقوب نسبت به فرض اندمال به دو بیان
اما اگر مرسله یعقوب، مستند حکم به حرمت ابد باشد، می توان با دو بیان، حرمت
ابدی را شامل فرض اندمال ندانست.

بیان اول: عدم اطلاق مرسله با لحاظ مناسبات حکم و موضوع
بیان اول، تمسک به مناسبات حکم و موضوع است. مثلاً اگر گفته شود: «عالم
همیشه و دائم باید احترام شود» در اینجا چه قید دوام آمده باشد چه نباشد، ظهور
ندارد که اگر علم زائل شد وجوب احترام باقی است؛ لذا ساکت از این فرض است.
در اینجا هم گفته شده است: «مباشرت با زن افشاء شده^۲ دائماً حرام است»، لذا
شاید گفته شود معلوم نیست که این قید دوام، مادام الوصف است که پس از
اندمال، وقاع جایز باشد و یا مادام الذات است؛ لذا انسان نسبت به حالت بهبود
جراحت شک می کند و نمی تواند از خود دلیل، حکم آن را بفهمد.
البته منطقی ها تقسیم بسیار ابتدائی را در قضایا آورده اند که مادام الوصف و
مادام الذات است، و برخی قسم اول را عرفیه عامه نام نهاده اند که می رساند مفاد
عرفی قضایا را این قسم دانسته اند.^۳ اما اصولی ها چون با مسائل عرفی بیشتر آشنا
هستند، دقت بهتری کرده و در تقسیم قضایا گفته اند که سه صورت در مورد وصف
مذکور در موضوع قابل تصور است که هر سه عرفی است:

الف. عنوان مأخوذ در موضوع، فقط عنوان مشیر است و هیچ دخالتی

۱. در بین عامه نیز این مسئله مطرح شده است:

المجموع شرح المذهب، ج ۱۹، ص ۱۳۹.

۲. البته مفاد مرسله یعقوب، حرمت ابدی ناشی از مجرد دخول است؛ ولی چون فرض مسئله، اندمال
جراحت افشاء است، فرض این است که مرسله مقید به فرض افشاء است. البته با لحاظ اینکه مفاد
مرسله، انفساخ عقد است، بسیار بعید است که بگوییم حرمت ابدی به نحو شرط متأخر مشروط به
عدم اندمال جراحت است و در نتیجه گفته شود که با اندمال جراحت، علقه زوجیت به حالت اول
برمی گردد.

۳. تحریر القواعد المنطقية، ص ۲۸۳.

در ثبوت حکم ندارد، مثل اینکه گفته شود: «علیک بهذا الجالس»^۱ که با تناسب حکم و موضوع می فهمیم جلوس هیچ دخالتی در حجیت قول زواره ندارد.

ب. عنوانی که حدوثاً در ثبوت حکم دخالت دارد ولی بقاء دخالتی ندارد، مثل عنوان قاتل.

ج. عنوانی که حدوثاً و بقاء دخالت دارد.

تشخیص این سه قسم در قضایا امری عرفی است که از تناسب حکم و موضوع می توان آن را فهمید.

در مقام نیز اگر حرمت ابد (و لم تحل له أبدا) بر وصف مفضة مترتب شده، اطلاقی نسبت به بعد از زوال عنوان مفضة ندارد.

اشکال: ترتب حرمت ابد بر دخول (نه افشاء) در مرسله

ممکن است در اینجا گفته شود که در روایت، عنوان مفضة موضوع قرار داده نشده تا از نحوه دخالت این عنوان در ترتب حکم بحث شود، بلکه در روایات، حرمت ابد مترتب بر دخول است و دخول، امری غیر قار است و دوام در آن فرض نمی شود و همانند قتل نفس است که بقاء و دوام در آن تصویر ندارد.

پاسخ: ترتب حرمت ابد بر اثر دخول (افشاء)

اما پاسخ این است که در مقام، اثر ثابتی برای دخول وجود دارد که همان غیر قابل انتفاع بودن و به تعبیر روایت حمران، «عظلهای علی الأزواج» است. حرمت ابد به اعتبار این اثر ثابتی که دخول دارد بر دخول مترتب شده است.

در حقیقت اینجا از مواردی است که عرف از تعبیر دخول، همان اثر ثابت مترتب بر آن را نیز می فهمد؛ بنابراین فرقی میان دخول و عنوان مفضة نمی بیند. مرحوم شیخ انصاری در امثال این موارد می فرماید: باید تابع فهم عرف بود، نه تابع لسان دلیل و ملاحظه موضوع قضیه لفظیه؛^۲ لذا در مقام، فرقی بین دخول و افشاء را عرف ملاحظه

۱. رجال الکشي، ص ۱۳۶: «فاذا أردت بحدیثنا فعلیک بهذا الجالس و أومی إلى رجل من أصحابه فسألت أصحابنا عنه فقالوا زواره بن أعین».

۲. فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۹۵.

نمی‌کند و هر دو تعبیر را یکی می‌داند پس در اینجا هم مراد از دخول، اثر مترتب بر آن، یعنی افضاء است و معمولاً در کلمات فقهاء هم همین تعبیر آمده است.

بیان دوم: عدم اطلاق مرسله به قرینه «عظله‌ها علی الأزواج» در صحیحہ حمران بیان دوم برای اثبات عدم شمول مرسله نسبت به فرض اندمال این است که از برخی روایات این مسئله استفاده می‌شود که در اکثر موارد، اندمال حاصل نمی‌شود. مثلاً در روایت حمران تعبیر شده بود: «عظله‌ها علی الأزواج» یعنی اگر زنی افضا شد دیگر غیر قابل تمتع می‌شود و با این تعبیر، علت یا حکمت دیه را بیان می‌فرماید و طبق نظر برخی متخصصین، در گذشته که امکان عمل جراحی نبود، چنین زنی غیر قابل جماع می‌شد و محلّ جماع مسدود می‌شد. لذا ممکن است گفته شود که روایات ناظر به فروض متعارفی است که افضاء موجب عدم امکان تمتع مرد از زن و معطله شدن زن می‌شود.

بررسی اصل عملی پس از اندمال

حال آیا شارع حکم تحریم را مادام کونها مفضّأة جعل کرده، یا حرمت ذاتی را که پس از اندمال هم تحریم باقی باشد؟ آیا می‌توان استصحاب کرد؟

ملاک اتحاد موضوع در استصحاب طبق مبنای شیخ انصاری با بیان آقای داماد

مرحوم آقای داماد در امثال مقام، قائل به جریان استصحاب بود. ایشان می‌فرمود: مرحوم شیخ انصاری در بعضی از موارد استصحاب، می‌فرماید باید رجوع به عرف کرد که آیا عرف در قضیه متیقّنه و مشکوکه، وحدت موضوع می‌بیند یا نه؟ در مواردی دیگر می‌فرماید باید به لسان دلیل لفظی مراجعه کرد. مثلاً در مورد «الماء

استاد^{علیه السلام}: مرحوم شیخ انصاری در رسائل در بحث استصحاب (فراند الأصول، ج ۳، ص ۲۹۵) مثال‌هایی را که باید در آنها تابع عرف بود نه لسان دلیل، ذکر کرده است. مثلاً «الماء المتغیر» یا «الماء اذا تغیر» تفاوت لفظی دارد و اگر ما تابع لسان دلیل باشیم، این دو موضوع باهم تفاوت دارند؛ لذا اگر تغیر زایل شود، در اولی زوال موضوع شده است و «الماء المتغیر» از بین رفته است، ولی در دومی زوال موضوع نشده است؛ چون موضوع دومی، ذاتی است که در آن حدوث تغیر رخ داده است و این موضوع بعد از زوال تغیر هم صادق است. اما مرحوم شیخ می‌فرماید: در این‌گونه موارد، تابع عرف هستیم نه لسان دلیل. عرف فرقی نمی‌بیند که گفته شود: «المستطیع یجب علیه الحج» یا «إذا استطاع یجب علیه الحج»؛ بلکه این دو را یکسان می‌فهمد و در هر دو استصحاب را جاری می‌داند.

المتغیر والماء اذا تغیر» شیخ می‌فرماید باید به عرف مراجعه کرد و چون عرف میان این دو تعبیر، وحدت می‌بیند، لذا استصحاب جاری می‌شود.^۱ اما مثلاً در مورد «صلاة فی الوقت» مرحوم شیخ می‌فرماید باید به لسان دلیل مراجعه کرد که آیا «فی الوقت» قید موضوع است که با زوال آن، موضوع باقی نباشد و استصحاب جاری نشود و یا ظرف موضوع است که پس از زایل شدن وصف، موضوع باقی باشد و استصحاب جاری شود.^۲

در چه مواردی باید رجوع به عرف کرد و در چه مورد به لسان دلیل لفظی؟ مرحوم آقای داماد فرموده است: گاهی موضوع، امری است که منطبق بر خارج می‌شود و حکمی که روی عنوان آمده به دلیل تطبیق بر مصداق خارجی، سرایت به خارج می‌کند و حکم را می‌توان به مصداق خارجی نسبت داد؛ مثلاً طهارت و نجاست روی اشیاء خارجی می‌رود، وجوب اکرام روی افراد خارجی می‌رود و عالم که موضوع اکرام است بر زید تطبیق می‌شود و او واجب الاکرام می‌گردد. حال در این موارد، اگر به نحو شبهه موضوعیه شک شود - مثلاً زید که دیروز عالم بود و وجوب اکرام داشت، در بقاء علمش شک شود - مجرای استصحاب است و یا اگر به نحو شبهه حکمیه شک شود - مثلاً آیا علم، حدوثاً و بقاء دخالت دارد و یا فقط حدوث آن دخیل است - می‌توان استصحاب کرد و چون باید موضوع را تطبیق بر خارج کرد، در مواردی که موضوع روشن نباشد باید به عرف مراجعه کرد تا موارد وحدت موضوع یا تعدد موضوع را از جهت تطبیق بر خارج، از عرف فهمید.

اما در بسیاری از موارد، حکم تکلیفی روی شیء خارجی نرفته است و نفس ماهیت، موضوع است - مثلاً صلاة خارجی که موجود شده است، متعلق تکلیف نیست بلکه مسقط تکلیف است - در اینجا اگر ماهیت، مقتد باشد، پس از زوال قید، موضوع هم از بین می‌رود و استصحاب جاری نمی‌شود؛ چون اسراء حکم از موضوعی به موضوع دیگر است؛ ولی اگر ماهیت غیر مقتد، موضوع بود و وصف، جنبه ظرفی داشت، چون موضوع باقی است استصحاب هم جاری می‌شود. در

۱. فوائد الأصول، ج ۳، ص ۲۹۵.

۲. فوائد الأصول، ج ۳، ص ۲۱۰.

این موارد چون تطبیق بر خارج در کار نیست، لذا جای رجوع به عرف در تشخیص بقاء موضوع نیست بلکه باید به لسان دلیل مراجعه کرد.^۱

در مقام نیز می‌توان گفت: چون موضوع (مفضاة)، امری است که منطبق بر خارج می‌شود؛ لذا اگر در اینجا به نحو شبهه موضوعیه یا حکمیه شک شود که حکم در فرض زوال عنوان مفضاة چیست، می‌توان استصحاب جاری کرد. مثلاً در شبهه موضوعیه اگر شک در اندمال جراحت باشد، می‌توان گفت که حرمت باقی است و یا در شبهه حکمیه که شک شود آیا مفضاة بودن دخالت حدوثی دارد یا بقاء هم دخالت دارد، مجرای استصحاب است.

اشکال آقای خوئی بر استصحاب در مقام

اما مرحوم آقای خوئی بر جریان استصحاب در مقام دو اشکال مطرح کرده که طبق نظر مختار نیز هر دو اشکال ایشان وارد است:

اشکال اول: عدم حجیت استصحاب در شبهه حکمیه

اولاً، استصحاب در شبهات حکمیه - چنان‌که مرحوم آقای خوئی^۲ فرموده است - جاری نیست گرچه دلیل عدم جریان را غیر از آنچه مرحوم آقای خوئی فرموده است می‌دانیم.

اشکال دوم: شک در بقاء موضوع

ثانیاً، اگر استصحاب در شبهات حکمیه هم جاری باشد، اما در اینجا اشکالی مانع استصحاب است و آن شک در بقاء موضوع است که مرحوم آقای خوئی متذکر شده است.^۳ ایشان می‌فرماید: در اینجا موضوع، «مرأه بما هی» نیست که افضاء فقط حیثیت تعلیلی باشد. اگر افضاء، حیثیت تعلیلی باشد یعنی افضاء علّیتی داشته که در زن حالتی ایجاد کرده و موجب ترتب حکم بر این زن شده است و حال که معلوم نیست آن علت، حدوثاً دخالت دارد یا حدوثاً و بقاء، استصحاب جاری است. اما اگر عنوان مأخوذ در دلیل به حسب متفاهم عرفی حیثیت تقییدی باشد،

۱. المحاضرات (مباحث اصول الفقه)، ج ۳، ص ۱۹-۲۰ و ۴۲۲.

۲. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خوئی)، ج ۲، ص ۴۲.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

«مرأة بماهی» موضوع حکم نیست، بلکه به قید مفضضة موضوع است؛ یعنی عرف موضوع را مقتید می‌بیند و حکم، بالذات به «مرأة مقتید به مفضضة بودن» نسبت داده می‌شود و بالعرض به «ذات مرأة» که در خارج است. لذا اگر شک شود که موضوعی پس از زوال قید، هم همان حکم را دارد، شک در بقاء موضوع است و استصحاب جاری نیست. اگر عرف به تناسب حکم و موضوع، قید مادام الوصف را فهمید که جای استصحاب نیست و معلوم است که پس از زوال وصف، حکم هم زائل می‌شود؛ اما اگر در نظر عرف روشن نبود که عنوان «مفضضة» حیث تعلیلی است یا حیث تقییدی و یا طبق مبنای کسانی که مشتق را در «ما انقضی عنه المبدأ» نیز قابل اطلاق حقیقی می‌دانند و عنوان را اعم می‌دانند، روشن نبود که موضوع در مقام، کدام عنوان -مقتید یا اعم- است، استصحاب جاری نخواهد بود. لذا پس از اندمال با عنایت به اصل برائت، حرمت هم زائل می‌شود.

فرض ششم: عقد مجدد پس از طلاق

فرض ششم فرض عقد مجدد بعد از طلاق است.

نظر آقای خوئی: عدم حرمت وطی به دلیل جریان اشکالات وارد در فرض اندمال مرحوم آقای خوئی در اینجا هم می‌فرماید آنچه در مورد اندمال جراحت گفته شد، در این فرع نیز جاری است.^۱ ایشان در فرض اندمال، چنین فرمود:

«لا مجال لإثبات الحكم بالاستصحاب، نظراً إلى أنه من الاستصحاب في الشبهات الحكمية ولا نقول بحجیته. مضافاً إلى تغیر الموضوع بنظر العرف، حيث إنَّ الحكم كان ثابتاً للمرأة بوصف كونها مفضضة، فلا يمكن إثباته للمرأة بعد زوال الوصف.»^۲

اشکال: بقاء موضوع در مقام بر خلاف فرض اندمال

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا به نظر می‌رسد بین مقام و مسئله اندمال جراحت تفاوت وجود دارد. در فرض عقد مجدد پس از طلاق، شک در بقاء موضوع

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۹.

نیست بلکه ظاهراً عرف در مقام، موضوع را باقی می‌داند. اگر در موردی ندانیم که شخصی زوجه خود را طلاق داده است یا نه، استصحاب عدم طلاق جاری می‌کنیم و شبهه عدم بقاء موضوع نمی‌کنیم و یا اگر حکمی در حال زوجیت باشد و بعد از زوال زوجیت شک در بقاء حکم کنیم - اگر مانع دیگری در کار نباشد - شک در بقاء موضوع نمی‌کنیم تا مانع از جریان استصحاب شود. از تناسب حکم و موضوع فهمیده می‌شود در نظر عرف، این مورد از مواردی است که آن را حیث تعلیلی می‌بیند نه تقییدی؛ یعنی زن افضاء شده، موضوع حکم است که تغییر نکرده است. پس طلاق و ازدواج جدید در مقام، تأثیری در جریان استصحاب ندارد.^۱

ثبوت دیه در افضاء صغیره

مسألة ۲: «... نعم يجب عليه دية الافضاء و هي دية النفس، ففي الحرّة نصف دية الرجل و في الأمة أقلّ الأمرين من قيمتها و دية الحرّة. و ظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقاً و ان أمسكها و لم يطلقها إلّا أنّ مقتضى حسنة حمران و خبر بريد المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها، و الأحوط ما ذكره المشهور.»^۲

شهرت قوی بر ثبوت دیه حتی در فرض عدم طلاق

بنابر نظر مشهور، در صورت افضاء زوجه، مطلقاً - حتی در فرض عدم طلاق زوجه - دیه بر زوج واجب است. عده‌ای از فقهاء این قول را اجماعی^۳ دانسته و گروهی دیگر

۱. البته اشکال عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیة همچنان باقی است و لذا شاید گفته شود پس از زوال زوجیت و عقد جدید، دلیلی بر حرمت نیست. اما به نظر می‌رسد چنین نیست؛ زیرا در فرض حرمت ابدی - چه به معنای انفساخ کلی عقد چه به معنای حرمت وطی - عرفی نیست که زنی حرام ابدی شود و با طلاق و ازدواج مجدد بتواند زوجه همین مرد شود یا وطی او جایز شود؛ خصوصاً با لحاظ تعبیر «عظّلها علی الأزواج» که به معنای عدم امکان تمتع از چنین زنی است، چه تمتع از سوی شوهر چه تمتع از سوی مردهای دیگری که بخواهند با او ازدواج کنند.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۵؛ غنیة النزوع، ص ۴۱۸-۴۱۹.

نیز «لا خلاف»^۱ و مانند آن^۲ تعبیر کرده‌اند.

ولی ادعای اجماع صحیح نیست؛ زیرا در مقابل این نظر مشهور، قول نادری وجود دارد، که بین حالت امساک و طلاق تفصیل داده و در صورت طلاق، دیه را لازم دانسته و در صورت امساک و عدم طلاق، دیه را لازم ندانسته است. ابن جنید^۳ و مرحوم فیض در وافی^۴ این قول را اختیار کرده‌اند. مجلسی^۵ و سید در عروه با تردید مسئله را ذکر کرده و آقای خوئی^۶ نیز مطابق این قول فتوا داده است.

منشأ این قول، صحیحۃ حمران و صحیحۃ برید است که در روایات حرمت وطی صغیره مطرح شد و در مقام از این منظر بررسی خواهد شد. در هر حال عمده دلیل، روایات است.

بررسی روایات

روایات افضاء را به چهار دسته می‌توان تقسیم کرد؛ گروهی از آن‌ها اثبات ضمان می‌کند، برخی دیه را واجب شمرده، دسته‌ای اثبات مهر، و دسته‌ای دیگر اثبات ارش کرده است.

۱. التنفیق الزائع، ج ۴، ص ۵۰۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲.

۳. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۶۴.

۴. الوافی، ج ۲۲، ص ۷۵۹: «أفضاها جعل مسلکیها واحدا، "أن یغرمه" أن یغرم الزوج من باب الحسبة، "فلا شیء علیه" لأنه ینفق علیها ولا ینتفع منها».

استاد^۷: مرحوم فیض بر خلاف مشهور می‌گوید: اگر زن افضا شده را طلاق دهد نفقه واجب نیست ولی دیه واجب است. از تعلیل ایشان معلوم می‌شود که در فرض قبل از طلاق نظر ایشان چیست. ایشان فرموده است علت وجوب دیه آن است که تا زمانی که طلاق نداده هر چند تمتعات حرام است، ولی باید نفقه را بپردازد. شارع مقدس پرداخت نفقه (بلا تمتع) را در مقابل سقوط دیه قرار داده است. گویا شرعاً مصالحه‌ای صورت گرفته، ولی این نکته بعد از طلاق دادن نیست و نفقه لازم نیست؛ پس دیه واجب می‌شود. از اینجا معلوم می‌شود فیض قبل از طلاق دیه را واجب نمی‌داند.

۵. روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۳۹۷.

۶. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۳۱.

طایفه اول: روایات اثبات ضمان عیب حاصل از جماع
طایفه اول از اخبار باب، روایات ضمان نسبت به عیب حاصل از جماع است.

روایت اول: خبر غیاث بن ابراهیم
عنه عن محمد بن یحیی عن غیاث بن ابراهیم عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام
قال: «لا توطأ جاریة لأقل من عشر سنین فإن فعل فعیبت فقد ضمن.»^۱
لذا اگر با وقاع، عیبی به زن برسد، واطی ضامن است و باید خسارت آن را بدهد.
درباره رفع تنافی بین این روایات و روایاتی که ۹ سال را ملاک قرار داده پیش تر
(روایات حرمت وطی صغیره) مطالبی بیان شد.

روایت دوم: صحیحه حلبی
محمد بن أبی خالد عن ابن أبی عمیر عن حمّاد عن الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام
قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنین فأصابها عیب فهو ضامن.»^۲
مشابه همین خبر در فقیه آمده است:
حمّاد عن الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام: «إن من دخل بامرأة قبل أن
تبلغ تسع سنین فأصابها عیب فهو ضامن.»^۳

روایت سوم: روایت طلحة بن زید
عنه عن محمد بن یحیی عن طلحة بن زید عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام قال:
«من تزوّج بکرا فدخل بها فی أقل من تسع سنین فعیبت ضمن.»^۴

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۷.
۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۵.
۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۳، ح ۴۴۴۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۸.
طریق شیخ صدوق به عبید الله بن علی حلبی چنین است: کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۲۹ و ۴۳۰: «و ما کان فیہ عن عبید الله بن علی الحلبي فقد رویتہ عن أبی؛ و محمد بن الحسن علیه السلام عن سعد بن عبد الله؛ و الحمیري جميعا عن أحمد و عبد الله ابني محمد بن عیسی، عن محمد بن أبی عمیر، عن حمّاد بن عثمان، عن عبید الله بن علی الحلبي؛ و رویتہ عن أبی؛ و محمد بن الحسن، و جعفر بن محمد بن مسرور علیه السلام عن الحسين بن محمد بن عامر، عن عمّه عبد الله بن عامر، عن محمد بن أبی عمیر، عن حمّاد بن عثمان، عن عبید الله بن علی الحلبي»؛ لذا روایت فوق، صحیحه است.
۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۶.

این روایت، ضمان را در خصوص بکر ثابت کرده است؛ لذا اگر احیاناً صغیره‌ای باکره نباشد با این روایت اثبات ضمان نمی‌شود. البته می‌توان گفت روایت مفهوم ندارد؛ چون به حسب متعارف در چنین سنینی صغیره باکره است.

روایت چهارم: موثقه اسحاق بن عمار

الصَّغَارُ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى عَنْ غِيَاثٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ ع؛ «إِنْ عَلِيًّا ع كَانَ يَقُولُ: مَنْ وَطِئَ امْرَأَةً مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتِمَّ لَهَا تِسْعَ سَنِينَ فَأَعْنَفَ ضَمْنٌ.»^۱ به قرینه سایر روایات، معلوم نیست «أعنف» قید احترازی باشد؛ بلکه شاید چون ذی حق نیست و وقاع را تحمیل کرده، چنین تعبیر کرده است.

همان‌طور که مرحوم سید در مسئله هفتم^۲ از همین بخش متعرض شده است، عیب حاصل از وقاع منحصر به افضاء نیست. کلمه ضمان در روایات، معنای کلی (اعم از دیه و ارش) دارد و مصادیق آن را باید شرع تعیین کند؛ لذا این دسته از روایات، ضمان را اعم از دیه یا ارش، در صورت افضاء یا عیوب دیگر اثبات می‌کند.

بررسی عبارت مقنع

فقهاء گرچه در مباشرت کمتر از نه سال اکثراً تصریح به ثبوت دیه کرده‌اند^۳، ولی مرحوم صدوق در مقنع می‌نویسد: «فإن تزوّجتها قبل أن تبلغ تسع سنين فأصاها عيب فأنت ضامن.»^۴ این کلام مرحوم صدوق، همان مضمون روایات فوق است. صاحب جواهر^۵ مراد از کلمه ضمان در عبارت مقنع را دیه دانسته و حمل به خصوص صورت افضاء کرده است.

اما این حمل وجهی ندارد و ممکن است مراد ایشان از مورد ضمان در این عبارت، معنای جامعی (اعم از افضاء و غیر آن) باشد که بعضی مصادیقش بر دیه

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۴، ۵۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۴.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۷.

۳. البته مراد این نیست که در مطلق مباشرت حکم به دیه کرده‌اند؛ بلکه در فرضی که مباشرت موجب افضا شود چنین حکم کرده‌اند.

۴. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲.

و بعضی بر آرش منطبق باشد، و این منافاتی با آن ندارد که خود مرحوم صدوق در جای دیگر روایت حرمان را که مفادش وجوب دیه است نقل کرده است. البته ابن حمزه در افضاء، حکم به دیه کرده^۱، و در جای دیگر (احکام دیات) فرموده است: با افضاء دو حکم ثابت می شود؛ یکی انفاق و دیگری ارش^۲. صاحب جواهر فرموده است: مراد ایشان از آرش، دیه است نه آرش مصطلح؛ چون در جای دیگر تصریح به ثبوت دیه کرده است^۳. البته به قرینه اینکه ابن حمزه جای دیگر تصریح نموده، بعید نیست مراد ایشان دیه باشد؛ لذا توجیه صاحب جواهر در این مورد قابل قبول است.

طایفه دوم: روایات اثبات دیه در افضاء زوجه صغیره
طایفه دوم اخبار باب، روایات لزوم دیه در افضاء زوجه است. البته دیه حرّه، نصف دیه حرّ است و دیه اّمه اقلّ الأمرین بین دیه حرّه و قیمت کنیز است. این دسته از روایات، خود بر دو قسم است:

قسم اوّل: روایات تفصیل دهنده بین طلاق و امساک زوجه
قسم اوّل، روایاتی است که بین فرض امساک زوجه و طلاق او تفصیل داده اند:

روایت اوّل: صحیحۀ حرمان
الحسن بن محبوب عن ابی ایوب عن حرمان عن ابی عبد الله علیه السلام قال:
«سئل عن رجل تزوّج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فقال
فأفضاها فقال إن کان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳: الحسن بن محبوب عن ابی أنوب عن حرمان عن ابی عبد الله علیه السلام قال: «سئل عن رجل تزوّج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن کان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شیء علیه و إن کانت لم تبلغ تسع سنين أو کان لها اقلّ من ذلك بقليل حين دخل بها فاقضها فإنه قد أفسدها و عطلها علی الأرواح فعلى الإمام أن یغزوه دیتها و إن أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلا شیء علیه».

۲. الوسيلة، ص ۴۵۱.

۳. الوسيلة، ص ۳۱۳.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲.

شیء علیه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك
بقليل حين دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج
فعلى الإمام أن يغترمه ديتهما وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا
شیء علیه.»^۱

همان گونه که از ظاهر روایت استفاده می شود، امام علیه السلام در صورت افضاء صغیره،
بین امساک و طلاق تفصیل داده اند و پرداخت دیه را در صورت طلاق لازم دانسته اند.
معنای «أو كان لها أقل من ذلك» این است که اگر عرفاً، نه سال نشده باشد یا
مقدار کمی به ۹ سالگی مانده که عرفاً ۹ ساله به حساب می آید، در هر دو صورت،
دیه ثابت می گردد؛ یعنی معیار برای نفی دیه، ۹ سال دقّی است نه عرفی.

روایت دوم: صحیحۀ برید

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و عن علی بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن
إبن محبوب عن الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق عن برید بن معاویة
عن أبي جعفر علیه السلام:

«فی رجل اقترض^۲ جاریة یعنی امرأته فأفضاها قال: علیه الدّیة إن كان
دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: فإن كان أمسكها ولم يطلقها
فلا شیء علیه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شیء علیه إن
شاء أمسك وإن شاء طلق.»^۳

بررسی سندى

مرحوم آقای خوئی، این روایت را به عنوان مؤید آورده است؛^۴ زیرا حارث بن محمد
بن نعمان را که در سند روایت قرار دارد، ضعیف می داند؛^۵ اما چنان که در ادله
حرمت ابدی بیان شد، این روایت، صحیحه است.

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۳، باب ۳۴، ح ۱.

۲. در برخی نسخ کافی و کافی جاب اسلامی «اقترض» آمده است: (الکافی (دار الحدیث)، ج ۱۴، ص ۳۹۱).

۳. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۸.

۵. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۱، ص ۳۲۱.

بررسی دلالتی

ظاهر این دو روایت، مطابق قول نادری است که علامه مجلسی درباره اش فرموده است: «و لم یقل به أحد». البته مرحوم آقای خوئی مطابق آن فتوا داده است.^۱ به قرینه مقابله «لا شیء علیه» و «علیه الدیه»، اگر نگوییم که ظهور «لا شیء علیه»، خصوص نفی دیه است، لا اقل قدر متیقن آن نفی دیه است.

قسم دوم: روایات بدون تفصیل بین طلاق و امساک

قسم دوم از روایات مثبت دیه، روایاتی است که تفصیلی در آن وجود ندارد:

روایت اول: روایت دعائم الاسلام

عن جعفر بن محمد علیه السلام أنه قال:

«فی الرجل یجامع امرأته فیفضیها فإذا نزلت بتلك المنزلة لم تمسک
البول قال: إن كان مثلها لا یوطأ أو عتف علیها فعلیه الدّیه.»^۲

اشکال دلالتی: اختصاص روایت به افشاء موجب عجز از کنترل ادرار

طبق این روایت، اگر وقاع با مثل صغیره باشد که وقاع با او جایز نیست (مثلها لا یوطأ)، دیه لازم است و اگر هم وقاع با کبیره باشد اما با عنف، همان حکم صغیره را دارد و دیه ثابت است که بحث آن در مسئله بعد (مسئله ۴) خواهد آمد؛ لکن موضوع حدیث، مطلق افشاء نیست، بلکه افشاء خاصی است که زن نتواند از بول جلوگیری کند.

روایت دوم: صحیحۃ سلیمان بن خالد

عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد
عن هشام بن سالم عن سليمان بن خالد قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل كسر بعصوه^۳ فلم يملك استه

۱. مرآة العقول، ج ۲۴، ص ۹۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۲۸.

۳. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۲۱، ح ۱۴۶۷؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۳۳۱، باب ۳۳، ح ۱.

۴. استاد علیه السلام: «بخصوص» استخوانی است متصل به نشیمن گاه و در صورتی که این استخوان شکسته

فما فيه من الذیة فقال: الذیة كاملة قال و سألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد قال: الذیة كاملة.^۱

این حدیث با الفاظ قریب به همین نقل در فقیه^۲ آمده است.

اشکال دلالی: اختصاص روایت به افشاء موجب عقیمی

مراد از جاریه در این روایت، مملوکه^۳ شخص افشاکننده نیست؛ زیرا ممکن است گفته شود پرداخت دیه نسبت به مملوکه خود وجهی ندارد^۴ و مراد کنیز دیگری هم نیست؛ زیرا دیه^۵ کنیز اقل^۶ الأمرین بین دیه حره و قیمت کنیز است^۷؛ بنابراین مراد، افشاء حره است.

در هر حال مفاد این روایت اخص از مدعی است؛ زیرا فقط فرضی را که افشاء موجب عقیم شدن زن شده باشد، مطرح کرده است.^۸

شده باشد، قدرت کنترل مدفوع از بین می رود. (القاموس المحيط، ج ۲، ص ۴۵۵: المحکم و المحيط الأعظم، ج ۱، ص ۴۵۵: المحيط فی اللغة، ج ۱، ص ۳۴۲: مجمع البحرین، ج ۴، ص ۱۶۴: لسان العرب، ج ۷، ص ۷: تاج العروس، ج ۹، ص ۲۴۴).

۱. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۳. ح ۱۱: وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۷۱، ح ۱.

۲. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۳۴، ح ۵۲۹۲: و روی هشام بن سالم عن سلیمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كسر بعصوه فلم يملك استمه ما فيه من الذیة فقال الذیة كاملة قال و سألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها و هي إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد فقال الذیة كاملة».

۳. البته طبق نظر مختار استاد^۹ مملوکه نیز مستحق دیه است و این کلام استاد بر اساس نظر معروف بین فقها است؛ ولی در هر حال نتیجه بحث تغییری نخواهد کرد؛ زیرا دیه کنیز، اقل^{۱۰} الأمرین بین دیه حره و قیمت کنیز است.

۴. برای نمونه: جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۹۶.

۵. تعبیر «جاریه» در صحیح سلیمان بدون وجود قرینه بر صغیره بودن او به معنای دختر بالغ یا جوان است، (القاموس المحيط، ج ۴، ص ۳۳۷: الإصحاح، ج ۱، ص ۱۶)، و اگر گفته شود معنای جاریه عام است و شامل صغیره هم می شود، نیاز به ذکر قید صغیره در سؤال سائل وجود دارد، چنانکه در بسیاری از روایات، این قید در کنار جاریه آمده است: (الکافی، ج ۵، ص ۲۱۹، ح ۴؛ و ص ۳۹۴، ح ۶؛ و ص ۴۴۵، ح ۶؛ و ص ۴۴۶، ح ۱۱؛ و ص ۴۷۵، ح ۴؛ و ج ۷، ص ۲۰۵، ح ۳؛ و ص ۲۰۹، ح ۲۲)؛ بنابراین، روایت سلیمان اطلاق ندارد تا معارض روایات دیگر باشد.

روایت سوم: موثق سکونی و روایت جعفریات

و بهذا الإسناد (محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم عن التوفلى عن الشكونى عن أبى عبد الله عليه السلام):

«أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام رَفَعَ إِلَيْهِ جَارِيتَانِ دَخَلَتَا الْحَمَّامَ فَاقْتَضَتْ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى بِأَصْبَعِهَا فَقَضَى عَلَى الَّتَى فَعَلَتْ عَقْلَهَا»^۱

«عقل» به معنای دیه است.^۲ شبیه مفاد روایت سکونی در روایت جعفریات هم آمده است:

«عن على بن أبى طالب عليه السلام أَنَّهُ رَفَعَ إِلَيْهِ جَارِيتَانِ دَخَلَتَا الْحَمَّامَ فَاقْتَضَتْ إِحْدَاهُمَا صَاحِبَتَهَا الْآخَرَى بِأَصْبَعِهَا فَقَضَى عَلَى الَّتَى فَعَلَتْ عَقْرَهَا وَ نَالَهَا بَشَىءٌ مِنْ ضَرْبٍ»^۳

البته به جای کلمه «عقلها»، «عقرها» آمده و در آخر چنین اضافه‌ای دارد: «ونالها بَشَىءٌ مِنْ الضَّرْبِ».

ظاهراً معنای عقّر در لغت همان «مهر» است^۴ خصوصاً با لحاظ برخی روایات اثبات مهر که در طایفه سوم خواهد آمد و تصریح به مهر شده است؛ لذا این روایت جزء روایات مثبت مهر است.

اشکال دلالی: اختصاص روایت به افشاء با إصبع توسط زنی دیگر

سکونی از روایات عامه است که اصحاب امامیه به روایات او عمل می‌کنند^۵؛ ولی مورد روایت سکونی، افشاء با اصبع است و استدلال به این حدیث، برای افشاء با وقاع - با توجه به جواز استمتاع دیگر غیر وقاع برای زوج - مشکل است؛ چون

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۲۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۵، ح ۱.

۲. البته ممکن است گفته شود: ظهور «عقلها» در دیه کامل روشن نیست، برخلاف تعبیر «الدیه» و «العقل».

۳. الأشعثیات، ص ۱۳۷.

۴. کتاب العین، ج ۱، ص ۱۵۰؛ جمهرة اللغة، ج ۲، ص ۷۶۸؛ تهذیب اللغة، ج ۱، ص ۱۴۹؛ المحيط فی اللغة، ج ۱، ص ۱۵۹؛ الصحاح، ج ۲، ص ۷۵۵؛ معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۹۲؛ لسان العرب، ج ۴، ص ۵۹۵.

۵. العدة فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۴۹-۱۵۰.

نمی‌توان از افضاء با إصبع توسط غیر زوج، الغاء خصوصیت کرد و ادعا کرد که هر خلاف شرعی که منشأ عیب یا افضاء شود - ولو با وقاع زوج - موجب دیه است.

روایت چهارم: روایت محمد بن قیس بجلی از قضاوت امیرالمؤمنین علیه السلام روایت دیگر، روایتی در فقیه است: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أفضيت بالدِّية»^۱

بررسی سندی

راوی روایاتی که قضایای امیرالمؤمنین علیه السلام را نقل می‌کند، محمد بن قیس است که هم خودش ثقة است^۲ و هم مرحوم صدوق در مشیخه فقیه به او طریق معتبر دارد^۳، و بر اساس آن ممکن است بگوییم این روایت، از همان روایات محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام است که در قضاوت‌های امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده است^۴؛ لذا روایت، صحیح است. اما با توجه به آنچه در اشکال دلالتی دوم در سطور آتی

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۸، باب ما یجب فی الإقضاء؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۳۰، باب ۲۶، باب دية الإقضاء فی الحزة والأمة، ح ۱.

۲. چنان‌که استاد علیه السلام در برخی مباحث (کتاب الصوم، اعتبار شهادت عدلین در رؤیت هلال) فرموده است، چهار محمد بن قیس در کتب رجال وجود دارد که سه نفرشان اسدی‌اند و یکی هم بجلی است. اسدی‌ها عبارت‌اند از:

اول: ابونصر الأسدی است که کتاب القضا یا دارد و نژادش هم عرب است و جزء بنی نصر است که یکی از قبایل اصیل عرب است، (رجال النجاشی، ص ۳۲۲ - ۳۲۳، رقم ۸۸۰).

دوم: محمد بن قیس اسدی ابوعبدالله است که نجاشی او را مدح می‌کند، (رجال النجاشی، ص ۳۲۲ - ۳۲۳، رقم ۸۸۰)، تعبیر «خصیصاً» درباره او یعنی شیعه است، اختصاص به ائمه دارد و جزء عاقمه نیست، ولی او جزء موالی بنی نصر است نه اینکه عربی اصیل باشد.

سوم: ابو احمد اسدی است که نجاشی او را ضعیف دانسته است، (رجال النجاشی، ص ۳۲۲ - ۳۲۳، رقم ۸۸۰).

اما محمد بن قیس بجلی، ابوعبدالله بجلی است که او هم کتاب القضا یا دارد و در مورد او گفته شده: «ثقة عين». یوسف بن عقیل و عاصم بن حمید کتاب او را روایت کرده‌اند، (رجال النجاشی، ص ۳۲۳، رقم ۸۸۱).

با توجه به اینکه در طریق شیخ صدوق به قضایای امیرالمؤمنین علیه السلام عاصم بن حمید قرار دارد، لذا مراد از محمد بن قیس، همان بجلی است.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۵۲۶.

۴. فهرست الطوسی، ص ۳۸۶ - ۳۸۷.

خواهد آمد، اصل اینکه تعبیر «قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأة أفضیت بالذیة» متن روایت باشد محل تأمل است.

اشکال دلالی

در هر حال، دو اشکال در دلالت روایت وجود دارد؛ زیرا:

اشکال اول: اعتبار «نقل معصوم علیه السلام از قضاوت علی علیه السلام» در اطلاق روایت

اولاً، اگر از طرق ائمه علیهم السلام این قضایا نقل شده باشد، می‌توان به اطلاق قضیه تمسک کرد و حکم وجوب دیه را در صورت افشاء از روایت استفاده کرد؛ ولی اگر از لسان معصومین نقل نشده باشد، نمی‌توان حکم مسئله را علی الاطلاق به دست آورد؛ زیرا شاید خصوصیتی در قضیه وجود داشته که حکم امام علیه السلام بر اساس خصوصیات مزبور بوده است؛ در حالی که اگر راوی، غیر معصوم باشد، ممکن است از خصوصیات دخیل در حکم خبر نداشته است. مگر اینکه با قطع نظر از اشکال بعدی، گفته شود این روایت، از محمد بن قیس بجلی از امام باقر علیه السلام به سند صحیح است.

اشکال دوم: احتمال اتحاد قضاوت علی علیه السلام با مفاد روایت سکونی و جعفریات

ثانیاً، احتمال اتحاد این روایت با روایت قبل (سکونی) قوت دارد؛ زیرا متن مقنع^۱ با همان متنی روایت سکونی مطابق است و اثری از روایت محمد بن قیس در مقنع که کتاب فتوایی مرحوم صدوق است، وجود ندارد؛ لذا با لحاظ اینکه مرحوم صدوق نیز سندی برای روایت مورد بحث، در فقیه ذکر نکرده است،^۲ این احتمال وجود دارد

۱. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۵۲۶.

۲. گرچه مرحوم صدوق در مشیخه فقیه فرموده است: آنچه به صورت متفرق به عنوان قضایای امیر المؤمنین علیه السلام نقل کرده، از کتاب محمد بن قیس است، (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۵۲۶)، اما احتمال اینکه این مطلب درباره روایت مورد بحث صادق نباشد قوت دارد؛ زیرا اصل عدم خطا طبق نظر مختار استاد علیه السلام به جهت این نکته است که به طور متعارف چنین خطایی رخ نمی‌دهد، در حالی که در مقام، با بررسی اسنادی از فقیه که قضاوت‌های متفرقه امیر المؤمنین علیه السلام نقل شده و مقایسه آن با اسناد دیگر در کافی و تهذیب، مشاهده می‌شود که در موارد متعدد، عین همان الفاظ روایت با سند دیگری نقل شده که احتمال خطای مرحوم صدوق را بسیار قوت می‌دهد، و این منشأ می‌شود که چنین خطایی از سوی مرحوم صدوق، غیر متعارف نباشد. این موارد عبارت‌اند از:

که چنان‌که مرحوم مجلسی اول^۱ نیز فرموده است، تعبیر «قاضی امیر المؤمنین علیه السلام» فی امرأة أفضیت بالذبة^۲ از مرحوم صدوق باشد که مفاد روایت سکونی را تلخیص کرده و در نتیجه اطمینان پیدا نمی‌شود که متن منقول به عنوان روایت محمد بن قیس، متن روایت باشد.

طایفه سوم: روایات اثبات مهر

طایفه سوم از اخبار باب، روایات اثبات مهر است.

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۸۰، ح ۴۶۸۵: «و قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل توفی و ترک صبیا و استرضع له أن أجر رضاع الصبی مایث من أبیه و أمه.»

الکافی، ج ۶، ص ۴۱، ح ۵: علی بن ابی عمیر عن بعض أصحابنا عن ابن أبی یغفور عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل توفی و ترک صبیا فاسترضع له فقال أجر رضاع الصبی مایث من أبیه و أمه.»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۵۶، ح ۵۳۵۲: «و قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی دابة علیها ردیفان فقتلت الذابة رجلا أو جرحته فقضى بالغرامة بین الزدیفین بالسوة.»

تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۴، ح ۵۹: محمد بن أحمد بن یحیی عن ابن أبی نصر عن عیسی بن مهران عن أبی غانم عن مهال بن خلیل عن سلمة بن تمام عن علی علیه السلام: «فی دابة علیها ردیفان فقتلت الذابة رجلا أو جرحته فقضى الغرامة بین الزدیفین بالسوة.»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۰۸، ح ۴۷۸۳: «و قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأة توفی عنها زوجها و لم یمسها قال لا تنکح حتی تعتد أربعة أشهر و عشرة أيام عدة المتوفی عنها زوجها.»

الکافی، ج ۶، ص ۱۱۹، ح ۸: حمید بن زیاد عن ابن سماعة عن محمد بن زیاد عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی المتوفی عنها زوجها و لم یمسها قال لا تنکح حتی تعتد أربعة أشهر و عشرة عدة المتوفی عنها زوجها.»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۱۶، ح ۵۲۳۳: «و قاضی امیر المؤمنین علیه السلام فی ستة نفر كانوا فی الماء فغرق منهم رجل فشهد منهم ثلاثة علی اثنين أنهما غرقاه و شهد اثنان علی ثلاثة أنهم غرقوه فالزمهم الذبة جميعا ألزم الاثنین ثلاثة أسهم بشهادة الثلاثة علیهما و ألزم الثلاثة سهمین بشهادة الاثنین علیهم.»

الکافی، ج ۷، ص ۲۸۴، ح ۶: علی بن ابراهیم عن أبیه عن التوفلی عن الشکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «رفع إلى امیر المؤمنین علیه السلام ستة غلمان كانوا فی الفرات فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم علی اثنين أنهما غرقاه و شهد اثنان علی الثلاثة أنهم غرقوه فقضى علیه السلام بالذبة أخماسا ثلاثة أخماس علی الاثنین و خمسين علی الثلاثة.»

بنابراین، در روایت مورد بحث نیز اصل عدم خطا جاری نخواهد بود.

۱. روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۴۲۹.

روایت اول جعفریات

عن علی بن ابی طالب علیه السلام: «أُتِیَ رفعُ إلیه جاریتان دخلتا الحمام فافتضت إحداهما صاحبتهما الأخری یأصبعها فقاضی علی الّتی فعلت عقرها و نالها بشیء من ضرب.»^۱

روایت دوم جعفریات

عن علی علیه السلام: «فی الرّجل یغتصب البکر فیفتضّها و هی أمة قال علیه الحدّ و یغزم العقر فإن كانت حرّة فلها مهر مثلها.»^۲

روایت سوم: روایت دعائم الاسلام

«عن علی علیه السلام أنّه قضی فی امرأة افتضت جاریة بیدها قال علیها مهرها و توجع عقوبة.»^۳

جعفریات از منابع دعائم

این روایت در کتاب دعائم الاسلام است و همان روایت اول جعفریات است، خصوصاً که یکی از مصادر آن، کتاب جعفریات است^۴ و چون دعائم کتاب عملی فقهی بوده، عبارات را تغییر داده تا روشن تر باشد؛ لذا به جای کلمه «عقرها» تعبیر «مهرها» و به جای «نالها بشیء من ضرب» عبارت «توجع عقوبة» آورده است.

روایت چهارم: روایت مقصد الراغب

«قضی أميرالمؤمنین علیه السلام فی جاریتین دخلتا الحمام فافتضت واحدة الأخری

۱. مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۸۷، باب ۴، ح ۱؛ الأشعثیات، ص ۱۳۷.

۲. مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۸۷، باب ۳۲، ح ۱؛ الأشعثیات، ص ۱۰۳.
در جعفریات مطبوع (مکتبه النینوی) به جای کلمه (یغتصب) کلمه (یغصب) آمده است؛ «عن علی علیه السلام فی الرّجل یغصب البکر فیفتضّها و هی أمة قال: علیه الحدّ و یغزم العقر فإن كانت حرّة فلها مهر مثلها.»

۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۸۷، ح ۲؛ دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۲۲، ح ۱۴۶۸.

۴. استاد علیه السلام: صاحب دعائم کتاب بسیار مفصلی به نام ایضاح داشته است که نسخه اش در دست نیست؛ اما عکس مختصری از کتاب الصلاة آن که در خارج از ایران یافت شده، نزد ماست، و از آنجا معلوم می شود که مؤلف دعائم این کتاب را از مآخذ متعددی - که بسیاری از آنها از کتاب های ماست - از جمله کتاب جعفر که از آن به الکتب الجعفریه تعبیر می کند، جمع آوری کرده است.

یا صبعها فالزماها المهر وحدها.....^۱

طایفه چهارم: روایات اثبات آرش
طایفه چهارم اخبار، روایات اثبات آرش است.

روایت اول: نوادر الحکمة

و فی نوادر الحکمة أَنَّ الصَّادِقَ (ع) قال: «فی رجل أفضت امرأته جاریته بیدها ففَضَى أن تقومَ قِیمةً و هی صحیحة و قِیمة و هی مفضاة فیغرمها ما بین الصَّخَّة و العیب و أجبرها علی إمساكها لأنها لا تصلح للرجال».^۲

روایت دوم: موثقة سکونی

عن محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم عن التوفلی عن الشکونی عن جعفر عن أبيه عن علی (ع): «أَنَّ رجلاً أفضى امرأة فقَوْمَها قِیمة الأمة الصَّحیحة و قِیمتها مفضاة ثم نظر ما بین ذلك فجعل من دیتها و أجبر الزَّوج علی إمساكها».^۳

کلام مجلسی اول و دوم در اتحاد خبر نوادر و سکونی

علامه مجلسی می فرماید: بعید نیست که دو روایت نوادر و سکونی درباره یک قضیه باشد و در اصل، یک روایت باشد؛^۴ یعنی در روایت نوادر الحکمة که اسمی از امیرالمؤمنین (ع) برده نشده، سقطی واقع شده، و در حقیقت امام صادق (ع) داورِ امیرالمؤمنین (ع) را نقل فرمودند.

مجلسی اول نیز در روضه المتقین فرموده است: ظاهر نقل فقیه از نوادر این است که زن را مجبور می کنند که جاریه غیر را که افشاء کرده نگهداری کند، در حالی که

۱. بحار الأنوار، ج ۱۰۱، ص ۴۲۲، ح ۱۰.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۹، ح ۵۳۲۹.

نقل وسائل الشیعة (ج ۲۰، ص ۵۱۵، ح ۱) چنین است: «فی رجل افطت امرأته جاریته یا صبعها ففَضَى أن تقومَ الجارية قِیمة و هی صحیحة و قِیمة و هی مفضاة فتغرم ما بین الصَّخَّة و العیب و أجبرها علی إمساكها لأنها لا تصلح للرجال».

۳. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۳.

۴. ملاذ الأخیار، ج ۱۶، ص ۵۳۲.

حکم به امساک ملک غیر، مشکل است؛ لذا اظهر این است که تصحیفی از نسخا واقع شده و چنین بوده که زوجه این مرد، جاریه دیگری بوده و مرد وی را افضاء کرده؛ لذا مرد باید به مولای این زن غرامت دهد و زوجه اش را امساک کند. در ظاهر نقل سکونی نیز در عبارت «أفضی امرأة» سقطی است و «أفضی امرأة» جاریه لغیره^۱ بوده است؛ لذا در هر دو روایت، سقط رخ داده است.

طبق این بیان، حکم به ارش در روایت سکونی نیز مانند روایت نوادر برای امه افضاء شده است و لذا تعارضی با روایات مربوط به افضاء صغیره حرّه ندارد. و لکن وقوع این تصحیف بستگی به اطمینان شخصی دارد.

تحقیق در مسئله

حال با لحاظ این نکته که دلیل عمده اثبات دیه در افضاء صغیره، دو روایت حمران^۲ و برید^۳ است، ابتدا مفاد این دو صحیحیه در دو جهت بررسی می شود:

۱. مفاد «لا شیء علیه».

۲. شرط ترتب «لا شیء علیه» چیست؟ این شرط، همان مفاد «إن أمسکها و لم یطلقها حتی تموت» در صحیح حمران، و «فإن کان أمسکها و لم یطلقها» در صحیح برید است.

سپس با توجه به دو جهت فوق و با لحاظ طوائف اخبار، به جمع اخبار در مقام

۱. روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۴۲۹-۴۳۰.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۹۳، باب ۳۴، ح ۱: الحسن بن محبوب عن أبی آیوب عن حمران عن أبی عبدالله علیه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جاریه بکرا لم تدرک فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه و إن کانت لم تبلغ تسع سنین أو کان لها أقل من ذلك یقلیل حین دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها و عطلها علی الأرواح فعلى الإمام أن یغرمه دیتها و إن أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلا شیء علیه».

۳. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸: تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳: الحسن بن محبوب عن الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق عن برید العجلی عن أبی جعفر علیه السلام «فی رجل اقتض جاریه یعنی امرأته فأفضاها قال علیه الذیة إن کان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین قال فإن أمسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه و إن کان دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه إن شاء أمسک و إن شاء طلق».

پرداخته می‌شود. لذا چند مطلب در این بخش بررسی می‌شود:

- مطلب اول: بررسی تفسیرهای مختلف «لا شیء علیه» در صحیحۀ برید و حمران.
- مطلب دوم: بررسی احتمالات شرائط نفی دیه در صحیحۀ حمران و برید.
- مطلب سوم: حلّ تعارض اخبار.

مطلب اول: بررسی تفسیرهای مختلف «لا شیء علیه» در صحیحۀ برید و حمران

تفسیر اول (محقق اردبیلی): «لا شیء غیر الدیة و النفقة»

محقق اردبیلی درباره صدر و ذیل صحیحۀ برید چنین فرموده است: «لعل المراد بقوله ﷺ: (فلا شیء) الثانی، نفی الدیة، و بالأول غیر الدیة و النفقة فإنه إذا طلقها ایضا علیه النفقة لصحیحة الحلبي.»^۱

روایت برید چنین است:

عن أبي جعفر عليه السلام: «فی رجل اقتض^۲ جاریة یعنی امرأته فأفضاها قال: علیه الدیة إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: فإن كان أمسكها و لم یطلقها فلا شیء علیه و إن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شیء علیه إن شاء أمسك و إن شاء طلق.»^۳

البته کلام ایشان درباره صحیحۀ حمران نیز جاری است. در هر حال، مفاد کلام ایشان - با تبیین بیشتر - چنین است:

دو تعبیر «فلا شیء علیه» وجود دارد و مراد از این دو نمی‌تواند معنای سلب کلی باشد؛ زیرا:

- تعبیر اول «فلا شیء علیه»، به قرینۀ اینکه نفقه و مهر در فرض عدم طلاق، ساقط نیست و دیه نیز در فرض افضاء قبل از نه سال در صدر روایت ثابت شد، ناظر به نفی سایر اشیاء (غیر از نفقه، مهر و دیه) است.
- تعبیر دوم «فلا شیء علیه» نیز، به قرینۀ سایر روایات که اثبات مهر یا

۱. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۴۱۸.

۲. در برخی نسخ کافی و کافی جاب اسلامی «اقتض» آمده است، (الکافی (دار الحدیث)، ج ۴، ص ۳۹۱).

۳. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ج ۱۸: تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳.

۴. البته ادله اثبات مهر، منوط به طلاق یا عدم طلاق و صغیره یا کبیره بودن نیست و در هر حال، مهر



نفقة^۱ کرده، ناظر به نفی خصوص دیه و سایر اشیاء (غیر از نفقه و مهر) است. لذا تعارض بین این روایت و سایر روایات بر طرف می‌گردد و در افضاء صغیره به روایات مثبته دیه عمل می‌شود. ولی این تفسیر بسیار خلاف ظاهر است؛ زیرا:

اشکال اول: ظهور «لا شیء علیه» در نفی دیه به قرینه مقابل با صدر صحیحه اولاً، در این دو صحیحه، ابتداء دیه را در افضای صغیره ثابت کرده و بعد در صورت امساک و عدم طلاق او فرموده است: «فلا شیء علیه». روشن است که تعبیر اول «فلا شیء علیه» به نفی دیه ناظر بوده، همان طور که تعبیر دوم «فلا شیء علیه» نیز ناظر به نفی دیه است؛ لذا نمی‌توان دیه را از تحت شمول این ذیل خارج دانست.

اشکال دوم: محتمل نبودن ثبوت غیر مهر، نفقه و دیه ثانیاً، اگر تعبیر اول «فلا شیء علیه»، در مقام نفی دیه هم نباشد، در مقام نفی چه چیزی است؟ آنچه این روایات ناظر بدان است اموری است که در بین مسلمین مطرح بوده و توهم ثبوت آن می‌رفته، و احتمال ثبوت چیزی غیر از مهر، نفقه و دیه نبوده تا این روایات آن احتمال را نفی کند. حتی عاقه^۲ هم چیزی غیر از این امور ذکر نکرده‌اند. به علاوه جمله «فإن کان أمسکها ولم یطلقها فلا شیء علیه» نیز مفهوم دارد و دلالت دارد که اگر مرد، زن را طلاق دهد، «شیء» بر او ثابت است. اگر مراد از «شیء»، غیر از مهر، نفقه و دیه باشد، چه چیز دیگری در اینجا محتمل است که در بعد از طلاق برگردن شوهر ثابت شود که در فرض امساک ثابت نبوده باشد؟ لذا این گونه تقیید در روایت بسیار مستبعد است.

بر عهده مرد است. مرحوم اردبیلی نامی از مهر نبرده است؛ اما استاد رحمته الله به درستی جهت تکمیل کلام ایشان، مهر را نیز مطرح کرده است.

۱. مراد مرحوم اردبیلی از روایت اثبات نفقه، روایت حلبی است: ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال: سألت عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها. قال: عليه الإجراء علیها ما دامت حیة» (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۲).

۲. ر.ک: المجموع شرح المذهب، ج ۱۹، ص ۱۲۳؛ المبسوط (سرخسی)، ج ۲۶، ص ۶۹.

تفسیر دوم (کاشف اللثام): لا إثمَ عليه في الإمساك

تفسیر دوم از «لا شیء علیه»، «لا إثمَ علیه في الإمساك» است که کاشف اللثام فرموده است.^۱ لذا مراد روایت این است که در امساک گناهی نیست و ربطی به دیه ندارد.

در تقریب این کلام کاشف اللثام می‌توان گفت: با قبول این مطلب که در فرض افضاء، زوجه حرام ابدی است - حال یا از حباله زوجیت خارج شده یا لأقل و طی او حرام ابد است - توهم این معنا وجود دارد که امساک چنین زنی حرام باشد؛ لذا روایت برای رفع شبهه تحریم فرموده است که گناهی در امساک نیست.

اشکال صاحب جواهر بر کاشف اللثام

ولی همچنان که صاحب جواهر^۲ فرموده است:

أولاً، در صدر صحیحۀ برید، اثبات دیه برای افضاء صغیره شده و سپس در فرض امساک صغیره، تعبیر «لا شیء علیه» شده است (علیه الذیة إن کان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: فإن کان أمسکها ولم یطلقها فلا شیء علیه) و بعید است که مفاد «لا شیء علیه» نفی دیه نباشد.

ثانیاً، بعد از اولین تعبیر «لا شیء علیه» در صحیحۀ برید، مجدداً در ذیل (افضاء کبیره)، تعبیر «لا شیء علیه» به کار رفته که به معنای نفی دیه است^۳، و اقتران این جمله با جمله مورد بحث («لا شیء علیه» در عبارت اول) قرینه است که در عبارت اول نیز به معنای نفی دیه است نه لا إثم علیه.

در حقیقت، «لا شیء علیه» در فرض امساک صغیره، مقترن به دو جمله است: قبل آن اثبات دیه شده و بعد آن نفی دیه شده است و این ظاهر کالصریح است که

۱. کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۴۰۰.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۳.

۳. توجه شود که کاشف اللثام فقط در فرض امساک زوجه، «لا شیء علیه» را به «لا إثم علیه» تفسیر کرده است و بیان شد که وجه این تفسیر این بود که در فرض افضاء صغیره - بنا بر حرمت ابدی زوجه صغیره افضاء شده - این توهم وجود دارد که امساک حرام باشد؛ لذا تعبیر «لا شیء علیه» ناظر به نفی اثم از این امساک است. اما این تفسیر درباره «لا شیء علیه» در فرض دخول به کبیره جاری نیست؛ زیرا در زوجه کبیره حرمت ابدی مطرح نیست و کاشف اللثام نیز چنین ادعایی نکرده است؛ لذا همان ظاهرش یعنی نفی دیه حفظ خواهد شد.

مفاد جمله میانی نیز نفی دیه است.

در صحیحۀ حمران نیز ابتدا در فرض افضاء کبیره با «لا شیء علیه» نفی دیه شده و سپس در فرض افضاء صغیره اثبات دیه شده (فعلى الإمام أن یغرمه دیتها) و بعد از این دو فقره، در فرض امساک صغیره افضاء شده، تعبیر «لا شیء علیه» تکرار شده است؛ لذا این تعبیر اخیر به قرینۀ دو فقرۀ قبلی، کالصریح در شمول نسبت به نفی دیه است.

صاحب جواهر پس از نفی کلام کشف اللثام ذیل روایت را به تبع شیخ طوسی بر صورت مصالحۀ بین زن و شوهر حمل کرده است.^۱

تفسیر سوم (مختار): لادیه علیه

تفسیر سوم از «لا شیء علیه»، «لادیه علیه» است. البته در هر دو صحیحۀ تفصیلی بیان شده که بررسی آن در مطلب بعد می آید. در هر حال تفسیر سوم مطابق ظاهر کالصریح روایت است.

مطلب دوم: بررسی احتمالات شرائط نفی دیه در صحیحۀ حمران و برید

حال با توجه به تفسیر مختار از «لا شیء علیه»، نفی دیه در چه شرائطی است؟ صاحب جواهر می فرماید: صدر روایت دیه را اثبات کرده، و در ذیل در فرض امساک زوجه تا مرگ (إن امسکها و لم یطلقها حتی تموت) دیه را نفی کرده است؛ ولی آیا می توان مرگ زن را در مسئلۀ دیه مؤثر دانست؟

ایشان می فرماید: ظاهر بدوی روایت با احتمالاتی همراه است که همگی جز احتمال ششم بعید است.^۲

احتمال اول: وجوب دیه با تحقق طلاق

احتمال اول^۳ این است که دیه به شرط طلاق واجب می شود.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲-۴۲۳.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲-۴۲۳.

۳. البته صاحب جواهر این احتمال را به صورت روشن بیان نمی کند؛ ولی مراد ایشان از آخرین احتمال در عبارت جواهر، همین احتمالی است که استاد رحمته الله به عنوان احتمال اول مطرح کرده است، (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۳).

اما این احتمال بعید است. طبق روایت، دیه فقط با مجموع دخول و افضاء واجب شده، نه با مجموع دخول و افضاء و طلاق. اگر طلاق در ثبوت دیه مؤثر باشد، جزء اخیر علت تامه است، و بسیار مستبعد است که در صدر روایت که اثبات دیه شده، جزء اخیر علت تامه را رها کرده، دیه را به جزء اول آن یعنی افضاء که بین آن و تحقق معلول فصل زمانی رخ می دهد، نسبت دهد.

احتمال دوم و سوم: سقوط دیه در فرض قصد امساک دائمی زوجه (نقل یا کشف)
احتمال دوم و سوم این است که مجرد قصد «امساک دائم زن» منشأ سقوط دیه است، یا به نحو نقل یا به نحو کشف. این دو احتمال نیز بعید است.^۱

احتمال چهارم و پنجم: سقوط دیه در فرض امساک دائمی زوجه (نقل یا کشف)
احتمال چهارم و پنجم این است که در صورت امساک زوجه توسط مرد، مرگ زوجه منشأ سقوط دیه گردد، یا به نحو نقل (احتمال چهارم) یا به نحو کشف (احتمال پنجم).

احتمال ششم: مصالحه بر امساک زن و سقوط دیه
احتمال ششم، تفسیر شیخ طوسی است. ایشان از باب جمع بین ادله، دو روایت فوق را بر مصالحه حمل کرده است؛^۲ یعنی چه در صورت طلاق و چه در فرض عدم طلاق، دیه ثابت است؛ ولی با این وجود، می توان به جهت مصالحه در صورت امساک زوجه، دیه را ساقط کرد و به عبارت دیگر، از آنجا که در صورت طلاق، مرد دیگری مایل به ازدواج با او نیست و عادتاً کسی نیز متکفل نفقه او نیست، امام علیه السلام می فرماید که اگر مرد، زن را نگه داشته و طبیعتاً نفقه او را نیز بپردازد، زن این امر را با اسقاط دیه مصالحه کرده است و نوع بانوان به این مصالحه رضایت دارند؛ زیرا می دانند که در صورت طلاق، مرد دیگری مایل به ازدواج با آنها نیست. صاحب جواهر^۳ نیز همین احتمال را اختیار کرده است.

۱. دلیل وجیه نبودن این دو احتمال، آن است که در دو روایت حمران و برید، قصد «امساک دائم» مطرح نشده؛ بلکه امساک خارجی، موضوع حکم است.

۲. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۲.

این حمل در الوافی (ج ۲۲، ص ۷۶۰) نیز آمده است.

تقویت احتمال چهارم و بیان نظیر فقهی آن

ولی از احتمالاتی که صاحب جواهر ذکر کرده، احتمال چهارم از احتمالات فوق، مطابق ظاهر روایت است و چندان بعید هم نیست. نظیر این احتمال در فقه، این است که به عقیده تمام علما تمام مهر با عقد ازدواج به عهده شوهر می‌آید؛ ولی اگر پیش از دخول، زوجه وفات کند، بنابر نظر مشهور، نصف مهر ساقط می‌شود. پس مرگ زوجه می‌تواند حق ثابتی را بقاء از بین ببرد؛ لذا مانعی ندارد که در مقام نیز در فرض امساک زوجه، با مرگ زوجه تمام دیه که زوجه قبلاً مالکش بوده از ذمه زوج ساقط شود و ورثه هم حق مطالبه نداشته باشند.^۱

دو احتمال در توجیه عدم تقیید ثبوت دیه به فرض طلاق در فتوای مشهور

اما منشأ عدم تقیید ثبوت دیه به فرض طلاق در فتوای مشهور چیست؟ ممکن است گفته شود که این، نشان دهنده اعراض آن‌ها از این دو صحیح است.^۲ اما این مطلب، صحیح نیست؛ زیرا در مورد عدم تقیید فتوای مشهور، دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول (حمل صحیح برید و حمران بر تقیه) و اشکال آن

احتمال اول این است که صحیح برید و حمران بر تقیه حمل شوند؛ اما چنین حملی صحیح نیست؛ زیرا عامه مطابق این قول فتوا نداده‌اند.^۳

احتمال دوم: خلاف ارتکاز بودن تعلیق وجوب دیه بر طلاق

احتمال دوم این است که مفاد ظاهری صحیح برید و حمران از دید مشهور، خلاف ارتکاز متشرعه و مذاق شرع است؛ زیرا بسیار خلاف ارتکاز است که حکم به دیه، در زمان زوجیت ثابت نباشد و مخصوص زمانی باشد که زوجیت منتفی شده است، در حالی که آسیب در زمان زوجیت محقق شده و طبعاً دیه هم در همان

۱. احتمال پنجم که مشابه احتمال چهارم است و فقط به نحو کشف است، خلاف ظاهر است؛ زیرا شرط متأخر با اینکه ثبوتاً ممکن است، اما خلاف متفاهم عرفی است. عقلاً غالباً در مواجهه با شرط، تقدم را می‌فهمند نه تأخر را.

۲. البته طبق مختار استاد رحمته، مجزئ اعراض مشهور موجب عدم اعتبار روایت نیست.

۳. المبسوط (سرخسی)، ج ۲۶، ص ۶۹؛ المجموع شرح المهدب، ج ۱۹، ص ۱۲۳.

زمان ثابت است، نه اینکه شوهر، بعد از طلاق ضامن دیه باشد. این امری است که در اشباه و نظائر فقهی آن، هیچ سابقه ندارد.^۱ پس شاید فقهاء به جهت عدم تطابق مضمون این دو روایت با ارتکازات متشعّبه و عرفیه، آن‌ها را کنار گذاشته و علم آن را به اهلش وا گذاشته و مطابق روایات مطلق، فتوا داده‌اند. لذا نمی‌توان از عدم تقیید وجوب دیه به فرض طلاق، نتیجه گرفت که به جهت اشکال «سندی» یا «جهتی»، از این دو صحیحیه اعراض شده است. چنان‌که بیان شد برخی مانند شیخ طوسی، محقّق اردبیلی و کاشف اللثام این دو صحیحیه را در مقام جمع با سایر اخبار به گونه‌ای خاص معنا کردند که هیچ تنافی بین این دو صحیحیه و سایر اخبار وجود نداشته باشد. این عده اگرچه با این دو صحیحیه، روایات دیگر را تقیید نزده‌اند، اما این دو را ذاتاً از نظر اصل صدور یا جهت صدور مخدوش ندانسته‌اند.

پس اگر فقهی این دو صحیحیه را خلاف ارتکاز نداند و معانی کسانی مثل شیخ طوسی، محقّق اردبیلی و کاشف اللثام را نیز نپذیرد و همان ظاهر اولیه را از دو صحیحیه برداشت کند، می‌تواند طبق مفاد آن‌ها فتوا دهد.

البته این بحث مطرح است که مفاد روایت آیا با روایات دیگر سازگار است؟ در صورت تعارض چگونه باید آن را حلّ کرد؟ این امری است که در مطلب آتی خواهد آمد؛ ولی عمل به ظاهر روایت اگر معارضی نداشته باشد، مانعی ندارد و وجهی برای کلام صاحب جواهر (با قطع نظر از سایر موارد) به نظر نمی‌آید.

مطلب سوم: حلّ تعارض اخبار مثبت ضمان با صحیحیه حمران و برید
معارض عمده^۲ برای صحیحیه حمران و برید، روایات اثبات ضمان است که در

۱. البته با فرض قبول وجود چنین ارتکازی می‌توان گفت: این ارتکاز، ارتکازی انکاری نیست تا مانع از تمتک به این دو صحیحیه شود. شاهد این مطلب آن است که هیچ‌یک از سائلین - نه حمران و نه برید - نسبت به کلام امام علیه السلام استنکار یا سوالی نکردند با اینکه ظهور قوی این روایت در نفی دیه در فرض امساک است. در هر حال، محتمل است تفصیل مذکور در این دو صحیحیه، خلاف مذاق شرع تشخیص داده شده، نه اینکه اعراضی از آن صورت گرفته باشد.

۲. روایات اثبات مهر با توجه به اینکه ضعیف السند است، قدرت معارضه با روایات مثبت دیه ندارند، و موضوع روایت سلیمان بن خالد که بدون تفصیل، مثبت دیه کامله است - چنان‌که در پاورقی قبلاً بیان شد - کبیره است؛ بنابراین منافاتی با روایات حمران و برید ندارد.

طایفهٔ اوّل^۱ از روایات بیان شد. در روایات اثبات ضمان، وارد کردن عیب به زن، موجب ضمان دانسته شده، سکوت این طایفه از تفصیل مذکور در صحیحۀ برید و حمران می‌رساند که با مرگ زوجه، ضمان ساقط نمی‌شود و ممکن است گفته شود که نمی‌توان این روایات متعدد را بر ضمان موقت حمل کرد. پس طبق این روایات، مطلقاً حتی در فرض موت زوجه نیز نمی‌توان قائل به سقوط دیه شد، به ویژه با توجه به اینکه سقوط حق با مرگ زوجه مشابه اندکی در فقه دارد.

چند راه را ممکن است برای حل این مشکل پیمود:

راه اوّل: حمل صحیحۀ حمران و برید بر مصالحه بین زوجین

راه اوّل این است که اگر روایت برید و حمران بر تفسیر شیخ طوسی حمل شود، معارض با اخبار ضمان نخواهد بود؛ زیرا طبق احتمال ششم، دیه ثابت است ولی زن با مرد مصالحه می‌کند و آن را اسقاط می‌کند.

راه دوم: ترجیح اخبار ضمان بر دو صحیحۀ به دلیل شهرت حکم به ضمان

راه دوم، ترجیح اخبار ضمان بر صحیحۀ حمران و برید است.

توضیح مطلب: ممکن است گفته شود که احتمال ششم (سقوط دیه با مصالحۀ زوجین) مردود است و جمع عرفی نیز وجود ندارد؛ لذا باید به مفاد اخبار ضمان و نظر مشهور ملتزم شد و تفصیل این دو صحیحۀ را نپذیرفت؛ زیرا احتمال چهارم که تفصیل بین طلاق و امساک، به عنوان یک حکم تعبدی است - حتی اگر از اشکال عدم حجّیت ذاتی آن رفع ید شود - بسیار خلاف ظاهر است؛ چون سبب می‌شود که با این دو روایت، روایات مطلقه بر فرضی حمل شود که هیچ مشابهی در غالب قوانین عرفی و شرعی ندارد. پس تعارض میان روایات باقی می‌ماند. به اقتضای «خذ بما اشتهر بین أصحابك»^۲، روایات مثبت ضمان علی الإطلاق، مبنای حکم

۱. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۵؛ محمد بن ابی خالد عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن».

۲. مضمون این روایت که همان مرفوعه زرارہ است، در مقبوله عمر بن حنظله آمده است: الکافي، ج ۱، ص ۶۸: «... ينظر إلى ما كان من روايتهم عتاً في ذلك الذي حکما به المجمع عليه من

قرار گرفته و قول مشهور ثابت می‌گردد و علم روایات برید و حمران را به اهلش واگذار می‌کنیم.

راه سوم (مختار): تقیید اخبار مثبت ضمان با دو صحیحیه

راه سوم (مختار)، تقیید اخبار ضمان با دو صحیحیه حمران و برید است و در نتیجه در فرض امساک زوجه توسط شوهر دیه ثابت نیست؛ اما نتیجه این تقیید این نیست که حتی ارش هم ثابت نباشد. تفصیل و توضیح این مطلب در بیان نظر مختار خواهد آمد.

نظر مختار در افضاء صغیره: ثبوت ارش مطلقاً و سقوط دیه در فرض عدم طلاق

در هر حال اقوی این است که مفاد صحیحیه حمران و برید، قابل التزام است، به این معنا که در فرض امساک زوجه صغیره، دیه ساقط است؛ اما سقوط ضمان ثابت نمی‌شود بلکه مرد باید ارش بدهد؛ زیرا «لا شیء علیه» در صحیحیه حمران و برید ظهور قوی در نفی ارش ندارد. روایات مثبت ضمان هم خصوص دیه را ثابت نمی‌کند، لذا «لا شیء علیه» در جمع بین ادله حمل بر نفی دیه می‌شود؛ بلکه قویاً محتمل است که این تعبیر ذاتاً با قطع نظر از سایر ادله نیز فقط بر نفی دیه دلالت کند و ناظر به جهات دیگر نباشد.^۱ در هر حال، روایات ضمان که مورد آن جماع قبل از نه سال است، بر ضمان ارش حمل می‌شوند و اطلاق آن شامل افضاء نیز می‌شود؛ زیرا روایات ضمان در فرض عیب، اثبات ضمان کرده‌اند و فرد ظاهر عیب در جماع قبل از نه سال، همین افضاء است.

لذا اینکه برخی موثقاً سکونی^۲ را که اثبات ارش کرده بود، معارض صحیحیه

أصحابك فيؤخذ به من حكمنا و يترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك فإن المجمع عليه لا ريب فيه الخ.

۱. زیرا هم قبل و هم بعد از فقره «لا شیء علیه» اثبات دیه شده؛ لذا تعبیر «لا شیء علیه» ناظر به خصوص دیه است.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۳: عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين: «أن رجلاً أفضى

حمران و برید دانسته و آن را حمل بر تقیه کرده‌اند، صحیح نیست؛ پس حتی در فرض امساک الی الابد، ارش ثابت است و این با نفی دیه در روایت برید و حمران منافات ندارد و با ادله ضمان هم کاملاً سازگار است.

در هر حال، ثبوت دیه در افضاء زوجة صغیره با غیر دخول، در بحث آتی (مسئله چهارم) ذیل مبحث افضاء کبیره خواهد آمد.

امراً فقوّمها قيمة الأمة الصحيحة و قيمتها مفضاة ثم نظر ما بين ذلك فجعل من ديتها و أجبر الزوج على إمساكها.

۱. شیخ طوسی، صاحب ریاض و برخی دیگر مانند مرحوم آقای خونی این حمل را مطرح کرده‌اند. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۵: «فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على ضرب من التقية لأن ذلك مذهب كنير من العامة»؛ ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۴۸۳: «وأما ما في القوي من ثبوت الأرش فمع قصور سنده و عدم مقاومته للمستفيضة من وجهه عديدة محمول على التقية، كما ذكره شيخ الطائفة»؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۰: «إلا أن الذي يهون الخطب أن أحدا من الأصحاب لم يلتزم بمضمونها، على أنها موافقة لمذهب أكثر العامة على ما ذكره الشيخ رحمته الله في الاستبصار فتحمل على التقية لا محالة». صاحب ریاض بین ثبوت دیه در روایات دیگر و ثبوت ارش در موثقة سکونی، منافات دیده است؛ لذا دومی را حمل بر تقیه کرده است. فهم صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامه (مفتاح الکرامه (جواب قدیم)، ج ۱۰، ص ۴۵۰: «حيث تضمن الأرش فقد حمّله في (الإستبصار) على التقية» از کلام شیخ طوسی، تنافی بین ثبوت ارش در روایت سکونی و عدم ثبوت دیه در صحیحین است. اما در عبارت الاستبصار شیخ طوسی کاملاً روشن نیست که به چه نحو، تعارض دیده شده است؛ بلکه محتمل است که شیخ طوسی بین اجبار زوج بر امساک زوجه (مفاد روایت سکونی) و تخیر بین طلاق و امساک (مفاد صحیحہ برید و حمران) تعارض دیده است؛ لذا در سطور قبل فرموده است: بین روایت برید و مرسله یعقوب تعارضی نیست؛ یعنی حرمت ابدی و تفريق بین زوجین منافاتی با تخیر زوجه ندارد؛ زیرا مراد از تفريق، حرمت وطی است. پس ممکن است مراد ایشان از تعارض بین روایت سکونی و این اخبار، همان اجبار زوج بر امساک باشد. البته مشکلی که این بیان را تضعیف می‌کند، این است که در منابع عاقله بحثی از امساک زوجه یافت نشد؛ بلکه اقوال عامه در ثبوت ارش است؛ لذا بعید نیست که عبارت استبصار ناظر به ثبوت ارش باشد.

علاّمه مجلسی درباره روایت سکونی، حمل دیگری را مطرح کرده و امساک را حمل بر استحباب کرده است. (مللاّ الأخير، ج ۱۶، ص ۵۳۲: «يمكن حمّله على ما إذا لم يصل إلى الإفضاء المصطلح و يكون الإمساك على الاستحباب»); یعنی هم از جهت ثبوت ارش و هم از جهت وجوب امساک، تنافی دیده و ثبوت ارش را مختص به فرضی غیر از افضاء مصطلح دانسته، و امر به إمساك را حمل بر استحباب کرده است.

دو تسامح در عبارت عروه

دو تسامح در عبارت عروه وجود دارد. عبارت عروه چنین است:

«و ظاهر المشهور ثبوت الدیه مطلقاً وإن أمسکها ولم یطلقها، إلاّ آن مقتضی حسنة حمران و خبر برید المثبتین لها عدم وجوبها علیه إذا لم یطلقها، و الأحوط ما ذکره المشهور وإن کان الاقوی خلافه.»^۱

این دو تسامح عبارت‌اند از:

۱. از دو صحیحۀ حمران و برید چنین استفاده می‌شود که دیه به نفس افشاء ثابت می‌شود، چه طلاق بدهد و چه طلاق ندهد. البته اگر زوجه تا زمان مرگش در حبالۀ نکاح او باقی بماند، هنگام مرگ، دیه ساقط می‌شود (همان احتمال چهارم که از جواهر در مطلب دوم نقل شد)، نه اینکه از اول ثابت نبوده است؛ لذا طلاق تأثیری در ثبوت دیه ندارد. با این وجود، چگونه مرحوم سید تعبیر «عدم وجوبها علیه إذا لم یطلقها» را به کار برده است؟ ظهور این تعبیر آن است که تا طلاق واقع نشده، دیه بر عهده نیامده و در نتیجه طلاق، شرط ثبوت دیه است، یا شرط مقارن یا شرط متأخر، چنان‌که مرحوم آقای خوئی^۲ طلاق را شرط متأخر دانسته است.
۲. تعبیر «إذا لم یطلقها» ظاهرش این است که عدم طلاق، تمام الموضوع است، در حالی که اگر طلاق نداده باشد اما به یکی از اسباب، منفسخ شده باشد یا مرد فسخ کرده باشد، باز از روایت استفاده می‌شود که دیه ساقط نیست و فقط در صورتی دیه ساقط می‌شود که تا زمان مرگ او را امساک کند و طلاق، فسخ یا انفساخ در کار نباشد. ظاهراً مرحوم سید التفات به این جهت نداشته، نه اینکه التفات داشته و به طلاق اکتفا کرده باشد؛ زیرا ایشان خصوصیات را در کلامش درج می‌کند؛ لذا عدم درج این نکات، نشان از عدم التفات ایشان بوده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۳۲-۱۳۱.

وجوب نفقهٔ صغیرهٔ افشاء شده

مسأله ۲: «... و يجب عليه أيضا نفقتها مادامت حية وإن طلقها بل وإن تزوجت بعد الطلاق على الأحوط.»^۱

دلالت صحیحۂ حلبی بر وجوب نفقهٔ صغیرهٔ افشاء شده حتی در فرض ازدواج مجدد دلیل وجوب نفقهٔ صغیرهٔ افشاء شده، صحیحۂ حلبی است که به اطلاقی شامل همهٔ فروض ذکر شده در این مسئله می‌شود:

ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حية.»^۲

به این ترتیب، در فرض ازدواج مجدد زن هم حکم به وجوب نفقه، «على الأقوى» خواهد بود، نه «على الأحوط»؛ چون تمام وجوه ذکر شده^۳ برای فرق بین ازدواج و عدم ازدواج مجدد، وجوه ضعیفی است؛ لذا برخی از فقهاء^۴ نیز فتوا داده‌اند.

اشکال: تنقید صحیحۂ حلبی به عدم ازدواج مجدد با لحاظ تعلیل «وعظلمها...» تنها وجهی که مانع اطلاق این صحیحہ است و نسبت به سایر وجوه، قدری قابل ملاحظه است، این است که در صحیحۂ حمران، «وعظلمها على الأزواج»^۵ آمده

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۲، ح ۲.

۳. برای نمونه: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۵.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۱.

۵. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۲، ح ۴۴۹۳: الحسن بن محبوب عن أبی أنوب عن حمران عن أبی عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضها فإنه قد أفسدها وعظلمها على الأزواج فعلى الإمام أن يفرمها دينها وإن أمسكها ولم يطلقها حتى ماتت فلا شيء عليه.» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۳، باب ۳۴، ح ۱).

است و با توجه به اینکه «العلة تخصص»^۱، در صورتی که زن ازدواج مجدد کند، حکم وجوب نفقه ثابت نخواهد بود.

پاسخ: اختصاص تعلیل به وجوب دیه

مرحوم صاحب جواهر پاسخ مناسبی به این اشکال نداده و تعلیل به «عطلها علی الأزواج» را چنین رد کرده که شاید وجوب نفقه، حکمی عقوبتی است.^۲ پاسخ صحیح این است که تعلیل مذکور راجع به وجوب نفقه نیست تا در نتیجه، صحیحته حلی را - که مفادش ثبوت نفقه تا زمان موت است - تقیید بزنیم؛ بلکه همان طور که مرحوم آقای حکیم نیز فرموده است^۳، مربوط به وجوب دیه نفس است. در روایت حمران دیه بر «عطلها علی الأزواج» مترتب شده است: «قد أفسدها و عطلها علی الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها»؛^۴ لذا به این مطلب می توان ملتزم شد که اگر «تعطیل» حاصل نشود مثل زمان حاضر که با جراحی های ساده، افضاء را معالجه می کنند (بلکه بسیاری از اوقات، در هنگام زایمان به طور طبیعی به خاطر بزرگی سر بچه، افضاء صورت گرفته و با جراحی ساده جبران می شود)، دیه نفس ثابت نخواهد شد؛ اما وجوب نفقه مطلقاً ثابت است.

۱. این اشکال مبتنی بر قبول قول مشهور (مخصص بودن علت) است؛ لذا طبق نظر مختار استاد^۵ که علت، مخصص نیست، استدلال فوق مخدوش خواهد بود، گرچه ممکن است گفته شود اساساً تعبیر مذکور، حکمت است نه علت.

۲. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۲۷: «نعم عن ابن فهد و الصيمري و ابن القطان و أحد وجهي القواعد و الإيضاح و الروضة تقیید الحكم بما إذا لم تنزج بغيره، لزوال علة الوجوب، و هي الزوجية و التعطيل علی الأزواج، و امتناع وجوبها بالزوجية علی أكثر من واحد، مع أن الأقوى خلافه أيضاً، لعموم النص المعتقد بفتوى المعظم و إجماع الخلاف و استصحاب الوجوب بعد منع التعطيل بالزوجية، و من ثم وجبت حال الصغر و بعد البينونة قبل التزويج، و كذا التعطيل بالتعطيل، لإحتمال العقوبة، و وجوبها عليهما ليس للزوجية فيهما، بل للإفضاء في الأول و الزوجية في الثاني، كما هو واضح».

معنای کلام صاحب جواهر این است که این تعبیر در روایت، حکمت است نه علت، در حالی که چنانکه استاد^۶ فرموده است، ظهور تفريع «تغريم» بر «تعطيل» در این است که در فرض تعطیل چنین حکمی مترتب شده است.

۳. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۸۵.

۴. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹؛ و ص ۴۹۳، ح ۱.

ممکن است اشکال شود که اگر زن ازدواج کند و شوهر جدید هم نفقه او را بدهد، چه وجهی وجود دارد که باز هم بر شوهر سابق (افضاء کننده)، نفقه واجب باشد؟ اما پاسخ این است که مانعی ندارد که در مقام به این امر قائل شویم، زیرا نفقه زوج به جهت نیازمندی فعلی زن به نفقه نیست؛ بلکه اگر زنی بسیار ثروتمند باشد، باز هم نفقه وی بر شوهر لازم است و اگر زن بدون قصد تبرع و کمک به شوهر، از مال خود خرج کند، می تواند هزینه زندگی را از شوهر خود مطالبه کند. در نفقه افضاء هم می تواند مطلب همین گونه باشد؛ یعنی چنین زنی با اینکه ازدواج مجدد کرده و شوهر جدید او را تأمین اقتصادی می کند، اما باز هم مستحق نفقه شوهر سابق است.

نظر مختار: عدم وجوب نفقه در فرض امکان درمان افضاء

البته انصاف^۱ این است که در زمان کنونی که افضاء به راحتی قابل درمان است، اصل ثبوت مستمر نفقه مشکل است؛ چون لحن روایات این است که در زمینه ای این حکم صادر شده که به طور طبیعی و در نوع موارد، مشکل «عظلهای علی الأزواج» در افضاء وجود داشته باشد، و این موضوع در زمان حاضر منتفی است.

مراد از افضاء در موضوع روایات

مسألة ۳: «لا فرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر و الأفضاء أعم من أن يكون باتحاد مسلكي البول و الحيض أو مسلكي الحيض و الغائط أو اتحاد الجميع وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالاول»^۲

۱. توضیح بیشتر: بحث های آینده نیز که ثبوت نفقه در آن مفروض گرفته می شود، ناظر به زمان صدور روایت است، نه زمان کنونی. در هر حال، مسائل مختلفی نسبت به زمان حاضر مطرح است که نیاز به دقت نظر و بحث دارد، از جمله: آیا مجرد سهولت درمان در زمان کنونی، حکم وجوب نفقه را ساقط می کند یا شرط سقوط، تحقق خارجی درمان است؟ آیا اگر زوجه افضاء شده بدون هیچ جهتی صرفاً به خاطر دریافت نفقه، از درمان ساده افضاء خودداری کند، باز هم نفقه ثابت است؟

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۳.

بررسی اقوال در معنای افضاء

در معنای افضاء بین امامیه و غیر امامیه^۱ و همچنین بین فقهاء و لغویین اختلاف واقع شده است. در ادامه، مهم‌ترین این اقوال مطرح و بررسی می‌شود:

قول اول: اتحاد مسلک بول و حیض

قول اول، قول شیخ طوسی و مشهور^۲ است. شیخ طوسی معیار افضاء را اتحاد مخرج بول و حیض دانسته^۳ و فرموده است:

«الإفضاء أن يجعل مدخل الذكر وهو مخرج المنى والحیض والولد ومخرج البول واحدا، فإن مدخل الذكر ومخرج الولد واحد وهو أسفل الفرج، ومخرج البول من ثقبه كالإحليل في أعلى الفرج، وبين المسلكين حاجز دقيق، والإفضاء إزالة ذلك الحاجز، قال كثير من أهل العلم: الإفضاء أن يجعل مخرج الغائط ومدخل الذكر واحدا، وهذا غلط، لأن ما بينهما حاجز غليظ قوي»^۴

۱. المجموع شرح المذهب، ج ۱۹، ص ۱۲۳ و ۱۲۵.

۲. السرائر، ج ۳، ص ۳۹۳؛ التنقيح الرابع، ج ۳، ص ۲۶؛ المذهب البارع، ج ۵، ص ۳۴۷؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۱؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۸؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۳۳۲؛ كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۲۰۲؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۱۲؛ رياض المسائل (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۷۶؛ و ج ۲، ص ۵۵۱؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۱۹.

۳. استاد^۵ صاحب جواهر می‌فرماید: شاید شیخ و ابن ادریس (السرائر، ج ۳، ص ۳۹۳) که شبیه این تعبیر را آورده است، به صحاح جوهری و قاموس اشاره داشته باشند که تفسیرشان از افضاء با احتمال دوم یعنی اتحاد مسلک حیض و غائط انطباق دارد: «و ما في الصحاح والقاموس يمكن حمله عليه، وإلا كان خلطا بين المعنى اللغوي والمتعارف بين كثير من فقهاءهم، ويمكن أن يكونا من الناس الذين غلطوا في ذلك، المشار إليهم في كلام الشيخ و ابن ادریس»، جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۲۱.

ولی این کلام از صاحب جواهر خیلی عجیب است. البته نسبت به جوهری که وفاتش در سال ۳۹۲ بوده اشکالی نیست؛ چون شیخ در زمان وفات او دوازده ساله بوده، اما نسبت به فیروزآبادی صاحب قاموس که متوفای ۸۱۶ یا ۸۱۷ است، معنی ندارد که شیخ طوسی (متوفای ۴۶۰) و ابن ادریس (متوفای ۵۹۸) به کلام او ناظر باشند. یکی از حقوقی که مرحوم آقای بروجردی بر حوزه‌های علمیه دارد، همین است که مراجعه به کتب رجال و تراجم و سایر اطلاعات مورد نیاز را که در حوزه‌ها متروک شده بود، مجدداً رواج داد.

۴. المبسوط، ج ۷، ص ۱۴۹.

ظاهراً وجه استدلال شیخ طوسی، این است که بین مخرج حیض و غائط، حاجز قوی وجود دارد؛ لذا با واقعه و امثال آن از بین نمی‌رود، مگر در فروض خیلی نادر؛ پس باید روایات را حمل بر فروض متعارف کنیم که همان اتحاد مسلک بول و مسلک حیض است. در هر حال، برخی نیز به تبع ایشان همین تعلیل (قوت حاجز) را مطرح کرده‌اند.^۱

قول دوم: اتحاد مسلک بول و حیض یا مسلک حیض و غائط

قول دوم، قول علامه حلی است. علامه حلی در چند کتاب خود^۲ و به تبع ایشان برخی دیگر از علما^۳، اتحاد مسلک بول و حیض یا اتحاد مسلک حیض و غائط را، هر کدام باشد، کافی دانسته‌اند؛ اما احتمال سوم یعنی اتحاد مسلک بول و غائط را مطرح نکرده‌اند. البته در مورد کلام علامه، این بحث وجود دارد که آیا ایشان افشاء را موضوعاً شامل احتمال اول و دوم می‌دانند، چنان‌که فخرالمحققین^۴ کلام ایشان را چنین معنا کرده است، یا فقط حکماً شامل می‌داند که ظاهر عبارت ایشان همین است؟ البته علامه حلی علت الحاق را ذکر نکرده است و بعید نیست تعلیل «عظلمها علی الأزواج» منشأ این الحاق بوده باشد.^۵

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۱؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۶۸؛ الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۱۲.

۲. تحریر الأحکام، ج ۵، ص ۵۸۳-۵۸۴؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۳ و ۶۸۳؛ مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۳۹۸.

۳. إیضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۰۳؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۴، ص ۵۱۵.

۴. إیضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۰۳.

۵. با تأمل در کلام علامه، صحت ادعای استاد^{علیه السلام} روشن می‌شود؛ زیرا علامه در قواعد بعد از جمله «و قبل: بین مخرج البول و الحیض»، فرموده است: «و هو أقرب»، و سپس علت اقرب بودن را غلظت حاجز بین مخرج حیض و غائط دانسته است؛ ولی در عین حال، در انتهای عبارت خود فرموده است: «و مع هذا فالأقرب عندي وجوب الدية بكل منهما». این نشان می‌دهد که علامه موضوعاً و تسمیة، افشاء را شامل اتحاد مسلک حیض و غائط نمی‌داند و غلظت حاجز را دلیل این می‌داند که موضوع حکم دیه در روایات، همان اتحاد مسلک بول و حیض باشد؛ اما با این وجود، حکماً ملحق می‌کند. مؤید این کلام استاد^{علیه السلام} و همین‌طور مؤید اینکه علت الحاق حکمی توسط علامه، تعلیل «عظلمها...» است، این است که در تحریر ایشان چنین تعبیر کرده است: «الذهاب منفعة الجماع معهما» (تحریر الأحکام، ج ۵، ص ۵۸۴). البته -چنان‌که واضح است- اینکه علامه قائل به الحاق حکمی است، منافاتی با عبارت ایشان در مختلف نیز ندارد:

تقویت قول اول در جواهر و مستمسک

مرحوم صاحب جواهر نظر مشهور را تقویت کرده و فرموده است که معنای لغوی افشاء، توسعه دادن است و چون این معنای عام در روایات اراده نشده، باید افشاء را حمل بر معنایی کرد که معمولاً اتفاق می افتد، نه چیزی که فقط در عالم فرض، مصداق دارد و وجود خارجی آن کالعدم است.

سپس ایشان فرموده است به دلایل ذیل، مراد از این معنای ضیق همان نظر مشهور است:

- اولاً، مشهور قائل به اختصاص افشاء به اتحاد مسلک بول و حیض شده اند. حتی ابن فهد در المهدّب البارع تصریح کرده که علاوه بر اختصاص موضوعی، حکم هم مختص به همین احتمال است.^۱
- ثانیاً، اجماع منقول نیز وجود دارد که افشاء مختص به اتحاد مسلک بول و حیض است.
- ثالثاً، با توجه به اینکه اتحاد مسلک حیض و غائط به ندرت اتفاق

«و الوجه أن نقول: متى حصل الإفشاء بأي المعنيين كان، وجبت الدية كملاً». (مختلف الشيعة، ج ۹، ص ۳۹۸).

در هر حال، از مطالب فوق روشن می شود، سید عمید الدین نیز در شرح قواعد دچار همان اشتباه فخر شده است:

«و الأقرب عند المصنّف وجوب الدية بكلّ منهما، لصدق اسم الإفشاء عليهما، و هو قوله في المختلف أيضاً»، (کنز الفوائد، ج ۳، ص ۷۹۰).

این نکته نیز قابل توجه است که فخرالمحققین با وجود اینکه در کتاب الدیات از قواعد علامه، مدعی شده که افشاء موضوعاً شامل هر دو نوع می شود و آن را علت کلام علامه دانسته است، اما در کتاب النکاح، بخش تدلیس فرموده است که افشاء در مورد اتحاد مسلک حیض و غائط صادق نیست و بُعد این دو مخرج را دلیل کلام خود دانسته است: «الإفشاء صیورة مسلک البول و مسلک الحیض و هو مدخل الذکر و احدا و هذا هو الصحيح، و قال بعضهم: مسلک الحیض و الغائط واحدا و هو بعيد لبعدهما بین المسلکین و هذه المسألة لیست من هذا العلم بل (أما) من علم التشريع ان نظر إلى المعنى (و أما) من علم اللغة ان نظر إلى وضع اللغوي فالفقيه يتسلّمه تسليماً ثم يرتّب علیه الحكم»، (إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۷).

در مورد علت این تنافی، کلامی از استاد رحمته الله در بیان نظر مختار از مفهوم افشاء خواهد آمد.

می‌افتد، افضاء را باید به معنای اتحاد مسلک بول و حیض دانست که وقوع آن مخصوصاً در مورد صغیره، متعارف است.

ایشان در آخر می‌فرماید: «و غیر ذلک»^۱ یعنی قول مشهور از دلیل یا ادله دیگری نیز برخوردار است که البته ایشان آن را بیان نکرده است و احتمالاً اشاره دارد به وجهی که شیخ طوسی مطرح کرده است. این وجه، همان مناسبت استرسال بول با اتحاد مسلک بول و حیض است. شیخ طوسی^۲ فرموده است: برخی از فقها - شاید مراد ایشان، فقهای عامه^۳ باشد - این مسئله را عنوان کرده‌اند که اگر در اثر افضاء، اختیار بول از دست زن خارج شود، چه حکمی دارد؟ خود همین مسئله، کاشف از این است که افضاء را اتحاد مسلک بول و حیض می‌دانند، نه اتحاد مسلک حیض و غائط و آلا باید عدم امساک غائط را مطرح می‌کردند، نه عدم امساک بول را.^۴ در هر حال، مرحوم آقای حکیم هم با صاحب جواهر موافق است و می‌فرماید:

«و ما ذكره في محله؛ لأنَّ الجامع بين الأفراد ليس من معاني الإفضاء، كي يحمل عليه الكلام. و حمله على المعنى اللغوي يقتضي ثبوت الأحكام له وإن كان بنحو آخر غير الأنحاء المذكورة، ولا يظنَّ القول به من أحد. و عليه يتعين حمله على المشهور لحصول الوثوق بصحته الموجب للتجريح، كما تحقق ذلك في مبحث الأخذ بقول اللغوي.»^۵

قول سوم: اتحاد مسلک بول و غائط

قول سوم، اتحاد مسلک بول و غائط است که بنابر این قول، برای تحقق افضاء باید دو حاجز از بین برود. بعضی از اهل لغت مثل صاحب مجمع البحرین^۶ و نیز برخی

۱. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۴۲۱.

۲. المبسوط، ج ۷، ص ۱۴۹-۱۵۰.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۵؛ و ج ۵، ص ۲۵۷؛ المبسوط، ج ۷، ص ۱۵۰.

۴. در روایت دعائم نیز چنین آمده بود: عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه قال: «في الرجل يجامع امرأته فيفضيها فإذا نزلت بتلك المنزل لم تمسك البول قال إن كان مثلاً لا يوطأ أو عتف عليها فعليه الذية.» (دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۲۱؛ ۱۴۶۷؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۳۳۱، باب ۳۳، ح ۱).

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۶.

۶. مجمع البحرین، ج ۱، ص ۳۳۱.

از فقهاء^۱ این قول را اختیار کرده‌اند.

قول چهارم: اتحاد مسلک بول و حیض یا حیض و غائط یا هر سه
قول چهارم، قول مرحوم سید است. ایشان تمام اقسام مختلفی را که در اینجا تصویر
شده است، داخل در موضوع افضاء و مشمول حکم دیه نفس می‌داند، حتی در
موردی که منشأ افضاء دخول از دبر باشد.

«لافرق فی الدخول الموجب للافضاء بین أن یکون فی القبل أو
الدبر و الإفضاء أعم من أن یکون باتحاد مسلکی البول و الحيض أو
مسلکی الحيض و الغائط أو اتحاد الجميع وإن کان ظاهر المشهور
الاختصاص بالاول»^۲

مرحوم آقای خوئی نیز مطابق نظر مرحوم سید، قائل به توسعه مفهوم افضاء شده
است.^۳

بررسی ادله قول چهارم
حال در ادامه، ادله قول چهارم بررسی می‌شود.

دلیل اول: شمول معنای لغوی نسبت به همه موارد
مرحوم آقای خوئی چنین استدلال کرده که روایات هیچ کجا متعرض مفهوم افضاء
نشده و کسی هم از ائمه علیهم السلام در این مورد سؤالی نکرده و ایشان نیز توضیحی در
تحدید این کلمه نفرموده‌اند؛ لذا معلوم می‌گردد که این مفهوم، مصطلح خاصی
در بین ائمه علیهم السلام نداشته و مطابق با معنای عرفی خودش استعمال شده است. پس
باید با مراجعه به عرف، معنا به دست بیاید که با مراجعه به متخصصین از اهل
لغت همچون زمخشری می‌توان معنای عرفی آن را کشف کرد. زمخشری می‌گوید:
افضاء به معنی فضوة و وسعت ایجاد کردن است^۴ و این معنایی است که شامل

۱. الوافی، ج ۱۶، ص ۷۰۱: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۴.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۳.

۳. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۲۱، ح ۱۴۶۷؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۳۳۱، باب ۳۳، ح ۱.

۴. الفائق فی غریب الحدیث، ج ۲، ص ۳۲۳.



اقسام مختلف افضاء می‌گردد.^۱

اشکال: عدم استعمال افضاء در معنای وسیع لغوی در مقام

این استدلال قابل مناقشه است؛ زیرا با اینکه غیر از زمخشری برخی دیگر از لغویین^۲ نیز افضاء را چنین معنا کرده‌اند، اما همان‌طور که صاحب جواهر فرموده است این واژه در اینجا قطعاً به معنای وسیع خود به کار نرفته است^۳ لذا شامل پاره کردن گوش، دهان، دماغ و ... نمی‌شود. تعبیر «إذا افضى امرأة» قطعاً به معنای ایجاد توسعه در عضوی از اعضای بدن زن نیست و به علاوه از لحاظ استعمالات لغوی هم اطلاق «افضاء المرأة» به این معنا اصلاً صحیح نیست، بلکه معنای خاصی مراد است.

همچنین صاحب جواهر احتمالی داده است که به نظر ما مورد اطمینان است و آن این است که لفظ افضاء، مشترک میان دو معنا است^۴: یکی معنای وسیعش که اختصاص به زن ندارد و توسعه دادن هر چیزی را گویند و اطلاق آن بدین معنای وسیع اصلاً در مورد زن و اسناد آن به زن نادرست است، و دوم معنای خاصی که اختصاص به زن دارد و وسعت دادن به محل خاصی مراد است، یعنی مراد از آن وسعت دادن به خود متعلق نیست؛ بلکه وسعت دادن به عضوی از اعضای متعلق است. بر این اساس، با توجه به عدم صحت اسناد «افضاء» - به مفهوم عام خود - به زن، استدلال مرحوم آقای خوئی به این معنا برای مختار خود صحیح نیست و باید مفهوم آن را در ترکیب (أفضى المرأة)، معنای خاصی دانست.

دلیل دوم: شمولیت اخبار مثبت ضمان در عیوب

مرحوم آقای خوئی به اطلاق ادله ضمان نیز تمسک کرده و فرموده است:

«و یدل علی ما ذکرناه التعبير بالعیب فی لسان عدّة من النصوص مع الحكم بالضمان فیها، و من الواضح أنّ العیب یشمل بإطلاقه

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۳۴.

۲. النهاية (ابن اثیر)، ج ۳، ص ۴۵۶.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۱.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۱.

جميع الأقسام المذكورة^۱.

اشکال: عدم اثبات ديه نفس با روايات مثبت ضمان

اما استدلال ايشان به روايات مثبتۀ ضمان برای اثبات حکم افشاء (دية النفس) در تمام اقسام متصوّر در افشاء نیز تمام نیست؛ زیرا همان طور که مرحوم سید فرموده^۲ و مرحوم آقای خوئی هم قبول کرده است، اگر عیب دیگری غیر از افشاء حادث شود، با ادله مثبتۀ ضمان، ارش ثابت می شود، نه ديه^۳؛ چون در روايات، ديه اختصاص به یک عیب خاص یعنی افشاء دارد و هرگاه اثبات شد که عیب افشاء است، ديه هم ثابت می شود. اما با رواياتی که اثبات ضمان در عیوب کرده است، نمی توان اثبات کرد که همه این اقسام داخل در مفهوم افشاء است؛ زیرا در صورت شک در اینکه آیا همه این اقسام، افشاء است یا برخی از آنها، با روايات مثبتۀ ضمان نمی توان این جهت موضوع را روشن کرد، مگر اینکه عیب را منحصر در افشاء بدانیم، همچنان که بعضی از فقها^۴ گفته اند که مراد از عیب، صرفاً افشاء بوده و رواياتی که اثبات ضمان در عیب کرده، تنها ديه را اثبات می کند، نه ارش را. اما مرحوم آقای خوئی پذیرفته است که عیوبی هست که افشاء نیست و استحقاق ارش را دارد^۵؛ یعنی ايشان عیوب زن را منحصر در افشاء نمی داند. بر این اساس، نمی توان در ظرف شک در مصادیق افشاء به روايات مثبتۀ ضمان تمسک کرد؛ چون خود روايت تعيين کننده موضوع خود نیست.

نظر مختار در مفهوم افشاء: توسعه محل وقاع

به نظر ما بعيد نیست که مراد از «أفضى المرأة» توسعه دادن محل وقاع باشد، به هر نحوی که این توسعه صورت گرفته باشد، که بعضی از حاجزها از بین رفته باشد یا تمام آنها. به همه این موارد افشاء گفته می شود و چه بسا مراد کسانی همچون

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۴.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۳.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۷.

۴. الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۹۲.

۵. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۷.

فخرالمحققین^۱ که می‌گویند متفاهم عرفی آن است که تمام این اقسام، افضاء است، همین مطلب باشد؛ یعنی چنین نیست که عده‌ای بین البول والحیض به ذهنشان متبادر می‌شود و عده‌ای بین الحيض والغائط و عده‌ای بین الثلاثه، تا گفته شود متفاهم عرفی همه اقسام است؛ بلکه این اصلاً متفاهم عرفی نیست. عرف تنها از این کلمه توسعه محل وقوع را می‌فهمد ولی کیفیت و خصوصیات این توسعه، داخل در حد مفهوم عرفی نیست. اختلاف تعابیر فقها هم به سبب اختلاف در تشخیص مصادیق خارجی است، نه اختلاف در مفهوم عرفی؛ لذا فخرالمحققین با اینکه کلمه افضاء را مطابق مشهور معنا می‌کند^۲ ولی تمام اقسام را افضاء می‌داند. شاید دلیلش این است که وی مطابق مشهور، افضاء خارجی را تفسیر کرده ولی در عین حال معتقد است که افضاء، مفهوماً اختصاص به حد خاصی ندارد هرچند در خارج - طبق نظر او - اختصاص به رفع حاجز مسلک بول با حیض داشته باشد، یا غالباً مصداقش این باشد.

خلاصه تفاهم عرفی از کلمه افضاء، توسعه محل وقوع است و مصادیق آن را علم تشریح معین می‌کند و عرف که علم تشریح نخوانده، نمی‌تواند در حد مفهومی افضاء، معلومات علم تشریح را اخذ کند.

این مفهوم (اتساع محل وقوع) شامل تمام اقسام می‌گردد. تعبیر برخی اهل لغت که در معنای آن گفته‌اند: مسلکین را مسلک واحد گرداندن^۳، اشاره به همین حد مفهومی دارد.

تبیین مصداق متعارف افضاء (اتحاد مسلک حیض و غائط)

البته چنان‌که مرحوم آقای شعرانی در حاشیه واف^۴ فرموده است و اهل اطلاع هم تأیید کردند، اتحاد مسلک حیض و غائط، شائع است، نه اتحاد مسلک بول و حیض.

۱. ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۳.

۲. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۷.

این تفسیر ایشان در کتاب النکاح از ایضاح، بخش تدلیس آمده است.

۳. المصباح المنیر، ج ۲، ص ۴۷۶؛ لسان العرب، ج ۱۵، ص ۱۵۷.

۴. الوافی، ج ۱۶، ص ۷۱.

مشهور با مسائل جزاحی آشنا نبوده‌اند و طبق قول فخرالمحققین، این مسئله از مسائل فقه نیست، بلکه معنای لغوی آن مربوط به علم لغت، و کیفیت تحقق خارجی آن مربوط به فن تشریح و جزاحی است.^۱

آقای شعرانی دو دلیل بر مدعای خود ذکر می‌کند:

۱. مخرج بول در اعلاهی فرج است و مخرج حیض در اسفل فرج است و فاصله بین این دو، بیشتر از فاصله بین مخرج حیض و مخرج غائط است.
۲. مخرج بول یک استخوانی است که وسط آن سوراخ است و بول از آن سوراخ خارج می‌شود؛ بنابراین اگر افضاء، اتحاد مسلک بول و حیض باشد، ناگزیر باید این استخوان بشکند تا افضاء حاصل شود و حتی در صغیره هم ندرتاً این استخوان می‌شکند؛ اما بین مخرج حیض و مخرج غائط، استخوانی وجود ندارد بلکه فقط حاجز لحمی در بین است.

دلیل عمده، همین دلیل دوم است و اینک جزء مسلمات شده و دیگر از مسائل نظری نیست، و این طور شنیده‌ایم که اتحاد مسلک بول و حیض به ندرت اتفاق می‌افتد و اتحاد مسلک بول و غائط، بسیار نادرتر است؛ چون تقریباً محال است که حازه‌ها دفعتاً از بین برود؛ بلکه باید به تدریج یکی از حازه‌ها و بعد دیگری برداشته شود. در این جهت، فرقی بین صغیره و کبیره وجود ندارد.^۲

۱. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۷.

۲. اطلاعات متعددی که استاد رحمته‌الله در مورد مسائل پزشکی مطرح کرده است، حاصل مشورت با برخی از پزشکان حاذق است.

بررسی ثبوت دیه افضاء غیر زوجه صغیره

مسألة ۴: «لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبديّة على القول بها و وجوب النفقة، المملوكة و المحلّلة و الموطوءة بشبهة أو زنا و لا الزوجة الكبيرة، نعم تثبت الديه في الجميع - عدا الزوجة الكبيرة إذا أفضاها بالدخول بها- حتّى في الزّنا و إن كانت عالمة مطاوعة و كانت كبيرة و كذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع و نحوه فلا تحرم عليه مؤبداً نعم تثبت فيه الدية.»^۱

مسئله قبلی در مورد افضاء زوجه صغیره بود که بنا بر مشهور سه حکم برای آن ثابت بود:

۱. حرمت ابدی ۲. وجوب نفقه تا پایان حیات وی ۳. دیه.

ایشان می فرماید: در غیر زوجه صغیره - به استثناء زوجه کبیره - دو حکم اول ثابت نیست، ولی دیه ثابت است؛ اما در زوجه کبیره دیه هم وجود ندارد؛ لذا هر سه حکم در مورد زوجه کبیره منتفی است.

بررسی عبارت عروه

مطلب اول: تسامحی در عبارت عروه

در عبارت عروه (لا يلحق بالزوجة ... لا الزوجة الكبيرة) تسامحی وجود دارد؛ چون الف و لام زوجه مذکور در صدر (لا يلحق بالزوجة) عهد ذکرى است؛ زیرا اگر الف و لام مذکور، جنس باشد، عبارت «لا يلحق بالزوجة ... الزوجة الكبيرة» غلط می شود؛ زیرا زوجه کبیره یکی از اقسام زوجه است. اما الف و لام در زوجه مذکور در عبارت «ولا الزوجة الكبيرة» جنس است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۴.

پس لازم است برای اینکه چنین تسامحی رخ ندهد، کلمه صغیره هم درج می‌شود و ایشان چنین می‌گفت: «لا يلحق بالزوجة الصغيرة في الحرمة الأبديّة.....»

مطلب دوم: تبیین «نعم تثبت الدية في الجميع... إذا أفضاها بالدخول بها...»

کلام آقای حکیم: تقیید «تثبت الدية» با «إذا أفضاها بالدخول بها...» مرحوم آقای حکیم عبارت «إذا أفضاها بالدخول بها» را قید مستثنی که زوجه کبیره است ندانسته؛ چون در زوجه کبیره زنا تصور نمی‌شود، بلکه معتقد است به مستثنی منه (تثبت الدية في الجميع) برمی‌گردد.^۱ یعنی غیر از زوجه کبیره، در تمام اقسام حتی در زنا حتی اگر زن مطاوعت هم کرده باشد وجوب دیه هست؛ چون آن چیزی که در باب زنا نیست، مهر و اجرة المثل است؛ زیرا «لا مهر لبغي»^۲ اما زن زناکار راضی به افشاء نبوده و فقط به اصل وقاع رضایت داده، لذا دیه افشاء ساقط نیست. ادله دیه هم فرقی میان اقسام نمی‌گذارد.

اشکال: ثبوت دیه در افشاء به غیر دخول

اما مطلب آقای حکیم صحیح نیست؛ زیرا اگر قید «إذا أفضاها بالدخول» مربوط به «تثبت الدية في الجميع» باشد، معنای عبارت این می‌شود که شرط ثبوت دیه، دخول است، با اینکه در ادله و روایاتی که مورد استناد قرار گرفته است، شرط ثبوت دیه، دخول نیست؛ مثلاً در بعضی از روایات برای افشاء با انگشت هم دیه ثابت شده است^۳ و خود مصنف هم بعداً می‌فرماید که در افشاء با انگشت هم دیه ثابت است.^۴

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۷.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۱۲۶-۱۲۷: علی بن ابراهیم عن أبيه عن التوفلي عن الشكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «التحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغي و الرشوة في الحكم و أجر الكاهن»؛ الخلاف، ج ۵، ص ۳۹۳: «و روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن مهر البغي».

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۵، ح ۸۱: عنه عن أحمد بن محمد البرقي عن التوفلي عن الشكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أن علياً عليه السلام رفع إليه جاريان ادخلتا الحمام فافتضت إحداهما الأخرى بإصبعها ف قضى على ألتى فعلت عقلمها».

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۴.

بررسی محتملات معنای عبارت «نعم تثبت الدیه فی الجميع...»
لذا عبارت فوق، معنای دیگری دارد. در این عبارت دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: اختصاص عدم دیه در زوجۀ کبیره به فرض دخول

احتمال اول این است که «إذا أفضاها بالدخول» به مستثنی بخورد. یعنی زوجۀ کبیره اگر با دخول افضاء شده باشد، دیه ندارد؛ زیرا وقاع زوجۀ کبیره در هر حال مجاز است و اگر در هنگام وقاع، افضاء رخ دهد، از روایت حمران^۱ و برید^۲ استفاده می شود که دیه ندارد و فتاوی فقها هم چنین است که در مورد زوجۀ کبیره، افضاء با دخول مستثنی است. ولی اگر زوجۀ کبیره به غیر وقاع افضاء شود، همچون اقسام دیگر مثل اجنبیه و مملوکه دیه دارد. بدین ترتیب عبارت «إذا أفضاها بالدخول» قید مستثنی است یعنی «عدا الزوجه الکبیره المفضاة بالدخول» و لذا عبارت صحیح چنین می شود: «نعم تثبت الدیه فی الجميع - عدا الزوجه الکبیره إذا أفضاها بالدخول بها- حتی فی الزنا» یعنی عبارت «عدا الزوجه الکبیره إذا أفضاها بالدخول بها» جمله معترضه است و اصل عبارت (بدون این جمله معترضه) چنین است: «نعم تثبت الدیه فی الجميع حتی فی الزنا» یعنی دیه در تمام این اقسام حتی در صورت زنا هست و فقط زوجۀ کبیره، آن هم در حالت خاصی (افضاء به دخول) مستثنی است.

احتمال دوم: بازگشت قید «إذا أفضاها» به صدر مسئله (لا يلحق ...)

احتمال دوم این است که جمله «نعم تثبت الدیه فی الجميع» جمله معترضه و «إذا أفضاها» به اصل مطلب (لا يلحق بالزوجه) مربوط باشد؛ یعنی می خواهد الحاق زنی

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۳، باب ۳۴، ح ۱: عن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جاریة بکرا لم تدرک فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين اقتضها فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغزموه ديتها وإن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه».

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۱، باب ۴۴، ح ۱: عن برید بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اقتض جاریة یعنی امرأته فأفضاها قال: «عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال وإن أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق».

را که در بعضی از شرایط همانند زوجه صغیره است ولی زوجه صغیره نیست (یعنی افضاء به دخول شده ولی زوجه صغیره نیست) نفی کند و می‌گوید که حرمت ابدی و وجوب نفقه با افضاء به دخول، از اختصاصات زوجه صغیره است و در اقسام دیگری که ذکر شد، افضاء بالدخول آن احکام را در پی نمی‌آورد. یعنی این زن‌ها در صورت افضاء با دخول در حکم حرمت ابد و وجوب نفقه، ملحق به زوجه صغیره نمی‌شوند. قهراً جمله «نعم تثبت الدیه فی الجمیع» جمله معترضه خواهد بود.

اقوی بودن احتمال اول به لحاظ انطباق آن با اخبار و فتاوی

اما احتمال اول اقوی است؛ یعنی «عدا الزوجه الکبیره إذا أفضاها بالدخول بها» جمله معترضه است؛ زیرا این معنا، مطابق روایت و فتوا است که زوجه کبیره به طور کلی از شمول حکم دیه مستثنی نیست، بلکه تنها اگر افضاء بالدخول شده باشد مستثنی است.

به علاوه قید «حتى فی الزنا و إن كانت عالمة مطاوعة و کانت کبیره» طبق احتمال دوم متعلق به صدر خواهد بود که بی‌معناست؛ زیرا معنای عبارت این خواهد بود: «غیر زوجه صغیره، در دیه و نفقه ملحق به زوجه صغیره نیست حتی در زنا، اگرچه با رضایت زن بوده باشد»، در حالی که در فرض رضایت زن به زنا، اولویتی در عدم لزوم دیه و نفقه توهم نمی‌شود؛ بلکه توهم عدم الحاق در فرض عدم رضایت زن است.

اشاره به اقوال در ثبوت دیه افضاء زوجه کبیره با غیر دخول

مسئله افضاء به غیر دخول در کلمات علماء قبل از محقق حلی اصلاً مطرح نشده است. ظاهر کلام مرحوم محقق در شرایع^۱ و نافع^۲ و صریح کلام مرحوم علامه در

۱. شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۵۳: «فی افضاء المرأة ديتها وتسقط فی طرف الزوج إن كان بالوطء بعد بلوغها». مفهوم این جمله شرطیه این است که «فإن لم یکن الإفضاء بالوطء فلا تسقط الدیه»؛ لذا استاد^۳ فرموده است: «ظاهر کلام محقق» نه صریح.

۲. المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۰۹: «فی الإفضاء الدیه و هو أن یصیر المسلمین واحداً... و یسقط ذلك عن الزوج لو وطنها بعد البلوغ أمّا لو كان قبله ضمن الدیه مع المهر و لزمه الإنفاق علیها حتی یموت أحدهما».

قواعد^۱ این است که افشاء زوجۀ کبیره در صورتی دیه ندارد که بر اثر دخول صورت گرفته باشد.^۲

روایات دیۀ افشاء

از روایات استفاده می شود که وجوب دیه اختصاص به زوجۀ صغیره ندارد؛ اگرچه روایتی که به طور عام برای افشاء، دیه را اثبات کند وجود ندارد و روایات در موارد خاص وارد شده است.

در ذیل، روایات دیه از این منظر (وطی زوجۀ کبیره به غیر دخول و وطی اجنبیه با دخول یا غیر دخول) بررسی می شود اگرچه در بحث وطی صغیره این روایات مطرح شد.

روایت اول: موثقه سکونی

محمّد بن الحسن الصّقّار عن إبراهیم بن هاشم عن التّوفلی عن السّکونی عن جعفر عن أبیه عن علی بن ابي طالب: «أَنَّ عَلِيًّا رَفَعَ إِلَيْهِ جَارِيتَانِ دَخَلَتَا الْحَمَامَ فَأَفْضَتَ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى يَأْصِبُهَا فَقَضَى عَلَى الْآتَى فَعَلَتْ عَقْلَهَا».^۳

در صدر مسئله، دیه به طور مطلق ثابت دانسته شده و در ذیل، تنها در فرض وطی، دیه ساقط دانسته شده؛ لذا مفهومش این است که در غیر وطی چنین نیست؛ لذا ظهور عبارت نافع (نه صریح آن) دلالت بر مدعا دارد.

۱. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۳.

۲. قبل از علامه مهذب الدین نیلی در نزهة الناظر فرموده است: «و أما الإفشاء بالأصابع أو غيرها ففيه الدية خاصة سواء كانت زوجته أو غير زوجته» (نزهة الناظر، ص ۱۴۴).

۳. تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۲۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۵۴، باب ۴۵، ح ۱. در نقل وسائل به جای «دَخَلَتَا»، «أَدْخَلَتَا» و به جای «فَافْتَنَّتْ»، «فَافْتَنَّتْ» آمده است. البته صاحب وافى - طبق وافى مطبوع - نیز این روایت را از تهذیب مانند صاحب وسائل نقل کرده است (الوافی، ج ۱۶، ص ۷۰۳، ح ۲۹).

اشکال دلالی: عدم تعرض به افشاء زوجه توسط زوج
این روایت در جاریتان است که یکی دیگری را با اصبع افشاء کند؛ لذا متعرض حکم افشاء زوجه با غیر جماع نیست.

روایت دوم: روایت صدوق (قضاوت امیر المؤمنین)

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أفضيت بالذية»^۱

اشکال دلالی

در بحث وطی صغیره به تفصیل، اشکال دلالی این روایت مطرح شد و بیان شد که این روایت مجمل است و اطلاق ندارد.

روایت سوم: صحیحہ سلیمان بن خالد

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام «عَنْ رَجُلٍ كَسَرَ بَعْضُوهُ فَلَمْ يَمْلِكْ اسْتَهَ فَمَا فِيهِ مِنَ الذِّیَةِ فَقَالَ الذِّیَةُ كَامِلَةٌ قَالَ وَ سَأَلْتَهُ عَنْ رَجُلٍ وَقَعَ بِجَارِيَةٍ فَأَفْضَاهَا وَ كَانَتْ إِذَا نَزَلَتْ بِتِلْكَ الْمَنْزِلَةِ لَمْ تَلِدْ قَالَ الذِّیَةُ كَامِلَةٌ»^۲

چنان‌که در افشاء صغیره گذشت، مراد از جاریه در این روایت، مملوکه شخص افشاءکننده نیست؛ زیرا ممکن است گفته شود پرداخت دیه نسبت به مملوکه خود وجهی ندارد^۳ و مراد کنیز دیگری هم نیست؛ زیرا دیه کنیز اقل‌الامرین بین دیه حره و قیمت کنیز است^۴؛ بنابراین مراد، افشاء حره است، ولی در هر حال مفاد این

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۸، باب ما یجب فی الإفشاء: وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۳۰، باب ۲۶، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۳، ح ۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۷۰-۳۷۱، ح ۱.

۳. البته طبق نظر مختار استاد علیه السلام مملوکه نیز مستحق دیه است و این کلام استاد بر اساس نظر معروف بین فقها است؛ ولی در هر حال نتیجه بحث تغییری نخواهد کرد؛ زیرا دیه کنیز، اقل‌الامرین بین دیه حره و قیمت کنیز است.

۴. برای نمونه: جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۹۶.

روایت اخص از مدعی است؛ زیرا فقط فرضی را که افشاء موجب عقیم شدن زن شده باشد، مطرح کرده است.

روایت چهارم: روایت نوادر الحکمة

فی نوادر الحکمة:

«أَنَّ الصَّادِقَ عليه السلام قَالَ فِي رَجُلٍ أَفْضَتْ امْرَأَتُهُ جَارِيَتَهُ بِيَدِهَا فَقَضَى أَنْ تَقُومَ قِيَمَةً وَهِيَ صَحِيحَةٌ وَ قِيَمَةً وَهِيَ مَفْضَاةٌ فَيُغْرِمُهَا مَا بَيْنَ الصَّخَةِ وَالْعَيْبِ وَأَجْبَرُهَا عَلَى إِمْسَاكِهَا لِأَنَّهَا لَا تَصْلَحُ لِلرِّجَالِ»^۱
این روایت را مرحوم صدوق در فقیه به صورت مرسل نقل کرده است.^۲

روایت پنجم: صحیحہ برید

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن الحارث بن محمد بن التعمان صاحب الطلاق عن برید بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام

«فِي رَجُلٍ اقْتَضَ جَارِيَةً يَعْنِي امْرَأَتَهُ فَأَفْضَاها قَالَ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سَنِينَ قَالَ فَإِنْ كَانَ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يَطْلُقْهَا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعَ سَنِينَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ»^۳

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۹، ح ۵۳۲۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۳۰، ح ۲.
۲. از آنجا که مرحوم صدوق این روایت را مرسل نقل کرده و معلوم نیست که در اصل کتاب نوادر الحکمة مسند بوده است، لذا نمی توان سند روایت را تصحیح کرد. اگر گفته شود که نقل این روایت در فقیه دلالت دارد که صدوق این روایت را جزء مستثنیات ابن ولید ندانسته و اعتبار آن را قبول دارد، در پاسخ گفته می شود: صحت این بیان، فرع مسند بودن این روایت در اصل مصدر است والا اگر مرسل بوده باشد، از استثناء ابن ولید نمی توان پی به اعتبار آن برد.
۳. در برخی نسخ کافی و کافی چاپ اسلامیة «اقْتَضَ» آمده است. (الکافی (دارالحدیث)، ج ۱۴، ص ۳۹۱).
۴. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۳.

روایت ششم: صحیحہ حرمان

الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن حرمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن رجل تزوج جارية بكرًا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضها فإنه قد أفسدها وعظّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغترمه ديتهما وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه.»^۱

بیان دو تقریب جهت اثبات دیه در مطلق افضاء جز وقاع با زوجه کبیره

اگرچه موضوع هیچ یک از اخبار فوق، مطلق افضاء نیست؛ اما می توان دو تقریب جهت اثبات دیه در مطلق افضاء - جز افضاء زوجه کبیره با دخول - بیان کرد.

تقریب اول: عموم «فإنه قد أفسدها وعظّلها على الأزواج» در صحیحہ حرمان

تقریب اول چنین است: تعلیل «فإنه قد أفسدها وعظّلها على الأزواج» در صحیحہ حرمان دلالت بر مدعا دارد؛ زیرا این علت، اختصاصی به وطی زوج ندارد و در افضاء به غیر وطی و در افضای غیر زوج هم جاری است، مگر اینکه موردی تخصیص خورده باشد، مانند افضائی که در اثر وطی با زوجه کبیره حاصل شده باشد که اصل وطی، بر خلاف موارد دیگر مجاز است.

تقریب دوم: عدم فرق عرفی بین موضوع روایات و مطلق افضاء (جز وقاع با زوجه کبیره)

تقریب دوم چنین است: عرف از روایات فوق ممکن است چنین استظهار کند که موارد روایات فوق خصوصیتی ندارند؛ زیرا ثبوت دیه به جهت جبران خسارت وارده است و لذا فرقی بین موارد افضاء نیست. بلی، اگر این خسارت در اثر عمل مجازی صورت گرفته باشد، مانند شوهری که حق داشته که با زوجه کبیره خود وقاع کند و

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹.

تصادفاً او را افضاء کرده است، دلیلی بر ضمان نداریم بلکه طبق صحیحہ حرمان و برید، دیه ای بر عهدهٔ مرد نخواهد بود.

اگر کسی در این تقریب دوم تأمل داشته باشد، تقریب اول برای اثبات مدعا کافی است. در هر حال، با توجه به دو تقریب فوق، دو فرض افضاء ناشی از زنا و افضاء با غیر وقاع نیز مشمول این حکم هستند؛ زیرا در فرض زنا، زن هرچند با طوع و رغبت حاضر به زنا شده باشد لکن نمی‌توان گفت به افضاء راضی شده، این ضرر را پذیرفته و حق خود را اسقاط کرده است. در فرض افضاء با غیر وقاع نیز با همین دو تقریب، چنین حکمی جاری است؛ لذا مرحوم سید دیه را ثابت دانسته است.^۱

بررسی ثبوت دیهٔ افضاء مملوکه

دلیل انکار دیه توسط محقق حلی: مالک نشدن مملوک

مرحوم سید در افضاء مملوکه، دیه را ثابت می‌داند،^۲ اما محقق حلی در نکت النهایه می‌فرماید: اگر مولا، مملوکهٔ خود را افضاء کند، دیه ثابت نیست، خواه صغیره باشد یا کبیره؛ چون غرامت‌هایی که بر مملوک وارد می‌شود، مال مولای اوست و معنی ندارد که مولا مدیون خودش شود.^۳

از محشّین عروه نیز مرحوم آقای بروجردی^۴ و به تبع ایشان مرحوم آقای خمینی^۵ و مرحوم آقای خوئی^۶ و مرحوم آقای گلپایگانی^۷ در ثبوت دیه در افضاء مملوکه اشکال کرده‌اند.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۴.

۳. نکت النهایه، ج ۳، ص ۴۴۲.

۴. العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۵۱۲.

۵. العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۵۱۲.

۶. العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۵۱۲.

۷. العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۵۱۲.

اشکال: مالک شدن عید

تحقیق اساسی این مسئله مربوط به کتاب دیات است و چون بحث در مقام، کتاب نکاح است و به علاوه نمی‌خواهیم مباحث عبید و اماء را مفصل بحث کنیم، لذا فقط به پاسخ اشکال اشاره می‌شود.

طبق نظر مختار که بسیاری از متأخرین^۱ نیز پذیرفته‌اند، عید می‌تواند مالک شود، همچنان‌که همه فقهاء^۲ قبول دارند که عید مکاتب می‌تواند مالک شود و مولایش حق ندارد اموال او را از وی بگیرد و از او سلب ملکیت کند. طبق این مبنا اگر دلیلی بر ثبوت دیه در جنایت مالک بر مملوکه داشته باشیم، مانعی از ثبوت دیه بر عهده مالک نیست و کنیز که مجنی علیها است، مالک آن دیه می‌گردد.

نظر مختار در دیه افضاء صغیره غیر زوجة

با توجه به مطالب فوق می‌توان در مورد دیه افضاء در غیر زوجة صغیره چنین گفت:

- اولاً، اگر افضاء، منتهی به عقیمی شود، طبق صحیحۀ سلیمان بن خالد، دیه کامل بر عهده مفضی است و تفاوتی ندارد که مفضی، اجنبی باشد یا زوج، افضاء با دخول باشد یا با غیر آن.^۳ البته چنان‌که بیان شد، صحیحۀ سلیمان مربوط به ازدواج با کنیز و ملکیت کنیز نیست.
- ثانیاً، اگر افضاء، منتهی به عقیمی نشود، طبق صحیحۀ حمران و برید، اگر زوج با دخول موجب افضاء شود، دیه ندارد ولی در مورد اجنبی مطلقاً

۱. برای نمونه:

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۵۲؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۳۲؛ کشف الرموز، ج ۱، ص ۵۱۳؛ التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۲۳؛ کفایة الأحکام، ج ۱، ص ۵۱۷؛ تکملة العروة، ج ۱، ص ۲۱۲.

۲. برای نمونه:

الخلاص، ج ۲، ص ۴۱؛ المبسوط، ج ۴، ص ۲۰۲؛ منتهی المطلب، ج ۸، ص ۵۳۳؛ تذکرة الفقهاء، ج ۵، ص ۴۱۸؛ الدرر الشریعة، ج ۲، ص ۲۴۰؛ کشف اللثام، ج ۸، ص ۵۰۵؛ جواهر الکلام، ج ۱۵، ص ۳۳۶؛ تکملة العروة، ج ۱، ص ۲۱۲.

۳. البته از آنجا که منتهی شدن افضاء به عقیمی امری شائع نیست، تخصیص روایات به صحیحۀ سلیمان بن خالد اشکالی ندارد.

و در مورد زوج با فرض افضاء به غیر جماع، دیه ثابت است. البته دیه کنیز، اقل الأمرین بین دیه حرّه و قیمت کنیز است.

بررسی نفقه در افضاء زوجة کبیره

مسألة ۵: «إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه ولا تثبت الدية كما مرّ ولكن الأحوط الإنفاق عليها ما دامت حيّة»^۱

مسامحه در تعبیر مرحوم سید

ظاهراً در کلام مرحوم سید مسامحه‌ای رخ داده است. ایشان درباره حرمت ابدی و ثبوت دیه می‌فرماید: «لم تحرم عليه ولا تثبت الدية، كما مرّ»؛ ولی درباره عدم وجوب انفاق، «كما مرّ» نمی‌گوید. گویا در گذشته بحث انفاق مطرح نشده است، در حالی که در مسئله قبلی^۲ فرمود که در افضاء کبیره نفقه واجب نمی‌شود. لذا بهتر این است که چنین می‌فرمود: «... لا تثبت الدية ولا يجب الإنفاق عليها كما مرّ لكن الأحوط الإنفاق عليها ما دامت حيّة».

دلیل وجوب انفاق در افضاء زوجة کبیره: اطلاق صحیحه حلبی

حال آیا احتیاط سید در وجوب انفاق، طبق قاعده است یا نه؟ صاحب جواهر می‌فرماید برای وجوب انفاق در افضاء زوجة کبیره می‌توان به صحیحه حلبی استدلال کرد.

ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج جاریة فوق بها فأفضاها قال عليه الإجراء عليها ما دامت حية»^۳.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۵.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۲، م ۴.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹ ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۴.

اطلاق این روایت شامل زوجۀ کبیره هم می‌شود و همان‌طور که صاحب جواهر^۱ بیان کرده، «جاریه» به کنیز تا سنین جوانی هم اطلاق می‌شود.^۲

بررسی ادله استثناء زوجۀ کبیره از وجوب انفاق

با توجه به اینکه اطلاق این صحیحۀ شامل زوجۀ کبیره هم می‌شود، این سؤال مطرح می‌شود که دلیل استثناء زوجۀ کبیره چیست؟ چند دلیل برای استثناء ممکن است مطرح شود:

دلیل اول: اجماع

دلیل اول، اجماع است. مرحوم شیخ طوسی در خلاف^۳ و به تبع ایشان صاحب جواهر^۴ و مرحوم آقای خوئی^۵ گفته‌اند که عدم وجوب نفقه اجماعی است و در مورد افضاء زوجۀ کبیره هیچ‌یک از فقهاء قائل به وجوب انفاق تا آخر عمر نشده‌اند. عبارت خلاف چنین است:

«من وطأ امرأته فأفضاها... فإن كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها ما دامت حية و عليه مهرها و ديتها كاملة وإن كان بعد تسع سنين لم يكن عليه شيء غير المهر... دليلنا إجماع الفرقة فإنهم لا يختلفون في ذلك.»^۶

عدم اجماع در مسئله

اما ادعای اجماع شیخ طوسی در خلاف حجت نیست و تحصیل اجماع در چنین

۱. البته مرحوم صاحب جواهر در ادامه موافق با منکرین انفاق می‌شود که بیان آن در بررسی تعارض اخبار خواهد آمد.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۶.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۵.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۶.

۵. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۳.

۶. الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۵، م ۴۱.

مسئله‌ای میسر نیست؛ زیرا اکثر قدماء این مسئله را مطرح نکرده‌اند، حتی برخی از بزرگانی که به حسب اطلاق کلامشان در مورد زوجة کبیره افضاء شده موضوع دیه را مطرح ساخته‌اند، اسمی از ثبوت یا عدم ثبوت نفقه نبرده‌اند. مرحوم کلینی در کافی^۱ و مرحوم صدوق در مقنع^۲ و هدایه^۳، روایت دیه را نقل کرده و صحیحة حلبی را نقل نکرده‌اند. ابو الصلاح حلبی در کافی^۴، بلکه ابن زهره در غنیه^۵ که در بسیاری از مسائل ادعای اجماع می‌کند، دیه را ثابت دانسته و اسمی از نفقه نمی‌برند. حتی خود شیخ که ادعای اجماع بر عدم وجوب نفقه در افضاء کبیره کرده، در استبصار قائل به وجوب نفقه در آن شده است.^۶

تعجب از مرحوم آقای خوئی است که در مسئله دیه، اجماع را رد می‌کند و می‌فرماید: «فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَيْسَتْ أَجْمَاعِيَّةً جَزْماً فَإِنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ مِنَ الْقَدَمَاءِ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِالْمَرَّةِ فَلَا طَرِيقَ لِتَحْصِيلِ آرَائِهِمْ»^۷ و در مسئله نفقه می‌فرماید: «لَا قَائِلَ بِوُجُوبِ الْأَنْفَاقِ إِذَا كَانَ الْأَفْضَاءُ بَعْدَ تَسْعِ سَنِينَ»^۸، همچنین می‌فرماید: «لِلْأَجْمَاعِ عَلَى عَدَمِ وَجُوبِهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ بُلُوغِهَا ذَلِكَ الْحَدِّ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ بِوُجُوبِ الْأَنْفَاقِ فِيهِ إِلَّا الشَّيْخُ فِي الْأَسْتَبْصَارِ»^۹، و حال آن که تحصیل اجماع در مسئله نفقه مشکل‌تر از مسئله دیه است؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، برخی از فقهاء مثل مرحوم کلینی، صدوق، ابو الصلاح حلبی و ابن زهره متعرض مسئله دیه شده‌اند، ولی اصلاً متعرض مسئله نفقه نشده‌اند.

۱. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۳ و ۳۱۴، ح ۱۱ و ۱۸.

۲. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۵۲۶.

۳. این مطلب در کتاب هدایه یافت نشد.

۴. الکافی فی الفقه، ص ۳۹۹.

۵. غنیه النزوع، ص ۴۱۸.

۶. الاستبصار، ج ۴، ص ۲۹۴.

۷. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۱.

۸. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۳.

۹. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۳.

دلیل دوم: صحیحہ حمران و صحیحہ برید بن معاویہ

روی الحسن بن محبوب عن أبی یؤوب عن حمران عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سئل عن رجل تزوج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغزمه ديتهما وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه.»^۱

عموم «شیء» در «إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه»، همچنانکه دیه را شامل می شود، نفقه را نیز شامل می گردد؛ پس نفقه در افضاء کبیره واجب نیست.

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد وعلی بن إبراهیم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن الحارث بن محمد بن النعمان صاحب الطاق عن برید بن معاویة عن أبي جعفر علیه السلام:

«فی رجل اقتض جاریة یعنی امرأته فأفضاها قال عليه الذیة إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال وإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق.»^۲

بررسی تعارض صحیحہ حلبی با صحیحہ حمران و برید

مقتضای «علیه الاجراء علیها»^۳ در صحیحہ حلبی وجوب نفقه است و در مقابل، مقتضای عموم «لا شيء عليه» در دو صحیحہ حمران و برید این است که نفقه واجب نیست.

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۸۱، باب ۴۴، ح ۱.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، ح ۴.

نسبت این دو روایت با صحیحۀ حلبی عموم من وجه است و ثبوت نفقه در زوجۀ کبیره، مادۀ اجتماع آنها است؛ زیرا روایت حمران و برید هرچند نسبت به کبیره صراحت دارد و خصوص کبیره را متعرض شده است، لکن از نظر نفقه عمومیت دارد و «علیه الاجراء علیها» در صحیحۀ حلبی هرچند در خصوص نفقه وارد شده، لکن از جهت صغیره و کبیره اطلاق دارد؛ پس ثبوت نفقه در زوجۀ کبیره افضاء شده مادۀ اجتماع آنها است و در مادۀ اجتماع به هیچ کدام از متعارضین نمی توان استدلال کرد.

وجه ترجیح صحیحۀ حمران و برید در جواهر

اما صاحب جواهر صحیحۀ حمران و برید را با سه وجه بر صحیحۀ حلبی ترجیح داده است.

وجه اول: اصل برائت و اجماع بر عدم وجوب نفقه

اولاً، اصل برائت و اجماع بر عدم ثبوت نفقه، مرجح روایت حمران و برید است.^۱

وجه دوم: تقدم شمول وضعی «لا شیء علیه» بر شمول اطلاق «علیه الاجراء علیها» ثانیاً، شمول «لا شیء علیه» نسبت به نفقه و دلالت آن بر نفی وجوب انفاق، وضعی است؛ زیرا نکره در سیاق نفی است، در حالی که شمول «علیه الاجراء علیها» نسبت به زوجۀ کبیره و دلالت آن بر وجوب انفاق بر زوجۀ کبیره افضاء شده، اطلاق است و دلالت وضعی بر دلالت اطلاق مقدم است.^۲

وجه سوم: اصرح بودن نفی «لا شیء علیه» از اثبات «علیه الاجراء علیها»

دلیل آخر ایشان چنین است: «و النفی أصرح فی العموم من الاثبات».^۳

تأیید جواهر در کلام مرحوم آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی نیز مشابه صاحب جواهر می فرماید: در مقام باید صحیحۀ

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۷.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۷.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۷.

حلبی را کنار گذاشت، یا بدین سبب که ثبوت نفقه در زوجۀ کبیره افشاء شده خلاف اجماع است، و یا به جهت اینکه صحیحۀ حمران و برید با صحیحۀ حلبی متعارض است و ظهور صحیحۀ حمران در نفی وجوب نفقه اقوی است. اگر این دو دسته روایات متکافی هم باشند، روایات تساقط می کنند و مقتضای اصل اولی برائت از وجوب نفقه است.^۱

مناقشه در کلام صاحب جواهر: عدم تقدم عموم وضعی بر اطلاقی

اما کلام صاحب جواهر قابل مناقشه است. طبق تحقیقی که در دُرّ^۲ شده، بر خلاف نظر صاحب کفایه،^۳ دلالت نکره در سیاق نفی بر عموم، احتیاج به مقدمات حکمت ندارد و خود وضع، برای دلالت بر عموم کفایت می کند. اما آیا دلالت بالوضع مقدم بر دلالت بالاطلاق است؟ شیخ انصاری می فرماید: یکی از مقدمات حکمت، عدم البیان است، و عدم البیان اعم از عدم بیان قرینۀ متصله و منفصله است؛ لذا با وجود دلالت بالوضع که قرینۀ منفصله برای دلیل مطلق محسوب می شود، موضوعی برای دلالت بالاطلاق باقی نمی ماند.^۴

ولی طبق تحقیق، بین این دو فرقی نیست - همان طور که صاحب کفایه^۵ نیز قائل به عدم فرق است - زیرا میزان برای اخذ به اطلاق این است که متکلم در مقام بیان، قیدی نیاورد و مراد از مقام بیان، مجلس خطاب است. شاهدش این است که اگر در مجلسی استفتاء شود، در همان مجلس باید در جواب استفتاء قیود آن ذکر شود؛ لذا اگر ذکر نشود ظهور اطلاقی منعقد می شود و هیچ حالت منتظره ای باقی نمی ماند تا گفته شود سائل باید صبر کند تا حکم مربوط تا وقت عمل معلوم شود.

به علاوه حتی طبق مبنای شیخ انصاری نیز ممکن است گفته شود که اگر

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۳.

۲. درر الغوائد (حائری)، ص ۲۱۱.

۳. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۱۷.

۴. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۷۹۲.

۵. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۴۵۰.

تا زمان عمل، قیدی آورده شده، از اطلاق رفع ید می‌کنیم؛ زیرا هنوز ظهور منعقد نشده است؛ ولی زمانی که وقت عمل فرا رسید مثلاً زمان امامی دیگر فرا رسید، نمی‌توان گفت ظهور منعقد نشده و باید سال‌ها صبر کرد تا امام جدید بیان کند و ظهور منعقد شود.^۱

در هر صورت بر اساس قواعد اصولی، اگر دو دلیل چنین وضعیتی داشتند، با هم تنافی دارند و اظهر یا نص بر ظاهر مقدم است و اگر از نظر ظهور، تقدّم و تأخری نبود، حکم متنافیین را خواهند داشت؛ لذا با بیان صاحب جواهر نمی‌توان حکم به تقدم صحیحۀ حمران و برید کرد.^۲

کلام آقای حکیم: عدم ظهور «لا شیء علیه» در نفی نفقه به قرینۀ وجوب نفقه زوجه مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: معنای «ان کان دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه» خصوص دیه است؛ یعنی «لا شیء من الدیة علیه» و اصلاً ناظر به نفی نفقه نیست؛ زیرا ثبوت نفقه، مقتضای زوجیت است و معنی ندارد نفقه زوجه تا زمانی که افشاء نشده واجب باشد و بعد از افشاء دیگر واجب نباشد.^۳

اشکال: عدم تنافی وجوب نفقه زوجه و عدم وجوب نفقه ناشی از افشاء اما روشن است که معنای «شیء» در «لا شیء علیه» هر چه باشد این است که به جهت افشاء چیزی بر او نیست نه اینکه هیچ واجبی از واجبات بر عهده زوج نیست، نه واجبات شخصی مانند نماز و روزه و نه حق الناس مانند مهر زوجه یا انفاق اولاد و ابوین؛ بلکه معنای «لا شیء علیه» این است که اگر زوجه صغیره را افشاء کرده، این افشاء باعث وجوب دیه و نفقه می‌شود (وجوب نفقه بالا فضاء وجوبی است که با طلاق و بنابر قولی با نشوز ساقط نمی‌شود، چون سبب آن افشاء

۱. البته آنچه مرحوم شیخ انصاری در رسائل به آن قائل شده است، ظاهراً بر خلاف چنین تفصیلی است؛ زیرا ایشان در خبرین متعارضین روایت عام را مقدم بر روایت مطلق دانسته است بدون اینکه بین قبل از وقت حاجت و پس از آن تفصیلی قائل شود.

۲. اینکه صاحب جواهر نفی را اصرح از اثبات دانسته است دلیلی ندارد، لذا نمی‌توان به استناد این بیان، صحیحۀ حمران و برید را اظهر از صحیحۀ حلبی دانست.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۸.

است نه زوجیت) و اگر زوجۀ کبیره را افشاء کرد، این افشاء آن اثر را ندارد و سبب دیه و نفقه نمی‌شود. اما اینکه به جهت دیگری مثل زوجیت یا نذر یا شرط ضمن عقد لازم، نفقه دادن لازم باشد آن را نفی نمی‌کند.

تقدم صحیحۀ حلبی با لحاظ ظهور ضعیف صحیحۀ حمران و برید

اگر این دو دسته روایت با هم سنجیده شوند، اظهر این است که صحیحۀ حلبی، اخذ و دو روایت حمران و برید، بر خصوص دیه حمل شوند؛ چون این دو روایت ظهور قوی و قابل توجهی نسبت به غیر دیه ندارند و شمولشان نسبت به نفقه ضعیف است.

به عنوان مثال اگر قانونی جعل کنند که «اگر کسی این مقدار دارایی داشت، باید فلان مقدار مالیات بدهد»، و بعداً نسبت به اشخاص دیگری بگویند چیزی بر آنها نیست، این استثناء به این معنا نیست که هم مالیات و هم چیزهای دیگری که در ادلۀ دیگر بیان شده بود بر آنها نیست، بلکه فقط مالیات را نفی می‌کند.

در روایات مسئله حتی اگر ظهور صحیحۀ حمران و برید در نفی نفقه پذیرفته شود، ظهور ضعیفی است؛ ولی در مقابل، ظهور صحیحۀ حلبی در شمول نسبت به افشاء زوجۀ ای که لااقل نه سالش شده است بسیار قوی است؛ زیرا موضوع صحیحۀ حلبی «رجل تزوج جاریۀ فوق علیها فأفضاها» است، و متعارف مواردی که مردی با دختر بچه‌ای ازدواج کرده و با او وقاع می‌کند، دختری است که لااقل نه سالش شده است و این طور نیست که اکثریت قریب به اتفاق وقاع و افشاء، قبل از اتمام نه سال باشد تا بتوان این روایت را بر خصوص زوجۀ صغیره حمل کرد، و اصولاً چون مباشرت قبل از نه سالگی حرام است و متعارفاً استعداد مباشرت در دختر کم سن وجود ندارد، لذا کمتر کسی حاضر می‌شود با دختر بچه‌ای در این سنین وقاع کند؛ بلکه بر عکس، اکثریت موارد افشاء بعد از نه سالگی است، البته نه در سنین بالا، بلکه در اوائل سنین بلوغ که دخترها بیشتر در معرض چنین خطری هستند. لذا فرد ظاهر صحیحۀ حلبی زوجۀ کبیره است و شمول آن نسبت به کبیره کالنص است و حمل آن بر صغیره غیر عرفی است.

نظر مختار: احتیاط وجوبی در وجوب نفقه کبیره افضاء شده کم سن

لذا اقوی، وجوب نفقه در افضاء زوجه کبیره کم سن است؛ لکن چون شهرت قوی بر خلاف این رأی است، در این مسئله باید احتیاط وجوبی کرد. البته در مورد افضاء زوجه کبیره ای که سنی از او گذشته باشد، دلیلی بر وجوب نفقه نداریم و از جاریه که موضوع صحیح حلی است نمی توان الغاء خصوصیت کرد.

ضمان عاقله نسبت به دیه صغیر یا مجنون مُفْضِی

مسألة ۶: «إذا كان المفضى صغيراً أو مجنوناً ففى كون الدية عليهما أو على عاقلتهما اشكال وإن كان الوجه الثانى لا يخلو عن قوة»^۱
سه مطلب در این مسئله باید بررسی شود:
مطلب اول: امکان افضاء توسط صغیر
مطلب دوم: امکان افضاء خطائى
مطلب سوم: بررسی وجه اشکال مرحوم سید در وجوب دیه بر عاقله

مطلب اول: امکان افضاء توسط صغیر

درباره افضاء توسط صغیر، ممکن است گفته شود که خارجاً ممکن نیست صغیر وقاعی بکند که موجب افضاء باشد.
اما اولاً، افضاء و در نتیجه لزوم دیه، اختصاصی به افضایی که بر اثر وقاع حاصل شده باشد ندارد، بلکه اگر با ادخال وسیله‌ای افضاء شود، مسئله پرداخت دیه مطرح است.
ثانیاً، چه مانعی دارد که صغیر از رشد بدنی بالایی برخوردار باشد و با دختر بچه ضعیفی وقاع کرده و او را افضاء کند؟

مطلب دوم: امکان افضاء خطائى با بیان دو تصویر

اما آیا امکان افضاء خطایی محض وجود دارد؟ برخی گفته‌اند که افضاء خطائى محض اصلاً متصور نیست. برای تصویر خطای محض در افضاء پاسخ‌هایی قابل بیان است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۶.

تصویر اول: اشتباه گرفتن دیگری با زوجه

صاحب جواهر می‌فرماید:

«یتصور فی الصغیر و المجنون و النائم بل و فیما إذا کان له زوجة قد وطأها و یعلم أن وطئها لا یفزیها فأصاب علی فراشه امرأة فأفضاها و یعتقدها زوجته فإنه أيضا خطأ محض»^۱

مرحوم آقای حکیم نیز همین مطلب را از ایشان نقل کرده است.^۲

تصویر دوم: حصول افشاء با غیر وقاع

پاسخ دیگری نیز می‌توان داد: مسئله لزوم پرداخت دیه در افشاء، مخصوص افشائی نیست که بر اثر وقاع حاصل می‌شود. چه بسا بر اثر تصادف و فرورفتن میله‌ای، افشاء صورت گرفته و این افشاء خطائی محض است.

مطلب سوم: بررسی وجه اشکال مرحوم سید در وجوب دیه بر عاقله

مطلب سوم در این مسئله، بررسی وجه اشکال مرحوم سید در وجوب دیه بر عاقله است.

وجه اول (کلام آقای حکیم)

وجه اول، وجهی است که در کلام مرحوم آقای حکیم آمده است. ایشان فرموده است:

«كأن الوجه فی تأمل المصنف فی الحكم المذكور: أن الظاهر من قوله ع: "عمد الصبی و خطؤه واحد" الاختصاص بما إذا كان

۱. جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۲۷۷.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۸.

در عامه نیز این بحث مطرح است: «و هل يتصور فيه الخطأ المحض بالوطئ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يتصور، مثل أن يقال لا يفزی فأفضاها أو كان له زوجة قد تكرر وطؤه لها فوجد امرأة علی فراشه فظننها زوجته فوطئها فأفضاها فتكون خطأ محضاً، كما لو رمى هدفاً فأصاب انساناً فتجب فيه دية مخففة علی العاقلة. (والثاني) لا يتصور فيه الخطأ المحض، لأنه يكون قاصداً إلى الفعل بكل حال»، (المجموع شرح المذهب، ج ۱۹، ص ۱۲۸ و ۱۲۹).

المورد موضوع حکمین، أحدهما فی حال العمد، و الآخر فی حال الخطأ، مثل ما ورد فی قتل العمد و قتل الخطأ، ولا یشمل المورد الذی کان الدلیل فیہ للجامع بین العمد و الخطأ، مثل المقام، و نحو قاعدة من أتلّف مال غیره فهو له ضامن، و کذا الضمان بالید مالم یکن العمد فیہ قد أخذ موضوعاً للضمان.^۱

می توان کلام ایشان را در قالب سه مقدمه تبیین کرد.

مقدمه اول: حکومت «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» بر ادله دیه افشاء

مقدمه اول این است که از یک طرف، نصوصی که بر مفضی اثبات دیه کرده، مطلق است و شامل صغیر هم می شود و مقتضای این نصوص این است که دیه افشاء بر خود صغیر باشد. از طرف دیگر، نصوصی که می گوید: «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة»^۲ نیز مطلق است و افشاء را نیز شامل می شود و مقتضای این نصوص این است که دیه افشاء بر عاقله باشد و اگر ما بودیم و این دو دسته نصوص، به روایات دسته دوم عمل می کردیم؛ چون بر روایات دسته اول حکومت دارد.^۳

مقدمه دوم: تعارض «عمد الصبی و خطاه واحد» با «عمد الصبی خطأ»

مقدمه دوم این است که روایت «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» با روایت «عمد الصبی و خطاه واحد»^۴ متعارض است؛^۵ زیرا مفاد روایت اخیر این است که فعل

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۴: محمّد بن الحسن الصفّار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیاث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن أبی جعفر عن أبیه علیه السلام: «أنّ علیاً علیه السلام کان یقول عمد الصبیان خطأ تحمله العاقلة».

وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر فی قرب الإسناد عن علی بن الشندی عن أبی البختری عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: «أنّه کان یقول فی المجنون و المعتوه الذی لا یفیک و الصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم».

۳. وجه حکومت این است که ظاهر «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» نظارت بر احکام مربوط به افعال صبی است.

۴. 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 محمّد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام.

۵. این مطلب را مرحوم آقای حکیم در توجیه تردید مرحوم سید آورده است و الا از نظر ایشان ظاهراً فرقی

عمدی صبی با فعل عمدی بزرگسال فرق دارد؛ افعالی که در مورد بزرگسالان اگر عمداً صادر شود حکمی دارد و اگر از روی خطا صادر شود حکم دیگری، چنین افعالی، اگر از صبی حتی به صورت عمدی صادر شود حکم فعل خطایی بزرگسالان را دارد. پس این روایت مخصوص افعالی است که در مورد بزرگسالان، عمدی و خطایی آن، دو حکم مختلف داشته باشد مانند قتل عمدی که قصاص دارد و قتل خطایی که دیه دارد. بر خلاف روایت اول (عمد الصبی خطأ تحمله العاقله) که عمد صبی را به منزله خطای بزرگسالان می‌داند و شامل فرضی که حکم عمد با خطا در بزرگسال فرقی ندارد می‌شود؛ لذا نوعی تنافی بین این دو روایت وجود دارد.^۱

مقدمه سوم: عدم صغرا برای «عمد الصبی و خطاه واحد» در مقام مقدمه سوم نیز چنین است: افعالی که عمد و خطای آن در مورد بزرگسالان حکمش واحد است، مشمول روایت «عمد الصبی و خطاه واحد» نخواهد بود، لذا فرقی بین حکم افعال صبی با حکم افعال بزرگسال وجود ندارد؛ مانند ضمان اتلاف یا ضمان ید. حال با توجه به مقدمات سه‌گانه فوق، طبق نظر مرحوم آقای حکیم، وجه اشکال مرحوم سید در تحمل دیه افضاء صغیر توسط عاقله، او این است که دیه افضاء از قبیل ضمان اتلاف است؛ زیرا مقتضای اطلاعات ثبوت دیه در افضاء، این است که افضاء چه عمدی باشد چه خطایی، دیه بر عهده مفضی است حتی اگر مفضی صغیر باشد، یعنی «عمد الصبی و خطاه واحد» سبب تغییر حکم نمی‌شود و چون طبق مقدمه دوم، «عمد الصبی خطأ تحمله العاقله» معارض با این روایت اخیر است، تحمل عاقله در چنین فرضی با اشکال مواجه است.

بین این دو روایت نیست و در شرح مکاسب به این مطلب تصریح کرده است، (نهج الفقاهه، ص ۱۸۱).

۱. ظاهراً وجه تنافی این است که ثبوتاً درباره افعال صبی دو حکم جعل نشده، به این معنا که چنین نیست که در ظرفی که برای عمد و خطای بزرگسالان دو حکم متفاوت جعل شده برای صبی عمد و خطا یکسان است و از ظرفی که برای بزرگسالان بین عمد و خطا هیچ فرقی نیست عمد صبی به منزله خطایی است که عاقله آن را تحمل می‌کند؛ بلکه با مطلقاً حکم عمد و خطای صبی یکسان است یا تنها در ظرف تفاوت حکم عمد و خطای بزرگسال، عمد و خطای صبی یکسان است، نظیر اینکه اگر دو خطاب داشته باشیم: «أعتق رقبة» و «أعتق رقبة مؤمنة»، چنانچه بدانیم هر دو خطاب حاکی از یک قانون است و ندانیم آن قانون وجوب عتق مطلق رقبة است یا رقبة مؤمنة، عرف بین این دو خطاب با اینکه مثبتین هستند نوعی تنافی می‌بیند.

در کلام مرحوم آقای حکیم از روایت «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» اسمی به میان نیامده؛ اما بعید نیست که مراد مرحوم آقای حکیم همین بوده باشد؛ زیرا اشکال در تحمل دیه توسط عاقله وقتی مطرح است که این روایت مورد بحث قرار گیرد، در حالی که روایت مذکور در عبارت مستمسک (عمد الصبی و خطاه واحد) اثبات دیه بر عاقله نمی‌کند.

تحمل دیه جنایت مجنون توسط عاقله طبق صحیحہ محمد بن مسلم
ایشان در ادامه فرموده است: البته این اشکال در خصوص افشاء صبی است ولی در مورد افشاء مجنون، طبق صحیحہ محمد بن مسلم^۱ خسارت جنایت مجنون بر عهده عاقله‌اش است، خواه خطایی باشد یا عمدی؛ لذا جنایت عمدی معتوه را نازل منزله جنایت خطایی عاقل نکرده است تا با اشکال باب صبی مواجه شود؛ پس در مقام، خسارت افشاء مجنون بر عهده عاقله است.^۲

بررسی وجه اول

در بررسی وجه اول، دو مطلب می‌توان بیان کرد:

مطلب اول: تأیید کلام مستمسک در مورد مجنون

این کلام اخیر مرحوم آقای حکیم صحیح است. صحیحہ محمد بن مسلم در مورد معتوه (ناقص العقل) است و حکم مجنون بالاولویة استفاده می‌شود و تعدی حکم به صبی، بستگی به اطمینان به الغاء خصوصیت دارد و نمی‌توان حکم تحمل عاقله را به کودک ممیز سرایت داد.^۳

مطلب دوم: عدم تعارض «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» با «عمد الصبی و خطاه واحد»
اما در مورد صبی می‌توان گفت که بین روایت «عمد الصبی و خطوه واحد» و «عمد

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۴۱: روی الحسن بن محبوب عن ابی ایوب عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: «کان امیر المؤمنین علیه السلام یجعل جنابة المعتوه علی عاقلته خطاه او عمدا».

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۸۹.

۳. با توجه به اینکه مرحوم سید در مجنون نیز در تحمل عاقله اشکال کرد، توجیه مذکور در کلام آقای حکیم شامل مجنون نیست؛ لذا ایشان برای اشکال در تحمل عاقله مجنون هیچ توجیهی بیان نکرده است.

الصبی خطأً تحمله العاقله» هیچ‌گونه تعارضی نیست.

توضیح مطلب:

طبق روایت «عمد الصبی و خطؤه واحد» بین صبی و کبیر فرق است. فعلی که عمدی آن در مورد کبیر، حکمی و خطایی آن حکمی دیگر دارد، عمدی آن در مورد صبی حکم خطایی کبیر را دارد، خواه تفاوت حکم عمد و خطا از دلیل اولی استفاده شود یا دلیل ثانوی. افضاء از افعالی است که در مورد کبیر بین عمدی و خطایی آن فرق است. اگر عمدی باشد، به مقتضای ادله ثبوت دیه بر مفضی، او باید دیه پردازد و اگر خطایی باشد، به مقتضای حکومت ادله ثبوت دیه بر عاقله در باب جنایات خطایی از جمله «عمد الصبی خطأً تحمله العاقله»، دیه بر عاقله است؛ چون از ادله استفاده می‌شود که در جنایات عمدی کبیر، اگر قصاص ممکن باشد جانی قصاص می‌شود و اگر قصاص ممکن نباشد جانی دیه می‌پردازد و اگر جنایت خطایی باشد دیه بر عاقله است. خلاصه با دلیل ثانوی در مورد افضاء کبیر، بین عمد و خطا تفصیل می‌دهیم و صغرا برای روایت «عمد الصبی و خطؤه واحد» محقق خواهد بود.^۱

بنابراین، منشأ اشکال مرحوم سید، مناقشه در دلالت روایت «عمد الصبی و خطؤه واحد» نیست.

نتیجه مطالب فوق آن است که وجه مناقشه مرحوم سید، تعارض «عمد الصبی و خطؤه واحد» و «عمد الصبی خطأً تحمله العاقله» نیست.

۱. البته توجه شود که طبق نظر استاد^۱ هر دو تعبیر «عمد الصبی خطأً تحمله العاقله» و «عمد الصبی و خطؤه واحد» فقط شامل افعالی است که حکم عمد و خطای آن با هم متفاوت است؛ لذا اینکه در کلام مرحوم آقای حکیم در تبیین کلام مرحوم سید بین این دو تعبیر فرق گذاشته شد، صحیح نیست و در حقیقت بین دو تعبیر «عمد الصبی کلاً عمد» و «عمد الصبی خطأً تفاوت است. خطأً ضد عمد است، ضدی که ثالث دارد؛ زیرا گاهی انسان کاری را عمدأً به جا می‌آورد و گاهی هم عمدأً به جا نمی‌آورد که در این صورت هم گاهی خطأً به جا می‌آورد و گاهی هم اصلاً بجا نمی‌آورد. (ر.ک: کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت‌الله شبیری زنجانی)، معاملات صبی، بررسی کلام مرحوم ایروانی). خود مرحوم آقای حکیم نیز بین این دو روایت فرقی قائل نیست که در باورقی مربوط به مقدمه دوم کلام ایشان بیان شد.

وجه دوم: شبهه در اطلاق «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» نسبت به همه جنایات وجه دیگر برای توجیه کلام سید یزدی این است که آیا دلیل عامی وجود دارد که دلالت کند دیه هر عمل خطایی شخص بالغ بر عهده عاقله است، تا در باب افشاء هم به آن تمسک کنیم یا خیر؟ لذا شاید وجه تأمل مرحوم سید در تحمل عاقله در مقام، همین باشد که البته در باب دیات باید بحث شود، لکن در اینجا به طور اشاره متذکر می‌شویم.

ممکن است جهت اثبات این دلیل عام، به روایت «عمد الصبی خطأ تحمله العاقلة» تمسک شود؛ زیرا معنای این ترکیب این است که تنزیلاً عمده صبی از مصادیق خطا است و حکم خطا را دارد؛ بنابراین «تحمله العاقلة» و لذا می‌توان ادعا کرد: «کل خطأ تحمله العاقلة».

اگر بگوییم «الطواف بالبيت صلاة يعتبر فيه الطهارة» یعنی طواف مانند نماز است و چون هر نمازی مشروط به طهارت است، پس در طواف هم طهارت معتبر است. اگر در مورد شخص مؤمن بگوییم: «المؤمن عالم يجب اكرامه» یعنی مؤمن نازل منزله عالم است و همان‌طور که «العالم يجب اكرامه»، «المؤمن أيضا يجب اكرامه». اگر بگوییم: «السلطان متا اهل البيت معصوم» یعنی سلمان از ماست و همه ما معصوم هستیم، پس سلمان هم معصوم است.

ولی به نظر می‌رسد معنای ظاهر «کل خطأ تحمله العاقلة» این نیست که تمام آثار اعمال خطایی بر عهده عاقله باشد؛ مثلاً اگر خطاً مال دیگری را تلف کرد، عاقله ضامن باشد، اگر خطاً سر خود را پوشانید عاقله باید لبیک بگوید؛ بلکه این روایت در مورد مواردی خاص است، حال آیا مربوط به مطلق موارد دیات است، یا خصوص جنایاتی است که اگر عمدی باشد قصاص دارد و اگر سهوی باشد دیه دارد، یا در خصوص قتل است، روشن نیست؛ اما در هر حال قطعاً قرینه‌هایی یا مقالیه همراه آن بوده و اطلاق ندارد. به علاوه ممکن است از بعضی روایات باب دیات استفاده شود که «تحمله العاقلة» مربوط به جنایاتی است که عمدی آن قصاص دارد و سهوی آن دیه؛ پس افشاء را شامل نمی‌شود، زیرا افشاء عمدی قصاص ندارد.

خلاصه، اگر دلیل عامی داشته باشیم که هر عمل خطایی که از کبیر سر بزند بر

عهده عاقله است، در مورد افضاء صغیره می‌توانیم به «عمد الصبی و خطؤه واحد» تمسک کنیم و تفصیل آن باید در دیات مطرح گردد.^۱

۱. الکافی، ج ۷، ص ۳۶۵، ح ۴: علي بن إبراهيم عن ابن فضال عن يونس بن يعقوب عن أبي مریم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يحمل على العاقلة إلا الموضحة فصاعداً و قال ما دون التسمحاق أجر الطبيب سوى الذية»، وسائل الشيعة، ج ۲۹، ص ۳۹۶، ح ۱.



۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۷.
۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۱، باب ۴۵، باب آنکه لایجوز الذخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين فإن فعل قبل ذلك فعیبت أو أفضاها ضمن وحکم الذخول بالأمة قبل ذلك، ح ۵، ۶، ۷ و ۸.
۳. البته صغیره بودن خصوصیتی ندارد و حتی اگر در کبیره نیز چنین عیوبی ایجاد شود، ارش ثابت است. البته در جماع بازوجه کبیره، عیوب ناشی از طبیعی مباشرت، مضمون نیست.

حکم تکلیفی وطی زوجه مشکوک الصغر

مسألة ۸: «إذا شك في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها لاستصحاب الحرمة السابقة....»^۱

نظر سید یزدی: حرمت وطی به دلیل استصحاب حرمت

اگر زوج یقین به صغیره بودن او داشته باشد، مباشرت جایز نیست و اگر مباشرت کرد، چنانچه واقعاً صغیره بوده، معصیت کرده است و آلا متجری خواهد بود؛ اما اگر شک در صغیره یا کبیره بودن زوجه شود، طبق نظر مرحوم سید به مقتضای استصحاب حرمت، وطی او جایز نیست.

بررسی اشکال های وارد بر عروه

چند اشکال درباره عبارت عروه مطرح است.

اشکال اول: تقدم اصل عدم بلوغ بر اصل حکمی

برخی از محشین عروه مانند مرحوم آقای شیخ عبدالکریم حائری^۲، مرحوم آقای پروجردی^۳ و مرحوم آقای خوئی^۴ بر عبارت عروه اشکال کرده اند که در اینجا استصحاب عدم بلوغ که استصحاب موضوعی است جاری می شود، نه استصحاب بقاء حرمت؛ زیرا استصحاب موضوعی بر استصحاب حکمی مقدم

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۸.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۳.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۳.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۳.

است، اگرچه نتیجه هر دو استصحاب موافق هم است.

پاسخ نقضی: جریان اصل بقاء وضو به جای اصل عدم نوم در صحیحۀ زراره

مرحوم آقا میرزا مهدی اصفهانی^۱ فرموده است: با فرض تقدم اصل سببی بر مستببی، موضع ما در قبال صحیحۀ زراره^۲ چه خواهد بود که در این روایت، امام علیه السلام استصحاب بقاء وضو را جاری می‌کنند، نه استصحاب عدم نقض طهارت با نوم را، در حالی که شک ما مستبب از شک در «وقوع نوم و عدم آن» است و در این روایت تمسک به استصحاب مستببی شده است در حالی که استصحاب سببی (عدم حدوث نوم) نیز جاری می‌شود، مانند مقام که شک در این است که صغّر و عدم بلوغ زایل شده یا خیر و شک در بقاء حرمت، مستبب از شک در موضوع صغّر و بلوغ است؟

بررسی مناقشات در کلام آقا میرزا مهدی اصفهانی

به پاسخ نقضی ایشان مناقشه‌هایی ممکن است وارد شود.

۱. استاد علیه السلام: ایشان از اساطین حوزه علمیه مشهد مقدس و از ارکان معنوی آن حوزه مقدسه بوده است. بزرگانی مثل آقای مرارید، آقا میرزا جواد آقا تهرانی، آقا شیخ محمود حلبی، آقای شیخ هاشم و آقای شیخ مجتبی قزوینی، همه به عظمت ایشان اعتراف داشته‌اند و از شاگردان مکتب او هستند و در معارف، تسلیم ایشان بودند. او شدیداً ضد فلسفه بود و حتی از مرحوم آقای خمینی نقل شده که ایشان در توهین به فلاسفه قصد قربت می‌کرده است. منشأ ضدیت بزرگان نامبرده با فلسفه نیز ایشان بوده است، حتی در اواخر، اصول را هم ترک و فقط درس خود را منحصر به معارف اسلامی کرد.

البته از آنجا که این ضدیت بر اساس هوای نفس نبوده، وقتی مرحوم آقای خمینی کتاب کشف الاسرار را در جواب اسرار هزار ساله نوشت، با اینکه به خاطر ضدیت با فلسفه با مرحوم آقای خمینی مخالف بود، لکن از آقای خمینی تجلیل کرد و حتی به دست ایشان بوسه زد. در هر حال، اشکال ایشان به مرحوم آقای خوئی در مقام، مشهور در السنه بوده است.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۸: و بهذا الإسناد عن الحسين بن سعيد عن حماد عن حريز عن زرارة قال: «قلت له الزجل ينাম و هو علی وضوء أ توجب الخففة والخففتان عليه الوضوء فقال يا زرارة قد تنام العين و لا ينام القلب والأذن فإذا نامت العين والأذن والقلب 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 بيقين آخر».

مناقشه اول: مثبت بودن اصل عدم نوم

مناقشه اول این است که نقض وضو اسباب مختلفی دارد که عدم نقض وضو مبتنی بر انعدام تمام این اسباب است مثل نوم، بول و ریح، و وجود هر کدام به تنهایی برای نقض وضو کافی است؛ اما برای اینکه وضو باقی بماند و نقض نشود، باید هیچ کدام از این اسباب وجود پیدا نکنند و اگر استصحاب عدم نوم شود، ثابت نمی‌کند که وضو باقی است؛ زیرا به نفی بقیه اسباب نقض وضو نیاز است و این استصحاب فقط حصه مربوط به خود را نفی می‌کند؛ یعنی از ناحیه نوم، وضو نقض نشده است اما بقیه ناقض‌ها را نفی نمی‌کند؛ لذا اصل عدم نوم، مثبت خواهد بود.

اشکال بر مناقشه اول: مثبت نبودن به دلیل مرکب بودن موضوع

ممکن است بر این مناقشه اشکال شود و چنین گفته شود: همانند دیگر موضوعات مرکب که بعضی از اجزاء با اصل و بعضی دیگر بالوجدان احراز می‌شوند و کسی قائل به مثبتیت اصل در این موارد نشده است، در مورد روایت نیز موضوع مرکب است و بعضی بالأصل و بعضی بالوجدان ثابت می‌شود.

پاسخ: مغایرت عدم طبیعت ناقض وضو با عدم افراد ناقض

در پاسخ ممکن است گفته شود که در مورد روایت، موضوع عدم بطلان وضو، عدم الطبیعة (عدم طبیعة ناقض) است و عدم الطبیعة، مرکب از عدم افراد نیست؛ بلکه لازمه و متحصّل از انعدام تمامی افراد طبیعت است نه عین آن؛ لذا اگر انعدام افراد طبیعت، برخی بالأصل و برخی بالوجدان احراز شود، عدم طبیعت اثبات نمی‌شود. پس در مورد صحیح زاره، استصحاب عدم نوم نمی‌تواند طهارت وضوئی را اثبات کند و به همین دلیل امام علیه السلام استصحاب بقاء وضو را جاری کرده‌اند.

اشکال: ترتّب شرعی طهارت بر عدم نواقض وضو

اما می‌توان گفت: در این پاسخ، بین امور تکوینی و تشریعی خلط شده است. در امور تکوینی، عدم طبیعت، متحصّل از عدم افراد است؛^۱ چون وجود طبیعت به

۱. توضیح بیشتر: البته اگر عرفاً عدم افراد، عین عدم طبیعت باشد با استصحاب عدم افراد می‌توانیم

وجود افرادش است. وقتی تکویناً افراد یک طبیعت منحصر به افراد خاصی بود، لازمه اش این است که اگر هیچ یک از آن افراد نبودند طبیعت هم منعدم گردد، و این امر لازمه عقلی انحصار تکوینی است و با «استصحاب عدم افراد» قابل اثبات نیست. اما در امور تشریعی اگرچه طبیعت، در ضمن افرادش محقق می شود و هرگاه هیچ یک از افرادش نبودند طبیعت منتفی خواهد بود؛ لکن انحصار افراد، انحصاری شرعی است؛ یعنی شارع مقدس است که نواقض وضوء را در امور محدودی منحصر کرده است؛ لذا اگر نوم، بول و سایر نواقض وضوء رخ ندهد، به حکم شرعی وضو باقی است؛ پس لازمه شرعی نبودن نواقض، بقاء وضو است، و با استصحاب عدم نوم به ضمیمه وجدان عدم نواقض دیگر، بقاء وضو اثبات می شود.^۱

مناقشه دوم: اثبات نشدن طهارت با اثبات عدم طبیعت ناقض

مناقشه دوم در کلام آقا میرزا مهدی اصفهانی این است که بر فرض بپذیریم که عدم طبیعت «ناقض وضوء» عین عدم افراد ناقض است و این عدم طبیعت از مجموعه اعدام مختلف - که در ما نحن فیه برخی بالأصل و برخی بالوجدان است - ترکیب و تشکیل شده است، اما با اثبات عدم طبیعت ناقض - بالأصل و بالوجدان - اثبات وضو نمی شود؛ زیرا بقاء وضو، لازمه عدم ناقض است نه عین آن.

توضیح مطلب: ناقض یعنی «عدم وضو» و عدم الناقض یعنی «عدم عدم وضو» که با وجود وضو مغایر است؛ زیرا عدم العدم، عین وجود نیست بلکه ملازم با آن است، یعنی لازمه معدوم شدن عدم، وجود است و لازمه وجود، معدوم شدن

عدم الطبیعة را اثبات کنیم و مناقشه فوق با صرف نظر از جواب های دیگر است.

۱. با توجه به مطلب فوق روشن می شود که استاد^{رحمه الله} در استصحاب کلی قسم ثانی قائل به تفصیل است و در مثال معروف فیل و پشه، اصل عدم فیل بودن را مثبت می داند و در نتیجه استصحاب کلی حیوان جاری است؛ اما در مثال بلبل مشتبه بین بول و منی که شخص بعد از وضو متوجه حدوث آن قبل از وضو شده است، ایشان معتقد است که اصل عدم منی مثبت نیست و لذا استصحاب کلی حدث محکوم به اصل عدم منی خواهد بود؛ زیرا افراد حدث را شارع منحصر در منی، بول و مانند آن کرده است و اشکالی ندارد در چنین مواردی با ضمیمه اصل و وجدان، قدر جامع (حدث) را که اثر شرعی این افراد است، نفی کرد؛ رک: دروس خارج اصول (تقریرات دروس خارج اصول آیت الله شبیری زنجانی)، ادله استصحاب، اشکال دلالی صحیح زراره اولی؛ کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت الله شبیری زنجانی)، استصحاب کلی لزوم معاطات.

عدم است. لذا وجود و عدم العدم با یکدیگر متحد نیستند، و آنچه شرط نماز است وجود طهارت است نه اینکه عدم طهارت مانع باشد؛ پس با استصحاب عدم عدم وضو نمی‌توان وجود وضو را اثبات کرد و استصحاب بقاء وضو، محکوم استصحاب عدم الناقض نیست.

اشکال‌های وارد بر مناقشه دوم

اما این مناقشه نیز تمام نیست؛ زیرا:

اشکال اول: خفاء واسطه

اولاً، آن واسطه‌ای مضرّ به جریان استصحاب است که عرف به آن توجه داشته باشد؛ اما اگر عرف متوجه چنین واسطه‌ای نباشد، اگرچه به دقت عقلی چنین واسطه‌ای در میان باشد، آن را القاء و حکم را مستقیم بر ذی الواسطه بار می‌کند. روشن است که عرف فرقی بین «عدم عدم وضو» و «وجود وضو» نمی‌گذارد؛ چه گفته شود «وضوء نقض نشده است» یا گفته شود «وضوء باقی است»، هر دو عرفاً دو تعبیر متفاوت از یک واقعیت است؛ پس واسطه در نظر عرف مخفی است.

اشکال دوم: حجّیت استصحاب در اثبات لوازم اعم از واقعی و ظاهری

ثانیاً، اگر واسطه مخفی هم نباشد، استصحاب، لوازم اعم از ثبوت واقعی و ظاهری مستصحب را نیز اثبات می‌کند.^۱

مقدمه اول: اقسام ثلاثه لوازم

توضیح مطلب این است که لوازم بر سه قسم است:

قسم اول: لوازم واقع مستصحب

قسم اول، لوازم واقع مستصحب است. با استصحاب نمی‌توان احکام لوازم عقلی یا عادی واقع مستصحب را بار کرد. مثلاً لازمه عادی واقع حیات زید، نموّ لحيه اوست، و با استصحاب حیات نمی‌توان احکام نموّ لحيه را بار کرد؛ زیرا معنای تعبّد به

۱. استاد رحمته الله: این مطلب را مرحوم آخوند در کفایه بیان کرده و لکن مرحوم شیخ بیان نکرده است. (کفایه الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۴۱۷-۴۱۸).

بقاء حیات این است که آثار شرعی حیات را بار کنید، مثلاً مالش را تقسیم نکنید و بدون اجازه او در اموالش تصرف نکنید؛ اما اگر نموّ لَحیة او شرعاً موضوع حکمی بود (مانند وجوب خرج اصلاح لَحیة)، استصحاب دلالت بر ترتّب آن آثار ندارد.

قسم دوم: لوازم ثبوت ظاهری مستصحب

قسم دوم، لوازم ثبوت ظاهری مستصحب است. اگر امری لازمه ثبوت ظاهری مستصحب باشد، با استصحاب، آن امر قابل اثبات است. مثلاً کسی که نذر کرده باشد چنانچه حیات زید بالاستصحاب ثابت باشد تصدق بدهد، وجوب تصدق از آثار و لوازم ثبوت ظاهری حیات است و وقتی حیات زید را استصحاب کرد، با این استصحاب، موضوع وجوب تصدق حقیقتاً محقق می شود و تصدق واجب می گردد.

قسم سوم: لوازم اعم از واقع و ظاهر و انواع آن

قسم سوم، لوازم ثبوت مستصحب - اعم از ثبوت واقعی و ظاهری مستصحب - است که با استصحاب، این قسم نیز قابل اثبات است. این قسم از لازمه، ممکن است شرعی، عقلی یا عرفی باشد.

نوع اول: لازمه شرعی

برای نمونه، لازمه شرعی این است که کسی که نذر کرده اگر پسرش زنده باشد - ولو بالاستصحاب - صدقه بدهد، با استصحاب، موضوع حکم شرعی محقق شده و تصدق واجب می گردد.

اگر اثر مستصحب، اثری اعم از ثبوت تنزیلی و ثبوت واقعی مستصحب باشد، با استصحاب، آن احکام بار می شود.

نوع دوم: لازمه عقلی

مثال لازمه عقلی این است که اگر موضوع حکم عقلی اعم از ثبوت واقعی و ثبوت تنزیلی یک شیء باشد، با استصحاب آن شیء، حکم عقلی بار می شود، مثل حکم عقلی به ملازمه بین وجوب ذی المقدمه و مقدمه؛ زیرا اگر ذی المقدمه واقعاً واجب باشد، عقل حکم می کند که مقدمه اش هم واقعاً واجب است و اگر ذی المقدمه ظاهراً واجب باشد، عقل حکم می کند که مقدمه اش هم ظاهراً واجب

است؛ چون حکم عقل به ملازمه بین وجوب ذی المقدمه و وجوب مقدمه، مربوط به اعم از وجوب واقعی و ظاهری ذی المقدمه است. در واقع با استصحاب، فقط وجوب ظاهری ذی المقدمه را اثبات می‌کنیم و با این استصحاب، واقعاً موضوع حکم عقل به وجوب ظاهری مقدمه محقق می‌گردد.

نوع سوم: لازمه عرفی

مثال لازمه عرفی نیز این است که همان‌طور که بین ابوت زید برای عمرو و بنوت عمرو برای زید ملازمه واقعی است، عرف بین ثبوت ظاهری ابوت زید برای عمرو و بنوت عمرو برای زید ملازمه قائل است. عرف می‌گوید اگر ابوت زید برای عمرو اثبات شد، بنوت عمرو برای زید اثبات می‌شود و نیازمند استصحاب مستقلى نیست. تنزیل یکی از این‌ها عرفاً تنزیل دیگری است و لازم نیست در دیگری مستقلاً تنزیل شود، و همچنین است در امور متضایف دیگر مانند فوقیت و تحتیت.

مقدمه دوم: مصداق بودن مقام برای لازمه عرفی از قسم سوم مسئله استصحاب وضو از قبیل مثال سوم (لازمه عرفی) است.

توضیح مطلب: اگر از اشکال اول بر مناقشه دوم قطع نظر شود یعنی گفته شود که واسطه بین «عدم عدم وضو» و «وجود وضو» واسطه خفی نیست، اما می‌توان گفت که عرف بین عدم العدم و وجود - حتی بین وجود ظاهری آنها - تلازم قائل است و تفکیک بین عدم العدم و وجود، اصلاً عرفی نیست و عرف تنزیل یکی را تنزیل دیگری می‌داند؛ لذا استصحاب عدم حدوث نواقض وضو (عدم عدم وضوء) برای اثبات بقاء طهارت (وضو) کافی است.

نتیجه بحث آن است که پاسخ دوم به اشکال مرحوم میرزا مهدی اصفهانی نیز تمام نیست.

لذا اشکال مرحوم آقای میرزا مهدی اصفهانی مجدداً زنده می‌شود که اگر اصل سببی بر مسببی مقدم باشد چرا در صحیحه زراره با وجود اصل عدم نوم، حضرت اصل بقاء وضو جاری کرده‌اند؟ پاسخ به این سؤال، پاسخ حلی به اشکال وارد شده بر کلام مرحوم سید است.

پاسخ حلی به اشکال اول بر عروه: جریان استصحاب سببی و مستببی متوافق

پاسخ حلی این است که اگر دو اصل سببی و مستببی مخالف یکدیگر باشند، جریان اصل سببی مانع جریان اصل مستببی می‌شود؛ لکن اگر متوافقین باشند هر دو جاری می‌شوند؛ لذا اینکه مرحوم سید به جای استصحاب موضوع (عدم بلوغ) حکم (بقای وضو) را استصحاب کرده است، اشکالی ندارد؛ زیرا هر دو استصحاب سببی و مستببی متوافق جاری می‌شوند.

توضیح مطلب: در صورتی اصل سببی بر اصل مستببی حکومت دارد که یک نحوه نظر و جنبه تفسیری داشته باشد و این در صورتی است که متخالفین باشند؛ ولی اگر این طور نباشد و هر دو متوافق باشند، حکومتی در کار نخواهد بود. مثلاً وقتی در وسط نماز شک در نجاست بدن می‌کنیم و شارع حکم به «لا تنقض» می‌کند، معنایش این است که طبق متیقّن سابق رفتار کنید و به نماز ادامه دهید، اگر این شک پس از نماز پیش آمد، نماز را اعاده نکنید. در مقابل، نقض یقین این است که مکلف اثر مخالف حالت سابقه را بار کند و بر طبق یقین سابق مشی نکند و مثلاً نماز را بشکند.

حال اگر کسی به مناط دیگری، بر طبق حالت سابقه رفتار کرد، آیا با «لا تنقض» مخالفت کرده است؟ آیا «لا تنقض» می‌گوید که فقط به همین مناط بر طبق حالت سابقه رفتار کنید؟ آیا مانع کسی است که می‌خواهد به دو مناط بر طبق حالت سابقه عمل کند؟ هرگز چنین معنایی، متفاهم عرفی «لا تنقض» نیست؛ زیرا اگر کسی همان عمل موافق حالت سابقه را انجام دهد و لکن به دو ملاک (یکی به ملاک اینکه خود حکم، حالت سابقه دارد و یکی به ملاک اینکه موضوع، حالت سابقه دارد)، با «لا تنقض» مخالفت نکرده است.

در مقام نیز چنین است؛ زیرا با استصحاب موضوعی مخالفت نشده است؛ لذا در مورد زوجه مشکوک الصغر، می‌توان به ملاک یقینی بودن سابق صغر، مباشرت را ترک کرد.

نمونه‌های جریان اصل مستببی موافق اصل سببی

چند نمونه از جریان اصل سببی و اصل مستببی موافق اصل سببی، چنین است:

جریان قاعده طهارت با وجود استصحاب طهارت

نمونه اول، قاعده طهارت و استصحاب طهارت است که گفته شده استصحاب مخالف مقدم بر قاعده طهارت می شود و بر آن حکومت دارد. مثلاً اگر بدن فرد حالت سابقه نجاست داشته باشد، طبق «لا تنقض»، باید بدن خود را نجس بداند و با این بدن نماز نخواند و نماز خواندن بدون تطهیر بدن، نقض نجاست یقینی است و قاعده طهارت جاری نیست. اما آیا استصحاب طهارت در فروض موافق هم بر قاعده طهارت حکومت دارد تا قاعده طهارت، مخصوص موارد توارد حالتین باشد که یقین داریم حالت نجاست و طهارت بر او عارض شده لکن نمی دانیم کدام مقدم است و کدام مؤخر است و با «کل شی طاهر»، طهارت ثابت شود؟ آیا وجداناً وقتی «لا تنقض الیقین» و «کل شی طاهر» به مسلمانان القاء می شده است، متعارف آنان «کل شیء» در قاعده طهارت را مخصوص موارد حالتین می دیدند؟ فرضی که مخصوص مدارس علمی است و تصور آن به ذهن متعارف مردم نمی آید؟

آیا متعارف مخاطبین، کسی را که از حمام بیرون آمده و شک می کند در راه بدنش نجس شده یا نه، مشمول قاعده طهارت نمی دانند؟ وجداناً چنین نیست و قاعده طهارت در عرض استصحاب طهارت جاری می شود.

جریان قاعده حلّ و اصل برائت با وجود استصحاب حلّیت و برائت

نمونه دوم و سوم، «قاعده حلّ و استصحاب حلّیت» و «اصل برائت و استصحاب برائت» است. همان بیانی که در مورد قاعده طهارت و استصحاب طهارت بیان شد در این دو مورد نیز جاری است؛ لذا استصحاب سببی بر استصحاب یا اصل یا قاعده مستببی که موافق آن باشد، مقدم نیست و مانع جریان آن نمی شود. پس استصحاب سببی (اصل عدم نوم)، مانع از جریان استصحاب مستببی (استصحاب طهارت وضوئی) نخواهد بود و اشکال مرحوم میرزا مهدی اصفهانی وارد است.

نتیجه مطالب فوق این است که اشکالی بر مرحوم سید از این ناحیه وارد نیست و استصحاب بقاء حرمت جاری خواهد بود اگرچه اصل عدم بلوغ نیز جاری است.

اشکال دوم: عدم جریان استصحاب حکمی به دلیل عدم احراز بقاء موضوع اما مرحوم آقای خوئی در اشکالی دیگر بر کلام مرحوم سید فرموده است:

«بل لا مجال للتمسك باستصحاب الحكم فيما نحن فيه، لعدم اتحاد القضية المتيقنة مع القضية المشكوكة، حيث أنَّ موضوع الحكم ليس هو ذات الجارية وإنما هو الجارية بوصف عدم بلوغها تسع سنين، ولما كان هذا الوصف من مقومات الموضوع، فلا يمكن استصحاب الحكم عند عدم إحرازه، لاختلاف الموضوع بنظر العرف.»^۱

لذا در اینجا استصحاب در حکم، ذاتاً قابل جریان نیست، ولی در مقابل، استصحاب عدم بلوغ و صغر بدون هیچ اشکالی جاری است؛ زیرا بلوغ و عدم بلوغ از حالات زن و عارض بر او است و در اینجا معروض که همان ذات زوجه است، موضوع برای عدم بلوغ است و ذات زوجه باقی مانده، و شک می‌کنیم که عدم بلوغ باقی است یا خیر که استصحاب عدم بلوغ، آن را ثابت می‌کند.

تبیین اشکال دوم

در تبیین اشکال ایشان سه مقدمه بیان می‌شود:

مقدمه اول: تمییز أعراض مشابه با لحاظ معروض

مقدمه اول این است که راه تشخیص دو عرض - که یکسان هستند - از یکدیگر، لحاظ معروض آنها است. مثلاً سفیدی که عارض بر کاغذ می‌شود با سفیدی که عارض بر عمامه می‌شود، هر دو رنگ سفید هستند و تمییز آنها از یکدیگر به تمییز موضوعات آن دو (که یکی کاغذ و دیگری عمامه است) است.

اما گاهی معروض واحد و عرض هم واحد، لکن علل عروض متفاوت است که در این صورت، شخص عرض یکی است. مثلاً عروض حیات بر شخص حی ممکن است به سبب علل طولی مختلف باشد، در زمانی معالجه دکتر، در زمان دیگر مواظبت خود شخص و علل مختلف دیگر، یا مثلاً حرارت که عارض بر آتش

است ممکن است در زمان اول به سبب نفت و در زمان دوم به سبب چوب و در زمان بعد به سبب گاز باشد. اینجا حرارت و معروض آن یکی است؛ اما علل عروض این حرارت بر آتش متفاوت است.^۱

مقدمه دوم: عدم جریان استصحاب حکمی در فرض واسطه در عروض بودن صِغَر
حال سؤالی که مطرح می شود این است که آیا صغر از قبیل واسطه در ثبوت است؛ یعنی صغر، علت برای عروض حکم (حرمت مباشرت) بر این ذات (زوجه) است؟ یا اینکه صغر، واسطه در عروض حکم است؛ یعنی موضوع حرمت وطی، عنوان صغیر است، ولی چون عنوان صغیر عنوانی عرضی و با معروض خودش که ذات زوجه است متحد است، حکم حرمت وطی بالعرض بر ذات زوجه عارض می گردد؟ اگر صِغَر، واسطه در ثبوت باشد و باعث شود که حرمت بر ذات زوجه عارض گردد، موضوع حرمت، ذات زوجه است و تا موضوع (ذات زوجه) باقی باشد، استصحاب حکم اشکالی نخواهد داشت و شک در بقاء صغر، مستلزم شک در بقاء موضوع نخواهد بود؛ ولی اگر صغر، واسطه در عروض حرمت وطی باشد؛ یعنی حکم حرمت وطی، بالذات بر عنوان صغیر مترتب گردد، شک در بقاء صغر مستلزم شک در بقاء موضوع خواهد بود و با شک در بقاء موضوع، استصحاب جاری نیست.
پس اختلاف در جریان استصحاب حرمت، مبتنی بر این است که آیا صِغَر، واسطه در عروض است یا واسطه در ثبوت؟

مقدمه سوم: واسطه در عروض بودن صغر
ظاهراً صِغَر، واسطه در عروض است. شاهدش این است که اگر زوجه صغیره با

۱. استاد رحمته الله، واسطه در عروض و واسطه در ثبوت به اصطلاح اهل منطق همان حیثیت تقبیدیه و حیثیت تعلیلیه است. حکم هرگاه مربوط به عنوان باشد و نسبت دادن آن به معنوی به جهت اتحاد عنوان با معنوی باشد، در اینجا عنوان، واسطه در عروض و حیثیت تقبیدیه است و معروض حقیقی حکم، عنوان است نه معنوی؛ ولی اگر حکم به توسط علت، واقعاً بر معنوی خارجی سرایت کند، اینجا عنوان واسطه در ثبوت و حیثیت تعلیلیه است، همچون آتش که علت گرمی آب می باشد. در اینجا حرارت حقیقتاً بر آب عارض می گردد و آتش تنها واسطه در ثبوت است.

توجه به حرمت وقاع، مقارن با زوال صغر مبتلا به مرض گشت که وقاع با او حرام باشد، آیا این حرمت وقاع در فرض مرض، استمرار و بقاء همان حرمت وقاع در حالت صغر است یا حکمی است مماثل با آن؟

بی اشکال این حکمی است مماثل با حکم سابق، نه اینکه عین حکم سابق و استمرار و ادامه آن باشد. به نظر عرف، این غیر از حیاتی است که عروضش بر انسان به خاطر علل مختلف طولی است در حالی که خود حیات، عرض واحد است. به تعبیر دیگر، حکم حرمت وطی که از اعراض است با همان عنوان صغر مشخص می‌گردد، و در صورت زوال عنوان آن، حکم هم زایل می‌شود و اگر به تبع عنوانی دیگر حرمت وطی وجود داشته باشد، حکم مماثل حکم سابق است و عند الشک در تحقق آن عنوان دیگر، جای استصحاب نیست؛ لذا اگر ما یقین داشته باشیم صغر زن زایل شده و لکن نمی‌دانیم مقارن با از بین رفتن صغر، زن مریض شده است تا طبیعت حرمت باقی بماند یا نه، حرمت جدید، مماثل حرمت سابق است نه عین آن و این از مصادیق صورت ثانی^۱ استصحاب کلی قسم ثالث خواهد بود که مشهور آن را جاری نمی‌دانند.

تطبیق مقدمات بر کلام آقای خوئی

با توجه به این مقدمات، اشکالی که از ناحیه مرحوم آقای خوئی مطرح شده است واضح‌تر می‌شود؛ چرا که موضوع، عنوان «صغر» است و این واسطه در ثبوت حکم برای ذات زوج نیست، بلکه واسطه در عروض است؛ لذا با شک در عنوان و عدم احراز آن نمی‌توان استصحاب حرمت را که استصحاب حکمی است جاری کرد. ولی خود صغر و عدم بلوغ بر ذات زوج عارض می‌گردد و ذات زوج زائل نشده است، لذا قابلیت برای جریان استصحاب عدم بلوغ وجود دارد.

۱. صورت ثانی از استصحاب کلی قسم ثالث، صورتی است که احتمال نمی‌دهیم مقارن با فرد اول از کلی که متیقن بوده است، فرد دیگری از کلی هم موجود بوده، بلکه فقط احتمال می‌دهیم مقارن با زوال فرد اول، فرد دوم موجود شده باشد، (ر.ک: فرائد الأصول، ج ۳، ص ۱۹۵).

پاسخ اشکال دوم طبق مبنای آقای داماد و بررسی آن
اما ممکن است طبق مبنای مرحوم داماد این اشکال پاسخ داده شود.

مبنای آقای داماد: جریان استصحاب در فرض ترتب حکم بر موضوع خارجی توضیح مبنای ایشان این است که در فرضی که شک ما در بقاء حرمت و طی، از ناحیه احتمال بقاء صغر باشد که در نتیجه شخص حکم باقی بماند نه سنخ حکم، در اینجا مبنای مرحوم آقای داماد این است که استصحاب حکم ذاتاً قابل جریان است؛ زیرا اگرچه موضوع حرمت، صغیر بما هو صغیر باشد نه ذات زوجه، اما این حکم را بالعرض می‌توان به ذات زوجه نیز نسبت داد؛ لذا موضوع حکم، بالعرض شخص خارجی زوجه است و این شخص هم یقیناً باقی است و ما حکم را استصحاب می‌کنیم.

به بیانی دیگر هرچند موضوع بالذات حرمت و طی، زوجه صغیره بما آنها صغیره است، لکن چون موضوع بالعرض حرمت و طی، زوجه خارجی است، عرف این شخص خاص را موضوع حکم می‌داند و اگر به سبب بقاء صغر، و طی این شخص حرام باشد، این حرمت را بقاء حرمت سابق می‌شمارد و دست برداشتن از حرمت این شخص را نقض حالت سابقه به شمار می‌آورد و «لا تنقض یقین» را بر این شخص منطبق می‌بیند. بنابراین در مقام که به جهت شک در بقاء صغر، در بقاء حرمت و طی شک می‌کنیم، استصحاب حکمی ذاتاً جاری است.

البته اگر شک ما این باشد که با فرض زوال صغر آیا چیز دیگری همچون مرض بر زن عارض شده است تا حرمت و طی باقی بماند یا خیر، بنابر اینکه صورت دوم استصحاب کلی قسم ثالث را نپذیریم استصحاب حکمی در فرض مذکور جاری نخواهد شد؛ چون شخص حرمت سابق از بین رفته است و شخص حرمت لاحق،

۱. ر.ک: المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۳، ص ۱۹-۲۰؛ ج ۳، ص ۴۲۲.

این مبنای مرحوم داماد در بررسی ادله حرمت نظر به اجزاء مفصل اجنبیه (استصحاب عدم جواز) به طور مفصل تبیین شد و مناقشه استاد رحمه الله در این مبنا نیز مطرح شد و در مقام، تنها به بیان مختصر این مناقشه و نظر مختار استاد رحمه الله اکتفا شده است.

حدوثش مشکوک است. این فرض اخیر - یعنی فرضی که بدانیم مناط سابق از بین رفته و احتمال دهیم در آن لاحق، مناط دیگری برای تحقق مماثل حکم سابق وارد شده است - در کلام مرحوم آقای داماد مطرح نبود.

اشکال: زوال شخص حکم (محمول) در موارد زوال عنوان ثبوتی

اما چنان که گذشت^۱ با وجود اینکه وقتی حکم بر روی ذات خارجی می رود با زوال عنوان، ذات خارجی متعدد نمی شود، ولی نتیجه ای که از آن گرفته می شود یعنی جریان استصحاب، خواه عنوان واسطه در ثبوت باشد یا واسطه در عروض، ناتمام است؛ زیرا هر چند موضوع، همان موضوع سابق است ولی محمول همان محمول نیست؛ چون حکمی که ذاتاً مربوط به عنوان است و به جهت اتحاد عنوان با معنوی خارجی، به معنوی نسبت داده می شود، پس از زوال عنوان قطعاً از بین رفته است و اگر معنوی خارجی همان حکم را داشته باشد، شخص حکم قبل نیست، بلکه سنخ آن و مماثل آن است.

ذکر یک مثال در روشن شدن بحث مفید می باشد. اگر عالم بما هو عالم، وجوب اکرام داشته باشد و زید عالم خارجی به جهت اتحاد معنوی با عنوان، حکم وجوب اکرام داشته باشد، چنانچه علم زید زایل شود ولی احتمال دهیم که به جهت سیادت وی، وجوب اکرام او همچنان پابرجا است، در اینجا هر چند موضوع همان موضوع است و زید همان زید سابق است و تغییر در اوصاف زید همچون علم، جهل، پیری، جوانی، زیبایی، زشتی و ... زید را متعدد نمی سازد، ولی حکم تغییر می کند. وجوب اکرامی که به مناط عالم بودن زید است، غیر از وجوب اکرامی است که به مناط سیادت وی ممکن است در کار باشد.

پس استصحاب شخصی جاری نیست. البته اگر استصحاب کلی قسم ثالث را صحیح بدانیم، در اینجا می توان استصحاب را جاری دانست؛ ولی اصولیونی همچون مرحوم آقای داماد رحمته الله علیه که در این مورد استصحاب کلی قسم ثالث را ناتمام می دانند،^۲ در این گونه موارد نمی توانند به استصحاب تمسک کنند.

۱. مباحث نکاح، بررسی ادله حرمت نظر به اجزاء منفصل اجنبیه.

۲. ر.ک: المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۳، ص ۷۰-۷۱.

نظر مختار: کفایت احتمال بقاء عنوان ثبوتی در جریان استصحاب

ولی به طور کلی به نظر ما فرقی نیست بین اینکه عنوان، حیثیت تعلیلی باشد و حکم بر معنون برود، یا عنوان حیثیت تقيیدی بوده و معروض احکام، عناوین بوده و به جهت اتحاد عنوان با معنون، حکم را به معنون نسبت دهیم؛ بلکه نکته دیگری را باید در نظر گرفت که سبب می‌شود گاه استصحاب جاری شود و گاه استصحاب جاری نگردد.

حال ما فرض می‌کنیم که عنوان، حیث تعلیلی است. در اینجا اگر ما قطع داشته باشیم که عنوان که واسطه در ثبوت است، اثری محدود به زمان خود داشته و اگر پس از آن حکم باقی باشد، به وسیله عنوان و علت دیگر باشد، استصحاب جاری نیست؛ ولی اگر احتمال دهیم که عنوان، اثری در ذات به جا نهاده باشد که بعد از زوال خودش هم آن اثر باقی باشد، استصحاب جاری است.

در جایی هم که عنوان حیث تقيیدی باشد، نباید به لسان دلیل نگاه کنیم تا بین دو جمله «الماء المتغیر نجس» و «الماء نجس إذا تغیر» فرق بگذاریم؛ بلکه در جمله اول هم می‌توان استصحاب جاری ساخت، اگر احتمال دهیم که موضوع ثبوتی اعم از «الماء المتغیر فی حین تغیره» باشد؛ بنابراین، بقاء عناوین ثبوتی است که واقعاً موضوع حکم است نه بقاء عناوین مأخوذ در دلیل.

پس اینکه گفته شود: «اگر شک در موضوع شود، نمی‌توان استصحاب کرد»، صحیح نیست؛ زیرا اگر موضوع ثبوتی را تشخیص ندهیم و احتمال بقاء آن را هنوز بدهیم، از آنجا که موضوع ثبوتی احتمالاً با این معنون خارجی متحد است و در فرض اتحاد، حکم سابق باقی است، استصحاب در معنون خارجی جاری خواهد بود.

اشکال سوم: عدم جریان استصحاب حرمت وطی در فرض صغر سابق زوج

اشکال سوم بر کلام مرحوم سید که به جای اصل عدم بلوغ به استصحاب بقاء حرمت وطی مشکوک الصغر تمسک کرده است، این است که استصحاب حکمی حرمت وطی اخص از مدعی است و تنها در جایی جاری می‌شود که سابقاً در حال صغر زوجه، زوج کبیر بوده و مباشرت برای او حرام بوده است؛ ولی اگر حالت متیقن سابق، این باشد که زوجین هر دو در ابتدای ازدواج، صغیر بوده‌اند، سپس زوج بالغ

شده و معلوم نیست زوجه هم بالغ شده یا هنوز صغیره است، جای استصحاب حکمی نیست؛ چون یقین به حرمت سابقه نداریم.^۱

نظر مختار: حرمت وطی در همه موارد به دلیل استصحاب موضوعی

می‌توان گفت صغیره بودن زوجه، حالت سابقه دارد و لذا استصحاب موضوعی را جاری دانست؛ لذا بهتر این است که در این مسئله به استصحاب موضوعی استدلال کرد تا در تمام فروض مسئله جاری شود.

۱. ممکن است گفته شود که استصحاب تعلیقی در مقام قابل جریان است؛ زیرا می‌توان با اجرای استصحاب تعلیقی چنین گفت: «این مرد قبلاً اگر کبیر بود، وطی زوجه صغیره بر او حرام بود، اکنون نیز که بلوغ زوجه مشکوک است، چنین است».

اما این کلام ناتمام است؛ زیرا گاهی تعلیق حکم، توسط شارع نیست؛ لذا استصحاب در چنین مواردی از مصادیق اصل مثبت خواهد بود. در مقام نیز، معلق بودن حرمت وطی بر بلوغ مرد، تعلیقی نیست که در لسان شارع آمده باشد.

حرمت ابدی زوجۀ موطوئۀ مشکوک الصغر

مسألة ۸: «... فإن وطأها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضا كونها حال الوطىء بالغة أم لالم تحرم أبدا ولو على القول بها لعدم احراز كونه قبل التسع والأصل لا يثبت ذلك، نعم يجب عليه الدية والنفقة ما دامت حية.»

نظر سید یزدی: عدم اثبات حرمت ابدی به دلیل مثبت بودن استصحاب

مرحوم سید پس از بیان حرمت تکلیفی فرموده است که اگر زوجه ای الان بالغ است ولی شک داریم که مباشرت قبلی در حال صغر بوده، حرمت ابدی ثابت نمی شود؛ زیرا موضوع حرمت ابدی، وطی قبل از بلوغ است و اصلی نیست که بتواند اثبات کند که وطی، قبل از بلوغ بوده است؛ لذا حرمت ابدی ثابت نمی شود، ولی دیه و نفقه واجب است.

مرحوم سید در ابتدای همین مسئله، با تمسک به استصحاب حرمت تکلیفی، وطی مشکوک الصغر را حرام تکلیفی دانست، وجه تفصیل مرحوم سید چیست و فرق بین حرمت تکلیفی و حرمت وضعی (حرام ابد شدن) چیست که اصل در اولی مثبت نیست و در دومی مثبت است؟

بررسی وجه مثبت بودن اصل عدم بلوغ در مقام

دو وجه برای مثبت بودن اصل عدم بلوغ مطرح است.

وجه اول: عدم اثبات «قبلیت» با اصل عدم بلوغ

وجه اول مثبت بودن اصل در مقام، وجهی است که در کلام مرحوم آقای حکیم^۱ و آقای خوئی^۲ مطرح شده و چنین است: موضوع حرمت ابدی در روایات^۳، «الوطی قبل أن تبلغ تسع سنین» است؛ لذا عنوان «قبلیت» در موضوع اخذ شده است. این عنوان، با عنوان «بعدیت» متضایف است و مفهومی که نوعاً از این عنوان و عنوان مشابه آن یعنی «بعدیت» به ذهن خطور می‌کند، مفهومی وجودی است که اینجا سابقه یقینی ندارد و با استصحاب‌های عدمی مانند استصحاب عدم بلوغ قابل اثبات نیست. به تعبیر دیگر با استصحاب عدم بلوغ، «وطی قبل البلوغ» ثابت نمی‌شود؛ چون برای تحقق قید قبل البلوغ، باید بلوغ بعدی - به نحو شرط متأخر - باشد، یعنی باید بعداً بالغ شود تا قبلیت صدق کند؛ لذا استصحاب عدم بلوغ، قبلیت را اثبات نمی‌کند مگر به نحو مثبت.

بررسی اشکال‌های وجه اول

از دو جهت این وجه قابل بررسی است:

جهت اول: آیا این وجه، ذاتاً صحیح است؟

جهت دوم: با فرض اینکه این وجه، ذاتاً صحیح باشد، آیا کلام مرحوم سید ناظر به این وجه است؟

دو اشکال در وجه اول وجود دارد که در ذیل بیان می‌شود. اشکال اول ناظر به جهت اول و اشکال دوم ناظر به جهت دوم است.

اشکال اول: عدم امکان التزام به لوازم وجودی بودن مفهوم قبلیت در مقام

اشکال اول اشکالی است که در کلام مرحوم آقای خوئی و مرحوم آقای حکیم مطرح

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۳۸.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱۲: عذة من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن یعقوب بن یزید عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین فرق بینهما ولم تحل له أبداً».

شده است. اشکال این است که هر چند معنایی که بدو از دو عنوان قبلیت و بعدیت به ذهن می‌رسد، مفهومی وجودی است؛ لکن اراده چنین معنایی لوازم واضح البطلانی دارد.

این لازمه باطل در کلام مرحوم آقای حکیم چنین بیان شده است:

«أن المراد من كونها قبل التسع: أنها لم تبلغ التسع، لأن يكون بعدها تسع، كي يكون وجوديا. وإلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشك في بلوغها التسع بعد ذلك، لعدم إحراز القيد الوجودي المذكور وهو كما ترى»^۱

البته ایشان این لازمه باطل را مختصر بیان کرده و تبیین نکرده است؛ اما در کلام مرحوم آقای خوئی چنین تبیین شده است:

«و من هنا فإذا فرض كون عنوان القبليّة وصفا للموضوع، فلا بدّ وأن يفرض تحقّق عنوان البعدية في الخارج أيضا، للتلازم بينهما على ما عرفت. و حيث أنّ من الضروري بطلان ذلك، إذ يمكن موتها بعد الدخول بها و قبل بلوغها تسع سنين فلا يمكن القول بأن القبليّة مأخوذة في النص وصفا للموضوع، لأنّ لازم ذلك القول بعدم حرمة الفعل حينئذ، لعدم تحقّق البعدية الملازم لعدم تحقّق القبليّة أيضا، وهو لا يمكن القول به فإنّه مقطوع البطلان»^۲

لذا طبق بیان این دو فقیه، لازمه باطل این خواهد بود که اگر عنوان «قبلیت» موضوع حرمت ابدی باشد، در حرمت تکلیفی نیز باید گفته شود که هر وقت این صغیره موطونه به سن بلوغ رسید، حکم حرمت تکلیفی وقاع مترتب خواهد شد، نه از آن زمانی که وطی صورت گرفت و این خلاف متفاهم عرفی است^۳؛ لذا باید مراد

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۸.

۳. تنها تفاوت بیان مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوئی این است که در کلام مرحوم آقای حکیم فرض شده که رسیدن این صغیره به سن بلوغ، مشکوک است و در کلام مرحوم آقای خوئی فرض شده که نرسیدن این صغیره به بلوغ، قطعی است؛ اما هر دو کلام در این امر مشترک اند که بلوغ صغیره احراز نشده است.

از عنوان قبلیت، چنین معنایی نباشد بلکه مفهومی عدمی^۱ باشد که با استصحاب عدم بلوغ قابل اثبات است.

پاسخ اشکال اول

اما این اشکال قابل پاسخ است؛ زیرا:

پاسخ اول: عدمی بودن موضوع حرمت جماع (نه حرمت ابدی) در وطی صغیره
اولاً، موضوع حرمت جماع (حکم تکلیفی) و حرمت ابدی (حرمت وضعی)، در روایات متفاوت است و نباید آنها را با هم قیاس کرد. موضوع روایتی^۲ که حکم وضعی حرمت ابدی را اثبات می‌کند، «قبل أن تبلغ تسع سنین» است که امر وجودی است^۳؛ ولی چنان‌که خود مرحوم آقای حکیم^۴ فرموده است در روایاتی مانند صحیحہ حلبی^۵، موثقه زرارہ^۶ و روایت غیاث^۷ که مستند حرمت تکلیفی است، موضوع حکم، «لم یأت لها تسع سنین» و مانند آن است که امر عدمی است^۸.

۱. استاد^{علیه السلام}: در این بحث مراد از امر عدمی، عدم نعتی است که حالت سابقه آن محرز، و استصحاب آن از این جهت بی‌مانع است، نه عدم ازلی که صحتش مورد تأمل است.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱۲: «عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله^{علیه السلام} قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزق بينهما ولم تحل له أبدا».

۳. لازمه وجودی بودن این امر، این نیست که حتماً بعدیت واقع شود و دختر به ۹ سالگی برسد، بلکه فرض وجود آن کافی است.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۰.

۵. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸: «علي بن إبراهيم عن أبيه و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد جميعاً عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله^{علیه السلام} قال قال: «إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين».

۶. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۸: حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر عن زرارہ عن أبي جعفر^{علیه السلام} قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين».

۷. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۱۱، ح ۱۲: و عنه عن محمد بن يحيى عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي^{علیه السلام} قال: «لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين فإن فعل فعيبت فقد ضمن».

۸. بلکه حتی اگر موضوع حکم تکلیفی هم عنوان «قبلیت» باشد، اگر واقع «قبلیت» به نحو شرط متأخر ملاک باشد، علم به آن، تکلیف را منبجز می‌کند.

پاسخ دوم: مفروض بودن بلوغ زوجه در مقام

ثانیاً، به طور کلی می‌توان گفت: اگر عنوان «قبل البلوغ» عنوانی وجودی هم باشد، معنای آن زمان صغری است که فرد بعد از آن به بلوغ برسد و تا چنین شرط متأخری حاصل نشود این عنوان محقق نگردد؛ اما مفروض مسئله این است که زن به بلوغ رسیده. این شرط متأخر، محرز و عنوان «قبلت»، حاصل است و حالت سابقه وجود دارد؛ لذا چنین اصلی مُثَبِّت نیست.

علت اینکه فرض مسئله چنین است آن است که آنچه در حرمت ابدی در بحث افضاء مطرح است این است که آیا افضاء قبل از بلوغ موجب حرمت ابدی و در نتیجه حرمت وطی حتی بعد از بلوغ خواهد بود یا نه. مرحوم سید فرموده حتی اگر قائل به حرمت ابدی ناشی از افضاء قبل از بلوغ شویم باز هم در این مسئله حرمت ابدی ثابت نمی‌شود؛ لذا محلّ کلام این است که اکنون اگر زوجه کبیره باشد، حکم وقاع قبلی چیست؟ آیا با اینکه اکنون کبیره است باز هم وطی او حرام است؟^۱

اشکال دوم: عدم جریان اصل حتی با فرض عدمی بودن عنوان قبلت

اشکال دوم که ناظر به عدم سازگاری این وجه - با فرض صحت ذاتی آن - است، این است که اگر قبلت عنوان عدمی هم باشد، طبق نظر سید با استصحاب، قابل اثبات نیست که در بیان وجه دوم مثبتیت، تبیین خواهد شد.

وجه دوم مثبتیت: عدم حالت سابقه در وطی موجود

وجه دوم مثبت بودن اصل عدم بلوغ در کلام مرحوم سید این است که وطی موجود، حالت سابقه ندارد.

توضیح مطلب محتاج مقدّماتی است.

۱. در حقیقت مصداق بارز مسئله مورد بحث، فرضی است که زن بالغ شده است؛ اما اطلاق کلام مرحوم سید شامل فرضی هم خواهد بود که هنوز شک در بلوغ زن وجود دارد و در عین حال برای مرد هنوز روشن نیست که وطی رخ داده شده در زمان بلوغ بوده یا نه.

مقدمه اول: ترتب احکام تکلیفی بر ماهیت قبل وجود و ترتب احکام وضعی بر ماهیت موجود مقدمه اول این است که در مورد صدر مسئله که حرمت تکلیفی است، عنوان «زوجه صغیره» موضوع حکم است. اگر با استصحاب بگوییم، این زن هنوز صغیره است، مباشرت با او حرام می شود؛ چرا که احکام تکلیفیه روی ماهیات قبل از وجود بار می شوند (مثلاً ماهیت وطی صغیره) نه روی شیء موجود (مثلاً وطی صغیره که انجام شده است)؛ زیرا اشیاء موجود، مسقط تکلیف هستند، مثلاً حرمت زنا، بر زنای موجود بار نمی شود. در اینجا هم موضوع حرمت تکلیفی، ماهیت و عنوان وطی دختر صغیره است و این عنوان با استصحاب صغر ثابت می شود و لکن احکام وضعیه روی اشیاء موجود بار می شود؛ یعنی اگر وطیی موجود شد، حرمت ابد می آید و موضوع حرمت ابد، «وطی موجود در زوجه صغیره» است و برای اثبات این موضوع باید با اصلی اثبات کرد که وطی موجود، وطی صغیره است.

مقدمه دوم: عدم حالت سابقه ماهیت موجود (وطی موجود) مقدمه دوم این است که اگر با استصحاب بگوییم که تا زمان وطی خارجی، زوجه هنوز بالغ نشده و صغیره بوده است، لازمه عقلی آن این است که وطیی که انجام شده، وطی زوجه صغیره بوده که اصل مثبت است و حکم وضعی (حرمت ابدی) ثابت نمی شود. به عبارت دیگر، وطی موجود، حالت سابقه ندارد.

نتیجه: سازگاری وجه دوم با کلام مرحوم سید با بیان دو شاهد لذا ظاهراً نظر مرحوم سید همین وجه است و دو شاهد نیز برای این وجه وجود دارد:

شاهد اول: رجوع ضمیر در «لعدم احراز کونه قبل التسع» به «وطی» نه «زوجه» اولاً، بیان مرحوم سید در مثبت بودن استصحاب و عدم احراز موضوع این است: «لعدم احراز کونه قبل التسع و الاصل لایثبت ذلك» و از این تعبیر به خوبی روشن است که مرجع ضمیر «کونه»، وطی است و با استصحاب نمی توان اثبات کرد که وطی، قبل از بلوغ واقع شده است، و الا اگر مرجع ضمیر، آن گونه که مرحوم آقای حکیم فرموده، «المرءة الموطوءة» باشد مناسب بود با ضمیر مؤنث به صورت «کونها»

آورده شود.

شاهد دوم: عدم ذکر تفاوت موضوع حرمت وقاع و حرمت ابدی در عروه ثانیاً، مرحوم سید با اینکه استصحاب حرمت تکلیفی وقاع را در مورد شک در بلوغ جاری دانسته، جریان اصل برای اثبات حرمت ابدی را به سبب مثبت بودن نمی‌پذیرد، و این عدم پذیرش به علت وجودی بودن قید «قبل التسع» نیست؛ زیرا اگر فرق بین این دو فرع، این باشد که موضوع در ادله حرمت تکلیفی وقاع، امر عدمی، و موضوع در ادله حکم وضعی حرمت ابدی، امر وجودی است، لازم بود همان‌طور که مثبت بودن اصل را یادآوری کرده، بدین نکته نیز اشاره می‌کرد که موضوع حکم تکلیفی و وضعی در مقام، متفاوت است و این نکته واضحی نبوده که نیاز به بیان نداشته باشد.

اشکال وجه دوم: دلالت ادله استصحاب بر توسعه ظاهری شروط و قیود

اما این وجه نیز تمام نیست؛ زیرا مفاد «لا تنقض الیقین بالشک» این است که بر مشکوک، آثار متیقن را بار کنید و به همان شکلی که در حال یقین رفتار می‌کردید، رفتار کنید. مثلاً اگر واقعاً وضو داشتی اقدام به خواندن نماز می‌کردی و به آن نماز اکتفاء کرده و آن را اعاده نمی‌کردی، در مورد طهارت مستصحبه نیز همان رفتار را داشته باش و لذا «لا تنقض» ناظر به این است که شرط نماز، در مقام ظاهر، خصوص طهارت واقعی نیست، بلکه اعم از طهارت واقعی و ظاهری است و در ادله اشتراط طهارت، توسعه قائل شده است. یعنی همان‌طور که مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری در درر الفوائد فرموده است، ادله «لا تنقض» در مقام ظاهر نسبت به قیود و شروط، یک نحو توسعه می‌دهد. در حقیقت، تنزیل، شرط یا قید را توسعه داده و دیگر بالوجدان شرط یا قید محرز شده است نه اینکه با تنزیل، شرط یا قید احراز شده باشد تا اشکال مثبت بودن مطرح شود.^۲

۱. درر الفوائد (حائری)، ص ۵۲۴.

۲. ر.ک: مباحث اصول استادان، بخش ادله استصحاب.

نظر مختار: حرمت ابدی

در مقام نیز طبق «لاتنقض» همان طور که وطی زوجه صغیره واقعی موجب حرمت ابد می شود، وطی زوجه مستصحب الصغر هم موجب حرمت ابدی است و با جریان استصحاب، بالوجدان صغر تنزیلی محقق شده و در مقام ظاهر، حرمت ابدی مترتب می شود؛ بنابراین، اشکال مثبت بودن قابل دفع است.

وجوب ديه و نفقه در وطی زوجه مشکوک الصغر

- مسألة ۸: «... نعم يجب عليه الدية و النفقة ما دامت حيّة»^۱
اگر با شک در «اکمال تسع سنين» وطی و افضاء صورت گرفت و شک باقی ماند، سه مسئله مطرح است:
مسئله اول: حرمت ابد (بحث آن گذشت).
مسئله دوم: وجوب ديه.
مسئله سوم: وجوب نفقه.

وجه وجوب نفقه و ديه در عروه با وجود مثبت دانستن استصحاب صغر
محرّم سید در حرمت ابد، استصحاب صغر را مثبت دانست و قائل شد که زوجه حرام ابدی نمی شود؛ ولی وجوب ديه و نفقه را پذیرفته است با اینکه موضوع، واحد است. لذا ابتدا وجه وجوب ديه و سپس وجه وجوب نفقه بررسی می شود.

وجه وجوب ديه در مستمسک: استصحاب موضوع وجوب (من لم تبلغ التسع)
آقای حکیم وجه لزوم ديه را این می داند که صحیحهُ حمران موضوع وجوب ديه را «من لم تبلغ التسع» می داند که امر عدمی است و با استصحاب عدم بلوغ ثابت

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۸.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱-۴۳۲: وروی الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جاریة بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها وعظلمها على الأزواج فعلى الإمام أن يغزمه ديتها وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه».

می‌شود، لذا دیه ثابت می‌شود.^۱

مناقشه آقای حکیم در وجه وجوب دیه

البته ایشان بر این وجه، این‌گونه اشکال کرده است:

«أن المذكور فی خبر برید: أن موضوع الدية أن یدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين. فإذا كان الوصف المذكور وجوديا - حسبما ذكره سابقا - كان مقيدا للإطلاق صحيح حمران. فإذا لم يمكن إثباته بالأصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية.»^۲

کلام ایشان از دو مقدمه تشکیل شده که با توضیح بیشتر چنین است:

مقدمه اول: وجودی بودن موضوع دیه در روایت برید

مقدمه اول این است که هر چند طبق روایت حمران، موضوع دیه امر عدمی است (من لم تبلغ التسع)؛ ولی در روایت برید^۳، امر وجودی (قبلیت)^۴ موضوع قرار گرفته است.

مقدمه دوم: اخص مطلق بودن روایت برید نسبت به روایت حمران

مقدمه دوم این است که نسبت بین دو روایت حمران و برید، عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا موضوع روایت حمران که امر عدمی است، اعم است از اینکه حیات زوجه تا پس از نه سالگی ادامه یابد یا قبل از نه سالگی از دنیا برود؛ ولی در روایت برید باید حیات زوجه استمرار یابد تا موضوع امر وجودی تحقق یابد.^۵ از این

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۰.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن الحارث بن محمد بن التعمان صاحب الطاق عن برید بن معاوية عن أبي جعفر (ع) «في رجل اقتض جارية يعني امرأته فأفضاها قال: عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال فإن كان أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق».

۴. «قبل أن تبلغ تسع سنين».

۵. به نظر می‌رسد برای تحقق این امر وجودی لازم نیست حتماً حیات صغیر تا سن بلوغ ادامه یابد؛ بلکه حتی اگر قبل از بلوغ بمیرد باز هم عنوان «قبلیت» صدق می‌کند و مجرد فرض بلوغ برای صدق

رو با تقیید روایت حمران به وسیله روایت برید، موضوع حکم، امر وجودی شده و به هنگام شک در حصول وطی در قبل از بلوغ، استصحاب عدم حصول این امر وجودی (قبلیت) جاری است؛ لذا وجوب دیه که مرتب بر عنوان «قبلیت» است، مانند حرمت ابدی منتفی است.

اشکال آقای خوئی به آقای حکیم: ضعف سند روایت برید

مرحوم آقای خوئی در اشکال بر مرحوم آقای حکیم فرموده است: سند روایت برید ضعیف است؛ لذا تنها مستند وجوب دیه، روایت حمران است و با استصحاب موضوع روایت حمران که یک امر عدمی است، حکم به ثبوت دیه می شود.^۱

پاسخ به آقای خوئی

در پاسخ به ایشان می توان گفت:

پاسخ اول: صحت سند روایت برید

اولاً، روایت برید، صحیح است که بحث آن در بخش حرمت ابدی افضاء صغیره گذشت.

پاسخ دوم: وجود اخبار معتبر دیگر مثل صحیح حماد از حلبی

ثانیاً، روایاتی که از آنها وجوب دیه در افضاء استفاده می شود، منحصر به روایت حمران و برید نیست. روایات دیگری هم هست که برخی از آنها را مرحوم آقای خوئی نیز معتبر می داند، مثل روایت حماد از حلبی که چنین است:

«روی أن من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فهو

ضامن.» رواه حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.^۲

این روایت در فقیه با سند صحیح^۳ از حماد نقل شده است. موضوع این صحیح،

این عنوان کافی است.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۳۹.

۲. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۳، ح ۴۴۴۱.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۹؛ کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۵۳.

امر وجودی است. روایت حلبی نقل دیگری هم دارد که به همان مضمون صحیحۀ اوّل است.^۱ البته پیش تر گفتیم که ضمان در باب افضاء به نحو دیه است و در غیر افضاء به قرینه روایات دیگر به نحو ارش است. به هر حال، از اطلاق عیب و شمول آن نسبت به افضاء استفاده می شود که در صورت افضاء هم، امر وجودی (قبلیت) موضوع است؛ لذا اطلاق روایتی که موضوع آن امر عدمی است، توسط روایات صحیحۀ مذکور که موضوع آن وجودی است تقیید می خورد^۲ و اشکال مرحوم آقای خوئی به کلام مرحوم آقای حکیم وارد نیست.

وجه وجوب نفقه در مستمسک: لّبی بودن مقتدیه حلبی

مرحوم آقای حکیم درباره وجه فتوای مرحوم سید به وجوب انفاق الی الابد فرموده است: صحیحۀ حلبی^۳ برای زوجۀ افضاء شده به طور مطلق (چه صغیره چه کبیره) نفقه را اثبات کرده، لکن زوجۀ کبیره با اجماع خارج می شود و چون اجماع، دلیل لّبی است و از سوی دیگر (همچنان که در کفایه^۴ بیان شده است) در شبهات مصداقیۀ مخصص لّبی می توان به عام تمسک کرد؛ لذا می توان برای اثبات حکم مشکوک البلوغ، به عموم تمسک کرد و وجوب نفقه را ثابت کرد.^۵

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۱۰، ح ۱۰: محمّد بن أبی خالد عن ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن».

۲. البته این پاسخ با قطع نظر از اشکال اساسی به این نحوه برداشت از روایات و جمع آنها به حمل مطلق بر مقتدیه است؛ زیرا هر دو تعبیر به جای یکدیگر به کار می رود و عرف بین این دو خطاب تنافی - هرچند بدوی - نمی بیند تا نیاز به حمل مطلق بر مقید باشد. البته این مطلب منافاتی با آن ندارد که ما همچنان بتوانیم استصحاب عدم تحقق امر وجودی را جاری کنیم؛ زیرا ممکن است این مبنا را در استصحاب پذیریم که مجرد این احتمال که در مقام ثبوت، جعل به نحو امر وجودی (قبلیت) باشد - با لحاظ اینکه در لسان دلیل (مثل روایت برید و حلبی) این امر وجودی موضوع حکم واقع شده - برای شمول «لا تنقض» کافی است.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸: ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوّج جاریة فوقع بها فأفضاها قال عليه الإجراء علیها ما دامت حیة».

۴. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۲۲.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۱.

ایشان در مورد این وجه مناقشه نکرده و آن را پذیرفته است.

اشکال بر کلام آقای حکیم

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: وجود مخصص لفظی (صحیحه حمران)

اولاً، مخصص لفظی در مقام وجود دارد که همان صحیحه حمران است: «إن کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه»^۱ لذا برخی مانند صاحب جواهر^۲ و مرحوم آقای خوئی^۳ به نحوی آن را بر صحیحه حلبی مقدم داشته‌اند که در بررسی استثناء زوجه کبیره افضاء شده از وجوب نفقه ابدی بیان شد.^۴

اشکال دوم: بازگشت اجماع به دلیل لفظی

ثانیاً، اگر مخصص در مقام، اجماع هم باشد، بازگشت این اجماع به دلیل لفظی است؛ چون اجماع در مقام، مستند به حکم عقل نیست بلکه کاشف از سنت یعنی قول معصوم یا تقریر معصوم نسبت به نظر دیگران است. به عبارت دیگر، بازگشت اجماع به وجود دلیل لفظی در مسئله است تأسیساً یا امضاءً، و مانند دلیل عقلی نیست تا در شبهات مصداقیه مخصص بتوان به عام تمسک کرد.

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳: و روی الحسن بن محبوب عن ابي أيوب عن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل تزوج جاریه بکرا لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فافضاها فقال إن کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه و إن کانت لم تبلغ تسع سنین أو کان لها أقل من ذلك بقليل حین دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها و عطلها علی الأرواح فعلى الإمام أن یغزوه دیتها و إن أمسکها و لم یطلقها حتى تموت فلا شیء علیه» و مسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۱۰۳، ح ۹.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۷.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۳۹.

۴. استاد رحمته الله نیز با لحاظ ظهور ظهور ضعیف روایت حمران در نفی نفقه ابدی زوجه کبیره، ظهور قوی صحیحه حلبی را مقدم داشتند.

اشکال سوم: عدم جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص لبتی در مقام ثالثاً، با فرض پذیرش لبتی بودن اجماع، جواز تمسک به عام در شبهات مصداقیه مخصص لبتی به جهت نکته‌ای است که در در الفوائد هم اشاره شده و این نکته در مقام جاری نیست.

نکته جواز تمسک به عام در شبهات مصداقی مخصصات لبتی، این است که ظهور عام در این است که خود متکلم فحص از حال افراد کرده، و اخبار کرده که در بین عام فردی نیست که عنوان مخصص لبتی بر او منطبق شود، در این صورت عند الشک تمسک به عام صحیح است و کاشف از این است که فرد مشکوک، داخل در خاص نیست.

وقتی مولا می‌گوید: «هر چه عالم در این شهر هست، مهمان کنید»، و از سوی دیگر بدانیم که مولا مهمان کردن دشمن خود را اراده نکرده است، این علم خارجی سبب نمی‌شود که عنوان «العالم» در دلیل، عنوان «العالم الذی لیس عدوّاً» گردد، بلکه ظهور دلیل اول در این است که مولا موارد را فحص کرده و واجد شرایط بودن افراد عام را بدست آورده است و اگر کسی دارای شرایط نباشد - مثلاً محرز است که دشمن مولا است - به تخصیص فردی خارج می‌شود، نه تخصیص عنوانی. پس هر فرد جدید، تخصیص زائد است و اصل، عدم آن است.

لذا در مثل این موارد اگر در فردی شک کردیم که آیا عنوان مخصص لبتی بر او منطبق است، ظهور کلام مولا در این است که من تحقیق کرده‌ام و همه واجد شرایط‌اند؛ لذا به عموم تمسک می‌شود؛ ولی در جایی مثل مقام که فحص مولا در کار نیست، بلکه بررسی واجد شرایط بودن افراد، به عید و انهاده شده، تمسک به عام جایز نیست.

در صحیحته حلبی هم که می‌فرماید: «هر جاریه افشاء شده، انفاق الی الابد دارد» و با دلیل لبتی دانستیم که زوجه کبیره وجوب انفاق الی الابد ندارد و از این عام خارج است، آیا از عام فهمیده می‌شود که مولا می‌خواهد بگوید: من فحص کرده‌ام و یافته‌ام که هر جا افشاء واقع شده است، زوجه، کبیره نیست و در هیچ

موردی از موارد افشاء، زوجه کبیره نخواهد بود، و لذا این دستور را دادیم؟ این طور نیست، بلکه مولا بررسی آن را به عبد واگذارده است؛ لذا در این موارد، تمسک به عام صحیح نیست؛ زیرا قهراً عام به عنوان خاص معنون می‌گردد و باید این عنوان مقتید (زوجهٔ افشاء شدهٔ صغیره) احراز گردد و عام، ظهور در نفی انطباق عنوان مخصّص بر فرد مشکوک نخواهد داشت.

وجه صحیح وجوب دیه و نفقه از نظر مرحوم سید

چنان‌که روشن شد، مرحوم سید نسبت به هر سه حکم وجوب دیه، نفقه و حرمت ابد، استصحاب عدم بلوغ را مبنی می‌داند؛ لذا وجه وجوب دیه و نفقه در مقام، طبق نظر مرحوم سید، اصل عدم بلوغ نیست. اما با توجه به اینکه ایشان قائل به «قاعدهٔ مقتضی و مانع» و «جواز تمسک به عام در شبههٔ مصداقیهٔ مخصّص» است، لذا ممکن است وجه وجوب دیه و نفقه در مقام تمسک به این دو مبنا باشد. ایشان قانون «مقتضی و مانع» را در بحث نکاح^۱ و مبنای دوم را در بحث ربا در ملحقات عروه^۲ مطرح کرده است.

تبیین مبنای سید یزدی در قاعدهٔ مقتضی و مانع و جواز تمسک به عام در شبههٔ مصداقیه هر یک از این دو مبنا طبق نظر ایشان شرطی دارد:

شرط جریان قاعدهٔ مقتضی و مانع: وجودی بودن مخصّص

در جریان قاعدهٔ مقتضی و مانع، شرط است که مخصّص امری وجودی باشد نه عدمی. در مثل «اکرم العلماء الا الفساق» با اینکه مخصّص متصل است، اگر شك کردیم که این فرد فاسق هست یا نه، به قاعدهٔ مقتضی و مانع تمسک می‌توان کرد؛ چرا که فسق امری وجودی است.

تطبیق این قاعده در مقام چنین است: ادلهٔ ضمان که اثبات دیه کرده و صحیحهُ حلبی^۳ که نفقه الی الابد را برای جاریهٔ افشاء شده واجب می‌داند، مقتضی حکم

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۶، مسئله ۵۰.

۲. تکملة العروة، ج ۱، ص ۲۰-۲۱، مسألة ۱۵.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸: ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

وجوب است، و از این حکم، کبیره که عنوانی وجودی است به جهت مانع خارج شده است؛ لذا در مورد مصداق مشکوک به مقتضای تمسک می شود.

شرط تمسک به عام در شبهه مصداقیه: انفصال مخصص

شرط تمسک به عام در شبهه مصداقیه نیز طبق نظر صاحب عروه این است که مخصص، منفصل باشد نه متصل، چه مخصص امری عدمی باشد و چه وجودی؛ مثل «اکرم العلماء»، «ولا تکرم من لا یكون عادلاً» که در آن می توان در شبهه مصداقیه مخصص، به عام تمسک کرد، با آنکه مخصص به نحو عدمی است.

تطبیق این مطلب در مقام چنین است: ادله ضمان که اثبات دیه کرده و صحیحۃ حلبی که نفقه الی الابد را برای جاریه افشاء شده واجب می داند، عامی است که کبیره از آن خارج شده و در مورد مصداق مشکوک به عام تمسک می شود. البته جریان این مبنا در فرضی است که خروج کبیره به مخصص منفصل باشد. در حکم به حرمت ابد چون عامی از ابتدا وجود ندارد، هیچ یک از این دو مبنا برای اثبات حرمت ابد در موارد شک در بلوغ زوجه جاری نیست و از سوی دیگر اصل عدم بلوغ نیز طبق نظر مرحوم سید، اصل مثبت است؛ لذا ایشان بین حرمت ابد و حکم به لزوم دیه و نفقه تفکیک کرد.

جریان همه احکام زوجیت در زوجه افشاء شده

مسألة ۹: «يجرى عليها بعد الافشاء جميع احكام الزوجة من حرمة الخامسة و حرمة الاخت و اعتبار الاذن فى نكاح بنت الاخ و سائر الاحكام ولو على القول بالحرمة الابدية بل يلحق به الولد وإن قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض»^۱

مرحوم سید در مطالب قبل^۲ بیان کرد که به سبب افشاء، زوجیت منفسخ نمی شود. اکنون در این مسئله می فرماید: همه احکام زوجیت بر زوجه افشاء شده مترتب است. ایشان معتقد است که ادله احکام زوجیت، از زوجه ای که نمی توان با او وقاع کرد انصراف ندارد؛ بلکه ایشان با فرض قبول حرمت وقاع نیز منکر انصراف است. در این مقام، دو مطلب قابل توجه است:

مطلب اول: الحاق ولد به شوهر با وجود فرض حرمت ابدی جماع با زوجه

ایشان می فرماید: اگر فرزندی هم از این زن متولد بشود، ملحق به این مرد است گرچه قائل به حرمت نزدیکی باشیم.

مستند ایشان، قاعده «الولد للفراش» است. مفاد قاعده «الولد للفراش»^۳ این است که در موارد شک در الحاق ولد به فراش یا غیر فراش، فرزند به فراش ملحق

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۹.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۱، م ۲.

۳. استاد علیه السلام در مباحث ازدواج با معتده، ازدواج با زانیه، محرمات مصاهرته مسئله ۴۷، احکام رضاع (بررسی نشر حرمت ناشی از لبن زنا) و احکام اولاد (الحاق ولد) به تفصیل این قاعده را مطرح کرده و به آن پرداخته است. این قاعده در روایات متعددی آمده است:

وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۲۹۰، ح ۱۴؛ ج ۲۱، ص ۱۶۹، ح ۱؛ ج ۲۱، ص ۱۷۳-۱۷۵، ح ۲ و ۳ و ۴ و ۷؛ ج ۲۱، ص ۱۹۳، ح ۱؛ ج ۲۲، ص ۴۳۰، ح ۳؛ ج ۲۶، ص ۲۷۴، ح ۱؛ ج ۲۶، ص ۲۷۵، ح ۴.



می‌شود. همان‌طور که اگر امر، بین زنا و حرمت غیر زنایی دائر بود، می‌گوییم زنا نیست و کودک متولد شده، فرزند خود شوهر است، مانند کودک تولد یافته از جماع در حال حیض که گرچه ولد الحیض است، ولی ملحق به شوهر می‌شود، یعنی حالت حیض مانع از الحاق نیست، مورد بحث ما نیز همین گونه است و ولد گرچه از وقاع حرام بوده، ملحق به شوهر می‌شود.

مطلب دوم: بررسی تحقق حرج بالحاظ حرمت ابدی جماع با زوجه

ممکن است اشکال شود که در فرض مسئله که جمیع احکام زوجیت بار می‌شود و از طرفی وطی با او هم حرام و در برخی از موارد هم اذن او شرط است و زوجه هم اذن نمی‌دهد، ممکن است موجب حرج بر مرد شود و این با قانون «لا حرج» مخالفت دارد.

اما چنین نیست؛ زیرا این مرد می‌تواند زن را طلاق بدهد. مادامی که این زن در حباله نکاح این مرد است، اذن او در ازدواج با خواهرزاده و یا برادرزاده اش شرط است؛ اما اگر او را طلاق دهد، دیگر اذن او شرط نیست و حرجی در کار نیست. در جواهر نظیر این مسئله را به همین نحو، جواب داده است.^۱

عدم سقوط نفقه زوجۀ افشاء شده بانسوز

مسألة ۱۰: «فی سقوط وجوب الإنفاق علیها ما دامت حية بالنسوز إشکال لاحتمال كون هذه النفقة لامن باب إنفاق الزوجة و لذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير و کذا فی تقدّمها علی نفقة الأقارب»^۱

اشکالات کلام سید یزدی

چند اشکال در کلام مرحوم سید وجود دارد.

اشکال اول: لزوم قید «علی الأحوط» در فرض ازدواج مجدد زوجۀ افشاء شده
اشکال اول این است که مناسب بود بعد از «التزويج بالغير» قید «علی الأحوط» آورده می شد؛ چون ایشان قبلاً در مسئله دوم^۲، قید «علی الأحوط» را آورده بود، هر چند ما این قید را نیاوردیم و فتوا دادیم.

اشکال دوم: لزوم فتوا به عدم سقوط نفقه افشاء شده در فرض نسوز
اشکال دوم این است که استدلال به «لذا تثبت بعد الطلاق» دلالت قطعی دارد که نفقه افشاء از باب زوجیت نیست؛ لذا باید به طور قطع فتوا به عدم سقوط نفقه افشاء به واسطه نسوز داد.

به عبارت دیگر، این استدلال، دلیل بر فتوا است، نه اینکه منشأ برای احتمال شود؛ لذا بهتر این بود که مرحوم سید به جای «لذا تثبت بعد الطلاق» می فرمود «لأنه تثبت بعد الطلاق» یعنی ثبوت بعد از طلاق منشأ این شبهه شده است که نفقه افشاء از باب زوجیت نباشد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۱۰.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۱، م ۲.

پاسخ: احتمال وجوب نفقه بعد از طلاق به دلیل استمرار وجوب نفقه زوجیت

اما می‌توان پاسخ داد که هرچند نفقه بعد از طلاق ساقط نمی‌شود؛ ولی این وجوب قطعی نفقه، منشأ دو احتمال می‌شود:

۱. در زمان زوجیت زوجۀ افشاء شده، معیار برای وجوب انفاق، ادله عامه زوجیت است؛ ولی شارع بعد از طلاق نیز حکم به استمرار این حکم کرده است؛ یعنی نفقه قبل از طلاق از باب انفاق بر زوجه باشد.
۲. در همان زمان زوجیت زوجۀ افشاء شده، دلیل خاصی - غیر از ادله وجوب انفاق بر زوجه - بر وجوب انفاق وجود دارد که آن دلیل، بعد از طلاق نیز وجود دارد.

ثمره این دو احتمال این است که طبق احتمال اول اگر در زمان زوجیت، ناشزه شود نفقه ساقط می‌شود؛ ولی طبق احتمال دوم نفقه ساقط نمی‌شود. به عبارت دیگر وجوب قطعی نفقه بعد از طلاق، منشأ این شبهه شده است که وجوب نفقه در زمان زوجیت از چه بابی بوده است؟ آیا از باب ادله عامه زوجیت بوده است تا در صورت ناشزه شدن وجوب نفقه ساقط شود و یا اینکه از باب دلیل دیگری بوده است که ساقط نشود.

تمثیلی در توضیح کلام مصنف

قانون کار حقوقی برای کارگران تعیین می‌کند. در این حقوق، کارگر، موضوع حق بوده و کسی که اصلاً کارگر نباشد مشمول این قانون نیست؛ ولی این حقوق می‌تواند زمانی راهم که کارگر از کار اخراج شده یا به علت دیگر قادر به ادامه کار نیست شامل گردد. یعنی از شؤون کارگر بودن، بقاء حق پس از زوال این عنوان است؛ اما بقاء این حق در قالب دو گونه قانون می‌تواند تنظیم گردد: گاه حق کارگر به جهت پای بند بودن او به حقوق کارفرماست و قهراً در صورتی که به حقوق کارفرما توجهی نکنند، این حقوق ثابت نخواهد بود، مثلاً اگر کارگر با اختیار خود محل کار را ترک کند، قانون می‌تواند حقوق او مثل حق بازنشستگی را از او سلب کند؛ ولی گاه این حقوق در قبال پایبند بودن کارگر به حقوق کارفرما نیست، بلکه - مثلاً - به جهت نقص عضوی است که در اثر کار ایجاد شده است؛ لذا این حقوق با خودداری اختیاری کارگر از انجام حقوق کارفرما هم ساقط نمی‌گردد.

اشکال سوم: لزوم جایگزینی «إذ» به جای «لذا» در «لذا تثبت بعد الطلاق...»

اشکال سوم این است که عبارت ایشان از جهت دیگری مسامحه دارد؛ زیرا در عبارت «فی سقوط وجوب الإنفاق علیها ما دامت حیه بالنشوز إشکال لاحتتمال كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة و لذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزویج بالغیر و کذا فی تقدّمها علی نفقة الأقارب»، کلمه «لذا» به کار رفته است. این تعبیر در صورتی صحیح است که ما قبلِ لذا (که مشارالیه اسم اشاره «ذا» است) علت برای ما بعد آن باشد (یا علت ثبوتی یا علت اثباتی) و این امر در مقام، صحیح نیست؛ زیرا احتمال اینکه نفقه از باب زوجیت نباشد، هیچ گونه علتی برای ثبوت نفقه بعد از طلاق ندارد نه در مقام ثبوت و نه در مقام اثبات؛ بلکه مسئله بالعکس است و ثبوت نفقه بعد از طلاق منشأ این احتمال گردیده که نفقه از باب نفقه زوجه نباشد. از این رو، مناسب بود که به جای کلمه «لذا» از کلمه «فإنه» یا «إذ» و مانند آن استفاده می شد.

قول مختار: ثبوت نفقه مفضاة ناشزه به دلیل اطلاق روایت حلبی

در هر حال، اظهر، عدم سقوط نفقه مفضاة در فرض نشوز است؛ زیرا اطلاق روایت حلبی^۱ اقتضاء می کند که زن ناشزه با غیر ناشزه در این جهت فرق نکند، و از اطلاق کشف می شود که این نفقه از باب نفقه زوجیت نیست، بلکه به مناطی دیگر همچون غرامت یا تعزیر جعل شده است. ظاهر روایت این است که به این زن تا زنده است باید نفقه داده شود؛ یعنی لزوم نفقه در هنگام زوجیت و عدم نشوز به سبب زوجیت، و در هنگام نشوز و پس از زمان زوجیت به سبب اقصاء است.

۱. توضیح بیشتر: زیرا خواه نفقه از باب زوجیت باشد یا از باب زوجیت نباشد، و خواه چنین احتمالی در کار باشد یا نباشد، در هر حال نفقه، بعد از طلاق هم ثابت است؛ یعنی اگر از باب زوجیت هم باشد و این امر هم یقینی باشد می تواند پس از طلاق هم جاری باشد.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸: ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج فافضأها قال عليه الإجراء علیها ما دامت حیه».



بررسی تقدم نفقه افضاء بر نفقه اقارب

مسألة ۱۰: «فی سقوط وجوب الإنفاق علیها ما دامت حية بالنشوز إشکال ... و کذا فی تقدّمها علی نفقة الأقارب»^۱

اگر مرد افضاء کننده تنها قادر به تأمین یکی از دو نفقه باشد، یا نفقه زوجه خود یا نفقه اقارب واجب النفقه همچون پدر و مادر، در اینجا گفته شده که نفقه زوجه مقدم است. حال این بحث مطرح است که آیا نفقه زن افضاء شده هم همین حکم را دارد؟ مرحوم سید در تقدیم نفقه افضاء بر نفقه اقارب تردید کرده است. دو مطلب در این مقام مطرح است:

مطلب اول: آیا مجرد دین، مقدم بر نفقه اقارب است تا گفته شود نفقه مفضاة مقدم بر نفقه اقارب است؟

مطلب دوم: اگر مجرد دین بودن موجب تقدم نیست، آیا دلیل اثباتی وجود دارد که موجب تقدیم نفقه مفضاة بر نفقه اقارب شود؟

مطلب اول: عدم دلیل بر تقدم مجرد دین بر نفقه اقارب

در مورد مطلب اول، مرحوم آقای حکیم^۲ و مرحوم آقای خونی^۳ هر یک به بیانی لزوم تقدیم نفقه افضاء را نفی کرده‌اند. هر دو بیان در این جهت مشترک است که دلیل تقدیم نفقه زوجیت در مقام جاری نیست، و مجرد دین بودن نفقه افضاء و حکم تکلیفی بودن نفقه اقارب، دلیل بر تقدیم نیست^۴؛ بلکه چه بسا به جهت برخی از واجبات

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۱۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۴۱.

۴. در کلام محقق حلی، شهید ثانی و صاحب جواهر، وجه تقدیم نفقه زوجه بر اقارب چنین بیان شده

تکلیفی، وجوب اداء فوری دین ساقط گردد و داخل در موضوع «فطرة الى ميسرة»^۱ می‌شود. اگر مثلاً بچه در حال غرق شدن در صورتی که انسان او را نجات ندهد، ضمان ندارد بلکه تنها واجب تکلیفی بر گردن اوست که از غرق شدن بچه جلوگیری کند. در اینجا این وجوب تکلیفی قطعاً بر اداء دین حال، مقدم است. به هر حال در نسبت بین دین و واجب تکلیفی، قواعد باب تراحم و باب وارد و مرور باید در نظر گرفته شود و مجرد دین بودن، دلیل بر تقدیم نیست.^۲

که نفقة زوجه، نفقة معاوضة است و بر ذمه آمده؛ لذا بر نفقة اقارب مقدم شده است. کلام محقق حلی چنین است: «الثامنة نفقة الزوجة مقدمة على الاقارب فما فضل عن قوته صرفه إليها ثم لا يدفع إلى الاقارب إلا ما يفضل عن واجب نفقة الزوجة لأنها نفقة معاوضة وثبتت في الذمة»، (شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۶).

شهید ثانی در مسالک در تبیین کلام محقق فرموده است: «و الفرق بين نفقتهما - مع اشتراكهما في أصل الوجوب - ما أشار إليه المصنف من أن نفقة الزوجة تثبت على وجه المعاوضة على الاستمتاع، و تثبت في الذمة إذا فانت، بخلاف نفقة القريب، فإنها تثبت لمجرد المواساة، و العوض أولى بالرعاية من المواساة. و لأنها أقوى من نفقة القريب، و لهذا لا تسقط بغناها و لا بمضي الزمان، بخلاف نفقته»، (مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۸۲).

لذا عوض بودن نفقة زوجه در مقابل استمتاع و همچنین به ذمه بودن نفقة زوجه در صورت فوت آن، وجه تقدیم نفقة زوجه است، (ر.ک: التنتقيح الرائع، ج ۳، ص ۲۸۲). البته چنان‌که در مسالک و به تبع آن در جواهر آمده است، نفقة فوت شده زن، مقدم بر نفقة اقارب نیست:

مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۸۲: «و يمكن الجواب بأن نفقة الزوجة إنما تكون كالذين مع مضي وقتها، و يلزم حينئذ بأن نفقة القريب مقدمة على قضائها كما تقدم على قضاء الذين. أما الحاضرة فإنها أقوى من الذين، و لذلك قدّمت نفقة الزوجة عليه في مال المفلس، و يبقى معها المرجح على نفقة القريب بقوتها بسبب المعاوضة، و ثبوتها مع الغنى و الفقر، بخلاف نفقة القريب، فيقدم عليها».

جواهر الكلام، ج ۳۱، ص ۳۶۵: «نعم تقدم نفقة الأقارب على ما فات من نفقة الزوجة الذي قد صار ديناً، بخلاف النفقة الحاضرة التي هي أعظم من الدين، و لذا قدّمت عليه في المفلس، فما عن بعض الشافعية - من تقديم نفقة الطفل على الزوجة - في غير محلّه، و أضعف منه احتمال تقديم نفقة القريب مطلقاً عليها باعتبار كونها من الديون التي تقدم نفقة القريب عليها كما في المفلس».

۱. البقرة، ۲۸۰.

۲. استاد فقهی: بلکه به عقیده ما در باب حج (که از دیون است) اگر حج مستلزم ترک واجب یا فعل حرامی باشد، فوریت آن ساقط می‌شود و أهم و مهم هم لحاظ نمی‌گردد.

مطلب دوم: عدم دلیل بر تقدم نفقه مفضاة بر اقارب

در مورد مطلب دوم نیز آقای حکیم و آقای خوئی هر یک با بیانی منکر وجود دلیل اثباتی برای تقدم نفقه مفضاة بر اقارب شده‌اند.^۱

کلام آقای حکیم: عدم شمول دلیل تقدم نفقه زوجه (اجماع) نسبت به نفقه مفضاة به عقیده مرحوم آقای حکیم تنها وجه تقدم نفقه زوجیت بر نفقه اقارب، اجماع است، و این اجماع در مسئله افضاء محقق نیست؛ پس نمی‌توان به قول مطلق قائل به تقدم نفقه افضاء شد.^۲

کلام آقای خوئی: احتمال اهم بودن هر دو نفقه در تراحم

مرحوم آقای خوئی نیز فرموده است:

«ذكر الأعلام رحمته الله في باب الإنفاق أنَّ نفقة الزوجة مقدمة على نفقة سائر الأقارب ممن يجب نفقتهم عليه، وهو وإن لم يدلَّ عليه نص خاص إلاَّ أنَّه متسالم عليه بينهم فلا بدَّ من الالتزام به، لأنَّه من موارد دوران الأمر بين التخيير والتعيين حيث لا قائل بتقديم نفقة الأقارب على نفقتها، ومن الواضح أنَّ مقتضى القاعدة في تلك الموارد من التراحم هو التعيين لاحتمال أهميته. هذا كلُّه بالنسبة إلى النفقة الثابتة بالزوجية وأما النفقة الثابتة بالإفضاء على ما هو محلُّ كلامنا فحيث لم يثبت تسالم من الفقهاء في تقدُّمها على نفقة سائر الأقارب، كما لم يثبت احتمال الأهمية والتعيين، فيتخير لعدم الموجب للترجيح.»^۳

در تبیین کلام ایشان، به این نکته توجه شود که در دوران امر بین تعیین و تخیر در اصل تکلیف، ایشان قائل به برائت است؛ اما در دوران بین تعیین و تخیر در

۱. استاد رحمته الله نفیاً و اثباتاً مطلبی در این باره بیان نکرده است.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۱.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۴۱.

باب تزاحم، احتمال اهمیت هم جزء مرجحات است؛ لذا محتمل الاهمیه را مقدم دانسته، طرف تعیین را اختیار کرده و برائت را جاری نمی‌داند.^۱

۱. محاضرات في أصول الفقه، ج ۲، ص ۶۱.

بررسی سقوط نفقه زوجه افضاء شده با موت زوج

مسألة ۱۰: «... و ظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج أيضا لكن تحتمل (يحتمل) بعيدا عدم سقوطها بموته...»^۱

بیان اقوال و بررسی وجود شهرت در مسئله

ابتدا وجود شهرت در مسئله بررسی می شود.

فتوای سقوط نفقه با موت أحد الزوجین در مقنعه و سرائر

از تعبیر برخی قداماء که قبل از محقق هستند، استفاده می شود که موت یکی از زوجین برای سقوط نفقه کافی است، مانند مرحوم شیخ مفید در مقنعه که فرموده است: «حتی یفرق الموت بینهما»^۲ یا مرحوم ابن ادریس در سرائر^۳؛ اما بیشتر قداماء، فقط موت زن را موجب سقوط نفقه دانسته اند.

عدم شهرت قدامایی در سقوط نفقه با موت شوهر

در مقابل، بیشتر فقهای قبل از محقق، بر اساس صحیحہ حلبی^۴ فقط تعبیر «حتی تموت» یعنی موت زن را ذکر کرده اند. در این مورد، علاوه بر آنچه که از ابن جنید

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۴.

۲. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۷۴۷.

۳. السرائر، ج ۲، ص ۶۰۴.

البته از قداماء، سلاّر نیز همین قول را قائل است: (المراسم، ص ۲۴۱).

۴. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۳۴؛ تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹؛ ابن ابي عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها قال عليه الإجراء علیها ما دامت حیة».

در منابع نقل شده^۱، در کتب بسیار دیگر نیز تعبیر «حتی تموت» و امثال آن آمده، نه «مات أحدهما»؛ مانند نه‌ایه شیخ^۲، مهذب ابن براج^۳، وسیله ابن حمزه^۴، اصباح قطب الدین کیدری^۵، نزهه الناظر^۶ مرحوم مهذب الدین^۷ و جامع یحیی بن سعید^۸. بنابراین، ظاهراً مراد از شهرتی که مرحوم سید فرموده (ظاهر المشهور أنها تسقط) مشهور بین متأخرین است؛ بلکه صریح کلمات آنها کفایت موت أحدهما است.

شهرت فتوای متأخرین در سقوط نفقه با موت أحد الزوجین

از زمان محقق به بعد، آنچه از عبارات فقهاء استفاده می‌شود، این است که موت یکی از زوجین برای سقوط انفاق کافی است.

محقق در شرایع^۹ و نافع^{۱۰}، علامه در هفت کتاب قواعد^{۱۱}، مختلف^{۱۲}، ارشاد^{۱۳}،

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۶۴.

۲. نه‌ایه (شیخ طوسی)، ص ۷۶۹: «و متى وطئ امرأة قبل أن تبلغ تسع سنين، فأفضاها، كان عليه دينها، وألزم النفقة عليها، إلا أن يموت، لأنها لا تصلح للرجال».

البته در نکت نه‌ایه (ج ۳، ص ۴۱۷) «إلى أن تموت» آمده، و درست نیز همین است.

۳. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۴۹۶.

۴. الوسيلة، ص ۳۱۳.

۵. إصباح الشيعة، ص ۴۲۹.

۶. نزهة الناظر، ص ۱۴۴.

۷. طبق نظر استاد رحمته الله کتاب نزهة الناظر متعلق به مهذب الدین نیلی است و یحیی بن سعید که کتاب به نام او چاپ شده، از آن نسخه برداری کرده بوده و مؤلف آن نبوده است. مهذب الدین در طبقه مشایخ یحیی بن سعید و محقق حلّی بوده، وفاتش در سال ۶۴۴ بوده و یک طبقه بر این دو متقدم است: (ریاض العلماء، ج ۲، ص ۸۵-۸۴ و ۹۳؛ أعيان الشيعة، ج ۶، ص ۱۴؛ طبقات أعلام الشيعة، ج ۴، ص ۵۳).

۸. الجامع للشرائع، ص ۴۲۸.

۹. شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۵۳.

۱۰. المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۰۹.

۱۱. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۳۳.

۱۲. مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۶۶.

۱۳. إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۸ و ۲۴۰.

تحریر، تبصره^۲، تذکره^۳ و تلخیص المرام^۴، فخرالمحققین^۵، شهید اول^۶، جمال الدین حلی در المهدب البارع^۷، محقق کرکی در جامع المقاصد^۸ و شهید ثانی^۹ همه قائل شده‌اند که موت یکی از زوجین در سقوط نفقه کافی است. محقق اردبیلی در مجمع الفائدة^{۱۰} و صاحب جواهر^{۱۱} در آخر بحث افضاء، مطلب را به وضوح واکذار کرده‌اند.

وجه نظر مشهور متأخرین (سقوط نفقه با موت شوهر) در مستمسک

مرحوم آقای حکیم درباره این امر واضح توضیحی داده که بسیار پیچیده است و بر فرض صحت، مراد محقق اردبیلی نیست و مراد محقق اردبیلی تقریب دیگری است که در بیان نظر مختار در وجه نظر مشهور متأخرین خواهد آمد. به هر حال، تقریب مرحوم آقای حکیم خود تقریبی است که باید آن را نقل و بررسی کنیم. کلام ایشان دارای ابهام بسیار بوده و هماهنگ ساختن صدر و ذیل عبارت دشوار است. ایشان در تبیین وجه کلام مشهور، چنین فرموده است:

«و کأن وجهه أن التعبير بالإجراء فی الصحيح» ظاهر فی أن اشتغال

۱. تحریر الأحکام، ج ۵، ص ۵۸۳؛ وج ۳، ص ۴۶۸ و ۵۸۳.

۲. تبصرة المتعلمین، ص ۲۰۳.

۳. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۷۷.

۴. تلخیص المرام، ص ۱۹۴ و ۳۶۶.

۵. ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۷۰۳.

۶. اللعة الدمشقیة، ص ۲۸۱.

۷. المهدب البارع، ج ۵، ص ۳۴۸.

۸. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۲.

۹. مسالك الأفهام، ج ۱۵، ص ۴۳۷.

شهید ثانی در ذیل عبارت محقق که می‌فرماید: «الإنفاق علیها حتی يموت أحدهما» حاشیه‌ای نزده و همین می‌رساند که ایشان کلام مرحوم محقق را پذیرفته است.

۱۰. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۴، ص ۴۱۸.

۱۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۸.

۱۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹؛ ح ۱۸: ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.

الذمة به تدریجی، فیختص بحال الحیاة، لأنه تشتغل الذمة بتمام النفقة مدة العمر کی تكون كسائر الديون تتعلق بتركته. و إلا لزم ثبوت أمرين عليه: نفقة الزوجية تدریجاً، و نفقة الإفضاء دفعة، و لا یظن الالتزام به، فإن ظاهر الصحيح تشريع استمرار الإنفاق ما دامت حية، لا تشريع أصل الإنفاق مضافاً الى تشريع نفقة الزوجية بحيث تكون عليه نفقتان.

و لذلك جعل المصنف رحمته الله احتمال عدم السقوط بموته بعيداً. و بالجملة: الظاهر من الصحيح الحكم باستمرار نفقة الزوجية ما دامت حية، فيكون لها ما لنفقة الزوجية من الأحكام، و منها السقوط بالموت، و عدم السقوط بعدم التمكن، و تكون دینا عليه. و کذا إذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته. نعم السقوط بالنشوز و إن كان من أحكام نفقة الزوجية لا یثبت فی المقام، لظهور الصحيح فی الاستمرار المنافي.^۱

در مجموع می‌توان دو تقریب از کلام ایشان استخراج کرد که با توجه به ابهام عبارت، معلوم نیست که مراد ایشان دقیقاً دو تقریب مستقل باشد.

تقریب اول و بررسی آن

تقریب اول مشتمل بر دو مقدمه است:

مقدمه اول: اشتغال ذمه مرد به نفقه افضاء، تدریجی است نه دفعی.
مقدمه دوم: بعد از مرگ زوج، دیونی از تركه میت خارج می‌شود که از قبل بر ذمه مرد استقرار یافته باشند و از آنجا که نفقه افضاء، قبل از مرگ بر ذمه مرد قرار نگرفته، وجهی ندارد که پس از مرگ هم ادامه یابد.

مقدمه اول: تدریجی بودن اشتغال به نفقه افضاء
 برای اثبات مقدمه اول، چهار بیان ممکن است مطرح شود: البته بیان چهارم در

قال: «سألته عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها قال عليه الإجراء علیها ما دامت حية».

۱. مستمسك العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

کلام مرحوم آقای حکیم نیست.

بیان اول: ظهور «اجراء» در تدریجی بودن اشتغال ذمه

بیان اول این است که کلمه «اجراء»^۱ ظهور در تدریجی بودن اشتغال ذمه دارد. گویا تقریب ظهور چنین است که «اجراء» متدرج الحصول است و از سوی دیگر ظهور دلیل، در اتحاد متعلق و حکم در نحوه وجود است؛ یعنی اگر متعلق، دفعی است حکم هم دفعی است و اگر متعلق، تدریجی است حکم هم تدریجی خواهد بود. در نتیجه از تدریجی بودن اجراء (متعلق حکم) این نتیجه به دست می آید که اشتغال ذمه (حکم) هم تدریجی است.^۲

اشکال: عدم ظهور دلیل در اتحاد متعلق و حکم در نحوه وجود

در این بیان، برای اثبات تدریجی بودن، به ظهور دلیل در اتحاد متعلق و حکم در نحوه وجود تمسک شده که این ظهور امری است غیر تمام و دلیلی بر آن اقامه نشده است؛ البته چنان که در بیان چهارم (مختار) خواهد آمد، مقدمه اول قابل اثبات است؛ اما بیان چهارم در کلام مرحوم آقای حکیم مطرح نشده است.

بیان دوم: عدم امکان التزام به دو نفقه تدریجی زوجیت و نفقه دفعی افضاء

بیان دوم این است که اگر اشتغال ذمه مرد به نفقه افضاء تدریجی نباشد، لازم می آید که دو نفقه برگردن مرد ثابت گردد؛ یک نفقه تدریجی یعنی نفقه زوجیت، و یک نفقه دفعی یعنی نفقه افضاء، در حالی که گمان نمی رود کسی بدین امر ملتزم گردد؛ لذا نفقه افضاء هم تدریجی است و همان نفقه زوجیت است که با موت شوهر منتفی می شود.^۳

اشکال: امکان اشتغال ذمه به نفقه دفعی افضاء

اما آنچه مسلم است، این است که مرد افضاء کننده لازم نیست دو نفقه برای یک

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۸: ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج جاریة فوقع بها فأفضاها قال عليه الإجراء عليها ما دامت حية».

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

زمان بپردازد و تمام نفقه‌های پس از افضاء تا زمان مرگ زوجه افضاء شده به گونه دفعی برگردن او نمی‌آید؛ ولی مانعی ندارد که قسمتی از نفقه‌هایی که زوجیت متکفل آن نیست به صورت دفعی به گردن مرد قرار گیرد.

برای توضیح بیشتر فرض می‌کنیم که مجموع نفقات زن پس از افضاء تا زمان مرگ، ۲۰ میلیون تومان بوده که ۱۰ میلیون تومان آن مربوط به ده سالی است که زن در زوجیت مرد بوده و ناشزه هم نبوده و ۱۰ میلیون تومان آن هم مربوط به ده سال دیگر است که یا زن در زوجیت مرد نبوده و یا ناشزه بوده یا اصلاً مرد مرده بوده و در نتیجه زوجیت و نشوز موضوعاً منتفی بوده است. آنچه مسلم است این است که تمام ۲۰ میلیون تومان به محض افضاء به گردن مرد نمی‌آید؛ ولی چه مانعی دارد که ۱۰ میلیون زمان زوجیت به نحو تدریجی ثابت گردد و ۱۰ میلیون تومان بقیه به نحو دفعی به ذمه مرد بیاید که در نتیجه با مرگ زوج، همانند سایر دیون از ترکه وی برداشته شود؟

امکان دفعی بودن بدهی و تدریجی بودن وجوب اداء و نظائر فقهی آن البته معنای دفعی بودن تعلق حق نفقه آن نیست که مرد ملزم باشد که همه نفقه را یک جا بپردازد؛ بلکه ممکن است تعلق حق، دفعی باشد ولی اداء آن به صورت تدریجی صورت گیرد.

نظیر این مسئله (از جهت اختلاف زمان تعلق و زمان اداء)، بیع نسبه و سلف است، در نسبه، بایع به مجرد فروش مبیع، ثمن را مالک می‌شود؛ ولی زمان لزوم پرداخت ثمن در آینده است، و در سلف نیز مشتری مبیع را به مجرد خرید، مالک می‌شود؛ ولی زمان وجوب پرداخت، پس از زمان عقد است.

نظیر دیگر مسئله، دیه قتل خطأ محض است که هر چند قاتل به مجرد قتل، ضامن دیه می‌گردد؛ ولی این دیه به صورت اقساطی در طی سه سال پرداخت می‌گردد.^۱

۱. الکافی، ج ۷، ص ۲۸۳، ح ۱۰: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان علي عليه السلام يقول تستأدى دية الخطأ في ثلاث سنين و تستأدى دية العمد في سنة»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۲۰۵، ح ۱.
الکافی، ج ۷، ص ۳۶۴، ح ۲: ابن محبوب عن مالك بن عطية عن أبيه عن سلمة بن كهيل قال: «أني

دیه قتل شبه عمد نیز در طی دو سال پرداخت می‌گردد.^۱

عدم دلیل بر مانعیت غرر (جهل به تاریخ مرگ زوجه) در غیر معاملات
ممکن است اشکال شود که اگر نفقه متمم، به صورت دفعی به گردن مرد افضاء کننده بیاید، با توجه به جهل وی به تاریخ مرگ زن، مقدار ضمان، مجهول است و غرر لازم می‌آید.

اما پاسخ این است که در غیر معاملات و تعهدات، دلیلی بر مانعیت غرر و جهل به میزان ضمان نداریم؛ لذا مثلاً اگر کسی مقدار دیه مربوط به جراحات را نداند، این جهل ضرری به حکم دیه نمی‌زند. این خسارتی است که شارع بر عهده شخص گذاشته نه تعهد اشخاص به یکدیگر.

امیر المؤمنین علیه السلام برجل قد قتل رجلاً خطأ فقال له أمير المؤمنين عليه السلام من عشيرتك و قرابتك فقال ما لي بهذه البلدة عشيرة ... فالزومه الذية و خذه بها نجوما في ثلاث سنين ... وسائل الشريعة، ج ۲۹، ص ۳۹۲، ح ۱.

تهذيب الأحكام، ج ۱۰، ص ۲۳۲، ح ۵۱: محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن 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 خذيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله قال فقال أبو عبد الله عليه السلام هذان معتديان جميعاً فلا ترى على الذي قتل الرجل قوداً لأنه قتله حين قتله و هو أعمى و الأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته يؤخذون بها في ثلاث سنين في كل سنة نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقلة لزومه دية ما جنى في ماله يؤخذ بها في ثلاث سنين و يرجع الأعمى على ورثة ضاربه بدية عينيه»؛ وسائل الشريعة، ج ۲۹، ص ۳۹۹، ح ۱.

۱. المقنعة (شيخ مفيد)، ص ۷۳۶؛ المبسوط، ج ۷، ص ۱۱۵؛ المراسم، ص ۲۳۹؛ الكافي في الفقه، ص ۳۹۲؛ غنية النزوع، ص ۴۱۳؛ السرائر، ج ۳، ص ۳۹۹؛ إصباح الشريعة، ص ۵۰۰؛ فقه القرآن (راوندي)، ج ۲، ص ۴۱۵؛ تبصرة المتعلمين، ص ۱۹۹؛ تلخيص المرام، ص ۳۵۴؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۶۷؛ مختلف الشريعة، ج ۹، ص ۴۶۵؛ مسألة ۱۵۱؛ اللعة الدمشقية، ص ۲۷۸.

مستند این قول مشهور در بین قدماء چنان‌که برخی از متأخرین مانند شهید ثانی نیز به آن تصریح کرده‌اند، روشن نیست (مسالك الأفهام، ج ۱۵، ص ۳۱۹)؛ لذا برخی فقها با این فتوا با تردید برخورد کرده یا مخالفت کرده‌اند، مانند: شیخ طوسی در النهاية (ص ۷۳۹) و الخلافت (ج ۵، ص ۲۲۱)، ابن براج در المذهب (ج ۲، ص ۴۵۹)، محقق حلی در شرائع الإسلام (ج ۴، ص ۲۲۹) و نافع (المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۰۲)، فاضل آبی در کشف الرموز (ج ۲، ص ۶۳۲)، صاحب نزهة الناظر (ص ۱۳۶)، علامه در تحریر الأحكام (ج ۵، ص ۵۶۳)، صیمری در غایة المرام (ج ۴، ص ۴۱۹)، شهید ثانی در مسالك الأفهام (ج ۱۵، ص ۳۱۹).

این حمزه در این باره تفصیل داده است (الوسيلة، ص ۴۴۱).

بیان سوم: نظارت ادله اثبات نفقه افضاء به استمرار نفقه زوجیت

بیان سوم این است که همان طور که در تقریب دوم خواهد آمد، ادله اثبات نفقه افضاء، به اثبات اصل نفقه ناظر نیست؛ بلکه آن را به عنوان استمرار نفقه زوجیت ثابت می‌کند و وقتی نفقه افضاء، استمرار نفقه زوجیت باشد، ظاهر دلیل، اتحاد دو نفقه در احکام و شرایط و نحوه جعل است؛ پس نفقه افضاء هم مثل نفقه زوجیت تدریجی است. این بیان با لحاظ ذیل عبارت مرحوم آقای حکیم برداشت شده است.^۱

اشکال بیان سوم

بررسی این دلیل، در ضمن اشکال اول بر مقدمه دوم از تقریب دوم خواهد آمد.^۲

بیان چهارم (مختار)

بیان چهارم بیانی است که در کلام مرحوم آقای حکیم وجود ندارد و آن را می‌توان در قالب دو مطلب بیان کرد:

مطلب اول: تقید نسبت «علیه الاجراء» به «ما دامت حیه»

مطلب اول این است که در تعبیر «علیه الاجراء ما دامت حیه» که در صحیحته حلبی آمده است، «ما دامت حیه»، عرفاً قید نسبت (علیه الاجراء) است نه قید موضوع یا محمول.

اگر قید برای «الاجراء» باشد معنای جمله این است که «نفقه تا موت زوجه» به عهده زوج است، یعنی متعلق حق، امری تدریجی است، ولی تعلق حق دفعی است؛ اما این مطلب خلاف ظاهر است؛ زیرا ظاهر جمله این است که مشغول الذمه بودن مرد به اجراء، تا هنگام مرگ زوجه استمرار دارد. مثلاً اگر گفته شود «زید قائم الی عشر ساعات» ظاهر جمله این است که «الی عشر ساعات» قید نسبت زید و قیام است، نه قید موضوع (زید) و نه قید محمول (قائم)؛^۳ یعنی «الی عشر

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

۲. خلاصه اشکال این است که دلیل، ظهوری در اتحاد هر دو نفقه در همه احکام و شرائط ندارد.

۳. استاد بزرگوار: یکی از مغالطاتی که در منطق مورد بحث قرار گرفته، این شبه قیاس شکل اول است که: «الانسان وحده ناطق و کل ناطق حیوان»، که باید نتیجه دهد که «فالانسان وحده حیوان»؛ اما نتیجه نادرست است، با اینکه صغری و کبری شرائط إنتاج شکل اول را داراست. در این مسئله، پاسخ‌های

ساعات» نسبت اتحادیه زید و قائم را به ده ساعت محدود می‌سازد.

مرحوم شیخ انصاری در بحث واجب معلق و واجب مشروط که بین ایشان و صاحب فصول^۱ در تصویر واجب مشروط اختلاف نظر است، تصدیق می‌کند که ظاهر قضایای شرطیه آن است که شروط، قید و شرط وجوب هستند نه قید و شرط واجب، و ایشان با توجه به دلیلی عقلی از این ظهور رفع ید می‌کند ولی ظهور عرفی دلیل را می‌پذیرد.^۲

در مقام نیز ظاهر «ما دامت حیه» این است که اشتغال ذمه به اجراء، استمرار دارد و پیوسته تا زمان مرگ زوجه وجود دارد.

مطلب دوم: عرفی بودن انحلال اشتغال به کل نفقه

مطلب دوم این است که تفاهم عرفی در جایی که «ما دامت حیه» قید نسبت باشد، این نیست که اشتغال به کل تا هنگام مرگ زوجه استمرار داشته باشد؛ بلکه در هر زمان مطابق همان زمان، اشتغال ذمه وجود دارد. وقتی اشتغال به کل به گونه دفعی وجود نداشت، قهراً باید قائل به انحلال اشتغال ذمه به اشتغال ذمه‌های عدیده گردید که در هر زمان، ذمه مرد به پرداخت نفقه همان زمان مشغول است و با پرداخت یک نفقه، این اشتغال ذمه بر طرف نمی‌گردد؛ بلکه کلی اشتغال ذمه تا زمان مرگ استمرار دارد؛ بنابراین، تدرج در اشتغال ذمه از تعبیر «ما دامت حیه» استفاده می‌شود نه از کلمه «اجراء» یا سایر بیانات گذشته.

با این بیان، پاسخ این اشکال که چه مانعی دارد تمام نفقه زوجه به یکباره به گردن مرد بیاید و این اشتغال به کل، تا زمان مرگ زوجه ادامه داشته باشد، روشن شد.

مختلفی داده شده و پاسخ صحیح این است که «وحده» در صغری قید موضوع نیست؛ بلکه قید حمل است، و قیود موضوع، در نتیجه ظاهر می‌شوند، نه قیود حمل.

۱. الفصول الغرویة، ص ۷۹.

۲. از کلام مرحوم شیخ انصاری استفاده می‌شود که با قطع نظر از اینکه هیئت، معنایی حرفی و جزئی و غیر قابل تقیید است، ظاهر قید در مانند «إذا دخلت فی المسجد فصل» این است که قید به هیئت باز می‌گردد و با تعبیر «صل فی المسجد» و مانند آن که ظاهرش قید ماده است، متفاوت است (مطالع الأنظار، ج ۱، ص ۲۶۳ و ۲۶۶).

مقدمه دوم: عدم اخراج «دیون حادث بعد از موت شوهر» از ترکه

مقدمه دوم این است که بعد از مرگ زوج، دیونی از ترکه میت خارج می شود که از قبل بر ذمه او استقرار یافته باشد، و از آنجا که تعلق حق نفقه افضاء، طبق مقدمه اول تدریجی است، لذا قبل از مرگ شوهر بر ذمه او قرار نگرفته، وجهی ندارد که پس از مرگ هم ادامه یابد.^۱

اشکال بر مقدمه دوم

حال با توجه به تمامیت مقدمه اول، آیا مقدمه دوم تام است؟

دو اشکال بر مقدمه دوم وارد است:

اشکال اول: خروج «دیون بعد مرگ» از اصل ترکه

اشکال اول این است که به حسب تفاهم عرفی از ادله تقدیم دین بر ارث، حتی اگر پس از مرگ زوج هم دینی به گردن وی بیاید از اصل ترکه خارج می شود. توضیح این اشکال محتاج دو مقدمه است:

مقدمه اول: معقول بودن مدیون شدن بعد از مرگ

مقدمه اول این است که اصل حدوث مدیون شدن انسان پس از مرگ، امری معقول بوده که تحقق خارجی هم دارد؛ چون حکم وضعی مدیونیت دائر مدار حیات مدیون نیست. فرض کنید که کسی بمبی ساعتی کار گذاشته و پیش از انفجار بمب، خودش را کشته تا گرفتار نشود. اگر با انفجار بمب افرادی کشته شوند، دیه این افراد با کشته شدنشان پس از مرگ قاتل به ذمه او می رود.

مقدمه دوم: مقدم بودن میت بر ورثه در دیون محقق شده بعد از مرگ

مقدمه دوم این است که به نظر می رسد همچنان که میت نسبت به مخارج کفن و دفن که نیاز پس از مرگ اوست احق از ورثه است و مخارج کفن و دفن از اصل ترکه قبل از تقسیم ارث برداشته می شود، در دیون هم فرقی نیست که دین قبل از مرگ ثابت

۱. این مقدمه مطوبه ای است که در عبارت مستمسک صریحاً نیامده است و استاد^{رحمته} در این تقریب به آن تصریح کرده است.

شده باشد، یا بعد از مرگ^۱ و عرف الغاء خصوصیت می‌کند. غرض این است که میت در جهان آخرت مشغول الذمه و گرفتار نباشد. در نتیجه اگر مدیونیت مرد متدرج هم بوده، چه اشکالی دارد که با توجه به اطلاق دلیل نفقه، پس از مرگ وی تا زمان مرگ زوجه هم این مدیونیت ادامه یابد، و قهراً بر حق وراثت مقدم است؛ لذا مجرد اینکه تعلق حق نفقه افضاء، تدریجی است سبب نمی‌شود که پس از مرگ ادامه نیابد.

اشکال دوم: بقاء دین با فرض عدم اخراج «دیون بعد مرگ» از اصل ترکه

اشکال دوم این است که حتی اگر تقدیم دین حاصل پس از مرگ میت بر ارث را انکار کنیم، آیا باز نتیجه مطلوب گرفته می‌شود؟ حتی اگر تقریب اول هم پذیرفته شود نتیجه‌اش این است که نفقه افضاء از اصل ترکه برداشته نمی‌شود، در نتیجه تمام مال شوهر به ورثه می‌رسد؛ ولی این امر دلیل نمی‌شود که میت دیگر مدیون نباشد؛ بلکه اطلاق «علیه الاجراء» مدیونیت مرد را پس از مرگ هم اثبات می‌کند. البته این دین می‌تواند با پرداخت متبّع ساقط شود، و یا از وجوهی که میت پس از مرگ مالک می‌گردد پرداخت گردد. مثلاً اگر کسی سر میت را پس از مرگ قطع کند، باید دیه بدهد که در وجوه بز میت صرف شود^۲ که یکی از وجوه بز وی، اداء دیون اوست، یا اگر کسی چیزی را نذر میت کند یا برای او وصیت کنند، نافذ است^۳ و میت مالک آن شده و باید دین او را از آن اداء کرد.

به هر حال، اگر از طریق تبّع یا مالک شدن میت هم نتوان دین میت را اداء کرد، می‌توان به عنوان زکات از سهم غرماء یا از سهم فی سبیل الله (بنا بر تعمیم آن نسبت به مطلق قربات) دین میت را پرداخت کرد، یا اگر از بیت المال مسلمین بتوان دین افراد را اداء کرد، قهراً می‌توان این دین میت را نیز از بیت المال تأمین کرد. لذا تقریب اول نمی‌تواند مدیونیت زوج را نفی کند.

۱. توضیح بیشتر: در حقیقت در بحث افضاء و نیز در بحث قاتلی که بمب ساعتی کار گذاشته، هرچند اشتغال ذمه پس از مرگ است؛ اما مقتضی اشتغال ذمه قبل از مرگ وجود داشته است.

۲. شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۶۷.

۳. البته در اینکه وصیت تملیکیه در حق میت نافذ است، اختلاف نظر وجود دارد و استاد رحمته الله منعی از صحت این وصیت نمی‌بیند.

تقریب دوم و بررسی آن

تقریب دومی که برای توجیه نظر مشهور متأخرین (سقوط نفقه با موت شوهر) می‌توان از کلام مرحوم آقای حکیم استخراج کرد، از دو مقدمه تشکیل شده است:

مقدمه اول: نظارت ادله نفقه افضاء به استمرار نفقه زوجیت

مقدمه اول این است که ادله اثبات نفقه افضاء، به اثبات اصل نفقه ناظر نیست؛ بلکه استمرار نفقه زوجیت را بیان می‌کند.

مقدمه اول را می‌توان با عنایت به ظهور ادله نفقه افضاء در استمرار نفقه زوجیت و عدم تعرض آن نسبت به اثبات اصل نفقه، ثابت کرد، و ممکن است برای آن چنین استدلال کرد که اگر نفقه افضاء ناظر به مرحله استمرار نفقه زوجیت نباشد، لازمه آن ثبوت دو نفقه بر مرد است؛ یعنی اگر زن، از حباله زوجیت مرد خارج نشده و ناشزه هم نباشد، باید مرد دو نفقه به او بپردازد، با اینکه بیش از یک نفقه لازم نیست و فقیه‌ی به دو نفقه ملتزم نمی‌گردد.^۱

مقدمه دوم: اتحاد احکام نفقه زوجیت و افضاء

مقدمه دوم آن است که وقتی نفقه افضاء، استمرار نفقه زوجیت است، ظاهر دلیل، اتحاد دو نفقه در احکام و شرایط است.^۲

نتیجه: سقوط نفقه زوجیت با مرگ زوج از دو راه مستقیم و غیر مستقیم

با تقریب دوم، از دو راه می‌توان سقوط نفقه با مرگ زوج را ثابت کرد:

راه اول: با تمسک به دو مقدمه فوق، مستقیماً سقوط نفقه با مرگ زوج اثبات می‌شود؛ زیرا وقتی نفقه افضاء همان احکام و شرایط نفقه زوجیت را دارد، قهراً باید با مرگ زوج ساقط گردد؛ چون نفقه زوجیت با مرگ زوج ساقط می‌شود. راه دوم: با تمسک به دو مقدمه فوق، تدریجی بودن تعلق نفقه افضاء را نتیجه گرفته (بیان سوم که در تقریب اول بدان اشاره شد) و ادامه تقریب، نظیر تقریب اول خواهد بود.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

اشکال بر مقدمه دوم

اشکال اول: عدم دلیل بر اتحاد احکام نفقه زوجیت و افشاء

البته مقدمه اول بدون اشکال است؛ اما مقدمه دوم این تقریب قابل مناقشه است؛ زیرا افشاء تنها استمرار نفقه زوجیت را بیان می‌کند؛ ولی ما دلیلی بر اثبات مقدمه دوم نداریم و هیچ وجهی ندارد که اگر نفقه زوجیت تدریجی است، نفقه افشاء هم تدریجی باشد؛ چون ما تنها از مقدمه اول این مقدار را می‌فهمیم که افشاء تنها در مواردی در اثبات نفقه مؤثر است که زوجیت در اثبات نفقه کارساز نباشد، اما اینکه نحوه تأثیر افشاء هم مانند نحوه تأثیر زوجیت باشد، از این مقدمه استفاده نشده و ظهور دلیل در اتحاد هر دو نفقه در احکام و شرائط ممنوع است.^۱ مرحوم آقای حکیم در صدد توجیه کلام مرحوم سید است، در حالی که خود مرحوم سید معتقد است که برخی از احکام نفقه زوجیت - مانند سقوط نفقه به سبب نشوز - در نفقه افشاء وجود ندارد و یا با اشکال مواجه است؛ لذا نمی‌توان از سقوط نفقه زوجیت با مرگ زوج، سقوط نفقه افشاء را در این زمان نتیجه گرفت.

آنچه مسلم است این است که متمم نفقه باید اعطاء شود، اما اینکه همه شرائط سقوط و ثبوت آن مثل نفقه زوجیت است، دلیلی ندارد و نمی‌توان «علیه الاجراء» در صحیح حلبی را محدود کرد.

اشکال دوم: تلازم مقدمه دوم با سقوط نفقه افشاء با نشوز

اشکال دیگری که ممکن است بر مقدمه دوم وارد شود، اشکال نقضی مرحوم آقای

۱. توضیح بیشتر: با توجه به این مبنا که علل شرعی معزفات هستند نه علل حقیقی، می‌توان گفت که ادله افشاء تمام نفقه‌های زن را ثابت می‌کند؛ البته نه به معنای اثبات نفقه مستقل، بلکه در فرض زوجیت و عدم نشوز زن، تنها یک نفقه ثابت می‌شود که دو دلیل و معزف اثباتی دارد. بلکه اگر علل شرعی را علل حقیقی هم بدانیم، ممکن است بگوییم با توجه به ظهور دلیل نفقه افشاء در عدم تعدد نفقه افشاء یا مسلم بودن عدم تعدد از خارج، در جایی که هم زوجیت و هم افشاء در کار باشد، هر دو سبب از سببیت فعلی افتاده و مجموع آنها سبب خواهد بود و هر یک سبب اقتضائی است.

۲. استاد^۲: طبق این مناقشه، ناامای بیان سوم برای اثبات مقدمه اول تقریب اول هم (که مبتنی بر ظهور دلیل در اتحاد نفقه افشاء و نفقه زوجیت در نحوه جعل و دفعی یا تدریجی بودن هر دو بود) اثبات می‌گردد.

حکیم است که البته در صدد پاسخ به آن برآمده است. ایشان در اشکال نقضی فرموده است که اگر نفقه افضاء مانند نفقه زوجیت باشد - همان طور که با موت زوج ساقط می شود - لازم می آید نفقه افضاء هم مانند نفقه زوجیت با نشوز زوجه ساقط گردد، با اینکه شما فتوا به عدم سقوط به سبب نشوز می دهید؛ لذا چه فرقی بین نشوز و موت شوهر است؟

پاسخ: سقوط نفقه در نشوز و عدم ثبوت نفقه در بعد موت

سپس ایشان پاسخی داده که مفاد آن با تبیین بیشتر چنین است: نفقه زوجه پس از مرگ شوهر اصلاً ثابت نیست، ولی نفقه زوجه در زمان نشوز ثابت بوده و نشوز، آن را ساقط می کند. ادله نفقه افضاء، دال بر استمرار نفقه مفضاء است و معنای استمرار این است که آنچه مسقط نفقه بوده دیگر مسقط نیست؛ ولی به این معنا نیست که حتی آنچه از ابتدا هم محقق نبوده محقق کند؛ لذا این ادله قادر به اثبات نفقه ای که اصلاً نبوده نیست؛ پس نفقه زوجه پس از مرگ زوج، از باب عدم ثبوت است و در زمان نشوز زوجه، از باب سقوط.^۱

مناقشه در پاسخ

اما این پاسخ قابل مناقشه است؛ زیرا ایشان فرمود: «نفقه زوجه ناشزه، اول ثابت شده و بعد با نشوز ساقط شده است»؛ اما این مطلب، دلیلی ندارد، بلکه نفقات زن به تدریج به عهده مرد می آید و در هر زمان اگر زن مطیع باشد، نفقه ثابت است و اگر زن ناشزه باشد، نفقه ندارد.

ممکن است اشکال شود که مراد از ثبوت نفقه ناشزه، ثبوت مقتضی آن است که این مقتضی با توجه به حدوث مانع، مقتضی را ایجاد نکرده است^۲ در نتیجه ادله افضاء، رفع مانعی همچون نشوز را در این موارد نتیجه می دهد.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۹۲.

۲. استاد بروجردی در حدیث رفع، برخی گفته اند رفع اعم از رفع لغوی (اسقاط امر ثابت) و دفع (جلوگیری از تأثیر مقتضی در ایجاد مقتضای است که مرحوم شیخ هم بدین امر متمایل است. در بحث ما نیز ممکن است مراد از ثبوت نفقه زن ناشزه، ثبوت مقتضی آن باشد که ادله نفقه افضاء، مانعیت مانع را برطرف می سازد و فهاً مقتضی - به فتح - تحقق می یابد.

در پاسخ گفته می‌شود که اگر تمام این مقدمات را هم بپذیریم، مسئله عدم سقوط نفقه با نشوز حل می‌گردد؛ چون نفس زوجیت، مقتضی ثبوت نفقه (طبق فرض) است؛ ولی در سایر موارد ثبوت نفقه افضاء، این دلیل کافی نیست؛ زیرا ما می‌دانیم که نفقه افضاء پس از طلاق زوج یا فسخ یا انفساخ عقد نکاح، بلکه پس از ازدواج زن افضاء شده با مرد دیگر هم، ثابت است، با اینکه در این موارد، مقتضی نفقه (علقه زوجیت) هم ثابت نیست؛ لذا با لحاظ ثبوت مقتضی نفقه، حکم به وجوب نفقه بعد از ازدواج مجدد زن قابل تفسیر نیست.

ممکن است گفته شود که مقتضی با واسطه نیز برای توجیه نفقه کافی است و در موارد طلاق و فسخ و انفساخ نیز چنین مقتضی وجود دارد؛ یعنی زوجیت سابق، مقتضی ثبوت نفقه است ولی به سبب این سه، از بین رفته است؛ پس این سه به منزله مانع از این مقتضی است، و ادله نفقه افضاء، مانعیت این موانع را مرتفع می‌سازد.

اما در پاسخ می‌توان گفت که در مرگ زوج هم مقتضی به این معنا وجود داشته؛ چون با امکان حیات مرد و استمرار زوجیت، مقتضی با واسطه برای نفقه زوجیت وجود داشته و مرگ زوج مانع تأثیر این مقتضی است و باید با ادله نفقه افضاء، جلوی تأثیر این مانع را گرفت.^۱

لذا دلیلی وجود ندارد که همه شرائط سقوط و ثبوت نفقه افضاء، مثل نفقه زوجیت باشد تا «علیه الاجراء» در صحیحته حلبی را محدود کرد و همچنان که پس از طلاق، فسخ یا انفساخ، مقتضی ثبوت نفقه ایجاد می‌شود، پس از مرگ زوج هم مقتضی نفقه ایجاد می‌شود.

۱. در حقیقت قوام حقیقی زوجیت به اعتبار آن است که علقه زوجیت، بالفعل محقق باشد که در مقام (موت شوهر) مانند فرض طلاق و فسخ منتفی است، و اگر کسی قائل شود که لازم نیست برای ثبوت نفقه، چنین علقه فعلی محقق باشد و علقه تعلیقی (اگر طلاق محقق نبود زوجیت باقی بود) کافی است، در مرگ شوهر نیز مرگ شوهر مانع از مقتضی است.

وجه نظر مشهور متأخرین: ظهور «علیه الاجراء» در حکم تکلیفی

با توجه به مطالب فوق، وجهی که مرحوم آقای حکیم در مورد نظر مشهور متأخرین (سقوط نفقه مفضاة با موت زوج) بیان کرده، طبق هیچ یک از دو تقریب فوق، صحیح نیست و به نظر می‌رسد مشهور متأخرین از کلمه «علیه الاجراء» که در صحیح حلبی آمده، حکم تکلیفی فهمیده‌اند که قهراً با مرگ زوج، موضوعی برای بقاء آن نخواهد ماند؛ لذا مراد از امر ظاهر و واضحی که در عبارات محقق اردبیلی در مجمع الفائدة^۱ و صاحب جواهر^۲ به آن اشاره شده، ظاهراً این مطلب است، نه آنچه مرحوم آقای حکیم مطرح کرده است.

بررسی استصحاب حکم وضعی حق نفقه منتزع از حکم تکلیفی

ممکن است گفته شود که از حکم تکلیفی به وجوب انفاق، به تناسب حکم و موضوع، حکم وضعی کشف می‌شود؛ یعنی قبلاً حقّی برای زن ثابت شده و لزوم انفاق به جهت همان حق است و اینکه وجوب انفاق، حکم تکلیفی صرف باشد، با فهم عرفی ناسازگار است.

ولی مجرد استفاده و کشف حق از حکم تکلیفی برای اثبات لزوم انفاق بعد از فوت زوج، کافی نیست؛ زیرا با از بین رفتن حکم تکلیفی با مرگ زوج، دیگر کاشفی از حکم وضعی و ثبوت حق در کار نیست.^۳ البته می‌توان با اصل عملی (استصحاب) بقاء حق را ثابت کرد. در نتیجه، مجالی برای جریان برائت باقی نمی‌ماند. استصحاب حکم تکلیفی (کاشف) صحیح نیست؛ چون با مرگ زوج قطعاً حکم تکلیفی از بین رفته و شک که رکن استصحاب است ثابت نیست.

۱. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۴، ص ۴۱۸.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۲۸.

۳. توضیح بیشتر: با توجه به عدم وجود کاشف از ثبوت حق، می‌توان به اصل برائت تمسک کرد و ذمه میت را از دین نسبت به زوجه خود فارغ دانست، در نتیجه به عمومات ارث استدلال کرده، تمام اموال زوج را بین ورثه تقسیم کرد.

مطلب اول: عدم جریان استصحاب در شبهه حکمیه و موارد شک در مقتضی

اما جریان استصحاب در مقام با دو اشکال مواجه است:

- اولاً، استصحاب حق، استصحاب در شبهات حکمیه است، در حالی که طبق نظر مختار، استصحاب در شبهات حکمیه جاری نیست.
- ثانیاً، همچون شیخ انصاری^۱، دیدگاه ما نیز اختصاص استصحاب به شک در رافع است؛ لذا در موارد شک در مقتضی -مانند مقام- استصحاب جاری نیست؛ زیرا حکم وضعی از تکلیف کشف شده و تکلیف هم طبق فرض، محدود به زمان حیات است.

مطلب دوم: کلی قسم ثانی بودن استصحاب در مقام

ممکن است اشکال دیگری نیز در مقام مطرح شود؛ زیرا حق زوجه از احکام وضعیه است و اگر ما مبنای مرحوم شیخ را در باب احکام وضعیه بپذیریم که این احکام، منتزع از احکام تکلیفیه‌اند و جعل مستقل نداشته و با همان جعل تکلیفی، این احکام وضعی هم جعل شده‌اند، قهراً نمی‌توان استصحاب حق را جاری دانست؛ زیرا حکم وضعی در زمان حیات زوج، به سبب جعل تکلیفی متوجه به زوج جعل شده و این حکم قطعاً پس از مرگ زائل شده است، و اگر پس از مرگ حکم وضعی جعل شده باشد، حکم دیگری است که از تکلیف ورثه به پرداخت نفقه به زن افشاء شده انتزاع شده و قهراً بقاء حکم سابق نیست، و در استصحاب، اتحاد قضیه متیقنه و قضیه مشکوکه به حسب موضوع و محمول شرط است، و در مقام هرچند می‌توان موضوع هر دو قضیه را زوجه افشاء شده دانست که تغییر نکرده؛ ولی محمول ما دو فرد از افراد حکم وضعی است و اتحاد شخصی بین آنها نیست؛ بلکه اتحاد صنفی دارند. در نتیجه، استصحاب اگر جاری باشد استصحاب کلی قسم ثالث است که معمول محققین اصول آن را جاری نمی‌دانند.

اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا با صرف نظر از بحث‌هایی که در اصل مبنای مرحوم شیخ انصاری وجود دارد^۲، بر فرض پذیرش این مبنا، حکم وضعی ممکن

۱. فرائد الأصول، ج ۳، ص ۵۱ و ۱۶۰.

۲. توضیح بیشتر: استاد^{رحمته} اشاره می‌کردند که حکم وضعی در نظر عرف از برخی احکام تکلیفیه انتزاع

است از مجموع چند حکم تکلیفی انتزاع شده باشد؛ به این معنا که یک حکم وضعی از چند جعل تکلیفی حاصل گردد، نه هر جعل تکلیفی الزاماً حکم وضعی به همراه داشته باشد تا با تعدد جعل تکلیفی، حکم وضعی متعدد گردد.

در مقام هم ممکن است حکم وضعی کوتاه مدت تا زمان حیات زوج باشد که تنها از حکم تکلیفی زوج به پرداخت نفقه انتزاع شده است، و ممکن است حکم وضعی مستمر باشد که از مجموع حکم تکلیفی زوج در زمان حیات و حکم ورثه زوج پس از مرگ وی انتزاع شده باشد؛ لذا استصحاب حکم وضعی از قبیل استصحاب کلی قسم ثانی خواهد بود که جریان آن مورد پذیرش محققین اصول است^۱ و با این استصحاب، آثار کلی مترتب می‌شود. لزوم اداء نفقه زن، از آثار «کلی ذی حق بودن زوجه» است و قهراً با استصحاب این کلی تا زمان موت زوجه، لزوم نفقه ثابت می‌شود.

نظر مختار: ظهور «علیه الاجراء» در عدم سقوط نفقه با موت شوهر

در هر حال، تحقیق آن است که ظاهر کلمه «علیه» در امور مالی، حکم وضعی و اثبات مدیون بودن مرد نسبت به زن است^۲، همانند برخی اقسام عمری که در آن صاحب حق تا زمان حیات نسبت به مسکن ذی حق است و ورثه باید مسکن را در اختیار او بگذارند. در مقام هم ظاهر جمله فوق، ضمان زوج است و اطلاق آن اقتضاء می‌کند که پس از مرگ زوج نیز این امر ادامه یافته و زن به میزان نفقه‌اش

شده و سپس این حکم خود، موضوع احکام دیگر واقع می‌شود؛ مثلاً ملکیت می‌تواند از جواز تصرف مالک انتزاع شده و سپس احکام دیگر همچون لزوم خمس و زکات و پرداخت نفقه بر موضوع ملکیت بار شود. تفصیل این بحث درخور این نوشتار نیست.

۱. برای نمونه: فرائد الأصول، ج ۳، ص ۱۹۱-۱۹۲؛ کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۴۰۶؛ فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۱۲-۴۱۳.

۲. توضیح بیشتر: اگر اصل ظهور «علیه» را در مدیونیت به طور کلی انکار کنیم. در خصوص مقام، تناسبات حکم و موضوع اقتضاء می‌کند که این ظهور را بپذیریم؛ چون عرف این گونه می‌فهمد که منشأ ثبوت این حکم، معیوب شدن زن و از حیز انتفاع افتادن دائمی زن است و این امر، حق مستمر ثابتی را اقتضاء می‌کند که با مرگ زوج هم از بین نرود و نهایت آن مرگ زوجه باشد؛ چون تنها با مرگ زوجه، عیب حادث شده در اثر افضاء، منتفی می‌گردد.

نسبت به ترک میت احق باشد و آمدن این حکم تنها مرگ زوجه باشد. لذا با توجه به اینکه سقوط نفقه افضاء با مرگ زوج اجماعی نیست، بلکه چنان‌که بیان شد، اکثر قدماء قبل از محقق حلی مطابق روایت تنها موت زوجه را مسقط دانسته‌اند، نفقه افضاء با موت زوج ساقط نخواهد شد و ورثه باید مقداری تقریبی (حداکثر احتمال عقلایی نفقه زوجه تا هنگام مرگ) را کنار گذاشته، سایر اموال را تقسیم کنند.

البته با توجه به تعبیر صحیح حلی که فرموده است: «علیه الاجراء»، ممکن است گفته شود که بین تعبیر «نفقه بر مرد است» و تعبیر «ادای نفقه بر مرد است»، تفاوت وجود دارد؛ زیرا در دومی، فعلی از افعال بر مرد واجب شده و ظهوری در حکم وضعی ندارد. اما پاسخ این است که عهده داری نسبت به افعال نیز معقول بوده و ضرری به این ظهور نمی‌زند، مانند به عهده آمدن حج.

در هر حال اگر این استظهار از «علیه الاجراء» پذیرفته نشود، حداکثر این است که دلیل نفقه افضاء از اثبات استمرار پس از مرگ زوج ناتوان است، ولی عدم استمرار، اثبات نمی‌شود؛ پس نوبت به استصحاب بقاء حکم وضعی می‌رسد که اگرچه طبق نظر مختار این استصحاب جاری نیست، اما بر اساس قبول استصحاب در شبهات حکمی و موارد شک در مقتضی که بسیاری از فقهاء^۱ مانند آقای حکیم^۲ قائل‌اند، استصحاب حکم وضعی (حق نفقه زوجه) جاری خواهد بود.

۱. برای نمونه: کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۳۹۰.

۲. حقائق الأصول، ج ۲، ص ۴۰۵.



عدم سقوط نفقه زوجة افشاء شده با عدم تمکن زوج

مسألة ۱۰: «...و الظاهر عدم سقوطها بعدم تمکنه و تصیر دینا علیه و یحتمل بعیدا سقوطها.»

در باب نفقات واجب، دو نوع نفقه وجود دارد:

۱. نفقه ای که اگر فرد، متمکن از پرداخت آن نباشد، ساقط می شود و جنبه تکلیفی دارد نه جنبه وضعی، مثل نفقه اقارب واجب النفقه که اگر فرد متمکن نبود ساقط می شود و به صورت دین بر عهده شخص نمی آید.

۲. نفقه ای که اگر فرد، متمکن از پرداخت آن نباشد، هر وقت فرد متمکن شود، باید بپردازد و اگر خودش هم تمکن نیابد، بعد از موتش ورثه باید از اموال او بپردازند، مانند نفقه زوجة.

از ظاهر کلام مرحوم سید بر می آید که نفقه زوجة افشاء شده از قبیل نفقه زوجة است که در اثر عدم تمکن زوج نسبت به پرداخت آن، جنبه دینی پیدا می کند و احتمال سقوط آن بعید است.

طبق نظر مختار نیز - چنان که بیان شد - ظاهر «علیه الاجراء» در امور مالی، حکم وضعی و اثبات مدیون بودن مرد نسبت به زن است؛ و لذا نفقه زوجة افشاء شده، با عدم تمکن زوج ساقط نمی شود و به صورت دین بر گردن زوج باقی می ماند.

حکم امتناع زوج از پرداخت نفقه در صورت تمکن

مسألة ۱۰: «... و کذا تصیر دینا إذا امتنع من دفعها مع تمکنه إذ کونها حکما تکلیفیا صرفا بعید، هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق و إلا فما دامت فی حبالته الظاهر أن حکمها حکم الزوجة.»

تعبیر «الظاهر» بدین جهت است که ممکن است توهم شود که چون زن افضاء شده و از قابلیت تمتع افتاده، نفقه زوجیت در این مورد ثابت نیست؛ زیرا این نفقه در مقابل امکان تمتع جعل شده؛ ولی این احتمال ضعیف است و ظاهر این است که در هنگام زوجیت، همان نفقه زوجیت با احکام آن جاری است.

بررسی کلام سید یزدی

دو نکته در عبارت ایشان وجود دارد:

نکته اول: مسامحه در عبارت «تصیر دینا»

اول اینکه در تعبیر «تصیر دینا»، قدری مسامحه است و بهتر است «تکون دیناً» گفته شود؛ زیرا چنین نیست که با امتناع، دین شود.^۱

نکته دوم: احتمالات کلام سید یزدی (الظاهر أن حکمها حکم الزوجة)

دوم اینکه در عبارت «هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق و إلا فما دامت فی حبالته الظاهر أن حکمها حکم الزوجة» سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول این است که منظور از «هذا» فقط نکته اخیر یعنی «و کذا تصیر دینا إذا امتنع من دفعها مع تمکنه إذ کونها حکما تکلیفیا صرفا بعید» است؛ لذا

۱. شاید بتوان گفت وجه این تسامح آن است که در نگاه عرفی در زمانی که باید جبران خسارت شود، اگر جبران نشود طلبکار می گوید: «مدیون شدی».

اینکه گفتیم در صورتی که تمکن از پرداخت نفقه داشته باشد و نپردازد نفقه دین می‌شود، مربوط به بعد از طلاق است؛ اما اگر در حال زوجیت بود خیلی روشن است که باید احکام زوجه مترتب شود و نفقه دین می‌شود.

احتمال دوم این است که مراد از «هذا» علاوه بر عبارت اخیر، سایر احکام اثباتی زوجیت که در این مسئله بیان شد یعنی دین بودن نفقه در فرض عدم تمکن زوج و همچنین تقدّم نفقه زوجه بر اقارب، اراده شده باشد. طبق این احتمال، «تقدّم نفقه مفضّاة بر اقارب» که مرحوم سید در آن تأمل داشت، تنها در فرضی محلّ تأمل است که بعد از طلاق باشد نه در زمان زوجیت شخص اقصاء شده؛ زیرا روشن است که نفقه زوجه مقدم بر اقارب است.

احتمال سوم این است که مراد از «هذا»، تمام احکام زوجیت اثباتاً و نفیاً باشد و لذا شامل سقوط نفقه به سبب نشوز شود. طبق این احتمال، اگر زوجه در زمان زوجیت نشوز کرده باشد، بعد از طلاق این تردید وجود دارد که آیا نفقه مفضّاة بر عهده مرد است یا نه. اما قبل از طلاق تردیدی نیست که چون زوجه است و نشوز هم کرده دیگر نفقه بر عهده مرد نباشد.

پس طبق این احتمال، مراد مرحوم سید از تعبیر «وإلّا فما دامت فی حبالته الظاهر أنّ حکمها حکم الزوجة» این است که در فرض زوجیت و عدم طلاق روشن است که به سبب نشوز، نفقه ساقط است و دیگر تردیدی وجود ندارد و شبهه فقط مربوط به بعد از طلاق است.

تعدد زوجات

بخش ششم



حرمت نکاح دائم با بیش از چهار زن

فصل ۳: «لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع حزا كان أو عبدا و الزوجة حرة أو أمة....»^۱

مرد خواه حُر باشد یا عبد، جایز نیست بیش از چهار زن دائمی داشته باشد، اعم از اینکه زوجات حُرّه باشند یا أمه. آیه قرآن «فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ»^۲ و روایات^۳ بر این مطلب دلالت دارند، و بحث قابل توجهی در این مبحث وجود ندارد. البته سابقاً مطرح شد که بعضی فقهاء از جمله مرحوم سید برای راجح بودن تعدّد زوجات، به همین آیه تمسک کرده‌اند؛ ولی چنان‌که به تفصیل بیان شده این آیه راجع به ترغیب به تعدّد زوجات نیست؛ بلکه از این آیه ترخیص تعدّد زوجات استفاده می‌شود؛ لذا در این مقام به توضیح آن پرداخته نمی‌شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۴.

۲. النساء، ۳.

۳. برای نمونه: الکافی، ج ۵، ص ۳۶۳، ح ۲؛ ایضا: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۷، أبواب ما یحرم باستیفاء العدد.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۹۷.

۵. رک: مباحث کتاب النکاح، مقدّمات نکاح، م ۲ (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۹۷، مسألة ۲).

عدم محدودیت در ملک، تحلیل و عقد موقت

فصل ۳: «...و أما في الملك والتحليل فيجوز ولو إلى الألف وكذا في العقد الإنقطاعي.....»^۱

در تحلیل تنها مالکیت انتفاع وجود دارد؛ اما در ملکیت علاوه بر مالکیت انتفاع، مالکیت عین نیز وجود دارد. مطالب مذکور، از نظر روایات^۲ و اجماع^۳ مسلم است؛ لذا نیازی به بررسی ندارد.

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۴.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۸، باب ۴: «باب أنه يجوز أن ينمَّع بأكثر من أربع نساء وإن كان عنده أربع زوجات بالذائم»؛ برای نمونه:

ح ۱: محمد بن یعقوب عن الحسين بن محمد عن أحمد بن إسحاق عن بكر بن محمد قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة أهي من الأربع فقال: لا.»

ح ۲: عنه عن أحمد بن إسحاق عن سعدان بن مسلم عن عبيد بن زرارة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ذكرت له المتعة أهي من الأربع فقال: تزوج منهم ألفاً فإنهنّ مستأجرات.»

ح ۳: و عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رناب عن زرارة بن أعين قال: «قلت: ما يحل من المتعة قال: كم شئت.»

ح ۴: و عنه عن أحمد عن الحسين بن سعيد و محمد بن خالد عن القاسم بن عروة عن عبد الحميد عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في المتعة ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة.»

ح ۶: و عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: كم يحل من المتعة قال فقال: هنّ بمنزلة الإمام.»

۳. برای نمونه در موارد ذیل ادعای اجماع شده است: الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۱۷؛ المناهل، ص ۵۵۰؛ جواهر الكلام، ج ۳۰، ص ۸.

محدودیت نکاح حرّ با اُمّه و نکاح عبد با حرّه

فصل ۳: «... و لا يجوز للحرّ أن يجمع بين أزيد من أمتين و لا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرتين و على هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين أربع حرائر أو ثلاث و أمة أو حرتين و أمتين و للعبد أن يجمع بين أربع إماء أو حرّة و أمتين أو حرتين و لا يجوز له أن يجمع بين أمتين و حرتين أو ثلاث حرائر أو أربع حرائر أو ثلاث إماء و حرّة كما لا يجوز للحرّ أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء و حرّة»^۱

حرّ با بیشتر از دو اُمّه نمی تواند ازدواج کند و عبد نیز با دو حرّه بیشتر نمی تواند ازدواج کند.^۲

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۴

۲. استاد رحمته الله به بررسی ادله این فرع نپرداخته است. برای نمونه می توان روایات ذیل را برای هر یک از فروع فقهی فوق بیان کرد:

حرمت نکاح حرّ با بیش از دو اُمّه:

عنه عن أبيه عن ابن محبوب عن ابن زئاب عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية فقال: إن أهل الكتاب ممالك للإمام و ذلك موضع منا عليكم خاصة فلا بأس أن يتزوج قلت: فإنه يتزوج عليهما أمة قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء» الحديث. (وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۵۱۸، ح ۲).

حرمت نکاح عبد با بیش از دو حرّه:

وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۱۱۰، باب ۲۲: «باب أنّه لا يجوز للعبد أن يطأ بالعقد أكثر من حرتين أو حرّة و أمتين أو أربع إماء و له أن يطأ من الجوّاري بالملك ياذن سيّده ما شاء»، ح ۱-۱۰.

برای نمونه، ح ۱ از همین باب چنین است:

محمّد بن الحسن یاسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن عبد الله بن مسكان عن الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك ما يحلّ له من النساء قال: حرتين أو أربع إماء قال: و لا بأس بأن ياذن له مولاه فيشتري من ماله إن كان له مال جارية أو جوّاري و رقيقه له حلال».

اشکالات عبارت عروه

در عبارت عروه ممکن است اشکالاتی وجود داشته باشد که در ذیل بررسی می‌شود.

اشکال اول: تسامح در تفریع عدم جمع بین حرتین و اُمتین توسط عبد

اشکال اول این است که مرحوم سید بر محدودیت حرّ و عبد در ازدواج، تفریعی را بیان کرد:

«و علی هذا فیجوز للحرّ أن یجمع بین أربع حرائر أو ثلاث و أمة أو حرتین و اُمتین و للعبد أن یجمع بین أربع إماء أو حرة و اُمتین أو حرتین و لا یجوز له أن یجمع بین اُمتین و حرتین أو ثلاث حرائر أو أربع حرائر أو ثلاث إماء و حرة.»

اگر این تفریع نبود، در عبارت ایشان تسامحی وجود نداشت. توضیح مطلب:

تفریع، نتیجهٔ «مفرّع علیه» است و ظاهر تفریع این است که مقدّمهٔ دیگری برای چنین تفریعی وجود ندارد. در عبارت فوق، از فروع اینکه عبد نمی‌تواند با بیش از دو حرّه ازدواج کند، این است که با سه حرّه و بیشتر نمی‌تواند ازدواج کند، نه اینکه حقّ ازدواج با «دو حرّه و دو اُمه» را ندارد، مگر اینکه مطلب دیگری هم ضمیمه شود و گفته شود: یک حرّه به منزله دو اُمه است، در حالی که این مطلب را مرحوم سید در «مفرّع علیه» مطرح نکرده است؛^۱ لذا تسامحی در این تفریع رخ داده است. مرحوم آقای بروجردی^۲ نیز در حاشیه به این مطلب اشاره کرده است.

اشکال دوم: عدم ذکر حرمت جمع عبد بین دو حرّه با یک کنیز

اشکال دوم عبارت عروه این است که ایشان در تفریع چنین فرمود: «و لا یجوز له أن

۱. البته گاهی مقدّمهٔ مطویه‌ای وجود دارد که واضح است و نیاز به بیان ندارد، که در این صورت می‌توان گفت: تفریع بدون ذکر آن مقدمه، دارای تسامح نیست.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۵.

ایشان در حاشیه بر این عبارت عروه: «لا یجوز للحرّ أن یجمع بین أزيد من اُمتین» می‌فرماید: «لکنهما لیستما تمام نصابه بخلاف الحرتین للعبد فإنهما تمام نصابه و علی هذا یتفرّع ما ذکره من الفروع».

یجمع بین اُمتین و حُرّین.»

ولی ایشان مناسب بود این جمله را هم اضافه می‌کرد: «ولا بین أمة و حُرّین» و ظاهراً این جمله از کلام ایشان ساقط شده است؛ زیرا در نسخ معتبر عروه هم دیده نمی‌شود.

اشکال سوم: تسامح در «کما لا یجوز للحُرّ ایضاً أن یجمع بین ثلاث إماء و حُرّة»

اشکال سوم، اشکال مرحوم آقای خوئی است. ایشان درباره تعبیر اخیر عبارت عروه (کما لا یجوز للحُرّ ایضاً أن یجمع بین ثلاث إماء و حُرّة) فرموده است:

«والظاهر أنه من سهو القلم، حيث أنّ المنع فيه ليس من جهة انضمام الحرّة إلى الإماء على ما يظهر من قوله: كما لا یجوز للحُرّ ایضاً، وإنما المنع من جهة أنه ليس له الجمع بین ثلاث إماء مطلقاً، سواء انضمت إليهنّ حرّة أم لم تنضمّ. و حقّ العبارة أن یقال: كما لا یجوز للحُرّ الجمع بین ثلاث إماء.»^۱

پاسخ اشکال سوم

اما منظور مرحوم سید این است که حُرّ و عبد هر دو در عدم جواز جمع بین سه امه و یک حُرّه مشترک‌اند؛ ولی ضمیمه کمتر از این مقدار یعنی دو امه و یک حُرّه، برای هر دو جایز است؛ یعنی هم عبد می‌تواند اُمتین و یک حُرّه بگیرد و هم حُرّ می‌تواند اُمتین و یک حُرّه بگیرد؛ البته یک ما به الافتراق هم دارند که در باب حُرّ جمع بین سه امه و یک حُرّه ممنوع است؛ ولی در باب عبد ممنوع نیست.

اینجا مفهومی که می‌خواهد گرفته شود در مقابل ضمیمه کمتر است، (یعنی اگر از سه امه کمتر شد هر دو می‌توانند بگیرند) نه در مقابل نفس ضمیمه؛ زیرا با فرض چنین مفهومی ما به الاشتراک وجود نخواهد داشت، بلکه بین عبد و حُرّه تفاوت پیدا می‌شود؛ زیرا اگر حُرّه ضمیمه نشود، جمع بین سه امه برای عبد اشکال ندارد ولی برای حُرّ جایز نیست. پس اینکه صاحب عروه در مورد حُرّ نیز جمع بین سه امه و یک حُرّه را جایز ندانسته است، به این معنا نیست که اگر ضمیمه نباشد،

برای حرّ جایز است که جمع کند بین سه أُمّه، بلکه مراد از عدم جواز، در مقابل ضمیمه کمتر است (انضمام دو أُمّه به یک حرّه) که جایز است.

اشکال چهارم: عدم ذکر حرمت نکاح حرّ با سه کنیز

اشکال چهارم این است که مرحوم سید بعد از اینکه فرمود: «کمالاً یجوز للحرّ أیضا أن یجمع بین ثلاث إماء و حرّه»، مناسب بود که جمله دیگری هم اضافه می کرد و می فرمود: «و أن یجمع بین ثلاث إماء»؛ زیرا برای حرّ، نفس تزویج با سه أُمّه هم اشکال دارد.

بررسی الحاق عبد و أمه مبعض به حرّ

مسألة ۱: «إذا كان العبد مبعضاً أو الأمة مبعضاً ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ اشكال ومقتضى الاحتياط أن يكون العبد المبعض كالحرّ بالنسبة إلى الإمام فلا يجوز له الزيادة على أمتين وكالعبد القنّ بالنسبة إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حرتين وأن تكون الأمة المبعضة كالحرّة إلى العبد وكالأمة بالنسبة إلى الحرّ بل يمكن أن يقال إنّه بمقتضى القاعدة بدعوى أنّ المبعض حرّ و عبد فمن حيث حرّيته لا يجوز له أزيد من أمتين ومن حيث عبدّيته لا يجوز له أزيد من حرتين وكذا النسبة إلى الأمة المبعضة إلّا أن يقال: إنّ الأخبار الدالة على أن الحرّ لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حرتين منصرفة إلى الحرّ والعبد الخالصين وكذا في الأمة فالمبعض قسم ثالث خارج عن الأخبار فالمرجع عمومات الأدلة على جواز التزويج غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء لكنّه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص و حينئذ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصحاب ومقتضاه إجراء حكم العبد و الأمة عليهما و دعوى تغيّر الموضوع كما ترى فتحصل أنّ الأولى الاحتياط الذي ذكرنا أولاً والأقوى العمل بالاستصحاب و إجراء حكم العبيد و الإمام عليهما.»^۱

در مقام، به بررسی مقتضای اصل لفظی و عملی در مورد عبد و أمه مبعض پرداخته می شود:

جهت اول: بررسی مقتضای اصل لفظی

در بررسی مقتضای اصل لفظی دو مطلب مطرح می شود:

مطلب اول: بررسی انصراف ادله لفظی از عبد و أمه مبعض.

مطلب دوم: جواز رجوع به عمومات نكاح با چهار زن.

مطلب اول: انصراف ادله لفظی از عبد و أمه مبعض

کلام آقای نائینی و آقای خوئی: عدم انصراف ادله لفظی از عبد و أمه مبعض
مرحوم آقای نائینی در مقام، قائل است عنوان عبد و حرّ، بر مبعض منطبق است و
به عبد و حرّ محض انصراف ندارد و لذا فرموده است: «و لو سلّم دعوی الانصراف
فکونه من الانصرافات البدویّة الّتی لا عبرة بها ظاهر.»^۱
مرحوم آقای خوئی نیز ادله لفظی محدودکننده عبد و حرّ را شامل عبد مبعض
دانسته و منکر انصراف است، و چون قائل به تعارض دو طایفه اخبار و تساقط
شده، قائل به احتیاط شده و چنین فرموده است:

«فیما لو قلنا بأنّ حکم المبعض لا یخرج عن حکم الحرّ و العبد،
و أنّه محکوم بأحد الحکمین کما هو لیس یبعد حیث تسقط
إطلاقات الأدلّة الدالّة علی جواز النکاح بأربع، سواء أکانت من
الحرائر أم من الإماء أم ملفّقة، و ذلك للعلم بالتخصیص و تردّد
بین متباینین، بمعنی العلم بمنع المبعض، إما عن التزوّج بأکثر من
حرّین، و إما عن التزوّج بأکثر من أمتین. فعند العلم بالتخصیص
و دورانه بین متباینین یسقط العموم أو الإطلاق لا محالة و لا بدّ من
الرجوع إلی الأصل العملی، و هو یقتضی عدم نفوذ العقد فی موارد
الشکّ فلیس له أن یتزوّج بأکثر من حرّین، و لا بأکثر من أمتین فیما
إذا کانت الثالثة أمة أيضا، و هذا هو معنی الاحتیاط. و بما ذکرناه
یظهر الحال فی المبعضة، فإنّ جواز النکاح بالنسبة إلیها خصّص
بأحد أمرین متباینین: إما بعدم جواز نکاحها من حرّ عنده أمتان،
أو بعدم جوازه من عبد عنده حرّتان. فلا یمکن التمسک بالإطلاق، و
ینتهی الأمر إلی التمسک بأصالة الفساد.»^۲

البته تعبیر «بعدم جوازه من عبد عنده حرّتان»، یا سهو قلمی از مقرر است و
یا سهو بیانی است از مرحوم آقای خوئی؛ زیرا در هر صورت عبد بیش از دو حرّه

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۱۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۴۷-۱۴۸.

نمی‌تواند اختیار کند و دو حَرّه برای او به منزلهٔ چهار اُمّه است، و عدم جواز تزویج ارتباطی به اُمّه مَبْعُضه ندارد، چه حَرّه فرض شود و چه اُمّه؛ لذا تعبیر صحیح، «بعدم جوازہ من عبدٍ عنده حرّة و اُمّه» است.

اشکال آقای حکیم: عدم انطباق عنوان عبد و اُمّه بر مَبْعُض مرحوم آقای حکیم حتی انطباق عنوان عبد و اُمّه را بر عبد و اُمّه مَبْعُض منکر است و بدون اینکه نامی از مرحوم آقای نائینی ببرد، کلام ایشان را غریب دانسته و فرموده است:

«فمن الغریب ما فی بعض الحواشی علی المقام من أنّه لو سلّم الانصراف فکونه من الانصرافات البدویة ظاهر. انتهى. فإنّ من یكون بعضه حرّاً إمّا الحرّ بعضه لا کله، و كذلك من یكون بعضه عبداً إمّا العبد بعضه لا کله، و من المعلوم أنّ موضوع الأحکام فی الأدلّة الإنسان الحرّ أو العبد، و المَبْعُض لا حرّ و لا عبد، بل بعضه حرّ و بعضه عبد.»^۱

پاسخ: صحت ادعای انصراف بدوی با فرض انطباق عنوان عبد و اُمّه بر مَبْعُض اما اشکال کلام مرحوم آقای حکیم این است که اگر مبنای مرحوم سید (مجمع عنوانین بودن عبد مَبْعُض) پذیرفته شود، بحث از انصراف قابل مطرح شدن است، مثل عالم و هاشمی که اگر عالم و هاشمی را از بعضی امور ممنوع کردند، کسی که عالم و هاشمی است هر دو ممنوعیت بر او صادق می‌شود و از هر دو ممنوع باید پرهیز کند و اگر انصرافی در کار باشد، همان‌طور که مرحوم نائینی فرموده است، بدوی است؛ زیرا انصراف به غیر مَبْعُض بر اساس غلبهٔ وجودی عدهای غیر مَبْعُض است و انصراف ناشی از غلبهٔ وجودی، بدوی است.

نظر مختار: عدم انطباق عنوان حرّ و عبد بر مَبْعُض البته طبق نظر مختار، چنان‌که مرحوم آقای حکیم فرموده است، این دو عنوان (عبد و حرّ) بر مَبْعُض منطبق نیست، مثل اینکه اگر طلا و نقره را با هم ترکیب

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۰۰.

کنند، نه به آن طلاگفته می‌شود نه نقره. در تمام مرکبات چنین است که هیچ‌یک از عناوین مفردات بر آن صدق نمی‌کند، بر سکنجبین نه سرکه صدق می‌کند، نه انگبین، مقام هم از این قبیل است.

مطلب دوم: جواز رجوع به عموماًت نکاح با چهار زن

حال با توجه به انصراف ادله مخصص (محدودیت نکاح با بیش از دو آیه برای حرّ و بیش از دو حرّه برای عبد) از فرض عبد و آیه مبعض، آیا می‌توان به عموماًت جواز نکاح با چهار زن تمسک کرد و محدودیت‌های خاصّ حرّ و عبد را در مورد عبد مبعض انکار کرد؟

کلام مرحوم سید: ملازمه رجوع به عموماًت نکاح در عبد مبعض با اولویت او بر حرّ مرحوم سید فرموده است: «لکنه بعید من حیث لزوم کونه أولى من الحرّ الخالص»؛ یعنی لازمه عدم شمول ادله لفظی (محدودیت عبد) نسبت به عبد مبعض، این است که عبد مبعض نسبت به حرّ اولویت یابد.

اشکال اوّل: اشکال نقضی

اما اوّل، همین لازمه در مورد عبد قنّ در مقایسه با مبعض در مطلب قبلی ایشان نیز موجود است؛ زیرا ایشان با قطع نظر از اشکال انصراف فرمود که عبد مبعض هم حرّ است هم عبد و محدودیت هر دو را دارد؛ لذا باید بیش از دو آیه نگیرد، و از سویی نکاح با بیش از دو حرّه نیز ممنوع است. پس عبد قنّ نسبت به عبد مبعض افضل شد؛ زیرا عبد خالص حق ازدواج با چهار آیه را دارد، در حالی که عبد مبعض حق نکاح با بیش از دو آیه را ندارد.

لذا نه توسعه‌ای که برای عبد مبعض مطرح شد موجب اولویت او نسبت به حرّ می‌گردد و نه تضییقی هم که به مقتضای احتیاط و شمول ادله لفظی نسبت به مبعض مطرح شد، موجب اولویت عبد خالص نسبت به عبد مبعض می‌گردد، در حالی که مرحوم سید در مطلب قبل، این اشکال را مطرح نکرد و باید به آن ملتزم می‌شد.

اشکال دوم: عدم ملازمه بین محدودیت کمتر مَبْعُض با افضلیت او بر حرّ

و ثانیاً، حلّ این مطلب - چنان‌که مرحوم آقای حکیم^۱ نیز فرموده - این است که نه محدودیت تزویج، دلیل منقصت است و نه رفع محدودیت دلالت بر مقام و منزلت شخص دارد؛ لذا نباید از ادلهٔ اجتهادی رفع ید کرد. وجه عدم جواز تزویج حرّ با چهار اُمّه، ممکن است به سبب کرامت و منزلت او باشد که در مَبْعُض وجود ندارد. وجه عدم جواز تزویج عبد با چهار حرّه نیز ممکن است به سبب نقصی باشد که در عبد خالص است، ولی در مَبْعُض نیست؛ لذا نباید جواز تزویج چهار اُمّه برای عبد را ناشی از تکریم او نسبت به حرّ دانست؛ زیرا محدودیت حرّ کرامتی برای اوست و شأن حرّ بالاتر از این است که همهٔ همسران خود را منحصرأ از کنیزان برگزیند.

این معنا در ابواب دیگر فقه نیز مطرح است؛ مثلاً در روایت است که «لا حرمة لנساء اهل الذمة أن ينظر الى شعورهنّ وأيديهنّ»^۲ پس جواز نظر به آنان، به سبب این است که حرمت زنان مسلمان را دارا نیستند. کنیزان نیز جایز است که خود را از دیگران نپوشانند؛ ولی حرّهٔ مسلمان وظیفه دارد خود را از دید نامحرم بپوشاند و این محدودیت، برای تکریم اوست.^۳

همچنین اشکالی ندارد که گفته شود: عبد مَبْعُض محدودیت هر دو (حرّ و عبد) را دارد و در نتیجه نسبت به عبد خالص محدودتر است و نمی‌تواند بیش از دو اُمّه را در همسری داشته باشد؛ زیرا از منقصت عبد خالص بودن او کاسته شده و کرامتش از عبد قنّ بالاتر رفته؛ یعنی نمی‌تواند در گرفتن چهار اُمّه، آزاد باشد و چون کرامت حرّ را نیافته بیش از دو حرّه نیز نمی‌تواند بگیرد.^۴

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۰۰.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۵۲۴، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۰۵، ح ۱.

۳. بحث تفصیلی دربارهٔ نظر به ذّقه در ابتدای کتاب النکاح (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۲، م ۲۷) و بحث از عدم لزوم ستر کنیزان در بحث بعدی آن که مربوط به آیهٔ غَضّ (جهت ششم) (مراد از مؤمنات)، بررسی قرآن اختصاص مؤمنات به حرّات است، مطرح شده است.

۴. استاد ع: مثلاً اگر به عالم بگویند: نباید به قهوه‌خانه و مانند آن وارد شوی، این برای حفظ مقام و ترفیع اوست، نه تنقیص او.

حاصل اینکه مبعض دارای منزلتی بین عبد قن و حرّ است، چه احتیاط کرده حکم او را متضیق‌تر از عبد قن بدانیم، یا طبق عموماً، گرفتن چهار‌امه یا چهار حرّه را برای او جایز بدانیم، و در هر صورت بطلان آزاد تر بودن عبد مبعض نسبت به شخص حرّ، روشن نیست تا سبب رفع ید از قاعده یا عموماً شود و به اصل عملی پناه برده شود.

لذا تنها محدودیت برای مبعض، ازدواج با بیش از چهار زوجه است، چه همه حرّه باشند و چه همه‌امه باشند و چه ملق باشند.

جهت دوم: بررسی مقتضای اصل عملی

حال اگر ادله لفظی، قاصر از اثبات حکم مسئله باشد، باید به اصل عملی مراجعه کرد؛ لذا ابتدا به بررسی استصحاب رقیّت و سپس به بررسی مقتضای اصل در فرض عدم اعتبار استصحاب رقیّت پرداخته خواهد شد.

مطلب اوّل: اشکال بر استصحاب رقیّت

در جریان استصحاب رقیّت، ممکن است چند اشکال مطرح شود:

اشکال اوّل و دوم: عدم حجیت استصحاب در شبهات حکمیّه و شک در مقتضی اوّل و ثانیاً، استصحاب در شبهات حکمیّه و در موارد شک در مقتضی جاری نیست.

اشکال سوم: تغییر موضوع

ثالثاً، ممکن است اشکال شود که امکان استصحاب وجود ندارد؛ زیرا متیقّن سابق، عبد خالص است، ولی مشکوک لاحق، عبد مبعض می‌باشد؛ لذا موضوع تغییر یافته است.

پاسخ: موضوع بودن ذات عبد در مقام

اما مرحوم سید در پاسخ به شبهه مذکور می‌فرماید: «و دعوی تغیر الموضوع کما تری.»^۱

توضیح کلام مرحوم سید این است که تشخیص موضوع با عرف است و خالص بودن و مبعوض بودن را عرف از حالات موضوع می‌داند، نه از مقومات آن؛ لذا اجرای احکام رقیبت بر مبعوض، اسراء حکم از یک موضوع به موضوع دیگر نیست؛ بلکه اسراء حکم از موضوع در حالتی، به حالت دیگر همان موضوع است.

اشکال چهارم: تعارض استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی
 رابعاً، این استصحاب معارض با استصحاب دیگری است.
 مرحوم آقای حکیم درباره این تعارض فرموده است:

«نعم يمكن الاشكال في الاستصحاب بأنه تعلیقی، لأنّ معنى جواز عقده على أربع اماء حال الرقبة، أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه، فاستصحاب ذلك الى حال حزية بعضه معارض على التحقيق بالاستصحاب التنجیزی و هو أصالة عدم ترتب الأثر.»^۱

توضیح کلام ایشان این است که این عبد قبل از اینکه مبعوض شود، می‌توانسته چهار امه را به عقد خود درآورد و این بدان معنی است که اگر در مورد آنها مثلاً «انکحْتُ» می‌گفت، زوجه او می‌شدند. اکنون که مبعوض شده، با انشاء صیغه تردید داریم که زوجیت بر آن مترتب می‌شود یا نه، آن حکم تعلیقی (تحقق زوجیت معلق بر «انکحْتُ» در زمان سابق) را استصحاب کنیم.

در مقابل این استصحاب تعلیقی، استصحاب تنجیزی دیگری وجود دارد که بیان آن چنین است: عبد مبعوض با اجرای صیغه در مورد اماء، تردید دارد که زوجیت آنان محقق می‌شود یا نه، استصحاب عدم ترتب اثر می‌کنیم.
 لذا با معارضه این دو استصحاب باید به ادله دیگر مراجعه کرد.^۲

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۰۱.

۲. استاد^{علیه السلام} ذاتاً استصحاب تعلیقی را بر خلاف مرحوم آقای خونی می‌پذیرد؛ ولی از جهت اینکه استصحاب در شبهات حکمیه جاری نیست، این استصحاب را جاری نمی‌داند؛ علاوه بر اینکه ایشان در فرض جریان استصحاب تعلیقی، استصحاب تنجیزی را محکوم می‌داند؛ زیرا لازمه استصحاب تعلیقی این است که حکم تنجیزی منتفی باشد؛ چون وقتی اصل در جانب امر تعلیقی جاری شد، رفع شک از امر تنجیزی می‌کند و لذا تعارض این دو، تعارضی بدوی است. (به عنوان نمونه: کتاب النکاح، شک در تقدم، تأخر یا مقارن بودن عقد بنت الأخ و بنت الأخت نسبت به عقد عمه و خاله؛ بررسی



مطلب دوم: مقتضای اصل عملی با لحاظ عدم اعتبار استصحاب در مقام

با توجه به اشکال‌های مطرح شده در مطلب قبل و عدم اعتبار استصحاب در مقام، مسئله مبتنی بر این است که در باب فروج، مبنای اصالة الاحتیاط صحیح است همان‌طور که مرحوم آقای نائینی قائل است،^۱ یا مبنای اصالة البرائة صحیح است همان‌طور که مرحوم آقای حکیم^۲ قائل است.^۳

بررسی نظر آقای حکیم

طبق مبنای اصالة الاحتیاط، تزویج با بیش از دو‌امه جایز نیست و طبعاً نتیجه بر خلاف نتیجه استصحاب تعلیقی خواهد شد. ولی در صورت قول به جریان اصل برائت در باب فروج، مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: اصل، اباحه و طمی است و مفاد اصل با مفاد استصحاب تعلیقی از جهت جواز مباشرت یکسان است، گرچه از نظر آثار دیگر، متفاوت است؛ زیرا مقتضای استصحاب، وجوب انفاق و توارث است؛ لکن با اجرای اصل برائت، تنها جواز مباشرت ثابت می‌شود و وجوب انفاق و آثار دیگر به اثبات نمی‌رسد.

کلام ایشان چنین است:

«فالمراجع لا بد أن يكون دليلاً آخر، وهو إما أصالة حرمة الوطء بناء على أصالة الحرمة في الفروج، أو أصالة إباحة الوطء، فيتحد مفاد الأصل مع مفاد الاستصحاب في الأثر المذكور. وإن كان يختلف معه بالنسبة إلى الآثار الأخرى، فإن مقتضى الاستصحاب وجوب الإنفاق على الإماء الأربع لو عقد عليهن، و مقتضى أصل البراءة العدم. وكذلك بالنسبة إلى التوارث. هذا بالنسبة إلى التزويج بأربع إماء الذي كان جائزاً له قبل التبعض. وأما بالنسبة إلى عدم جواز تزويج

اعتبار ولایت جَد در حیات پدر نسبت به باکره رشیده؛ بررسی اعتبار وقوع رضاع محرم در دو سالگی).

۱. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۳۷۰؛ أجود التقريرات، ج ۲، ص ۸۱.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۲۳.

۳. استاذ^{علیه السلام} در مسئله موت زوج قبل از اختیار چهار زوجه از زوجات و لزوم عده جمیع، که مربوط به فروج است، اصل برائت را جاری دانسته است.

أربع حرائر، فالأصل المذكور يتحد مع أصالة عدم ترتب الأثر، فلا بأس بالرجوع اليه و يحكم حينئذ بحرمة التزويج بأربع حرائر.^۱

اما جریان اصل برائت در اینجا مستلزم ترخیص در مخالفت قطعی عملیه است؛ زیرا علم اجمالی به وجود حکم الزامی محقق است؛ یعنی یا مباشرت حرام است یا نفقه واجب است.

طبق مبنای معروف اصولیون، علم اجمالی به وجود حکم الزامی - ولو هر دو وجوبی نباشند - منجز است؛ لذا در بحث حیض، کسانی که حرمت نماز را تشریعی می‌دانند، در هنگام شک قائل به لزوم احتیاط شده‌اند و جمع بین تروک حائض و اعمال مستحاضه را لازم دانسته‌اند. بنابراین، در مقام نمی‌توان نه در مورد حرمت مباشرت، و نه در وجوب نفقه، اصل برائت را جاری کرد؛ بلکه به لحاظ وجود علم اجمالی، قاعده اشتغال جاری است؛ یعنی چون احتمال دارد اجنبیه باشد، از مباشرت باید اجتناب کرد، و از سویی چون محتمل است زوجه او باشد، نفقه نیز واجب است.

پس بر مبنای عدم جریان استصحاب رقیّت یا سقوط آن به جهت تعارض، با لحاظ این علم اجمالی، نفقه واجب است و در صورت جریان استصحاب، وقاع جایز و بر مبنای عدم جریان استصحاب یا سقوط آن به جهت تعارض، به سبب وجود علم اجمالی، وقاع حرام است.

حکم عبد عتق شده با بیش از دو زوجهٔ آمه

مسألهٔ ۲: «لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حرًا لم يجز إبقاء الجميع لأن الاستدامة كالابتداء فلا بد من إطلاق الواحدة أو الاثنتين و الظاهر كونه مختيرًا بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع و يحتمل القرعة و الأحوط أن يختار هو القرعة بينهما و لو أعتقت أمة أو أمتان فإن اختارت الفسخ حيث إن العتق موجب لخيارها بين الفسخ و البقاء فهو وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيرًا و الأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى.»^۱

این مسئله نظیر بحث اسلام کافری است که بیش از چهار همسر دائم دارد که در آینده بیان خواهد شد.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۵.

۲. با توجه به اینکه بسیاری از مطالب مبحث نکاح در کتاب شریف عروه وجود ندارد، لذا استاد^{رحمته} از مبحث رضاع تا آخر کتاب النکاح را بر اساس شرائع مرحوم محقق بحث کرده است و در نتیجه، مسائل اسباب تحریم نکاح نیز طبق شرائع آورده شده است؛ لذا مطالب مربوط به نکاح کافری که بیش از نصاب، دارای زوجهٔ دائم است و سپس مسلمان شده، در ضمن مسائل شرائع آمده است، (شرائع، نکاح دائم، اسباب تحریم، کفر، مقصد اول: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۹). طبق نظر استاد^{رحمته} مقتضای قواعد اولیه در این فرع و فروع مشابه آن، بطلان عقد تمام زوجات است، حتی نسبت به زوجاتی که عقدشان زودتر بوده است؛ ولی در اسلام زوج، طبق روایات، زوج حق انتخاب دارد؛ البته تفصیل مطلب در همان مباحث خواهد آمد.

بحث تفصیلی در مورد مجرای قاعدهٔ قرعه نیز در محرمات مصاهرتی، مسئلهٔ چهل و سوم عروه مطرح شده است. طبق نظر استاد^{رحمته} تنها در حقوق الناس و فقط صورتی که راه حل دیگری برای رسیدن به حکم مسئله وجود نداشته باشد، رجوع به قرعه جایز است.

اما در هر حال، نظر استاد^{رحمته} در مقام (آزاد شدن عبد) روشن نیست؛ ولی بعید نیست که ایشان موافق با ماتن باشد و مرد مختیر در انتخاب باشد.



حکم نکاح با خامسه در فرض شک در دائمی بودن چهار همسر

مسألة ۳: «إذا كان عنده أربع و شك في أنّ الجميع بالعقد الدائم أو البعض المعين أو غير المعين منهم بعقد الانقطاع ففي جواز نکاح الخامسة دواما إشکال.»^۱

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۵.

استاد بزرگوار درباره این مسئله توضیحی بیان نکرده است؛ لذا در متن فقط به بیان اصل مسئله عروه اکتفا شده است. البته ایشان در مسئله‌ای از باب وقف درباره حکم وضو در اماکن وقفی در فرضی که شک داریم استفاده از آب مکان وقفی جایز است یا نه، چنین فرموده است:

«اگر اصل عبارت وقف روشن است و [مكلف] شك کند که واقف خصوصیتی دیگر را نیز معتبر کرده است یا نه، وضو گرفتن مانعی ندارد، مثلاً اگر می‌داند وقف سادات است و شك می‌کند واقف موسوی بودن را نیز قید کرده یا نه، در این صورت حکم می‌شود که وقف تمام سادات است و وضو گرفتن اشکالی ندارد.» (توضیح المسائل، مسئله ۲۷۴)

با توجه به این مسئله اگر اصل عبارت صیغه نکاح معلوم است و شك تنها در این باشد که مدتی برای نکاح ذکر شده (عقد موقت) یا نه، در این صورت استصحاب نبود آن قید می‌شود و حکم به ازدواج دائم می‌شود؛ ولی اگر محتمل باشد عبارت «صیغه» در فرضی که عقد دائم خوانده شده باشد، با عبارت صیغه در فرضی که عقد موقت خوانده شده باشد متفاوت است، مثلاً اگر عقد دائم خوانده، از «زوجت» و اگر عقد موقت خوانده، از «متعت» استفاده کرده، باید این نکته لحاظ شود که آیا ماهیت عقد موقت و دائم متحد است و دوام و موقت بودن از احکام آن است، یا اینکه دو ماهیت مغایر هستند. اگر قائل شویم این دو، ماهیت متحدی دارند، بعید نیست گفته شود: از آنجا که اصل تحقق ماهیت زوجیت مسلم است و شك داریم با فسخ زوج، این علقه از بین می‌رود یا نه، می‌توان استصحاب زوجیت کرد و از نگاه عرف همین مقدار برای اثبات تحقق عقد دائم کافی است؛ یا اینکه گفته شود: آنچه از احکامی مانند ارث و ازدواج با خامسه خارج شده، فرض عقد موقت است و چون اصل زوجیت بالوجدان محرز است و موقت نبودن عقد نیز با استصحاب عدم تحقق عقد موقت ثابت است، حکم به ارث و حرمت ازدواج با خامسه می‌شود.

حکم ازدواج با زن پنجم پس از طلاق یکی از زوجات اربعه

مسألة ۴: «إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهنّ وأراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعيّاً لا يجوز له ذلك إلّا بعد خروجها عن العدة وإن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان المشهور على الجواز، لانقطاع العصمة بينه وبينها ورتباً قبل بوجوب الصبر إلى انقضاء عدتها عملاً بإطلاق جملة من الأخبار، والأقوى المشهور، والأخبار محمولة على الكراهة. هذا ولو كانت الخامسة اخت المطلقة، فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة، لورود النص فيه معيّلاً بانقطاع العصمة، كما أنّه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغیر الطلاق كالفسخ بعيب أو نحوه وكذا إذا ماتت الرابعة، فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهر وعشر، والنص الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره ومحمول على الكراهة وأما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتّى يجب الصبر أو لا يجب.»^۱

تصویر صور پنج گانه مسئله

این مسئله دارای پنج صورت است:

- صورت اول: زن عده ندارد - مانند یائسه، صغیره یا غیر مدخوله - یا عده اش تمام شده است.
- صورت دوم: مرد به اسبابی غیر از طلاق - مانند مواردی که عقد، فسخ یا منفسخ می شود - از زن جدا شده، و زن هنوز در عده است.
- صورت سوم: مرد به وسیله طلاق رجعی از زن جدا شده و عده زن هم باقی است.
- صورت چهارم: مرد به وسیله طلاق بائن از زن جدا شده و زن، عده دارد و عده هم تمام نشده است؛ مانند زنی که صغیره، یائسه و غیر مدخوله

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۵.

نیست و برای بار سوم طلاق داده شده یا طلاق خلع و مبارات داده شده و زن در بذل رجوع نکرده است تا طلاق رجعی شود.
صورت پنجم: زن فوت کرده و چهار ماه و ده روز از فوت او نگذشته است.

حکم صورت اول و دوم: جواز

ازدواج مرد با زن دیگر در صورت اول بی‌اشکال جایز است؛ زیرا با توجه به اینکه مفاد ادله ناهیه، عدم جواز ازدواج مرد با زن پنجم قبل از انقضاء عدّه طلاق است، این صورت قطعاً مشمول مفاد ادله ناهیه نیست و از محل نزاع خارج است و مقتضای ادله اولیه نیز جواز ازدواج در این صورت است؛ به علاوه، در خصوص فرضی که زن، مدخوله نیست، روایتی^۱ دلالت بر جواز ازدواج مرد با زن دیگر دارد. به نظر می‌رسد حکم صورت دوم نیز مانند صورت اول است؛ زیرا ظاهراً مشمول ادله ناهیه که موضوعش طلاق است، نیست و مقتضای ادله اولیه نیز جواز ازدواج است.

حکم صورت سوم (ازدواج با زن پنجم در عدّه رجعی): عدم جواز

عدم جواز ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه رجعی، مسلم است؛ همچنان‌که از نظر نصوص^۲ نیز در این حکم شکی نیست.

معنای عدّه این است که دیگران نمی‌توانند تا قبل از انقضاء زمان خاص با زن ازدواج کنند و خانمی که در عدّه رجعی است با خانمی که در عدّه بائن است، در

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۰، ح ۴۴۲: روی الحسن بن محبوب عن سعد بن أبي خلف الزّاعم عن سنان بن طریف عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل كنّ له ثلاث نسوة ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها ثم أراد أن يعتق أمة ویتزوجها فقال إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن یتزوج أخرى من یومه ذلك وإن طلق من الثلاث النسوة اللّاتی دخل بهنّ واحدة لم یکن له أن یتزوج امرأة أخرى حتی تنقضي عدّة المطلقة».

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۹، باب ۳ (باب أن من كان عنده أربع نسوة فطلق واحدة رجعتا لم یجز له تزویج أخرى دواما حتی تنقضي عدّة المطلقة فإن تزوج فی عدّتها فالعقد باطل فإن ماتت أو كانت باننة فله تزویج أخرى)، ح ۱-۳ و ۶ و ۸.

این امر، مشترک هستند؛ اما فرق بین این دو این است که در زمان عده بائن، شوهر نیز مانند دیگران نمی‌تواند به زن رجوع کند؛ البته طبق نظر برخی^۱ مانند مرحوم آقای خوئی^۲، مطلقه رجعی حقیقتاً زوجه است و گرچه صیغه طلاق جاری شده و انشاء، محقق گشته، اما فعلیت آن منوط به تمام شدن عده است؛ مانند برخی از اقسام بیع (صرف و سلم) که با وجود انشاء بیع، فعلیت آن‌ها متوقف بر قبض است و یا با توجه به مبنای شیخ طوسی، در مواردی که خیار وجود دارد، فعلیت متوقف بر انقضاء زمان خیار و عدم اعمال آن می‌باشد.^۳

ظاهراً مشهور^۴ قائل هستند که مطلقه رجعی در زمان عده، حقیقتاً زوجه نیست،

۱. رک: الدروس الشرعیة، ج ۱، ص ۳۱۵؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۱۳؛ جامع الشتات (السؤال والجواب)، ج ۴، ص ۳۶۹؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۳۲۶؛ جواهر الکلام، ج ۴، ص ۵۵؛ مورد الأثران فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۳۰۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۴، ص ۴۲۴.

۳. الخلاف، ج ۳، ص ۲۲، مسألة ۲۹.

۴. در میان قدما می‌توان مرحوم ابن ادریس را از قائلین به زوجیت حقیقی دانست؛ حتی ایشان ادعای اجماع کرده و همین نظر را به شیخ طوسی هم نسبت داده است (السرائر، ج ۲، ص ۶۶۷)؛ اما ادعای اجماع صحیح نیست و انتساب این قول به شیخ طوسی نیز ثابت نیست؛ بله، در عبارتی از خلاف شیخ طوسی، مطلقه رجعی مصداق ذات یعل دانسته شده است:

«المطلقة الرجعية لا يحرم وطؤها ولا تقبيلها، بل هي باقية على الإباحة، ومتى وطنها وقبيلها بشهوة كان ذلك رجعة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، والأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى. وقال الشافعي: هي محزمة كالمتبوتة، ولا يحل له وطنها، ولأن يستمتع بها بوجه من الوجوه، إلا بعد أن يراجعها، والرجعة عنده تحتاج إلى قول بأن يقول: (راجعتك) مع القدرة... وقال مالك: إن وطأها ونوى الرجعة كان رجعة، وإن لم ينو الرجعة لم يكن رجعة، وبه قال أبو ثور، وعطاء وروي ذلك عن ابن عمر.

دلیلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم و أيضاً قوله تعالى ﴿وَيُؤَلِّهُنَّ أَخُو يَرْوِهِنَّ﴾ فسمي المطلق طلاقاً رجعياً بعلا، وإذا كان هو بعلا فهي بعلة، فنبت بذلك الزوجية بينهما، والإباحة تابعة للزوجية. (الخلاف، ج ۴، ص ۴۹۹-۵۰۰، مسألة ۳)

اما ممکن است مراد ایشان از این استدلال این باشد که بر خلاف شافعی و مالک، رجوع قولی یا نیت رجوع معتبر نیست و حتی وطی این زن نیز جایز است، نه اینکه در همه احکام مانند جواز ربا بین زوجین نیز مانند زوجه باشد؛ خصوصاً که محل کلام ایشان در احکام زوجیت است، نه اینکه زوجیت مطلقه رجعی، تنزیلی یا حقیقی است. تعبیر متعدد ایشان در کتاب خلاف و مبسوط شاهد این مدعاست؛ زیرا ایشان با تعبیری مانند: مطلقه رجعی در «معنای زوجه» است (الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۴، مسألة ۴۰؛ المبسوط، ج ۵، ص ۲۴۲ و ۲۶۳؛ و ج ۶، ص ۲۱ و ۲۰۴ و ۲۳۷)، یا در «حکم زوجه» است

اما در حکم زوجه است.

بنابر هر دو نظر، مرد بر خلاف طلاق بائن، در زمان عده رجعی، می‌تواند بدون نیاز به عقد جدید و یا کسب اجازه از زن، به او رجوع و تمام احکام زوجیت را بار کند. بر همین اساس نیز این حکم نزد فقها مسلم است که اگر مردی چهار زن داشته باشد و یکی را طلاق رجعی دهد، تا قبل از انقضاء عده مطلقه، نمی‌تواند با زن دیگری ازدواج کند؛ همچنان‌که از نظر نصوص^۱ نیز این حکم واضح است و علت آن نیز این است که بر خلاف طلاق بائن، آن ارتباط زوجیتی که به وسیله عقد نکاح بین مرد و زن به وجود آمده و از آن تعبیر به عصمت می‌شود و مانع می‌شود مرد برای کسب تمتع و لذت جنسی به فحشاء و گناه روی آورد، با طلاق از بین نرفته است؛ در نتیجه اگر مرد در زمان عده با زن دیگری ازدواج کند، با بیش از چهار زن ازدواج کرده که جایز نیست.

حکم صورت چهارم (ازدواج با زن پنجم در عده بائن)

اما صورت چهارم (ازدواج با زن پنجم در زمان عده بائن) محل نزاع است.

(المبسوط، ج ۶، ص ۴۱؛ و ج ۵، ص ۲۷۹) احکام زوجیت را برای مطلقه رجعی مترتب کرده است. اگرچه این نحوه تعبیر، ظهور در انکار زوجیت حقیقی ندارد، اما قطعاً ظهور در زوجیت حقیقی هم ندارد. تعبیر دیگری در مبسوط وجود دارد که موهم زوجیت حقیقی در مطلقه رجعی است (المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۷: «المعتذات علی ثلاثة أضرب: رجعية، و باین لا یحل لزوجها نکاحها و لا لغيره قبل انقضاء العدة، و باین یحل لزوجها نکاحها فی عدتها، فالرجعية لا یحل لأحد أن يعرض لها بالخطة و لا أن یصرح لها بذلك، لأنها زوجة عندنا و عندهم فی معنى الزوجات»): اما این تعبیر نیز محتمل است همان تعبیری باشد که ایشان در مبسوط، فراوان به کار برده است و «فی معنى الزوجات» تفسیر «زوجة عندنا و عندهم» باشد.

بنابراین، انتساب قول به «زوجیت تنزیلی» به مشهور فقها، صحیح نیست و مجرد تعبیر «المطلقة الرجعية فی حکم الزوجة» یا «فی معنى الزوجة» ظهور در زوجیت تنزیلی ندارد؛ البته، کسی از قدام نیز تصریح به نفی زوجیت نکرده است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۵۱۹، باب ۳ (باب أن من كان عنده أربع نسوة فطلق واحدة رجعیاً لم یحل له تزویج أخرى دواماً حتی تنقضي عده المطلقة فإن تزوج فی عدتها فالعقد باطل فإن مات أو كانت بانهة فله تزویج أخرى)، ح ۴-۱ و ۶ و ۸.

دلیل عدم جواز ازدواج: اطلاق روایات ناهیه

دلیلی که برای عدم جواز ازدواج با زن پنجم در صورت چهارم ممکن است اقامه شود این است که روایات بسیاری^۱ از ازدواج مرد با زن پنجم قبل از انقضاء عده نهی کرده و بین طلاق رجعی و بائن تفصیل نداده‌اند.

بررسی دلیل جواز ازدواج و عدم امکان تمسک به روایات ناهیه

اما دلیل قول به جواز، عدم امکان تمسک به روایات ناهیه نسبت به فرض عده بائن است.

توضیح مطلب: اگر نسبت به ازدواج، تحدیدی نباشد، همچنان که در قبل از اسلام نبوده است، به مقتضای اصول و اطلاقات دال بر جواز ازدواج، مرد می‌تواند قبل از انقضاء عده بائن، با زن پنجم ازدواج کند و روایات ناهیه به دلیلی که خواهد آمد، قابل اخذ نیست.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۹، باب ۳ (باب أن من كان عنده أربع نسوة فطلق واحدة رجعياً لم یجز له تزویج أخرى دوماً حتى تنقضي عدة المطلقة فإن تزوج فی عذتها فالعقد باطل فإن ماتت أو كانت بائمة فله تزویج أخرى):

ح ۱: محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عاصم بن حمید عن محمد بن قیس قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثم نکح أخرى قبل أن تستكمل المطلقة العدة قال فليحلحها بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها وتستقبل الأخرى عدة أخرى ولها صداقها إن كان دخل بها وإن لم يكن دخل بها فله ماله ولا عدة عليها ثم إن شاء أهلها بعد انقضاء العدة زوجه وإن شاء ولم يزوجه».

ح ۲: عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن علي بن أبي حمزة قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن أيتزوج مكانها أخرى قال لا حتى تنقضي عدها».

ح ۳: عن محمد بن عبد الله عن عبد الله بن جعفر عن محمد بن أحمد بن مطهر قال: «كُتِبَ إلى أبي الحسن صاحب العسکر عليه السلام أنني تزوجت أربع نسوة ولم أسأل عن أسماهن ثم إني أردت طلاق إحداهن و تزویج امرأة أخرى فكتب عليه السلام انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول اشهدوا أن فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العدة».

ح ۴: بإسناده عن الضفّار عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب عن وهيب بن حفص عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل له أربع نسوة فطلق واحدة يضيف إليهن أخرى قال لا حتى تنقضي العدة»

ایضاً: ح ۶ و ۸.

دلیل اول: عدم اطلاق روایات ناهیه نسبت به عده بائن

اولاً، روایات ناهیه، مربوط به ازدواج در زمان عده مطلقه رجعی است که طلاق او فرد غالب از طلاق است و اطلاق آنها نسبت به ازدواج در زمان عده مختلعه و مبارات و مطلقه برای بار سوم که طلاق آن‌ها بائن است، واضح نیست؛ زیرا در روایات بسیار، مطلقه در مقابل مختلعه و مبارات ذکر شده^۱ و طلاق سوم نیز فرد نادر و خفی است و در مجموع، شمول روایات مقام نسبت به این سه مورد معلوم نیست؛ بنابراین، مقتضای ادله اولیه، جواز ازدواج است.

دلیل دوم: سقوط روایات ناهیه از حجیت با تعارض آنها با ادله مجوزه

ثانیاً، حتی با فرض پذیرش اطلاق روایات ناهیه، می‌توان گفت که آیه «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ»^۲ و روایات جواز ازدواج مرد با چهار زن^۳، اطلاق ازمانی دارند؛ یعنی در هر زمانی می‌توان با زن چهارم ازدواج کرد و لازم نیست که مرد صبر کند تا عده زوجۀ سابق سپری شود؛ بنابراین، این دو دسته دلیل یا تعارض می‌کنند و یا روایات مجوزه، روایات ناهیه را تقیید می‌زنند که توضیح این مطلب، متوقف بر تبیین مبنای «انقلاب نسبت» و تطبیق آن بر مقام است که در ادامه خواهد آمد.

اگر تعارض این دو اطلاق پذیرفته شود، یا ترجیح با آیه و روایات جواز است و یا در صورت عدم ترجیح، ادله تساقط می‌کنند که در این صورت، در جایی که دلیل بر تحدید زوجات نباشد، به مقتضای ادله اولیه، ازدواج مرد با زن پنجم در زمان عده بائن جایز است. اگر هم تعارض این دو اطلاق پذیرفته نشود، و روایات مجوزه،

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص ۹۶، ح ۱۵؛ و ص ۱۹۳، ح ۲؛ و ص ۲۸۵، ح ۴؛ و ص ۲۹۱، ح ۲؛ و ص ۲۹۷، ح ۱؛ و ص ۲۹۸، ح ۳ و ۴ و ۵.

اگرچه در برخی روایات، طلاق به معنای عام به کار رفته است (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۱۳، ح ۴؛ و ج ۲۲، ص ۲۹۹، ح ۳)، اما موارد فراوانی که مختلعه و مبارات در مقابل مطلقه قرار گرفته، برای عدم اطلاق روایات مقام، کافی است.

۲. النساء، ۳.

۳. رک: وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۵۱۷، باب أنه يجوز للرجل الحزان يتزوج أربع حرائر دواماً؛ بحار الأنوار، ج ۱۰۰، ص ۳۸۴.

مقتد روایات ناهیه باشد، باز هم جواز چنین ازدواجی مستقیماً ثابت می‌شود.
حال مبنای انقلاب نسبت و تطبیق آن بر مقام، تبیین و بررسی می‌شود.

مطلب اول: تبیین مبنای انقلاب نسبت بین ادله

اگر نسبت میان عام و خاص، مانند «أكرم العلماء» و «لا تكرم النحویین»، عموم و خصوص مطلق باشد، عام، تخصیص می‌خورد؛ اما اگر مانند «أكرم العلماء» و «لا تكرم المنافق»، نسبت، عموم و خصوص من وجه باشد، ظهور دو دلیل در دو ماده افتراق که در این مثال، علمای غیر منافق و منافقان جاهل است محکم است؛ اما در ماده اجتماع یعنی علمای منافق، به هیچ‌کدام نمی‌توان تمسک کرد و باید به قرائن خارجی رجوع شود.

با توجه به این مطلب، این سؤال مطرح می‌شود که اگر نسبت میان دو دلیل، عموم و خصوص مطلق باشد، اگر دلیل سومی در کار باشد که مراد جدی از دلیل اول را روشن کرده و تخصیص دلیل اول به وسیله آن مسلم باشد، آیا ابتدا دلیل اول با دلیل سوم تخصیص می‌خورد و سپس نسبتش با دلیل دوم سنجیده می‌شود، یا اینکه هر کدام از دو دلیل خاص (دلیل دوم و سوم) جداگانه سنجیده شده و در نتیجه، نسبت بین دلیل اول و دوم به صورت عموم و خصوص مطلق باقی می‌ماند؟ به عنوان مثال یک دلیل می‌گوید «أكرم العلماء»؛ دلیل دوم می‌گوید «لا تكرم العلماء النحویین»؛ دلیل سوم می‌گوید «لا تكرم الفساق من العلماء». در این مثال، اگر روشن باشد که علمای فاسق، وجوب اکرام ندارند، دلیل سوم، مراد جدی از دلیل «أكرم العلماء» را تخصیص می‌زند و مفاد آن بعد از تخصیص، «أكرم العلماء الغير الفاسق» است؛ حال آیا مراد جدی در نسبت سنجی دلیل عام با دلیل دوم لحاظ شود، به این معنا که بگوییم دلیل عام، شامل فساق نمی‌شود، یا اینکه مراد استعمالی دلیل عام در نظر گرفته شود؟

اگر شق اول اختیار شود، نسبت میان دلیل عام و دلیل «لا تكرم العلماء النحویین»، از عام و خاص مطلق به عام و خاص من وجه منقلب گردیده و در ماده اجتماع که «علمای نحوی غیر فاسق» است، تعارض می‌کنند و برای تشخیص حکم آن باید به ادله دیگر رجوع کرد؛ اما اگر شق دوم اختیار شود، نسبت، منقلب نمی‌شود؛ «لا تكرم الفساق من العلماء» و «لا تكرم العلماء النحویین» در عرض هم بوده و عام

تخصیص زده می شود؛ بنابراین، نسبت بین «لا تکرّم العلماء النحویّین» و دلیل عام، به شکل عام و خاصّ مطلق باقی می ماند و در نتیجه، تمام نحویان، اعم از فاسق و غیر فاسق، از تحت عام خارج می شوند و علمای فاسق دیگر که نحوی نیستند نیز به وسیله «لا تکرّم الفسّاق من العلماء» از تحت عام خارج می شوند؛ بنابراین، برای تشخیص حکم «علمای نحوی غیر فاسق» نیازی به ادله خارجی نیست.

مطلب دوم: بطلان «انقلاب نسبت» در فرض الغاء عنوان یکی از ادله

در بررسی مبنای انقلاب نسبت می توان چنین گفت:

ثبوت حکم برای یک شیء، نشانه تمام موضوع بودن آن شیء برای آن حکم است؛ مثلاً دلیل «أکرم العلماء» ظهور در تمام موضوع بودن علم برای وجوب اکرام دارد؛ اما اگر دلیل دیگری وارد شود و حکم کند که تمام علما قابل اکرام نیستند و تنها علمای عادل قابل اکرام هستند، این امر کاشف از این است که علم، تمام موضوع برای وجوب اکرام نیست؛ بلکه عدالت نیز در کنار علم، دخیل در حکم است.

این مقدار از تصرف در موضوع، شاید قابل پذیرش باشد؛ اما اگر این تصرف به گونه ای باشد که عنوان موضوع حکم، الغاء شود، تصرفی شبیه به مخالفت با نص است و نمی توان به آن ملتزم شد؛ زیرا لازمه آن لغویت این دلیل است؛ مثلاً «أکرم العلماء»، ظهوری شبیه به نص در دخالت «علم» در «وجوب اکرام» دارد؛ با تقیید آن به «هاشمی»، مراد از خطاب اول، «أکرم العلماء الهاشمیّین» خواهد بود. از سویی دیگر، اگر اکرام تمام هاشمی ها - چه عالم، چه جاهل - نیز واجب باشد، معنایش این است که «علم» هیچ دخالتی در وجوب اکرام ندارد و نه تنها تمام موضوع، بلکه جزء موضوع نیز نیست و فقط هاشمی بودن تمام موضوع است. روشن است که چنین تصرفی در «أکرم العلماء»، تصرفی غیر عرفی است و ردّ «أکرم العلماء» محسوب می شود.

در انقلاب نسبت نیز اگر چنین تصرفی صورت گیرد، در نزد عرف پذیرفته شده نیست. توضیح مطلب: گاهی عنوان دلیل در موضوعیت داشتن، کالنص است در اینکه تمام الموضوع است یا بعض الموضوع؛ بنابراین، اگر نتیجه جمع بین ادله، الغاء این عنوان باشد، روشن است که این روش جمع، صحیح نیست؛ برای نمونه: اگر یک دلیل، «أکرم العلماء» باشد و با دلیل دیگری مانند «لا تکرّم الفسّاق من العلماء»،

علمای فاسق از آن خارج شده باشد، از باب انقلاب نسبت، رابطه بین دلیل عام و دلیل «لا تکرّم العلماء النحویّین» عموم و خصوص من وجه می‌شود. در این صورت اگر نسبت به «نحویان غیر فاسق» اخذ به عام شود، این امر مستلزم لغویت عنوان «نحوی» در دلیل «لا تکرّم العلماء النحویّین» است؛ زیرا عنوان «نحوی»، تمام موضوع نیست - چون فرض این است که نحوی غیر فاسق تحت عام باقی می‌ماند و اکرامش واجب است - و جزء موضوع نیز نیست - چون به مقتضای دلیل سوم، اکرام عالم فاسق، اعم از اینکه نحوی باشد یا غیر نحوی، حرام است؛ بنابراین، چنین تصرفی قابل التزام نیست.

از این رو، در این موارد، دلیل خاص، در عرض دلیل خاص دیگر، دلیل عام را تخصیص می‌زند.

ولی اگر بعد از انقلاب نسبت، اخذ به دلیل خاص، نسبت به مورد اجتماع تعین نداشته باشد، ممکن است کسی مدعی انقلاب نسبت شود؛ مثلاً در مواردی که عنوان خاص بما هو خاص دخالتی در حکم ندارد و تنها به این دلیل که در خارج، غالب افراد این عنوان، متّصف به وصفی هستند که دخیل در حکم است، در دلیل به عنوان موضوع حکم واقع شده است، در چنین مواردی قول به انقلاب نسبت بین دلیل عام و دلیل خاص و تبدّل آن به عموم و خصوص من وجه، موجب تعین عمل به دلیل خاص نسبت به ماده اجتماع نمی‌شود، گرچه عمل به دلیل عام نسبت به این مورد، مستلزم سقوط عنوان خاص از تمام الموضوع و جزء الموضوع بودن بشود. مثلاً اگر مولا در دلیل عام بگوید: «أکرّم العلماء» و معلوم باشد که مراد جدی وی، علمای غیر فاسق است و از سویی در دلیل خاص بگوید «لا تکرّم العلماء النحویّین» و معلوم باشد که غالب علمای نحوی، فاسق هستند، در این صورت قول به انقلاب نسبت، اشکال ثبوتی ندارد؛ زیرا بعد از انقلاب نسبت، اگرچه تمسک به دلیل عام، موجب سقوط عنوان «نحویّین» از تمام الموضوع و جزء الموضوع بودن است، اما موجب لغویت عنوان نحوی در «لا تکرّم النحویّین» نیست؛ زیرا نحوی بما هو نحوی، موضوع حکم حرمت اکرام نیست؛ بلکه از این جهت که موضوع حکم، علمای فاسق هستند و غالب نحوی‌ها نیز فاسق هستند، این عنوان در دلیل خاص، موضوع حکم واقع شده است.

مطلب سوم: تطبیق مبنای «انقلاب نسبت» بر مقام

با توجه به این مقدمه، در بیان نسبت بین آیه و روایات جواز ازدواج با چهار زن، و بین روایات نهی از ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه مطلقه، با لحاظ دو مبنا در مورد مطلقه رجعی (زوجه حقیقی یا حکمی) می توان گفت:

بررسی مسئله طبق مبنای زوجیت حقیقی مطلقه رجعی

اگر مطلقه رجعی حقیقتاً زوجه باشد، نسبت بین دو دسته از ادله مجوزه و ناهیه، عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا ادله جواز، شامل فرضی که مرد چهار زن دارد و یکی یا بیشتر را طلاق رجعی می دهد نمی شود و ازدواج پنجم مستلزم جمع بیش از چهار زن است؛ اما این ادله، شامل فرض طلاق بائن می شود (چه مطلقه، عدّه داشته باشد و چه مانند غیر مدخوله عدّه نداشته باشد) و ازدواج پنجم را تجویز می کند. از سوی دیگر، روایات ناهیه شامل ازدواج در زمان عدّه مطلقه رجعی و عدّه مطلقه بائن می شود؛ اما شامل فرضی که مطلقه، عدّه نداشته باشد نمی شود؛ بنابراین، ادله، نسبت به ازدواج در زمان عدّه مطلقه رجعی با هم تعارض ندارند؛ اما نسبت به صورت ازدواج در زمان عدّه مطلقه بائن تعارض می کنند.

بعد از تعارض، یا باید در اطلاق روایات ناهیه تصرف کرد و آن را بر ازدواج در زمان عدّه طلاق رجعی حمل کرد، یا باید به اطلاق روایات ناهیه اخذ کرد و با آن، ادله جواز را تخصیص زد.

در مورد این دو نوع تصرف، یا اولویتی با هیچ کدام از دو تصرف و تقیید نیست و یا اولویت این است که اطلاق روایات ناهیه تقیید شود و بر ازدواج در زمان عدّه طلاق رجعی که فرد غالب است حمل شود؛ زیرا تنها لازمه تقیید اطلاق روایات ناهیه، خروج افراد غیر غالب است.

حال اگر قائل به استقرار تعارض شویم، هر دو دسته از ادله، از حجیت ساقط می شوند^۱ و در فرض عدم دلیل بر تحدید عدد زوجات، ازدواج جایز است و مرد

۱. ممکن است گفته شود که در مقام، ادله مجوزه بر روایات ناهیه مقدم است؛ زیرا از جمله ادله مجوزه، آیه قرآن است که قطعی الصدور است؛ اما روایات ناهیه مظنون الصدور است. در پاسخ می توان گفت حتی اگر قطعی الصدور بودن نیز از جمله مرجحات باشد، روایات ناهیه نیز - چنان که در بررسی دلیل

می‌تواند بلافاصله بعد از طلاق بائن، با زن پنجم ازدواج کند؛ البته اگر قائل به تقیید روایات ناهیه به طلاق رجعی شویم، حکم جواز ازدواج واضح‌تر است.

بررسی مسئله طبق عدم زوجیت حقیقی مطلقه رجعی

اما اگر گفته شود که مطلقه رجعی در زمان عده، حقیقتاً زوجه نیست، بلکه تنها احکام زوجیت بر او بار می‌شود، مردی که یکی از چهار زنش را طلاق رجعی می‌دهد حقیقتاً چهار زن ندارد؛ زیرا مطلقه رجعی حقیقتاً زوجه نیست.

اما بر اساس این مبنا نیز ممکن است عیناً مانند مبنای زوجیت حقیقی مطلقه رجعی، حکم مسئله را مطرح کرد؛ زیرا گاهی مناسبات حکم و موضوع باعث می‌شود که برخی خصوصیات لفظ، الغاء شود و مقداری توسعه پیدا کند؛ یعنی در مقام، با لحاظ این مناسبات گفته شود که زوجه بماهی زوجه در ادله جواز نکاح با چهار زن (آیه و روایات)، خصوصیت ندارد؛ بلکه شارع به وسیله این ادله، در صدد است که عدد زن‌هایی را که مرد می‌تواند تحت اختیار داشته باشد و هرگونه تمتع بدون حد و حصر از آنها ببرد، به چهار زن محدود کند، اگرچه برخی از آن زن‌ها حقیقتاً زوجه نباشند.

از آنجا که مطلقه رجعی در زمان عده در اختیار مرد است و تمام خصوصیات زن‌های دائم را دارد و مرد می‌تواند هرگونه تمتعی را از او ببرد، بعد از طلاق رجعی یکی از زوجات، گرچه مرد حقیقتاً چهار زن ندارد، اما نمی‌تواند تا قبل از اتمام زمان عده مطلقه، با زن پنجم ازدواج کند؛ زیرا این کار به منزله آن است که مرد بر پنج زن مسلط باشد و بتواند هرگونه تمتع از آن‌ها ببرد و این خروج از حدی است که آیه و روایات مشخص کرده‌اند.

اگر این بیان پذیرفته شود، مطالبی که در تقریب بحث بر اساس مبنای اول (زوجیت مطلقه رجعی) بیان شد، در اینجا نیز عیناً مطرح می‌شود.

عدم جواز بیان شد - فراوان است و لذا اطمینان به صدور آن‌ها نیز وجود دارد.

۱. استاد رحمته معتقد است که بنای عقلا بر آن است که اگر کاری در نزد آن‌ها مقبول باشد، به مجرد احتمال اینکه قانونی بر خلاف آن باشد اعتنا نمی‌کنند. در مقام نیز ایشان تا اثبات ردع شارع نشود، نکاح را جایز می‌دانند.

اما در صورت عدم پذیرش چنین توسعه‌ای، طبق مقتضای اطلاق ازمانی آیه و روایات جواز ازدواج با چهار زن، مرد می‌تواند در زمان عدّه رجعی و بائن با زن پنجم ازدواج کند؛ زیرا مطلقه در عدّه رجعی حقیقتاً زوجه نیست و از سوی دیگر اطلاق روایات نهی از ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه^۱، این ازدواج را ممنوع می‌داند و در نتیجه نسبت بین دو دلیل، عموم و خصوص مطلق است و بحث انقلاب نسبت مطرح می‌شود؛ زیرا چنان‌که بیان شد، بر طبق اطلاق آیه و روایات جواز، ازدواج در عدّه مطلقه رجعی و بائن جایز است و به مقتضای اطلاق روایات ناهیه، این کار ممنوع است و بین دو دلیل، ابتداء عموم و خصوص مطلق است^۲؛ اما به دلیل اجماع و نصوص، اطلاق ادله جواز قطعاً تخصیص خورده و ازدواج در زمان عدّه مطلقه رجعی برای مردی که سه زن دیگر دارد، جایز نیست و بر مبنای انقلاب نسبت، نسبت بین ادله جواز و ادله ناهیه بعد از این تخصیص، مبدل به عموم و خصوص من وجه شده و باید در ماده اجتماع که ازدواج در زمان عدّه مطلقه بائن است به قرائن خارجی رجوع کرد.

با توجه به ملاکی که در بحث انقلاب نسبت بیان شد، اگر طلاق رجعی، فرد غالب از طلاق نبود، قول به این انقلاب نسبت تمام نبود؛ بلکه دلیل عام به وسیله ادله ناهیه، در عرض ادله خاص دیگر تخصیص می‌خورد؛ در نتیجه، به عدم جواز ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه مطلقه رجعی و بائن حکم می‌شد؛ اما با توجه به اینکه طلاق رجعی، فرد غالب است، انقلاب نسبت و تبدل نسبت بین ادله جواز و بین ادله ناهیه به عموم و خصوص من وجه مانعی ندارد و بعد از تعارض دو دسته از دلیل در ماده اجتماع، یا اولویت با حفظ اطلاق آیه و روایات جواز و تقیید اطلاق روایات ناهیه بر فرد غالب است و یا هیچ‌کدام از دو تصرف - یعنی تصرف در اطلاق ادله جواز و تصرف در اطلاق روایات ناهیه - اولویت ندارند و تعارض، مستقر

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۵۱۹، باب ۳ (باب أنّ من كان عنده أربع نسوة فطلق واحدة رجعیاً لم یجز له تزویج أخرى دواماً حتّی تنقضي عدّة المطلقة فإن تزوّج فی عدّتها فالعقد باطل فإن ماتت أو كانت بانّنة فله تزویج أخرى)، ح ۱-۴ و ۶ و ۸.

۲. روایات مجوزه، دال بر جواز ازدواج با هر زنی است، اعم از معتدّه و غیر معتدّه؛ ولی روایات ناهیه، دال بر حرمت ازدواج با معتدّه است.

و دو دلیل ساقط می‌شوند؛ در نتیجه، مانند تقریب بحث بر مبنای اول (زوجیت مطلقه رجعی)، به مقتضای ادله اولیه، به جواز ازدواج مرد در زمان عده مطلقه بائن حکم می‌شود. عدم اختلاف در مسئله و همچنین تفصیلی که در روایات ازدواج با خواهرزن^۱ در زمان عده زوجه وارد شده و این ازدواج را در زمان عده رجعی ممنوع و در زمان عده بائن جایز دانسته، هر دو مؤید مطلب هستند.^۲

نتیجه: جواز ازدواج در عده بائن زوجه سابق با زن پنجم با توجه به مطالب فوق، مطلقه رجعی، حقیقتاً زوجه باشد یا نباشد، ازدواج با زن پنجم در زمان عده مطلقه بائن جایز است.

دلیل سوم: اجماع بر جواز ازدواج
دلیل سوم، اجماع بر جواز ازدواج است. مرحوم آقای حکیم با قبول اطلاق روایات ناهیه نسبت به فرض عده بائن، تنها مقید را اجماع دانسته است.^۳

بررسی دلیل سوم
برای ارزیابی این دلیل، ابتدا کلام مرحوم آقای خوئی بررسی می‌شود.

کلام آقای خوئی: مخالفت شیخ مفید و شیخ طوسی با جواز
مرحوم آقای خوئی در رد کلام مرحوم آقای حکیم فرموده است:

«و دعوی أنّ التقييد مستفاد من إجماع الأصحاب على اختصاص الحكم بالطلاق رجعيًا، يدفعها أنّ ثبوته أول الكلام، فقد ذهب جملة منهم كالمفيد - على ما نسب إليه في الحقائق - و الشيخ - على ما

۱. این روایات، در دلیل چهارم (انقطاع عصمت)، مطرح خواهد شد. به عنوان نمونه: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمّد بن اسماعیل بن بزيع عن محمّد بن الفضیل عن أبي الصّباح الکنانی عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحلّ له أن یخطب أختها قبل أن تنقضی عدها فقال إذا برئت عصمتها و لم یکن له رجعة فقد حلّ له أن یخطب أختها ...» (الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۳۲، ح ۴۶).

۲. استاد رحمته الله در بررسی دو دلیل آتی (اجماع و روایات اختین)، این دو را به عنوان دلیل نمی‌پذیرد، بنابراین، این دو تنها مؤید هستند، نه دلیل.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۱۲.

نسب إليه في كشف اللثام - إلى الحرمة مطلقاً. إذن فلا يبقى موجب لرفع اليد عن إطلاق تلك النصوص، وتقييدها بالطلاق الرجعي.^۱

اشکال ایشان در این عبارت، مربوط به صغرای اجماع است.

پاسخ: عدم وجود فتوا به حرمت ازدواج در مقام

اما کلام مرحوم آقای خوئی قابل مناقشه است؛ زیرا از زمان شیخ مفید، بلکه قبل از ایشان، صاحب فقه رضوی^۲ تا زمان شهید ثانی، همه به اتفاق قائل به جواز ازدواج با زن پنجم در زمان عده مطلقه بائن هستند^۳ و به هیچ وجه این مطلب، مورد تردید نبوده است.^۴ از زمان شهید ثانی به بعد نیز قول مخالف ثابت نشده است؛ حتی تا زمان صاحب نهایه المرام، کسی که در این حکم تردید داشته نیز ثابت نیست و

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۶۱.

۲. بررسی عبارت فقه الرضا (ع)، در تبیین عبارت تهذیب، خواهد آمد.

۳. برای نمونه، علاوه بر آنچه در متن خواهد آمد، می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۱۸۶؛ إصباح الشيعة، ص ۴۰۱؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۶؛ تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۹؛ تلخیص المرام، ص ۱۸۶؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۳۶؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۷۴.

البته نظر برخی در این مقام روشن نیست؛ مانند مرحوم کلینی، صدوقین، ابن جنید و ابن ابی عمیر؛ در کافی و فقیه نیز نمی توان از عناوین باب یا روایات مطرح شده نظر مرحوم کلینی و صدوق را به دست آورد. (الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، باب الذي عنده أربع نسوة فيطلق واحدة و يتزوج قبل انقضاء عدتها أو يتزوج خمس نسوة في عقد؛ کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۲۰، ح ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲).

۴. ممکن است گفته شود که کلام شیخ طوسی در مبسوط دال بر اختلافی بودن مسئله است؛ زیرا ایشان فرموده است:

«إن كانت عنده واحدة فطلقها جاز له العقد على أربع، إن كان الطلاق بائناً وإن كان رجعيّاً فليس له أن يعقد إلا على ثلاث وإن كانت عنده أربع و طلقهن كلهن كان له العقد على أربع أو أقلّ منهنّ إن كان بائناً، وإن كان رجعيّاً لم يكن له أن يعقد على واحدة حتى يخرج من العدة وفيه خلاف.» (المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۶)

اما پاسخ این است که مراد از چنین تعبیری در مبسوط، اختلاف بین مسلمین است، نه اختلاف بین امامیه. این مطلب از تنبّع در عبارات مبسوط به روشنی استفاده می شود (ر.ک: المبسوط، ج ۱، ص ۳۰۷؛ و ج ۲، ص ۱۲ و ۳۶۲)؛ خصوصاً که شیخ در مواردی که متعرض اختلاف یا عدم اختلاف بین امامیه شده است، از تماییزی مانند «فيه خلاف بين أصحابنا»، «على خلاف بين أصحابنا» یا «بلا خلاف بين أصحابنا» استفاده کرده است (المبسوط، ج ۱، ص ۱۰۷ و ۱۱۵ و ۱۹۲ و ۲۲۹؛ و ج ۴، ص ۳۴۸).

معمول فقها از جمله مرحوم آقای خوئی، همین مقدار را برای اثبات اجماع، کافی می‌دانند. برای اثبات این مطلب، عبارات شیخ مفید در مقنعه، شیخ طوسی در تهذیب، شهید ثانی در مسالک، صاحب مدارک در نهایه المرام و محقق سبزواری در کفایه الأحکام بررسی می‌شود.

بررسی نظر شیخ مفید در مقنعه

شیخ مفید در مقنعه صریحاً قائل به جواز ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه مطلقه بائن است و چنین فرموده است:

«و من كان عنده أربع زوجات فطلق واحدة منهم طلاق السنة تطليقة واحدة يملك فيها الرجعة لم يجز له أن يعقد على امرأة نكاحاً حتى تخرج المطلقة من العدة فإن خلع واحدة من الأربع أو بارأها لم يحرم عليه العقد على امرأة أخرى في الحال نكاحاً لأنه ليس له على المختلعة والمبارئة رجعة وكذلك إن كانت التي طلقها لم يدخل بها جاز له العقد في الوقت على اختها وغيرها من النساء لأنه لا عدّة له عليها وكذلك إن طلقها طلاق العدة ثلاثاً لم يحرم عليه العقد على غيرها إذ لا رجعة له^۱ عليها حسب ما قدّمناه وإذا كانت عنده امرأة قد دخل بها فطلقها طلاق السنة لم يجز له العقد على اختها حتى تخرج المطلقة من عدتها. فإن خلعها أو بارأها أو طلقها قبل الدخول بها أو طلقها للعدة ثلاثاً فلا حرج عليه أن يعقد على اختها في الحال، إذ لا رجعة له عليها كما ذكرناه.»^۲

با توجه به این عبارت، شیخ مفید به صراحت بین ازدواج با زن پنجم در عدّه

۱. «طلاق السنة» که در عبارت شیخ مفید آمده است در مقابل «طلاق بدعی» در عاونه است؛ بنابراین، مراد، طلاق شرعی است؛ زیرا عاونه بعضی از شرائطی که امامیه برای صحت طلاق قائل است، معتبر نمی‌دانند؛ مثلاً در عاونه، حضور عدلین، شرط نیست.

۲. در مقنعه مطبوع (کنگروه شیخ مفید) تعبیر «له» نیامده؛ اما استاد رحمته الله در درس، مطابق آنچه در متن آمده قرائت کرده است. در کتاب رسائل فقهی (سید شفتی، ص ۲۹۸) نیز عبارت مقنعه، مطابق آنچه در متن آمده، آورده شده است.

۳. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۵۳۶.

مطلقة رجعی و عده مطلقه باین فرق گذاشته و مانند مشهور در اولی به عدم جواز و در دومی به جواز حکم کرده است.

اما صاحب نهایه المرام در این کتاب که شرح المختصر النافع است، قول به حرمت را به شیخ مفید در مقنعه نسبت داده^۱ و منشأ چنین نسبتی در عبارات برخی فقهای بعد از خود شده است^۲ که برخی از این فقها عبارت اند از:

۱. محقق سبزواری در کفایه الأحکام^۳؛ عبارت ایشان عیناً همان عبارت نهایه المرام است. همچنین در کتاب ذخیره ایشان، در خیلی از موارد، مطالب موجود، مطالبی است که قبل از ایشان صاحب نهایه المرام در کتاب مدارک مطرح کرده و ایشان نیز عین همان مطلب را با همان عبارت یا قدری تغییر در عبارت، در ذخیره بیان کرده است^۴؛ بنابراین، ایشان تحت تأثیر صاحب مدارک است.

۲. مرحوم مجلسی در مرآة العقول^۵؛ ایشان هم همان عبارت نهایه المرام را به کار برده است بدون اینکه نامی از او بیاورد.

۳. صاحب حدائق^۶؛ عبارت ایشان نیز همان عبارت نهایه المرام است. مرحوم آقای خوئی نیز که بسیار در موارد نیاز به تتبع اقوال، به حدائق اتکاء می‌کند، این نسبت به شیخ مفید را از او نقل کرده و انکار نکرده است.^۷

۱. نهایه المرام، ج ۱، ص ۱۷۹.

۲. استاد رحمته صاحب کشف اللثام فرموده است مادامی که مآخذ اصلی در دسترس است به آنها مراجعه شود و به نقل دیگران اکتفا نشود (کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۵۴۱).

۳. کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۱۴۷.

۴. چنان که در کفایه الأحکام نیز از نهایه المرام بسیار فراوان نقل کرده است؛ اگرچه نامی از صاحب کتاب نیاورده و گاهی از او با تعبیر «بعض المتأخرین» یاد کرده است (برای نمونه: کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۲۱۹ و نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۱۳؛ کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۲۴۶ و نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۰۹؛ کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۲۴۷ و نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۱۰؛ کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۲۷۴ و نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۳۲؛ کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۲۹۱ و نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۶۴)؛ البته این بدین معنا نیست که این تعبیر را فقط برای صاحب مدارک به کار برده است.

۵. مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۹۰.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۲۷.

۷. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۶۱.

۴. صاحب ریاض؛ ایشان شاگرد صاحب حدائق است؛^۱ از این رو، شاید به تبع استاد خود این قول را به شیخ مفید نسبت داده است.^۲ در نتیجه، نسبت عدم فرق بین مطلقه رجعی و بائن به شیخ مفید صحیح نیست.

بررسی نظر شیخ طوسی در تهذیب با لحاظ سه قرینه

اما کلام شیخ در تهذیب چنین است: «و متى كان عند الرجل أربع نسوة و طلق واحدة منه لم يحل له أن يعقد على أخرى حتى تنقضي عدة المطلقة».^۳ صاحب کشف اللثام از کلام شیخ طوسی در تهذیب استظهار کرده که ایشان فرقی بین عده رجعی و بائن ندیده است؛^۴ در حالی که مرحوم شیخ در نهایه^۵ و مبسوط^۶ بین طلاق رجعی و طلاق بائن تفصیل داده و در عده رجعی، به عدم جواز و در عده بائن، به جواز ازدواج حکم کرده است؛ اما در تهذیب، به صراحت، این تفصیل را بیان نکرده؛ بلکه ابتدا مضمون روایات ناهیه را نقل و سپس روایات را ذکر کرده و این امر سبب شده است که کاشف اللثام از کلام ایشان استظهار کند که شیخ قائل به تفصیل نیست و چنین ازدواجی را مطلقاً جایز نمی داند. اما استظهار ایشان با لحاظ مجموع قرائن ذیل صحیح نیست.

۱. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۴۶.

۲. روضات الجنات، ج ۴، ص ۴۰۲.

البته ظاهراً صاحب ریاض در عبارات خود از مرحوم بحرانی به استادی نام نبرده است؛ بلکه از او با تعبیری مانند «بعض مقاربی العصر» (ریاض المسائل، ج ۱، ص ۲۰۷)، «بعض من عاصرناه» (ریاض المسائل، ج ۱، ص ۲۶۳)، «بعض المعاصرين» (ریاض المسائل، ج ۳، ص ۲۷)، و «المعاصر» (ریاض المسائل، ج ۳، ص ۲۹)، یاد کرده است. احتمالاً به دلیل جو سنگین حاکم بر اخباری ها صاحب ریاض نخوسته شاگردی خود را نسبت به صاحب حدائق ابراز کند.

۳. احتمال دیگر در مقام این است که صاحب ریاض متأثر از نهایه المرام و یا کفایة الأحکام مرحوم سبزواری چنین ادعایی را مطرح کرده باشد، و این احتمال ضعیف تر از آنچه استاد در متن فرموده، نیست؛ زیرا صاحب ریاض بسیار فراوان از این دو کتاب مطالبی را نقل کرده است.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۹۴.

۵. کشف اللثام، ج ۷، ص ۲۱۳.

۶. النهایه (شیخ طوسی)، ص ۴۵۶.

۷. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۶.

قرینهٔ اول

۱. شمول تعبیر «طَلَّق» نسبت به خلع، مبارات و طلاق سوم که عده دارد، معلوم نیست؛ زیرا خلع و مبارات، در مواردی در مقابل طلاق ذکر می‌شود؛ حتی در متن مسئلهٔ مقنعه^۱ نیز در مقابل طلاق عنوان شده است. صاحب فقه الرضا^۲ نیز که کتاب او از کتاب‌های بسیار قدیمی است در بیان مسئله، به شکل مطلق و بدون تفصیل بین عدهٔ طلاق رجعی و بائن گفته است:

«و لا يجوز لمن له أربع نسوة إذا عزم على التزويج إلا بطلاق إحدى الأربع أن يتزوج حتى تنقضي عدة المطلقة منهنّ و تحلّ لغيره من الرجال لأنّها ما لم تحلّ للرجال في حبالته»^۳

اما با توجه به تعلیل مذکور در این عبارت، مشخص می‌شود که مراد ایشان از عدهٔ طلاق، عدهٔ طلاق رجعی است؛ زیرا زن، تنها در عدهٔ رجعی، در حبالهٔ مرد است و احکام زوجیت بر او بار می‌شود.

طلاق سوم نیز مراد شیخ طوسی نیست؛ زیرا فرد خفی است و بعد از عدم شمول «طَلَّق» نسبت به خلع و مبارات، شمول عبارت «طَلَّق» نسبت به آن نیز بسیار مشکل است.

قرینهٔ دوم

۲. شیخ طوسی پس از کلام خود در تهذیب، روایت ذیل را آورده است:

روی محمد بن یعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن زرارة بن أعين و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله^۴ قال: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق و قال لا يجمع ماءه في خمس»^۵

این روایت، اولین روایت ایشان پس از عبارت تهذیب است. تعلیل این روایت

۱. المقنعة (شیخ مفید). ص ۵۳۶.

۲. فقه الرضا^۳، ص ۲۳۲.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۹۴.

- چنان که برخی از فقها نیز فرموده اند - تنها ناظر به حکم ازدواج با زن پنجم، قبل از انقضاء عده مطلقه رجعی است؛ بنابراین، می تواند قرینه ای باشد که مراد مرحوم شیخ طوسی از «طلق واحدة منهن» طلاق بائن نیست.

قرینه سوم

۳. شیخ مفید در مقنعه، قائل به تفصیل بین عده رجعی و بائن شده و بعید است شیخ که در نهاییه و مبسوط صریحاً این تفصیل را پذیرفته و قائل به جواز ازدواج با زن پنجم در زمان عده بائن شده، در اینجا قول شیخ مفید را قبول نداشته باشد، ولی با این حال، نظر خود را روشن و واضح بیان نکند.

بنابراین، اگرچه کلام شیخ در تهذیب موهوم این است که مطلق است و ایشان بر خلاف مشهور ازدواج با زن پنجم در زمان عده مطلقه بائن را نیز قبول ندارد، اما با توجه به مجموع این قرائن، چنین مطلبی صحیح نیست.

بررسی نظر شهید ثانی

آقا شهید ثانی در بررسی حکم مسئله از نظر روایات فرموده است:

«وجه المنع في الرجعية أنها بحكم الزوجة، و من ثم لزمّت نفقتها، و جازت رجعتها بمجرد الفعل كالاستمتاع، فلم تفارق الزوجة في الحكم، فلا تحل الخامسة، لما تقدّم من النهي عن جمع مائه في خمس. و أمّا مع البينونة فلخروجها عن عصمة النكاح، فصارت كالأجنبية. و إنما يكره لتحريمها بحرمة النكاح بواسطة العدة، لرواية زرارة عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن...» و حملت على الرجعي أو على الكراهة. و في معناها غيرها. و في الحمل نظر من حيث عدم المعارض.

نعم، ورد التفصیل في الاخت في روایات منها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل طلق امرأته أو اختلعت منه أو بانّت، أله أن يتزوج اختها؟ فقال: إذا برئت عصمتها...» و کذا یکره نکاح

۱. به عنوان نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۷۵؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۱۷۸-۱۷۹؛ ملاذ الأخيار، ج ۱۲، ص ۱۰۸؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۲۱۲-۲۱۳؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۴۶.

الاخت في عدة اختها البائنة، ... و في التذكرة حمل رواية زارة
السابقة على أحد الأمرين، لورود النص في الاختين من حيث عدم
الفارق بينهما.^۱

ایشان بعد از نقل قول علامه در تذکره و استدلال ایشان، آن را نقد نکرده است
و مشخص نیست که این عدم نقد به دلیل قبول این استدلال است که در نتیجه
ایشان نیز موافق مشهور خواهد بود یا برای این است که ایشان هنوز تردید داشته که
آیا این عدم خلاف و اجماع بر عدم فارق وجود دارد یا ندارد؛ بنابراین، حتی تردید
ایشان نیز ثابت نیست.

بررسی نظر صاحب نه‌ایه المرام

صاحب مدارک ابتدا نسبت به حملی که برخی انجام داده و مطلقات ناهیه را
حمل بر رجعی کرده‌اند، تردید کرده است؛ ولی در ادامه فرموده است:

«لكن لا يبعد حملها على الطلاق الرجعي بقينة قوله عليه السلام: "لا يجمع
ماء في خمس" فإن الطلاق البائن لا يتحقق معه جمع الماء في
الخمس وإن بقيت العدة، لأنها بالخروج عن عصمة النكاح تصير
كالأجنبية والمسألة محل إشكال وإن كان القول بالجواز مع البينة
لا يخلو من قوة ... والاحتياط يقتضي عدم تزويج الخامسة إلا مع
انقضاء العدة مطلقاً.»^۲

بنابراین، ایشان نیز موافق مشهور است و حتی ثابت نشد که تا زمان ایشان
فقیهی که تردید در جواز داشته باشد، وجود دارد.

تردید محقق سبزواری در کفایة الأحکام

اما از زمان محقق سبزواری تردید ثابت است؛ زیرا ایشان در کفایه چنین فرموده
است:

«و أمّا في البائنة فالمشهور بين الأصحاب الجواز، و أطلق المفيد في

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۳۵۱.

۲. نه‌ایه المرام، ج ۱، ص ۱۷۹.

المقنعة عدم جواز العقد على الخامسة حتى تنقضي العدة. وهو أنسب بإطلاق الروايات.^۱

ظاهراً ایشان چون گمان کرده که مسئله اجماعی نیست، به تردید افتاده و با لحاظ اطلاق روایات، متمایل به قول منسوب به شیخ مفید شده است؛ زیرا وقتی مسئله اجماعی نباشد، جرأتی برای شخص پیدا می‌شود که فتوا دهد. در هر حال، ایشان مردّد است؛ ولی مخالفت با مشهور نکرده است.

بررسی کلام آقای حکیم (تردید سید در وجود قول مخالف)

مرحوم سید فرموده است: «... و ربما قيل بوجوب الصبر إلى انقضاء عدتها عملاً بإطلاق جملة من الأخبار، والأقوى المشهور، والأخبار محمولة على الكراهة....»^۲ مرحوم آقای حکیم معتقد است که از عبارت فوق در این فرض (صورت پنجم) استفاده می‌شود که از نظر مرحوم سید، وجود قول مخالف مشهور، مسلّم نیست. ایشان فرموده است: «و ظاهر المتن التوقف من نسبة القول بالتحريم إلى قائل.»^۳ ممکن است مراد ایشان این باشد که مرحوم سید در بیان قول مخالف از تعبیر «ربما قيل» استفاده کرده که معنای آن در فارسی «چه بسا گفته شده» است. شاید وجه تعبیر مرحوم سید این است که کاشف اللثام فرموده است: «ظاهر التهذيب الحرمة قبل الانقضاء وهو ظاهر الأخبار»^۴ و مرحوم سید نیز به کشف اللثام عنایت دارد؛ بنابراین، در حکم این صورت، کسی که با قول مشهور مخالفت کرده و قائل به عدم جواز باشد وجود ندارد.

ولی این ادعای مرحوم آقای حکیم صحیح نیست؛ زیرا مرحوم سید در بیان این صورت فرموده است: «و إن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان؛ المشهور على الجواز» با توجه به این عبارت، مرحوم سید وجود قول مخالف مشهور را قطعی فرض کرده است.

۱. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۴۷.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۵.

۳. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۱۱۲.

۴. كشف اللثام، ج ۷، ص ۲۱۳.

اما وجه تعبیر «ربما قیل»، ممکن است این باشد که ایشان نسبت به وجه قول این عده تردید داشته و مرادش از این تعبیر این است که چه بسا وجه قول این عده، اطلاق اخبار باشد.

نتیجه: عدم مخالف در مسئله و عدم کشف قول معصوم علیه السلام

در هر حال، چنان که از بررسی عبارات اصحاب استفاده شد، این نظر مرحوم سید که دو قول در مسئله وجود دارد، صحیح نیست؛ بلکه معمول فقها نیز به همین مقدار از اتفاق نظر برای اثبات اجماعی بودن مسئله اکتفا می کنند؛ اما این مقدار برای اثبات تقریر معصوم علیه السلام کافی نیست^۱، اگرچه به عنوان مؤید مناسب است.

دلیل چهارم: انقطاع عصمت

دلیل چهارم در مقام، روایاتی^۲ است که بر جواز ازدواج با خواهر زوجه در زمان عده طلاق بائن زوجه دلالت دارد. در این اخبار، تعبیر «برئت عصمتها» و مانند آن به کار

۱. با وجود اینکه مخالفی در مسئله یافت نشد؛ اما به عنوان نمونه فتوای مرحوم کلینی، صدوقین و ابن ابی عقیل روشن نیست تا اتفاق نظر همه فقها تا زمان ائمه علیهم السلام محرز شود و تقریر معصوم کشف گردد.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۳۲، ح ۶: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمّد بن إسماعیل بن بزيع عن محمّد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحلّ له أن یخطب أختها قبل أن تنقضي عذتها فقال إذا برئت عصمتها ولم یکن له رجعة فقد حلّ له أن یخطب أختها قال و سنل عن رجل عنده أختان مملوکتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخری قال إذا وطئ الأخری فقد حرمت علیه الأولى حتی تموت الأخری قلت أ رأیت إن باعها فقال إن کان إنما یبیعها لحاجة ولا یخطر علی باله من الأخری شیء فلا أری بذلك بأسا وإن کان إنما یبیعها لیرجع إلى الأولى فلا».

الکافی، ج ۵، ص ۴۳۲، ح ۷: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله علیه السلام «في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بانت أ له أن یتزوج بأختها قال فقال إذا برئت عصمتها ولم یکن له علیها رجعة فله أن یخطب أختها قال و سنل عن رجل کانت عنده أختان مملوکتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخری قال إذا وطئ الأخری فقد حرمت علیه حتی تموت الأخری قلت أ رأیت إن باعها أ تحلّ له الأولى قال إن کان یبیعها لحاجة ولا یخطر علی قلبه من الأخری شیء فلا أری بذلك بأسا وإن کان إنما یبیعها لیرجع إلى الأولى فلا ولا کرامة».

الکافی، ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۹: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي بصير عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحلّ له أن یخطب أختها من قبل أن تنقضي عده المختلعة قال نعم قد برئت عصمتها منه و لیس له علیها رجعة».

رفته است. مراد از انقطاع عصمت، این است که نکاح که از آن تعبیر به «عصمت» می‌شود با طلاق بائن قطع شده است؛ بنابراین، اشکالی ندارد که مرد قبل از انقضاء زمان عدّه زوجه سابق، با خواهر او ازدواج کند. ممکن است گفته شود که از حکم اُختین می‌توان به مقام (ازدواج با زن پنجم) تعدی کرد. این تعدی در تذکره علامه مطرح شده است. ایشان فرموده است:

«ولو أبان واحدة فله نكاح أخرى وإن كانت المبانة في عدته وكذا لو وطئ امرأة بالشبهة له أن ينكح في عدتها أربعا وبه قال الشافعي لانقطاع العصمة بالطلاق البائن و صيرورتها كالأجنبية إذ ليس له الرجوع إلا بعقد جديد لقول الصادق عليه السلام في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بارتأ له أن يتزوج باختها قال إذا برئ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب اختها والنص في الاختين يستلزمه في الزائد على الأربع لعدم الفارق بينهما»^۱

در کلام علامه، اصل تمسک به انقطاع عصمت، مربوط به شافعی^۲ است؛ بنابراین، دلیلی است که در قدیم مطرح بوده است؛ ولی برای اثبات تعدی، چند تقریب ممکن است بیان شود که همگی مخدوش است و صاحب حدائق^۳ نیز در استدلال به این روایات برای اثبات جواز در مقام، خدشه کرده است. مرحوم سید با تمسک به انقطاع عصمت و بدون اشکال به آن، قول مشهور را تقویت کرده و فرموده است که اقوی نیز قول مشهور است. این نشان می‌دهد که استدلال را پذیرفته و گرنه

۱. به عنوان نمونه در قرآن کریم خدای متعال می‌فرماید: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا بِعِصْمِ الْكُوفَرِ﴾ (الممتحنه، ۱۰) و در روایات متعدد، علاوه بر روایات مربوط به این آیه شریفه، از نکاح به عنوان «عصمت» یاد شده است (به عنوان نمونه، رک: الکافی، ج ۵، ص ۴۳۵، ح ۱ و ۲؛ کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۵۴، ح ۴۵۷).

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۹.

کسانی مانند محقق کرکی، باتبعیت از علامه، همین استدلال را مطرح کرده‌اند (جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۷۵).

۳. المجموع شرح المذهب، ج ۱۶، ص ۲۲۷؛ البیان فی مذهب الإمام الشافعی، ج ۹، ص ۲۴۶.

اصل تفصیل بین بائن و رجعی چه در اُختین، چه در ازدواج با خامسه، در کلام شافعی وجود دارد؛ اما تعلیل به «انقطاع عصمت» در کلام او یافت نشد؛ از این رو، بعید نیست که تعلیل مذکور کلام شافعی نباشد؛ به علاوه محتمل است علامه در توجیه کلام شافعی این دلیل را خود مطرح کرده باشد.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۲۸.

باید دلیل دیگری را که مورد نظرش بود، بیان می‌کرد.^۱

تقریب اول: الغاء خصوصیت

تقریب اول این است که عرفاً فرقی بین ازدواج با خواهرزن و ازدواج با زن پنجم نیست؛ از این رو، وقتی شارع در جواز ازدواج با خواهرزن، مجرد انقطاع عصمت را کافی دانسته است، در ازدواج با زن پنجم نیز همین را کافی می‌داند. این تقریب، یکی از احتمالات عبارت تذکره است؛ زیرا ایشان - چنان که گذشت - چنین فرمود: «... والنص في الاختين يستلزمه في الزائد على الأربع لعدم الفارق بينهما»^۲

اشکال: عرفی نبودن الغاء خصوصیت

اما اشکال این تقریب واضح است؛ زیرا برای عرف چنین الغاء خصوصیتی روشن نیست و ممکن است بین این دو مسئله تفاوت باشد.

تقریب دوم: تمسک به اجماع مرکب

تقریب دوم، تمسک به اجماع مرکب است که ممکن است کلام علامه در تذکره طبق این تقریب، تفسیر شود؛ یعنی دو قول در مسئله وجود دارد:

قول اول: انکار جواز ازدواج با خواهرزن و انکار جواز ازدواج با زن پنجم در عدّه مطلقه بائن.

قول دوم: جواز ازدواج با خواهرزن و جواز ازدواج با زن پنجم در عدّه مطلقه بائن. بنابراین، تفکیک بین این دو مسئله، احداث قول ثالث و مخالف با اجماع مرکب است.

اشکال: عدم احراز اجماع در مقام

صاحب ریاض در نقد این استدلال فرموده است:

«لكنّ المستفاد من التذكرة عدم القول بالفرق بين المسألتين ... وفيه منع؛ لإطلاق المفيد في المقنعة المنع هنا، مع تصريحه باختصاصه بالعدّة الرجعية ثمة، فلا يصح دعوى عدم الخلاف مع مصيره إليه»^۳

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۵.

۲. تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۹.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۴۵-۲۴۶.

بنابراین، ایشان به دلیل مخالفت شیخ مفید، عدم قول به فصل را انکار کرده است؛ اما چنان‌که در بررسی نظر شیخ مفید در مقنعه بیان شد، انتساب این قول به شیخ مفید صحیح نیست؛ از این‌رو، این اشکال صاحب ریاض وارد نیست، گرچه تفکیک بین دو مسئله به ذهن نزدیک نیست؛ بنابراین، روایات در مسئله ازدواج با خواهرزن، به عنوان موید، مناسب خواهد بود.

تقریب سوم: تمسک به «برئت عصمتها» در روایات ازدواج با خواهرزن

تقریب سوم این است که امام علیه السلام در این روایات تنها مانع را زوجیت دانسته‌اند و در عده بودن را مانع ندانسته‌اند؛ بنابراین، اگر عصمت (زوجیت) مرتفع شود، حرمت ازدواج با زن پنجم در زمان عده مطلقه نیز مرتفع می‌شود و با ارتفاع زوجیت، دیگر ازدواج با بیش از چهار زن صادق نخواهد بود.

بررسی تقریب سوم

در بررسی تقریب سوم، دو مطلب قابل بیان است که یکی مربوط به مناقشه در این تقریب است و دیگری مربوط به برداشت اشتباه مرحوم سید نسبت به روایات اختین است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۳۲، ح ۶: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن إسماعیل بن بزيع عن محمد بن الفضیل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له أن يخطب أختها قبل أن تنقضي عدها فقال إذا برئت عصمتها ولم يكن له رجعة فقد حل له أن يخطب أختها قال و سنل عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطئ إحدهما ثم وطئ الأخرى قال إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى قلت أ رأيت إن باعها فقال إن كان إنما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأسا وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا».

الکافی، ج ۵، ص ۴۳۲، ح ۷: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حفاد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بانت أ له أن يتزوج بأختها قال فقال إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها قال و سنل عن رجل كانت عنده أختان مملوكتان فوطئ إحدهما ثم وطئ الأخرى قال إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه حتى تموت الأخرى قلت أ رأيت إن باعها أ تحل له الأولى قال إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأسا وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا ولاكرامة».

الکافی، ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۹: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عده المختلعة قال نعم قد برئت عصمتها منه وليس له عليها رجعة».

مطلب اول: احتمال دخالت معتده بودن زوجه سابق در بطلان ازدواج با زن پنجم

اما مطلب اول، مناقشه در تقریب سوم، چنین است: اگر اطلاق روایات ناهیه تمام باشد، نمی‌توان با این استدلال، آن را تقیید زد و به جواز ازدواج مرد با زن پنجم در زمان عده مطلقه بائن حکم کرد؛ زیرا ممکن است که این ازدواج محذوری غیر از جمع بین بیش از چهار زن داشته باشد و معلوم نیست که علت حکم در این مسئله، این امر باشد.

توضیح مطلب:

ادله حرمت جمع بیش از چهار زن، مفهوم ندارد که بر اساس آن گفته شود هر جا ازدواج، چنین محذوری نداشته باشد، ازدواج جایز است؛ بنابراین، اگر در جایی ازدواج، چنین محذوری نداشت، ولی شارع با دلیلی دیگر، به عدم جواز آن حکم کند، بین دو دلیل و حکم مستفاد از آنها تنافی وجود ندارد؛ همچنانکه اگر دلیلی وارد شود و حکم کند که شخص متوطن باید نماز را تمام بخواند، این دلیل مفهوم ندارد که هر کسی که متوطن نیست باید نماز را شکسته بخواند؛ از این رو، اگر دلیلی دیگر وارد شود و حکم کند که شخص غیر متوطن چنانچه از حد ترخص خارج نشده باید نماز را تمام بخواند، بین دو دلیل و حکم مستفاد از آنها تنافی نیست.

همچنین ورود تعلیل «قد برئت عصمتها منه»^۱ در روایات ازدواج با خواهرزن، دلالت می‌کند که تنها محذور ازدواج با خواهرزن، جمع بین اختین بوده که با طلاق بائن این محذور مرتفع شده است؛ اما نمی‌توان از این تعبیر استفاده کرد که در ازدواج با خامسه نیز تنها محذور، داشتن چهار زوجه است تا گفته شود با طلاق بائن این محذور مرتفع شده و هیچ محذور دیگری (نفس معتده بودن زوجه) در ازدواج مرد وجود ندارد؛ همچنانکه اگر دلیلی حکم کند که در زمان حیض، مباشرت با زن جایز نیست و با قطع خون، جایز است، از این دلیل نمی‌توان استفاده کرد که مباشرت با زنی که خونس قطع شده است، تحت هیچ عنوان دیگر حرام نیست؛ بلکه ممکن است علی‌رغم انقطاع خون حیض، مباشرت با او تحت

۱. الکافی، ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۹: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحل له أن یخطب أختها من قبل أن تنقض عده المختلعة قال نعم قد برئت عصمتها منه ولیس له علیها رجعة».

عنوان دیگری اشکال داشته باشد، مانند فرضی که زن در احرام است.

مطلب دوم: بررسی کلام سید در تمسک به انقطاع عصمت

اما مطلب دوم که مربوط به اشتباه مرحوم سید نسبت به روایات اختین است، چنین است:

مرحوم سید بعد از طرح مسئله ازدواج با زن پنجم در زمان عدّه طلاق بائن و اختیار قول به کراهت ازدواج در این مسئله، فرموده است: «و لو كانت الخامسة المخت المطلقه فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة للورود النص فيه معللاً بانقطاع العصمة»^۱

تعبیر «الورود النص فيه» که استفاده آن متعارف است، ظاهر کالنص است که در خصوص این مورد، نص خاص وارد شده است. مثلاً اگر در پاسخ از حکم حیوان، ابتدا گفته شود که این مسئله اختلافی است و سپس گفته شود: «در بیع انسان اختلافی نیست؛ زیرا در مورد آن نص وارد شده است»، ظاهر کالصریح این عبارت در این است که بیع انسان نص خاص دارد، نه اینکه نصی مشتمل بر معانی کلی و جامع وجود دارد که ممکن است بر این مورد نیز منطبق شود.

ظاهراً مرحوم سید گمان کرده که در خصوص فرضی که زن پنجم، خواهر مطلقه است، نص خاص بر جواز ازدواج در زمان عدّه بائن وارد شده و به دلیل این تلقی، از یک طرف فرموده است که هیچ اختلافی در جواز ازدواج در این فرض وجود ندارد و ما باید به جواز حکم کنیم؛ زیرا مورد روایت را نمی‌توان از تحت آن خارج کرد و از طرف دیگر با توجه به تعلیل در روایت، از مورد آن تعدی کرده و نسبت به صورتی نیز که زن پنجم خواهر مطلقه نیست، به جواز حکم کرده است.

اما ادعای وجود نص خاص درباره این فرض خاص، تمام نیست؛ زیرا چنین نصی وجود ندارد؛ بلکه نصوص سابق، فقط دلالت دارد که ازدواج با دو خواهر، در فرضی که زن را طلاق بائن دهد جایز است و مرد می‌تواند در زمان عدّه مطلقه با خواهر او ازدواج کند. به هر صورت، نظر مرحوم سید طبق چنین برداشت ناصحیحی، قابل توجیه است. مرحوم والد می‌فرمود: شخصی از اعلام بود که بحث

علمی با او داشتیم، با استعداد و اهل فکر بود؛ اما گاهی اشتباه می‌کرد و به او می‌گفتم، حدیث، این طور که شما می‌گویید نیست؛ می‌گفت: طبق اشتباه من، این استنباط صحیح است.

دلیل پنجم: تذیل «لا یجمع ماء فی خمس» در روایت زراره و محمد بن مسلم
عمده استدلالی که بر عدم تمامیت اطلاق روایات ناهیه ارائه شده، استدلالی است که علامه در تذکره^۱، محقق کرکی^۲ و صاحب مدارک در نهایه المرام^۳ مطرح کرده و پذیرفته‌اند.^۴ البته آقای حکیم^۵ به آن نپرداخته؛ ولی آقای خوئی^۶ آن را نقل و رد کرده است. استدلال مذکور چنین است: در ذیل روایتی که در صدر آن علی وجه الاطلاق، به عدم جواز ازدواج با زن پنجم قبل از انقضاء زمان عدّه مطلقه حکم شده، عبارت «لا یجمع ماء فی خمس» وارد شده است. روایت چنین است:

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن
زرارة بن أعين و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا جمع
الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة
المرأة التي طلق وقال لا يجمع الرجل ماء في خمس»^۷

تعلیل مذکور در روایت، تنها در جایی صادق است که مرد در زمان عدّه مطلقه رجعی با زن پنجم ازدواج کند؛ زیرا بر خلاف مطلقه رجعی، مطلقه بائن حقیقتاً و حکماً زوجه نیست و وطی مطلقه در طول عدّه جایز نیست و در نتیجه ازدواج مرد با زن پنجم در این زمان مستلزم جواز جمع شدن آب مرد در رحم پنج زن نیست؛ اما مطلقه رجعی حقیقتاً یا حکماً زوجه است و وطی او در زمان این عدّه جایز است و

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۹.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۷۵.

۳. نهایه المرام، ج ۱، ص ۱۷۹.

۴. البته برخی از فقهای سابق نیز این استدلال را مطرح کرده و در آن تردید کرده‌اند (الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۶۲۸-۶۲۹؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۴۶).

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۱۰-۱۱۴.

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۶۲.

۷. الکافي، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۸، ح ۱.

در نتیجه اگر ازدواج مرد با زن پنجم در این زمان جایز باشد، جمع شدن آب مرد در پنج رحم نیز جایز خواهد بود؛ زیرا لازمه جواز ازدواج، جواز وطی است و با توجه به اینکه ذیل روایت، این لازمه را حرام کرده، جواز ازدواج با زن پنجم که ملزوم این لازمه است نیز نفی می شود؛ به عبارت دیگر، شارع در این روایت، در مقام نفی جواز این ازدواج از طریق نفی لازمه آن (نفی جواز وطی) است.

و از سوی دیگر بر اساس مبنای «العله تخصص» حکم مستفاد از این روایت، مختص به ازدواج در زمان عدّه طلاق رجعی می شود و اگر در مسئله اطلاعاتی وجود داشته باشد، به قرینه این روایت، مقتید به این صورت می شود.

مناقشه در دلیل پنجم

اما این استدلال قابل مناقشه است.

مناقشه اول: احتمال تعدّد روایت در صدر و ذیل

اولاً، معلوم نیست که ذیل روایت که با عبارت «و قال» نقل شده، ادامه روایت باشد و احتمال دارد که روایت دیگری باشد که راوی در ادامه نقل این روایت، به تخیل مناسبت با حکم مستفاد از آن^۱، با عبارت «و قال» نقل کرده است و این امر نیز متعارف بوده است.^۲

وجه تردید در وحدت روایت نیز این است که متعارف و معمول نیست که انسان در نقل کلام واحد، ابتدا «قال» بگوید و مقداری از کلام را نقل کند و سپس دوباره بگوید «و قال» و بقیه کلام را نقل کند؛ بنابراین، ذیل، موجب تضییق و تقیید حکم نمی شود. با توجه به این مطلب، اگر صدر این روایت و روایات دیگر اطلاق داشته باشد و

۱. همچنین ممکن است راویان که محمد بن مسلم و زراره هستند، چنین تخیلی نکرده اند؛ ولی چون ارتباط دو فقره را احتمال می داده اند، چنین نقل کرده اند.

۲. ممکن است گفته شود که ظاهر روایت این است که گوینده «قال» در ذیل روایت، همان راوی مباشر، یعنی زراره و محمّد بن مسلم باشد و بعید است که در نقل هر دو راوی که از اجّالی فقهای اصحاب ائمه علیهم السلام محسوب می شوند، هر دو «و قال» را گفته باشند و جمع در روایت باشد؛ اما در پاسخ می توان گفت که ظهور «و قال» در این است که این دو فقره (صدر و ذیل) به صورت متصل به هم، از امام علیه السلام صادر نشده است؛ بنابراین، ممکن است هر دو فقره در یک مجلس واحد ولی به صورت منفصل بوده و هم محمد بن مسلم و هم زراره در آن مجلس حاضر بوده و هر دو فقره را نقل کرده اند.

شامل طلاق بائن نیز بشود، نمی توان با این ذیل، آن را تقیید زد؛ زیرا وحدت روایت محرز نیست و در صورتی که ذیل، روایت مستقل باشد، منافاتی با اطلاق حکم به عدم جواز ندارد. ممکن است ازدواج در زمان عدّه مطلقه بائن، محذوری غیر از ازدواج با بیش از چهار زن داشته و شارع به دلیل آن محذور، با روایات مشابه روایت صدر، به عدم جواز حکم کرده باشد.

مناقشه دوم: مخصّص نبودن تعلیل
مناقشه دیگری نیز وجود دارد، که در ذیل، بیان می شود.

مطلب اول: تبیین دلیل مخصّص نبودن تعلیل
حتی بر فرض وحدت روایت و اختصاص روایت به عدّه مطلقه رجعی، این امر موجب نمی شود که اطلاق روایات دیگر مقید شود؛ زیرا طبق نظر مختار، کبرای کلی «العله تخصّص» - چنان که در مباحث سابق گذشت^۱ - صحیح نیست. در مقام، فقط به بیان مختصری از دلیل نظر مختار و تطبیق آن بر مقام اکتفا می شود: طبق نظر مشهور، بین علت و حکمت فرق است؛ زیرا علت، معمم و مخصّص حکم است؛ اما حکمت چنین نیست. مثال معروفی که برای «العله تخصّص» ذکر می شود، جمله «لا تأکل الرمان؛ لآنه حامض» است.

نکته ای که در اینجا قابل توجه است این است که - چنان که مرحوم حاج شیخ عبد الکرم حائری^۲ فرموده است - این تعبیر در صورتی صحیح است که اکثر انارها و بلکه معظم آنها ترش باشد و صرف اینکه بعضی از آنها ترش باشد، کافی نیست. از آنجا که اکثر انارها ترش هستند، تعبیر «لا تأکل الرمان؛ لآنه حلو» صحیح نیست؛ اما «لا تأکل الرمان الحلو» صحیح است؛ زیرا در جمله دوم، حلو به صورت قید، ذکر شده و در باب تقیید اگر حصّه مقید به قید، فقط یک صدم، بلکه یک هزارم مصادیق مطلق هم باشد، اشکالی ندارد و چون بعضی از انارها شیرین اند، تقیید اشکال ندارد؛ اما تعلیل اشکال دارد. همچنین تعبیر «يجب تقليد المجتهد؛

۱. رک: کتاب نکاح، بررسی شرایط جواز نظر برای مرید ازدواج، عدم اشتراط سنگینی مهر در جواز نظر و بررسی تقارب ادله شرطیت.

۲. کتاب الصلاة (حائری)، ص ۶۱۴.

لَا تَهْ أَعْلَمُ» صحیح نیست و باید به صورت قید، چنین گفته شود: «یجب تقلید المجتهد الأعلَم»؛ با اینکه بین هزار مجتهد فقط یک نفر اعلَم است.

نکته دیگر این است که جمله دارای تعلیل، در واقع به سه جمله صغری، کبری و نتیجه منحل می‌شود. نسبت به مثال رَمَان، این سه جمله عبارتند از «کَلَّ رَمَانُ حَامِضٌ»، «و کَلَّ حَامِضٌ یَحْرِمُ أَكْلَهُ»، «فکَلَّ رَمَانٌ یَحْرِمُ أَكْلَهُ».

وقتی بدانیم که بعضی از انارها حامض نیستند، در صورت علت بودن عبارت «لَا تَه حَامِضٌ»، علاوه بر تخصیص جمله «کَلَّ رَمَانٌ حَامِضٌ»، جمله «کَلَّ رَمَانٌ یَحْرِمُ أَكْلَهُ» که جمله نتیجه است نیز تخصیص می‌خورد؛ به عبارت دیگر، حامض نبودن برخی از مصادیق انار در خارج کشف می‌کند که حکم حرمت اکل رَمَان که بدون قید و به وسیله دلیل «لَا تَأْکُلُ الرَّمَانُ؛ لَا تَه حَامِضٌ» بیان شده، مربوط به مصادیق غالب و متعارف است و شامل انارهای شیرین که مصادیق غیر متعارف هستند نمی‌شود و این مصادیق از تحت عموم خارج‌اند؛ اما در صورت حکمت بودن عبارت «لَا تَه حَامِضٌ»، جمله اوّل تخصیص می‌خورد؛ اما این تخصیص به جمله «کَلَّ رَمَانٌ یَحْرِمُ أَكْلَهُ» سرایت نمی‌کند و این جمله، به عنوان یک قانون، به عمومیت خود باقی می‌ماند و شامل مصادیق نامتعارف نیز می‌شود.

بنابراین، تعلیل‌هایی که برای حکم ذکر می‌شود، در صورتی که حکمت باشند، هیچ‌گونه تضییقی در حکم ایجاد نمی‌کنند و حکم به عموم خودش باقی می‌ماند و به عبارتی «حکمت مخصّص نیست»؛ اما اگر علت باشند، این سؤال مطرح است که «آیا علت، مخصّص است؟»؛ به عبارتی دیگر آیا علت، مفهوم دارد، و بر انتفاء سنخ حکم نسبت به مواردی که علت‌ها در آن موارد صادق نیست، دلالت می‌کند؟ طبق نظر مختار، در مثال‌هایی مانند «لَا تَأْکُلُ الرَّمَانُ؛ لَا تَه حَامِضٌ» - بر خلاف تعبیر «لَا تَأْکُلُ الرَّمَانُ الحَامِضُ» که لفظ «رَمَان» قید دارد - برای حکم، تعلیل به امری مانند حموضت شده که برخی از مصادیق، فاقد آن است؛ بنابراین، کشف می‌کنیم که مراد گوینده، شمول حکم نسبت به تمام مصادیق، حتی مصادیق نامتعارف که فاقد این علت هستند، نیست؛ بلکه مراد او تنها مصادیق متعارف است که دارای این علت هستند؛ بنابراین، به وسیله تعلیل، شخص حکم متضیق می‌شود؛ اما بر خلاف انتفاء شخص حکم از مصادیق فاقد علت، این جمله مفهوم ندارد

که بر اساس آن سنخ حکم نیز از مصادیق دیگر نفی شود؛ از این رو، از این تعلیل نمی‌توان به جواز خوردن انارهای شیرین حکم کرد؛ زیرا ممکن است این انارها به علت دیگری غیر از حموضت حرام باشند و تعلیل «لأنّه حامض» در این عبارت، نفیاً و اثباتاً نسبت به آن ساکت است؛ در نتیجه، اگر اطلاعات دیگری بر حرمت این انارها وجود داشته باشد، با این دلیل، تنافی و تعارضی ندارند تا به وسیله این دلیل، آن‌ها قید زده شود و حکم، مختص به انارهای ترش شود.

مطلب دوم: تطبیق مطلب اوّل بر مقام

با توجه به این مقدمه، با فرض احراز وحدت روایت، این تعلیل، تنها بر تضییق و اختصاص شخص حکم مستفاد از روایت به خصوص ازدواج مرد در زمان عدّه مطلقه رجعی دلالت می‌کند و دلالت ندارد که هر کجا این علت وجود نداشته باشد، سنخ حکم منتفی و ازدواج صحیح است و به علت دیگری ممنوع نیست. بنابراین، با فرض وجود روایاتی که به اطلاق، شامل ازدواج در زمان عدّه مطلقه بائن می‌شود، این روایت و اختصاص سنخ حکم در آن به طلاق رجعی، معارضه و منافاتی با آن روایات ندارد و موجب تقیید آنها نمی‌شود.

مرحوم شهید ثانی نیز در حمل روایات بر طلاق رجعی خدشه کرده و فرموده معارضی برای این روایات وجود ندارد تا چنین حملی پذیرفته شود؛ البته ایشان دلیلی برای اثبات عدم معارضه بین این روایت و بقیه روایات ارائه نکرده است؛ ولی ممکن است دلیل ایشان بر این ادعا، دو مناقشه‌ای باشد که بیان شد.

مناقشه سوم: انفصال ذیل از صدر روایت با لحاظ عدم امکان اراده عموم از ذیل

مرحوم آقای خوئی به جای دو مناقشه قبل، دو مناقشه دیگر را مطرح کرده است. ایشان فرموده است که عبارت «لا یجمع ماء فی خمس» در ذیل این روایت، موجب تقیید اطلاق روایات دیگر به طلاق رجعی نمی‌شود، و دلیل اوّل مناقشه خود را چنین بیان کرده است:

«و الوجه في البطلان أنّ جمع الماء في خمس في حدّ نفسه لما لم یکن

من المحاذیر جزماً حیث یجوز ذلك فی الإماء و المتعة قطعاً، فمن غیر البعید أن تكون هذه الفقرة من النص جملة مستقلة، تتضمن بیان حکم مستقل عما تكفلت الفقرات الأولى ببیانه، بحيث يكون الإمام (علیه السلام) بعد بیانه لحکم من طلق واحدة من أربع و أراد التزویج باخری فی عدة تلك، قد تعرض لبيان حکم الجمع بین خمس زوجات دائمات ابتداء فأفاد (علیه السلام) بأنه أمر غیر جائز. و بذلك تكون هذه الفقرة من أدلة عدم جواز التزویج بأكثر من أربع نساء، فلا تكون لها قرینة علی تقييد إطلاق ما دلت علیه الفقرات الأولى، من عدم جواز التزویج بالخامسة ما لم تنقض عدة المطلقة بما إذا كان الطلاق رجعیاً.^۱

ظاهراً مقصود مرحوم آقای خوئی این است که عدم امکان اراده عموم از ذیل روایت، قرینه است که متصل به این صدر نبوده، بلکه متصل به کلامی بوده که خصوصیت ازدواج دائم از آن استفاده می شده است؛ اما به دلیل تقطیع، آن کلام نقل نشده؛ ولی این فقره اخیر که دالالتی بر آن خصوصیت ندارد، به عنوان ذیل روایت مورد بحث، نقل شده است.

پاسخ: اتصال صدر و ذیل با لحاظ قرائن نظارت صدر به ازدواج دائم با توجه به چنین برداشتی از کلام مرحوم آقای خوئی، می توان در کلام ایشان مناقشه کرد؛ زیرا عدم عمومیت ذیل، در صورتی قرینه بر انفصال آن از صدر است که صدر، مختص به ازدواج دائم نباشد؛ اما اگر صدر، متضیق به خصوص این مورد باشد، اتصال ذیل به آن، مبتلا به مشکل نیست؛ زیرا به تبع صدر، ذیل نیز عمومیتی ندارد و مختص به این مورد است.

به عبارت دیگر، ظهور صدر روایت، اصلاً دایر مدار این ذیل نیست؛ یعنی این ذیل، خواه متصل به روایت باشد و خواه نباشد، ناگزیریم به واسطه قرائن خارجیه در صدر روایت تصرف کنیم؛ چون اطلاق صدر هم قابل التزام نیست، و اگر صدر روایت متضیق شد، اتصال این ذیل به روایت هم سبب اشکال نخواهد بود.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۶۲.

صدر روایت چنین است: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق.»

قرائن خارجی که در مجموع، دلالت بر اختصاص این عبارت به خصوص ازدواج دائم می‌کند عبارت‌اند از:

۱. برای جدا شدن از امه یا زوجه منقطعه از تعبیر «طلق» استفاده نمی‌شود؛ بنابراین، معلوم می‌شود که مراد از مطلقه، زوجه دائمی بوده است.

۲. روایت، نسبت به آن سه زن دیگر ساکت است و قید نکرده که آنها هم زوجه دائم بوده‌اند؛ در حالی که با لحاظ ادله خارجی، چنین تقيیدی ضروری است؛ زیرا قطعاً اگر سه زن دیگر، زوجه منقطعه یا امه باشند، اشکالی ندارد و جمع بیش از چهار زن ممنوع نیست.

۳. در مورد ازدواج با خامسه هم، روایت قید نکرده که ازدواج دائم باشد؛ با اینکه از خارج معلوم است ازدواج انقطاعی اشکال ندارد؛ بنابراین، اگرچه در روایت نسبت به نوع ازدواج مرد با زن پنجم، قید دائمی یا منقطع بودن این ازدواج ذکر نشده است، اما باید این قید لحاظ شود.

با در نظر گرفتن این سه قرینه، مراد جدی از روایت چنین است: «إذا جمع الرجل أربعاً بالنكاح الدائم و طلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة بالنكاح الدائم حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق.»

لذا با لحاظ این قرائن، تضييق و عدم عمومیت صدر، موجب تضييق ذیل است و عمومیتی ندارد تا گفته شود که به قرینه عدم امکان اراده عموم ذیل، این ذیل منفصل از صدر است؛ بلکه مراد جدی از صدر و ذیل، فرضی است که مرد، چهار زن دائم دارد و یکی را طلاق داده و قصد دارد قبل از انقضاء عده با زن دیگری ازدواج دائم کند و امام علیه السلام این ازدواج را به دلیل استلزام جواز جمع آب مرد در رحم پنج زن

۱. در الکافی (ج ۵، ص ۴۲۹) و تهذیب الأحکام (ج ۷، ص ۲۹۴)، «فطلق» است؛ اما در وسائل الشیعة (ج ۲۰، ص ۵۱۸) و برخی نسخ الکافی (دار الحدیث)، ج ۱۰، ص ۸۴۶، «و طلق» آمده است.

۲. «إذا جمع الرجل أربعاً».

۳. «فلا يتزوج الخامسة».

دائم، منع کرده‌اند.

مناقشه چهارم

مناقشه دیگر مرحوم آقای خوئی چنین است:

«ولو تنزلنا عن ذلك فلا يخفى أنه لا مجال للجمود على حاق ألفاظ الرواية و الأخذ بها، إذ أنّ جمع الماء في خمس بمعناه الحقيقي في آن واحد أمر غير معقول، لوضوح عجزه عن مقاربة أكثر من واحدة في آن واحد، بل لا بدّ من التصرف شيئاً ما في ظاهرها الثؤل و حملها على إرادة جمع مائه في رحم خمس من النساء في آن واحد حيث أنّ المفروض أنّه قد دخل بهنّ وإلا لما كان للمطلقة عدّة، فيكون ماؤه بالدخول بالخامسة موجوداً في رحم خمس نساء.

و من هنا فلا تصلح هذه الفقرة لتقييد الحكم بعدم الجواز بما إذا كان الطلاق رجعيّاً، فإنّ ما هو المحذور فيه موجود بعينه في الطلاق البائن، بل تكون الرواية شاملة للمطلقة بائناً على حدّ شمولها للمطلقة رجعيّة، فإنّ ماءه موجود في رحمها بعد الطلاق أيضاً»^۱

توضیح مناقشه ایشان چنین است:

اگر از مناقشه اول قطع نظر شود و وحدت صدر و ذیل روایت پذیرفته شود، باز هم نمی‌توان گفت که ذیل روایت، موجب تقييد اطلاق صدر و اطلاق روایات دیگر می‌شود؛ زیرا از یک طرف عادتاً امکان ندارد که انسان در آن واحد در رحم پنج زن انزال کند و از سوی دیگر به قرینه لزوم عدّه برای مطلقه در صدر روایت، استفاده می‌شود که مدخوله بودن زوجات، فرض شده است. با توجه به این دو مطلب، با فرض وحدت روایت، مراد از عبارت ذیل این است که «مرد مجاز نیست بقاء ماء خود را در پنج رحم جمع کند» و واضح است که این معنا شامل ازدواج مرد با زن پنجم در زمان عدّه مطلقه بائن نیز می‌شود و عدّه طلاق رجعی و بائن از این جهت فرق ندارند؛ زیرا ماء مرد می‌تواند بقاء در رحم مطلقه بائن باشد.

بنابراین، ذیل روایت، موافق با مفاد اطلاق روایات دیگر است و منافاتی با آن

ندارد تا قرینه بر حمل آن روایات بر طلاق رجعی شود.^۱

اشکال بر مناقشه چهارم

این مناقشه ایشان نیز ناتمام است و اشکالات متعددی بر آن وارد است.

اشکال اول: عدم فرض مدخوله بودن زن های غیر مطلقه در روایت

اولاً، ایشان فرموده است: مدخوله بودن چهار زن در روایت فرض شده است؛ اما این ادعا درست نیست، اگرچه مدخوله بودن زن مطلقه به قرینه لزوم عده برای او، فرض شده، اما نسبت به مدخوله بودن سه زن دیگر ساکت است.

از سوی دیگر از لحاظ فتوای فقها، مدخوله بودن یا نبودن زوجات دیگر، دخالتی در حکم به جواز یا عدم جواز ازدواج مرد با زن پنجم در زمان عده مطلقه ندارد.

اشکال دوم: عدم فرض دخول و انزال نسبت به زن پنجم در روایت

ثانیاً، ایشان علاوه بر مفروض دانستن مدخوله بودن زوجات دیگر، دخول و انزال نسبت به زن پنجم را نیز مفروض دانسته و بر اساس آن فرموده است که وجه منع ازدواج این است که موجب جمع شدن آب مرد در پنج رحم می شود.

لازمه این کلام آن است که حکم مستفاد از روایت، مختص به فرضی باشد که بعد از ازدواج، دخول صورت گیرد، در حالی که تعبیر «فلا یتزوج الخامسة» در روایت، مطلق است و مقید به خصوص این فرض نیست.^۲

۱. توضیح مناقشه ایشان را در قالب چند مقدمه می توان بیان کرد:

مقدمه اول: لزوم تصرف در «لا یجمع ماء فی خمس» با لحاظ عجز از مقاربت با بیش از یک زن در یک لحظه.

مقدمه دوم: ظهور معتذره بودن مطلقه در مدخوله بودن چهار زن سابق.

مقدمه سوم: ظهور روایت در ممنوعیت تحقق هم زمان منی در پنج رحم.

مقدمه چهارم: عدم دخالت رجعی و بان بودن طلاق در تحقق هم زمان منی در پنج رحم.

نتیجه مقدمات: عدم تقیید «صدر روایت و اطلاعات ناهیه دیگر» به طلاق رجعی.

هر یک از اشکال های مطرح شده از سوی استاد علیه السلام مربوط به بعضی از این مقدمات است؛ اشکال اول، دوم و سوم، به ترتیب مربوط به مقدمه دوم، سوم و چهارم است.

۲. البته اشکال استاد علیه السلام بر اساس ظاهر آنچه در تقریرات درس مرحوم آقای خونی آمده مطرح شده و الا ممکن است گفته شود مراد آقای خونی این است که چون با ازدواج با خامسه زمینه دخول و انزال و در

اشکال سوم: کشف «نبود منی در رحم مطلقه» با یک حیض

ثالثاً، ایشان بعد از مفروض دانستن مدخوله بودن زوجات دیگر، مطلقه و زن پنجم، فرموده است: ازدواج با زن پنجم ممنوع است؛ زیرا مستلزم جمع شدن آب مرد در رحم پنج زن و لو بقاء است که بر طبق این روایت ممنوع است و فرقی بین عده رجعی و بائن در ترتب چنین محذوری بر ازدواج با زن پنجم نیست؛ اما اگر مرد صبر کند و عده تمام شود، از تمام شدن زمان عده، کشف می شود که رحم مطلقه، خالی از آب مرد است و در نتیجه، از ازدواج مرد با زن پنجم، چنین محذوری به وجود نمی آید و مرد می تواند با زن پنجم ازدواج کند.

این مطلب نیز تمام نیست؛ زیرا کشف خالی بودن رحم مطلقه از آب مرد، متوقف بر انقضاء عده نیست؛ بلکه با اولین مرتبه که زن حائض شود، چنین امری کشف می شود و در بسیاری از موارد، این حیض قبل از طلاق رخ داده است؛ زیرا طلاق شرعی زنی که مدخوله است وقتی است که زن در پاکی بدون جماع بوده باشد؛ بنابراین، قبل از آن، حیض این زن محقق شده است و لازمه آن - طبق برداشت ایشان از روایت در فرض اتصال صدر و ذیل و ملاک بودن جمع آب مرد در رحم پنج زن - این است که مرد می تواند با زن پنجم ازدواج کند؛ اگرچه عده زن، منقضی نشده باشد.

معنای مختار در فرض وحدت صدر و ذیل روایت

با توجه به این اشکالات، در فرض وحدت روایت و عدم انفصال ذیل از صدر، بر خلاف استظهار مرحوم آقای خوئی، مراد از روایت این نیست که ازدواج مرد با زن پنجم در صورتی ممنوع است که لازمه آن جمع شدن آب مرد در رحم پنج زن در آن واحد و لو بقاء باشد؛ بلکه مراد این است که لازمه جواز ازدواج مرد با زن پنجم قبل از انقضاء عده مطلقه، جواز وطی پنج زن است و با توجه به اینکه ذیل روایت، این لازمه را با عبارت «لا یجمع ماء فی خمس» نفی نموده جواز ازدواج با زن پنجم که ملزوم این لازمه است نیز نفی می شود و به عبارت دیگر، شارع در این روایت در مقام نفی جواز این ازدواج از طریق نفی لازمه آن (جواز وطی پنج زن) است.

این تعلیل، تنها در ازدواج در عدّه رجعی صادق است؛ زیرا در زمان عدّه بائن، مرد حق رجوع و وطی ندارد.

بررسی کراهت ازدواج با زن پنجم قبل از انقضای عدّه بائن

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که با توجه به اینکه ازدواج با زن پنجم در عدّه بائن یکی از زوجات اربعه، جایز است، آیا کراهت دارد یا خیر؟ مرحوم سید اطلاق روایات ناهیه را قید نزده؛ بلکه فرموده است که ازدواج با زن پنجم قبل از انقضای عدّه مطلقه، مطلقاً منهی است؛ اما نسبت به ازدواج در زمان عدّه مطلقه رجعی، نهی، تحریمی و نسبت به زمان عدّه مطلقه بائن، تنزیهی است؛ از این رو، ازدواج با زن پنجم قبل از انقضای عدّه بائن، مکروه است.^۱

این کلام مرحوم سید بر خلاف مبانی متعارف بین فقها و اصولیان است. در مواردی که بر خلاف اطلاق یک دلیل، دلیل دیگری وجود داشته باشد، اصولیان از اطلاق دست برمی دارند، نه اینکه اطلاق را حفظ کنند و آن را حمل بر کراهت یا اعم از کراهت و حرمت کنند؛ بنابراین، عدّه ای مانند علامه^۲، روایات را بر ازدواج در زمان عدّه مطلقه رجعی حمل کرده اند؛ اگرچه برخی^۳، هم تقیید و هم کراهت را در عرض هم ذکر کرده اند؛ اما مرحوم سید منحصرأ کراهت را مطرح کرده است.^۴

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۵.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۹.

صاحب مدارک (نهایة المرام، ج ۱، ص ۱۷۹) و مرحوم مجلسی (مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۹۰) نیز در کراهت اشکال کرده اند.

۳. الروضة البهیة (با حاشیة سلطان العلماء)، ج ۲، ص ۹۴؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۰.

۴. برخی از قائلین به کراهت عبارت اند از: محقق کرکی (جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۷۵)، شهیدین (اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۹؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۲۱۵)، مرحوم فیض (مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۴۷)، صاحب جواهر (جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۹ و ۱۱)، و شیخ انصاری (رسالة فی التحريم من جهة المصاهرة، ص ۴۱۹).

از ظاهر کلام علامه مجلسی (مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۹۰) و صاحب جواهر (جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۹) استفاده می شود که ایشان از عبارت محقق، اختصاص کراهت به فرض اختین را برداشت نکرده اند. عبارت شرائع الإسلام چنین است:

حکم صورت پنجم (ازدواج با زن پنجم قبل از انقضاء عده وفات)

صورت پنجم ازدواج با خامسه در عده زوجه سابق، این است که مرد قصد دارد با زن پنجم ازدواج کند، در حالی که از وفات زوجه اش چهار ماه و ده روز نگذشته است؛ آیا این عمل جایز است؟

بررسی روایات مسئله

ابتدا روایات مسئله بررسی می شود؛ دو طایفه از اخبار وجود دارد:

طایفه اول: روایات مجوزه

طایفه دوم: روایات مانعه.

طایفه اول: روایات مجوزه

در طایفه اول، روایت علی بن جعفر و زراره قرار دارد.

روایت اول: معتبره علی بن جعفر

عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل كانت له أربع نسوة فماتت إحداهن هل يصلح أن يتزوج

«الاولى إذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضي عدتها إن كان الطلاق رجعيًا ولو كان بانئا جاز له العقد على أخرى في الحال وكذا الحكم في نكاح اخت الزوجة على كراهية مع البيئونة» (شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۷).

در هر حال، وجه اینکه این دسته از فقها قائل به کراهت شده اند، چند دلیل عمده است: احترام زوجیت (الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۲۱۵)، بقاء فی الجملة نكاح (جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۹) و نهی از مطلق تزویج در زمان عده زوجه (الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۲۱۵؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۹؛ رساله فی التحريم من جهة المصاهرة، ص ۴۱۹)؛ مانند صحیح زراره و محمّد بن مسلم (الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن زرارة بن أعين و محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عده المرأة التي طلق وقال لا يجمع الرجل ماءه في خمس» ووسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۸، ح ۱).

۱. در مسائل علی بن جعفر و نقل بحار از آن، «كان آمده است.

۲. در وسائل و نقل بحار از مسائل علی بن جعفر چنین است: «هل يصلح له».

في عدتها اخرى^۱ قبل أن تنقضي عدة المتوفاة^۲ قال^۳ إذا ماتت فليتزوّج متى أحب^۴.^۵ با توجه به اینکه در مورد روایت، شوهر زنده است و زن فوت شده، معنا ندارد که گفته شود نکته عدم جواز ازدواج مرد، وجود عده وفات است؛ زیرا بر عهده مرد، عده وفات نیست؛ از این رو، مراد از تعبیر «عدة المتوفاة» در روایت، مدت چهار ماه و ده روزی است که اگر مرد می‌مرد و این زن زنده بود باید به عنوان عده صبر می‌کرد.

مناقشه در اعتبار روایات «مسائل علی بن جعفر»

مرحوم آقای خوئی از روایت علی بن جعفر، تعبیر به صحیح کرده است.^۶ در توجیه کلام آقای خوئی ممکن است گفته شود اگرچه در سندی که مرحوم حمیری در قرب الإسناد برای این روایت ذکر کرده «عبدالله بن الحسن العلوی» وجود دارد که توثیق ندارد، اما این امر مانع از صحیح بودن روایت نیست؛ زیرا روایاتی که حمیری در قرب الإسناد از علی بن جعفر نقل کرده، مشافهه^۷ نیست؛ بلکه از کتاب علی بن جعفر است که از کتب معروف بوده و مشایخ، مانند مرحوم کلینی و شیخ طوسی، به طریق صحیح آن را نقل کرده‌اند.

وجه اینکه مرحوم حمیری با وجود طریق صحیح، روایات را از «عبدالله بن الحسن» که توثیق ندارد نقل کرده، این است که هدف او از تألیف کتاب قرب الإسناد، جمع آوری روایات دارای اسناد عالی بوده است. در اصطلاح درایه، روایات عالی‌السند روایاتی هستند که در آن، تعداد واسطه‌های بین راوی و امام، کمتر از متعارف است.

بین حمیری و امام موسی بن جعفر علیه السلام به طور متعارف باید چهار نفر واسطه باشد؛ حال اگر در چنین حدیثی، راوی در جوانی از پیرمردی حدیث را بشنود و در ایام

۱. در مسائل علی بن جعفر و همچنین نقل بحار از آن چنین است: «أن يتزوج مكانها اخرى».

۲. در مسائل علی بن جعفر و همچنین نقل بحار از آن چنین است: «المتوفى».

۳. در وسائل چنین است: «فقال».

۴. در مسائل علی بن جعفر و همچنین نقل بحار از آن به جای «متى أحب» چنین است: «ما أحب».

۵. قرب الإسناد، ص ۲۴۹، ح ۹۸۵؛ مسائل علی بن جعفر، ص ۱۰۶، ح ۱۰ بحار الأنوار، ج ۱۰، ص ۲۵۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۲۱، ح ۷.

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۶۵.

پیری آن را نقل کند و دو واسطه بیشتر نباشد، آن را عالی‌السند گویند.

بر این اساس، این روایت با طرق متعدد به حمیری رسیده؛ اما ایشان آن را با این سند و با دو واسطه از امام موسی بن جعفر علیه السلام نقل کرده است؛ زیرا واسطه‌ها در آن کمتر و تنها دو نفر است.

علو سند در روایات شیخ طوسی نیز وجود دارد؛ برای نمونه، مرحوم حاج آقا بزرگ نوشته است که مرحوم شیخ طوسی در بعضی موارد برای طریق خود به بعضی کتاب‌ها، «احمد بن محمد بن الصلت اهوازی» را انتخاب کرده است.^۱ ابن الصلت از اشخاصی که بیش از هفتاد سال قبل از او فوت کرده‌اند، نقل کرده و انتخاب او که فردی عامی^۲ است به اعتبار علو سند است.

اما این استدلال قابل مناقشه است؛ زیرا این بیان در توجیه کلام آقای خوئی در فرضی صحیح خواهد بود که ثابت شود کتاب علی بن جعفر یک نسخه و یک تحریر داشته و همان نسخه، مشهور یا متواتر است و یا به طرق صحیح رسیده است؛ اما چنین امری ثابت نیست؛ زیرا بسیاری از کتاب‌ها مانند «بصائر الدرجات»^۳ و «خرائج» راوندی^۴ چند تحریر دارند؛ حتی کتابی مانند «وسائل الشیعه»، تحریر مختصر و مفصل دارد.^۵

۱. طبقات اعلام الشیعه، ج ۲، ص ۲۶.

ابن الصلت اهوازی متولد ۳۲۴ قمری و متوفای ۴۰۹ قمری است (تاریخ بغداد، ج ۵، ص ۱۳۴، رقم ۲۵۵۵)؛ لذا روایت او از ابن عقده که متوفای ۳۳۳ قمری است (رجال النجاشی، ص ۹۵)، به این معناست که او در زمان وفات ابن عقده ۹ ساله بوده و در اواخر عمرش که شیخ طوسی از او نقل کرده، ۸۵ ساله بوده و ۷۶ سال از وفات ابن عقده گذشته بوده است.

۲. دلیل عامی بودن ابن الصلت را می‌توان چنین بیان کرد که درباره او در منابع عامه چنین تعبیر شده است: «صدوقا صالحا» (تاریخ بغداد، ج ۵، ص ۱۳۴). اگر او شیعه بود، چنین تعبیری بدون اینکه نامی از مذهب او آورده شود، در تراجم عامه بعید بود؛ البته عامی بودن ابن الصلت حتی اگر واضح هم نباشد، به کلام استاد علیه السلام که در متن آمده، خدشه‌ای وارد نمی‌کند؛ زیرا با وجود میسر بودن استفاده از ثقات امامی، چنانچه شخصی که وضعیتش از نظر مذهب روشن نباشد در طریق به کتاب استفاده شود، احتمال علو سند وجود خواهد داشت و همین احتمال برای عدم اعتبار کافی است.

۳. الذریعة إلى تصانیف الشیعه، ج ۳، ص ۱۲۴-۱۲۵.

۴. الذریعة إلى تصانیف الشیعه، ج ۷، ص ۱۴۵-۱۴۶.

۵. الذریعة إلى تصانیف الشیعه، ج ۴، ص ۳۵۴.

علی بن جعفر کتابی داشته و مرحوم کلینی و شیخ طوسی با واسطه از کتاب او نقل کرده‌اند و طریق آنها نیز صحیح است؛ ولی ثابت نیست که نسخه‌ای که این دو از آن نقل کرده‌اند، همان نسخه‌ای باشد که حمیری از آن نقل کرده است؛ همچنان‌که ثابت نیست که نسخه‌ای که در دست عبدالله بن الحسن بوده و اجازه روایت آن را به حمیری داده، همان نسخه معتبر و مشهور باشد و به احتمال قوی نسخه خود حمیری هم چند تحریر داشته که به طور مبوّب و غیر مبوّب نوشته‌اند و اگر بعضی طرق صحیح باشد، طریق دیگر که معلوم نیست از چه نسخه‌ای اخذ شده، اعتبارش ثابت نیست.

البته این شبهه در کتب اربعه و مانند آن نیست؛ چون تمام نسخ این کتب - و لو با واسطه - با اصل مقابله شده است؛ به علاوه، این کتاب‌ها، کتب درسی بوده که قرائت می‌شده^۱ و مستند عموم فقها و مرجع آنها بوده است؛ بنابراین، وضعیت آنها با

۱. طریق مرحوم کلینی به کتاب علی بن جعفر، این طریق پُر تکرار است: «محمّد بن یحیی عن العمرکی بن علی عن علی بن جعفر عن أبي الحسن موسى عليه السلام؛ هم «محمد بن یحیی» و هم «عمرکی» هر دو از اجلای ثقات امامیه هستند (رجال النجاشی، ص ۳۵۳، رقم ۸۲۸؛ و ص ۳۵۳، رقم ۹۴۶)؛ بنابراین، طریق معتبری است.

طریق شیخ در فهرست چنین است: «أخبرنا جماعة عن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن محمد بن يحيى عن العمرکی الخراسانی البوفکی عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر. ورواه محمد بن علي بن الحسين [بن بابویه] عن أبيه عن سعد بن عبد الله والحميري وأحمد بن إدريس و علي بن موسى عن أحمد بن محمد عن موسى بن القاسم البجلي عن علي بن جعفر» (فهرست الطوسی، ص ۲۶۴ - ۲۶۵). این طریق صحیح است.

طریق شیخ در مشیخه تهذیب نیز چنین است: «و ما ذکرته عن علي بن جعفر فقد أخبرني به الحسين بن عبيد الله عن أحمد بن محمد بن يحيى عن أبيه محمد بن يحيى عن العمرکی النيسابوري البوفکی عن علي بن جعفر» (تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخه، ص ۸۶). طبق نظر مختار استاد رحمته الله این طریق نیز صحیح است؛ زیرا احمد بن محمد بن یحیی با وجود اینکه توثیق صریح ندارد؛ اما جزء مشایخ اجازه است و در اجازات نقل کتب ده‌ها تن از اصحاب، نام او آمده است (به عنوان نمونه: رجال النجاشی، ص ۱۳، رقم ۸؛ و ص ۲۰، رقم ۲۵؛ و ص ۲۱، رقم ۲۹). همچنین وی از مشایخ مرحوم صدوق بوده که بسیار از او روایت نقل کرده و این امر با مراجعه به کتب شیخ صدوق کاملاً روشن است.

۲. به عنوان نمونه در مورد کافی شریف چنین گفته شده است: «و أخبرنا الحسين بن عبيد الله قراءة عليه أكثر الكتاب الكافي عن جماعة منهم: أبو غالب أحمد بن محمد الزراري وأبو القاسم جعفر بن محمد بن قولويه و أبو عبد الله أحمد بن إبراهيم الصيمري المعروف بابن أبي رافع و أبو محمد هارون بن

کتاب‌هایی مانند کتاب علی بن جعفر فرق می‌کند و در اعتبار آنها تردیدی نیست.^۱

موسی التلعکبري و أبو المفضل محمد بن عبد الله بن المطلب الشيباني کلهم عن محمد بن یعقوب (فهرست الطوسي، ص ۳۹۵).

۱. چنان‌که استاد^۲ نیز در مواردی متذکر شده است، مرحوم آقای خونی در موارد فراوان، روایاتی را که از طریق «عبدالله بن الحسن» در قرب الإسناد نقل شده ضعیف دانسته است؛ زیرا عبدالله بن الحسن توثیق ندارد (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۱۲، ص ۱۰۷؛ و ج ۱۳، ص ۱۱۲؛ و ج ۱۴، ص ۳۵۶ و ۴۱۱؛ و ج ۱۷، ص ۲۲۷؛ و ج ۱۸، ص ۹؛ و ج ۲۸، ص ۴۰۸؛ و ج ۲۹، ص ۹۴)؛ اما ایشان روایات مسائل علی بن جعفر را معتبر می‌داند. ایشان معتقد است طریق صاحب وسائل به مسائل علی بن جعفر - که چاپ شده است - طریق صحیحی است؛ زیرا طریق صاحب وسائل به شیخ طوسی می‌رسد و طریق شیخ طوسی نیز به کتاب علی بن جعفر - که به اعتقاد مرحوم آقای خونی همان مسائل علی بن جعفر است - طریقی معتبر است؛ البته مراد مرحوم آقای خونی از اعتبار طریق شیخ طوسی به کتاب علی بن جعفر، طریق او در منشیخه (تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المنشیخه، ص ۸۶) نیست که طبق نظر ایشان به دلیل عدم توثیق در مورد «احمد بن محمد بن یحیی»، غیر معتبر است؛ بلکه طریق شیخ در فهرست که معتبر است، مراد ایشان است.

طریق شیخ در فهرست چنین است: «علی بن جعفر أخو موسى بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب (عليهم الصلاة والسلام) جليل القدر ثقة. وله كتاب المسائل. أخبرنا جماعة عن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن محمد بن يحيى عن العمركي الخراساني البوكلي عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر. ورواه محمد بن علي بن الحسين [بن بابويه] عن أبيه عن سعد بن عبد الله والحميري وأحمد بن إدريس وعلي بن موسى عن أحمد بن محمد عن موسى بن القاسم الجعفي عن علي بن جعفر» (فهرست الطوسي، ص ۲۶۴-۲۶۵، رقم ۳۷۷).

اما طبق اعتقاد مرحوم آقای خونی، طریق شیخ حرّ به قرب الإسناد معتبر نیست؛ زیرا «عبدالله بن الحسن» در طریق آن واقع شده که توثیق ندارد. حال با توجه به اینکه طبق تقریر درس آقای خونی، روایتی که نقل شده، طبق نقل قرب الإسناد است و در عین حال این روایت با کمی تفاوت جزئی که مغیر معنا نیست در مسائل علی بن جعفر آمده، ظاهراً مراد مرحوم آقای خونی از صحیحی بودن این روایت، با لحاظ نقل آن در مسائل علی بن جعفر است و سهوی از ایشان یا مقرّر درس رخ داده که به جای نقل روایت مسائل علی بن جعفر، روایت قرب الإسناد نقل شده است.

در هر حال، استاد^۳ در موارد متعدّد به مناقشه در کلام ایشان پرداخته است که عمده این مناقشه در دو امر است:

امر اول، مناقشه در اعتبار روایات کتاب علی بن جعفر است؛ زیرا:

اولاً، طریق شیخ حرّ به کتاب علی بن جعفر (وسائل الشیعه، ج ۳، ص ۱۵۵ و ۱۷۳-۱۷۹) غیر معتبر است و همان طریقی است که شیخ حرّ از علامه مجلسی اجازه گرفته است («أخبرنا أحمد بن موسى بن جعفر بن أبي العباس قال حدثنا أبو جعفر بن يزيد بن النضر الخراساني من كتابه في جمادى الآخرة سنة إحدى وثمانين قال حدثنا علي بن الحسن بن علي بن عمر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي

روایت دوم: صحیحۀ زرارۀ

عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يموت وليس معه إلا النساء قال تغتسل امرأته لأنها منه في عدّة، وإذا ماتت لم يغتسلها لأنه ليس منها في عدّة.»^۱

طالب عليه السلام عن علي بن جعفر بن محمد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «بحار الأنوار ج ۱۰، ص ۲۴۹). دلیل بی اعتباری این طریق این است که گویندۀ «آخرنا» معلوم نیست. علاوه بر این، دو نفر اول در ابتدای این سند مجهول‌اند؛ البته «علی بن الحسن بن علی بن عمر» فرزند نوۀ عمر اشرف است و همان علی عسکری است. او پدر ناصر اطروش است؛ ولی وثاقت او معلوم نیست.

ثانیاً، این طریق، طریقی تشریفاتی است و طریق به نسخه نیست تا اعتبار نسخه موجود از کتاب علی بن جعفر یعنی مسائل علی بن جعفر را ثابت کند.

ثالثاً، نسخه موجود از کتاب علی بن جعفر، یعنی همین کتابی که به نام مسائل علی بن جعفر چاپ شده، به دلیل تفاوت شدید روایات کتب دیگر با روایات این کتاب، قابل اعتماد نیست و احتمال تعدّد نسخه‌های کتاب علی بن جعفر مشکل ساز است. بنای حمیری بر نقل روایات علی بن جعفر بوده و در عین حال می‌بینیم با مسائل علی بن جعفر فرق دارد و در بسیاری از موارد فتاویٰ شاذ در کتاب موجود از علی بن جعفر وجود دارد. روایات اختصاصی مسائل علی بن جعفر که حتی در قرب الإسناد نیز نیامده، در کتب اصحاب نیز مطرح نشده است؛ بنابراین، روایات مسائل علی بن جعفر که نه در تهذیب، کافی و فقیه، و نه در هیچ کتاب معتبر دیگر نیامده است، بی اعتبار خواهد بود. ظاهراً تحریرهای مختلفی از این کتاب وجود داشته است؛ مانند دیوان حافظ که می‌دانیم حافظ یک دیوان شعر داشته که دیگران جمع‌آوری و نقل کرده‌اند، اما به اشکال مختلف نقل شده است؛ گاهی سیصد غزل، گاهی نهصد غزل و... و از این رو، نمی‌توان تک‌تک غزل‌های هر نسخه را از سروده‌های حافظ دانست.

امر دوم، مناقشه در بی اعتباری روایات عبدالله بن الحسن در قرب الإسناد است؛ زیرا حتی اگر غرض از نقل روایات و تألیف کتاب رواپی، «قرب اسناد» باشد؛ یعنی هدف اصلی، کم‌کردن تعداد واسطه‌ها تا معصوم عليه السلام باشد و چه‌بسا برای نیل به این هدف، به وثاقت واسطه‌ها اهمّیت داده نشود، اما احراز نشدن وثاقت آن راوی، به معنای بی اعتباری روایات کتاب نقل شده از طریق وی نیست؛ زیرا قرب اسناد، مجوّز این نیست که فرد ثقه، روایات نامعتبر را نقل کند و نشر دهد؛ از این رو، اینکه حمیری کتاب علی بن جعفر را از طریق عبدالله بن الحسن العلوی نقل کرده، گرچه وثاقت عبد الله بن الحسن را اثبات نمی‌کند؛ اما این خدشۀ ای به اعتبار روایات کتاب علی بن جعفر که حمیری در قرب الإسناد نقل کرده نیز، وارد نمی‌کند؛ زیرا اگر کتاب علی بن جعفر به طریق صحیح (همین طریق یا طریقی دیگر) به دست حمیری نرسیده و اعتبار آن برای وی ثابت نبوده باشد، نقل چنین روایاتی، تخلف از شیوۀ متعارف شمرده می‌شود؛ در حالی که درباره حمیری چنین قدحی مانند «یروي عن الضعفاء» وارد نشده است.

در این روایت، تعلیل آورده شده که چون مرد از ناحیه زوجه متوقفاً در عده نیست، با او اجنبی است؛ از این تعلیل استفاده می‌شود که در مقام نیز ازدواج مرد بلافاصله بعد از وفات زوجه جایز است. این روایت، در کتب فقهی، در مسئله مورد بحث، اصلاً مطرح نشده؛ ولی به نظر می‌رسد تعلیل موجود در آن، مرتبط با بحث است.^۱

طایفه دوم: روایات مانعه (موثقه عمار)

در طایفه دوم (روایات مانعه) فقط موثقه عمار قرار دارد:

عنه (محمّد بن أحمد بن یحیی) عن أحمد بن الحسن بن علی عن عمرو بن سعید عن مصدّق عن عمار قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل یكون له أربع نسوة فتموت إحداهن فهل یحلّ له أن یتزوج أخرى مکانها قال لا حتّی یأتی^۲ علیها أربعة أشهر و عشر سئل فإن طلق واحدة هل یحلّ له أن یتزوج قال لا حتّی یأتی علیها عده المطلقة.»^۳

۱. ممکن است گفته شود که روایات متعددی وجود دارد که غسل دادن زن توسط شوهر جایز است و شیخ طوسی نیز در جمع اخبار در تهذیبین (تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۴۳۷؛ الاستبصار، ج ۱، ص ۱۹۸) فتوای به جواز غسل از روی لباس داده؛ ولی اشاره‌ای به لزوم پوشاندن صورت نکرده است؛ بنابراین، شوهر کاملاً اجنبی نسبت به زوجه نشده است (ر.ک: النهایة (شیخ طوسی)، ص ۳۷ و ۴۲). استاد علیه السلام نیز غسل زن توسط شوهر را بدون هیچ قیدی جایز دانسته است (توضیح المسائل، ص ۱۰۵-۱۰۶)؛ بنابراین، این روایت و یا اطلاق آن قابل اخذ نیست تا بتوان به تعلیل مذکور تمسک کرد.

اما این اشکال ناتمام است؛ زیرا تعلیل، همواره به یک امر ارتکازی است، یا ارتکاز عرفی یا ارتکاز شرعی. در مقام نیز امام علیه السلام به یک امر ارتکازی در نزد متشرعه تمسک کرده‌اند که مرد مانند زن نیست که لازم باشد عده نگه دارد و سپس ازدواج کند؛ البته این مطلب به این معنا نیست که عده نداشتن مرد روشن بوده؛ بلکه با توجه به تعلیل امام علیه السلام - با فرض حجیت این روایت - ارتکازی بودن این امر استفاده می‌شود.

در هر صورت، این امر ارتکازی منشأ یک نهی تنزیهی از غسل زوجه توسط زوج است و تنزیهی بودن نهی مذکور مانع از تمسک امام علیه السلام به تعلیل نیست. به عبارت دیگر امام علیه السلام می‌فرمایند: به سبب همین حکم شارع که عده بر مرد لازم نیست، این مرد گویا نوعی اجنبی محسوب می‌شود، لذا بهتر است غسل زن را او انجام ندهد.

۲. در وسائل به جای «یأتی»، در هر دو جای این روایت، «تأتی» آمده است.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۵، ح ۱۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۲۱، ح ۵.

در این روایت، همه ثقه هستند و غیر از «محمّد بن احمد بن یحیی»، صاحب نوادر الحکمه، بقیه افراد سند، همگی یا برخی فطحی هستند؛ بنابراین، روایت، موثقه است نه صحیحه.^۱

نظر صاحب عروه: جواز ازدواج

مرحوم سیّد در این مسئله فرموده است: «و النّصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغیره و محمول علی الکراهه»^۲، بنابراین، مرد می‌تواند با زن پنجم ازدواج کند و واجب نیست تا گذشتن چهار ماه و ده روز صبر کند و روایتی که به وجوب صبر حکم کرده معارض دارد و حمل بر کراهت می‌شود.

دفاع آقای حکیم از صاحب عروه با لحاظ خبر علی بن جعفر

مرحوم آقای حکیم در ذیل کلام مرحوم سیّد در این مسئله، تنها موثقه عمار و خبر علی بن جعفر را نقل کرده و نظر مرحوم سیّد در این مسئله را پذیرفته است.^۳

مناقشه در کلام آقای حکیم: عدم تعارض خبر با موثقه

اما استدلال آقای حکیم ناقص است؛ زیرا ایشان از روایت علی بن جعفر، به خبر تعبیر کرده و آن را معارض موثقه عمار دانسته است؛ در حالی که تعبیر خبر، نشانه

۱. ترجمه این چهار نفر چنین است:

• فهرست الطوسی، ص ۵۸، رقم ۷۲: «أحمد بن الحسن بن علي بن محمد بن علي بن فضال بن عمر بن أيمن مولى عكرمة بن ربعي الفياض أبو عبد الله و قيل: أبو الحسين كان فطحياً غير أنه ثقة في الحديث.»

• رجال الکشي، ص ۶۱۲، رقم ۱۱۳۷: «قال نصر بن الصباح: عمرو بن سعيد فطحى.»
• رجال الکشي، ص ۵۶۳، رقم ۱۰۶۲: «قال أبو عمرو هؤلاء كلّهم فطحية و هم من أجلّة العلماء و الفقهاء و العدول و بعضهم أدرك الرضا عليه السلام و كلّهم كوفيون.»

• فهرست الطوسی، ص ۳۳۵، باب عمار، رقم ۵۲۷: «عمار بن موسى الساباطي و كان فطحياً.»
البته مرحوم نجاشی درباره «عمرو بن سعيد» تعبیر به «ثقه» کرده بدون اینکه قیدی به آن بیفزاید که ظهور آن در امامی بودن است (رجال النجاشی، ص ۲۸۷، رقم ۷۶۷: «عمرو بن سعيد المدائني ثقة روى عن الرضا عليه السلام»).

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۱۵.

۳. مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۱۱۳ - ۱۱۴.

اشکال سندی در روایت است و با وجود این اشکال، روایت نمی‌تواند با روایتی که این اشکال را ندارد معارضه کند.

اگر گفته شود ایشان شهرت در مسئله و عمل اصحاب را جابر ضعف سند دانسته است، در پاسخ گفته می‌شود:

- اولاً، این مسئله در بین قداما معنون نیست تا شهرت ثابت شود.^۱
 - ثانیاً، اگر ایشان ضعف سندی این روایت را به وسیله شهرت و عمل اصحاب به آن، منجر می‌دانست، مناسب بود در استدلال، وجود چنین شهرتی و جبر ضعف سند به وسیله آن را تذکر می‌داد.
- البته آقای خوئی نیز در این مسئله نظر مرحوم سید را پذیرفته است؛ ولی به جهت اینکه ایشان روایت علی بن جعفر را صحیح دانسته^۲، اشکال اخیر به ایشان وارد نیست.

جمع عرفی بین صحیحۀ زرارۀ و موثقۀ عمار

در هر حال، از سه روایت فوق، صحیحۀ زرارۀ با موثقۀ عمار معارض است؛ ولی تعارض روایت علی بن جعفر با موثقۀ عمار متوقف بر حجیت ذاتی روایت اول است. جمع بین موثقۀ عمار و صحیحۀ زرارۀ از دو راه ممکن است:

راه اول: تقیید صحیحۀ زرارۀ با موثقۀ عمار

راه اول این است که با موثقۀ عمار، صحیحۀ زرارۀ مقید شود؛ در این صورت، ازدواج مرد با زن دیگر قبل از سپری شدن چهار ماه و ده روز از زمان وفات زوجه جایز است؛ مگر در فرضی که مرد چهار زن دارد و یکی از آنها فوت کرده است که در این صورت مرد باید تا سپری شدن این زمان صبر کند.

راه دوم: حمل موثقۀ بر کراهت

راه دوم این است که به جهت قوت دلالت صحیحۀ زرارۀ، موثقۀ عمار حمل بر

۱. ر.ک: بررسی دلیل سوم (اجماع) از ادله جواز ازدواج با خامسه در فرض عده طلاق.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۶۵.

کراهت شود؛ یعنی بگوییم مراد از «لا یحلّ» در روایت عمار، نفی حلّیت بدون حرازت است.

وجه قوّت دلالت صحیحۀ زرارۀ این است که ارتکاز عامّ متشرّع به عنوان علّت حکم مطرح شده است.

مناقشه در راه دوم: تقدّم «تصرف در ماده» بر «تصرف در هیئت» ممکن است اشکال شود که در موارد دوران امر بین تصرف در هیئت یا ماده، تصرف در ماده مقدّم است؛ از این رو، راه اوّل مقدّم است؛ زیرا در راه اوّل، از اطلاق صحیحۀ زرارۀ دست برداشته شده و در مادۀ «لیس» در صحیحۀ زرارۀ که ظهور در اطلاق دارد تصرف شده است؛ ولی در راه دوم، در ظهور هیئت «لا یحلّ» در حرمت در موقّعۀ عمار تصرف شده و حمل بر کراهت شده است.

پاسخ: عدم تقدّم همیشگی «تصرف در ماده» بر «تصرف در هیئت» اما در پاسخ می‌توان گفت:

چنین قاعدۀ عامّی که تصرف در ماده، مقدّم بر تصرف در هیئت باشد ثابت نیست. حتی با پذیرش چنین قاعدۀ عامّی، گاهی در برخی موارد، جهاتی سبب می‌شود که بر خلاف این قاعده، راه دیگر اختیار شود و مسئله مورد بحث نیز از این موارد است؛ زیرا قوّت دلالت صحیحۀ بر جواز ازدواج به جهت تعلیل به امر ارتکازی، اگر موجب اقوی بودن تصرف در هیئت نباشد، ضعیف‌تر از تقیید مادۀ با موقّعۀ عمار نیست.^۱ مرحوم آقای حاج شیخ^۲ نیز در چنین مواردی، تصرف در هیئت را مقدّم می‌داند.

۱. شیخ انصاری نیز در مواردی متمایل شده که حمل بر استحباب مقدّم بر تقیید است (کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۱۲۳).

۲. مرحوم حاج شیخ عبد الکریم حائری در موارد متعدّد در دوران امر بین تقیید مادۀ و تصرف در هیئت، تصرف در هیئت را ترجیح داده است (برای نمونه: کتاب الصلاة (حائری)، ص ۳۳۷ و ۳۶۱ و ۳۹۴). نکته اصلی آن این است که ملاک جمع عرفی به مناط اظهار بودن است، البته اینکه ایشان در مواردی که نکته عرفی در بین نباشد، مطلقاً را بر مقید حمل می‌کند. با مطلبی که بیان شد، منافاتی ندارد؛ زیرا به عقیدۀ ایشان، در آن موارد حمل مطلق بر مقید دارای نکته عرفی است؛ ولی تصرف در هیئت، مطابق فهم عرفی نیست (در الفوائد (حائری)، ص ۲۳۶-۲۳۷؛ کتاب الصلاة (حائری)، ص ۱۸۲-۱۸۳).

حکم مسئله در فرض استقرار تعارض

حال اگر پذیرفته نشود که در مقام، «تصرف در هیئت» مقدم بر «تصرف در ماده» است، اما دست‌کم، تقدم «تصرف در ماده» نیز روشن نیست؛ بنابراین، تعارض بین صحیحۀ زرارۀ و موثقهٔ عمار، مستقر خواهد شد و با توجه به امور ذیل، باز هم می‌توان صحیحۀ زرارۀ را مقدم داشت:

امر اول: روایت زرارۀ، صحیحۀ است؛ اما روایت عمار، موثقه است و صحیحۀ بر موثقه مقدم است.

امر دوم: روایت موثقه را عمار نقل کرده که در خیلی از موارد روایاتش با اشکالات متنی همراه است.^۱

امر سوم: کسی که بر طبق روایت عمار فتوا داده باشد یافت نشد^۲ و اگر هم، چنین فتوایی باشد، نادر است.

با لحاظ مجموع این امور، ترجیح با صحیحۀ زرارۀ است و در فرض عدم ثبوت ترجیح برای این روایت، دو روایت تساقط می‌کنند و بعد از عدم ثبوت دلیل بر تحدید ازدواج، به مقتضای ادلهٔ اولیه، به جواز ازدواج مرد در چنین فرضی حکم می‌شود.

۱. طبق نظر استاد^{رحمۃ} مجزّد اشکال متنی یک روایت، مانع اعتبار روایت نیست؛ بلکه اشکالات متنی به توانا نبودن برخی از راویان در نقل به معنا باز می‌گردد. نقل به الفاظ در دو مورد بوده است: ادعیه و خطب؛ اما احکام و امثال آن معمولاً نقل به معنا می‌شده است. عمار ساباطی عجم بوده و به مزایا و خصوصیات الفاظ واقف نبوده؛ از این رو، در غالب نقل‌های او، دست‌انداز و اضطراب وجود دارد؛ حتی می‌توان گفت که اگر در روایات او، بدون تکلف مطلبی بیان شده، این احتمال قوت دارد که غلط نسخه‌ای در کار باشد؛ اما با این وجود، مجزّد اضطراب متن، مانع از عمل به روایات وی نیست و اگر در احادیث عمار ساباطی اضطراب عمده‌ای نباشد، می‌توان به آن عمل کرد و اصحاب نیز به روایات او عمل کرده‌اند.

با توجه به مطالب فوق، می‌توان گفت که آنچه در متن، بیان شده است، از این جهت است که اگر در مواردی، روایت عمار ساباطی با روایت دارای متنی روشن تعارض کند، احتمال خلل در روایت عمار جدی می‌شود؛ در نتیجه، «اعتبار ندارد» یعنی اعتبار نسبی آن شامل این مورد نمی‌شود.

۲. رک: بررسی دلیل سوم (اجماع) از ادلهٔ جواز ازدواج با خامسه در فرض عدهٔ طلاق.

فهرست تفصیلی

فهرست اجمالی

۵

فصل ۳: حق نزدیکی برای زن^۱

۹

شرائط و ادله وجوب نزدیکی

۱۱

ناسازگاری تعبیر «اشکال» و تعلیل به مقتضای فتوادر عروه

۱۱

احتمال اول: عدم کفایت تمام مراتب انصراف برای افتاء

۱۲

احتمال دوم: مانع شدن «ظهور عبارات فقها در کفایت مطلق وطی» از افتاء

۱۲

بررسی ادله حرمت ترک وطی زوجۀ دائم بیش از چهار ماه

۱۳

دلیل اول: ادعای اجماع

۱۳

وقوع اشتباه در مستند نراقی

۱۴

اشکال صغروی بر اجماع

۱۴

اشکال اول: معنون نبودن مسئله تا زمان ابن ادریس جز در کلام شیخ طوسی و ابن یزاج

۱۴

اشکال دوم: استظهار «جواز ترک وطی» از کلام شیخ مفید در أحكام النساء

۱۵

نتیجۀ بررسی: عدم ثبوت اجماع در مقام

۱۶

اشکال کبروی بر اجماع

۱۷

۱. این فصل، مربوط به بخش بنجم (احکام نزدیکی با زوجه) است.

- ۱۷ کلام آقای خوئی: مدرکی بودن اجماع
- ۱۷ پاسخ
- ۱۷ پاسخ نقضی: ورود اشکال مدرکی بودن بر همه موارد اجماع
- ۱۹ پاسخ خلی: کفایت احراز اتصال فتاوا به زمان ائمه علیهم السلام و تقریر آنها
- ۲۰ راه احراز اتصال فتاوا به زمان معصوم علیه السلام
- ۲۱ دلیل دوم: فعل عمر
- ۲۲ اشکال اول: ثابت نبودن واقعه
- ۲۲ اشکال دوم: کاشف نبودن فعل عمر از تقریر امام علیه السلام
- ۲۳ اشکال سوم: تفاوت مبدأ چهار ماه در حکم «عمر» و مقام
- ۲۳ پاسخ: کشف صغرای حرج نوعی از قضیه عمر
- ۲۴ دلیل سوم: تعلیل در روایات عده وفات
- ۲۵ دلیل چهارم: استدلال به ادله باب ایلاء
- ۲۵ اشکال اول: عدم امکان تعدی از باب ایلاء به مقام
- ۲۶ اشکال دوم: تفاوت مبدأ چهار ماه در ایلاء و مقام
- ۲۷ پاسخ اشکال اول و دوم با تقریبی دیگر از استدلال به ایلاء
- ۲۸ دلیل پنجم: روایات خاص
- ۲۸ روایت اول: صحیحہ صفوان
- ۲۸ بررسی سندی
- ۳۰ توضیح فقره «یکون لهم مصیبة» و «إلا أن یکون یاذنھا»
- ۳۱ اشکال دلالتی: اخص بودن دلیل از مدعا
- ۳۱ پاسخ اول: الغاء خصوصیت از زن جوان به غیر جوان
- ۳۲ اشکال: بطلان الغاء خصوصیت در مقام بالمحاذ دو قرینه
- ۳۲ قرینه اول: شدیدتر بودن تمایل شهوانی در زن جوان

- ۳۲ قرینه دوم: قوت غرائز مرد جوان نسبت به مسن
- ۳۲ پاسخ دوم: تعمیم حکم به زن غیر جوان بالحاظ اجماع
- ۳۲ اشکال: عدم اجماع در مسئله
- ۳۴ پاسخ سوم: تعمیم حکم به زن غیر جوان بالحاظ «لاضرر»، «لاخرج» و «ادله ایلاء»
- ۳۵ بررسی پاسخ سوم
- ۳۵ مطلب اول: اختصاص پاسخ سوم به میانسال
- ۳۶ مطلب دوم: بررسی اشکال آقای خوئی به کلام صاحب جواهر
- ۳۶ اشکال اول: نفی ضرر و حرج شخصی (نه نوعی) در لاضرر و لاخرج
- ۳۶ پاسخ: مختل شدن نظام جامعه و خانواده در صورت ملاک بودن حرج شخصی در مقام
- ۳۷ اشکال دوم: عدم دلالت «لاضرر» و «لاخرج» بر حکم لزومی جهت رفع حرج دیگری
- ۳۷ پاسخ: استناد ضرر و حرج به شوهر در مقام
- ۳۹ اشکال: امکان رفع حرج با اعطای حق طلاق به زن در مقام
- ۳۹ پاسخ: اختلال نظام خانواده به سبب حق طلاق برای بانوان
- ۳۹ روایت دوم: صحیحہ حفص
- ۴۰ بررسی سندی: صحیحہ بودن روایت
- ۴۰ اشکال دلالتی: اختصاص روایت به بیان موارد ملحق به ایلاء
- ۴۱ پاسخ: ظهور «فاستعدت علیه» در عدم دخالت غضب مرد در حق زن
- ۴۱ اشکال: احتمال خصوصیت غضب به دلیل توهین نبودن ترک مباشرت بدون غضب
- ۴۲ روایت سوم: مرسله محمد بن جعفر
- ۴۲ بررسی تقاریب استدلال
- ۴۲ تقریب اول: لزوم مباشرت، جهت ممانعت از زناى زوجه
- ۴۲ اشکال: عدم اثبات لزوم مباشرت با زوجه عقیف
- ۴۲ تقریب دوم: ظهور روایت در حرمت ذاتی ترک جماع
- ۴۴ اشکال: اختصاص روایت به فرض ترک دائم و طی زوجه و مشابهاات آن
- ۴۴ بررسی تعمیم حکم و طی واجب به زوجه موقت

- ۴۴ بررسی شهرت جواز ترک وطی در زوجه موقت
- ۴۶ بررسی جریان ادله «لزوم وطی زوجه دائم» در عقد موقت
- ۴۶ بررسی جریان ادله ایلاء در عقد موقت
- ۴۶ مقدمه اول: بطلان ایلاء برای زوجه موقت
- ۴۷ ادعای وجود قول به صحت ایلاء در عقد موقت
- ۴۹ اجماعی بودن بطلان ایلاء در عقد موقت
- ۴۹ شیخ مفید
- ۴۹ سید مرتضی
- ۵۰ قاضی ابن براج
- ۵۰ ابوالصلاح حلبی
- ۵۱ مقدمه دوم: شباهت مقام به باب ایلاء
- ۵۱ نتیجه مقدمات: نبود حق وطی برای زوجه موقت به دلیل مشابهت مقام با ایلاء
- ۵۱ اشکال: ثابت نشدن انحصار تفویت حق زن به موارد جریان ایلاء
- ۵۲ بررسی جریان صحیحہ صفوان در عقد موقت
- ۵۲ تقریب استدلال به صحیحہ صفوان برای اثبات لزوم مباشرت در عقد موقت
- ۵۲ اشکال اول: انصراف روایت به همسر دائم
- ۵۳ اشکال دوم: مانعیت قدر متیقن در مقام مخاطب از ظهور اطلاقی
- ۵۳ کلام آخوند: مانعیت قدر متیقن در مقام مخاطب از اطلاق
- ۵۴ اشکال آقای خویی: مانع نبودن مورد سؤال از ظهور اطلاقی پاسخ ائمه علیهم السلام
- ۵۴ پاسخ: مصداق نبودن «مورد سؤال» برای قدر متیقن در مقام مخاطب
- ۵۶ بررسی جریان لاحرج در عقد موقت
- ۵۶ تقریب استدلال به ادله نفی حرج و ضرر جهت اثبات لزوم مباشرت در عقد موقت
- ۵۶ اشکال: عدم تحقق حرج و ضرر نوعی در همه مصداق عقد موقت
- ۵۷ بررسی تعمیم حکم وطی واجب به زن غیر جوان
- ۵۸ بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر غیر واجب

- ۵۸ نظر صاحب ریاض، نراقی و شیخ انصاری
- ۵۸ تمسک نراقی به «عنده» در صحیحۀ صفوان جهت اثبات قید «حاضر»
- ۵۹ معانی محتمل کلمه «عنده» در روایت
- ۶۰ نظر مختار: تعمیم حکم به مسافر بالحاظ ادله نفی ضرر و حرج
- ۶۱ بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر واجب
- ۶۱ نظر آقای خوئی: اختصاص جواز ترک جماع به «سفر واجب اهم»
- ۶۱ تحقیق در مسئله
- ۶۱ مطلب اول: تبیین فرق باب تزاحم و ورود
- ۶۲ مطلب دوم: ملاک تقدّم بین دو خطاب در فرض اخذ قدرت شرعی در موضوعشان
- ۶۳ مطلب سوم: عدم اطلاق ادله احکام اولیه نسبت به فرض تزاحم
- ۶۴ مطلب چهارم: ورود هر واجب ناشی از حق الله بر «حق مجامعت زن»
- ۶۹ مطلب پنجم: تزاحم حق الله با ادای دین در فرض عجز طارئ از ادا
- ۶۹ بررسی خصوصیات وطی واجب
- ۷۰ مطلب اول: بررسی اعتبار «انزال و مقدار متعارف دخول» در وطی واجب
- ۷۰ دلیل صاحب عروه در عدم کفایت وطی بدون انزال: انصراف اخبار
- ۷۰ اشکال: عدم کفایت غلبه وجودی برای تحقق انصراف
- ۷۱ پاسخ: تحقق انصراف به موارد غالبی بالحاظ مناسبات حکم و موضوع
- ۷۳ نظر مختار: لزوم وطی با «انزال و مقدار متعارف دخول»
- ۷۴ مطلب دوم: بررسی اعتبار «وطی از قُبُل» در وطی واجب
- ۷۵ کلام شهید ثانی: اعتبار وطی از قُبُل در وطی واجب و کفایت دخول موجب غسل
- ۷۵ اشکال صاحب جواهر: لزوم ملاحظه تعارف در محل وقاع و اصل وقاع
- ۷۵ استدراک صاحب جواهر: کفایت وطی در دُبُر بالحاظ روایت «أحد المأتین»

- ۷۶ اشکال بر استدراک: عدم نظارت روایت «أحد المأتمین» به حق زن
- ۷۶ مطلب سوم: بررسی وجوب مقدمات مباشرت علاوه بر مباشرت
- ۷۷ عدم توقف وجوب وطی بر مطالبهٔ زوجه
- ۷۷ موارد سقوط حق زوجه نسبت به وطی واجب و بررسی آن
- ۷۸ مورد اول و دوم: رضایت زوجه یا اشتراط ترک وطی در هنگام عقد
- ۷۸ ادلهٔ حق بودن وطی واجب برای زوجه
- ۷۸ دلیل اول: تعبیر «إلّا أن یکون یاذنھا» در ذیل صحیحہ صفوان
- ۷۹ اشکال: احتمال زیاده بودن «إلّا أن یکون یاذنھا»
- ۷۹ دلیل دوم: مناسبات حکم و موضوع
- ۷۹ مورد سوم: عجز از وطی
- ۸۰ اشکال مورد سوم و بررسی آن
- ۸۰ تقریب اشکال: اشتراط قدرت در همهٔ احکام تکلیفی اعم از ترخیصی
- ۸۰ پاسخ اول: ارادهٔ عجز عرفی در کلام سید
- ۸۱ پاسخ دوم: امکان جلب رضایت زوجه یا طلاق او
- ۸۱ پاسخ سوم در فرض عدم قدرت زوج بر تحصیل رضایت یا طلاق زوجه
- ۸۲ مطلب اول: بررسی اشکالات تکلیف کفار به فروع
- ۸۲ اشکال اول: عدم قدرت کفار بر انجام عبادات
- ۸۲ پاسخ: قدرت بر عبادت با مسلمان شدن
- ۸۳ اشکال دوم: عدم قدرت کفار بر انجام قضای عبادات پس از اسلام
- ۸۳ پاسخ: کفایت قدرت فی الجمله در فاصلهٔ خطاب تا ظرف عمل
- ۸۵ مطلب دوم: تطبیق مطلب اول بر مقام
- ۸۶ مورد چهارم و پنجم: تضرر مرد یا زن
- ۸۷ مورد ششم: غیبت اختیاری زوجه

- ۸۷ کلام آقای حکیم: اتحاد حکم صورت غیبت مرد و زن
- ۸۷ ادله سقوط حق مباشرت در فرض غیبت اختیاری زن
- ۸۸ دلیل اول: ظهور غیبت اختیاری زوجه در اسقاط حق
- ۸۸ اشکال: عدم ملازمه بین غیبت اختیاری زن و اسقاط حقش
- ۸۸ دلیل دوم: اطلاق مقامی برخی روایات
- ۸۹ دلیل سوم: سیره متشرعه
- ۸۹ دلیل چهارم: قصور دلیل وجوب مباشرت نسبت به مقام و رجوع به اصل برائت
- ۹۰ مورد هفتم: نشوز زوجه
- ۹۰ اختصاص وطی واجب به زوجه
- ۹۱ وظیفه شوهر در صورت عجز زوجه از صبر تا چهار ماه
- ۹۱ مطلب اول: بررسی تنافی «عجز از صبر» با «معصیت» در عروه
- ۹۱ وجوه حل تناقض
- ۹۱ وجه اول: اراده عجز عرفی در عبارت عروه
- ۹۲ اشکال: عدم تحقق معصیت در فرض عجز عرفی بالحاظ ادله «لا حرج»
- ۹۲ پاسخ به اشکال
- ۹۲ پاسخ اول: عدم حکومت «لا حرج» بر محرمات با دو بیان
- ۹۲ بیان اول: ظهور لا حرج در عدم جعل افعال وجودی
- ۹۴ بیان دوم: حرجی بودن غالب محرمات
- ۹۴ پاسخ دوم: عدم حکومت «لا حرج» بر برخی محرمات از جمله امور شهوانی
- ۹۵ وجه دوم: اراده معصیت شأنی
- ۹۵ مطلب دوم: تنقیح فروض مسئله
- ۹۷ مطلب سوم: بررسی وجه لزوم مباشرت یا طلاق قبل از چهار ماه
- ۹۷ وجه اول: مرسله محمد بن جعفر

- اشکال: بعید بودن استناد سید به روایت با سند و دلالت ضعیف ۹۸
- وجه دوم: وجوب نهی از منکر ۹۹
- اشکال: عدم شمول ادله نهی از منکر نسبت به رفع مقتضی حرام ۹۹
- وجه سوم: آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا...» ۹۹
- مطلب اول: ظهور آیه در وجوب حفظ زن از گناه ۱۰۰
- مطلب دوم: نظارت نصوص مفسر بر اقل مراتب نهی از منکر ۱۰۰
- اشکال وجه سوم: عدم دلالت آیه با لحاظ اخبار مفسر ۱۰۱
- وجه چهارم: علم به مبعوضیت تحقق برخی معاصی مانند زنا ۱۰۲
- اشکال اول: عدم فرق بین خانواده و دیگران ۱۰۳
- اشکال دوم: دلالت سیره منتشره بر عدم وجوب رفع مقتضی منکر ۱۰۳
- وجه پنجم (مختار): ادله نفی حرج و ضرر ۱۰۳
- مقدمه اول: عدم مانع از التزام به وجوب مباشرت یا طلاق ۱۰۴
- مقدمه دوم: وجود مقتضی برای لزوم مباشرت ۱۰۴
- وجه ششم: آیه «لَا تَصْرَّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا...» با لحاظ صحیحه ابوالصباح و حلبی ۱۰۵
- صحیحه ابوالصباح کنانی ۱۰۵
- صحیحه حلبی ۱۰۶
- بررسی وجوب قضای مباشرت ترک شده ۱۰۷
- مطلب اول: تنقیح محل کلام ۱۰۷
- مطلب دوم: عدم وجوب قضا به دلیل موقت نبودن لزوم مباشرت ۱۰۷
- بررسی لزوم ارضای زوجه در فرض ترک مباشرت چهار ماه یک بار ۱۰۹

- ۱۰۹ ادلة لزوم ارضای صاحب حق
- ۱۰۹ دلیل اول: روایت کنز الفوائد کراجکی
- ۱۱۰ بررسی سندی
- ۱۱۰ قدح «حسین بن محمد» در کتب عامه با وجود عناد با شیعه
- ۱۱۲ محمد بن علی جعابی
- ۱۱۲ مطلب اول: تصحیف «محمد بن عمر جعابی» به «محمد بن علی جعابی»
- ۱۱۲ مطلب دوم: عدم قدح ابن جعابی در میان عامه با وجود تمایل او به شیعه
- ۱۱۳ تعیین مصداق قاسم بن محمد بن جعفر علوی
- ۱۱۳ محتمل اول: فرزند محمد دیباج
- ۱۱۵ محتمل دوم (مختار): فرزند محمد بن جعفر الملیک
- ۱۱۶ اشکال دلالتی: عدم ظهور روایت در بیان حقوق الزامی
- ۱۱۶ دلیل دوم (لزوم دفع ضرر محتمل) و بررسی آن
- ۱۱۷ تقریب استدلال: احتمال دخالت استحلال در رفع عقاب
- ۱۱۷ اشکال: نفی احتمال عقاب با اطلاعات توبه
- ۱۱۷ پاسخ اول: اختصاص اطلاعات توبه به فرض عصیان
- ۱۱۷ پاسخ دوم: عدم رفع احتمال عقاب با اطلاعات توبه
- ۱۱۸ مطلب اول: عدم جریان برائت در شبهه مصداقی حکم منجز
- ۱۲۰ مطلب دوم: تطبیق مطلب اول بر مقام
- ۱۲۰ بررسی پاسخ دوم
- ۱۲۰ مطلب اول: تأمل در عقلی بودن «لزوم دفع ضرر محتمل»
- ۱۲۱ مطلب دوم: ظلم بودن عقاب با وجود اطلاعات توبه
- ۱۲۲ پاسخ سوم: مانعیت «ارتکاز عقلا بر استحلال» از اطلاق روایات توبه
- ۱۲۴ ملاک بودن جماع متقدم به عنوان مبدأ چهار ماه

فصل ۴: نزدیکی با صغیره و حکم افشاء

۱۲۵

حرمت وطی صغیره و بررسی ادله آن

۱۲۷

دلیل اول: اجماع

۱۲۷

دلیل دوم: لا ضرر

۱۲۸

دلیل سوم: روایات

۱۲۸

روایت اول: مرسله یعقوب بن یزید

۱۲۸

روایت دوم: صحیحہ زرارہ

۱۲۹

بررسی سندی

۱۲۹

روایت سوم: صحیحہ ابی بصیر

۱۲۹

روایت چهارم: صحیحہ حلبی

۱۳۰

روایت پنجم: روایت دعائم

۱۳۰

روایت ششم: روایت عمار سجستانی

۱۳۰

روایت هفتم: روایت حلبی

۱۳۱

روایت هشتم: روایت طلحة بن زید

۱۳۱

روایت نهم: موثقہ اسحاق بن عمار

۱۳۲

روایت دهم: روایت غیاث بن ابراهیم

۱۳۲

روایت یازدهم: صحیحہ حلبی

۱۳۲

روایت دوازدهم: صحیحہ حمران

۱۳۳

روایت سیزدهم: صحیحہ برید

۱۳۳

روایت چهاردهم: مرسله صدوق (قضاوت امیرالمؤمنین علی علیه السلام)

۱۳۴

- ۱۳۴ عدم دلالت «روایات دال بر ضمان، دیه و نفقه» بر «حرمت وطی»
- ۱۳۴ عدم فرق بین حزه و امه، مزوجه، مملوکه و محلله
- ۱۳۵ مطلب اول: عدم فرق بین «محلله یا مملوکه» و «زوجه»
- ۱۳۶ مطلب دوم: بررسی نظر صاحب وسائل (جواز وطی کنیز نابالغ طبق صحیحہ حلبی)
- ۱۳۶ اشکال آقای خوئی: عدم دلالت صحیحہ حلبی بر جواز وطی کنیز نابالغ
- ۱۳۸ نظر مختار: حرمت وطی صغیره مطلقاً (اعم از حزه و امه)
- ۱۳۸ عدم فرق بین عقد دائم و متعه با لحاظ تناسب حکم و موضوع
- ۱۳۹ حل تنافی ملاک صغیره بودن در روایات حرمت وطی صغیره
- ۱۳۹ مطلب اول: توجیه تردید بین نه و ده سال در صحیحہ زراره و أبو بصیر
- ۱۳۹ توجیه اول: اختلاف سن بر اساس اختلاف قوت دختران
- ۱۴۰ اشکال توجیه اول
- ۱۴۰ اشکال اول: عدم شیوع آمادگی دختر در نه و ده سالگی
- ۱۴۰ اشکال دوم (نبود شاهد جمع) و پاسخ
- ۱۴۰ توجیه دوم (تردید از راوی) و اشکالات آن
- ۱۴۱ اشکال اول: بعید بودن تردید زراره و ابی بصیر با هم
- ۱۴۱ اشکال دوم: عدم تعبیر به «أو قال»
- ۱۴۱ توجیه سوم (حمل ده سال بر استحباب)
- ۱۴۲ مطلب دوم: جمع روایت غیاث (ده سال) با روایات نه سال
- ۱۴۲ جمع اول: لحاظ سن تحمل وقاع در برخی دخترها در روایت غیاث
- ۱۴۲ اشکال جمع اول: عدم تحمل وقاع پس از ده سالگی در بسیاری از دخترها
- ۱۴۲ جمع دوم (صاحب وسائل): حمل روایت غیاث بر ورود به ده سال
- ۱۴۳ جمع سوم: ده سال با احتساب زمان حمل
- ۱۴۳ خلاف ظاهر بودن جمع دوم و سوم
- ۱۴۳ نتیجه نهایی: حرمت وطی صغیره مطلقاً

- ۱۴۴ بررسی حرمت ابدی در فرض وطی صغیره
- ۱۴۴ فروع اصلی مسئله
- ۱۴۴ ادله حرمت ابدی
- ۱۴۴ دلیل اول: اجماع
- ۱۴۴ مطلب اول: مدعیان اجماع بر تحریم ابد
- ۱۴۵ مطلب دوم: اقوال در مسئله
- ۱۴۵ قائلین به حرمت ابد تا عصر صاحب جواهر
- ۱۴۸ تصریح کاشف اللثام به عدم حرمت ابد
- ۱۴۹ صریح نبودن قدما در عدم حرمت ابد
- ۱۴۹ عبارات موهوم عدم حرمت ابد
- ۱۴۹ مورد اول: ابن بزاج در جواهر الفقه
- ۱۵۰ مورد دوم: نزهة الناظر
- ۱۵۲ مورد سوم: صاحب مدارک در نهاية المرام
- ۱۵۴ مورد چهارم: مرحوم فیض در مفتاح الشرائع
- ۱۵۶ نتیجه: عدم مخالف صریح در حرمت ابدی تا زمان صاحب جواهر جز کاشف اللثام
- ۱۵۶ مطلب سوم: عدم اجماع و حتی شهرت قدما در مسئله
- ۱۵۶ ظهور عبارت برخی فقهاء در عدم حرمت ابد
- ۱۵۸ انتساب نادرست قول به حرمت ابد به سید مرتضی و شیخ مفید
- ۱۵۹ تأثر «مدعیان اجماع بر حرمت ابد» از فخر المحققین
- ۱۶۰ دلیل دوم: مرسله یعقوب بن یزید
- ۱۶۰ بررسی سندی: ارسال سندی بدون جابر ضعف سند
- ۱۶۱ اشکال دلالی: منوط کردن حرمت ابدی به خواستگاری نه تزویج
- ۱۶۲ پاسخ اشکال دلالی
- ۱۶۲ مطلب اول: دلالت «فرق بینهما» بر تحقق تزویج قبلی بالحاظ فضای صدور روایت
- ۱۶۲ مطلب دوم: لغو نبودن ذکر خواستگاری در روایت

- ۱۶۳ مطلب سوم: علت ذکر انحصاری مرسله توسط کلینی
- ۱۶۴ بررسی تقیید روایت به فرض افشاء به دلیل اجماع
- ۱۶۵ مطلب اول: بررسی اجماع بر عدم حرمت ابد به مجرد دخول
- ۱۶۵ عدم تقیید حرمت ابد به افشاء در تهذیبین
- ۱۶۶ عدم تقیید حرمت ابد به افشاء در نهاییه و سرائر
- ۱۶۹ عدم تقیید حرمت ابد به افشاء در مستند نراقی و تردید علامه در تحریر
- ۱۷۰ نقد کلام مرحوم سبزواری در انتساب عدم تقیید به افشاء به «جماعتی»
- ۱۷۱ نتیجه: اجماعی نبودن تقیید به افشاء در حرمت ابد
- ۱۷۱ مطلب دوم: بررسی دو بیان در عدم امکان تقیید مرسله به افشاء
- ۱۷۱ بیان اول: امتناع تقیید در فرض الغاء عنوان ذات مقید
- ۱۷۲ اشکال کبروی: جواز تقیید با قید غالبی
- ۱۷۲ اشکال صغروی: عدم الغاء عنوان دخول با تقیید به افشاء
- ۱۷۳ بیان دوم: عدم امکان تقیید دخول به افشاء به دلیل مقارنت افشاء با دخول
- ۱۷۳ اشکال صغروی: حالت بودن افشاء برای دخول
- ۱۷۳ اشکال کبروی: امکان تقیید به مقارن خارجی
- ۱۷۳ مطلب سوم: بررسی حجیت تقیید مرسله به افشاء
- ۱۷۳ کلام صاحب جواهر: عدم حجیت تقیید مرسله بالحاظ غرض شارع
- ۱۷۵ اشکال در صورت عدم اندمال: سازگاری تحریم ابدی با عدم قابلیت استمتاع زن
- ۱۷۵ اشکال در صورت اندمال: تأمین غرض شارع با اجبار شوهر به طلاق
- ۱۷۶ دلایل مختار در طرد مرسله یعقوب بن یزید، علاوه بر ضعف سندی
- ۱۷۶ دلیل اول: مخالفت مرسله با اجماع بر وجود فرض طلاق صغیره
- ۱۷۸ دلیل دوم: مخالفت مرسله با صحیحۀ برید و حمران
- ۱۷۸ صحیحۀ حمران و صحیحۀ برید
- ۱۷۹ بررسی سندی و توثیق حارث بن محمد بن نعمان پسر مؤمن طاق
- ۱۸۰ اشکال دلالتی بر هر دو صحیحۀ: عدم التزام فقهاء به عدم دیه در فرض امساک زوجه
- ۱۸۰ پاسخ اول (تبعیض در حجیت) و مناقشه در آن

- ۱۸۰ پاسخ دوم: احتمال اراده «رها کردن تکوینی» نه طلاق اصطلاحی
- ۱۸۲ اشکال: عدم مناسبت «لم يُطْلِقْهَا» با نفی دیه به دلیل ترادف آن با «اسیر کردن»
- ۱۸۲ پاسخ سوم: حمل دو صحیحیه بر مصالحه زوجه
- ۱۸۲ اشکال: خلاف ظاهر بودن حمل دو صحیحیه بر مصالحه
- ۱۸۳ پاسخ چهارم: عدم اعراض اصحاب از دو صحیحیه
- ۱۸۳ نظر مختار: عدم حرمت ابدی به دلیل طرح مرسله یعقوب
- ۱۸۳ عدم حرمت ابدی وطنی صغیره در برخی فروض
- ۱۸۴ فرض اول و دوم: جهل شوهر به حکم یا موضوع
- ۱۸۴ قول اول: عدم حرمت ابد در خصوص جهل به موضوع
- ۱۸۵ تقریب استدلال: استحالة تعلیق حکم بر علم به حکم و ترتب حرمت ابد بر حرمت وقاع
- ۱۸۷ اشکال اول: امکان تعلیق حکم بر علم به حکم
- ۱۸۹ اشکال دوم: عدم ترتب حرمت ابد بر حرمت وقاع
- ۱۹۰ قول دوم: حرمت ابدی حتی در جهل به موضوع
- ۱۹۰ قول سوم: عدم حرمت ابدی مطلقاً
- ۱۹۰ دلیل آقای خوئی بر قول سوم: شمول حدیث رفع نسبت به حکم وضعی
- ۱۹۱ اشکال: دلالت حدیث رفع بر رفع مؤاخذه نه جمیع آثار
- ۱۹۱ نظر مختار
- ۱۹۲ مطلب اول: اختیار قول سوم
- ۱۹۲ مطلب دوم: اختصاص جاهل در مقام به جاهل معذور
- ۱۹۳ فرض سوم و چهارم: صغرو جنون شوهر
- ۱۹۳ کلام آقای خوئی
- ۱۹۴ مطلب اول: عدم شمول اجماع و لفظ «رجل» در مرسله نسبت به صغیر
- ۱۹۴ مطلب دوم: اطلاق مرسله نسبت به مجنون و حکومت رفع قلم بر آن
- ۱۹۵ اشکالات کلام آقای خوئی

- اشکال اول: عدم اطلاق مرسله نسبت به مجنون ۱۹۵
- اشکال دوم: اختصاص دلالت رفع قلم به «قلم کتابت سیئات» ۱۹۵
- فرض پنجم: اندمال جراحت ۱۹۵
- عدم شمول اجماع بر حرمت ابد نسبت به فرض اندمال ۱۹۵
- عدم شمول مرسله یعقوب نسبت به فرض اندمال به دو بیان ۱۹۶
- بیان اول: عدم اطلاق مرسله بالحاظ مناسبات حکم و موضوع ۱۹۶
- اشکال: ترتب حرمت ابد بر دخول (نه افضاء) در مرسله ۱۹۷
- پاسخ: ترتب حرمت ابد بر اثر دخول (افضاء) ۱۹۷
- بیان دوم: عدم اطلاق مرسله به قرینه «عظلمها علی الأزواج» در صحیحہ حمران ۱۹۸
- بررسی اصل عملی پس از اندمال ۱۹۸
- ملاک اتحاد موضوع در استصحاب طبق مبنای شیخ انصاری با بیان آقای داماد ۱۹۸
- اشکال آقای خوئی بر استصحاب در مقام ۲۰۰
- اشکال اول: عدم حجیت استصحاب در شبهه حکمیه ۲۰۰
- اشکال دوم: شک در بقاء موضوع ۲۰۰
- فرض ششم: عقد مجدد پس از طلاق ۲۰۱
- نظر آقای خوئی: عدم حرمت وطی به دلیل جریان اشکالات وارد در فرض اندمال ۲۰۱
- اشکال: بقاء موضوع در مقام بر خلاف فرض اندمال ۲۰۱
- ثبوت دیه در افضاء صغیره ۲۰۲
- شهرت قوی بر ثبوت دیه حتی در فرض عدم طلاق ۲۰۲
- بررسی روایات ۲۰۳
- طایفه اول: روایات اثبات ضمان عیب حاصل از جماع ۲۰۴
- روایت اول: خبر غیاث بن ابراهیم ۲۰۴
- روایت دوم: صحیحہ حلبی ۲۰۴
- روایت سوم: روایت طلحة بن زید ۲۰۴

- روایت چهارم: موثقه اسحاق بن عمار ۲۰۵
- بررسی عبارت مقنع ۲۰۵
- طایفه دوم: روایات اثبات دیه در افشاء زوجة صغیره ۲۰۶
- قسم اول: روایات تفصیل دهنده بین طلاق و امساک زوجہ ۲۰۶
- روایت اول: صحیحہ حمزان ۲۰۶
- روایت دوم: صحیحہ برید ۲۰۷
- بررسی سندی ۲۰۷
- بررسی دلالتی ۲۰۸
- قسم دوم: روایات بدون تفصیل بین طلاق و امساک ۲۰۸
- روایت اول: روایت دعائم الاسلام ۲۰۸
- اشکال دلالتی: اختصاص روایت به افشاء موجب عجز از کنترل ادرار ۲۰۸
- روایت دوم: صحیحہ سلیمان بن خالد ۲۰۸
- اشکال دلالتی: اختصاص روایت به افشاء موجب عقیمی ۲۰۹
- روایت سوم: موثقه سکونی و روایت جعفریات ۲۱۰
- اشکال دلالتی: اختصاص روایت به افشاء با اصبغ توسط زنی دیگر ۲۱۰
- روایت چهارم: روایت محمد بن قیس بجلی از قضاوت امیرالمؤمنین علیه السلام ۲۱۱
- بررسی سندی ۲۱۱
- اشکال دلالتی ۲۱۲
- اشکال اول: اعتبار «نقل معصوم علیه السلام از قضاوت علی علیه السلام» در اطلاق روایت ۲۱۲
- اشکال دوم: احتمال اتحاد قضاوت علی علیه السلام با مفاد روایت سکونی و جعفریات ۲۱۲
- طایفه سوم: روایات اثبات مهر ۲۱۳
- روایت اول جعفریات ۲۱۴
- روایت دوم جعفریات ۲۱۴
- روایت سوم: روایت دعائم الاسلام ۲۱۴
- جعفریات از منابع دعائم ۲۱۴
- روایت چهارم: روایت مقصد الراغب ۲۱۴

- طایفه چهارم: روایات اثبات آرش ۲۱۵
- روایت اول: نوادر الحکمة ۲۱۵
- روایت دوم: موثقه سکونی ۲۱۵
- کلام مجلسی اول و دوم در اتحاد خبر نوادرو سکونی ۲۱۵
- تحقیق در مسئله ۲۱۶
- مطلب اول: بررسی تفسیرهای مختلف «لاشیء علیه» در صحیحه برید و حرمان ۲۱۷
- تفسیر اول (محقق اردبیلی): لاشیء غیر الدیة و النفقة ۲۱۷
- اشکال اول: ظهور «لاشیء علیه» در نفی دیه به قرینه مقابله با صدر صحیحه ۲۱۸
- اشکال دوم: محتمل نبودن ثبوت غیر مهر، نفقه و دیه ۲۱۸
- تفسیر دوم (کاشف اللثام): لایثم علیه فی الإمساك ۲۱۹
- اشکال صاحب جواهر بر کاشف اللثام ۲۱۹
- تفسیر سوم (مختار): لادیة علیه ۲۲۰
- مطلب دوم: بررسی احتمالات شرائط نفی دیه در صحیحه حرمان و برید ۲۲۰
- احتمال اول: وجوب دیه با تحقق طلاق ۲۲۰
- احتمال دوم و سوم: سقوط دیه در فرض قصد امساك دائمی زوجه (نقل یا کشف) ۲۲۱
- احتمال چهارم و پنجم: سقوط دیه در فرض امساك دائمی زوجه (نقل یا کشف) ۲۲۱
- احتمال ششم: مصالحه بر امساك زن و سقوط دیه ۲۲۱
- تقویت احتمال چهارم و بیان نظیر فقهی آن ۲۲۲
- دو احتمال در توجیه عدم تقیید ثبوت دیه به فرض طلاق در فتوای مشهور ۲۲۲
- احتمال اول (حمل صحیحه برید و حرمان بر تقیه) و اشکال آن ۲۲۲
- احتمال دوم: خلاف ارتکاز بودن تعلیق وجوب دیه بر طلاق ۲۲۲
- مطلب سوم: حلّ تعارض اخبار مثبت ضمان با صحیحه حرمان و برید ۲۲۳
- راه اول: حمل صحیحه حرمان و برید بر مصالحه بین زوجین ۲۲۴
- راه دوم: ترجیح اخبار ضمان بر دو صحیحه به دلیل شهرت حکم به ضمان ۲۲۴
- راه سوم (مختار): تقیید اخبار مثبت ضمان با دو صحیحه ۲۲۵

- ۲۲۵ نظر مختار در افضاء صغیره: ثبوت ارش مطلقاً و سقوط دیه در فرض عدم طلاق
- ۲۲۷ دو تسامح در عبارت عروه
- ۲۲۸ وجوب نفقه صغیره افضاء شده
- ۲۲۸ دلالت صحیحه حلبی بر وجوب نفقه صغیره افضاء شده حتی در فرض ازدواج مجدد
- ۲۲۸ اشکال: تقیید صحیحه حلبی به عدم ازدواج مجدد با لحاظ تعلیل «و عطلها...»
- ۲۲۹ پاسخ: اختصاص تعلیل به وجوب دیه
- ۲۳۰ نظر مختار: عدم وجوب نفقه در فرض امکان درمان افضاء
- ۲۳۰ مراد از افضاء در موضوع روایات
- ۲۳۱ بررسی اقوال در معنای افضاء
- ۲۳۱ قول اول: اتحاد مسلک بول و حیض
- ۲۳۲ قول دوم: اتحاد مسلک بول و حیض یا مسلک حیض و غائط
- ۲۳۳ تقویت قول اول در جواهر و مستمسک
- ۲۳۴ قول سوم: اتحاد مسلک بول و غائط
- ۲۳۵ قول چهارم: اتحاد مسلک بول و حیض یا حیض و غائط یا هر سه
- ۲۳۵ بررسی ادله قول چهارم
- ۲۳۵ دلیل اول: شمول معنای لغوی نسبت به همه موارد
- ۲۳۶ اشکال: عدم استعمال افضاء در معنای وسیع لغوی در مقام
- ۲۳۶ دلیل دوم: شمولیت اخبار مثبت ضمان در عیوب
- ۲۳۷ اشکال: عدم اثبات دیه نفس با روایات مثبت ضمان
- ۲۳۷ نظر مختار در مفهوم افضاء: توسعه محل وقوع
- ۲۳۸ تبیین مصداق متعارف افضاء (اتحاد مسلک حیض و غائط)
- ۲۴۰ بررسی ثبوت دیه افضاء غیر زوجه صغیره

- ۲۴۰ بررسی عبارت عروه
- ۲۴۰ مطلب اول: تسامحی در عبارت عروه
- ۲۴۱ مطلب دوم: تبیین «نعم تثبت الدیة فی الجميع... إذا أفضاها بالدخول بها...»
- ۲۴۱ کلام آقای حکیم: تقیید «تثبت الدیة» با «إذا أفضاها بالدخول بها...»
- ۲۴۱ اشکال: ثبوت دیه در افضاء به غیر دخول
- ۲۴۲ بررسی محتملات معنای عبارت «نعم تثبت الدیة فی الجميع...»
- ۲۴۲ احتمال اول: اختصاص عدم دیه در زوجة کبیره به فرض دخول
- ۲۴۲ احتمال دوم: بازگشت قید «إذا أفضاها» به صدر مسئله (لا یلحق...)
- ۲۴۳ اقوی بودن احتمال اول به لحاظ انطباق آن با اخبار و فتاوی
- ۲۴۳ اشاره به اقوال در ثبوت دیة افضاء زوجة کبیره با غیر دخول
- ۲۴۴ روایات دیة افضاء
- ۲۴۴ روایت اول: موثقة سکونی
- ۲۴۵ اشکال دلالتی: عدم تعرض به افضاء زوجة توسط زوج
- ۲۴۵ روایت دوم: روایت صدوق (قضاوت امیر المؤمنین)
- ۲۴۵ اشکال دلالتی
- ۲۴۵ روایت سوم: صحیحہ سلیمان بن خالد
- ۲۴۶ روایت چهارم: روایت نوادر الحکمة
- ۲۴۶ روایت پنجم: صحیحہ برید
- ۲۴۷ روایت ششم: صحیحہ حرمان
- ۲۴۷ بیان دو تقریب جهت اثبات دیه در مطلق افضاء جز وقاع با زوجة کبیره
- ۲۴۷ تقریب اول: عموم «فإنه قد أفسدها وعظلمها علی الأزواج» در صحیحہ حرمان
- ۲۴۷ تقریب دوم: عدم فرق عرفی بین موضوع روایات و مطلق افضاء (جز وقاع با زوجة کبیره)

- ۲۴۸ بررسی ثبوت دیهٔ افشاء مملوکه
- ۲۴۸ دلیل انکار دیه توسط محقق حلی: مالک نشدن مملوک
- ۲۴۹ اشکال: مالک شدن عبد
- ۲۴۹ نظر مختار در دیهٔ افشاء صغیره غیر زوجه
- ۲۵۱ بررسی نفقه در افشاء زوجهٔ کبیره
- ۲۵۱ مسامحه در تعبیر مرحوم سید
- ۲۵۱ دلیل وجوب انفاق در افشاء زوجهٔ کبیره: اطلاق صحیحۃ حلی
- ۲۵۲ بررسی ادلهٔ استثناء زوجهٔ کبیره از وجوب انفاق
- ۲۵۲ دلیل اول: اجماع
- ۲۵۲ عدم اجماع در مسئله
- ۲۵۴ دلیل دوم: صحیحۃ حمران و صحیحۃ برید بن معاویه
- ۲۵۴ بررسی تعارض صحیحۃ حلی با صحیحۃ حمران و برید
- ۲۵۵ وجوه ترجیح صحیحۃ حمران و برید در جواهر
- ۲۵۵ وجه اول: اصل برائت و اجماع بر عدم وجوب نفقه
- ۲۵۵ وجه دوم: تقدم شمول وضعی «لا شیء علیه» بر شمول اطلاقی «علیه الاجراء علیها»
- ۲۵۵ وجه سوم: اصرح بودن نفی «لا شیء علیه» از اثبات «علیه الاجراء علیها»
- ۲۵۵ تأیید جواهر در کلام مرحوم آقای خوئی
- ۲۵۶ مناقشه در کلام صاحب جواهر: عدم تقدم عموم وضعی بر اطلاقی
- ۲۵۷ کلام آقای حکیم: عدم ظهور «لا شیء علیه» در نفی نفقه به قرینهٔ وجوب نفقهٔ زوجه
- ۲۵۷ اشکال: عدم تنافی وجوب نفقهٔ زوجه و عدم وجوب نفقهٔ ناشی از افشاء
- ۲۵۸ تقدم صحیحۃ حلی با لحاظ ظهور ضعیف صحیحۃ حمران و برید

- ۲۵۹ نظر مختار: احتیاط وجوبی در وجوب نفقهٔ کبیرهٔ افشاء شده کم سن
- ۲۶۰ ضمان عاقله نسبت به دیهٔ صغیر یا مجنون مُفَضّی
- ۲۶۰ مطلب اوّل: امکان افشاء توسط صغیر
- ۲۶۰ مطلب دوم: امکان افشاء خطائی با بیان دو تصویر
- ۲۶۱ تصویر اوّل: اشتباه گرفتن دیگری با زوجه
- ۲۶۱ تصویر دوم: حصول افشاء با غیر وقاع
- ۲۶۱ مطلب سوم: بررسی وجه اشکال مرحوم سید در وجوب دیه بر عاقله
- ۲۶۱ وجه اوّل (کلام آقای حکیم)
- ۲۶۲ مقدّمهٔ اوّل: حکومت «عمد الصّبی خطأ تحمله العاقله» بر ادلهٔ دیهٔ افشاء
- ۲۶۲ مقدّمهٔ دوم: تعارض «عمد الصّبی و خطأه واحد» با «عمد الصّبی خطأ»
- ۲۶۳ مقدّمهٔ سوم: عدم صغرا برای «عمد الصّبی و خطأه واحد» در مقام
- ۲۶۴ تحمل دیهٔ جنایت مجنون توسط عاقله طبق صحیحۂ محمد بن مسلم
- ۲۶۴ بررسی وجه اوّل
- ۲۶۴ مطلب اوّل: تأیید کلام مستمسک در مورد مجنون
- ۲۶۴ مطلب دوم: عدم تعارض «عمد الصّبی خطأ تحمله العاقله» با «عمد الصّبی و خطأه واحد»
- ۲۶۶ وجه دوم: شبهه در اطلاق «عمد الصّبی خطأ تحمله العاقله» نسبت به همهٔ جنایات
- ۲۶۸ بررسی حکم عیوب غیر از افشاء
- ۲۶۹ حکم تکلیفی وطی زوجه مشکوک الصغر
- ۲۶۹ نظر سید یزدی: حرمت وطی به دلیل استصحاب حرمت
- ۲۶۹ بررسی اشکال‌های وارد بر عروه

- ۲۶۹ اشکال اول: تقدم اصل عدم بلوغ بر اصل حکمی
- ۲۷۰ پاسخ نقضی: جریان اصل بقاء وضو به جای اصل عدم نوم در صحیحہ زرارہ
- ۲۷۰ بررسی مناقشات در کلام آقامیرزا مهدی اصفهانی
- ۲۷۱ مناقشہ اول: مثبت بودن اصل عدم نوم
- ۲۷۱ اشکال بر مناقشہ اول: مثبت نبودن به دلیل مرکب بودن موضوع
- ۲۷۱ پاسخ: مغایرت عدم طبیعت ناقض وضو با عدم افراد ناقض
- ۲۷۱ اشکال: ترتب شرعی طهارت بر عدم نواقض وضو
- ۲۷۲ مناقشہ دوم: اثبات نشدن طهارت با اثبات عدم طبیعت ناقض
- ۲۷۳ اشکال های وارد بر مناقشہ دوم
- ۲۷۳ اشکال اول: خفاء واسطه
- ۲۷۳ اشکال دوم: حجیت استصحاب در اثبات لوازم اعم از واقعی و ظاهری
- ۲۷۳ مقدمہ اول: اقسام ثلاثہ لوازم
- ۲۷۳ قسم اول: لوازم واقع مستصحب
- ۲۷۴ قسم دوم: لوازم ثبوت ظاهری مستصحب
- ۲۷۴ قسم سوم: لوازم اعم از واقع و ظاهر و انواع آن
- ۲۷۴ نوع اول: لازمه شرعی
- ۲۷۴ نوع دوم: لازمه عقلی
- ۲۷۵ نوع سوم: لازمه عرفی
- ۲۷۵ مقدمہ دوم: مصداق بودن مقام برای لازمه عرفی از قسم سوم
- ۲۷۶ پاسخ حلّی به اشکال اول بر عروه: جریان استصحاب سببی و مسببی متوافق
- ۲۷۶ نمونه های جریان اصل مسببی موافق اصل سببی
- ۲۷۷ جریان قاعده طهارت با وجود استصحاب طهارت
- ۲۷۷ جریان قاعده حلّ و اصل برائت با وجود استصحاب حلّیت و برائت
- ۲۷۸ اشکال دوم: عدم جریان استصحاب حکمی به دلیل عدم احراز بقاء موضوع

- ۲۷۸ تبیین اشکال دوم
- ۲۷۸ مقدمهٔ اول: تمییز أعراض مشابه بالحاظ معروض
- ۲۷۹ مقدمهٔ دوم: عدم جریان استصحاب حکمی در فرض واسطه در عروض بودن صغر
- ۲۷۹ مقدمهٔ سوم: واسطه در عروض بودن صغر
- ۲۸۰ تطبیق مقدمات بر کلام آقای خوئی
- ۲۸۱ پاسخ اشکال دوم طبق مبنای آقای داماد و بررسی آن
- ۲۸۱ مبنای آقای داماد: جریان استصحاب در فرض ترتب حکم بر موضوع خارجی
- ۲۸۲ اشکال: زوال شخص حکم (محمول) در موارد زوال عنوان ثبوتی
- ۲۸۳ نظر مختار: کفایت احتمال بقاء عنوان ثبوتی در جریان استصحاب
- ۲۸۳ اشکال سوم: عدم جریان استصحاب حرمت وطنی در فرض صغر سابق زوج
- ۲۸۴ نظر مختار: حرمت وطنی در همه موارد به دلیل استصحاب موضوعی
- ۲۸۵ حرمت ابدی زوجۀ موطوئۀ مشکوک الصغر
- ۲۸۵ نظر سید یزدی: عدم اثبات حرمت ابدی به دلیل مثبت بودن استصحاب
- ۲۸۵ بررسی وجه مثبت بودن اصل عدم بلوغ در مقام
- ۲۸۶ وجه اول: عدم اثبات «قبلیت» با اصل عدم بلوغ
- ۲۸۶ بررسی اشکال‌های وجه اول
- ۲۸۶ اشکال اول: عدم امکان التزام به لوازم وجودی بودن مفهوم قبلیت در مقام
- ۲۸۸ پاسخ اشکال اول
- ۲۸۸ پاسخ اول: عدمی بودن موضوع حرمت جماع (نه حرمت ابدی) در وطنی صغیره
- ۲۸۹ پاسخ دوم: مفروض بودن بلوغ زوجۀ در مقام
- ۲۸۹ اشکال دوم: عدم جریان اصل حتی با فرض عدمی بودن عنوان قبلیت
- ۲۸۹ وجه دوم مُثَبِّتیت: عدم حالت سابقه در وطنی موجود

- مقدمه اول: ترتیب احکام تکلیفی بر ماهیت قبل وجود و ترتیب احکام وضعی بر ماهیت موجود. ۲۹۰
- مقدمه دوم: عدم حالت سابقه ماهیت موجود (وطی موجود). ۲۹۰
- نتیجه: سازگاری وجه دوم با کلام مرحوم سید با بیان دو شاهد. ۲۹۰
- شاهد اول: رجوع ضمیر در «لعدم احراز کونه قبل التسع» به «وطی» نه «زوجه». ۲۹۰
- شاهد دوم: عدم ذکر تفاوت موضوع حرمت وقاع و حرمت ابدی در عروه. ۲۹۱
- اشکال وجه دوم: دلالت ادله استصحاب بر توسعه ظاهری شروط و قیود. ۲۹۱
- نظر مختار: حرمت ابدی. ۲۹۲
- وجوب دیه و نفقه در وطی زوجه مشکوک الصغر. ۲۹۳
- وجه وجوب نفقه و دیه در عروه با وجود مثبت دانستن استصحاب صغر. ۲۹۳
- وجه وجوب دیه در مستمسک: استصحاب موضوع وجوب (من لم تبلغ التسع). ۲۹۳
- مناقشه آقای حکیم در وجه وجوب دیه. ۲۹۴
- مقدمه اول: وجودی بودن موضوع دیه در روایت برید. ۲۹۴
- مقدمه دوم: اخص مطلق بودن روایت برید نسبت به روایت حرمان. ۲۹۴
- اشکال آقای خوئی به آقای حکیم: ضعف سند روایت برید. ۲۹۵
- پاسخ به آقای خوئی. ۲۹۵
- پاسخ اول: صحت سند روایت برید. ۲۹۵
- پاسخ دوم: وجود اخبار معتبر دیگر مثل صحیح حماد از حلبی. ۲۹۵
- وجه وجوب نفقه در مستمسک: لابی بودن مقتد صحیح حلبی. ۲۹۶
- اشکال بر کلام آقای حکیم. ۲۹۷
- اشکال اول: وجود مخصص لفظی (صحیح حرمان). ۲۹۷
- اشکال دوم: بازگشت اجماع به دلیل لفظی. ۲۹۷
- اشکال سوم: عدم جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص لابی در مقام. ۲۹۸

- ۲۹۹ وجه صحیح وجوب دیه و نفقه از نظر مرحوم سید
- ۲۹۹ تبیین مبنای سید یزدی در قاعده مقتضی و مانع و جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه
- ۲۹۹ شرط جریان قاعده مقتضی و مانع: وجودی بودن مخصص
- ۳۰۰ شرط تمسک به عام در شبهه مصداقیه: انفصال مخصص
- ۳۰۱ جریان همه احکام زوجیت در زوجه افشاء شده
- ۳۰۱ مطلب اول: الحاق ولد به شوهر با وجود فرض حرمت ابدی جماع با زوجه
- ۳۰۲ مطلب دوم: بررسی تحقق حرج با لحاظ حرمت ابدی جماع با زوجه
- ۳۰۳ عدم سقوط نفقه زوجه افشاء شده با نشوز
- ۳۰۳ اشکالات کلام سید یزدی
- ۳۰۳ اشکال اول: لزوم قید «علی الأحوط» در فرض ازدواج مجدد زوجه افشاء شده
- ۳۰۳ اشکال دوم: لزوم فتوا به عدم سقوط نفقه افشاء شده در فرض نشوز
- ۳۰۴ پاسخ: احتمال وجوب نفقه بعد از طلاق به دلیل استمرار وجوب نفقه زوجیت
- ۳۰۴ تمثیلی در توضیح کلام مصنف
- ۳۰۵ اشکال سوم: لزوم جایگزینی «اذ» به جای «لذا» در «لذا تثبت بعد الطلاق...»
- ۳۰۵ قول مختار: ثبوت نفقه مفضاة ناشزه به دلیل اطلاق روایت حلبی
- ۳۰۶ بررسی تقدم نفقه افشاء بر نفقه اقارب
- ۳۰۶ مطلب اول: عدم دلیل بر تقدم مجرد دین بر نفقه اقارب
- ۳۰۸ مطلب دوم: عدم دلیل بر تقدم نفقه مفضاة بر اقارب
- ۳۰۸ کلام آقای حکیم: عدم شمول دلیل تقدم نفقه زوجه (اجماع) نسبت به نفقه مفضاة
- ۳۰۸ کلام آقای خونی: احتمال اهم بودن هر دو نفقه در تراحم

- ۳۱۰ بررسی سقوط نفقه زوجه افضاء شده با موت زوج
- ۳۱۰ بیان اقوال و بررسی وجود شهرت در مسئله
- ۳۱۰ فتوای سقوط نفقه با موت أحد الزوجین در مقتعه و سرائر
- ۳۱۰ عدم شهرت قدمایی در سقوط نفقه با موت شوهر
- ۳۱۱ شهرت فتوای متأخرین در سقوط نفقه با موت أحد الزوجین
- ۳۱۲ وجه نظر مشهور متأخرین (سقوط نفقه با موت شوهر) در مستمسک
- ۳۱۳ تقریب اول و بررسی آن
- ۳۱۳ مقدمه اول: تدریجی بودن اشتغال به نفقه افضاء
- ۳۱۴ بیان اول: ظهور «اجراء» در تدریجی بودن اشتغال ذمه
- ۳۱۴ اشکال: عدم ظهور دلیل در اتحاد متعلقی و حکم در نحوه وجود
- ۳۱۴ بیان دوم: عدم امکان التزام به دو نفقه تدریجی زوجیت و نفقه دفعی افضاء
- ۳۱۴ اشکال: امکان اشتغال ذمه به نفقه دفعی افضاء
- ۳۱۵ امکان دفعی بودن بدهی و تدریجی بودن وجوب اداء و نظائر فقهی آن
- ۳۱۶ عدم دلیل بر مانعیت غرر (جهل به تاریخ مرگ زوجه) در غیر معاملات
- ۳۱۷ بیان سوم: نظارت ادله اثبات نفقه افضاء به استمرار نفقه زوجیت
- ۳۱۷ اشکال بیان سوم
- ۳۱۷ بیان چهارم (مختار)
- ۳۱۷ مطلب اول: تقید نسبت «علیه الاجراء» به «مادامت حیه»
- ۳۱۸ مطلب دوم: عرفی بودن انحلال اشتغال به کل نفقه
- ۳۱۹ مقدمه دوم: عدم اخراج «دیون حادث بعد از موت شوهر» از ترکه
- ۳۱۹ اشکال بر مقدمه دوم
- ۳۱۹ اشکال اول: خروج «دیون بعد مرگ» از اصل ترکه
- ۳۱۹ مقدمه اول: معقول بودن مدیون شدن بعد از مرگ

- ۳۱۹ مقدمه دوم: مقدم بودن میت بر ورثه در دیون محقق شده بعد از مرگ
- ۳۲۰ اشکال دوم: بقاء دین با فرض عدم اخراج «دیون بعد مرگ» از اصل ترکه
- ۳۲۱ تقریب دوم و بررسی آن
- ۳۲۱ مقدمه اول: نظارت ادله نفقه افضاء به استمرار نفقه زوجیت
- ۳۲۱ مقدمه دوم: اتحاد احکام نفقه زوجیت و افضاء
- ۳۲۱ نتیجه: سقوط نفقه زوجیت با مرگ زوج از دوراه مستقیم و غیر مستقیم
- ۳۲۲ اشکال بر مقدمه دوم
- ۳۲۲ اشکال اول: عدم دلیل بر اتحاد احکام نفقه زوجیت و افضاء
- ۳۲۲ اشکال دوم: تلازم مقدمه دوم با سقوط نفقه افضاء با نشوز
- ۳۲۳ پاسخ: سقوط نفقه در نشوز و عدم ثبوت نفقه در بعد موت
- ۳۲۳ مناقشه در پاسخ
- ۳۲۵ وجه نظر مشهور متأخرین: ظهور «علیه الاجراء» در حکم تکلیفی
- ۳۲۵ بررسی استصحاب حکم وضعی حق نفقه متزوج از حکم تکلیفی
- ۳۲۶ مطلب اول: عدم جریان استصحاب در شبهه حکمیه و موارد شک در مقتضی
- ۳۲۶ مطلب دوم: کلی قسم ثانی بودن استصحاب در مقام
- ۳۲۷ نظر مختار: ظهور «علیه الاجراء» در عدم سقوط نفقه با موت شوهر
- ۳۲۹ عدم سقوط نفقه زوجه افضاء شده با عدم تمکن زوج
- ۳۳۰ حکم امتناع زوج از پرداخت نفقه در صورت تمکن
- ۳۳۰ بررسی کلام سید یزدی
- ۳۳۰ نکته اول: مسامحه در عبارت «تصیر دینا»
- ۳۳۰ نکته دوم: احتمالات کلام سید یزدی (الظاهر أنّ حکمها حکم الزوجه)

بخش ششم

تعدد زوجات

- ۳۳۵ حرمت نکاح دائم با بیش از چهار زن
- ۳۳۶ عدم محدودیت در ملک، تحلیل و عقد موقت
- ۳۳۷ محدودیت نکاح حرّ با أمه و نکاح عبد با حرّه
- ۳۳۸ اشکالات عبارت عروه
- ۳۳۸ اشکال اول: تسامح در تفریع عدم جمع بین حرّتین و أمّتین توسط عبد
- ۳۳۸ اشکال دوم: عدم ذکر حرمت جمع عبد بین دو حرّه با یک کنیز
- ۳۳۹ اشکال سوم: تسامح در «کما لا یجوز للحرّ ایضا أن یجمع بین ثلاث إماء و حرّة»
- ۳۳۹ پاسخ اشکال سوم
- ۳۴۰ اشکال چهارم: عدم ذکر حرمت نکاح حرّ با سه کنیز
- ۳۴۱ بررسی الحاق عبد و أمّه مبعوض به حرّ
- ۳۴۱ جهت اول: بررسی مقتضای اصل لفظی
- ۳۴۲ مطلب اول: انصراف ادله لفظی از عبد و أمّه مبعوض
- ۳۴۲ کلام آقای نائینی و آقای خوئی: عدم انصراف ادله لفظی از عبد و أمّه مبعوض
- ۳۴۳ اشکال آقای حکیم: عدم انطباق عنوان عبد و أمّه بر مبعوض
- ۳۴۳ پاسخ: صحت ادعای انصراف بدوی با فرض انطباق عنوان عبد و أمّه بر مبعوض
- ۳۴۳ نظر مختار: عدم انطباق عنوان حرّ و عبد بر مبعوض
- ۳۴۴ مطلب دوم: جواز رجوع به عمومات نکاح با چهار زن
- ۳۴۴ کلام مرحوم سید: ملازمه رجوع به عمومات نکاح در عبد مبعوض با اولویت او بر حرّ

- اشکال اول: اشکال نقضی ۳۴۴
- اشکال دوم: عدم ملازمه بین محدودیت کمتر مبعوض با افضلیت او بر حر ۳۴۵
- جهت دوم: بررسی مقتضای اصل عملی ۳۴۶
- مطلب اول: اشکال بر استصحاب رقیّت ۳۴۶
- اشکال اول و دوم: عدم حجیت استصحاب در شبهات حکمیه و شک در مقتضی ۳۴۶
- اشکال سوم: تغییر موضوع ۳۴۶
- پاسخ: موضوع بودن ذات عبد در مقام ۳۴۶
- اشکال چهارم: تعارض استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی ۳۴۷
- مطلب دوم: مقتضای اصل عملی بالحاظ عدم اعتبار استصحاب در مقام ۳۴۸
- بررسی نظر آقای حکیم ۳۴۸
- حکم عبد عتق شده با بیش از دو زوجۀ أمه ۳۵۰
- حکم نکاح با خامسه در فرض شک در دائمی بودن چهار همسر ۳۵۱
- حکم ازدواج با زن پنجم پس از طلاق یکی از زوجات اربعه ۳۵۲
- تصویر صور پنج گانه مسئله ۳۵۲
- حکم صورت اول و دوم: جواز ۳۵۳
- حکم صورت سوم (ازدواج با زن پنجم در عدۀ رجعی): عدم جواز ۳۵۳
- حکم صورت چهارم (ازدواج با زن پنجم در عدۀ بائن) ۳۵۵
- دلیل عدم جواز ازدواج: اطلاق روایات ناهیه ۳۵۶
- بررسی دلیل جواز ازدواج و عدم امکان تمسک به روایات ناهیه ۳۵۶
- دلیل اول: عدم اطلاق روایات ناهیه نسبت به عدۀ بائن ۳۵۷
- دلیل دوم: سقوط روایات ناهیه از حجیت با تعارض آنها با ادله مجوزۀ ۳۵۷

- ۳۵۸ مطلب اول: تبیین مبنای انقلاب نسبت بین ادله
- ۳۵۹ مطلب دوم: بطلان «انقلاب نسبت» در فرض الغاء عنوان یکی از ادله
- ۳۶۱ مطلب سوم: تطبیق مبنای «انقلاب نسبت» بر مقام
- ۳۶۱ بررسی مسئله طبق مبنای زوجیت حقیقی مطلقه رجعی
- ۳۶۲ بررسی مسئله طبق عدم زوجیت حقیقی مطلقه رجعی
- ۳۶۴ نتیجه: جواز ازدواج در عده بائن زوجة سابق با زن پنجم
- ۳۶۴ دلیل سوم: اجماع بر جواز ازدواج
- ۳۶۴ بررسی دلیل سوم
- ۳۶۴ کلام آقای خوئی: مخالفت شیخ مفید و شیخ طوسی با جواز
- ۳۶۵ پاسخ: عدم وجود فتوا به حرمت ازدواج در مقام
- ۳۶۶ بررسی نظر شیخ مفید در مقنعه
- ۳۶۸ بررسی نظر شیخ طوسی در تهذیب بالحاظ سه قرینه
- ۳۶۹ قرینه اول
- ۳۶۹ قرینه دوم
- ۳۷۰ قرینه سوم
- ۳۷۰ بررسی نظر شهید ثانی
- ۳۷۱ بررسی نظر صاحب نهایه المرام
- ۳۷۱ تردید محقق سبزواری در کفایة الأحکام
- ۳۷۲ بررسی کلام آقای حکیم (تردید سید در وجود قول مخالف)
- ۳۷۳ نتیجه: عدم مخالف در مسئله و عدم کشف قول معصوم علیه السلام
- ۳۷۳ دلیل چهارم: انقطاع عصمت
- ۳۷۵ تقریب اول: الغاء خصوصیت
- ۳۷۵ اشکال: عرفی نبودن الغاء خصوصیت
- ۳۷۵ تقریب دوم: تمسک به اجماع مرکب
- ۳۷۵ اشکال: عدم احراز اجماع در مقام

- ۳۷۶ تقریب سوم: تمسک به «برئت عصمتها» در روایات ازدواج با خواهرزن
- ۳۷۶ بررسی تقریب سوم
- ۳۷۷ مطلب اول: احتمال دخالت معتده بودن زوجه سابق در بطلان ازدواج با زن پنجم
- ۳۷۸ مطلب دوم: بررسی کلام سید در تمسک به انقطاع عصمت
- ۳۷۹ دلیل پنجم: تذییل «لا یجمع ماء فی خمس» در روایت زراره و محمد بن مسلم
- ۳۸۰ مناقشه در دلیل پنجم
- ۳۸۰ مناقشه اول: احتمال تعدد روایت در صدر و ذیل
- ۳۸۱ مناقشه دوم: مخصص نبودن تعلیل
- ۳۸۱ مطلب اول: تبیین دلیل مخصص نبودن تعلیل
- ۳۸۳ مطلب دوم: تطبیق مطلب اول بر مقام
- ۳۸۳ مناقشه سوم: انفصال ذیل از صدر روایت با لحاظ عدم امکان اراده عموم از ذیل
- ۳۸۴ پاسخ: اتصال صدر و ذیل با لحاظ قرائن نظارت صدر به ازدواج دایم
- ۳۸۶ مناقشه چهارم
- ۳۸۷ اشکال بر مناقشه چهارم
- ۳۸۷ اشکال اول: عدم فرض مدخوله بودن زن های غیر مطلقه در روایت
- ۳۸۷ اشکال دوم: عدم فرض دخول و انزال نسبت به زن پنجم در روایت
- ۳۸۸ اشکال سوم: کشف «نبود منی در رحم مطلقه» با یک حیض
- ۳۸۸ معنای مختار در فرض وحدت صدر و ذیل روایت
- ۳۸۹ بررسی کراهت ازدواج با زن پنجم قبل از انقضاء عده بائن
- ۳۹۰ حکم صورت پنجم (ازدواج با زن پنجم قبل از انقضاء عده وفات)
- ۳۹۰ بررسی روایات مسئله
- ۳۹۰ طایفه اول: روایات مجوزه
- ۳۹۰ روایت اول: معتبره علی بن جعفر
- ۳۹۱ مناقشه در اعتبار روایات «مسائل علی بن جعفر»

- روایت دوم: صحیحۀ زرارہ ۳۹۵
- طایفۀ دوم: روایات مانعہ (موثّقہ عمار) ۳۹۶
- نظر صاحب عروہ: جواز ازدواج ۳۹۷
- دفاع آقای حکیم از صاحب عروہ بالحاظ خبر علی بن جعفر ۳۹۷
- مناقشہ در کلام آقای حکیم: عدم تعارض خبر با موثّقہ ۳۹۷
- جمع عرفی بین صحیحۀ زرارہ و موثّقہ عمار ۳۹۸
- راہ اوّل: تنقید صحیحۀ زرارہ با موثّقہ عمار ۳۹۸
- راہ دوم: حمل موثّقہ بر کراہت ۳۹۸
- مناقشہ در راہ دوم: تقدّم «تصرف در مادّہ» بر «تصرف در ہیئت» ۳۹۹
- پاسخ: عدم تقدّم ہمیشگی «تصرف در مادّہ» بر «تصرف در ہیئت» ۳۹۹
- حکم مسئلہ در فرض استقرار تعارض ۴۰۰

کتابنامۀ این مجموعه را علاوه بر مجلد دوازدهم، در صفحہ اینترنتی زیر نیز می توانید مشاهده کنید:

