



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

کتاب جامع

تقریرات

حضرت آیت اللہ شبیری زنجانی (مدظلہ)



«جلد ۲۵»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی

نویسنده:

آیت الله العظمی موسی شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

موسسه پژوهشی رای پرداز

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۲	نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد ۲۵
۱۲	مشخصات کتاب
۱۲	اشاره
۷۶۹۷	۱۳۸۵/۱۱/۲۱ شنبه درس شماره (۹۶۹-۹۶۴) کتاب النکاح/سال نهم
۷۶۹۷	اشاره
۷۶۹۷	القول فی النشوز
۷۶۹۷	خلاصه دروس:
۷۶۹۹	القول فی النشوز
۷۶۹۹	فصل اول: تعریف نشوز در لغت و اصطلاح
۷۶۹۹	حقیقی بودن استعمال نشوز در ترفع از اداء حق زوج
۷۷۰۰	اشکال اصطلاح مذکور نسبت به نشوز مرد:
۷۷۰۱	تقسیم نشوز به نشوز زن و نشوز مرد
۷۷۰۳	فصل دوم: نشوز زوجه
۷۷۰۳	بحث اول: موضوع احکام ثلاثه
۷۷۰۸	بررسی شواهد استعمال خوف به معنای علم:
۷۷۱۰	بررسی قول سوم (تفصیل بین ضرب و دو حکم وعظ و هجر)
۷۷۱۲	بررسی قول چهارم (ذکر معنای ثالثی برای خوف نشوز)
۷۷۱۲	بحث دوم: تعلق احکام به نحو ترتیب یا تخییر یا جمع؟
۷۷۱۴	بررسی ادله اعتبار ترتیب
۷۷۱۹	بحث سوم: مقصود از هجر و ضرب در آیه شریفه
۷۷۲۱	فصل سوم: نشوز زوج
۷۷۲۱	حکم وعظ، هجر و ضرب مرد در قرآن:
۷۷۲۲	مقتضای قاعده نهی از منکر در مقام:

- ۷۷۲۳ وضوح حکم در نشوز مرد:
- ۷۷۲۴ ۱۳۸۵/۱۲/۱ سه شنبه درس شماره (۹۶۹-۹۷۸) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۷۲۴ اشاره
- ۷۷۲۴ خلاصه دروس:
- ۷۷۲۴ اشاره
- ۷۷۲۴ بحث اول: موضوع حکم به بعث چیست؟
- ۷۷۲۴ بحث دوم: مخاطب حکم به بعث کیست؟
- ۷۷۲۵ بحث سوم: حکمیت است یا کالت؟
- ۷۷۲۵ بحث چهارم: تعیین حکم وظیفه کیست؟
- ۷۷۲۵ بحث پنجم: مولوی یا ارشادی بودن امر به بعث:
- ۷۷۲۵ بحث ششم: عدم اختصاص حکم بودن به اهل:
- ۷۷۲۵ بحث هفتم: نفوذ حکم حکمین با غیبت احد الزوجین:
- ۷۷۲۶ بحث هشتم: شرایط نافذه و غیر نافذه در اصلاح حکمین:
- ۷۷۲۶ بحث نهم: حکم بذل مال برای طلاق خلعی:
- ۷۷۲۶ بحث دهم: بطلان طلاق خلع یا رجعی شدن طلاق؟
- ۷۷۲۷ القول فی الشقاق
- ۷۷۲۷ اشاره
- ۷۷۲۷ ذکر روایات شقاق
- ۷۷۳۰ بحث اول: موضوع حکم به بعث
- ۷۷۳۱ اشکال تعلق حکم به خوف شقاق:
- ۷۷۳۱ راه حل های اشکال مذکور
- ۷۷۳۴ اشکال «جواهر» بر «ریاض» و «کشف اللثام»
- ۷۷۳۴ جواب از اشکال جواهر
- ۷۷۳۶ بحث دوم: مخاطب حکم به بعث
- ۷۷۳۷ ب - ادله توجه خطاب به حکام
- ۷۷۳۹ ج - ادله توجه خطاب به زوجین

- ۷۷۴۲ ----- بحث سوم: حکمیت یا وکالت
- ۷۷۴۳ ----- بحث چهارم: تعیین حکم وظیفه کیست؟
- ۷۷۴۴ ----- بحث پنجم: مولویت یا ارشادیت امر به بعث
- ۷۷۴۵ ----- بحث ششم: عدم اختصاص حکم بودن به اهل
- ۷۷۴۶ ----- بحث هفتم: نفوذ حکم حکمین با غیبت احد الزوجین
- ۷۷۵۰ ----- بحث هشتم: شرایط نافذه و غیر نافذه در اصلاح حکمین
- ۷۷۵۵ ----- بحث نهم: حکم بذل مال برای طلاق خلعی
- ۷۷۶۰ ----- اشکال بر حکم به بطلان در بعضی از صور اکراه و راه حل آن:
- ۷۷۶۴ ----- د - اشکال نقضی بر حکم به عدم جواز بذل و بطلان طلاق خلع، به آیه (و ان امرأه خافت من بعلها نشوراً او اعراضاً...) و جواب آن:
- ۷۷۶۶ ----- ذکر روایات مفسره آیه (نُشُوراً أَوْ إِعْرَاضاً)
- ۷۷۷۰ ----- ه - مصداق عرفی یا مصداق شرعی:
- ۷۷۷۱ ----- بحث دهم: بطلان طلاق خلع یا رجعی شدن طلاق؟
- ۷۷۷۳ ----- ۱۳۸۶/۱/۱۴ شنبه درس شماره (۹۹۵-۹۷۹) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۷۷۳ ----- اشاره
- ۷۷۷۳ ----- احکام الاولاد /الحاق ولد
- ۷۷۷۳ ----- اشاره
- ۷۷۷۳ ----- شرط اول؛ دخول:
- ۷۷۸۰ ----- شرط دوم؛ گذشت اقل مدت حمل:
- ۷۷۸۶ ----- شرط سوم؛ کمتر بودن فاصله از اکثر حمل:
- ۷۷۸۸ ----- عبارات علماء قائل به یک سال؛
- ۷۷۹۲ ----- روایات:
- ۷۸۱۰ ----- جمع بین روایات؛
- ۷۸۱۲ ----- بحث درباره مدت حمل پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله
- ۷۸۲۲ ----- امکان لعان در کمتر و بیشتر از زمان حمل
- ۷۸۳۰ ----- بررسی روایات الولد للفراش
- ۷۸۴۵ ----- اتفاق و اختلاف زوجین در مسئله الحاق

- ۷۸۵۵ ارزیابی و نظر نهایی
- ۷۸۶۹ تولد بچه بعد از طلاق
- ۷۸۷۷ وطنی به شبهه
- ۷۸۸۵ ۱۳۸۶/۲/۸ شنبه درس شماره (۹۹۶-۹۹۹) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۸۸۵ اشاره
- ۷۸۸۵ سنن ولادت:
- ۷۸۸۵ بحث ختان:
- ۷۸۸۵ ۱ - وجوب ختان:
- ۷۸۸۹ تنبیه: بیان عبارات شیخ در مبسوط و خلاف
- ۷۸۹۳ نقد کلام صاحب حدائق:
- ۷۸۹۶ نقد کلام صاحب جواهر
- ۷۸۹۷ بیان اشکالی نسبت به کلام استاد و جواب آن
- ۷۹۰۱ نقد استاد:
- ۷۹۰۳ ۲ - وجوب ختان بر ولی:
- ۷۹۰۶ ۳ - ختان خنثی
- ۷۹۰۸ ۱۳۸۴/۱/۲۷ شنبه درس شماره (۱۰۰۵-۱۰۰۰) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۹۰۸ اشاره
- ۷۹۰۸ عقیقه
- ۷۹۰۸ اشاره
- ۷۹۰۹ بررسی ادله وجوب عقیقه:
- ۷۹۱۰ اشکال استاد مدظله بر کلام صاحب حدائق:
- ۷۹۱۱ اشکال استاد مدظله به اصل استدلال:
- ۷۹۱۳ نقد کلام مرحوم آقای خویی:
- ۷۹۱۶ نقد کلام صاحب حدائق:
- ۷۹۲۰ روایت ضریح محاربی:
- ۷۹۲۲ حکم خوردن از گوشت عقیقه برای والدین و خویشاوندان:

- ۷۹۲۳ بررسی روایت های مسئله:
- ۷۹۲۶ ۱۳۸۶/۲/۲۲ شنبه درس شماره (۱۰۱۱-۱۰۰۶) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۹۲۶ اشاره
- ۷۹۲۶ احکام ارضاع ولد
- ۷۹۲۶ خلاصه دروس:
- ۷۹۲۹ احکام ارضاع ولد
- ۷۹۲۹ بحث اول: حکم ارضاع ولد توسط ام
- ۷۹۳۰ جواب های داده شده از آیه:
- ۷۹۳۱ آیات دالّه بر عدم وجوب:
- ۷۹۳۲ اشکال «حدائق» بر دو آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ) و (وَإِنْ تَعَسَّرَ لَكُمُ):
- ۷۹۳۳ بررسی دلالت آیات مورد استدلال
- ۷۹۳۵ استدلال به روایت برای عدم وجوب ارضاع:
- ۷۹۳۷ بحث دوم: حکم لباء (أغوز)
- ۷۹۳۸ بحث سوم: حکم اجیر شدن زن برای ارضاع در حال زوجیت
- ۷۹۴۰ بحث چهارم: احقیّت مادر به ارضاع ولد
- ۷۹۴۱ بحث پنجم: حکم سپردن بچه به غیر مادر به کمتر از اجره المثل
- ۷۹۴۳ بحث ششم: حکم ارضاع بالتسبیب ام
- ۷۹۴۴ بحث هفتم: حکم اجیر کردن دیگری توسط ام اجیر شده
- ۷۹۴۵ بحث هشتم: اشتراط فقر در لزوم اجرت رضاع بر پدر
- ۷۹۵۰ بحث نهم: حکم وضعی نبودن لزوم پرداخت اجرت رضاع بر پدر
- ۷۹۵۰ بحث دهم: مقدار رضاع
- ۷۹۵۹ ۱۳۸۶/۲/۳۰ یکشنبه درس شماره (۱۰۱۷-۱۰۱۲) کتاب النکاح/سال نهم
- ۷۹۵۹ اشاره
- ۷۹۵۹ احکام حضانت ولد
- ۷۹۵۹ خلاصه دروس:
- ۷۹۶۱ احکام حضانت ولد

- ۷۹۶۱ ----- بحث اول: متولی حضانت بچه (در درجه اول) -----
- ۷۹۷۳ ----- بررسی روایات معارض با صحیحہ ایوب بن نوح: -----
- ۷۹۷۵ ----- بحث دوم: موضوعیت فطام یا دو سالگی -----
- ۷۹۷۵ ----- مدعای «جواهر» و ضعف ادله اش: -----
- ۷۹۷۶ ----- مختار در مسئله و دلیلش: -----
- ۷۹۷۷ ----- بحث سوم: شرایط حضانت کننده -----
- ۷۹۷۸ ----- شرط عدم تزویج در مادر: -----
- ۷۹۸۱ ----- بحث چهارم: حکم حضانت خنثی -----
- ۷۹۸۱ ----- اشکال بر «جواهر» و بیان مختار: -----
- ۷۹۸۲ ----- بحث پنجم: متولی حضانت با فوت پدر -----
- ۷۹۸۶ ----- بحث ششم: متولی حضانت با فوت والدین -----
- ۷۹۸۶ ----- بحث هفتم: قابلیت اسقاط حق حضانت -----
- ۷۹۸۹ ----- ۱۳۸۶/۳/۷ دوشنبه درس شماره (۱۰۲۱-۱۰۱۸) کتاب النکاح/سال نهم -----
- ۷۹۸۹ ----- اشاره -----
- ۷۹۸۹ ----- نفقه زوجیت -----
- ۷۹۸۹ ----- اشاره -----
- ۷۹۸۹ ----- شرایط وجوب نفقه زوجیت -----
- ۷۹۹۰ ----- راههای جمع بین صدر و ذیل کلام صاحب شرایع -----
- ۷۹۹۳ ----- ذکر یک نکته و نظر استاد مدظله -----
- ۷۹۹۴ ----- مسئله ای متفرع بر بحث جاری -----
- ۷۹۹۵ ----- نقطه نظری از فاضل مقداد -----
- ۷۹۹۵ ----- تحقیق درباره شرطیت تمکین و عدم النشوز -----
- ۷۹۹۶ ----- ردّ وجود اجماع بر اعتبار تمکین -----
- ۷۹۹۸ ----- توضیحی درباره کلام شهید ثانی در مسالک -----
- ۸۰۰۳ ----- کلام صاحب جواهر با توضیح استاد مدظله -----
- ۸۰۰۴ ----- پاسخ استاد مدظله به استدلال صاحب جواهر -----

شرطیت تمکین فعلی در کلمات بزرگان ۸۰۰۶

تحقیقی درباره سبب و زمان ثبوت حق نفقه زن ۸۰۰۷

اما روایات: ۸۰۰۷

ثمره قائل شدن به وجوب نفقه پیش از عروسی ۸۰۱۳

درباره مرکز ۸۰۱۵

نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد 25

مشخصات کتاب

عنوان و نام پدیدآور: نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی ؛ سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (1247-1337ق)

باب نکاح و بر مبنای کتاب عروه الوثقی مرحوم سید یزدی تنظیم شده است.

عنوان های دیگر العروه الوثقی. گزیده. شرح

ناشر: موسسه پژوهشی رای پرداز

مکان نشر: قم - ایران 1382 - 1383

زبان: فارسی

مشخصات ظاهری: 25 جلد

موضوع: فقه - نکاح (ازدواج)

موضوع: زناشویی (فقه)

کد کنگره: 2 ک 2 ش / 1 / 189 BP

ص: 1

اشاره

ص: 1

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

القول فی النشوز

خلاصه دروس:

بحث 1: نشوز در سه فصل انجام گرفت که خلاصه آنها به شرح زیر است:

فصل اول: تعریف نشوز در لغت و اصطلاح:

در این فصل با ترجمه نشوز به ارتفاح، معنای اصطلاحی آن در نزد فقهاء را عبارت از «ترفع از اداء حق» دانسته و سپس به تفاوت آن با نشوز مرد اشاره و آن را به معنای کراهت نسبت به زن و قصد طلاق وی یا ازدواج مجدد دانستند.

فصل دوم: نشوز زوجه:

در این فصل در سه مقام بحث شد که مقام اول عبارت از بحث از موضوع احکام سه گانه وعظ، هجر و ضرب زن بود و مقام دوم بحث از تربیتی یا تخییری و یا جواز جمع بین احکام مذکور بود، و مقام سوم بیان مقصود از هجر و ضرب در آیه بود. که در مقام اول چهار قول مطرح شد که عبارت بودند از: 1 - خوف نشوز موضوع است و با مشاهده امارات نشوز متحقق می شود. 2 - نفس نشوز موضوع است 3 - خوف نشوز موضوع برای جواز وعظ و هجر و نفس نشوز موضوع برای جواز ضرب است 4 - موضوع عبارت از خوف از نشوز متحقق است. و این قول مختار حضرت استاد «مدظله» بود.

و در مقام دوم با بیان دلالت آیه شریفه بر ترخیص احکام ثلاثه برای حل مشکلی که خوف از تحقق آن به دنبال نشوز است - نه اینکه دلالت بر وجوب آن ها نماید - پس از اشکال نمودن بر سه دلیلی که بر لزوم ترتیب اقامه شده بود، دلیل

چهارمی را - که عبارت از لزوم رعایت ترتیب به اقتضاء ملاک بود بر ترتیب اقامه نموده و آن را وجه لزوم رعایت ترتیب دانستند، ضمن اینکه قائل شدن کثیری از فقهاء به لزوم ترتیب را تأییدی بر این حکم قرار دادند.

و در مقام سوم پس از بحث از مقتضای روایات و مرسل بودن آنها، مقتضای قواعد و تناسبات حکم و موضوع را لزوم رعایت تقدیم آخف بر مرحله بالاتر و ثقیل ترش دانستند و در این جهت فرقی بین هجر و ضرب قائل نشدند.

فصل سوم: نشوز زوج:

در این فصل بعد از بیان مقصود از نشوز زوج که مقصود از آن ترفع مراد از ادامه زندگی با زن و قصد طلاق و یا ازدواج مجدد است، وجه عدم حکم به وعظ، هجر و ضرب در قرآن و کلمات فقهاء در مورد نشوز مرد را، توجه به فرض متعارف نشوز که همین معنای مذکور است و مرد در اینجا حرامی را مرتکب نشده است تا اینکه این احکام متوجه او بشود دانستند.

سپس با بیان اینکه نشوز به معنای ترفع مرد از اداء حقوق زن هم در مورد مرد می آید - اگرچه فرض متعارفی نیست - ضمن بیان جواز وعظ مرد توسط زن در این صورت و عدم تخصیص ادله نهی از منکر در این مورد، با توجه به حرمت اولی هجر و ضرب، جواز نهی از منکر کردن مرد با انجام هجر یا ضرب را متوقف بر اجازه عام توسط شارع و یا اجازه خاص توسط حاکم شرع دانسته و موردی را که زنی خودش مجتهد باشد و یا اینکه طبق تقلید از مجتهدی، انجام ضرب را به جهت ترک گناه بزرگی که در مقام تراحم تقدم بر مفسده ضرب دارد - مثلاً در باز داشتن از قتل - مورد استثناء قرار داده و خارج از کلمات فقهاء و قول به عدم جواز ضرب مرد توسط زن دانستند.

مباحثی که در این موضوع می آید عبارتند از: 1 - تعریف نشوز در لغت و اصطلاح شرعی 2 - بحث از نشوز زوجه 3 - بحث از نشوز زوج

فصل اول: تعریف نشوز در لغت و اصطلاح

به طوری که گفته اند، نشوز یک معنای لغوی اصلی دارد که عبارت از «ارتقاع» بوده و مهجور هم نیست و مواردی هم برای آن ذکر کرده اند که از جمله آیه (إِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانْشُزُوا) (1) است به معنای اینکه وقتی گفته می شود که بلند شوید (و به دنبال کارهای دینی راه بیفتید) ارتقاع پیدا کرده و بلند شوید.

و از طرفی با توجه به احکامی که در شرع مقدس بر ناشزه و ناشز بار کرده اند یک معنای شرعی هم دارد که عبارت از ترفع هر یک از زن یا مرد از اداء حق طرف مقابل است، کما اینکه شاید عرف عام هم نشوز را به حسب همین معنای شرعی اطلاق می کنند؛ به این معنا که زن خودش را ارفع دانسته و زیر بار حق مرد نرود و یا اینکه مرد زیر بار حق زن نرفته و خود را ارفع از این معنا بداند.

حقیقی بودن استعمال نشوز در ترفع از اداء حق زوج

این مطلب هم باید توجه شود که استعمال نشوز در معنای شرعی آن به نحو مجاز نیست، بلکه حقیقی است، البته برای اثبات این امر نمی خواهیم - به طوری که به سید مرتضی نسبت داده اند - به استعمال شدن نشوز در معنای مذکور در مواردی که مراد در آنها مسلم است ولی نحوه استعمال و اینکه آیا حقیقی است یا مجازی است مشکوک است، استدلال بکنیم؛ چرا که همانطوری که صاحب «معالم» و همین طور آخوند خراسانی رحمه الله گفته اند در چنین موردی اصل یا اماره عقلایی ای نداریم که حقیقی بودن استعمال را اثبات نماید، بلکه برای اثبات حقیقی بودن استعمال در اینجا مثل بسیاری از موارد دیگر - همانطوری که صاحب

ص: 7688

«کفایه» هم دارد - به این است که استعمال «من غیر عنایه و تأول» علامت حقیقت است؛ یعنی اینکه مثلاً انسان می بیند که لفظ شیر در مورد حیوان مفترس بدون عنایت و تأویلی اطلاق می شود علامت حقیقی بودن استعمال است، بر عکس استعمال آن در رجل شجاع که انسان بالفطره می فهمد که استعمال لفظ شیر در آن با تأویل و عنایت و ادعاء همراه است، استعمال مجاری است و باز مثل اینکه استعمال آب در آب رودخانه با استعمال آن در مورد دوغ، بالفطره مشخص است که در دومی عنایت و ادعاء در کار است و از باب تشبیه است که این دوغ مصداق برای آب قرار داده شده است.

توجیه نظر سید مرتضی رحمه الله در حقیقی بودن استعمال با علم به مراد: و بعید نیست که نظر سید مرتضی هم از حقیقی بودن استعمال در صورتی که علم به مراد باشد ولی نحوه استعمال و مجازی یا حقیقی بودن آن معلوم نباشد، همین باشد که با توجه به اینکه عنایت و تأویلی در صورت مذکور وجود ندارد، خود این استعمال دلیل بر حقیقی بودن آن معنا برای لفظ مذکور می شود.

پس با توجه به اینکه استعمال نشوز در مورد مرد ناشز و همین طور زن ناشزه بدون تأول و عنایتی صورت می گیرد و این طور نیست که ادعاء و تشبیهی در آن باشد، و در قرآن هم به همین نحو استعمال شده است، روشن می شود که استعمال نشوز در معنای شرعی آن به نحو حقیقت است.

اشکال اصطلاح مذکور نسبت به نشوز مرد:

از استعمال نشوز در قرآن، شأن نزول آن و روایات استفاده می شود که، اگر چه نشوز مرد به معنای ترفع مرد است، ولی ترفعی نیست که حقی از زن در آن ترک شده باشد، بلکه به معنای بالاتر دیدن خود از زوجه و کراهت داشتن نسبت به اوست و زن با توجه به احتمال طلاق دادن او یا گرفتن زن دیگر، از بخشی از حقوق خود صرف نظر می کند تا او را طلاق ندهد و یا زن دیگری نگیرد، و حتی به حسب

روایات یکی از زنان پیامبر صلی الله علیه و آله که پیر بود از بعضی از حقوق خود صرف نظر کرد، تا اینکه پیامبر صلی الله علیه و آله او را طلاق ندهد.

پس تفسیر نشوز به ترفع از اداء حق طرف مقابل تفسیر درستی نیست. معنای نشوز آیات و روایات اعم است و در بسیاری از کلمات فقهاء هم اعم است و نشوز مرد را به معنای دوست نداشتن و کراهت و اراده ازدواج دیگر تفسیر کرده اند. بله با توجه به اینکه ترفع زن به این معنا، بر خلاف قیمومت داشتن مرد نسبت به او بر اساس آیه قرآن است، و به معنای زیر بار قیمومت مرد نرفتن اوست و گناه است، لذا در قرآن می فرماید که او را در صورت نشوز موعظه و... نمایید و اما ترفع مرد با توجه به اینکه مستلزم ترک حقوق زن و گناه نیست، لذا قرآن کریم حتی حکم به موعظه هم در مورد نشوز مرد نکرده است.

تقسیم نشوز به نشوز زن و نشوز مرد

از آنچه گفته شد روشن شد که نشوز همانطوری که در مورد مرد می آید، در مورد زن هم می آید و ورود آیه قرآن نسبت به نشوز زن، مثل نشوز مرد، و همین طور ورود روایات در مورد آنها بهترین شاهد بر آن است، کما اینکه فقهاء هم نوعاً در باره هر دو بحث کرده اند لکن مرحوم ابن ادریس در «سرائر»⁽¹⁾ از کلام شیخ در «نهایه» اختصاص نشوز به نشوز مرد را استظهار کرده است، کما اینکه می توان از عبارت شیخ در «تبیان» و همین طور از عبارت سلار در «مراسم» اختصاص نشوز به زن را استظهار کرد؛ چرا که عباراتشان چنین است: «نهایه»: «و اما النشوز فهو ان یکره الرجل المرأه و ترید المقام معه و تکره مفارقته و یرید الرجل طلاقها منقول له: لا تفعل انی أکره ان یشمت بی و لکن انظر لیلتی فاصنع بها ما شئت و ما کان سوی ذلک من نفقه و غیرها فهو لک و اعطیک ایضا من مالی شیئا معلوما و دعنی علی حالتی»⁽²⁾.

که این عبارت ظهور دارد در اینکه نشوز فقط به همین معناست که مرد از زنش

ص: 7690

1- (1) - سرائر 2: 728

2- (2) - نهایه: 530

خوشش نمی آید و می خواهد او را طلاق بدهد.

«تبیان»: فالنشوز یکون من قبل المرأة خاصه. (1)

«مراسم»: النشوز و هی ان تعصی المرأة الرجل. (2)

ولی همانطوری که مرحوم علامه از توهم ابن ادریس جواب داده است، مقصود شیخ در «نهایه» اختصاص استعمال نشوز در نشوز مرد نیست؛ چرا که ایشان قرآن را می دانسته است و استعمال نشوز در مورد زن در آیه (وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...) 3 را دیده بوده است، لکن با توجه به اینکه بحثش در کتاب طلاق بوده است و آیه قرآن در مورد نشوز مرد و راهی را که برای جلوگیری از طلاق برای آنها گذاشته است را بحث می کرده است چنین تعبیری کرده است که یعنی نشوز در اینجا به این معناست.

و شاهدش این است که خود ایشان در تفسیر «تبیان» چون بحثش از آیه شریفه (وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...) است، در عبارتی که از ایشان گذشت، می گوید که پس نشوز فقط از جانب زن می باشد، که ظاهرش موجب توهم اختصاص نشوز به زن است ولی این توهم هم صحیح نیست و به جهت اختصاص بحث او در مورد نشوز زنان چنین تعبیری نموده است. کما اینکه «مراسم» سلار هم کتاب مختصری است و چون در صدد بیان همه صور مسئله نبوده است، غرضش بیان خصوص نشوز زنان بوده است و شاهدش این است که بعد از آن مسئله ضرب را آورده است که اختصاص به نشوز زن دارد.

اشتباه نسبت جواهر به راوندی: مرحوم صاحب جواهر به «احکام القرآن» راوندی که مقصود همان «فقه القرآن» است، اختصاص نشوز به زن را نسبت داده است. ولی این نسبت ناصحیح است؛ چرا که تعبیر قطب راوندی در یک جا نظیر

ص: 7691

1- (1) - تبیان 3: 190

2- (2) - مراسم: 161

«نهایه» است (1) و در یک جای دیگر هم نشوز مرد و نشوز زن، هر دو را آورده است (2).

فصل دوم: نشوز زوجه

محور بحث: بحث هایی که در این بخش از مباحث نشوز می آید به طور عمده در مورد آیه شریفه (وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ... 3) می باشد و دو بحث مهمی که در مورد آن وجود دارد عبارتند از:

1 - موضع احکام ثلاثه چیست؟ آیا عبارت از خوف نشوز است یا اینکه خود نشوز موضوع حکم است یا اینکه تفصیلی در بین آنها وجود دارد؟

2 - آیا جمع بین احکام ثلاثه جایز است یا خیر؟ و در صورت عدم جواز، آیا زوج در انجام هر یک از آنها مخیر است یا اینکه ترتیب در بین آنها وجود دارد؟

و بحث سومی که در اینجا انجام خواهد شد عبارت از مقصود از هجر و ضرب می باشد.

بحث اول: موضوع احکام ثلاثه

الف. اقوال در مسئله: چهار قول عمده در مسئله وجود دارد که عبارتند از:

قول اول: موضوع عبارت از خوف نشوز است که با مشاهده امارات نشوز تحقق پیدا می کند.

قول دوم: موضوع عبارت از نفس نشوز است که با علم به تحقق نشوز حاصل می شود.

قول سوم: تفصیل بین وعظ و هجر و بین ضرب به اینکه موضوع وعظ و هجر عبارت از خوف نشوز و موضوع ضرب عبارت از نفس نشوز است.

ص: 7692

1- (1) - فقه القرآن 2: 190

2- (2) - شاید منشأ توهم اختصاص در کلام مرحوم قطب راوندی این کلام او در موضع دیگری از فقه القرآن (192/2) است که می گوید: و النشوز یکون من قبل المرأة علی زوجها خاصة و الشقاق بینهما. (مقرر)

قول چهارم: موضوع عبارت از خوف از نشوز متحقق است و این قول مختار است با توضیحی که خواهد آمد.

ب. بررسی قول اول (موضوع بودن خوف نشوز)

ظاهر ابتدایی آیه شریفه (وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...) عبارت از مفاد همین قول است و ظاهر برخی از فقهاء و مفسرین هم پذیرش آن است که ذکر آنها در جواب از اجماع خواهد آمد. و معنای آیه بنا بر این قول این چنین می شود که «زنانی که خوف از ناشزه شدنشان دارید...»، پس با دیدن امارات نشوز، می توان که هر سه حکم آمده در آیه شریفه را درباره او اجراء نمود، لکن دو اشکال بر این معنا شده است که عبارتند از:

اشکال اول: مرحوم شیخ در «خلاف»⁽¹⁾ دعوی اجماع بر عدم جواز ضرب زن قبل از تحقق نشوز کرده است و مقصودش هم اجماع بین مسلمین است، کما اینکه در «مبسوط»⁽²⁾ هم دعوی «لا خلاف» بر این مطلب نموده است، اگر چه برخی تسامحا اجماع را به «مبسوط» هم نسبت داده اند.

جواب اشکال مذکور: اولاً: اجماعات مرحوم شیخ را آقایان قبول ندارند، در جایی دیدم - شاید «حدائق» بود - که شهید ثانی در رساله ای هفتاد مورد از مواردی را که مرحوم شیخ در آنها ادعای اجماع کرده است و در عین حال، خودش بر خلاف آن فتوا داده است، جمع آوری نموده است. و لذا این اجماعات برای کسی که مقداری فحص نماید، حتی ظن آور هم نیست، تا چه رسد که اطمینان آور باشد.

ثانیاً: به نظر ما مسئله مذکور اجماعی نیست؛ چرا که ظاهر سه نفر از بزرگان - که عباراتشان را می خوانم این است که به صرف خوف از نشوز، می توان این امور را در حق زن مرتکب شد.

ص: 7693

1- (1) - خلاف 4: 416

2- (2) - مبسوط 4: 337

1 - شیخ ابو الفتوح رازی در تفسیر «روض الجنان» (1) می گوید: «اگر ترسید (2) که عصیان و ناسازگاری کند، اول پند دهید او را، اگر سود ندارد و اصرار کنند، ایشان را در بسترها کنید و جانبی دیگر بخشید و گفته اند که پشت به ایشان کنید و اگر سود ندارد آنکه بزیند ایشان را، زدن چنان که عیبی و نقصی برایشان نیاید» (3).

2 - ابن حمزه در «وسیله» می گوید: اگر با قول یا فعل او امارات نشوز ظاهر شد «وعظها، فان أصرت هجرها فی المضجع ان شاء، فان أصرت ضربها ضرباً رقیقاً» (4) یا «رقیقاً». که ظاهر این کتاب هم این است که موضوع را عبارت از امارات نشوز قرار داده است.

3 - محقق حلی در «نافع» می گوید: «النشوز فهو ارتفاع احد الزوجین عن طاعه صاحبه فیما یجب له، فمتی ظهر من المرأه أماره العصیان وعظها» - می گوید اماره عصیان نه خود عصیان - «فان لم ینجح هجرها فی المضجع و صورته ان یولیها ظهره فی الفراش، فان لم تنجح ضربها» (5).

اشکال دوم: اینکه اگر به صرف خوف نشوز حکم به جواز هجر - که بر خلاف حق قسم است - و همین طور حکم به جواز ضرب زن بشود، از قبیل قصاص قبل از جنایت شده و فقه جدیدی را برپا می کند.

جواب اشکال مذکور: به نظر می رسد که حکم به جواهر هجر و حتی ضرب قبل از تحقق نشوز و عصیان، هم بر اساس قواعد اصولی قابل تقریر است و هم اینکه نظیری برای آن در فقه وجود دارد؛ اما نظیر آن عبارت از صبی است که با اینکه گناهی از او سر نمی زند ولی برای اینکه تربیت شده و پس از بلوغ دچار گناه نشود،

ص: 7694

1- (1) تفسیر «روض الجنان» خیلی دقیق و پر مطلب است و در خیلی جاها مؤسس است و مشکلاتی را که در کتب دیگر حل نشده است، ایشان با عبارت های مخصوص خودش حل نموده است

2- (2) - متأسفانه در تصحیح این تفسیر در برخی موارد نسخه صحیح تر را در پاورقی و نسخه ناجور را در متن قرار داده اند، از جمله در اینجا که نسخه جمع را در پاورقی گذاشته اند

3- (3) - تفسیر روض الجنان و روح البیان 5: 331

4- (4) وسیله: 333

5- (5) - المختصر النافع: 191

شارع مقدس اجازه ضرب او را داده است، در اینجا هم می شود که به صرف خوف نشوز و با ملاحظه امارات آن، اجازه ضرب زن را به مرد داده باشد تا اینکه دچار عصیان نشوز نگردد.

و اما از حیث قواعد، بر اساس بحثی که در مورد واجب مشروط و معلق شده است و مختار ما در آنجا بر خلاف مرحوم آخوند، این است که در مانند «ان جاءک زید فاکرمه» - همانطوری که مرحوم آقای داماد می گفت - اراده فعلی در امر وجود دارد و این طور نیست که هنوز اراده ای نسبت به آن نباشد و در صورت آمدن زید اراده حاصل شود، و اساساً اینکه امروز می گوید «ان جاءک زید فاکرمه» و بیانش را برای فردا نمی گذارد به جهت امکان او نسبت به تهیه مقدمات اکرام است تا اینکه در وقتش ترک نشود. و این کشف می کند از این که ذکر هر حکم و قانونی قبل از حصول شرایط آن به خاطر روی زمین مشروطش در هنگام حصول شرط آن است و معنای این امر، ثبوت اراده در امر علاوه بر شوق - این تعبیر شوق از من است - می باشد.

و بر این پایه، شارع می تواند برای عدم تحقق نشوزی که مبعوض اوست، الآن اراده تشریحیه داشته باشد و به جهت پیشگیری از آن، هجر و ضرب را تجویز کرده باشد.

اشکال سوم: اشکال دیگری که یکی از آقایان تذکر دادند و این اشکال وارد هم است، این است که در بین عامه بر این مطلب که ضرب زن در قبل از نشوز جایز نیست تسالم وجود دارد و من وقتی مراجعه کردم، دیدم که همین طور است و حتی طبری در تفسیر «جامع البیان» که خیلی خوب اقوال عامه را استقصاء می کند، در فرض خوف نشوز، وعظ و هجر را ذکر کرده است ولی ضرب را نیاورده است. (1)

و بر این اساس، حتی با تصویری که در مورد مشروط و معلق گفته شد هم

ص: 7695

نمی توانیم موضوع بودن خوف نشوز را برای جواز ضرب توجیه نماییم؛ چرا که توجیه مذکور بر فرض موضوع بودن خوف در آیه شریفه بود و اما با وجود تسالم بر موضوع نبودن خوف برای جواز ضرب، و اینکه بر اساس ادله و آیه شریفه، فقط در صورت تحقق نشوز، شارع اجازه ضرب را داده است، تعدی کردن از حکم به جواز ضرب برای رفع نشوز به جواز ضرب برای پیشگیری و دفع آن، با اینکه دفع یک گناهی با انجام گناه دیگری است مشکل است و نیازمند به الغاء خصوصیت است به اینکه گفته شود که بین مفسده و خطری که از نشوز حاصل شده پیدا می شود و مفسده و خطری که از ناحیه نشوزی که احتمال حصولش هست فرقی نیست و لذا همانطوری که ضرب زن ناشزه جایز است، ضرب زنی که خوف نشوزش هست هم جایز می شود. در حالی که چنین الغاء خصوصیتی که همه درک بکنند مشکل است به اینکه حکمی که برای یک مرتبه بالاتری گذاشته شده است - آن هم با توجه به مصون نبودن انسان از اشتباه و خطاء - برای مرتبه پایین تر هم آورده شود! چرا که اگر چه من خیال بکنم که این دو مفسده در یک مقدار است، لکن احتمال دارد که بر اساس حساب شارع مبعوضیت نشوزی که هنوز واقع نشده است در حد نشوز متحقق در خارج نبوده و لذا اراده تشریحیه ای نسبت به جواز ضرب در این صورت وجود نداشته باشد.

و لذا حکم به جواز ارتکاب یک محرمی - که ذاتاً حرام بوده است و به جهت دفع افسد به فاسد در صورت تحقق نشوز در اینجا تحریر شده است - برای دفع یک محرم دیگر به جهت مقایسه آن با صورت تحقق نشوز و جواز دفع آن با ضرب، مشکل می شود خصوصاً که در بین اصحاب هم افراد کثیری از بزرگان، موضوع احکام ثلاثه را خصوص تحقق نشوز قرار داده اند که أقدم آنها علی بن ابراهیم قمی در تفسیر منسوب به او است - که این نسبت صحیح هم هست - و همین طور مرحوم ابن جنید، مرحوم شیخ مفید، مرحوم ابو الصلاح حلبی و جمع کثیری از فقهاء بعد

از ایشان هم موضوع را تحقق نشوز دانسته اند.

نتیجه اینکه راه تامی برای قول اول - که موضوع دانستن خوف نشوز برای احکام سه گانه است - وجود نداشته است.

ج. بررسی قول دوم (موضوع بودن نشوز و علم به آن)

با توجه به اشکالاتی که متوجه معنای مطابق با ظاهر ابتدایی آیه شریفه است - که در بررسی قول اول تفصیل آنها گذشت - از سه راه به توجیه معنای آیه پرداخته اند که در طی بیان قول دوم و سوم به بررسی آنها پرداخته و پس از آن، نظر مختار خود را در تحت عنوان قول چهارم بیان خواهیم نمود.

توضیح قول دوم: همانطوری که در آخر بررسی قول اول گفته شد جمع کثیری از فقهاء از قدماء و بعد از آنها، قائل به این قول شده اند و وجه آن این است که با توجه به اینکه یکی از معانی خوف عبارت از علم است و با توجه به اشکالاتی که از حفظ استعمال خوف در معنای ظاهر از آن وجود دارد، خوف در آیه را به معنای علم گرفته و احکام آمده در آیه را هم، موضوعشان را عبارت از تحقق نشوز و علم به آن قرار داده اند.

بررسی شواهد استعمال خوف به معنای علم:

قبل از ذکر شواهدی که در اینجا گفته اند، باید به این نکته توجه داشت که در این تعبیر که خوف به معنای علم است، تسامحی واقع شده است؛ چرا که به طور مسلم، علم به معنای مطلق علم نیست و لذا اگر انسان یقین به بهشت داشته باشد، یا علم به رضایت الهی پیدا کند، در این صورت تعبیر به «خاف الجنّه» و «خاف رضی الله» نمی شود و اگر هم خوف به معنای علم استعمال شود از باب استعمال مسبب در سبب است و در جایی است که از علم به یک امر مخوفی که احتمال و ظن به آن هم ذاتا خوف آور است، خوف و وحشت در او ایجاد شود، که در این صورت - در صورت صحیح بودن چنین استعمالی - خوف از روی عنایت و مجاز

در علم استعمال می شود. برای این استعمال در لغت عرب به شواهدی استشهاد کرده اند که به نظر ما همه آنها ناتمام هستند و کلمه خوف در همه آن موارد در همان معنای ظاهرش استعمال شده است، مانند کلمه ترس در فارسی که در همه جا به همان معنای ظاهرش به کار رفته است و حتی در یک مورد هم به معنای علم استعمال نشده است. و اما در این شعر که «ترسم نرسی به کعبه ای اعرابی این ره که تو می روی به ترکستان است»، باز هم به همان معنای ظاهرش که ترسیدن است استعمال شده است، بله اگر اعرابی به همان راهی که می رود ادامه دهد قطعاً به ترکستان می رسد، ولی احتمال تغییر مسیر و تحول همیشه می رود و لذا کلمه ترس در اینجا هم به معنای علم و یقین و دانستن نیست.

شاهد اول و جوابش: گفته اند که خوف در این شعر به معنای علم است؛ «و لا تدفنتنی فی الفلات فائنی أخاف اذا ما متّ أن لا أذوقها» چرا که ضمیر به خمر بر می گردد و شاعر می گوید: مرا در بیابان دفن نکنید که می دانم که در این صورت دیگر استخوان هایم پس از مرگم خمر را نخواهد چشید.

ولی به نظر می رسد که خوف در این شعر به همان معنای ترسیدن است و ممکن است که شاعر بخواهد بگوید که چون ترس از دفن شدن در فلات و در نتیجه نچشیدن خمر در قبر را دارم، این وصیت را کردم نه اینکه مقصودش این باشد که من قطع دارم که وقتی مردم خمر را نخواهم چشید.

شاهد دوم و جوابش: گفته اند که در آیه شریفه (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) 1 خوف به معنای علم است، نه اینکه به صرف خوف و ترسیدن، حق دخالت و اصلاح وصیت نامه برای شخص داده بشود.

ولی به نظر ما در اینجا هم مشکلی پیش نمی آید که خوف به همان معنای ظاهرش باشد و معنایش این باشد که اگر چنانچه انسان می ترسد که عمل به

وصیتنامه ای منشأ ظلم و حرامی بشود می تواند که با عمل نکردن به آن بخش و یا تغییر آن، مانع از تحقق آن ظلم و امر حرام بشود.

علاوه بر اینکه در دو شاهدی که ذکر شد متعلق علم یک امر استقبالی بود و اثبات استعمال خوف به معنای علم در یک امر استقبالی، نمی تواند شاهد تامی برای جواز استعمال خوف به معنای علم نسبت به یک معلوم تحقق یافته باشد و فرض صاحبان این قول این است که موضوع احکام سه گانه آمده در آیه شریفه عبارت از علم به نشوز متحقق است که اشکالات قصاص قبل از جنایت بودن و خلاف اجماع و تسالم بین مسلمین بودن، دیگر پیش نیاید.

بررسی قول سوم (تفصیل بین ضرب و دو حکم وعظ و هجر)

توضیح این قول: در عده ای از کتب از قبیل «شرایع» (1)، «قواعد» و «لمعه» گفته اند که بین ضرب و آن دو حکم دیگر فرق وجود دارد؛ چرا که نسبت به دو حکم وعظ و هجر بر طبق ظاهر آیه که خوف از نشوز را موضوع قرار داده است، حکم می شود، ولی نسبت به ضرب، به جهت اجماعی که بر توقف جواز آن بر نفس نشوز قائم شده است، از ظاهر آیه دست کشیده و عبارت «و ان نشزن» را قبل از «و اضربوهن» در تقدیر می گیریم، و به عبارت دیگر اگر چه مقتضای اطلاق آیه جواز ضرب به خوف است، لکن این اطلاق و ظاهر آیه به سبب اجماعی که گفته شد تقیید می خورد.

اشکال قول مذکور: به طور مکرر گفته ایم که برخی از اطلاق ها از نظر عرف قابلیت تقیید را ندارند، از جمله در تعیین حدّ احکام شرعی است؛ مثلاً وقتی روایتی حد قصر نماز و خوردن روزه را سفر به مقدار هشت فرسخ قرار بدهد، که مصادیق مختلفی برای سفر وجود دارد؛ هم بر مسافر به خصوص هشت فرسخ صادق است و هم بر کسی که یک فرسخ یا صد یا بیشتر از هشت فرسخ رفته باشد،

ص: 7699

حالا اگر روایتی پیدا شود که دلالت بکند بر اینکه باید به مقدار بیست فرسخ مسافرت کرد تا اینکه نماز شکسته و روزه خورده شود، چنین روایتی نمی تواند مقید روایت تحقق سفر به هشت فرسخ باشد و چنین تقییدی عرفی نیست. در اینجا هم که موضوع برای سه حکم مذکور از جمله ضرب، عبارت از خوف از تحقق نشوز است که به صرف ظن به آن حاصل می شود، اگر بخواهیم به این صورت آن را قید بزنیم که اگر آن ظن تبدیل به قطع و علم بشود، ضرب زن جایز می شود، چنین تقییدی در نظر عرف صحیح نبوده و نیست بین آنها تباین است و لذا آیه شریفه به چنین قیدی قابل تقیید نیست.

و اگر بخواهیم این طور بگوییم که مقصود این است که اگر علاوه بر خوف، نفس نشوز هم تحقق پیدا کرد ضرب جایز می شود، چنین تقییدی عرفاً حتی بیشتر از بیان قبلی خلاف ظاهر می شود. (1)

توجیه کاشف اللثام: در «کشف اللثام» (2) برای این قول بیان دیگری دارد که ظاهراً این اشکال متوجه آن نمی شود و آن این است که ما بیاییم «و اضربوهن» در آیه شریفه را بر خلاف ظاهر آن که عطف به «فعظوهن» است، عطف به جمله «و اللاتی تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن فی المصاحح» قرار بدهیم؛ یعنی «و اضربوهن» به جای «اللاتی...» قرار بگیرد نه به جای خصوص «فعظوهن» و عطف به خبر «و اللاتی» بشود، و البته «و ان نشزن» را هم درباره «و اضربوهن» در تقدیر می گیریم تا اینکه معنای آن صحیح بشود؛ چرا که حکم به مطلق ضرب قطعاً صحیح نیست.

اشکال توجیه مذکور: چنین عطف خلاف ظاهری، آن هم با چنین تقدیری، باز هم به طور قطع عرفیت ندارد و لذا چنین توجیهی هم نمی تواند صحیح باشد.

ص: 7700

1- (1) - توجیه دیگری را هم در مورد این تفصیل شهید ثانی در «مسالك» آورده اند که عبارت از رعایت احتیاط است. بررسی آن به خاطر مناسبت بیشتر آن با بحث از ترتیب بین احکام سه گانه وعظ، هجر و ضرب، در آنجا (ص 37-39) می آید

2- (2) - کشف اللثام 7: 518

بررسی قول چهارم (ذکر معنای ثالثی برای خوف نشوز)

یک معنای سومی که نه در کلمات فقهاء آمده است و نه در تفاسیر - به مقداری که مراجعه کردم - وجود داشت و به نظر می‌رسد که هیچ اشکالی در آن نیست، این است که متعلق خوف در آیه شریفه عبارت از نشوز متحقق باشد؛ به این بیان که فعل «خاف» هم با «من» و هم بدون آن متعدی می‌شود و از طرفی متعلق آن همانطوری که در موارد زیادی وجود خارجی فعلی ندارد و خوف از تحقق آن در آینده نیست، گاهی هم وجود خارجی دارد مثل آتش خارجی، اسد موجود در خارج و تعلق خوف به آن در این صورت مجازی هم نیست که نیاز به مصححی داشته باشد مثلاً احتمال آسیب زدن مصحح آن باشد. بلکه به طور حقیقی گفته می‌شود که «أخاف الاسد» یعنی از شیر خارجی موجود می‌ترسم، و البته فرقی نمی‌کند که «الاسد» را در اینجا منصوب به نزع خافض (من) بدانیم یا نه، در هر حال در اینجا هم می‌گوییم که «تخافون نشوزهن» یعنی از نشوز موجود در آنها می‌ترسید؛ به اینکه بعد از این برای زندگیتان مشکل ایجاد نماید - کما اینکه گاهی ممکن است که نشوز مختصری باشد که احتمال ایجاد مشکل برای بعد نداشته باشد - در این صورت می‌فرماید می‌توانید آنها را مورد موعظه، هجر و ضرب قرار بدهید.

نتیجه: پس نظر مختار این شد که در آیه شریفه احکام ذکر شده، برای بعد از حصول نشوز بار شده است.

بحث دوم: تعلق احکام به نحو ترتیب یا تخییر یا جمع؟

کلام «مسالک» و «جواهر» در معنای «واو»: تعبیری در «مسالک» (1) هست که در «جواهر» (2) هم آمده است و آن اینکه «واو» به معنای مطلق جمع است و به طوری که از کلامشان بر می‌آید، مقصودشان این است که «واو» به معنای منع از خلو

ص: 7701

1- (1) - المسالک 8: 357

2- (2) - جواهر الکلام 31: 203

است؛ یعنی مخیر است که هر کدام از اینها را انجام بدهد یا اینکه دو تا از آنها را یا اینکه همه آنها را بجا بیاورد و فرقی نمی کند که به نحو جواز باشند یا به نحو تعین و وجوب؛ شامل همه آنها می شود.

رد کلام مذکور: به نظر می رسد که «او» چنین معنایی ندارد، بلکه مفاد آن چنین است که اینها هست؛ وعظ و هجر و ضرب، و اما اینکه به نحو تخییر باشد یا جمع، بستگی دارد به حکمی که مترتب بر آن شده است؛⁽¹⁾ پس اگر آن حکم عبارت از جواز باشد، معنایش این می شود که هر کدام از اینها انجامشان جایز است و اما اگر حکم وجوبی باشد معنایش لزوم انجام همه آنها می شود و این طور نیست که به منزله «او» و به معنای منع خلّو باشد.

و لذا اگر این احکام را از باب نهی از منکر، لزومی و امر بدانیم باید قائل به جمع بشویم و حکم به ترتیبی بودن آن دلیل می خواهد، کما اینکه اگر لزومی هم نباشند و دلالت بر جواز و ترخیص بکنند - به این معنا که شارع برای حل مشکلاتی که نشوز به دنبال دارد چنین راههایی را قرار داده است و لذا اگر کسی آنها را دنبال نکند عصیانی نکرده است و ظاهراً همین گونه هم هست - باز هم اعتبار ترتیب در صورت تصمیم به انجام آنها دلیل می خواهد؛ چرا که مفاد ترخیص هم عبارت از تخییر در انجام هر کدام و جواز جمع است.

ص: 7702

1- (1) - در بحث تمسک به حدیث امام حسن عسکری علیه السلام که می فرماید: «من کان من الفقهاء... فللعوام ان یقلدوه» نیز این بحث الزامی یا ترخیصی بودن دستور امام در تمسک به این حدیث برای تقلید از مجتهدی که همزمان با مجتهد دیگری است که مخالفتی در فتاوا با هم دارند، موثر است؛ مرحوم آقای خویی - و شاید برخی دیگر - گفته است که چون امام علیه السلام در این روایت دستور به تقلید از چنین مجتهد جامعی داده است، پس اگر مجتهد دیگری هم مانند او باشد که با هم اختلافاتی دارند، این حدیث و دستور وارد در آن، شامل تقلید در چنین موردی نمی شود چرا که تقلید از هر دوی آنها لازمه اش تعارض و تضاد و تناقض است. ولی من از ابتداء این شبهه به ذهنم می آمد که اگر کلام امام عبارت از «علی العوام ان یقلدوه» بود این اشکال می آمد ولی عبارت حضرت «فللعوام ان یقلدوه» است که معنایش جواز تقلید از این و جواز تقلید از آن است و در نتیجه این روایت شامل این صورت تعارض هم می شود. (حضرت استاد مدظله العالی)

دلیل اول: به اقتضاء ادله نهی از منکر: ظاهراً بعضی گفته اند که بر اساس قواعد نهی از منکر ترتیب مذکور باید رعایت گردد؛ چرا که این آیه به عنوان جلوگیری از منکر چنین راههایی را بیان کرده است و طبق قواعد نهی از منکر، نمی تواند مراحل را نادیده گرفت و یک مرتبه به مرحله بالا و اعلی رفت.

اشکال اول بر دلیل مذکور: این دلیل اختصاص دارد به اینکه احکام آمده در آیه را لزومی و وجوبی بدانیم و اما بنا بر دلالت آیه بر ترخیص راههای مذکور، این دلیل نمی آید؛ چرا که دیگر لزوم نهی از منکری نیست تا اینکه قاعده لزوم ترتیب در نهی از منکر شامل اینجا هم بشود.

اشکال دوم: این دلیل مقتضایش لزوم ترتیب بین هر سه وظیفه و عطف، هجر و ضرب است در حالی که جماعتی از جمله مرحوم محقق صاحب «شرایع» ضرب را به طور مطلق و بدون رعایت ترتیب در صورت تحقق نشوز مشروع دانسته اند.

جواب «مسالک» و «جواهر» از اشکال دوم: ایشان در توضیح کلام مرحوم محقق گفته اند اما ترتیب بین عطف و هجر روشن است که از باب قاعده ترتیب در نهی از منکر است و اما وجه عدم ترتیب در مورد ضرب به جهت اطلاق حکم به ضرب در صورت تحقق نشوز است.

اشکال جواب مذکور: اگر قاعده ترتیب در نهی از منکر بتواند که جلوی اطلاق آمده در مورد حکم به عطف و هجر را بگیرد، پس چرا همین کار را در مورد ضرب - اگر چه حکم به آن بعد از تحقق نشوز است، ولی فرقی نمی کند - انجام نمی دهد؟ و با این که قرآن هر سه را پشت سر هم آورده است چه وجهی دارد که نسبت به حکم به ضرب اخذ به اطلاق می شود ولی نسبت به دوتای قبلی چنین کاری نمی شود؟ و لذا این توجیه برای قول محقق صحیح به نظر نمی رسد.

مرحوم صاحب «ریاض» (1) برای ترتیب، به روایاتی که در مورد دو آیه از آیات قرآن وارد شده است و حکم به لزوم شروع کردن عمل از جایی که خداوند آن را در کلامش مقدم داشته است کرده است، استدلال نموده است و اما آن دو مورد عبارتند از:

1 - در مورد مبدء شروع به سعی بین صفا و مروه که امام علیه السلام فرمود از آنچه که خداوند در قرآن شروع به آن کرده است شروع کنید که می فرماید (إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ) 2 پس باید از صفا شروع نمود. (2)

2 - در مورد شروع در وضوء هم روایات وارد شده است که هر چه را که خداوند در آیه وضوء به آن شروع کرده است و آن را مقدم داشته است، شما هم همانگونه شروع کنید. که می فرماید (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ) (3)(4).

لکن شبهاتی به این استدلال «ریاض» توجه پیدا می کند که باید بررسی شوند:

شبهه اول در دلیل مذکور: با توجه به اینکه مصلحت در دو شیء گاهی در عرض هم است و یا اینکه تفاوت آنها به قدری نیست که الزامی باشد، در این صورت قرآن چه روشی را در بیان آنها به کار می برد؟ یا اینکه قرآن در چنین مواردی از ذکر آنها خودداری می کند؟ و هر چیزی را که مقدم بر دیگری می دارد نشانه لزوم تقدیم آن و مطلوبیت الزامی تقدیم آن بر چیز متأخر از آن است؟ این مطلب چیز غریبی به نظر می آید!

جواب از این شبهه: ممکن است از شبهه یاد شده بدینگونه جواب داده شود که

ص: 7704

1- (1) - ریاض المسائل 10: 475

2- (3) - وسائل الشیعه (آل البيت)، ج 11، ص 214. کتاب الحج، باب 2 من ابواب اقسام الحج، الحدیث 4 و 14

3- (4) - مائده: 6

4- (5) - تهذیب الاحکام 1: 97. باب صفه الوضوء، الحدیث 100 و 101

همانطوری که با احرام بستن پیغمبر صلی الله علیه و آله در موقع ظهر، رجحان در احرام بستن در ظهر ثابت شده است - و این فعل حضرت واسطه در ثبوت بوده است نه اینکه کاشف از مطلوبیت قبلی باشد؛ چرا که در روایات وارد شده است که اگر حضرت آب را زودتر پیدا می کردند، زودتر غسل کرده و احرام می بستند و به جهت نبود آب و نیاز به تهیه آن از کوهها و دیر آماده شدنش غسل حضرت و شروع احرام بستن او به هنگام ظهر کشیده شد - یعنی همانطوری که مانعی ندارد که خود فعل پیغمبر صلی الله علیه و آله از علل ثبوتی برای مطلوبیت پیدا کردن شروع احرام از هنگام ظهر باشد، در اینجا هم می توان گفت که در موارد تساوی مصلحت و مانند آن، نفس تقدیم خداوند متعال در قرآن باعث مطلوبیت در تقدیم آن بر چیزهای دیگر می شود.

شبهه دوم: ممکن است گفته شود که در عین حال ما مواردی را در قرآن می یابیم که این قاعده و اصل قرآنی در آنها جریان ندارد مثل آیه (أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ...) که رعایت ترتیب در بین آنها در عمل کردن لزومی ندارد و همین طور مثل (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ) 1 که رعایت ترتیب در شلاق زدن در ما بین زن و مرد لزومی ندارد.

جواب از شبهه دوم: ممکن است بگوییم که اصل یاد شده اختصاص به امر واحد ارتباطی دارد و اما درباره مطلوبات استقلالی مانند نماز، روزه و زکات که امور مستقلة ای هستند اصل مذکور نمی آید و ما نحن فیه هم از قبیل صفا و مروه که اجزاء طواف هستند و غسل وجه و دست و مسح سر و پاها که اجزاء وضوء هستند و مطلوب واحدی هستند، می باشد؛ چرا که وعظ، هجر و ضرب همه شان در جهت رفع مشکلاتی است که از نشوز سرچشمه می گیرد و لذا مطلوب واحدی در آنها وجود دارد.

اشکال جواب مذکور: در آیه (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) 1 مسلم است که مقدم داشتن بعث حکم از اهل مرد بر بعث حکم از اهل زن، لزومی ندارد با اینکه مطلوب واحدی از این امور وجود دارد و آن حل مشکلات شقاق است و همین طور در آیه (فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ) 2 آیا باید ابتداء شکار توسط کلب معلم را خورد و بعد از آن نام خداوند را بر آن ذبیحه یاد کرد؟! در حالی که در اینجا هم اگر چه «و اتقوا الله» مستقل باشد ولی مسئله اکل و بسم الله گفتن بیان برای مطلوب واحدی هستند و در عین حال هیچ عنایتی برای تقدیم نیست.

شبهه سوم: اساساً اینکه این روایات «ابدءوا بما بدء الله» در مقام تعلیل باشند - که شامل همه جای قرآن بشوند که اگر امری ارتباطی بود، حتماً باید آنچه را که خداوند در بیانش مقدم داشته است، ما هم در مقام عمل آن را مقدم بداریم و چنین تقدیمی واجب هم باشد - ثابت نیست و از این عبارت به نحو دلالت چنین استفاده ای نمی شود و بیشتر از یک اشعاری در آن بر این مطلب وجود ندارد و لذا تمسک به این روایات هم در اینجا تمام نیست.

دلیل سوم: به اقتضاء احتیاط: مرحوم شهید ثانی در «مسالک» (1) در بیان وجه تخصیص ضرب به تحقق نشوز در کلام صاحب «شرایع» بر خلاف وعظ و هجر که موضوعشان را خوف نشوز قرار داده است، گفته است که جهت اینکه موضوع ضرب را عبارت از تحقق نشوز قرار داده است عمل به احتیاط است. بعد خود ایشان از این شبهه که چه فرقی بین هجر و ضرب در این جهت هست؛ چرا که هر دو عمل خلاف شرعی هستند، این چنین جواب می دهد که احتیاط در باب ضرب شدیدتر از احتیاط در باب هجر است.

ص: 7706

اشکال «جواهر» بر «مسالک»: مرحوم صاحب جواهر می گوید در این جهت فرقی بین هجر و ضرب وجود ندارد؛ چرا که اگر چنانچه ظواهر ادله نتوانند در مقابل اصاله الاحتیاط بایستند و حجیت خود را داشته باشند، پس در مورد هجر هم باید احتیاط بیاید و جوازش را مختص به بعد از تحقق نشوز بنماید.

تایید کلام «مسالک»: اگرچه ما بر کلام شهید ثانی صحه نمی گذاریم، لکن حرف او واضح البطلان هم نیست؛ چرا که ملاک حجیت ظواهر عبارت از بناء عقلاء است و ما وقتی که به بنائهای عقلاء مراجعه می کنیم، می بینیم که آنها بین امور مهم و بین امور خیلی مهم و حیاتی فرق می گذارند و در امور خیلی مهم دلیل صریح و یا ظهورات قویتری را منشأ اثر می دانند و به هر اماره ای ترتیب اثر نمی دهند در بعضی از امور حرف یک نفر را قبول می کنند ولی در بعضی دیگر به آن ترتیب اثر نمی دهند. و لذا اگر کسی قصد سفر به کره مرخیخ و یا یک راه غیر عادی را داشته باشد در تهیه وسائل مورد نیاز خیلی دقت می کند و حتی یک هزارم و صد هزارم احتمال را اهمیت می دهد در شرع مقدس هم ملاحظه می شود که برای اثبات بعضی امور دو نفر و بعضی دیگر شهادت چهار نفر را معتبر دانسته اند، و به طوری که شنیده ام، از مرحوم آقای خوانساری هم نقل کرده اند که اگر چه خبر واحد ذاتاً معتبر است ولی قتل نفس را با یک خبر واحد نمی شود اثبات کرد.

به هر حال نظر مرحوم شهید ثانی رحمه الله این است که مسئله جواز ضرب زن حکمی نیست که برای اثبات آن به چنین ظاهری از آیه شریفه اکتفاء شود و نیاز به ظهور قویتری دارد ولی مرتبه هجر ضعیف تر از ضرب است و لذا به همان مقدار از ظهور در مورد آن اکتفاء می شود.

دلیل چهارم: به اقتضاء ملاک احکام مذکوره: با توجه به اینکه احکام آمده در اینجا از احکام عبادی که فلسفه اش نامعلوم است نمی باشد، بلکه متفاهم عرفی

این است که شرع مقدس این راهها را برای حل مشکل انسان ترخیص نموده است و از طرفی خارجاً هم می دانیم که اولاً حل مشکل ما متوقف بر انجام هر سه راه نیست و ثانیاً هجر و ضرب از اموری هستند که شرعاً نامطلوب هستند و نامطلوبی ضرب شدیدتر است و لذا می فهمیم که ترخیص این امور به نحو رفع احتیاج است و ترتیب بین آنها و انجام خصوص آنچه که رفع مشکل ما توقف بر آن دارد، لازم است که رعایت گردد، تا اینکه امور نامطلوبی مثل هجر و ضرب بدون نیاز به آنها و احراز ترخیص نسبت به آنها، انجام نشوند؛ چرا که مسلماً شارع چنین رضایتی ندارد که با اینکه مشکل مورد نظر در این آیه با مرتبه پایین تری از سه راه مذکور، قابل حل است، شخصی اقدام به انجام مرحله بالاتری که مبعوض شارع است بنماید، و با چنین متفاهم عرفی که در بین است و علم به غرض شارع وجود دارد، ظهوری در آیه برای بیان تخییر در بین احکام سه گانه به نحو مطلق باقی نمی ماند.

و عده کثیری از فقهاء هم به ترتیب بین سه حکم و عظم، هجر و ضرب، قائل شده اند که مجال ذکر اسامی آنها وجود ندارد.

بحث سوم: مقصود از هجر و ضرب در آیه شریفه

مقتضای روایات: در سه کتاب (1) «تبیان» (2)، «مجمع البیان» (3) و «فقه القرآن» (4) راوندی در مورد (وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ) به ابی جعفر علیه السلام نسبت داده اند که مراد از هجر در آیه شریفه، پشت کردن به زن در بستر است کما اینکه در مورد (وَ اضْرِبُوهُنَّ) هم به ابی جعفر علیه السلام نسبت داده اند که مقصود از ضرب در آیه شریفه، «الضرب بالسواک» زدن با سواک است.

و اما صاحب «مجمع البحرین» عبارت دیگری دارد: «فالهجر هو ان يحول اليها ظهره و الضرب بالسوط و غيره ضرباً رقيقاً (ظاهراً باید رقیقا به معنای با رفق بودن،

ص: 7708

1- (1) - البته معمولاً «مجمع البیان» و «فقه القرآن» تابع «تبیان» شیخ هستند

2- (2) - تبیان 3: 190-191

3- (3) - مجمع البیان 3: 80

4- (4) - فقه القرآن 2: 192

باشد) کذا مروی عن الصادق علیه السلام»⁽¹⁾، و این عبارت از دو جهت با کتب قبلی مخالفت دارد: اول اینکه روایت را به امام صادق علیه السلام نسبت داده است و دوم اینکه در مورد ضرب عبارت دیگری آورده است که در آن کتب نیست و قدر متیقن از نسبت به امام هم همین بحثش مربوط به ضرب است، و ظاهراً منشأ این مخالفت باید سهو القلم مؤلف «مجمع البحرین» باشد؛ چرا که چطور ممکن است یکی روایتی از امام صادق علیه السلام باشد که در کتب سابقین نیامده باشد؟! و البته چنین سهوی از مثل ایشان که در صد سالگی از تالیف کتاب مذکور فارغ شده است بعید نیست و بلکه این تالیف در چنین سنی از اعجاز او بوده است.

به هر حال، هر دو روایتی که نقل شده اند از جهت سند از مراسلات هستند، و مقصود از سواک هم چون سواک است که چون نرمی است و آن را تکه تکه کرده و از آن مسواک تهیه می کردند و لذا ضرب با سواک ضرب شدیدی نیست.

مقتضای قواعد: با توجه به تناسب حکم و موضوع، انسان می فهمد که شارع مقدس که انجام این کارهایی را که به عنوان اولی، در نزد او نامطلوب هستند اجازه داده است از باب تراحم بین مصالح است و برای جمع بین این دو جهت؛ یعنی اولاً حل مشکل پدیده آینده از نشوز و ثانیاً حفظ مطلوب های شارع و ترک نامطلوب های او، شارع مقدس از باب اضطرار حکم به جواز هجر و ضرب نموده است و لذا رعایت مراتب در انجام اینها باید باشد و در صورت رفع مشکل با ضرب خفیف تر نباید به ضرب بالاتر از آن اقدام نماید، و همین طور در مورد هجر هم اختصاص به صورت خاصی ندارد؛ چه پشتش را به او کند و چه در بستر زن نخواست - که بعضی حکم تخیر بین آنها کرده اند - و چه اینکه به نحو دیگری انجام بدهد - کما اینکه از کلام مرحوم علامه و عده ای وسیع تر بودن دامنه اختیار زوج (از دو صورت مذکور) در نحوه هجر استفاده می شود - مشکلی ندارد، منتها

ص: 7709

همانطوری که گفته شد از آنجا که شارع - تقریباً - از باب ضرورت این راهها را اجازه داده است، لذا باید رعایت ترتیب و تقدیم آخف در بین آنها بشود و به ترتیب به مراحل شدیدتر برود.

فصل سوم: نشوز زوج

مقصود از نشوز زوج: در مباحث گذشته در تعریف نشوز (1) گفته شد که مقصود از نشوز مرد، ترفع مرد از اداء حق زن نیست، بلکه مقصود، ترفع مرد از ادامه زندگی با او و قصد طلاق یا قصد ازدواج با دیگری، به جهت کراهت داشتن نسبت به او است و اینها هیچ کدام حرام نیستند. و اما اگر مردی حقوق زن از قبیل کسوه، نفقه و حق القسم او را ایفاء نمی کند، یا اینکه بدون حساب اقدام به کتک او می کند و تحمیل هایی را که جایز نیست، مرتکب می شود، این فرض از فروض غیر متعارفی است که حکم آن غیر از حکمی است که در مورد فرض متعارف از نشوز مرد - که همان کراهت داشتن نسبت به زن و قصد طلاق یا ازدواج مجدد است - بوده و در این صورت زن علاوه بر حق وعظ داشتن، می تواند حقوق خود را با مراجعه به حاکم مطالبه نماید.

حکم وعظ، هجر و ضرب مرد در قرآن:

در صورت نشوز مرد علاوه بر اینکه در قرآن هیچ سخنی از وعظ یا هجر یا ضرب مرد توسط زن زده نشده است، هیچ یک از فقهاء هم - تا جایی که مراجعه کرده ام - چنین اموری را در اینجا مطرح نکرده اند و مثل اینکه این از قبیل ارسال مسلمات در بین کلمات قوم است.

صاحب جواهر هم اختصاص دادن احکام مذکور را به نشوز آن در قرآن، مشعر بر عدم جریان آن احکام در مورد مرد، از نظر قرآن دانسته است، ولی به نظر می رسد که این اختصاص به ذکر به جهت مد نظر قرار دادن متعارف بوده است؛

ص: 7710

چرا که غالباً ترفع زن از قبیل انجام امور غیر جایز و بر خلاف قیومیت مرد است؛ به اینکه از خانه بدون اجازه بیرون برود و مانند این بر خلاف ترفع مرد که غالباً و به حسب متعارف همان کراهت داشتن نسبت به آن زن و قصد زن گرفتن و یا طلاق دادن اوست، که اینها حرمتی ندارد تا اینکه نیازی به وعظ یا هجر یا ضرب او برای ترک آنها باشد و لذا عدم تعرض قرآن به این احکام در مورد نشوز مرد، نظر به متعارف بوده است و نمی تواند حاکی از اختصاص احکام مذکور به نشوز زن باشد، و لذا حکم به جواز وعظ او و حتی ضرب او در موارد اضطرار بر خلاف این آیه نخواهد بود.

مقتضای قاعده نهی از منکر در مقام:

با توجه به اینکه از نظر سنت و اجماع فقهاء، تردیدی نیست که مرد هم در مواردی حقوق زن را ایفاء نکرده و در نتیجه گنهکار می شود، آیا در این موارد ادله نهی از منکر تخصیص خورده است؟ یا اینکه ادله نهی از منکر اختصاص به طایفه ای دون طایفه ای ندارد.

و لذا می توان گفت که در جایی که نهی از منکر احتیاج به اجازه حاکم ندارد - و آن در جایی است که شخصی بخواهد که با انجام یک کاری که ذاتاً حلال است جلوی منکر را بگیرد، و مسئله وعظ کردن از این قبیل است - تردیدی در جواز وعظ کردن مرد توسط زوجه اش در صورت اقدام او به عدم ایفاء حقوق زن بر اساس شمول قاعده نهی از منکر باقی نمی ماند.

و اما در جایی که نهی از منکر متوقف بر انجام کاری که ذاتاً جایز نیست باشد، که نیاز به اجازه عام شارع و یا اجازه خاص حاکم دارد؛ چرا که معلوم نیست که مبعوضیت آن کار در نظر شارع کمتر از مبعوضیت عدم ایفاء حقوق زن باشد یا باید خود شارع اجازه بدهد و یا اینکه برای جلوگیری از هرج و مرج و رعایت تقدیم و تأخیر در باب تراحم، حکم به ارجاع به حاکم بشود که با نظر او اقدامات لازم برای

نهی از منکر صورت پذیرد.

و از این جهت است که در اینجا گفته اند که هجر و ضرب زن نسبت به شوهر برای نهی او از منکر جایز نیست، و می تواند برای مطالبه حقوق خود به حاکم مراجعه نماید.

ولی به هر حال می توان گفت که این حرفها با توجه به فروض متعارف مسئله است و اما اگر زنی خودش مجتهد باشد و مراتب تراحم را تشخیص بدهد و یا اینکه بر اساس تقلید از مجتهدی بفهمد که مثلاً مرتبه زدن مرد، از قتل که او می خواهد انجام بدهد قطعاً پایین تر است و لذا برای جلوگیری او از انجام قتل، سیلی به او بزند، کار خلافی انجام نداده است و فقهاء هم که متعرض جواز و عجز و یا هجر و یا ضرب نشده اند، به جهت نظر آنها به فرض های متعارف است و الا گمان نمی کنم که در این موارد استثنایی اشکالی داشته باشند.

وضوح حکم در نشوز مرد:

و اما این بحث که مرد ترفع نموده و می خواهد زن را طلاق بدهد و یا ازدواج مجددی بکند و زن برای منع کردن مرد، حاضر به چشم پوشی و گذشت از برخی از حقوق خود می شود، هم از نظر آیه قرآن و هم از جهت روایات روشن بوده و بحث علمی معتناهی ندارد. تنها بحث مهمی که در اینجا وجود دارد و بحث مفصل آن در فروعات مبحث شقاق خواهد آمد، حکم بذل مهریه توسط زن برای طلاق خلعی به جهت خلاص شدن از آزار و اذیت ها و عدم ایفاء حقوق او توسط شوهرش است که آیا چنین بذلی نافذ است یا نه؟ و به جهت عدم تکرار بحث از آن را به همانجا موکول می کنیم.

«* و السلام*»

ص: 7712

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصه دروس:

اشاره

در باب شقاق قبل از ورود در مباحث دهگانه آن، ابتداء به ذکر روایات وارد شده در مورد شقاق پرداخته ایم. سپس به بررسی یکی پس از دیگری اباحت مهم آن روی آورده ایم که خلاصه آنها از قرار زیر می باشد.

بحث اول: موضوع حکم به بعث چیست؟

در این بحث با توجه به مواجه بودن ظهور آیه - که موضوع بودن خوف از شقاق است - به این اشکال؛ که به طور مسلّم موضوع عبارت از شقاق محقق است نه خوف از تحقق آن. چهار راه حلی را که مطرح شده بود و همین طور اشکال صاحب جواهر بر «ریاض» و «کشف اللثام» را مورد بررسی قرار داده و ضمن جواب از اشکال «جواهر» با نقل کلمات جماعتی از فقهاء، بالاخره بعد از نقد راه حل های مذکور، راه پنجمی را برای جواب از اشکال متوجه به ظاهر آیه شریفه اختیار نمودیم و آن اینکه مقصود از خوف شقاق، خوف از شقاق موجود است نه شقاق آینده تا اینکه آن اشکال وارد بشود.

بحث دوم: مخاطب حکم به بعث کیست؟

پنج قول و احتمال در مورد مخاطب آیه ذکر شد که مشهور آنها توجه خطاب به حکام و در مرتبه بعد قول به توجه خطاب به زوجین بود، و ما پس از ذکر شش دلیل بر قول مشهور - که بعضی از آنها غیر قابل دفع بود - ادله قائلین به توجه خطاب به زوجین را که عمده آنها روایات بود مطرح نموده و از آنها جواب دادیم.

بحث سوم: حکمیت است یا وکالت؟

در این بحث با استظهار حکم بودن از آیه شریفه (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ...) و اختصاص آیه به صورت اراده اصلاح و تأیید آن با روایات، مسئله نیاز به اجازه زوجین در صورت اراده تفریق را - که مستفاد از روایات است - بیان حکمی زیاده بر مدلول آیه دانسته ایم.

بحث چهارم: تعیین حکم وظیفه کیست؟

در این بحث بنا بر قول به وکالت داشتن حکم، تعیین آنها را وظیفه زوجین و بنا بر قول به حکمیت، تعیین آنها را در صورت اصلاح طبق اطلاق آیه و فتاوی فقهاء وظیفه حاکم و در صورت اراده تفریق، وظیفه حاکم را محول نمودن تعیین وکیل در طلاق دادن، به زوجین دانسته ایم.

بحث پنجم: مولوی یا ارشادی بودن امر به بحث:

در این بحث پس از اشاره به عدم دستیابی به قائلی برای احتمال ارشادی بودن، با نقد کردن وجهی که برای آن در «کشف اللثام» آورده است، قول به مولوی بودن را استظهار کردیم.

بحث ششم: عدم اختصاص حکم بودن به اهل:

در این بحث پس از نقد نمودن انتساب قول به عدم اختصاص به مشهور، و بیان أشهر بودن این قول، با استناد به عدم استفاده اختصاص از آیه (حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) به حسب متفاهم عرفی، و جری به حسب عادت دانستن ذکر اهل در آیه، قول به عدم اختصاص را برگزیدیم.

بحث هفتم: نفوذ حکم حکمین با غیبت احد الزوجین:

در این بحث پس از ذکر اقوال در آن، به بررسی ادله قول به عدم نفوذ حکم با غیبت یکی از زوجین پرداخته و در طی آن با اشکال بر بخشی از نسبتی که شهید ثانی به «مبسوط» شیخ داده است، کلام «جوهر» و اشکالهای او بر قول به عدم نفوذ در صورت غیبت را متذکر شده و با توضیح و بررسی آنها، بالاخره قول به

نفوذ به طور مطلق را تقویت نمودیم.

بحث هشتم: شرایط نافذه و غیر نافذه در اصلاح حکمین:

در این بحث پس از تقسیم شروط به صحیح مطلق و باطل مطلق و صحیح تأهلی، به ذکر اقوال در آن پرداخته ایم و در طی آن به تاریخچه بحث از آن و کلمات فقهاء اشاره کرده ایم و پس از آن، قول مختار را که نفوذ شرایط حکمین در دو بخش صحیح مطلق و صحیح تأهلی است، مورد استدلال قرار داده ایم.

بحث نهم: حکم بذل مال برای طلاق خلعی:

در این بحث، پس از ذکر چهار صورت برای آن، قول به حرمت بذل و بطلان طلاق خلعی را در دو صورتی که مصداق برای اکراه می شوند، مورد اتفاق خوانده و در دو صورت سوم و چهارم که مصداق اکراه نیستند نیز قول به عدم حرمت بذل و صحت طلاق خلعی را که به مشهور نسبت داده اند، فقط در صورت چهارم، مشهور بودنش را پذیرفته ایم و پس از ذکر اقوال به بررسی ادله حکم به حرمت بذل و بطلان طلاق خلعی در صورت های اول و دوم و پس از آن به بررسی حکم مذکور در صورت های سوم و چهارم پرداخته ایم و در طی آنها، تفاوت اکراه و اضطرار را به طور مفصل مورد بررسی قرار داده. و بالاخره پس از بررسی ادله صاحب جواهر برای قول به حرمت بذل و بطلان طلاق خلعی در صورت های سوم و چهارم، قول به حرمت بذل و بطلان طلاق خلعی را، حتی در صورت تحقق رضایت باطنی بر بذل و حتی در صورت اضطرار به رضایت به بذل، با تمسک به آیه شریفه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) در تمامی صور چهارگانه، پذیرفته ایم.

بحث دهم: بطلان طلاق خلع یا رجعی شدن طلاق؟

در این بحث با اینکه بسیاری از فقهاء قائل به رجعی شدن طلاق شده اند، ولی ما با استدلالی که ذکر کرده ایم قائل به بطلان اصل طلاق، علاوه بر بطلان خلع شده ایم.

پس از بحث از نشوز که موضوع آن عبارت از کراهت یک طرف از زوجین نسبت به دیگری بود بحث واقع می شود در جایی که کراهت و تنفر از ادامه زندگی دو طرفی باشد و از آن تعبیر به شقاق می شود و عمده مباحث در این بحث هم پیرامون آیه ای از قرآن است که در آنجا برای حل مشکل پیش آمده از شقاق واقع شده بین زوجین می فرماید: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) 1

که مقصود این است که حکمی از اهل زوج و حکمی از اهل زوجه با هم مذاکره نمایند تا اینکه به نحوی در بین ایشان صلح ایجاد نمایند.

مباحث زیادی در اینجا مورد اختلاف قرار گرفته است که عبارتند از:

1 - موضوع حکم به بعث حکمین چیست؟

2 - مخاطب حکم به بعث کیست؟

3 - حکمیت است یا وکالت؟

4 - تعیین حکمین وظیفه کیست؟

5 - امر به بعث مولوی است یا ارشادی؟

6 - آیا حکم بودن اختصاص به اهل دارد؟

7 - آیا حکم حکمین در صورت غیبت احد الزوجین نفوذ دارد؟

8 - کدام شرایط نافذ و کدام یک غیر نافذ است؟

9 - حکم بذل مال برای طلاق خلعی

10 - بطلان طلاق خلعی یا رجعی شدن طلاق؟

ذکر روایات شقاق

قبل از شروع به بحث های مذکور، مناسب است که روایات بحث شقاق را از

کتاب «جامع الاحادیث» متذکر بشویم که عبارتند از:

1 - محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ایبه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلّبی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قال: ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة و يشترطا عليهما ان شئنا جمعنا و ان شئنا فرقتنا فان جمعنا فبجائز و ان فرقتا فبجائز. (1)

این روایت را که سندش هم صحیح است، مرحوم شیخ صدوق هم عن حماد عن الحلّبی روایت کرده است و ظاهرش این است که آن را از کتاب حماد برداشته است. و این خبر دلالت می کند بر اینکه چنانچه تصمیم حکمین بر صلح دادن باشد نیازی به اجازه از زوجین ندارند و اما اگر قصد طلاق و تفریق داشته باشند فقط در صورتی می توانند آن را انجام دهند که اجازه اختیار آن را از زوجین گرفته باشند و الا به صرف اینکه حکم قرار داده شده باشند، چنین حقی را ندارند.

در «جامع الاحادیث» در ادامه می گوید: عنه عن عبد الله بن جبله و غیره عن العلاء عن محمد بن مسلم عن احدهما علیهما السلام قال سألته عن قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا) و ذکر مثله الی قوله حتی يستأمر. (2)

و در اینجا گفته اند که تعبیر «کافی» قدری غلطانداز است و در مرجع ضمیر (عنه) احتمالاتی هست که باید ملاحظه شود.

2 - تفسیر العیاشی عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن قول الله (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قال: «ليس للمصلحين ان يفرقا حتى يستأمر» (3).

3 - و فيه عن زید الشحام عن ابی عبد الله علیه السلام عن قول الله (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ

ص: 7717

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 374:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حدیث 1، وسائل الشیعه (آل البیت) 348:21

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 375:26، وسائل الشیعه (آل البیت) 325:21، الحدیث 1

3- (3) - جامع احادیث الشیعه 375:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حدیث 2

حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قال: «ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأه»(1).

4- وفي خبر آخر عن الحلبي عنه «ويشترط عليهما ان شاء جمعا و ان شاء فرقا فان جمعا ففجائز»(2).

این روایت که باز هم مثل دو روایت قبلی از «تفسیر عیاشی» است، ظاهراً همان روایت حلبی است که قطعی از آن را عیاشی به صورت مرسل ذکر کرده است و قاعدتا باید این روایت به دنبال همان روایت آورده می شد.

5- وفيه وفي روايه فضاله «فان رضيا و قلداهما الفرقة ففرقا فهو جائز»(3).

این روایت هم از «تفسیر عیاشی» است و دلالت می کند که اگر اختیار تفریق به حکمین داده شده باشد اشکالی وجود ندارد.

6- «المقنع» و اما الشقاق فقد يكون من المرأه و الرجل جميعا و هو ما قال الله عز و جل (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) فيختار الرجل رجلا و تختار المرأه رجلا فيجتمعان على فرقة أو على صلح فان أرادا الاصلاح أصلحا من غير أن يستأمرأ و ان أرادا ان يفرقا فليس لها الا بعد ان يستأمرأ الزوج و المرأه، «فقه الرضا» و اما الشقاق فيكون من الزوج و المرأه جميعا و ذكر نحوه(4).

7- «الدعائم» عن علي عليه السلام انه قال في قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قال: «ليس لهما ان يحكما حتى يستأمرأ الرجل و المرأه و يشترط عليهما ان شاء جمعا (در اینجا اشتباهاً جمعا آورده است) و ان شاء افرقا»(5).

8- محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن علي بن الحكم عن علي بن ابي

ص: 7718

1-1 (1) - جامع احاديث الشيعة 375:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حديث 3

2-2 (2) - جامع احاديث الشيعة 375:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حديث 4

3-3 (3) - جامع احاديث الشيعة 375:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حديث 5

4-4 (4) - جامع احاديث الشيعة 375:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حديث 6

5-5 (5) - جامع احاديث الشيعة 376:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حديث 7

حمزه قال: سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز و جل (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) فقال: «يشترط الحكمان ان شاء فرقا و ان شاء جمعا، فرقا او جمعا جاز»(1).

9 - حميد بن زياد عن ابن سماعه عن عبد الله بن جبلة عن علي بن ابي حمزه عن ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام في قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قال: «الحكمان يشترطان ان شاء فرقا و ان شاء جمعا، فان جمعا فجانز و ان فرقا فجانز»(2).

10 - محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابي أيوب عن سماعه قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) أ رأيت ان استأذن الحكمان فقلا للرجل و المرأة أ ليس قد جعلتها أمركما اليينا في الاصلاح و التفريق فقال الرجل و المرأة: نعم فأشهدا بذلك شهودا عليهما، أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: «نعم و لكن لا يكون الاعلى طهر من المرأة من غير جماع من الزوج» قيل له: أ رأيت ان قال احد الحكمين قد فرقت بينهما و قال الآخر لم افرق بينهما، فقال: «لا يكون تفريق حتى يجتمعا جميعا على التفريق فاذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما»(3).

بحث اول: موضوع حكم به بعث

بر اساس ظاهر ابتدایی آیه که (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) است موضوع عبارت از خوف از تحقق شقاق در بین زوجین است، لکن این ظهور مواجه با اشکالی است که پس از ذکر آن، به ذکر راه حل ها و معانی مقصود از خوف شقاق می پردازیم.

ص: 7719

-
- 1- (1) - جامع احادیث الشیعه 376:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حدیث 8، وسائل الشیعه (آل البيت) 349:21
 - 2- (2) - جامع احادیث الشیعه 376:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حدیث 9
 - 3- (3) - جامع احادیث الشیعه 376:26، باب 6 از ابواب القسم و النشوز و الشقاق، حدیث 10، وسائل الشیعه (آل البيت) 353:21

با توجه به اینکه موضوع حکم به بعث حکمین، عبارت از شقاق محقق است و هدف حکمین ایجاد صلح در بین آنهاست، این اشکال می شود که پس چرا در قرآن تعبیر به خوف شقاق شده است که ظاهراً عبارت از یک امری است که خوف از تحقق آن در آینده است؟

راه حل های اشکال مذکور

راه اول: اگر چه معنای حقیقی شقاق عبارت از همان مطلق کراهت طرفین نسبت به یکدیگر است، لکن در آیه شریفه این کلمه به طور مجازی در تمام الکراهه و بالاترین مرحله اش استعمال شده است، پس معنای آیه این می شود که اگر (در کراهت طرفینی پیش آمده) از رسیدن به مرتبه تامه کراهت می ترسید حکمی را از اهل او و... .

راه دوم: خوف را مجازاً به معنای علم بگیریم و شقاق را به همان معنای حقیقی آن که مطلق کراهت است بگیریم، که در این صورت هم معنایش چنین می شود که اگر قطع به تحقق فعلی مطلق کراهت در بین زوجین پیدا کردید، حکمی را از اهل او و... .

لا يقال: که این راه حل نمی تواند اشکال را دفع نماید؛ چرا که قطع به شقاق همانطوری که به شقاق فعلی تعلق می گیرد، به شقاق گذشته و همین طور به شقاق آینده هم می تواند تعلق بگیرد مثل اینکه انسان با شناختی که از زوجین دارد به طور قطع می داند که در آینده دچار شقاق خواهند شد. در حالی که موضوع برای حکم به بعث فقط عبارت از شقاق متحقق فعلی است.

فانه يقال: که مقتضای اطلاق در استعمال امثال علم، یقین و شک این است که متعلق آنها هم مثل خودشان، فعلیت و حالیت داشته باشد و لذا حدیث «لا تنقض الیقین بالشک» را دلیل بر استصحاب قرار داده اند نه برای قاعده یقین و شک ساری؛

چرا که مقتضای اطلاق یقین و شک، این است که هم خودشان و هم متعلقشان فعلیت داشته و از امور حالی باشند، در حالی که در قاعده یقین - که یقین به چیزی در گذشته داشته است و الآن در مورد همان یقین دچار شک شده است که آیا صحیح بوده است یا نه - یقین و متعلقش و همین طور متعلق شک همگی مربوط به گذشته اند و فقط شک فعلیت دارد. ولی در استصحاب، یقین و شک و همین طور متعلق شک همگی فعلیت داشته و از امور حالیه هستند و فقط متعلق یقین زمانش سابق است.

تذکر: با این بیانی که در اینجا گفته شد، یک اشکالی که در بحث نشوز زن بر قول به استعمال خوف در معنای علم در آیه (وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ... 1) وارد شده بود و عین همین کلام (لا یقال) بود، نیز با همین (فانه یقال) جوابش روشن می شود.

راه حل سوم: وارد شده از راه مجاز حذف است بر خلاف دو راه گذشته که از راه مجاز در کلمه بود. در اینجا بعضی مانند محقق در «نافع» (1) کلمه (استمرار) را در تقدیر گرفته اند؛ یعنی «ان خفتم استمرار الشقاق بینهما» و بعضی هم مانند علامه در «قواعد» و کاشف اللثام (2) کلمه (شده) را در تقدیر گرفته اند؛ یعنی «ان خفتم شده الشقاق بینهما». که البته در این صورت دیگر هم خوف و هم شقاق در معنای ظاهر خودشان که عبارت از ترسیدن و مطلق کراهت طرفین است، مورد استعمال خواهند بود.

راه حل چهارم: در این راه حل که مورد تمایل مرحوم صاحب ریاض است چنین ادعاء شده است که معنای متبادر و حقیقی لفظ شقاق عبارت از مرحله بالای کراهت و تمام الکراهه است و لذا معنای (وَ اِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) چنین می شود که اگر از وقوع مرحله بالا و شدید کراهت در بین زوجین می ترسید، که در

ص: 7721

1- (2) - المختصر النافع: 191

2- (3) - کشف اللثام 7: 520

این صورت روشن است که باید کراهت طرفین محقق باشد تا اینکه خوف از شدت آن باشد.

البته مرحوم صاحب ریاض بنا بر مجاز بودن این معنا - که بیانش در راه حل اول گذشت - با توجه به اولویت مجاز در کلمه نسبت به مجاز در حذف و اضممار، حکم به تردد بین معنای بیان شده در راه حل اول و معنای راه حل دوم می کند، لکن تمایزش به همان معنای حقیقی بودن است. (1)

راه حل پنجم: - که مختار ماست - همانگونه که در مورد آیه خوف نشوز زن بیان شد، در اینجا هم معنای (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) خوف داشتن از شقاق موجود است به اعتبار ترس از عوارضی که به دنبال مطلق کراهت در بین زوجین ممکن است که پیش بیاید؛ چرا که این طور نیست که مخوف منته همیشه از امور استقبالی باشد، بلکه از شیء موجود هم خوف پیدا می شود، مانند ترس از آتش حاضر و ترسیدن از حیوان درنده و این خوف به نحو حقیقت هم به شیء موجود نسبت داده می شود نه اینکه به نحو ادعاء و تاویل باشد و وجه این نسبت به اعتبار این است که انسان می ترسد که یک عوارضی از ناحیه این شیء موجود، توجه به او پیدا نماید.

کما اینکه در مثل (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) که حرمت به مادر و سایر محارم تعلق گرفته است، این طور نیست که - به طوری که مفسرین گفته اند - تقدیری در کار باشد، بلکه به اعتبار محرومیت انسان از انتفاع متعارف از آن - و انتفاع کل شیء بحسبه - حرمت به آن تعلق می گیرد، مثلاً محروم شدن از زن، محروم شدن از انتفاع از تمتعات جنسی است و محروم شدن از منزل به محرومیت از انتفاع سکناى آن و محروم شدن از دم و میتة، محرومیت از اکل آنهاست، که مرسوم بوده است که برای شجاعت خون را می خورده اند.

ص: 772

همانطوری که گفته شد صاحب ریاض متمایل به این است که موضوع برای حکم به بعث عبارت از خوف از تحقق تمام الکراهه است، کما اینکه کاشف اللثام هم تصریح می کند که اگر خوف از شدت یافتن کراهت باشد - و تفسیر هم می کند که اشتدادش به این است که به فحش و کتک کاری برسد - در این صورت حکم به بعث می آید. مرحوم صاحب جواهر اشکالی که دارد این است که موضوع قرار دادن چنین معنایی بر خلاف اجماع است؛ چرا که دو نظر بیشتر در مسئله نیست که یکی عبارت از موضوع بودن نفس کراهت طرفین است و دیگری هم عبارت از خوف از استمرار کراهت طرفین است و اما اینکه موضوع را عبارت از خوف از تمام الکراهه و یا خوف از شدت کراهت بدانیم، بر خلاف اتفاق فقهاء و اجماع است. (1)

جواب از اشکال جواهر

بر خلاف آنچه که در «جواهر» می گوید، پس از مراجعه به کتب فقهاء؛ از متأخرین و قدماء، ملاحظه می شود که در کلمات برخی از ایشان که به تفسیر شقاق پرداخته اند - اگر چه جمعی هم مثل «جامع الخلاف» (2)، «سرائر» (3)، «غنیه» (4) و «نهایه» (5) اصلاً به تفسیر آن نپرداخته اند - به مسئله تمام الکراهه و شدت یافتن شقاق و خصومت در بین آنها عنایت شده است که ایشان عبارتند از:

1 - صاحب مدارک در «نهایه المرام»: ایشان در کتاب مذکور که شرح «نافع» است در شرح این عبارت «اما الشقاق فهو ان یکره کل منهما صاحبه فاذا خشی الاستمرار بعث کل منهما حکما من اهله...» (6) می گوید: «و الظاهر ان المراد - و الله اعلم - ان خفتم استمرار

ص: 7723

1-1 - جواهر الکلام 211:31

2-2 - جامع الخلاف و الوفاق: 452

3-3 - السرائر 2:730

4-4 - غنیه النزوع: 353

5-5 - النهایه: 531

6-6 - المختصر النافع: 191

الشقاق بينهما او يقال: ان الشقاق انما يتحقق مع تمام الكراهه بينهما»(1).

2 - مرحوم سبزواری در «کفایه الاحکام»: ایشان که معمولاً در خیلی از مواقع تابع صاحب مدارک است این چنین می گوید: «لعل المراد ان خفتم استمرار الشقاق او خفتم بمعنی علمتم او المراد اذا حصلت کراهه کل واحد منهما للآخر و خفتم حصول الشقاق بينهما»(2). که ظاهراً مقصودش از «اذا حصلت کراهه...» با توجه به اینکه در مقابل استمرار شقاق چنین تعبیری می کند، یک معنای خاصی از کراهت است که در کلام صاحب مدارک و «ریاض» آمده است.

3 - شیخ رحمه الله در «مبسوط»: عبارت ایشان چنین است: «ان علم من کل واحد منهما النشوز و علی صاحبه و بلغ الأمر بينهما الی المشاتمه و المضاربه و تخریق الثیاب و الی ما لا یحل من قول او فعل»(3)، و عین همین عبارت هم در «مهذب» آمده است(4). و روشن است که در این عبارت موضوع برای حکم به بعث عبارت از مرحله شدید از شقاق در بین آنهاست.

4 - ابن حمزه در «وسیله»: ایشان می گوید: «اگر بین زوجین نشوز شد و تراقی الی ما لا یحل من قول او فعل»(5).

پس این حرف صاحب جواهر که این احتمال که در کلام «ریاض» و «کشف اللثام» آمده است خلاف اجماع است و کسی احتمال آن را نداده است، درست نیست.

ص: 7724

1- (1) - نهاییه المرام 430:1

2- (2) - کفایه الاحکام: 190

3- (3) - المبسوط 4:339

4- (4) - المهذب 2:265

5- (5) - الوسيله: 333

و شاید بتوان گفت و این عبارات هم این را تایید کند که مقصود از مرتبه کامل در کلام «ریاض» مرتبه ما زاد بر کراهت طرفین یعنی وقوع چیزهای خلاف شرع است که مقدمه برای نهی از منکر و مداخله حاکم - در صورت زیر بار نرفتن آنها و عدم حل اختلافشان در بین خودشان - می شود، نه اینکه مقصود از آن کراهتی باشد مثل قتل که بالاتر از آن نباشد؛ یک شاهدش هم این است که صاحب ریاض این حرف را در مقابل کسانی که صرف کراهت بین طرفین را موضوع قرار داده اند بیان کرده است و گفته است که ممکن است که شقاق را به یک معنای اخص از این بدانیم. به هر حال این اشکال جواهر وارد نیست.

و مجموعاً با ملاحظه آیه و کلمات فقهاء و اینکه نوعاً موضوع بعث حکمین را عبارت از خوف از استمرار یا شدت و مانند آن دانسته اند، انسان اطمینان پیدا می کند که صرف کراهت طرفین نمی تواند موضوع آیه شریفه باشد و حتماً باید یک مرتبه خاصی از شقاق و یا لااقل خوفش باشد تا اینکه حکم به مداخله حاکم برای رفع آن با بعث حکمین بشود و اینکه ظاهر بعضی کفایت قطع به حصول کراهت بین طرفین است، مثل علامه در «تبصره»⁽¹⁾، بعید است.

بحث دوم: مخاطب حکم به بعث

1 - اقوال در مسئله: پنج قول و احتمال در اینجا وجود دارد که عبارتند از:

1 - مخاطبین به آیه عبارت از حکام هستند؛ و این قول مشهور بین فقهاء بوده و با مراجعه ای که انجام شد، دیدم که مخالف با آن کم است و حتی بعضی هم که به عنوان مخالف ذکر شده اند مخالفتشان روشن نیست و ظاهراً یک نحوه اشتباهی در نسبت مخالفت به آنها رخ داده است.

2 - خطاب آیه به زوجین است، و صاحب ریاض گفته است که اگر شهرت بر خلاف نباشد این قول صحیح است⁽²⁾.

3 - خطاب به اهالی زوجین است، و ظاهراً قائل به آن در بین عامه است و در بین خاصه قائلی ندارد.

4 - خطاب به اعم از حکام و زوجین است، و لذا هر کدامشان اقدام بکنند، کفایت می کند و این قول اگر چه جزو اقوال در اینجا شمرده نشده است، ولی چند

ص: 7725

1-1 (1) - تبصره المتعلمین: 185

2-2 (2) - ریاض المسائل 10: 480

نفر از فقهاء ما همین مطلب را قائل شده اند.

5 - خطاب به نحو واجب کفایی متوجه عموم مکلفین - حتی کفار بناء بر تکلیفشان بر فروع - است، البته این احتمالی بیش نیست که ما آن را احتمال می دهیم.

ب - ادله توجه خطاب به حکام

با توجه به اهمیت دو قول اول و دوم، و اینکه با بررسی ادله آنها، ضعف سه قول و احتمال دیگر روشن می شود، ابتداء ادله قول اول را - که قول مشهور هم است - مورد بررسی قرار می دهیم:

دلیل اول: از آنجا که رفع منازعات و اینگونه از مسائل از وظائف حاکم است، تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که مخاطب به آن حکام باشند.

دلیل دوم: با توجه به اینکه شخص مبعوث - طبق ظاهر آیه شریفه - به عنوان حکم نصب می شود که غیر از وکیل است؛ چرا که نصب حکم از وظائف حاکم شرع که دارای چنین ولایتی است می باشد، پس مخاطب آیه باید عبارت از حکام باشند.

دلیل سوم: ظاهر آیه اقتضاء می کند که باعث با مبعوث الیه فرق بکنند در حالی که اگر خطاب به زوجین باشد، لازم می آید که باعث با مبعوث الیه متحد بشود، پس خطاب باید به حکام باشد تا اینکه مبعوث الیه که زوجین هستند غیر از باعث که حاکم است بشوند.

اشکال: این دلیل را مثل سایر ادله و شواهد مرحوم فاضل مقداد در «تنقیح»⁽¹⁾ به طور مفصل آورده است، و ظاهراً تصور ایشان این بوده است که وقتی که حکم به باعث می شود هر یک از زوجین باید حکمی را هم به نزد خود و هم به نزد طرف مقابل خود بفرستند و لازمه این معنا اتحاد باعث و مبعوث الیه است، در حالی که

ص: 7726

آیه - بنا بر خطاب به زوجین - چنین ظهوری را ندارد که حتماً باید شخص حَکَم را به نزد هر دو طرف از زوجین بفرستند، بلکه با توجه به اطلاع حَکَم از وضعیت باعث، هر کدام از آنها اگر حَکَم منتخب خود را به نزد طرف مقابل بفرستند کفایت می‌کند، بلکه اگر خطاب به حکام باشد، چنین ظهوری در آیه هست. پس این دلیل نمی‌تواند شاهدی بر تعلق خطاب به حکام باشد.

دلیل چهارم: اگر خطاب به زوجین بود باید به جای تعبیر به (حَکَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَمًا مِنْ أَهْلِهَا) که ضمیر غائب دارد تعبیر به «حکما من اهلکم و حکما من اهلکن» تعبیر می‌کرد؛ چرا که التفات از مخاطب به غائب، خلاف ظاهر و امری غیر عرفی است.

اشکال: اگرچه صاحب جواهر هم التفات را امری غیر عرفی خوانده است، لکن به نظر می‌رسد که التفات از خطاب به غیاب در چنین مواردی امری عرفی بوده و مشکلی ندارد، مثلاً در تعبیر عرفی، انسان به زن خود می‌گوید: من این کار را کردم تا اینکه بین زن و شوهر اختلافی پیش نیاید، در حالی که مقصودش از زن و شوهر، خودشان است. و چنین تعبیری عرفی بوده و مستنکر شمرده نمی‌شود.

دلیل پنجم: اگر خطاب به زوجین بود، باید لفظ تثنیه به کار گرفته می‌شد، در حالی که با لفظ جمع خطاب شده است و این شاهد بر تعلق خطاب به حکام است.

اشکال: تعبیر از تثنیه به جمع اصلاً اشکالی نداشته و خلاف ظاهر و متعارف نیست؛ چرا که اینگونه خطابها انحلالی هستند که شامل همه افراد و مصادیق بشوند، مثل تعبیر به جمع نسبت به حاکمی که موظف به بعث حکمین است، برای اینکه شامل همه مصادیق و حاکم‌ها بشود، در اینجا هم وقتی خطاب به نحو جمع باشد، شامل همه مصادیق زوجین می‌شود.

دلیل ششم: گفته اند که از معصومین هم نقل شده است که این کار وظیفه حاکم است.

اشکال: روایات مورد اشاره، مثل روایتی که در «تفسیر علی بن ابراهیم» است، از مرسلات بوده و حجیتی ندارند.

ج - ادله توجه خطاب به زوجین

1 - دلالت روایات بر تعلق خطاب به زوجین

با توجه به بررسی انجام گرفته در پیرامون ادله تعلق خطاب به حکام، این نتیجه به دست آمد که مقتضای تناسب حکم و موضوع، که خطاب مذکور در مقام رفع منازعات است و همین طور مقتضای نصب حکم که نیاز به داشتن ولایت در نصب دارد، این است که خطاب آمده در آیه متوجه حکام باشد. لکن این در صورتی است که روایات خاصی که دلالت بر تعلق خطاب به زوجین بکنند در بین نباشد. و برخی مانند صاحب ریاض برای تعلق خطاب به زوجین به روایات استدلال کرده اند که در اینجا به بررسی آن روایات می پردازیم.

الف - روایت محمد بن سیرین بن عبیده قال: اتی علی بن ابی طالب علیه السلام رجل و امرأه مع کل واحد منهما فئات من الناس یعنی جماعات من الناس قال علیه السلام: «ابعثوا حکما من اهلہ و حکما من اهلها»، ثم قال للحکمین: «هل تدریان ما علیکما؟ علیکما ان رأیتما ان تجمعننا جمعتمنا، و ان رأیتما ان تفرقا فرقتما»، فقالت المرأه: رضیت بکتاب الله علیّ ولی، فقال الرجل: اما الفرقه فلا او قائل به، فقال علیه السلام: «ما تبرح حتی تقر بما أقرت به» (1). (2) البته در نقل «وسائل» به جای «ما تبرح»، «لا تبرح» و «حکما من اهلها» را بر «حکما من اهلہ» جلو انداخته است، ولی تفاوتی در معنا ایجاد نمی کند. (3)

سند روایت: این روایت در کتاب عامه و خاصه آمده است، البته در کتب عامه

ص: 7728

1-1 - تفسیر العیاشی 1: 241

2- (2) - کتاب «جامع احادیث الشیعہ» اگرچه از حیث ترتیب و استقصاء روایات، مزایایی بر کتاب «وسائل» دارد، لکن از جهت اشتغال بر روایات، از «وسائل» مستغنی نمی کند و از این حیث عامین من وجه هستند و لذا باید به هر دو کتاب مراجعه شود، از جمله این روایت را کتاب «جامع الاحادیث» بر خلاف «وسائل» ندارد. (استاد مدظله)

3- (3) - وسائل الشیعہ (آل البیت) 21: 354، الباب 13 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 6

به طور مسند است ولی در کتب خاصه بدون سند در «تفسیر عیاشی» آمده است، اگر چه سند داشته است و به جهت اعمال سلیقه بعضی اسقاط شده است. در هر حال مقصود از عبیده در سند عبیده سلمانی است که نوشته اند که سلمان بن یشکر از بطون عرب است و این عبیده از آنهاست و لذا اینکه محدثین او را سلمانی می خوانند، با اینکه باید سلمانی گفته شود، برای من روشن نشد.

طبری نیز این روایت را به طرق متعدد از امیر مؤمنین علیه السلام روایت کرده است که در یک طریقهش همین عبیده سلمانی عن علی علیه السلام است و در طریق دیگرش ابن سیرین عن عبیده و در طریق سوم محمد عن عبیده است، منتها در آنجا در نقل آخر حدیث اختلاف وجود دارد؛ در بعضی از آنها بعد از کلام رجل حضرت می فرماید: «کذبت و الله لا تنقلب حتی تقر بمثل الذی أقرت به» و در بعضی می فرماید:

«کذبت و الله حتی ترضی بمثل الذی رضیت به» و در بعضی دیگر می فرماید: «کذبت و الله لا تبرح حتی ترضی بمثل ما رضیت به»⁽¹⁾، و در «مسالك» هم از کتب عامه روایت را نقل کرده است ولی یک سقطی در آن واقع شده است و «لا تنقلب» را نیاورده است؛ عبارتش این است که «کذبت و الله حتی تقر بمثل الذی أقرت به»⁽²⁾.

دلالت روایت: گفته شده است که اینکه حضرت دستور می دهند که شما حکمی را از اهل مرد و حکمی را از اهل زن بفرستید، معلوم می شود که بعث حکم وظیفه حاکم نیست. مرحوم ابن جنید می گوید: حاکم به زوجین دستور می دهد که هر کدامتان فردی را انتخاب نموده و برای حکمیت بفرستید.⁽³⁾

و اما معنای ذیل روایت که حضرت می فرماید «کذبت و الله...» به نظر می رسد که به داعی انشاء است و معنایش این است که توبل از حرکت از اینجا، وظیفه داری که موافقت کنی و خلاف جایز نیست.

ص: 7729

1- (1) - جامع البیان 5: 102-101

2- (2) - مسالك الافهام 8: 368

3- (3) - مختلف الشیعه 7: 407

ب - موثقه سماعه: قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) أ رأيت ان استأذن الحكمان الحكمان فقالا للرجل و المرأة أ ليس قد جعلتها أمركما الينا في الاصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأة نعم، فأشهدا بذلك شهودا عليهما أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: «نعم و لكن لا يكون الاعلى طهر من المرأة من غير جماع من الزوج» قيل له: أ رأيت ان قال أحد الحكمين قد فرقت بينهما و قال الآخر لم افرق بينهما؟ فقال: «لا يكون التفريق حتى يجتمعا جميعا على التفريق فاذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما»(1).

دلالت روایت: از این روایت استفاده می شود که حکمین را زوجین تعیین می کنند نه حاکم؛ چرا که در سؤال راوی آمده است که حکم ها به زوجین می گویند:

آیا شما امر خود را در اصلاح و تفریق به ما نسپردید؟ و امام علیه السلام هم این را تقریر نموده اند.

جواب از روایتین: صرف نظر از ارسال موجود در روایت عبیده، این دو روایت دلالتی بر اینکه بعث حکمین به عهده زوجین باشد، نمی کنند؛ اما روایت سماعه برای اینکه حرفی از بعث حکم در آن مطرح نیست، بلکه نهایت دلالت آن، انجام تعیین حکم توسط زوجین است و اما اینکه چه کسی حکم ها را به نزد زوجین می فرستد مطلب دیگری است که این روایت از آن ساکت است، در حالی که این مقدار از دلالت آن هم ظاهر نیست؛ چرا که حرفی که در سؤال آمده است این است که آیا شما اختیار امر صلاح یا طلاق خود را به ما واگذار نکردید؟ و این واگذاری منافاتی ندارد با اینکه حکم ها را حاکم شرع تعیین کرده باشد و پس از آن، زوجین اختیار اصلاح یا طلاق را به آنها بدهند.

و اما روایت عبیده هم می سازد با اینکه اختیار بعث حکم با حاکم شرع باشد،

ص: 7730

لکن او می تواند بالتسبیب این وظیفه خود را اعمال نماید به اینکه به زوجین یا غیر آنها این وظیفه را محول نماید و مدلول روایت با داشتن چنین حقی سازگار است و منافاتی با خطاب به حکام و به عهده حاکم بودن بعث حکمین ندارد.

2 - وجه دوم خطاب تعلق خطاب به زوجین این است که اصلاح کردن با سلب برخی از حقوق یا بذل برای خلع و همین طور طلاق دادن غیر خلعی، از حقوق زوجین هستند، پس بعث حکم برای دخالت در این امور هم باید وظیفه ایشان باشد، و لذا خطاب آیه توجه به آنها دارد.

جواب: اما مسئله طلاق؛ چه خلعی و چه غیر خلعی، همانطوری که قبلاً اشاره شد، نیازمند به اجازه از زوجین است و حکمین چنین اختیاری را به طور مستقل ندارند، و اما جواز اعمال برخی از شرایط و صرف نظر از بعضی از حقوق آنها - بعد از وجود دلیل خاص که آیه شریفه است و ظهور در خطاب به کلام دارد؛ چرا که متولی رفع نزاع ها هستند و نصب حکم هم از امور محتاج به اعمال ولایتی است که در خصوص حکام وجود دارد - مشکلی ندارد.

بحث سوم: حکمیت یا وکالت

1 - مقتضای آیه: در دلالت آیه بر اینکه در موارد اصلاح، دو شخص مبعوث برای بررسی اختلافات زوجین به عنوان حکم دخالت می کنند - ظاهراً - اشکالی نیست. و اما اینکه در صورت اراده تفریق توسط آنها، آیا باز هم به عنوان حکم حق دارند که اعمال رأی بنمایند یا اینکه در این صورت چنین حقی را ندارند؟ به نظر می رسد که - همانطوری که حدس می زنم که «کشف اللثام» هم همین را می گوید (1) - آیه شریفه اختصاص به موارد اصلاح دارد و در چنین صورتی دلالت بر نفوذ رأی حکمین می کند و اما به صورت اراده تفریق تعرضی ندارد.

ب - مقتضای روایات: قدر مسلم از روایات این است که در صورت اراده تفریق؛

ص: 7731

چه طلاق خلعی و چه غیر آن، حتماً باید با اذن گرفتن از آنها و از روی وکالت باشد و بدون اذن آنها حق باطل برای آنها وجود ندارد. کما اینکه ظاهر روایات این است که مسئله صورت اراده تفریق را به عنوان مطلبی غیر از مطلب مورد بیان در آیه شریفه مطرح می کنند نه اینکه به عنوان بیان آیه مطرح باشد. بنابراین این روایات با اطلاق آیه منافاتی ندارند و در صدد بیان قید برای آیه نیستند.

و اما اینکه مرحوم ابن جنید اجازه از زوجین را در صورت تفریق معتبر ندانسته است، به جهت این است که ابن جنید در هر دو صورت حکمین را به عنوان وکیل از طرف زوجین می داند و با تحقق وکالت برای اصلاح و تفریق، دیگر نیازی به اجازه گرفتن برای تفریق نخواهد بود و تا زمانی که عزل از وکالت نشده اند می توانند اصلاح یا تفریق مورد نظر را اعمال نمایند.

پس حکمین نسبت به صورت اصلاح از روی حکمیت و نسبت به صورت تفریق از روی وکالت اعمال وظیفه می کنند.

بحث چهارم: تعیین حکم وظیفه کیست؟

در صورتی که حکمین را نسبت به هر دو صورت وکیل بدانیم - همانطوری که ابن جنید می گوید - در این صورت مقتضای قاعده این است که زوجین آنها را تعیین نمایند. و لذا ابن جنید گفته است که حاکم زوجین را مجبور به تعیین وکیل می کند.

و اما بنا بر اینکه حکمین نسبت به صورت اصلاح حکمیت نموده و نسبت به صورت تفریق نیاز به وکالت داشته باشند، نسبت به صورت اصلاح با تمسک به اطلاق آیه و اطلاق فتاوی فقهاء می توان گفت که دلیلی بر لزوم محول کردن تعیین حکمین به زوجین وجود ندارد و حاکم می تواند که بدون واسطه و یا با واسطه به تعیین حکمین اقدام نماید.

و اما نسبت به صورت تفریق یعنی جایی که حکمین تعیین شده نظرشان به

تفریق تعلق بگیرد، در این صورت مقتضای طبیعی قضیه و متعارفش این است که در صورت میسر بودن، تعیین طلاق دهنده ها را به خود زوجین موکول کند، تا اینکه بر خلاف موازین اولیه نباشد.

بحث پنجم: مولوت یا ارشادیت امر به بعث

الف - اقوال در مسئله: ظاهراً تا قبل از مرحوم ابن فهد که در «مهدب البارع» تعبیر به «قولان» نموده است، قبل از ایشان حتی به یک کتاب بر نخوردم که در وجوب بعث تشکیک کرده باشد. و اما پس از او در «مسالک» هم تعبیر به «قولان» و در «شرح لمعه» (1) تعبیر به «وجهان و أوجههما هو الوجوب» و همین طور در «کشف اللثام»، «نهایه المرام»، «حدائق» (2)، «ریاض» (3)، «کفایه الاحکام» (4) و «مفاتیح» (5) هم تعبیر به «قولان» آمده است. و اما اینکه صاحب قول به ارشادی بودن چه کسی است؟ گفته شده است که مرحوم علامه در «تحریر» (6) استحباب را اختیار کرده است، ولی پس از مراجعه، ملا-حظه کردم که ایشان در کتاب مذکور، در مورد مسئله لزوم یا استحباب از اهل زوجین بودن حکم و در مقابل ابن ادریس که قائل به لزوم از اهل بودن حکم است، قائل به استحباب شده است و اما در این مسئله چنین قولی ندارد.

ب - وجه ارشادی بودن: در «کشف اللثام» (7) دارد که بعضی گفته اند که از آنجا که این مسئله از امور دنیوی است، پس ظهور در ارشادیت پیدا می کند، مانند اوامر طیب که عمل نکردن به دستورات او مخالفت با او نیست؛ چرا که طیب چه بگوید که این را بخور یا این را نخور و چه بگوید که خوب شدن تو راهش خوردن این و یا ترک خوردن این است، در صورت اول هم مثل بیان دوم ارشاد و اخبار

ص: 7733

1- (1) - شرح اللعه 5: 430

2- (2) - الحدائق الناضره 24: 635

3- (3) - ریاض المسائل 10: 479

4- (4) - کفایه الاحکام: 190

5- (5) - مفاتیح الشرائع 3: 259

6- (6) - تحریر الاحکام 3: 578

7- (7) - کشف اللثام 7: 521

است نه اینکه دستوری در آن باشد.

ج - اشکال و وجه مولویّت: اولاً مسئله بعث حکمین با امور دنیوی محض تفاوت دارد؛ چرا که در اینجا مقام حاکم است و احقاق حق و رفع تخاصم و شقاق و این از وظائف حاکم است و در چنین مقامی، امر ظهور در مولویّت دارد. و ثانیاً اینکه یک امر یا نهی ارشاد به یک مصلحت یا مفسده دنیوی باشد مثل (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)¹ مانع از مولوی بودن آن امر و نهی نمی شود و دلیل بر این نمی شود که شارع در صدد انجام آن مأمور به و ترک آن منهی عنه نیست. و لذا وجهی برای حمل اینها بر عدم مولویّت وجود ندارد و امر به بعث هم از اوامر مولویه خواهد بود.

بحث ششم: عدم اختصاص حکم بودن به اهل

الف - اقوال در مسئله: قول به عدم اختصاص به مشهور نسبت داده شده است ولی این نسبت پس از مراجعه به اقوال فقهاء ناصحیح به نظر می رسد؛ چرا که در مقابل قول مشهور، قول شاذ است که قائل آن نادر باشد، در حالی که قائلین به اختصاص - به حسب ظاهر کلماتشان - عده ای هستند و لذا باید از قول به عدم اختصاص تعبیر به أشهر نمود.

ب - مقتضای آیه شریفه (حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا): اگرچه مقتضای جمود بر ظاهر آیه این است که یکی از حکم ها باید از اهل زوج و یکی از آنها از اهل زوج باشد، ولی در اینگونه تعبیرات و اینکه آیا خصوصیتی در آن چیز هست یا نه؟ تفاهمات عرفیه دخیل است و در مورد بحث، متفاهم عرفی این است که چنین تعبیری از باب جری به حسب عادت است؛ یعنی از آنجا که فامیل شخص هم دلسوزتر است و هم به اوضاع او عارف تر است و لذا در راه حل مشکل و ایجاد اصلاحی که غرض خداوند است موفق تر می تواند باشد، شارع از آنها در اینجا نام

برده است و الا خصوصیتی در آنها وجود ندارد و در اینگونه موارد، استفاده اختصاص نمی شود.

بحث هفتم: نفوذ حکم حکمین با غیبت احد الزوجین

اگر در موقع حکم حکم ها در مسئله شقاق، زوجین حاضر باشند تردیدی در نفوذ حکم آنها نیست و اما اگر هر دو یا یکی از آنها غائب باشند آیا باز هم حکم نفوذ دارد یا خیر؟ محل اختلاف واقع شده است.

اقوال در مسئله: شاید مجموعاً فقط ده نفر این مسئله را مطرح کرده اند، که در بین ایشان سه یا چهار نفر از متأخرین قائل به نفوذ به طور مطلق یعنی با حضور و بدون آن، شده اند و چند نفر هم قائل به تفصیل بین وکالت و تحکیم شده اند به اینکه اگر توکیل باشد به طور مطلق نافذ است و اما اگر تحکیم باشد فقط در صورت حضور زوجین نافذ است و اما در صورت غیبت یکی از آنها، نفوذی ندارد و از ایشان است شیخ در «مبسوط» و ابن حمزه در «وسیله» و ظاهراً ابن براج در «مهذب» هم همین قول را می گوید، و بعضی هم از کلماتشان تردید و تأمل استفاده می شود.

ادله قول به تفصیل: مرحوم شهید ثانی در «مسالک» می گوید: بنا بر توکیل بودن به طور مطلق نفوذ دارد؛ برای اینکه تصرفات وکیل در اموری که برای آنها وکیل شده است، به طور مطلق نفوذ دارد و فرقی نمی کند که موکل حضور داشته باشد یا نه و خصومت و شقاق آنها باقی باشد یا نه، و اما بنا بر تحکیم - که قول منصور هم همین است (1) - شیخ در «مبسوط» گفته است که با غیبت یکی از زوجین حکم او نفوذی نخواهد داشت برای اینکه در این صورت اولاً صحت حکم منوط به بقاء شقاق و خصومت در بین آنهاست، در حالی که با غیبت یکی از آنها، بقاء شقاق

ص: 7735

1- (1) در «مسالک» چاپ شده «المتصور» دارد و می گوید در بعضی از نسخ «المقصود» آمده است. ولی عبارت صحیح «المنصور» است؛ چرا که مختار شهید ثانی همین است و «المتصور» غلط است. (الاستاد مدظله العالی)

معلوم نیست و ثانیاً حکم کردن در مورد غائب اگر عیله او باشد نافذ است و اما اگر به نفع او باشد نافذ نیست و در اینجا هر کدام از زوجین محکوم له و علیه هستند.

اشکال به نسبت داده شده در «مسالک»: با مراجعه ای که به «مبسوط»⁽¹⁾ چاپی شد؛ چه کتاب مستقل آن و چه متن آمده در «ینابیع فقهیه»⁽²⁾ اثری از تعلیل اولی که مرحوم شهید ثانی در اینجا آورده است ملاحظه نشد و عبارت «مبسوط» این است: «اذا غاب احد الزوجین بعد التوکیل و لم یفسخ الوکاله کان لوکیله ان یمضی ما وکله فیه؛ لان الغیبه لا تقسخ الوکاله و اذا قیل علی سبیل الحکم لم یکن لهما ان یفصلا شیئاً لأننا و ان أجزنا القضاء علی الغائب فانما نقضی علیه، فأما یقضی له فلا، و هاهنا لکل واحد منهما حق له و علیه، فلم یجز»⁽³⁾. و «مهدب» هم عین عبارت شیخ را در صورت تحکیم بودن دارد⁽⁴⁾ و در «وسیله» هم حکم به عدم جواز و نفوذ حکم در صورت غیبت یکی از زوجین کرده است.⁽⁵⁾ در «کشف اللثام»⁽⁶⁾ هم این نسبت اشتباه به شیخ آمده است و شاید هم آن را از «مسالک» اخذ کرده باشد.

اشکال «جواهر» بر نفوذ بنا بر توکیل: مرحوم صاحب جواهر بر این کلام که بنا بر توکیل مطلقاً حکم به نفوذ می شود حتی اگر خصومت از بین رفته باشد اشکال می کند که این حرف خلاف ضرورت و بداهت است؛ چرا که وکالت برای این بوده است که نزاع و خصومت را از بین ببرند، پس با از بین رفتن خصومت، دیگر موضوع وکالت از بین می رود.⁽⁷⁾

بررسی اشکال صاحب جواهر: به نظر می رسد که اشکالی که مرحوم صاحب جواهر در اینجا کرده اند در آن حد از بداهتی که ادعاء کرده اند نیست و مسئله محتاج به دقت بیشتری است.

ص: 7736

1- (1) - المبسوط 4: 341

2- (2) - که اغلاط در آن زیاد است. (استاد مدظله العالی)

3- (3) - المبسوط 4: 341

4- (4) - المهذب 2: 266

5- (5) - وسیله: 333

6- (6) - کشف اللثام 7: 523

7- (7) - جواهر الکلام 31: 218

نظیر این مسئله در باب معالجات طیب و کشف خطا و عدم علاج و همین طور در باب عبادت استیجاری و کشف عدم انجام اجیر که از موارد محل ابتلاء هستند، مطرح می شود که آیا ضمانات در این صورت هست یا خیر؟ مرحوم آقای والد از مرحوم حاج شیخ عبد الکریم حائری نقل می کرد که در جواب کسی که به ایشان گفته بود که شما ضامن پولی هستید که به شخصی داده اید تا عبادت استیجاری را انجام دهد ولی او انجام نداده است، گفته بود: من ضامن نیستم؛ چرا که شما پول را داده بودید که من به شخص که مورد اطمینان من است بدهم و من این کار را انجام داده ام و لذا ضمانتی بر عهده من نیست.

در مورد بحث ما هم باید دید که چه چیزی مورد وکالت است؟ آیا رفع خصومت واقعی یا اینکه انجام دادن آنچه که وظیفه خود در راه رفع خصومت می بیند، مورد وکالت است؟ اگر مورد دوم باشد که وکیل شده باشد که هر چه را که صلاح تشخیص می دهد انجام بدهد، در این صورت چون دائر مدار صلاح واقعی نیست و این را هم که اینها آشتی کرده اند او نمی دانسته است، پس کاری را بر خلاف وکالت انجام نداده است، تا اینکه آن وکالت ناصحیح باشد، بله بنا بر مورد اول که وکیل شده است که رفع خصومت موجود را واقعا از بین ببرد و پس از حکم کردن او معلوم شده است که خصومت خودش از بین رفته بود، در این صورت در صحت این وکالت تردید وجود دارد.

و در اینجا گفته اند که با استصحاب بقاء شقاق و خصومت - که وجود آن به جهت غیبت یکی از زوجین مشکوک است - حکم به صحت می شود.

ولی باید توجه داشت که این حکم به صحت بعد از کشف خلاف - که مفروض بحث است - مبتنی بر قول به اجزاء در رابطه با احکام ظاهریه است که در اصول مطرح است.

مجزی نبودن احکام ظاهریه: بحث در این است که آیا احکام ظاهریه در ادله

اجزاء شرایط ایجاد توسعه می کنند یا اینکه به عنوان طریق نسبت به آنها مطرح هستند؛ مثلاً آیا «لا تنقض الیقین بالشک» مفادش بیان توسعه در طهارت شرط صلاه است به اینکه آن طهارت اعم است از طهارت واقعیه و طهارت مستصحبه یا خیر؟ پس اگر کسی با استصحاب طهارت لباسش نماز بخواند و بعداً معلوم شود که لباسش نجس بوده است آیا نمازش محکوم به صحت است یا بطلان؟ مرحوم آقای آخوند قائل به اجزاء است. ولی به نظر ما قول به اجزاء دچار اشکالاتی است که از آن جمله این است که اگر چنین حرفی صحیح باشد، پس باید نسبت به موانع صلاه هم بیاید در حالی که در مثالی که بیان می کنیم این چنین نیست و آن اینکه اگر کسی شک دارد که آیا لباسش پاک است یا نه؟ اگر حالت سابقه اش نجاست بوده باشد و با استصحاب محکوم به نجاست باشد، ولی این شخص به قصد رجاء با آن لباس نماز بخواند و بعداً معلوم شود که لباس او در واقع پاک بوده است، هیچ کس در این صورت حکم به بطلان نماز او نمی کند. در حالی که مقتضای ایجاد توسعه توسط ادله ظاهریه، توسعه یافتن نجاست مانع صلاه از واقعیه به اعم از واقعیه و مستصحبه است، که نتیجه اش بطلان نماز می شود.

خلاصه اینکه قائلین به اجزاء در استصحاب می گویند: ثمره اجزاء در استصحاب شقاق در اینجا این است که اگر بعداً ببینند که شقاق مرتفع شده بوده است، با استصحاب حکم می شود که شقاق موجود است و با وجود شقاق، وکالت موجود بوده و عمل وکیل نافذ خواهد بود و اما بنا بر قول به عدم اجزاء، دیگر استصحاب چنین ثمره ای نخواهد داشت. و لذا حل مشکل اینجا به واسطه استصحاب بنا بر قول به اجزاء در آن ممکن است که ما آن را قبول نداریم و شاهدش را هم گفتیم که هیچ کس قائل به بطلان در مثال یاد شده نیست و قول آقایان به اجزاء که خیلی ها گفته اند و در بعضی از موارد هم دعوی اجماع شده است، در مواردی است که جنبه تسهیلی دارد مثل اختلاف فتوی؛ که اگر فتوی او

پس از مدتی عوض شود و یا از مجتهدی عدول به مجتهد دیگر نماید، در اینگونه موارد اجزاء برای صحت اعمال گذشته می آید نه اینکه برای بطلان اعمالی باشد که به حسب واقع صحیح بوده است و جهت بطلان هم مثلاً عدم موافقت با فتوای قبلی باشد.

اشکال جواهر بر تفصیل بنا بر تحکیم: صاحب جواهر پس از پذیرش تفاوت بین اینکه قضاء و حکم بر علیه شخص باشد یا بر له او و اینکه در اینجا هم حکم هم له و هم علیه آنهاست، دلیلشان بر نفوذ حکم حکمین در اینجا را وجود دلیل خاص بر جواز و نفوذ حکم بر علیه و له آنها در این مورد خاص قرار می دهد و آن عبارت از اطلاق ادله نفوذ حکم آنها در مقام است؛ چرا که خیلی از مواقع هست که در هنگام حکم، حکم یکی از زوجین یا هر دو آنها حاضر نیستند؛ چرا که معمولاً که مذاکره می کنند و به نتیجه ای می رسند، زوجین حاضر نیستند و مع ذلک حکم خود را کرده و به خصومت فیصله می دهند.

اشکال تفصیل بین قضاء علیه و قضاء له: ما دلیل معتناهی بر تفصیل بین قضاء علیه و قضاء له و حکم به صحت اولی و عدم صحت دومی نیافتیم و البته در اینکه اگر چه فرق مذکور تمام باشد در اینجا دلیل خاص بر عدم تفصیل وجود دارد، حق با صاحب جواهر است، کما اینکه در «حدائق» هم دارد که اگر چنانچه از باب تحکیم باشد و طرفین اختیار مطلق داده باشند که هر گونه که می خواهید حکم کنید در این صورت دلیلی بر تفکیک بین له یا علیه بودن حکم وجود ندارد.

به هر حال با وجود اطلاق ادله در مقام قول به تنفیذ حکم حکمین در اینجا چه له و چه علیه، قولی قوی است.

بحث هشتم: شرایط نافذه و غیر نافذه در اصلاح حکمین

الف - اقسام شروط: شرایطی که برای اصلاح در بین زوجین هست بر سه قسم است که عبارتند از: 1 - شروطی که بدون نیاز به رضایت طرفین و به طور مطلق

صحیح است و این در رابطه با شروطی است که قرار دادن آنها حقی را از بین نمی برد بلکه فقط قدری محدودیت در اعمال بعضی از حقوق ایجاد می کند مثلاً حقی سکنی متعلق به زوج است که باید مسکن مطابق شأن زن را تهیه نماید ولی این اختیار را دارد که در هر کجای از شهر یا غیر شهر این کار را بکند، حال اگر حکمین شرط نمایند که - برای رفع شقاق - در یک محل خاصی او را مسکن دهد، این شرط به طور مطلق نافذ است و همین طور مثلاً - زوج حق دارد که دو عیال خود را در یک خانه سکنی دهد ولی اگر حکمین شرط نمایند که مرد حق نداشته باشد که آنها را در یک مسکن جای دهد، این شرط به طور مطلق نافذ است.

2 - شروطی است که صحت تأهلی دارند؛ یعنی به خودی خود صحیح نیستند ولی با رضایت زوجین محکوم به صحت می شوند مثل اسقاط حق قسم و یا حق نفقه که به طور مسلم در صورت رضایت طرفین قابلیت اسقاط در آنها هست.

3 - شروطی است که خلاف شرع بوده و قابلیت نفوذ ندارند مثل شرط اینکه مرد حق ازدواج مجدد را نداشته باشد، که چنین شرطی حتی اگر توسط زوجین در عقد هم آورده شده باشد به حسب بعضی از روایات محکوم به بطلان است.

البته این نکته روشن است که تعیین مصادیق هر یک از شرایط سه گانه از اموری است که محتاج استفاده از ادله شرعی و لو به نحو امضاء می باشد.

ب - اقوال در مسئله: اصل مسئله در خیلی از کتب فقهی ذکر نشده است و در حدود پانزده کتاب به آن پرداخته اند که نیمی از آنها یعنی در هفت کتاب گفته اند که شرط جایز نافذ است و هیچ مصداقی برای آن تعیین نکرده اند و آن هفت کتاب عبارتند از: 1 - «شرایع» (1) 2 - «ارشاد» (2) 3 - «قواعد» (3) 4 - «تلخیص» (4) 5 - «تنقیح» (5) مرحوم فاضل مقداد 6 - «لمعه» (6) 7 - «مفاتیح» (7) مرحوم فیض.

ص: 7740

1- (1) شرایع الاسلام 2 561

2- (2) ارشاد الاذهان 2 33

3- (3) قواعد الاحکام 3 96

4- (4) تلخیص المرام فی معرفه الاحکام 206

5- (5) التنقیح الرائع 3 259

6- (6) اللعه الدمشقیه 175

7- (7) - مفاتیح الشرائع 2: 303

و در هفت کتاب دیگر از کتب فقهاء، اگر چه تعیین مصداق هم نموده اند ولی اشکال نکرده اند که عبارتند از: 1 - «مبسوط» (1) 2 - «مذهب» (2) ابن براج 3 - «تحریر» (3) 4 - «شرح لمعه و روضه» (4) 5 - «مسالك» (5) 6 - «كشف اللثام» (6) 7 - «حدائق» (7). و در یک کتاب در مثالها هم اشکال شده است که عبارت است از «کفایه» (8) مرحوم سبزواری. کما اینکه مرحوم سلطان العلماء هم در حاشیه «شرح لمعه» در مثالها اشکال کرده است که ذکر آن خواهد آمد.

1 - کلام شیخ در «مبسوط»: «و اذا شرط الحکمان شرطا نظر فيه: فان كان مما يصلح لزومه في الشرع، لزم. وان كان مما لا يلزم مثل ان شرطا عليها ترك بعض النفقه او القسم او شرطا عليه الا- يسافر بها فكل هذا لا- يلزم الوفاء به، وان اختار الزوجان المقام على ما فعله الحکمان كان جمیلا، وان اختارا ان يطرحا فعلا» (9). و مرحوم ابن براج در «مذهب» (10) هم همین عبارت را آورده است.

در این کلام مرحوم شیخ شرایط را به دو قسم تقسیم می کند که قسم اول شرایطی است که در شرع صلاحیت لزوم دارد، ولی برای آن مثالی نروده است و

ص: 7741

1- (1) المبسوط 4: 341

2- (2) - المذهب 2: 266

3- (3) تحریر الاحکام 3: 579

4- (4) - شرح اللعه 5: 432

5- (5) - مسالك الافهام 8: 371

6- (6) - كشف اللثام 7: 523

7- (7) الحدائق الناضره 24: 638

8- (8) كفايه الاحكام: 190

9- (9) المبسوط 4: 341

10- (10) - المذهب 2: 266

قسم دوم را عبارت از شرایطی دانسته است که صلاحیت لزوم را شرعاً ندارند؛ یعنی حکمین نمی توانند آنها را لازم قرار بدهند مثل اینکه شرط نمایند که شرط کنند بر زن که مقداری از نفقه و یا قسم او ترک شود و یا شرط نکنند بر مرد که زن را در سفر همراه خود نبرد، اینگونه شرایط را مرحوم شیخ حکم به عدم لزوم وفاء بر آنها می کند و با توجه به جواز التزام آنها توسط خود زوجین حکم به جمیل بودن قبول آنها توسط زوجین می کند. کما اینکه مرحوم شیخ انصاری هم در «مکاسب» دارد که برخی از شرایط حرام و باطل است مثل شرط کردن شرب خمر یا زنا ولی برخی دیگر اگر چه نفوذ ندارند ولی اگر شخصی آنها را رعایت نماید اشکالی ندارد، مثل اینکه شرط نمایند که زن دیگری نگیرد، که در این صورت اگر مرد از این کار خودداری نماید چه بسا موجب بهتر شدن زندگی او بشود.

2 - عبارت علامه در «تحریر»: و اذا شرطنا امرًا وجب ان یکون سائغًا، فلو شرطنا ترک بعض النفقه او القسمه او ان لا یسافر بها لم یلزم الوفاء به. (1) که این عبارت هم نظیر عبارت «مبسوط» است.

3 - کلام شهید ثانی در «روضه»: «کما شرطاه ای الحکمان علی الزوجین یلزم اذا کان سائغًا شرعًا و ان لم یرض الزوجان، و لو لم یکن سائغًا کاشترط ترک بعض النفقه او القسمه او ان لا یسافر بها، لم یلزم الوفاء به» (2).

در این عبارت هم مانند کلام «مبسوط» فقط دو قسم ذکر شده است.

4 - کلام شهید ثانی در «مسالک»: اذا شرط الحکمان شرطًا نظر فیہ: فان کان مما یصلح لزومه شرعًا لزم، و ان لم یرض الزوجان کما لو شرطنا علیه ان یسکنها فی البلد الفلانی او المسکن المخصوص او لا یسکن معها فی الدار أمه (وفی بعض النسخ أمه) و لوفی بیت منفرد، او لا یسکن معها الضره او شرط علیها أن تؤجله بالمهر الحال الی أجل او تردّ علیه ما قبضته منه قرضًا، و نحو ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و قد جعل الیهمما الحکم.

و ان کان غیر مشروع کما لو شرط علیها ترک بعض حقها من القسم او النفقه او المهر او علیه ان لا یتسری او لا یتزوج علیها او لا یسافر بها، لم یلزم بلا خلاف؛ ثم ان کان الشرط مما للزوجین فیہ التصرف کترک بعض الحق فلهمما نقضه و التزامه تبرعًا، و ان کان غیر مشروع اصلاً کعدم التزویج و التسری فهو منقوض فی نفسه اصلاً» (3).

در اینجا مرحوم شهید ثانی قسم دوم را که نفوذ شرعی لزومی ندارد به دو قسم

ص: 7742

1-1 - (1) - تحریر الاحکام 3: 579

2-2 - (2) - شرح اللمعه 5: 432

3-3 - (3) - مسالک الافهام 8: 371

تقسیم کرده است که قسم اول را عبارت از شروطی دانسته است که با رضایت بعدی زوجین قابل نفوذ است مثل ترک بخشی از حق آنها و در اینجا اختیار را به زوجین داده است که آن را نقض کنند یا اینکه به آن ملتزم بشوند و قسم دوم را شروطی که باطل محض هستند دانسته است که هیچ راهی برای نفوذ آنها وجود ندارد مانند شرط عدم تزویج.

5 - عبارت «كشف اللثام» هم همین مطالب «مسالك» را در بر دارد(1).

6 - کلام «حدائق» هم همین مطالب را دارد و راجع به قسم دوم دعوی اجماع هم کرده است: و اما الشروط المخالفه للمشروع كعدم التزويج و التسرى و نحو ذلك او ترك بعض حقوقها من القسم او النفقه او المهر او نحو ذلك فهو غير لازم اجماعاً(2).

تامل «کفایه» و اشکال سلطان العلماء: مرحوم سبزواری بعد از نقل کردن مثال هایی که در «مسالك» آمده است می گوید: و فی الفرق بین بعض ما ذکر فی القسم الاول و بعض ما ذکر فی القسم الثانی تأمل(3).

کما اینکه مرحوم سلطان العلماء هم در حاشیه «شرح لمعه» کانه مسلم دانسته است که شارع اختیار جعل شرایط را به همان مقداری که خود زوجین می توانند قرار بدهند، به حکمین داده است و لذا در مورد بعضی از مثالها چنین اشکال می کند که این حرف شما که حکمین حق ندارند راجع به سکنی شرط بکنند چرا که چنین شرطی غیر مشروع است، تناقض دارد با حرف قبلی شما که شرط نمودن زن درباره سکنی را جایز شمرده اید.

ج - مختار در مسئله: مقتضای قواعد عامه و روایاتی که برای ایجاد صلح اختیار جعل شرایط را به حکمین داده است این است که حکمین حق دارند که کلیه شرایطی را که زوجین می توانستند برای خود قرار بدهند، اینها با ولایتی که در رفع

ص: 7743

1- (1) - كشف اللثام 7: 523

2- (2) - الحدائق الناضرة 24: 639

3- (3) - كفايه الاحكام: 190

شفاق دارند در مورد آنها قرار بدهند، بله شرایطی که شارع آنها را ذاتاً لغو و غیر جایز دانسته است، خارج از این دایره هستند، کما اینکه حق تفریق هم بدون اذن آنها برای حکمین وجود ندارد.

و اما دعوی اجماعی که در کلام صاحب حدائق آمده است، نمی تواند دعوی تامی باشد چرا که همانطوری که گفته شد در کتاب های زیادی اصلاً مسئله را ذکر نکرده اند و در هفت کتاب از کتبی که مسئله را متعرض شده اند، ذکری از مثال ها نکرده اند، پس جایی برای دعوی اجماع بر تفصیلی که در «حدائق» به تبع «مسالک» آمده است، نمی ماند و باید به مقتضای قواعد عامه و حکمیت وارد شده در روایات که گفته شد ملتزم شد.

بحث نهم: حکم بذل مال برای طلاق خلعی

یکی از فروعی که مرحوم محقق در این بخش از بحث نکاح به نحو استطرادی مطرح کرده است این بحث است که اگر مردی بخشی از حقوق زنش را ایفاء نکند و یا اینکه او را به غیرت بیندازد؛ یعنی زن دیگری بگیرد، و به همین جهت زن از بخشی یا تمام مهر یا به اضافه چیز دیگری، صرف نظر کند، تا اینکه مرد او را طلاق خلعی بدهد که دیگر حق رجوع نداشته باشد، چه حکمی دارد؟

الف - ذکر صور مسئله: اگر چنانچه مقصود از حقوقی که مرد از ایفاء آنها خودداری نموده است، حقوق مستحبه باشد، کما اینکه مرحوم علامه در «قواعد»⁽¹⁾ قید مستحب را آورده است و مرحوم صاحب جواهر هم در شرح کلام محقق آن را ذکر کرده است. در این صورت همانطوری که صاحب جواهر گفته است حتی اگر قصد مرد از این کار درخواست چنین طلاق از جانب زن بوده باشد، باز هم اکراه صدق نکرده و چنین بذل و طلاق خلعی مشکلی پیدا نمی کند.

و اما اگر چنانچه مقصود از حقوق، حقوق واجب باشد؛ یعنی مرد حقوق

ص: 7744

واجب زن را ایفاء نکند و زن به جهت آن، مالی را بذل نماید تا اینکه مرد به طلاق خلعی او اقدام نماید به طوری که در «مسالک» (1) آمده است، این فرض چهار صورت پیدا می کند که عبارتند از:

1 - با ترک حقوق واجبه زن او را اکراه بر نفس بذل برای طلاق نماید، که این صورت به طور قطع مصداق اکراه است.

2 - حقوق او را ترک نموده ولی بر نفس بذل او را اکراه نمی کند بلکه فقط به او اعلام می کند که این ترک حقوق به قصد تحقق بذل از او است، و این صورت هم - اگر چه به وضوح صورت قبلی نیست - ولی مصداق برای اکراه می شود.

3 - حقوق او را ترک می کند و چنین قصدی هم دارد که او وادار به بذل مال برای طلاق خلعی بشود، ولی این قصدش را به او اظهار نمی کند.

4 - حقوق او را ترک می کند ولی چنین قصدی ندارد که این کار او موجب بذل و درخواست طلاق خلعی از ناحیه زن بشود.

صاحب جواهر به تبع شهید ثانی در «مسالک» گفته است که در این دو صورت اخیر، خصوصاً صورت چهارم، عنوان اکراه صدق نمی کند؛ البته در صورت چهارم به طور قطع و در صورت سوم هم ظاهر این است که مصداق اکراه نیست.

ب - اقوال در مسئله:

در صورت اول و بلکه در صورت دوم هم اختلافی وجود ندارد که با توجه به اینکه عقد مکره باطل است، بذل و همین طور طلاق خلعی انجام گرفته در آنها باطل است، البته در مورد دلیل این بطلان و تفاوت بین اضطرار و اکراه یک بحث و اشکالی وجود دارد که در بیان ادله مسئله مورد بررسی قرار خواهیم داد.

و اما در مورد دو صورت سوم و چهارم که مصداق برای اکراه نیستند اختلاف واقع شده است:

ص: 7745

به مشهور چنین نسبت داده اند که، اگر چه کارهای خلافی که مرد انجام داده است، حرام بوده است و اشکالی در آن نیست، ولی گرفتن بذلی که توسط زن برای طلاق خلع به مرد داده می شود اشکالی نداشته و طلاق هم صحیح می شود؛ چرا که رضایت حاصل است و اکراه هم صدق نمی کند تا اینکه مانع از صحت بشود.

پس از مراجعه به کلمات فقهاء ملاحظه شد که اگر چه این مسئله در کلمات، زیاد معنون نشده است ولی مجموعاً فائلین به جواز بذل و صحت طلاق و اینکه اشکالی نیست، بیشتر است و همانطوری که در «مسالك» از «مبسوط» شیخ نقل کرده است؛ مرحوم شیخ قول به اکراه بودن را از بعضی از عامه نقل کرده است بعد گفته است که «الذی یقتضیه مذهبنا ان هذا لیس اکراها»⁽¹⁾ و ظاهراً فقط مرحوم علامه است که به حسب ظاهر کالصریح در حکم به صحت اشکال می کند؛ چرا که در کتاب نکاح از «قواعد» قید مستحب بودن را برای حقوق ترک شده آورده است که با توجه به در مقام بیان بودنش، مفهوم کلامش این می شود که اگر حقوق واجبه را ترک نماید، حکم به صحت نمی شود⁽²⁾، کما اینکه در کتاب طلاق از «قواعد» مسئله را عنوان نموده و می گوید: اگر مرد حقوق واجبه را ترک کند و زن به خاطر ترک آن حقوق واجبه، چیزی را بذل نماید تا اینکه طلاق خلعی بگیرد، قبول کردن چنین بذلی جایز نبوده و طلاق بائن خلعی «علی اشکال» صحیح نیست⁽³⁾. و این قید «علی اشکال» حاکی از خیلی روشن نبودن مسئله در نزد علامه است و لذا می بینیم که در دو کتاب «ارشاد»⁽⁴⁾ و «تلخیص المرام»⁽⁵⁾ صریحاً حکم به جواز و صحت طلاق کرده است. و شاید در متأخرین هم مرحوم صاحب مدارک در اینجا مخالف با قول منسوب به مشهور باشد. و الا مثال «ریاض»⁽⁶⁾ و «مسالك» با حکم به صحت موافقت کرده اند.

ص: 7746

1- (1) - المسالك 8: 373

2- (2) - قواعد الاحكام 3: 96

3- (3) - قواعد الاحكام 3: 156

4- (4) - ارشاد الازهان 2: 33

5- (5) - تلخیص المرام: 206

6- (6) - ریاض المسائل 10: 477

برخی نیز ظاهراً تفکیک قائل شده اند بین صورت سوم و صورت چهارم و صورت چهارم را که مرد در آن قصد وادار شدن زن به بذل و درخواست طلاق خلعی را ندارد محکوم به جواز و صحت دانسته و صورت سوم را که مرد چنین قصدی را دارد، اگر چه به زن اظهار نمی کند، محکوم به عدم جواز و بطلان طلاق خلعی نموده اند. و این قول ظاهر «مجمع البیان» و «فقه القرآن» است که ظاهراً از «تبیان» شیخ اخذ کرده اند که عبارتش چنین است:

مواردی که حرام است «ان تكون المرأة عجوزه و دمیمه» یعنی بدقیافه است «فیضار بها الزوج لتفتدی به نفسها فهذا لا یحل له الفداء»⁽¹⁾ و همین طور از ابن حمزه در «وسیله» هم این چنین استفاده می شود؛ چرا که می گوید: «فان أصر و آذاها لیأخذ منها شیئاً أو یترک له حقها أو یخالعها، کان عضلاً، فان بذلت بذلک و اختلعت لم یملکه... و هذا الطلاق رجعی»⁽²⁾. و با توجه به این اقوال، اینکه حکم به صحت در صورت سوم شهرت داشته باشد بعید است و فقط در صورت چهارم می تواند درست باشد.

و اما صاحب جواهر ظاهراً هر دو صورت سوم و چهارم را محکوم به عدم جواز و بطلان طلاق خلعی دانسته است، که تفصیل کلامش در بررسی ادله خواهد آمد.

ج - بررسی ادله مسئله

برای کامل تر شدن این بحث و با توجه به امکان اشکال به قول به بطلان طلاق خلعی در دو صورت اول و دوم - اگر چه مخالفی با آن نبود - قبل از بحث از ادله بطلان یا صحت در صورت سوم و چهارم به بررسی دلیل بطلان در دو صورت اول می پردازیم.

1 - دلیل بطلان طلاق خلعی در صورت اکراه (صور اول و دوم):

کلام مرحوم شیخ انصاری در «مکاسب»: ایشان در بحث کلی تفاوت بین اضطرار

ص: 7747

1- (1) - مجمع البیان 2: 105، و فی التبیان 2: 247 و فی فقه القرآن 2: 196

2- (2) - الوسیله: 332

و اکراه، در بیان وجه صحت عقد مضطر و بطلان عقد مکروه این چنین می گوید که با توجه به اینکه صحت هر عقدی منوط به رضایت است و شخص مکروه رضایت بر عقد ندارد پس به مقتضای ادله ای که رضایت را در حلیت اکل مال غیر معتبر می داند، عقد او محکوم به بطلان می شود. ولی به لحاظ اینکه مضطر - اگر چه از روی ناچاری - بالاخره رضایت بر عقد دارد، پس به مقتضای عمومات «تجاره عن تراض» و «اوفوا بالعقود» عقد او محکوم به صحت می شود.

اشکال مرحوم سید یزدی بر شیخ: مرحوم سید در «حاشیه مکاسب» بر این بیان شیخ چنین اشکالی می کند که اگر موضوع برای حکم به صحت عقد عبارت از رضایت به عنوان اولی باشد چنین رضایتی در صورت اضطرار هم وجود ندارد مثلاً کسی که ناچار به رضایت دادن به قطع پایش شده است، صبر بر مکروه می کند و الا رضایت به عنوان اولی ندارد و اگر موضوع برای حکم به صحت، مطلق رضایت که اعم از رضایت به عنوان اولی و رضایت به عنوان ثانوی است باشد، خوب چنین رضایتی در صورت اکراه هم وجود دارد و اضطرار و اکراه در این جهت که شخص در آنها به عنوان ثانوی و از باب صبر بر مکروه رضایت می دهد و به دنبال آن اراده از او متمشی می شود، مشترک هستند و این طور نیست که در یکی از آنها هیچ ناراحتی و کراهتی وجود نداشته باشد و در دیگری کراهت وجود داشته باشد.

فارق بین اضطرار و اکراه در نظر سید: مرحوم سید وجه حکم به صحت در صورت اضطرار و حکم به بطلان در صورت اکراه را این چنین بیان می کند که:

همانطوری که گفته شد مقتضای ادله اولیه حکم به صحت در هر دوی آنهاست، لکن مقتضای حدیث رفع «رفع ما اضطررنا علیه و رفع ما استکرهوا علیه» این است که عقد مکروه محکوم به عدم صحت بشود بر خلاف عقد مضطر؛ چرا که حدیث رفع در مقام امتنان است و در حکم به بطلان معاملات مضطر امتنانی نیست، بلکه بر

خلاف امتنان است؛ چرا که دست یابی شخص مضطر به مطلوب اهم او، توقف بر صحت معامله اضطراری او دارد، پس حکم به بطلان معامله اضطراری او بر خلاف امتنان می شود، بر خلاف عقد مکره که نجات او با همان انجام صورت معامله حاصل می شود و لذا حکم به عدم صحت آن، امتنانی بر شخص می شود.

البته تمامیت این فارق متوقف بر این است که مرفوع در حدیث رفع را شامل عموم آثار بدانیم و مرحوم شیخ اگر چه در «مکاسب» به آن قائل است ولی در «رسائل» یک مقداری این طرف و آن طرف زده است و شمول حدیث رفع نسبت به احکام وضعیه را قائل نشده است.

دفاع مرحوم بروجردی از شیخ: مرحوم آقای بروجردی می گوید: موضوع و معیار برای حکم به صحت معامله عبارت از وجود رضایت است، اگر چه به عنوان ثانوی باشد. و این رضایت در صورت اضطرار وجود دارد؛ چرا که خلاصی او از مخمصه و رسیدن به مقصود اهم خود توقف بر صحت معامله اضطراری او دارد.

ولی چنین رضایتی در صورت اکراه وجود ندارد؛ چرا که مقصود شخص مکره (بافتح) دفع شر مکره (بالکسر) است و این مقصود با همان انجام صوری معامله حاصل می شود و لذا در صورت اکراه، رضایتی بر معامله اکراهی وجود ندارد تا اینکه به مقتضای ادله اولیه محکوم به صحت باشد و نیازی به جریان حدیث رفع برای حکم به عدم صحت باشد.

اشکال بر حکم به بطلان در بعضی از صور اکراه و راه حل آن:

اشکالی که در اینجا به نظر می رسد این است که اگر چه در کثیری از موارد اکراه، رضایت بر اصل معامله اکراهی وجود ندارد و شر مکره با همان صورت معامله دفع می شود، لکن در برخی از موارد دفع شر مکره توقف بر رضایت بر اصل معامله دارد و در چنین موردی دیگر فرقی بین معامله اضطراری و معامله اکراهی وجود ندارد تا اینکه منشأ تفاوت حکم بین آنها باشد و از جمله در مسئله مورد

بحث که مرد حقوق واجبه زن را ایفاء نمی کند و به اذیت و آزار او می پردازد تا اینکه مهر خود را بخشیده و از او درخواست طلاق خلعی بنماید و خلاصی زن از دست این مرد توقف بر رضایت او به اصل بذل و طلاق خلعی دارد و با رضایت دادن به صورت طلاق خلعی حاصل نمی شود، پس در این صورت هم رضایت وجود دارد و هم عدم نفوذ چنین عقدی بر خلاف امتنان است و لذا دیگر فرقی بین آن و بین معامله اضطراری باقی نمی ماند.

و لذا ادله گفته شده برای بطلان عقد اکراهی، نمی تواند حکم به بطلان طلاق خلعی در این صورت را اثبات نماید و باید دلیل دیگری را برای آن اقامه نمود. و آن دلیل - که توضیح استدلال به آن در بررسی ادله صحت یا بطلان طلاق خلع در صورت های سوم و چهارم خواهد آمد - عبارت است از آیه شریفه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) 1.

2 - بررسی ادله بطلان یا صحت طلاق خلعی در غیر اکراه (صور سوم و چهارم):

بحث در این است که در صورت های سوم و چهارم که مرد حقوق واجبه زن را ایفاء نمی کرد و یا او را آزار و اذیت می کرد، حالا یا با قصد وادار شدن او به بذل و درخواست طلاق خلعی - که صورت سوم بود - و یا بدون این قصد - که صورت چهارم بود - اگر زن مهرش را بذل نماید و درخواست طلاق نماید آیا در این دو صورت هم مانند صورت های اول و دوم علاوه بر گناه کردن در ترک حقوق واجبه و آزار دادن، بذل و طلاق هم محکوم به عدم جواز و بطلان می شود یا اینکه محکوم به جواز و صحت می شود. و گفته شد که مشهور در اینجا قول به جواز و صحت است؛ چرا که رضایت بر بذل و طلاق خلعی وجود دارد و اکراهی هم که در کار نیست تا اینکه مانع از حکم به جواز و صحت به حسب ادله اولیه بشود.

دلیل صاحب جواهر بر عدم جواز و بطلان در صورت سوم: مرحوم صاحب جواهر برای حکم به عدم جواز اخذ بذل توسط مرد و بطلان طلاق خلعی در صورت سوم، به آیه شریفه (وَلَا تُمْسِدْ كَوْهْنًا ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا) 1 تمسک می کند و بیان استدلالش این است که این جمله تفسیرش به این شده است که شخص حق ندارد که زن را با اذیت و آزار به این منظور نگهداری کند تا اینکه زن کل یا بخشی از مهرش را ببخشد، بلکه نهی از امساک اضرائی شده است، لکن اگر گفته شود که این کار را برای فلان منظور نکنید، از آن استفاده می شود که آن غایت حرام است. در اینجا هم معلوم می شود که آن غایت که بذل مهر و تن دادن به طلاق خلعی است، در این صورت جایز نبوده و اعتداء بر شخص است. پس نتیجه این می شود که قبول بذل در این صورت حرام بوده و طلاق خلع هم باطل است.

اشکال بر دلیل مذکور: معنایی که مرحوم صاحب جواهر از آیه استظهار کرده است اگر چه بر طبق یکی از احتمالاتی است که اهل تفسیر در آیه داده اند، ولی در تفسیرهایی که از اهل بیت علیهم السلام و در روایات آمده است اصلاً چنین معنایی وجود ندارد؛ چرا که مفاد آیه بر طبق روایات عبارت از این است که شخصی زنش را طلاق رجعی داده است و هر بار که عده او نزدیک به اتمام می رسد به او رجوع می کند تا اینکه مانع از ازدواج او بشود و یا اینکه با کتک زدن او پس از رجوع در هر بار، باعث اذیت او بشود، در روایات گفته است که این کار حرامی است و نوعی اعتداء است. و لام در «لتعتدوا» را دو جور می شود معنا کرد: یکی اینکه لام عاقبت باشد؛ یعنی اگر شما به عنوان اضرار و ضرار او را نگه دارید، این عاقبتش این است که شما ظالم و زن مظلوم می شود. و دوم اینکه لام غایت باشد یعنی این نهی از اضرار از قبیل ضربی که در نشوز زن اجازه دادیم نیست، بلکه این نهی در صورتی است که هدف از آن و منظور از آن اعتداء و ظلم به او باشد. در هر حال معنای این

آیه بر طبق روایات نگه داشتن زن با رجوع پس از طلاق به جهت اذیت کردن اوست که مورد نهی قرار گرفته است. و اما احتمالی که بعضی داده اند و مرحوم صاحب جواهر هم بر طبق آن در اینجا به آیه استدلال کرده است، بر خلاف روایات است.

دلیل صاحب جواهر بر عدم جواز و بطلان در صورت چهارم: مرحوم صاحب جواهر برای حکم به عدم جواز گرفتن بذل در صورتی که مرد بدون قصد و ادا نمودن زن به بذل و طلاق خلعی، به آزار زن پرداخته باشد و زن برای خلاصی از دست او، مهرش را ببخشد تا اینکه مرد او را طلاق خلعی بدهد در ابتداء یک بیانی دارد و آن این است که گرفتن مال مبدول در این صورت به منزله گرفتن عوض بر یک شیء محرم است؛ چرا که زن برای خاطر آزار و اذیت محرمی که مرد انجام داده است به او مالی را می دهد، و روشن است که گرفتن عوض در قبال یک شیء حرام جایز نیست. سپس مرحوم صاحب جواهر بیان دیگری در تکمیل این بیان دارد و آن اینکه بذل که زن در اینجا انجام می دهد از قبیل این است که شخص مظلومی پولی را به ظالم می دهد تا اینکه از ظلم او نجات پیدا کند، پس گرفتن این بذل بر مرد جایز نیست و در نتیجه طلاق خلعی غیر صحیح خواهد بود.

اشکال بر دلیل مذکور و راه حل آن: این دلیل اگر چه با بیان تکمیلی آن در صورت تمام بودن، حتی می تواند دلیل بر عدم جواز و بطلان در صورت سوم هم باشد؛ چرا که در آنجا هم بذلی که زن می کند از قبیل دادن مالی به ظالم جهت خلاصی از ظلم اوست. ولی اشکالش این است که همانطوری که در بررسی دلیل عدم جواز و بطلان در صورت صدق اکراه - که دو صورت اول و دوم بود - گفته شد این دلیل صورتی را که زن برای خلاصی از ظلم مرد، رضایت واقعی به نقل و انتقال دارد، شامل نمی شود؛ چرا که حتی در صورت تحقق اکراه هم گفتیم که در این صورت که طیب نفس و رضایت به نقل و انتقال تحقق دارد، نمی توان مانع از

جریان ادله «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» 1 و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» 2 شد، تا چه رسد به این دو صورت سوم و چهارم که اصلاً اکراهی در کار نبوده است.

دلیل تام بر عدم جواز و بطلان: تنها دلیل تامی که به نظر می رسد که می توان آن را برای عدم جواز اخذ بذل و بطلان طلاق خلعی اقامه نمود که حتی در صورت تحقق رضایت بر نقل و انتقال هم دلالتش جاری باشد، آیه شریفه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) 3 است که در مورد صورت های اول و دوم هم برای صورت تحقق رضایت مذکور به آن استدلال کردیم و توضیحش را به اینجا احاله کردیم.

و توضیحش این است که عرف قبول چنین بذلی را که شخص باذل به جهت خلاصی از ظلم مبذول له به او می دهد، اکل مال در قبال باطل می داند مثلاً اگر کسی را کتک بزنند - حالا به هر قصدی که باشد - و شخص مظلوم برای خلاص شدن و نجات خود، مالی را به شخص ظالم بدهد، گرفتن این مال و مصرف آن، عرفاً اکل مال به باطل است.

د - اشکال نقضی بر حکم به عدم جواز بذل و بطلان طلاق خلع، به آیه (و ان امرأه خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً...) و جواب آن:

(1)

مرحوم صاحب جواهر با توجه به اینکه قائل به عدم جواز بذل و بطلان طلاق خلعی شده اند به طور ضمنی به یک اشکال نقضی که متوجه به این قول می شود پرداخته و از آن جواب داده اند و آن اشکال این است که اگر گرفتن بذل از زنی که شوهرش حقوق او را ایفاء نمی کند و او را اذیت می کند، جایز نبود پس چگونه است که طبق آیه شریفه (إِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَاحِبَا بَيْنَهُمَا) (2) جایز است که زن برای رفع آزارهای مرد با او صلح نماید و صلح هم به این می شود که از بعضی از حقوقش و یا از تمام یا بخشی از مهرش صرف

ص: 7753

1- (4) - نساء: 128

2- (5) نساء: 128

نظر نماید. و هیچ کس در اینجا چنین اشکالی نکرده اند که گرفتن این بذل با توجه به اینکه برای رفع ظلم شوهر است جایز نیست و این صلح ناصحیح است. و لذا خود این آیه می تواند دلیل بر قول جواز اخذ بذل و صحت طلاق خلعی در دو صورت اخیر باشد.

جواب اول از اشکال مذکور: در اینجا برای رفع این اشکال مرحوم صاحب جواهر به تبع «ریاض» (1) و «حدائق» این چنین گفته اند که این آیه شریفه ربطی به جایی که مرد زن را اذیت کند و حقوق او را ایفاء نکند ندارد، بلکه اختصاص به جایی دارد که مرد نسبت به زن کراهت داشته و قصد طلاق او و یا قصد ازدواج دیگری را دارد. در این صورت طبق آیه شریفه زن با اغماض از بعضی از حقوقش و یا مانند آن با مرد مصالحه می نماید تا اینکه او را طلاق ندهد و یا اینکه زن دیگری نگیرد. و با این معنا دیگر حکمی که بر خلاف مقتضای تحقیق باشد در آیه نیست تا اینکه اشکالی ایجاد شود.

ایراد بر جواب مذکور: ایرادی که بر جواب یاد شده وارد می شود این است که این معنا بر خلاف ظاهر از آیه شریفه است؛ چرا که لفظ «نشوزاً» در آیه در مقابل «إِعْرَاضاً» قرار گرفته است و معنایی که گفته شد منطبق بر لفظ «اعراضاً» است و اما ظاهراً مراد از «نشوزاً» به نظر می رسد که عبارت از ترک بعضی از حقوق زن است و این در مقابل «اعراضاً» است که به معنای خوف از بی میلی و کراهت مرد و طلاق دادن و زن دیگر گرفتن او است. و این معنای ظاهر از قرآن به طوری که در نقل روایات خواهد آمد منافاتی با آنها هم ندارد.

جواب دوم از اشکال: یک توجیهی که می توان برای جواب از اشکال مذکور بیان کرد این است که شاید مقصود از «نشوزاً» در آیه شریفه نشوز عرفی و تضييع حقوق عرفی از قبیل ابراز محبت نکردن به زن باشد و یا اینکه مقصود از آن نشوز

ص: 7754

نسبت به حقوق استجابی مؤکدی که شرع برای زن قرار داده است باشد و با هر یک از این دو فرض شاید بتوان اشکال یاد شده را توجیه کرد.

جواب سوم از اشکال: راه بهتری که برای دفع اشکال مذکور به نظر می رسد و محتمل است که مقصود قائلین به جواب اول هم همین باشد، این است که مقصود از «نشوزا» در آیه همان معنای ظاهر تضييع حقوق و اذیت دادن زن است، ولی همانطوری که مستفاد از روایات هم هست مصالحه زن با مرد بر ترک اذیت و آزار و ایفاء حقوق زن نیست، بلکه زن وقتی که اذیت ها و ترک حقوق خود توسط مرد را می بیند، از این می ترسد که شوهرش قصد طلاق و یا زن دیگر گرفتن را داشته باشد و به همین جهت با بذل حقوق یا مال خود مانع از طلاق و یا زن گرفتن شوهرش می شود و با این فرض، عوض در مصالحه او با شوهرش بر روی یک امر حلالی است و چنین مصالحه ای اشکال ندارد، نه اینکه بذل او در مقابل ترک اذیت مرد باشد که او حرامی است.

و این معنا علاوه بر مطابقت با روایات با قواعد هم که مانع از صحت معامله ای است که یک طرفش امر حرامی باشد، کاملاً مطابقت دارد.

کما اینکه در بررسی فتوای فقهاء در این مسئله که راجع به صلح در باب نشوز مرد است، ملاحظه شد که مشهور بین فقهاء همین است که حتی اگر مرد در نشوزش خلاف شرعی هم کرده باشد، اشکالی ندارد که از باب صلح چیزی را بگیرد و کسی که در اینجا صریحاً اشکال کرده است مرحوم صاحب ریاض و به دنبال او مرحوم صاحب حدائق و مرحوم صاحب جواهر است، که ذکر نظر آنها گذشت.

ذکر روایات مفسره آیه (نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً)

1 - «الدعائم» عن علی علیه السلام انه سئل عن قول الله تعالى (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَاحِبَا بَيْنَهُمَا صَلْحاً وَ الصُّلْحَ خَيْرٌ) فقال: «عن مثل هذا

فستلوا، ذلك الرجل يكون له امرأتان فيعجز عن احدهما او تكون دميمة» يعني بد قیافه است «فیمیل عنها فیرید طلاقها و تکره هی ذلک فتصالحه علی أن یأبتها وقتا بعد وقت او علی ان تضع له حظها من ذلک»(1).

مقصود از «فتصالحه...» این است که زن با او مصالحه می کند که حق مضاجعه اش اگر مطابق شرع رعایت نشد یا اینکه مثلاً از قسم یا نفقه او کم کند، اشکالی نداشته باشد.

2 - «فقه الرضا»: «و اما النشوز فقد يكون من الرجل و يكون من المرأة فأما الذی من الرجل فهو یرید طلاقها فتقول له أمسكنی و لك ما علیك و قد وهبت لیلتی لك و یصطلحان علی هذا»(2).

مقصود از «لك ما عليك» یعنی آن وظیفه ای که به گردن توست، برای خودت باشد و دینی به من نداری.

3 - صحیحہ الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن قول الله عز و جل (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا) فقال: «هی المرأه التي تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: انی ارید أن اطلقك، فتقول له: لا تفعل انی أكره ان یشمت بی و لكن انظر فی لیلتی فاصنع بها ما شئت و ما كان سوی ذلک من شیء فهو لك و دعنی علی حالتی، فهو قوله تبارك و تعالی (فَلَا جُنَاحَ عَلَیْهِمَا أَنْ يُصَلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) و هو هذا الصلح». «تفسیر العیاشی» عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام نحوه.(3)

مقصود از «انظر فی لیلتی...» یعنی حق قسمی که من در شب ها دارم در اختیار تو باشد. و مراد از «و ما كان سوی ذلک من شیء» یعنی هر چه حقوق دیگر هم دارم برای تو باشد.

ص: 7756

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 368:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 2

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 368:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 3

3- (3) - جامع احادیث الشیعه 369:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 4، وسائل الشیعه (آل البيت) 349:21

4 - روایت علی بن ابی حمزه قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا) فقال: «إذا كان كذلك فهم بطلاقها، قالت له أمسكني و ادع لك بعض ما عليك و احللك من يومي و ليلتي، حل له ذلك و لا- جناح عليهما»(1).

عیاشی هم این را از او روایت کرده است.

5 - روایت ابی بصیر عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عز و جل (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا) قال: هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه، فيريد طلاقها، فتقول له: أمسكني و لا تطلقني و ادع لك ما على ظهرك و اعطيك من مالي و احللك من يومي و ليلتي، فقد طاب ذلك له»(2).

6 - «الفقيه»: «النشوز قد يكون من الرجل و المرأة جميعا، فأما الذي من الرجل فهو ما قال الله عز و جل في كتابه (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَدِّقَا بَيْنَهُمَا صِدْقًا وَ الصُّلْحَ خَيْرًا) و هو ان تكون المرأة عند الرجل لا تعجبه فيريد طلاقها، فتقول له: أمسكني و لا تطلقني و ادع لك ما على ظهرك و أحل لك يومي و ليلتي، فقد طاب ذلك له». روى ذلك المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن ابی عبد الله عليه السلام قال: اذا نشزت المرأة كنشوز الرجل فهو خلع(3). البته عبارت «قال: اذا نشزت...» به نظر ما كلام مرحوم صدوق است.

«تفسير عیاشی» و همین طور «تفسير قمی» هم شبیه روایت ابی بصیر و «فقیه» را نقل نموده اند(4).

و مستفاد از این روایات - همانطوری که قبلاً هم گفته شد - این است که زن از

ص: 7757

-
- 1- (1) - جامع احادیث الشیعه 369:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 5، وسائل الشیعه (آل البيت) 350:21
 - 2- (2) - جامع احادیث الشیعه 369:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 6، وسائل الشیعه (آل البيت) 350:21
 - 3- (3) - جامع احادیث الشیعه 370:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 6، وسائل الشیعه (آل البيت) 350:21
 - 4- (4) - جامع احادیث الشیعه 370-371:26، الباب 4 من ابواب القسم و النشوز و الشقاق، الحدیث 7، 8 و 9

برخی از حقوق واجب خود صرف نظر کند تا اینکه مرد هم از اعمال کردن حق مشروعی که دارد، خودداری نماید و در هیچ کدام از آنها حرفی از اینکه یک طرف مصالحه، عبارت از ترک ظلم و اذیت زن است، وجود ندارد. و در عین حال همانطوری که گفته شد این منافاتی ندارد با معنایی که من گفتم و ظاهر کلمه «نشوزا» هم در آن ملاحظه شده است؛ چرا که معنای آیه این می شود که زن پس از ملاحظه تعدی های مرد و کارهای خلافش نسبت به او، پی می برد که قصد طلاقش را دارد، یا اینکه خود مرد تصریح به آن می کند، پس زن حاضر می شود که از حق مشروعش صرف نظر کند و مرد هم در مقابل آن از حق مشروع خود صرف نظر می کند و بدینگونه صلح در بین آنها تحقق پیدا می کند. و بعضی از تفاسیر مانند «تبیان»⁽¹⁾ و «مجمع البیان» هم تقریباً همانطوری که ما گفتیم آیه را معنا کرده اند.

جواب چهارم از اشکال: اشکالی که صاحب جواهر در صدد حل آن بر آمده است در صورتی توجیه پیدا می کند که ما آیه (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا...) را تخصیصی نسبت به آیه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) ندانیم و الا بنا بر اینکه مفاد آیه (و ان خافت...) عبارت از جواز اصلاح بین زوجین و انجام معاوضه بین اغماض از بعضی از حقوق و بذل مال، در قبال ترک اذیت و منع سایر حقوق، در خصوص صلح بین زن و شوهر باشد، و به عبارت دیگر اگر مفاد این آیه بیان تخصیصی نسبت به آیه اکل مال به باطل باشد، این تخصیص چه ملازمه ای دارد که در باب طلاق خلع هم، انجام بذل برای خلاصی از اذیت مرد جایز بوده و طلاق خلع متفرع بر آن هم محکوم به صحت باشد؟ مرحوم صاحب جواهر مثل اینکه چنین ملازمه ای را پذیرفته است و لذا در صدد جواب از آن بر آمده است، ولی به نظر می رسد که چنین ملازمه ای وجود ندارد و لذا آیه (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا) هیچ نقض و اشکالی نسبت به حکم به عدم جواز بذل و بطلان طلاق

ص: 7758

خلعی در صورت های سوم و چهارم به جهت دلالت آیه شریفه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) ، ایجاد نمی کند تا اینکه نیاز به جواب های داده شده باشد.

خلاصه اینکه با توجه به دلالت آیه نهی از اکل مال به باطل حتی در صورت عدم اکراه و عدم قصد وادار شدن زن به بذل از اذیت و منع حقوق واجب او، و رضایت وی به بذل و طلاق خلعی و بلکه حتی در صورت اضطرار زن به بخشش برای خلاصی از ظلم و حبس او توسط مرد، اگر چه به عنوان ثانوی و از باب کسر و انکسار و دفع افسد به فاسد باشد، رضایت زن به حقیقت معامله و ملکیت واقعی زوج تحقق دارد، ولی از آنجا که در همه این صور گرفتن بذل توسط مرد از باب اکل مال به باطل است، لذا غیر جایز بوده و در نتیجه طلاق خلعی هم محکوم به بطلان می شود و اما اینکه آیا طلاق رجعی واقع می شود یا نه؟ بحثش را به نحو اختصار در مبحث بعدی بیان خواهیم کرد.

ه - مصداق عرفی یا مصداق شرعی:

یکی از مباحثی که به طور کلی در مورد موضوعات احکام شرعی محل بحث است این است که آیا معنا و مصداق عرفی آنها مقصود است یا اینکه معنا و مصداق شرعی آنها موضوع قرار داده شده است؟ و ثمره این بحث در جایی ظاهر می شود که شارع مقدس یک مصداق عرفی را از تحت آن موضوع خارج نماید مثلاً اکل مازّه را که عرف آن را باطل می داند، شارع جایز شمرده است؛ در اینجا اگر مقصود از باطل در آیه نهی از اکل مال به باطل، معنا و مصداق عرفی آن باشد، پس نهی مذکور شامل اکل ماره هم می شود و لذا دلیلی که اکل ماره را خارج نموده است، از باب تخصیص می شود. و اما اگر مقصود از باطل در آیه معنا و مصداق شرعی باطل باشد، در این صورت با توجه به تخطئه عرف توسط شرع با دلیل خاصی که اکل مازّه را جایز شمرده است، نهی از اکل مال به باطل، دیگر شامل اکل ماره نمی شود؛ چرا که شارع آن را باطل نمی داند، پس با این حساب، خروج اکل

ماره از تحت آیه نهی از اکل مال به باطل، خروج تخصصی می شود.

و به نظر می رسد که طبع اولی اقتضاء می کند که قانونگذاری که در صدد قانونگذاری است مقصودش از موضوعاتی که به کار می برد معانی مورد قبول خویش را از آنها قصد کرده باشد، منتها یکی از راههای کشف معانی موضوعات در نزد شارع همین است که معنای عرفی رایج در بین مردم را با عدم ردع امضاء نموده باشد.

و در ما نحن فیه هم که آیه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) را مورد استدلال قرار داده ایم، همان معنای عرفی باطل با توجه به عدم ردع شارع از آن، در صورت بذل برای خلاصی از اذیت و آزار مرد، مصداق شرعی اش در اینجا متحقق است و لذا دلالت بر حرمت اخذ بذل و بطلان خلع می کند.

بحث دهم: بطلان طلاق خلع یا رجعی شدن طلاق؟

آخرین بحثی که به طور مفصل بحث از آن در کتاب طلاق می آید و در اینجا استطراداً به آن اشاره می کنیم، این است که آیا در صورت بطلان خلع به جهت حرمت اخذ بذل، طلاق هم باطل می شود یا اینکه طلاق رجعی منعقد می شود؟

با اینکه بسیاری از فقهاء گفته اند که در صورت بطلان خلع، طلاق به صورت رجعی منعقد می گردد، حتی مراجع اخیر مثل مرحوم آقا سید ابو الحسن و آقایانی که حاشیه زده اند مانند مرحوم آقای خمینی، مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای گلپایگانی، هم قائل به رجعی شدن طلاق هستند. ولی در اینگونه موارد به نظر ما اشکالی هست که نتیجه اش در اینجا بطلان طلاق علاوه بر بطلان خلع است و آن اشکال این است که اگر طلاق خلعی صورت گرفته مشتمل بر دو التزام مستقل بود که رضایت به یکی ربطی به رضایت به دیگری نداشت و به عبارت دیگر «التزام فی التزام» بود، در این صورت بطلان خلع ربطی به بطلان طلاق نداشت و حکم به رجعی بودن طلاق می شد ولی فرض مسئله این است که در اینجا معاوضه ای

صورت گرفته است و آن بین مال مبدول و بین طلاق خلعی است و نتیجه اش این است که در صورت عدم انتقال مال به مرد، بطلان عوض موجب بطلان معوض هم می شود. و حکم به صحت طلاق در اینجا مانند این است که در معامله خمر که شارع حکم به ممنوع و باطل بودن آن کرده است، ما بگوییم که پس خمر را به نحو مجانی مالک می شود. و لذا در این بحث به نظر ما علاوه بر بطلان خلع، اصل طلاق هم باطل می شود.

«و السلام»

ص: 7761

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

احكام الاولاد / الحاق ولد

اشاره

فقهائى براى الحاق ولد به پدر شرايطى ذكر کرده اند كه بعضى از آن ها مورد اتفاق، و جزئيات بعضى ديگر محل خلاف است. اين شرايط عبارتند از دخول و گذشت اقل حمل و عدم گذشت زمان از اكثر حمل.

شرط اول؛ دخول:

شرطيت دخول در كلام تمام فقهاء بالصراحه يا بالظهور آمده است، يعنى بيانى دارند كه اگر دخول شد و مدتش چقدر بود و چه خصوصياتى داشت، ملحق مى شود، كه در واقع دخول را در الحاق شرط مى كنند. ولى اين نوعى مسامحه در تعبير است و معلوم نيست چرا كسى از بزرگان به اين اشكال نكرده است. زيرا چنان كه در روايات آمده و خارجا هم واقع شده، بدون دخول و با ملاعبه هم منى به رحم زن منتقل مى شود و زن حمل بر مى دارد، اينكه حتما شرطش دخول باشد، يك تعبير مسامحى است. و اشكال بالاتر اين است كه حد دخول را نيز تعيين کرده و آن را تا ختنه گاه دانسته اند.

كسانى كه حد دخول تعيين کرده اند عبارتند از؛ شهيد اول در قواعد كه اولين نفر است (1) و بعد از ايشان هم عده ديگرى مثل شهيد ثانى در شرح لمعه (2) و در مسالك (3)، مرحوم صاحب مدارك نوه شهيد ثانى در نهايه المرام (4)، مرحوم فاضل

ص: 7762

-
- 1- (1) - الشهيد الاول؛ القواعد و الفوائد؛ ج 1؛ ص 175
 - 2- (2) - الروضه البهيه؛ دفتر تبليغات اسلامى قم؛ ج 1؛ ص 134
 - 3- (3) - مسالك الافهام؛ ج 8؛ ص 377
 - 4- (4) - نهايه المرام؛ مؤسسه النشر الاسلامى؛ ج 1، ص 432

سبزواری در کفایه(1)، مرحوم فیض در مفاتیح، مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام(2)، حدائق(3) و جواهر(4).

ولی این کار خیلی عجیب است، چون در موارد دیگر که حد دخول تعیین شده مثل حد دخول در غسل، در زنا، در استقرار مهر و... دخول بما هو دخول موضوع حکم است، ولی در اینجا که موضوع آن است که منی منتقل بشود یا جذب نطفه بشود، دیگر معیار این نیست که به مقدار ختنه گاه باشد یا نباشد، و این طور تحدیدات هیچ وجهی ندارد. چنان که در کتب خود علما تصریح شده است که دخول شرط نیست. مثل موردی که در رساله العویص شیخ مفید(5) آمده است.

مسئله 51 از رساله العویص(6): «مسأله فی امرأه ولدت علی فراش بعلها ببغداد فلحق نسبه برجل بالبصره و لزمه دون صاحب الفراش من غیر أن یکون شاهد المرأه أو عرفها أو عقد علیها أو وطنها حلالاً أو حراماً، الجواب هذه المرأه بکر وقعت علیها امرأه ثیبه فی حال

ص: 7763

1- (1) - کفایه الاحکام؛ چاپ سنگی مدرسه صدر اصفهان؛ ص 190

2- (2) - کشف اللثام؛ ج 7، ص 533

3- (3) - الحدائق الناظره؛ ج 25، ص 3. استاد مدظله: ایشان کلمات قوم را نقل می کند و این قسمت را هم نقل می کند منتها به بعضی چیزهای دیگرش اشکال می کند، و به این نکته اشکالی نمی کند، کأنه این را قبول کرده است

4- (4) - جواهر الکلام؛ ج 31، ص 222

5- (5) - توضیح استاد مدظله: مرحوم شیخ مفید رساله ای به نام رساله العویص دارد که عبارت از سؤالاتی است که گاهی دهاتی ها مطرح می کردند که مثلاً کدام آبی است که اگر سگ در آن بول کند و بعداً کسی لباس متنجس به آن بزند، آن آب نجس نمی شود، اما اگر یک شیعه اثنا عشری اهل حق و اهل نجات از آن آب بخورد و بعداً یک متنجسی به آن بخورد، آب نجس می شود؟ می گویند آن است که به حد کر باشد و سگ بول کند، چون کر عاصم است و نجس نمی شود و به اعتصام خودش باقی است، ولی اگر یک شیعه اهل حق متدین از آن بخورد و از حد کر کمتر شود و بعداً متنجس به آن بخورد، نجس می شود. این طرز سؤالات در قدیم در اهل دهات خیلی شایع بوده که مرحوم آقای والد می فرمودند من جلوی اینگونه سؤالات را گرفتم، گفتم ما نه درس اینها را خوانده ایم و نه وظیفه داریم بگوئیم، شما هم موضوع را سؤال کنید ما جوابش را می گوئیم، این چیزها مربوط به ما نیست و توقع هم نداشته باشید، می گفتند اینها را ما به آنها حالی کرده بودیم و دیگر سؤال نمی کردند

6- (6) - رک: مجموعه مصنفات شیخ مفید؛ ج 6، ص 47

قد قامت فيها من جماع زوجها فحولت نطفه الرجل الى فرجها فحملت منه و مضى على ذلك تسعه أشهر فتزوجت البكر في آخر التاسع برجل و دخل في ليله العقد عليها فولدت على فراشه ولدا تاما فأنكر الزوج و قررها على صنيعها فاعترفت بما ذكرناه و أقرت الفاعله أيضا فلحق الموجود بصاحب النطفه على ما حكم به حسن بن علي عليهما السلام»، از زنی در بغداد در نزد شوهرش بچه ای متولد می شود اما آن بچه به مردی در بصره ملحق می شود که اصلاً آن بصری آن زن را هیچ ندیده و نشناخته و وطنی هم نکرده است، جواب این است که مرد بصری زنی غیر باکره داشته و پس از مجامعت با شوهرش، از همانجا بلند شده و با زنی مساحقه کرده و نطفه رجل بصری که در رحم او قرار گرفته بود، در اثر مساحقه به فرج آن زن منتقل شده و زن حامل برداشته است.

البته در این مسئله کلمه زوج نیامده است، ولی شاهد این است که معیار در حمل دخول نیست، پس با ملاعبه زوج به زوج ملحق می شود، و معیار، انتقال منی است، حال اگر وطنی به شبهه باشد به مشتبه ملحق می شود، زوج باشد به زوج ملحق می شود. پس این که دخول را شرط دانسته اند و شرطیت هم به این معنی است که بدون آن شروط و با اخلال به یکی از اینها دیگر فرزند ملحق نمی شود، ما در شرطیتش اشکال می کنیم.

بحث دیگر این است که آیا انزال شرط است یا شرط نیست؟ البته در صورتی که دخول محقق شده باشد و احتمال انزال هم هر چند به احتمال ضعیف وجود داشته باشد خارج از این بحث است از مجموع کلمات بزرگان استفاده می شود که ملحق می شود. مثل این که مرد عزل کرده و بعد بچه به دنیا آمده است، که گفته اند چون به احتمال ضعیف ممکن است چیزی فی الجمله منتقل شده و مرد متوجه نشده باشد فرزند ملحق است و بحث نیست. بلکه بحث در جایی است که عدم انزال مقطوع است، حال آیا دخول برای الحاق کفایت می کند؟

خصوص این مسئله در کلمات سابقین معنون نیست، و فقط این بحث مطرح است که با دخول بچه ملحق می شود، حال اینکه آیا مرادشان افراد غالب است که غالباً دخول و انزال همراه هستند یا مرادشان همان ظاهر اطلاق کلام است که چه انزال بشود و چه انزال نشود، نفس الدخول کافی است، بالصراحه در کلمات قدماء

چیزی نیست. ولی از زمان شهید ثانی به بعد مسئله عنوان شده است. ایشان می فرماید که مقتضای کلمات بزرگان قوم این است که انزال بشود یا نشود فرزند به صرف دخول ملحق می شود و مدعی می شود که شهید اول بر این نکته تصریح دارند. بعد از شهید ثانی کشف اللثام (1) و صاحب جواهر (2) به صراحت اطلاق کلمات سابقین را قبول کرده اند و گفته اند که چه انزال بشود و چه نشود، و حتی در صورت قطع به عدم انزال هم فرزند ملحق است، ولی عده ای دیگر مثل شهید ثانی (3) و مرحوم صاحب مدارک (4) و مرحوم صاحب کفایه (5) و مرحوم صاحب مفاتیح و مرحوم صاحب حدائق (6) گفته اند که اگر قطع باشد که انزالی نشده است، ملحق نمی شود. مرحوم صاحب ریاض هم با مستشکلین موافق است که اگر قطع نباشد که انزال نشده است، ملحق نمی شود (7). البته نسبتی که شهید ثانی به شهید اول داده دقیق نیست، توضیح آنکه؛ تعبیر شهید ثانی این است که برای الحاق باید شش ماه از زمان وطی بگذرد «من حین الوطی و المراد به علی ما یظهر من اطلاقهم و صرح به المصنف فی قواعد غیبیه الحشفه قبلاً أو دبراً و ان لم ینزل و لا یخلو ذلک من اشکال ان لم یکن مجمع علیه» (8). با مراجعه به قواعد شهید اول روشن می شود که ایشان اصلاً راجع به مسئله انزال چیزی ندارد، بلکه فرموده اند: «یتعلق بغیبیه الحشفه فی الفرج أو قدرها من مقطوعها...» (9) و با این بیان این نحو از دخول را موضوع احکام مختلفی در فقه قرار داده است، یکی این است که «الحاق الولد فی الشبهه بالملک أو بالزوجیه اذا کانت الموطوءه خالیه و تحریم نفی الولد الا مع القطع بکونه لیس منه» شخص خیال کرده که این مملوک خودش است، شبهه مملوکیت و مالکیت

ص: 7765

-
- 1- (1) - کشف اللثام، ج 7، ص 533
 - 2- (2) - جواهر الکلام، ج 31، ص 223
 - 3- (3) - الروضه البهیة، همان، ص 134
 - 4- (4) - نهاییه المرام، ج 1، ص 432
 - 5- (5) - السبزواری، کفایه الاحکام، ص 190
 - 6- (6) - البحرانی، الحدائق الناظره، ج 25، ص 3
 - 7- (7) - الطباطبایی، ریاض المسائل؛ ج 10، ص 482
 - 8- (8) - الروضه البهیة، ج 2، ص 134
 - 9- (9) - القواعد و الفوائد، ج 1، ص 175

خودش را داشته و با او وطی کرده است، یا خیال کرده زن خودش است با اینکه خلیه بوده، (چون اگر شوهر داشته باشد یک بحث دیگری دارد که آیا ملحق به هر دو می شود چون جنبه فراشی دارند) و این خیال کرده که زن خودش است و با او مباشرت کرده است، اینجا می گوید اگر به مقدار ختنه گاه دخول شده باشد، این الحاق برایش حاصل است، و شوهر حق ندارد نفی ولد بکند و بگوید ولد مال من نیست، یا اگر نفی ولد کرد در مواردی، جای لعان می آید که برای لعان متمکن می شود، چون مواردی که قطع به عدم الحاق باشد احتیاجی به لعان ندارد، ولی در جایی که به حسب قواعد، قطعی العدم نیست و الحاق محتمل است، اگر شوهر انکار کند و بگوید این ولد مال من نیست، بحث لعان پیش می آید که با لعان هم گاهی ولد نفی می شود و گاهی اثبات می شود که البته بحث دیگری است.

خلاصه، ایشان حد دخول را تعیین کرده، ولی در اینجا صحبتی از تعمیم از نظر قبل و دبر نشده و از نظر انزال هم تصریحی نشده است و فقط بر مقدار دخول تصریح شده است. و این خلاف چیزی است که شهید ثانی نقل کرده است. البته شاید بتوانیم کار شهید ثانی را چنین توجیه کنیم که شهید اول در مواردی مثل باب عده یا باب حد، فرموده برای اثبات این احکام دخول تا ختنه گاه کفایت می کند. یعنی ایشان به جز دو سه مورد که استثناء کرده، در بقیه موارد که خیلی زیاد هستند، حکم به تعمیم کرده است. پس در این بحث هم هر چند تصریح نکرده که قبلاً و دبراً، و یا تصریح نکرده که انزال بشود یا نشود، ولی چون در موارد دیگر از خارج ثابت شده که انزال و قبُل بودن شرط نیست، شهید ثانی هم تسامحی در تعبیر کرده و گفته صرح به المصنف فی قواعد. توجیه دیگر این که ممکن است ذیل عبارت کلام خود شهید ثانی باشد، یعنی عبارت «صرح به المصنف فی قواعد غیبو به الحشفه» به عنوان جمله معترضه باشد که بین دو تیره قرار می دهند، پس در واقع باید عبارت را این طور بخوانیم، «و المراد به علی ما یظهر من اطلاقهم قبلاً أو دبراً و إن لم

ینزل»، و در واقع منظور این است که اطلاقات کلمات فقها شامل صورت قبل و دبر و انزال و عدم انزال است، و آن جمله دیگری که ایشان خواسته تصریح بکند فقط راجع به حد دخول باشد باشد. هر چند این توجیه خیلی بعید است، و فقط برای این است که قدری توجیه کرده باشیم.

منتها اصل مسئله مبتنی بر این است که از اهل فن سؤال بشود که آیا حتماً باید انزال منی بشود تا انعقاد نطفه بشود و نطفه زن و مرد ترکیب بشود یا ممکن است که با نفس مباشرت، ترشحات یا چیزهایی دیگر جذب بشود (هر چند ممکن است فقط با میکروسکوپ دیده بشود) که همان‌ها منشأ ترکیب با نطفه زن بشود و جنین تولید بشود؟ بر اساس آنچه به ما رسیده است احتمال زیادی وجود دارد که امکان این مطلب باشد. منتها باید به این مطلب نکته دیگری هم ضمیمه بشود که این احتمال در چند درصد افراد وجود دارد؟ آیا به طور مثال از هر پنجاه نفر در یک مورد چنین احتمالی وجود دارد؟ که این احتمال از نظر شرعی ملغاً نیست، یا این که مثلاً از هر یک میلیون مورد یکی واقع می‌شود؟ که این احتمال قابل اعتنا نیست.

این درصد احتمال نقش عمده در این مطلب را دارد و باید تحقیق شود.

از کلمات قوم نیز به نظر ما مشکل است که اطلاق بفهمیم، چون مسئله الحاق حکم ظاهری است، و حکم واقعی نیست که موضوعش گذشت شش ماه از وطی باشد، لذا است که اگر نفی ولد بشود باید لعان کنند، در مواردی که قطعاً فرزند ملحق نیست، بحث لعان هم پیش نمی‌آید. در احکام ظاهریه هم وقتی قطع به یک طرف وجود داشته باشد باید به قطع عمل کرد. در ما نحن فیه هم نمی‌توانیم به قوم نسبت بدهیم که در صورت قطع به عدم انزال هم ولد را ملحق به زوج می‌دانند، به خصوص در وطی در دبر، اگر انزال نشده باشد که این قطعی است، و اهل فن و پزشکان نیز این را قطعی می‌دانند و امکان اینکه ولد متولد بشود نیست، قوم هم نمی‌خواهند بگویند حتی اگر قطعاً ولد نباشد، باز هم تنزیلاً احکام ولد دارد، مثل

تنزیلی که در باب رضاع نسبت به عده ای از احکام است. شاهد این مدعا نیز فروعی است که در ذیل مسئله عنوان می کنند و از این فروع پیدا است که قصد ایشان اثبات تنزیلی نسبت به حکم واقعی با وجود قطع به خلاف نیست، پس نمی توانیم به قدماء چنین نسبتی بدهیم. ظواهر ادله هم این است که بدون انزال در دبر قطعاً امکان تولد نیست، در قُبل هم در موارد خیلی نادر امکان تولد هست.

اینجا خیلی مشکل است که حکم به الحاق کنیم.

در مورد شمول دخول نسبت به دُبُر نیز، قبل از مرحوم علامه به جز سرائر (1) کسی آن را عنوان نکرده است، و از تعبیر ایشان استفاده می شود که لازم است دخول در قبل باشد تا الحاق بشود. تعبیر سرائر این است، اگر اقل حمل واقع شد، شارع حکم به الحاق کرده هر چند عزل کرده باشد، چون ممکن است فی الجمله یک چیز جزئی داخل بشود و تولید ولد بکند، «و متی وطئ امرأته أو جاریته و كان یعزل عنهما و كان الوطی فی القبل و جاءت المرأه بولد و جب علیه الاقرار به و لا یجوز له نفيه لمكان العزل فان نفاه كان علیه اللعان». ایشان تصریح دارند که «فی القبل» نه دبر.

مرحوم علامه حلی هم، در ارشاد (2) و قواعد (3) فرقی بین قبل و دبر نمی گذارد ولی در تحریر (4) قید قُبل را آورده، شبیه به همین که در سرائر ذکر شده است.

به نظر می رسد که به حسب حکم ظاهری، انزال شرط است مگر انسان اطمینان پیدا بکند، البته اگر بداند انزال نشده است و وطی در دُبُر باشد یقیناً کافی نیست، ولی اگر انزال شده باشد احتمال الحاق هست چون گفته اند که در دبر هم احتمال این هست که بعداً از دبر بیرون آمده باشد و به فرج و رحم منتقل شده باشد، با وجود این احتمال و این که اطمینان به عدم نداریم ولد به زوج ملحق می شود، از الولد للفرش و بعضی موارد استفاده می شود که اینجا ملحق می شود،

ص: 7768

-
- 1- (1) - ابن ادریس الحلی؛ السرائر؛ ج 2، ص 658
 - 2- (2) - ارشاد الاذهان؛ مؤسسه النشر الاسلامی؛ ج 2، ص 38
 - 3- (3) - قواعد الاحکام؛ مؤسسه النشر الاسلامی؛ ج 3، ص 98
 - 4- (4) - تحریر الاحکام؛ طبع قدیم؛ ج 2، ص 45

ولی اگر اطمینان به عدم یا قطع به عدم داشته باشد، دلیلی نداریم که شارع اطمینان را از اعتبار اسقاط کرده باشد یا این که موارد قطع به عدم را تنزیل کرده باشد مثل تنزیل باب رضاع، و لذا دلیلی بر الحاق نداریم.

شرط دوم؛ گذشت اقل مدت حمل:

اینکه از زمان وطی حداقل باید شش ماه بگذرد تا ولد به پدر ملحق شود مورد اتفاق امامیه است، در عده ای از کتب هم به اجماع مسلمین نسبت داده شده است، ولی این ادعا اشتباه است، و مسلمین اجماع ندارند بلکه باید گفت جمهور مسلمین چنین نظری دارند یعنی مشهور بین عامه این است که شش ماه است، ولی بین آن ها اتفاقی نیست و هم بعضی نُه ماه گفته اند، و گویا تعبیر مرحوم سید مرتضی است که می گوید جمهور مسلمین چنین نظری دارند، ابو الفتوح رازی در تفسیرش از بعضی نقل می کند که در مورد حداقل بعضی از سنی ها، نُه ماهه گفته اند ولی در بین امامیه به هیچ مخالفی برخورد نکرده ایم که غیر از شش ماه بگوید.

اما این که این شش ماه را باید هلالی حساب کرد یا عددی یا ملفق؟ تا زمان شهید ثانی کسی را نیافتیم که آن را عنوان کرده باشد، شهید ثانی در شرح لمعه شش ماه هلالی تعبیر می کند، و در مسالک و عده ای از بعدی ها گفته اند یا شش ماه هلالی یا شش ماه عددی، مرحوم صاحب جواهر فرموده یا شش ماه هلالی یا شش ماه عددی و یا ملفق (1). غیر از شهید ثانی که در شرح لمعه هلالی تعبیر کرده، خیلی ها مثل نهاییه المرام (2) و کفایه سبزواری (3) و ریاض (4) عددی را هم ضمیمه کرده اند و گفته اند احدهما کافی است. ولی به نظر می رسد این مطلب صحیح نباشد، زیرا مقدار اقل یک مفهوم نمی تواند مردد بین اقل و اکثر باشد و در اینجا

ص: 7769

1- (1) - جواهر الکلام؛ ج 31، ص 224

2- (2) - نهاییه المرام، ج 1، ص 433

3- (3) - کفایه الاحکام، ص 190

4- (4) - ریاض المسائل، ج 10، ص 483

شش ماه عددی یعنی شش ماه سی روزه، در حالی که در بین شش ماه هلالی، ماه ناقص وجود دارد و قطعاً کمتر از شش ماه عددی می شود، و معنا ندارد که بگویند اقل حمل صد و هشتاد روز است با اینکه کمتر از صد و هشتاد روز است، و نمی توان تعبیر را أحدهما قرار داد، البته اگر رابطه این دو مقدار عموم من وجه بود، أحدهما کافی بود. اما اینجا عموم من وجه نیست و یکی از اینها زودتر واقع می شود. به هر حال به این مطلب توجه نشده است و مردد گفته اند که بر هر دو ماه صدق می کند و یکی از اینها که باشد کافی است. چنین مسامحه ای در تعبیر صحیح نیست. البته می توانیم بگوییم اقل حمل شش ماه است، ولی شش ماه گاهی ممکن است صد و هفتاد و شش روز بشود و گاهی صد و هفتاد و هفت و یا هشت روز بشود، هر کدام شد، بالاخره باید یکی از اینها برسد که صدق بکند که الآن شش ماه شده است، که در نتیجه ممکن است که کسی از نظر عدد زودتر وقش برسد و دیگری قدری دیرتر. چون چنین نیست که همه شش ماه ها به یک نسبت باشند و مثلاً سه ماه بیست و نه روزه و سه ماه سی روزه باشد.

خلاصه، این که ظواهر ادله شش ماه گفته اند، باید ماه هلالی قرار داده شود و ظاهر استعمال شهر در هلالی است. در کلمات علما در جاهای دیگر هم راجع به ماه تصریح دارند که همین ماه هلالی است و ماه خیلی جاها موضوع حکم واقع می شود، در طلاق من لا تحیض و هی فی سن من تحیض، سه ماه میزان است، فرض کنید شخص فوت کرده، چهار ماه و ده روز باید عده وفات نگه دارد و ماه قرار شده است. منتها بعضی جاهای دیگر با قرینه فهمیده می شود که مراد مقدار ماه است، که البته اختصاص به استعمال کلمه شهر هم ندارد، مثلاً هفته اسم از شنبه تا جمعه است، ولی وقتی کسی وسط هفته یک جایی رفته می گوید یک هفته فلان جا ماندم یعنی به مقدار زمان از شنبه تا جمعه ماندم، سال از اول محرم تا ذیحجه یا از اول فروردین تا آخر اسفند است، ولی می بینید که وسط سال است و

یک سال گفته می شود یعنی مقدار آن مدت و مقدار استعمال می شود. حال در جایی که اول ماه نبوده و وسطها بوده است، چطور باید محاسبه و تلفیق شود؟ عنوان مثال اگر زنی اول محرم حمل برداشته باشد تا آخر شش ماه هلالی محاسبه می شود، ولی اگر وسط محرم حمل برداشت، پنج ماه آن هلالی است و یک ماهش تلفیقی است از دو ماه.

در مورد کیفیت تلفیق تصورات مختلفی وجود دارد؛ یکی این است که عددی حساب کنیم، یعنی سی روز. دیگر آن که بگوییم ماه اول هر قدر کسری داشت و ناقص بود، همان مقدار از ماه آخر ضمیمه و تکمیل می شود. تصویر سوم آن است که بگوییم به مقداری که از ماه اول گذشته بود مثلاً تا پانزدهم، ماه آخر هم تا پانزدهم برسد، و اهمیتی هم ندارد که ماه اول کامل بوده است یا ناقص. تصویر دیگر این است که از ماه اول ببینند که چند روز به آخر ماه مانده بود، مثلاً چهارده روز مانده بود، ماه آخر را به همان مقدار تکمیل کنند و به منزله این باشد که ماه اول تکمیل شده است. فرض دیگر آن است که بگوییم یکی از این دو ماه کفایت می کند که قهراً اگر یکی از اینها ناقص بود، اگر عدد به مقدار بیست و نه روز بشود، کافی خواهد بود، و اگر هر دو کامل بود باید کامل محاسبه شود، و بالاخره این که اگر شروع حمل قبل از نیمه ماه اول بود یکی از ماه ها ملاک باشد و اگر بعد از نیمه ماه بود طرف دیگر ملاک محاسبه باشد. ولی آن که اقرب فروض و نیز عرفی ترین فرض است و فتوای بسیاری از بزرگان مانند مرحوم آقای اصفهانی در وسیله بر آن قرار گرفته و ما هم اختیار کردیم، آن است که اگر پانزدهم ماه اول بود که از ماه اول پانزده روز کسری داشت، این کسری را از ماه آخر جبران بکند، مثلاً پانزدهم ماه محرم بود، به پانزدهم ماه رجب که رسید، شش ماهش تکمیل می شود، این عرفی است چرا که عرف اصلاً نمی دانند که ماه های قبلی ناقص است یا کامل، ولی آن که به طور طبیعی حساب می کنند و همه حسابش را می دانند، می گویند پانزدهم بوده

و الآن هم پانزدهم شده و کافی است، همین را معیار قرار می دهند.

مرحوم آخوند در شرح تبصره (1) بحث مهمی مطرح کرده است که سه روز اقل حیض و ده روزی که برای اکثرش تعیین شده، بر اساس چه معیاری تعیین شده است؟ و چند احتمال را طرح می کنند؛ یک احتمال این است که تخطئه عرف باشد یعنی عرف بین سه روز و بیشتر و کمتر از آن فرقی نمی بیند ولی شارع می گوید عرف اشتباه می کند، و امامی که عالم به غیب است، حساب کرده و فرموده که حداقل حیض سه روز و حداکثر آن هم ده روز است. این احتمال خیلی بعید است که وجود تکوینی مد نظر باشد و بفرمایند که یک لحظه قبل خون حیض نیست و در تمام اشخاص هم همین طور باشد. احتمال دیگر آن است که سه روز و ده روز موضوع حکم شرعی هستند، یعنی اگر سه روز کمتر باشد و لو عین همان خونی است که یک ذره بعد حاصل می شود ولی این دو از نظر حکم شرعی تفاوت دارد، و حکم واقعی مسئله این است. احتمال دیگر این است که حکم ظاهری تفاوت کند یعنی شارع قبل از سه روز و بعد از ده روز را اماره بر عدم حیضیت قرار داده باشد، که در این صورت اگر با دستگاه ها اطباء می بینند که عین همان است و تمام اجزاء و خصوصیات را که در آن است، در این هم هست، و مقطوع شد که این دو خون با هم تفاوتی ندارند، احکام حیض بار می شود و لو قبل از سه روز یا بعد از ده روز باشد. تصور دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه حیض حقیقت شرعیه باشد نه عرفیه، حیض اصطلاحی است برای خونی خاص در بین سه روز و ده روز که شرع اسمش را حیض گذاشته و احکامی هم بر آن مترتب کرده است، این کار تخطئه عرف هم محسوب نمی شود. گویا مختار مرحوم آخوند است این است که موضوع واقعی احکام شرعیه همان سه روز است، چنان که در شرع و نیز قوانین عرفی نوعاً اکثریت را در نظر می گیرند و یک قانون می گذرانند و الا قانون لغو

ص: 7772

می شود، قانون باید همانجا مرز باشد و این طرف و آن طرف نرود، به نظرم ایشان این را اختیار کرده که به نظر ما قول صحیح همین است.

در مسئله اقل حمل نیز همین مسئله پیش می آید که در اینجا شش ماه تکوینی باشد یا شارع ثبوت و لا ثبوتش را اماره قرار داده باشد یا موضوع حکم واقعی باشد، هر سه اینها قابل تصویر است، به نظر ما اینجا هم در نظر ابتدایی بعید نیست که بگوییم شش ماه، موضوع حکم شرعی قرار گرفته است و شارع بعضی افراد حمل را به حسب نوع به شش ماه الحاق کرده است و به لحاظ ظواهر ادله نیز همین أقرب است. چنان که مثلاً در بحث رضاع که بچه فرزند تکوینی شخص نیست، به اعتبار بعضی جهات دیگر شارع بعضی از احکام را بار کرده است، هر چند که حقیقتاً ولد نیست. ولی در بحث الحاق ولد به حسب فحص هیچ جا پیدا نکردیم که شش ماه را موضوع حکم واقعی دانسته باشند و همه جا گفته اند اگر قطع داشته باشیم که این بچه مال او نیست، باید بگوییم ظاهرش این است که تکویناً مال او نیست، پس شرعاً هم ملحق به او نیست، کلمات قوم همه ناظر به همین مطلب است، بنابراین، چون علماء چنین جملائی را فرموده اند، باید همان اماریتی را که حکم ظاهری است بگوییم، و بر این اساس اگر تصادفاً در موردی قطعی شد که قبل از شش ماه هم امکان الحاق تکوینی وجود دارد و یا بعد از یک سال هم تصادفاً ثابت شد، (مثلاً دارویی خورده و یک خصوصیتی پیدا کرده که طول پیدا کرده و حمل دیر پیدا شده) باید اولاد را ملحق به زوج بدانیم. البته کلمات سنی ها را نگاه نکرده ام، خیال می کنم آنها هم همین طوری باشد.

آقایان علماء ما خواسته اند مقدار اقل حمل را از قرآن استفاده کنند، بر اساس آیه شریفه «حمله و فصاله ثلاثون شهراً»⁽¹⁾ گفته اند چون در آیه دیگر حولین کاملین را بیست و چهار ماه بیان کرده⁽²⁾، قهراً با کسر دو سال از سی ماه، برای حمل شش ماه

ص: 7773

1- (1) - سوره احقاف / 15

2- (2) - سوره بقره / 233

باقی می ماند است و از آن جا که این مقدار اکثر حمل و یا متوسط آن نیست، بنابراین، باید این مقدار شش ماه، اقل حمل باشد.

اشکال: به نظر ما این استدلال تمام نیست، هر چند در روایات ما هم ذکر شده است، چرا که در میان این روایات یک روایت هم صحیح السند و قابل اعتماد نیست، چهار پنج روایت شاید باشد که خیلی احتمال هست که همه به یک نفر برگشت می کند، زیرا مراسلاتی هستند که یک نفر نقل کرده است، بعضی دیگر هم هست که سندشان ضعیف است و قابل اعتماد نیستند (1). و به حسب ظاهر هم نباید آیه قرآن این مطلب را بفرماید، زیرا قرآن در مقام بیان حق مادر بر فرزند است، حال این که در این مقام فرد بسیار نادری از حمل را ذکر کنند ولی راجع به رضاعش بیست و چهار ماه یعنی حداکثر را حساب کنند، خیلی غیر متعارف است، باید طبیعت متعارف را در نظر بگیریم به حسب ظاهر استعمال، حمل متعارف هم قابل تشکیک است و اقل و اکثر دارد، قرآن می خواهد بگوید که این قدر زحمت کشیده و مادر حق دارد، اقل متعارف را باید در نظر گرفت چون طبیعت با اقل صدق می کند، راجع به رضاع نیز، هم در روایات هست و هم در آیه قرآن آمده است که بیست و یک ماهه جزء متعارف است، با هم مشاورت کنند که زودتر بگیرند، بیست و یک ماهه بگیرند، متعارف است و در روایات هم هست، نه ماه هم متعارف است، حمل نه ماه، و رضاع بیست و یک ماه که متعارف است، روی هم سی ماه می شود. پی به حسب ظاهر، آیه اقل متعارف را حساب کرده یعنی نه ماه حمل و بیست و یک ماه رضاع که سی ماه می شود، به هر حال ظهور آیه بر خلاف این است که در یک طرف حداقل و در طرف دیگر حداکثر را بگیریم.

ص: 7774

1- (1) - رک: وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد؛ باب 17، ح 9 و جامع احادیث الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 12، ح 3 و 4 و 5

برای اثبات اقل حمل نیز به جای این استدلال به آیه می‌توانیم به روایاتی مراجعه کنیم که می‌گویند اقل حمل عبارت از شش ماه است، مثل روایتی که می‌گوید زنی مقدار عده خودش را نگه داشته و بعد رفته با دیگری ازدواج کرده و یا دیگری مالک شده است، و حملی برداشته و به دنیا آمده است، آنجا می‌گوید اگر از شش ماه کمتر شد، ملحق به اولی است و اگر شش ماه و بیشتر شد، ملحق به دوم است، که از آنجا معلوم می‌شود معیار عبارت از شش ماه است در اقل حمل که می‌گویند به دومی ملحق می‌شود و اگر کمتر باشد به اولی ملحق می‌شود(1).

شرط سوم؛ کمتر بودن فاصله از اکثر حمل:

درباره اکثر حمل، قول عامه گفته‌اند از یک سال بیشتر است، بلا اشکال باطل است، و بطلان آن هم نزد همه مسلم است و نیز در نزد اطباء و از هر کسی سؤال بشود. در حالی که اهل سنت تا هشت سال هم ادعا کرده‌اند، اینها جزء اباطیل است. در امامیه، نه ماه، ده ماه، و حد اکثر یک سال گفته شده است.

بررسی اقوال: قول به نه ماه را گاهی به اشهر و گاهی به مشهور نسبت داده‌اند، ولی با مراجعه روشن می‌شود که قطعاً نه ماه، نه مشهور است و نه اشهر، چون اولین کسی که نه ماه گفته اسکافی است(2)، از بین کتاب‌هایی که در دست ما هست؛ مقنعه، موصلیات مرحوم سید مرتضی، نه‌ایه و خلاف و مبسوط مرحوم شیخ، مراسم مرحوم سلار، مهذب و کامل مرحوم ابن براج(3)، اصباح مرحوم کیدری، جامع الخلاف مرحوم قمی سبزواری که معاصر مرحوم علامه است، کشف اللثام، ریاض و جواهر، کسانی هستند که تسعه گفته‌اند، و شاید بشود گفت که کافی و وسائل هم می‌خواهند همین را بگویند، چون در کافی و وسائل(4) فقط

ص: 7775

-
- 1- (1) - وسائل الشیعه، همان، ح 1 و 11 و 12. و جامع احادیث الشیعه، همان، احادیث 2، 11، 13، 20
 - 2- (2) - توضیح استاد مدظله: کتاب ایشان دست ما نیست، ظاهراً کتاب الاحمدی فی الفقه المحمدی تألیف مرحوم ابن جنید است و ما فتاوی ایشان را از نقل دیگران استفاده می‌کنیم
 - 3- (3) - توضیح استاد مدظله: در مختلف می‌گوید ابن براج فی کتابیه، و مراد ایشان دو کتاب مهذب و کامل مرحوم ابن براج است که کامل دست ما نیست و به وسیله مختلف نقل می‌کنیم. (ج 7، ص 315)
 - 4- (4) - وسائل الشیعه، همان، باب 17

روایت های نه ماه را آورده اند و لذا ممکن است بگوییم اینها هم نه ماه را خواسته اند بگویند.

اما کسانی که ده ماه گفته اند عبارتند از؛ از موضعی از مبسوط که نقل شده است (1)، شرایع، مختصر نافع، قواعد، تبصره، ارشاد، تلخیص مرحوم علامه (2)، تنقیح مرحوم فاضل مقداد، معالم الدین مرحوم ابن قطان، غایه المرام مرحوم صیمری، از ابی العباس که مراد ابن فهد حلّی (3) است نیز در غایه المرام نقل شده است.

قائلین به یک سال؛ اعلام مرحوم شیخ مفید (4)، انتصار مرحوم سید مرتضی، و کتاب های دیگری هم هست که به عقیده ما اینها سنه می خواهند بگویند ولی مرحوم صاحب جواهر می خواهد بگوید که این طوری نیست، کافی مرحوم ابو الصلاح حلبی، غنیه مرحوم ابن زهره، متشابهات القرآن مرحوم ابن شهر آشوب (5)، به نظر ما سرائر ظاهرش همین است، جامع مرحوم یحیی بن سعید، مختلف مرحوم علامه، کنز العرفان مرحوم فاضل مقداد، مسالک شهید ثانی، نهاییه المرام

ص: 7776

-
- 1- (1) - توضیح استاد مدظله: من همین طور یک مقداری مطالعه کردیم، پیدا نکردم، حالا با کامپیوتر شاید آقایان پیدا کنند، ولی آن که در مبسوط موجود است، متعدد همان نه ماه در مبسوط زیاد است، ولی موضعی من المبسوط که ده ماه گفته باشد آن را پیدا نکردم
 - 2- (2) - توضیح استاد مدظله: علامه در تلخیص فرموده است که «علی رأی» و چنان که مرحوم فخرالمحققین نقل کرده، می گوید هر جا پدرم «علی رأی» می گوید فتوایش همان است
 - 3- (3) - توضیح استاد مدظله: مرحوم ابن فهد در مهذب البارع و مقتصر مسئله را عنوان نکرده است، کتاب دیگری دارد که آن دست ما نیامده است
 - 4- (4) - توضیح استاد مدظله: مرحوم شیخ مفید رساله ای به نام الاعلام دارد، این رساله جزء مصنفات مرحوم شیخ مفید به عنوان آخرین رساله در جلد نهم منتشر شده است، «الاعلام فی ما اتفقت الامامیه علیه من الاحکام علی خلاف ما اتفقت علیه العامه من الاحکام»، وفاقیات امامیه بر خلاف وفاقیات عامه در این رساله جمع آوری شده است
 - 5- (5) - توضیح استاد مدظله: کشف اللثام از مرحوم ابن شهر آشوب نقل کرده ولی کسانی که کشف اللثام را خواسته اند حاشیه بزنند است، پیدا نکرده اند

مرحوم صاحب مدارک، روضه المتقین مرحوم مجلسی اول، کفایه مرحوم فاضل سبزواری، و مفاتیح مرحوم فیض. تقریباً دوازده نفر هستند که قائل شده اند. البته در مقابل این قول هم ادعای اجماع وجود دارد که آن را نیز بررسی خواهیم کرد.

مرحوم محقق قول به یک سال را متروک دانسته که ظاهر آن این است که قول شاذ و نادری است ولی وجه این سخن ایشان برای ما روشن نیست. در کشف اللثام نیز می فرماید به جز ابن سعید قول صریحی به یک سال وجود ندارد(1). و نیز کشف اللثام و به تبع او جواهر و حدائق، کلمات سه نفر از بزرگان را که صریح در یک سال است، خیال کرده اند که اینها جزء اقوال سنه نیست و جزء اقوال تسعه است و آنها را درست نقطه مقابل گرفته اند.

عده ای از بزرگان هم تردید داشته اند و ترجیحی نداده اند؛ وسیله مرحوم ابن حمزه، ایضاح مرحوم فخر المحققین، لمعه شهید اول، روضه شهید ثانی، البته شهید ثانی احتمالی مطرح کرده است تا به شکلی جمع بین اقوال بکند، به این صورت که بگوییم افراد مختلف هستند، بعضی اشخاص در بعضی اصناف حد اقلش مثلاً نه است، بعضش ده است، بعضش یک سال است، با این حال ایشان ترجیحی نداده است. بعضی هم بین نه و ده تردید کرده اند؛ مرحوم فاضل آبی در کشف الرموز، مرحوم علامه در تحریر. مرحوم صاحب حدائق هم بین نه ماه و یک سال تردید کرده است.

بنابراین، اینکه مشهور یا اشهر قول به نه ماه باشد، صحیح نیست.

عبارات علماء قائل به یک سال؛

الإعلام: «أقل الحمل لما يخرج حياً مستحلاً فهو عند الامامیه و جمهور العامه واحد و هو سته أشهر و أما أكثره فهو عندنا سنه واحده»(2).

ص: 7777

1- (1) - توضیح استاد مدظله: در جواهر نیز از کشف اللثام نقل می کند که من قول صریحی به سنه پیدا نکردم، ولی در عبارت جواهر، سقطی از قلم مرحوم صاحب جواهر یا نساخ وجود دارد، زیرا در کشف اللثام که مرحوم صاحب جواهر از آنجا نقل می کند، می گوید که قول صریحی غیر از ابن سعید پیدا نکردم، این «غیر از ابن سعید» در جواهر واقع نشده است

2- (2) - توضیح استاد مدظله: در چاپ این رساله به جای عندنا، عندهم چاپ شده است که قطعاً غلط است و معلوم است که آراء سنی ها چیست

انتصار: «مما انفردت به الاماميه القول بأن أكثر مدة الحمل سنه واحده»⁽¹⁾، بعد هم می گوید «لا خلاف فی أن السنه مده للحمل و انما الخلاف فی ما زاد علیها فصار ما ذهبنا الیه مجمعا علی أنه حمل»⁽²⁾. ظاهر عبارت اول آن است که در مقابل اهل سنت است ولی ظاهر این عبارت که «ما ذهبنا الیه مجمعا علی أنه حمل»، آن است که مورد اجماع آنها هم هست، هیچ اختلافی نداریم، در واقع می فرماید که یک سال را همه قبول دارند که حمل ممکن است حتی اهل سنت.

کافی مرحوم ابو الصلاح: «أقل الحمل سته أشهر و أكثره تسعه أشهر و الريب بثلاثه أشهر فتصير الغايه فی أكثر الحمل سنه كامله»⁽³⁾ می گوید اکثرش نه ماه است یعنی اکثر متعارفش نه ماه است و متعارفاً از نه ماه تجاوز نمی کند، ولی در سه ماه هم شبهه حمل هست و لو بر خلاف غالب است ولی ممکن است حامله بشود، بنابراین، غالب و غیر غالب را که در نظر بگیریم، حد اکثر به حسب مجموع یک سال است.

غنيه: «أكثره فی غالب العاده تسعه أشهر بلا خلاف و ينضاف الی ذلك أشهر الريب و هی ثلاثه أشهر و هی أكثر أيام الطهر بين الحيضتين فيصير أكثر مده الحمل سنه بدليل اجماع الطائفه»⁽⁴⁾.

متشابهات القرآن مرحوم ابن شهر آشوب نیز عین همین تعبیر غنیه را دارد، و صریح می گوید که اکثر حمل عبارت از یک سال است و هو مجمع علیه⁽⁵⁾.

مرحوم سید مرتضی جمله ای دارد که قابل ملاحظه است، از کلام مرحوم سید مرتضی استفاده می شود که اکثر حمل که حکم ظاهری بر آن پیاده می شود، نه ماه

ص: 7778

1- (1) - الشریف المرتضی؛ الانتصار؛ مؤسسه النشر الاسلامی، ص 345

2- (2) - همان؛ ص 346

3- (3) - ابی الصلاح الحلبي؛ الکافی؛ مکتبه امیر المؤمنین علیه السلام؛ اصفهان، ص 314

4- (4) - ابن زهره الحلبي، غنيه النزوع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ص 387

5- (5) - توضیح استاد مدظله: در کشف اللثام می گوید که ابن شهر آشوب هم این مطلب را دارد، آقایانی که خواسته اند کشف اللثام و ریاض را تصحیح کنند و تعلیق بزنند، گفته اند که این در مناقب ابن شهر آشوب نیست و کتاب فقهی هم ندارد، در حالی که این مطلب را مرحوم ابن شهر آشوب در متشابهات القرآن گفته است

است ولی اکثر واقعی تا یک سال هم ادامه دارد، در نتیجه می گوید اگر بعد از نه ماه که از مباشرت گذشت، بچه ای به دنیا آمد، جایز است بگویند این بچه من نیست، ولی در عین حال مسئله قطعی نیست، یعنی با ادعای زن مبنی بر انتساب بچه به شوهر، موضوع لعان پیش می آید، و روشن است که لعان وقتی مطرح می شود که الحاق محتمل باشد، برای همین است که در کمتر از شش ماه جای لعان نیست.

ولی در اینجا چون محتمل است که حمل تا یک سال ادامه پیدا کند، ایشان لعان را پذیرفته است. «ان جاءت بولد لأكثر من تسعة أشهر كان له نفيه الا أنه متى نفاه ورافعته المرأة الى الحاكم بعد دخوله بها كان عليه ملاعنتها اذا جاءت به لأكثر من مده الحمل، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من منذ يوم العقد و الدخول فلا يجب عليه ملاعنتها لأن هذا الحكم مقطوع محكوم من جهة الشارع انه ليس باین له» (1)، بعد هم می گوید که اصح اقوال همان نه ماه است. سید مرتضی که در انتصار آن تعبیر را دارد، در موصلیات (2) می گوید «أكثر الحمل، فالمشهور عند أصحابنا انه تسعة أشهر وقد ذهب قوم الى سنة من غير اصل معتمد» (3)، و در جای دیگری دارد که «لا شبهة أن المعتاد في أكثر الحمل هو تسعة أشهر»، و خود ایشان هم این را اختیار می کند «و احكام الشريعة...»

المعتاد من الامور لا الخارق للعاده و الخارج عنها» (4).

اگر بخواهیم بین این دو کلام مرحوم سید مرتضی جمع بکنیم، می توانیم بگوئیم محتمل است که مرحوم سید مرتضی هم همان مطلبی را می گوید که

ص: 7779

1- (1) - ظاهراً استاد مدظله عبارت شیخ طوسی و یا ابن ادریس را به جای سید مرتضی نقل کرده اند، زیرا شبیه عبارت فوق در نهایت شیخ، ص 505، موجود است، هر چند ذیل عبارت در نهایت وجود ندارد، و نیز عین همین عبارت در سرائر ابن ادریس، ج 2، ص 258 وجود دارد. ولی در آثار سید مرتضی (در نرم افزار معجم فقهی) به خصوص در الانتصار عبارت مذکور یافت نشد. (مقرر) مراجعه باید بشود

2- (2) - توضیح استاد مدظله: دو موصلیات وجود دارد، موصلیات اولی و موصلیات ثانیه، در موصلیات ثانیه همین مطلبی را که بر خلاف انتصار هست، دارد، ولی مرحوم علامه حلی از موصلیات اولی نقل کرده است، که در دست ما نیست، حالا آن سهو قلم او است که همین ثانیه را اولی تعبیر کرده است، یا اینکه هم در موصلیات اولی و هم در ثانیه دارد، آن را نمی دانم چون اولی در دست ما نیست. موصلیات ثانیه در جلد اول مصنفات مرحوم سید مرتضی چاپ شده است

3- (3) - رسائل المرتضی؛ ج 1، ص 192

4- (4) - همان، ص 193

مرحوم ابن ادریس در سرائر دارد(1)، ایشان می گوید کأنه أكثر حمل به حسب عادت متعارف عبارت از نُه ماه است به طوری که حکم ظاهری هم مطابق با همان می شود و در نتیجه فرد می تواند نفی کند، ولی در واقع تا یک سال قابل دوام است و لذا بحث لعان مطرح می شود. منتهی ایشان در انتصار این نکته را که تا یک سال قابل دوام است، ذکر کرده، و در موصلیات می گوید که مشهور می گوید تسعه أشهر، و ذهب قوم الی سنه. یعنی قوم من أصحابنا، از این هم استفاده می شود که قائل به یک سال بیش از یک نفر است و عده ای قائل به سنه هستند و شاید هم منظورشان این باشد که سنه غیر متعارف هم نیست. در مقابل این ممکن است ایشان می خواهد بگوید آنچه در نظر مشهور متعارف است و شاید حکم ظاهری هم تابع آن باشد، (هر چند در اینجا کلامی ذکر نکرده است) یعنی یکی از این حکم ظاهری ها که بشود می تواند نفی بکند، نُه ماه است.

دلایل اقوال: راجع به نُه ماه و یک سال روایاتی نقل می شود، ولی راجع به عشره هیچ روایتی نقل نکرده اند، فقط تعبیر عده ای از کتب این است که: «جماعتی ذکر کرده اند که آن به روایه»، و گویا اولین بار این تعبیر را شهید ثانی به کار برده و عده ای هم بعد از ایشان همین تعبیر را ذکر کرده اند، حال آن جماعت چه کسانی هستند که مدعی شده اند که «آن به روایه»؟ اولین کسی که برخورد کردیم، مرحوم ابن حمزه در وسیله(2) است، که می گوید در مسئله سه روایت وجود دارد، تسعه، عشره و سنه، خودش هم ترجیحی نمی دهد. در کلمات کسی دیگر صریحا چنین تعبیری نیست. فخر المحققین در ایضاح(3) می گوید به حسب مستفاد از روایات این اقوال ثلاثه پیدا شده است، و نظیر این تعبیر در تنقیح نیز آمده است، و نیز چند نفر دیگر که گفته اند این اختلاف نظر به حسب مستفاد من الروایات است، پس

ص: 7780

1- (1) - چنان که تذکر داده شده عبارت ابن ادریس همان است که استاد به عنوان عبارت سید مرتضی نقل کرده اند. (مقرر)

2- (2) - ابن حمزه الطوسی، وسیله، ص 318

3- (3) - ایضاح الفوائد، ج 3، ص 259

اینکه شهید ثانی گفته جماعتی چنین گفته اند، گویا به استناد این تعبیرات آقایان است.

روایاتی که برای نه ماه تمسک کرده اند، یکی همان روایت ابی حمزه است که ما آن را صحیح می دانیم، (روایت شماره یک که بحث خواهد شد).

روایات:

1. محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضیل عن ابی حمزه قال سألت أبا جعفر علیه السلام عن الخلق قال: ... فإذا وقعت النطفه... ثم توضع فی بطنها فتدرد تسعه ايام فی كل عرق و مفصل و منها للرحم ثلاثة اقفال؛ قفل فی اعلاها مما یلی السره من الجانب الايمن و القفل الآخر وسطها و القفل الآخر اسفل من الرحم فیوضع بعد تسعه ايام فی القفل الاعلی فیمکث فيه ثلاثة اشهر فعند ذلك یصیب المرأه خبث النفس و التهوع ثم ینزل الی القفل الاوسط فیمکث فيه ثلاثة اشهر و... ثم ینزل الی القفل الاسفل فیمکث فيه ثلاثة اشهر فذلك تسعه اشهر ثم تطلق المرأه... (1).

و ریاض نقل کرده و به تبع ریاض هم جواهر نقل کرده است، منتها یک اشکالی در آن روایت به نظر مرحوم صاحب جواهر آمده است که جواهر یا مرحوم صاحب ریاض به گونه ای توجیه می کنند که توجیه بسیار مستبعدی است.

بحث سندی: این روایت به نظر ما صحیح است هر چند جواهر و ریاض از آن به خبر تعبیر کرده اند. مراد از محمد بن یحیی، محمد بن یحیی عطار است و ثقه است، مراد از احمد بن محمد بن محمد وقتی که در روایت ها مطلق ذکر بشود، احمد بن محمد بن عیسی است، حسین بن سعید اهوازی هم ثقه است، ابو حمزه هم ابو حمزه ثمالی است، باقی می ماند محمد بن فضیل (2) که توضیحی اجمال ذکر

ص: 7781

1- (1) - کافی، ج 6، ص 15، باب بدء خلق الانسان، ح 5

2- (2) - توضیح استاد مدظله: در بعضی از مباحثات درباره محمد بن فضیل مفصل بحث کرده ایم، در جامع الروات بحث مفصلی راجع به محمد بن فضیل دارد و به نظر من تحقیقی ترین موردی است که جامع الروات بحث کرده است، جامع الروات بحث تحقیقی کم دارد، و این بحث هم هر چند تمام نیست و محل اشکال است ولی بالاخره بعضی از دقایقی را متوجه شده و بعضی جاها فهم کلام خود جامع الروات کار مشکلی است که از کجا آن را استفاده کرده. به هر حال قبلاً دو روز بحث کردیم و گفتیم که از کجا استفاده کرده است

می‌کنیم. راوی با عنوان محمد بن فضیل متعدد است، یکی محمد بن فضیل بن کثیر ازدی الصیرفی الکوفی است که توصیف به صفت ازرق هم شده و الکوفی الازرق ذکر شده است و این را مرحوم شیخ یک جا دارد که یرمی بالغلو، در یک جا دارد که ضعیف در رجال، ولی در فهرست به عنوان محمد بن فضیل الازرق صاحب کتاب نقل کرده است، بحثی راجع به مذهب او نکرده و رد شده است و گفته علی بن الحکم کتابش را روایت می‌کند.

دیگری محمد بن قاسم بن الفضیل بصری است که نوه فضیل بن یسار است و توثیق شده است.

مرحوم اردبیلی در جامع الروات درباره بسیاری از روایاتی که در سند آن محمد بن فضیل واقع شده و از جمله روایاتی که حسین بن سعید از ابی الصباح کنانی نقل می‌کند (مثل همین روایت مورد بحث)، می‌گوید این روایات و اکثر از ثقه است و این محمد بن فضیل که در سند است محمد بن فضیل ازدی ضعیف نیست، بلکه محمد بن القاسم بن فضیل البصری، نوه فضیل بن یسار است که توثیق شده است، و مفصل راوی و مروی عنه او را ذکر می‌کند، و می‌گوید همه این محمد بن فضیل‌ها انتساب به جد است، مثل علی بن بابویه که انتساب به جد است اینجا هم انتساب به جد است و مراد محمد بن قاسم بن فضیل بن یسار است که توثیق شده است.

ولی به نظر ما دلیل معتناهی نداریم که این‌ها همه انتساب به جد باشد، یک جا فقط استثنائاً ذکر شده که راجع به محمد بن قاسم بن فضیل راوی می‌گوید که ابن فضیل بن یسار از شما یک سؤالی کرده است که مراد همین ابن قاسم بن فضیل بن یسار است، موارد دیگر هر جا دیدیم، تعبیر به محمد بن قاسم یا محمد بن قاسم

بن فضیل بن یسار شده است، تعبیر محمد بن فضیل گفته نمی شود، حالا اگر احياناً در موردی با انتساب به جد، محمد بن فضیل گفته باشد، صرف اینکه محمد بن قاسم بن فضیل با محمد بن فضیل مطلق از نظر راوی و مروی عنه در عده ای از روایات شریک هستند، دلیل نمی شود که محمد بن فضیل مطلق، همان محمد بن قاسم بن فضیل است و محمد بن فضیل ازدی صاحب کتاب نیست. درباره محمد بن فضیل ازدی نوشته اند که «له کتاب و یرویه جماعه»، و یکی از کسانی که آن کتاب را نقل می کند و مرحوم نجاشی اسم برده است، محمد بن حسین بن ابی الخطاب است، او کسی است که جماعتی از او نقل می کنند و لذا نمی توانیم بگوییم محمد بن فضیل مطلق، محمد بن فضیلی که ابن کثیر است، نیست، بلکه همان است که یک مرتبه در جایی برخورد شده که از باب انتساب به جد به او نسبت داده شده است. هیچ گونه شاهد ظنی بر این مطلب نیست هر چند این محمد بن فضیل مطلق در بعضی جاها هم با محمد بن قاسم مشترک بوده و یا در راوی و مروی عنه مشترک هستند و نیز روایتی نداریم که دو نقل کرده باشند.

منتها به نظر ما همان محمد بن فضیل بن کثیری که مرحوم شیخ تضعیف کرده، ثقه است، چرا که اول تعبیر می کند «یرمی بالغلو»، و درباره این تعبیر کسانی مثل مرحوم وحید بهبهانی و شاید شیخ محمد صاحب استبصار تحقیق کرده اند؛ اینها گفته اند که رمی به غلو در کلمات قدماء هیچ گونه علامت ضعف شخص نیست، چون مسلک قدماء در غلو غیر از مسلکی است که بطلان آن نظریه را متأخرین تثبیت کرده اند، خیلی از چیزهایی که به حسب ادله مسلم ثابت شده که غلو نیست، آنها غلو می دانسته اند، مثل قائل شدن به علم غیب در امامان(1). لذا اگر

ص: 7783

1- (1) - توضیح استاد مدظله: دیدم در جایی تعبیر می کند که بین دو راوی اختلاف بوده، یکی از این روایت می گفته که ائمه خدا هستند و غلو واقعی داشته، آن یکی دیگر گفته بود که این طوری نیست، گفته اند برویم از خودشان پرسیم، رفته اند در زده اند، قبل از اینکه سؤال بکنند، حضرت در را باز کردند و فرمودند: «لا، بل مخلوقون مریبون»، می گوید همان راوی که نسبت داده اند که این جزء غلات است، همین روایت را نقل کرده که رفته اند سؤال کرده اند و حضرت از پشت در فرموده اند که اینها عبد خدا هستند و مخلوق هستند، و کسانی که رمی به غلو کرده اند، گفته اند همین دلیل بر غلوش است، علم غیب را به امام نسبت داده، می گوید از پشت درب امام نیت اینها را فهمید، علم غیب داشت

کلمه غلو وارد شد، دلیل بر تضعیف نیست، خیلی از تضعیفاتی که نقل شده به مناط غلو است، که اگر معارض نداشته باشد، چون دلیلی بر اعتبار روایت نیست، روایت ساقط می شود. ولی در مورد محمد بن فضیل مرحوم نجاشی می گوید کتابش را جماعتی نقل می کنند، که یکی از آن ها محمد بن حسین بن ابو الخطاب است که از اجلاء ثقات است، مرحوم شیخ هم راوی کتاب را علی بن حکم قرار داده که او هم از اجلاء ثقات است، و روشن است که اینها کتاب کسی را که غالی است، نقل نمی کنند و پیداست که اینها او را غالی نمی دانند و نقل می کنند، مرحوم نجاشی هم کتابش را بعد از شیخ نوشته، و اشکالی نسبت او نیاورده است، اکثر مطلقات روایات را هم به حسب ظاهر باید به همین محمد بن فضیل بن کثیر نقل کرد، چون اکثر روایات معمولاً از کتب است، اجلاء و افراد مختلف روایت کرده اند و ما باید روایت او را بپذیریم. خلاصه، روایت هایی که محمد بن فضیل در سندش واقع شده است، معتبر است، هر چند ما او را با محمد بن قاسم بن فضیل متحد نمی دانیم، و اصولاً برای اثبات اعتبار روایت نیازی به اثبات اتحاد این دو نفر نداریم. از نظر زمانی هم مشکلی به سند وارد نیست چون محمد بن فضیل، حضرت صادق علیه السلام را درک کرده است، ابو حمزه هم بعد از حضرت صادق علیه السلام زنده بوده است، و سال فوت او سال صد و پنجاه است که دو سال بعد از وفات حضرت صادق علیه السلام است، قصه معروفی هم هست که امام زمانش را تشخیص داده که چه کسی است. پس ما محمد بن فضیل را معتبر می دانیم چه مستقیم از ابی حمزه نقل کرده باشد و چه با واسطه ابی الصباح کنانی و به هر حال در سند این روایت اشکالی نیست.

بحث دلالتی: در متن روایت یک تعبیری است که از آن استفاده می شود که اول تا

نُه روز حمل در یک جا است، بعد از نُه روز در یک جایی واقع می شود و سه ماه در آنجا قرار می گیرد، و بعد از سه ماه دوباره در قفل دیگر قرار می گیرد، و بعد دوباره بعد از سه ماه دیگر در یک قفل دیگر قرار می گیرد که نُه ماه می شود، که در نتیجه در روایت مدت حمل، نُه ماه و نُه روز می شود و اینها گفته اند نُه ماه و نُه روز کسی قائل نیست و این خلاف اجماع است. برای حل مشکل گفته اند اینکه می گوید در قفل اول سه ماه می گذرد یعنی سه ماه به ضمیمه آن نُه روزی که قبل از ورود به قفل بوده، ولی با نظر به عبارت مشاهده می شود که این معنا بسیار مستبعد است.

ولی به گمان ما می توان همان معنای ظاهری روایت را پذیرفت، و چنان که شنیده شده و البته باید تحقیقی بشود، متعارف حمل آن است که چند روزی از نُه ماه می گذرد، و احتمال دارد آقایانی که حد اکثر نُه ماه گفته اند، منظورشان نفی ده ماه است نه جمود بر نه ماه دقیق. چنان که تعبیر روایت می گوید نُه ماه بچه می ماند، هشت ماه نمی ماند، هفت ماه می ماند، شش ماه می ماند، ولی بین ماه ها را تعبیر نمی کنند، این خیلی تعبیر رائجی است، گاهی تعبیر که می شود، آن کسرها مراد نیست، اینکه می گوید نُه ماه حد اکثر است، در مقابل ده ماه است، در مقابل یک سال است و در مقابل نُه ماه و چند روز نیست، فقہائی هم که ذکر کرده اند، مرادشان این است. البته یکی از روایات می گوید اگر یک لحظه از نُه ماه گذشت، مادر را هلاک می کند که آن روایت ضعیف السند است و مطلبش هم مقطوع الخلاف است و نمی دانیم این را چه کسی گفته است. چنین تعبیراتی در مباحث حج هم رایج است مثلاً می گوید اگر نصف شد چطور، گاهی در طواف مثلاً ثلاثه تعبیر می شود و در مقابل اربعه است، این تعبیرها همه متعارف است، به هر حال روایت صحیح السند است و باید آن را اخذ کرد.

2. روایت وهب: عده من أصحابنا عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال «قال امير المؤمنين عليه السلام يعیش الولد لسته أشهر و لسبعه أشهر و

لتسعه أشهر ولا يعیش لثمانیه أشهر»(1). منظور از وهب همان وهب بن وهب است که تضعیف شده است.

در این روایت مقداری را مقسم قرار داده که از نه ماه بیشتر نیست، در واقع مقسم، عبارت از مواردی است که قابلیت وضع حمل سالم داشته باشد که آن هم حمل شش ماه یا هفت ماه یا هشت ماه و یا نه ماه است، کمتر را ذکر نکرده چون حمل کمتر از شش ماه نمی شود، بیشتر را هم ذکر نکرده برای اینکه بیشتر نمی شود، متفاهم عرفی این است که کمتر و بیشتر از آن حمل نیست، لذا با این بیان حداکثر و حداقل حمل که موضوع اعاشه است، تعیین شده است. البته اگر کسی مناقشه کند که چرا چند روز بیش از نه ماه را نگفته با این که حمل این مقدار معمول است؟ می توان پاسخ داد که وقتی متعارف و معمولش نه ماه است، دیگر این چند روز احتیاجی به بیان ندارد، و معلوم است که اگر نه ماه و نه روز شد بچه زنده می ماند، این اخبارات، اخبار از واضحات نیست، بلکه اخبار از اموری است که مفید فایده ای باشد، و لذا چون ما زاد بر نه ماه قابل تردید نبوده آن را ذکر نکرده است، ولی آن که قابل تردید است، این است که اگر بر خلاف متعارف در کمتر از نه ماه فرزندی به دنیا آمد، جای شبهه دارد که آیا یعیش یا لا یعیش، حضرت فرموده زنده می ماند و فقط هشت ماه است که لا یعیش. ولی از مجموع روایات استفاده می شود که نه ماه مورد تردید نیست، بنابراین، حضرت می خواهند این بیان را مقدمه بیان یک نکته مخفی قرار دهند و آن این که حمل، نه ماه و شش ماه و هفت ماهش اعاشه دارد، ولی هشت ماهش ندارد، و هدف بیان تفاوت هشت ماه با سایر موارد است که یا اعاشه ندارد و یا اعاشه اش واضح نیست. این نحوه بیان در موارد دیگر نیز کاربرد دارد، یعنی گاهی شیئی را مقدمه برای شیء دیگر ذکر می کنند که یک قدری مخفی است، و بعضی چیزها را به یک شیء معین ضمیمه

ص: 7786

می کنند مثل اینکه گاهی می گویند انسان یقین داشته باشد یا ظن داشته باشد، می تواند فلان حکم را عمل کند، ظن را به صورت یقین که واضح است، ضمیمه می کنند، در این گونه موارد که مجموع من حیث المجموعش واضح است، می خواهد بگوید این هم مانند آن شیء واضح است، و این لازمه اش این نیست که همه این افراد مورد شک قرار گرفته باشد و در نتیجه بگوییم پس بیش از نه ماه چرا ذکر نشده، و پاسخ بدهیم که چون واضح است ذکر نکرده و این موارد مذکور جزء مخفی ها است، لذا به نظر می رسد که این روایت همانطوری که دیگران هم فهمیده اند ظهورش در اینکه حد اکثر حمل نه ماه است، قابل انکار نیست و دلالتش را می پذیریم منتها ضعیف السند است.

3. علی بن محمد عن صالح بن ابی حماد عن یونس بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن سیّابه عمّن حدثه عن أبی جعفر علیه السلام «قال سألته عن غایه الحمل بالولد فی بطن أمه کم هو؟ فان الناس یقولون ربما بقی فی بطنها سنین یا سنتین علی الاختلاف، فقال کذبوا أقصی حد الحمل تسعه أشهر لا یزید لحظه و لو زاد ساعه لقتل أمه قبل أن یخرج» (1).

بحث سندی: در این روایت اگر از ناحیه صالح بن ابی حماد و عبد الرحمن بن سیّابه اشکال نکنیم، از ناحیه عمّن حدثه که مرسله است، اشکال می کنیم و روایت یونس بن عبد الرحمن را که جزء اصحاب اجماع است، برای اعتبار بقیه سند، کافی نمی دانیم، اگر ابن ابی عمیر و صفوان و بزنی باشند، فقط مشایخ بلا واسطه آنها معتبر است. این روایت از نظر سند به نظر ما اشکال دارد. این ضعف سند با شهرت هم جبران نمی شود زیرا شهرت آن چنان که گذشت ثابت نیست. هر چند گاهی مشهور تعبیر کرده اند و گاهی شبیه به اجماع خواسته اند بگویند و در ریاض تعبیر شهرت عظیم واقع شده، ولی این طور نیست، و هیچ معلوم نیست که از قائلین به سنه بیشتر باشد. بلکه اشهر بودن این قول را هم قبول نکردیم.

ص: 7787

بحث دلالی: متن این روایت هم قابل قبول نیست، چرا که مراد از ساعت یعنی قطعه من الزمان، اگر یک مقداری بگذرد مادر را می کشد. در حالی که به حسب تجربه مسلم است که چنین چیزی نیست.

4. ابان عن رجل عن ابی عبد الله علیه السلام قال «ان مریم علیهما السلام حملت بعیسی علیه السلام تسع ساعات و کل ساعه شهراً»⁽¹⁾، این روایت را در جواهر آورده و معلوم نیست که به چه مناسبتی این روایت را آورده، چون این روایت اولاً مرسل است، دوم، روایات متعددی وجود دارد که حضرت عیسی شش ماهه به دنیا آمده است، و این با روایت های دیگر معارض است، و سوم این که ربطی به موضوع ندارد. این که حضرت مریم نه ماه حمل برداشته دلیل نمی شود که حد اکثر حمل نه ماه است.

5. صحیحہ عبد الرحمن بن حجاج، «قال سمعت أبا ابراهیم علیه السلام یقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حملاً انتظر بها تسعة أشهر فان ولدت و الا اعتدت ثلاثة أشهر ثم قد بانت منه»⁽²⁾، کانه نه ماه أقصى الحمل است که منتظر بشود، اگر بچه متولد نشد، با شهور عده نگه دارد، چون عده یا با وضع حمل است یا با شهور است که شهور سه ماهه است، وضع حمل که نکرد، با شهور باید قرار بدهد. و از آن جا که ممکن است طلاق با دخول خیلی فاصله بشود، مراد نه ماه بعد از دخول است، نه بعد از طلاق، و لو حیض هم دیده بشود حیض با حمل جمع می شود، روایت های دیگری هم هست که نه ماه بعد از دخول صبر می کند. در سند این روایت ابراهیم بن هاشم هست که ما آن را صحیح می دانیم و اشکالی در آن نیست. البته در روایت دیگر هم هست که با ملاحظه آنها ممکن است مراد این روایت روشن بشود.

6. حمید بن زیاد عن ابن سماعه و ابی علی الأشعری عن محمد بن عبد الجبار «که طریق دوم صحیحہ است» عن صفوان عن محمد بن حکیم عن العبد

ص: 7788

1- (1) - وسائل الشیعه، همان، ح 7. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 18

2- (2) - وسائل الشیعه، کتاب الطلاق، ابواب العدد، باب 25، ح 1

الصالح عليه السلام «قال قلت له المرأة الشابه التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها؟ قال ثلاثة أشهر، قلت جعلت فداك فانها تزوجت بعد ثلاثة أشهر فتبين بها بعد ما دخلت على زوجها انها حامل، قال هيهات من ذلك يا بن حكيم، رفع الطمث ضربان اما فساد من حيضه فقد حل لها الازواج وليس بحامل، و اما حامل فهو يستبين في ثلاثة أشهر لأن الله تعالى قد جعله وقتا يستبين فيه الحمل، قال: قلت له فانها ارتابت قال: عدتها تسعة أشهر، قلت فانها ارتابت بعد تسعة أشهر قال: انما الحمل تسعة أشهر قلت فتزوج، قال: تحتاط بثلاثة أشهر، قلت فانها ارتابت بعد ثلاثة أشهر قال ليس عليها ريبه فتزوج» (1). روایت صحیحہ است.

برخی از جمله صاحب جواهر خواسته اند بگویند از این روایات مجموعاً استفاده می شود که حمل نه ماه است و از نه ماه بیشتر نمی شود منتها اگر حمل به دنیا نیامد و به وسیله وضع حمل عده تمام نشد، به وسیله شهور عده نگه می دارد که سه ماه است، خود روایت دلیل بر این است که نه ماه معیار است.

ولی به نظر می رسد که روایت دوم، هم دلیل بر خلاف است و هم هم موجب تفسیر روایت پیشین می شود، توضیح آنکه: دو تعبیر در این روایت وارد شده؛ یکی تعبیر می کند «تحتاط بثلاثة أشهر»، و معنای احتیاط این است که شبهه حمل در آن هست، در ذیل هم می گوید بعد از اینکه یک سال شد، «فانها ارتابت بعد ثلاثة أشهر، قال ليس عليها ريبه فتزوج»، ريبه یعنی تردید، پس اگر صدر و ذیل حساب شده باشد، نتیجه آن است که تا نه ماه خیلی متعارف و طبیعی است و بیشتر از نه ماه غیر متعارف است، ولی چون احیاناً تا یک سال طول می کشد، این ريبه و شبهه هست، لذا باید احتیاط بکند و یک سال بگذرد، ولی یک سال که تمام شد احتیاط هم مطرح نیست، این روایت با این بیان قرینه فهم روایت قبلی هم می شود که تعبیر به «اعتدت» کرده بود، و در واقع آن روایت نمی خواهد بگوید با اینکه مقطوع

ص: 7789

است که دیگر این حامله نیست، عده نگه دارد، بلکه می فرماید با اینکه از نُه ماه گذشته است، ولی چون بر خلاف معمول احتمال هست که بعد از نُه ماه هم حامله پیدا کند، باید سه ماه عده نگه دارد. پس از مجموع اول و آخر استفاده می شود که نُه ماه، حد متعارف از حامله ها است ولی غیر متعارف احياناً تا یک سال هم کشیده می شود، به نظر ما این دو روایت با یک سال بهتر تطبیق می کند. و البته ممکن است اشخاصی که گفته اند برای عده هم روایت وجود دارد، منظورشان همین روایت باشد، چون می فرماید عده اش نُه ماه است و یک ماه هم برای اینکه شرط طلاق موجود باشد، ده ماه می شود، لذا شاید این روایت جزء روایاتی باشد که بعضی برای ده ماه گفته اند.

7. عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن عيسى عن يونس عن محمد بن حكيم عن أبي عبد الله أو أبي الحسن عليهما السلام، «قال: قلت له رجل طلق امرأته فلما مضت ثلاثة أشهر ادعت حبلاً قال: ينتظر بها تسعة أشهر، قال: قلت فانها ادعت بعد ذلك حبلاً قال هيهات هيهات انما يرتفع الطمث من ضربين اما حبل بين و اما فساد من الطمث و لكن تحتاط بثلاثة أشهر بعده»⁽¹⁾. در این روایت هم چون کلمه احتیاط که ذکر شده، به نظر ما استفاده می شود که تا یک سال احتمال حمل هست.

البته به لحاظ سندی نوعاً محمد بن حکیم را ثقه نمی دانند، ولی چون صفوان، ابن ابی عمیر و بزنی که «لا یروون الا عن ثقه» از او روایت می کنند، و همچنین به دلیل روایت یونس بن عبد الرحمن از او، و این که اجلاء همه از او روایت دارند، محمد بن حکیم هم ثقه است. لذا ما این روایت را صحیح می دانیم. هر چند به احتمال قوی این روایت همان روایت قبلی باشد و بر حسب اختلافی که در نقل به معنا پیش می آید چنین نقل شده باشد، البته در این نقل با تردید ذکر شده و معلوم نیست که از امام صادق علیه السلام است یا امام کاظم علیه السلام، و در آن نقل، عن العبد الصالح که

ص: 7790

همان ابی الحسن علیه السلام است به تصریح ذکر شده است.

8. الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن الحسن بن علی عن أبان عن ابن حکیم عن ابی ابراهیم أو أبیه علیه السلام «انها قال فی المطلقه یطلقها زوجها فتقول أنا حبلی فتمکث سنه قال ان جاءت به لأكثر من سنه لن تصدق و لو ساعه واحده فی دعواها» (1). از اینکه می گوید بیشتر از یک سال تصدیق نمی شود، چنین بر می آید که گویا اگر بیشتر از سال نبود زن تصدیق می شود. در واقع این نکته که «هن مصدقات علی ارحامهم» به مقدار یک سال قبول می شود. پس این روایت سنه را معیار قرار داده است.

بحث سندی: در سند این روایت مراد از حسین بن محمد، حسین بن محمد عامر اشعری است که از اجلاء است، حسن بن علی که در سند قرار گرفته است، هم می تواند حسن بن علی و شاء باشد و هم می تواند حسن بن علی بن فضال باشد، اگر و شاء باشد، او امامی است و اگر حسن بن علی بن فضال باشد محل بحث است که فطحی است و یا امامی، اما هر چه باشد ثقه است، البته احتمال و شاء بیشتر است، هر چند هر دو از ابان بن عثمان، اکثار روایت دارند، ولی معلی با و شاء مناسب تر است. منظور از ابان هم ابان بن عثمان است، ابان بن عثمان از سه نفر با نام ابن حکیم نقل می کند که هر سه ثقات هستند و مشکلی از این ناحیه نیست، یکی حدید بن حکیم، دیگری حکم بن حکیم صیرفی، یکی هم محمد بن حکیم است، هر سه اینها ثقه هستند، بر وثاقت دو نفر اول تصریح شده، و از محمد بن حکیم هم کسانی که لا یروون و لا یرسلون عن ثقه مثل صفوان و ابن ابی عمیر و بزنی روایت می کنند، اجلاء دیگر هم از قبیل یونس بن عبد الرحمن و حماد بن عثمان از او اخذ حدیث کرده اند، بنا بر این در وثاقت او هم حرفی نیست.

پس غیر از معلی بن محمد اشکالی وجود ندارد، اشکال هم از این ناحیه است که معلی بن محمد به تعبیر مرحوم نجاشی مضطرب الحدیث و المذهب است. ولی

ص: 7791

مرحوم آقای خوئی می فرماید این اضطراب مذهب با وثاقت منافاتی ندارد. چون مراد از مذهب معنای رایج امروزی نیست بلکه مذهبی که بوده، در واقع نوعی سلیقه های مخصوصی بوده، مثلاً فرد راجع به غلو یک نظر خاصی داشته و بعد برگشته است، این معنایش این نیست که شیعه نبوده است، حال ممکن است گاهی یونس بن عبد الرحمن مذهبی داشته است، منظور از اضطراب حدیث هم گاهی این است که حدیث خوب ضبط نشده، ولی در عین حال، چون حسین بن محمد بن عامر که از اجلاء است، به معلی بن محمد اعتماد کرده و کتابش را روایت کرده است، و ابن غضائری که خیلی سختگیر است، می گوید یعرف و ینکر، بعضی روایاتش خوب است و بعضی خوب نیست، به عنوان استشهاد خوب است، رمی صریحی نمی کند، به نظر می رسد که این تعبیرات روایات او را از اعتبار نمی اندازد و به روایت های او که در کافی زیاد هم هست، می توان اعتماد کرد.

9. «و فی المرفوع المروی عن نوادر المعجزات للراوندی عن سیده النساء فاطمه علیهما السلام انها ولدت الحسین علیه السلام عند تمام سنه من حملها به»⁽¹⁾.

این احتمال وجود دارد که در این روایت، سته با سنه تصحیف شده باشد، چون روایات متعدد راجع به حمل حضرت سید الشهداء علیه السلام شش ماه گفته است، و نیز روایت فقط می خواهد بگوید شش ماه (یا یک سال به بنا بر عدم تصحیف) که تمام شد وضع حمل شد، و اشاره ای به اقل و اکثر حمل ندارد. به علاوه که روایت مرفوع است و سند ذکر نشده، و نیز احتمال تصحیف هم وجود دارد و لو به قرینه

ص: 7792

1- (1) - توضیح استاد مدظله: این روایت در وسائل و جامع احادیث الشیعه نیست ولی در جواهر و قبلش هم ریاض دارد که می گوید در نوادر المعجزات قطب راوندی است، نوادر المعجزات قطعه ای از خرائج قطب راوندی است، من خرائج نداشتم که نگاه کنم، من در زنجان دیده بودم، بین چاپی و نسخه خطی خرائج اختلاف هست، خیلی روایات در نسخه خطی بود و در این خرائج موجود نبود، اصل روایت را نداشتم، ریاض از نوادر المعجزات که یک بابی از ابواب همین خرائج قطب راوندی است، نقل کرده است

10. حریر عن ذکره عن احدهما علیه السلام: «الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تغیض الأرحام و ما تزدد، قال الغیض کل حمل دون تسعه أشهر و ما تزدد کل شیء یزداد علی تسعه أشهر فکلما رأَت المرأة الدم الخالص فی حملها فانها تزدد بعدد الأيام التي رأَت فی حملها من الدم»⁽¹⁾، دم خالص یعنی دم حیض که با دم دیگری مخلوط نشده باشد، منظور از روایت هم این است که زنی در طول حمل پنج روز یا شش روز و یا هفت روز خون دیده، آن هم بر نُه ماه اضافه می شود، که اینها را به عنوان ادله یک سال ذکر کرده اند با اینکه اینها با نُه ماه یا با عشره شاید مناسب تر باشد.

11. عن زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام «فی قوله ما تحمل کل انثی یعنی الذکر و الانثی و ما تغیض الارحام، قال الغیض ما کان أقل من الحمل، و ما تزدد ما زاد علی الحمل فهو مکان ما رأَت من الدم فی حملها»⁽²⁾.

12. عن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام «فی قول الله یعلم ما تحمل کل انثی، قال الذکر و الانثی و ما تغیض الارحام، قال ما کان دون التسعه فهو غیض، و ما تزدد قال ما رأَت الدم فی حال حملها ازداد به علی التسعه الا شهر، ان كانت رأَت الدم خمسہ أيام أو أقل أو أكثر زاد ذلك علی التسعه الا شهر»⁽³⁾، که اگر پنج روز یا شش روز و یا بیشتر از اینها در زمان حمل خون دید، آنها هم به ایام حمل اضافه می شود.

خلاصه این روایات مناسب برای سنه نیست بلکه برای نُه ماه مناسب است، البته با توجه به این نکته که نادر است که بیشتر از اینها خون ببیند، این با همان نُه ماه و نُه روز که حد اکثرش است، مناسب تر است. اگر این روایات تأیید نُه ماه نکنند، آن طرف را تأیید نمی کند.

13. روی سلمه بن الخطاب عن اسماعیل بن اسحاق عن اسماعیل بن ابان عن

ص: 7793

1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 17، ح 6. و تفسیر العیاشی، ج 2، ص 204

2- (2) - تفسیر العیاشی، همان

3- (3) - تفسیر العیاشی، همان، ص 205

غیاث عن جعفر بن محمد عن أبیه عن جدّه عن علی علیهم السلام قال «أدنی ما تحمل المرأه لسته أشهر و أكثر ما تحمل لسنه»⁽¹⁾. در این روایت اختلاف نسخه است، بعضی «لسنه» دارد و بعضی «لستین» دارد، اینها گفته اند اگر نسخه لستین باشد قهراً روایت محمول به تقیه است و چون ما نمی دانیم نسخه لسنه یا لستین صحیح است، نمی توانیم به این روایت اخذ کنیم.

ولی به نظر می رسد که لسنه درست باشد، چون مرحوم صدوق چنان که در مقدمه فرموده است در من لا یحضر روایاتی را که فتوا می دهد، نقل می کند، کتاب فتوائی ایشان است، و اگر گاهی روایاتی بر خلاف فتوای خودش نقل کرده می گوید این روایت را ما قبول نداریم بلکه آن روایت دیگر را قبول داریم، مکرر اینگونه موارد مختلف وجود دارد، مثل عروه که کتاب فتوایی است و اگر روایت بر خلاف فتوای خودش هم نقل کند آن را رد می کند، ایشان هم همین طور است⁽²⁾. در این صفحه دو روایت نقل کرده است، یک روایت از عبد الرحمن بن حجاج⁽³⁾ که نه ماه صبر می کند، اگر به حسب معمول وضع حمل می شود که هیچ، و اگر نشد سه ماه دیگر هم بر آن اضافه می کند. و به دنبالش این روایت غیاث را می آورد، و اگر این روایت یک روایت موافق عامه باشد که مرحوم صدوق خودش قبول ندارد، این طوری نمی گذرد که نقل کند و از آن رد بشود، و به علاوه، که چنین تقیه ای هم بی معناست که امام صادق علیه السلام یک چیزهایی را به امیر المؤمنین علیه السلام بر خلاف واقع

ص: 7794

1- (1) - وسائل الشیعه، احکام الاولاد، باب 17، ح 15. و من لا یحضره الفقیه، ج 3، ص 511، ح 4973
2- (2) - توضیح استاد مدظله: مثلاً در همین صفحه از من لا یحضر راجع به زنی حامله ای که شوهرش فوت می کند، روایتی از ابو الصباح کنانی هست می گوید خرج حامله از سهم الارث آن بچه داده بشود، و روایتی از سکونی هست که از اصل مال برداشته بشود. روایت این طوری است: «عن الصباح عن ابی عبد الله علیه السلام فی المرأه الحبلی المتوفی عنها زوجها لینفق علیها من مال ولدها الذی فی بطنها». این روایتی است که ابو الصباح کنانی نقل می کند، این عبارت فقیه است که در همین صفحه ای است که روایت غیاث نقل شده، «و فی روایه السکونی قال قال علی بن ابی طالب علیه السلام نفقه الحامل المتوفی عنها زوجها من جمیع المال حتی تضع». این دو روایت را نقل می کند و بعد می فرماید «و الذی نقتی به روایه الکنانی»، روایت های مخالف را نقل می کند ولی می گوید که کدام یک از این روایت ها مورد فتوای ما است

3- (3) - منظور روایت شماره پنج است که مورد بحث قرار گرفت

نسبت بدهد و بگوید امیر المؤمنین علیه السلام چنین فرمودند، حالا اگر خود حضرت بفرمایند که شما ده ماهه اخذ کنید، یک ساله اخذ کنید، دو ساله اخذ کنید، می توان آن را حمل بر تقیه کرد، اما نسبت کذب و آن هم به امیر المؤمنین علیه السلام بسیار مستبعد است و این فتوای خودش است، که با روایت عبد الرحمن بن حجاج که قبل از این روایت که نقل می کند مطابق است.

بحث سندی: غیاث که در سند قرار گرفته غیاث بن ابراهیم تمیمی است که مرحوم نجاشی شرح حالش را ذکر کرده و توثیق کرده است، راوی کتاب او اسماعیل بن ابان وراق است، اسماعیل بن ابان وراق در کتب ما معنون نیست، ولی در کتب عامه معنون است و با اعتراف به تشیع او، همه توثیق کرده اند و بعضی گفته اند که عیش تشیّعش است و الا در وثاقتش حرفی نیست، و لو تشیع ممکن است در اصطلاح اینها شیعه اصطلاحی نباشد و به معنای این باشد که امیر المؤمنین علیه السلام را بر آن چند نفر دیگر و اقلا بر عثمان مقدم بدانند، مراد آن باشد، ولی همین را این سابقین روی آن افکار انحرافی که داشتند، عیب می دانستند، ولی در عین حال که اینگونه است، در صدقش نتوانسته اند خدشه ای وارد کنند، یحیی بن معین که از علماء جرح و تعدیل مهم آنها است، احمد بن حنبل، ابن عدی، جوزجانی و افراد متعددی همه او را محکم توثیق کرده اند و این از توثیقات خود ما محکم تر است، اینها با اعتراف به اینکه به عقیده خود آنها نقطه ضعف دارد، مع ذلک نقطه ضعف وثاقتی ندارد، حتی جوزجانی که جزء منحرفین و نصب از امیر المؤمنین علیه السلام است، او هم می گوید عیش تشیّعش است و الا اشکال دیگری ندارد. از دارقطنی هم به حسب بعضی از نقل ها توثیقش نقل شده، و به حسب بعضی از نقل ها گفته قوی نیست، شاید مراد از قوی نیست ضعیف به اصطلاح ما نباشد، بلکه ممکن است منظور آن باشد که بعضی از روایاتش مطابق اصولی که مختار آنها هست، نباشد. خلاصه کسی است که عامه با اعتراف به اینکه مسلکش

مرضی اینها نیست، گفته اند در وثاقتش هیچ حرفی نیست، و حتی متمایلین به نصب هم به وثاقت او اعتراف کرده اند، پس در اعتبارش به نظر ما اشکالی نیست.

سلمه بن خطاب هم کسی است که مشایخ مهم ما از او اخذ حدیث کرده اند و کتابش را نقل کرده اند و معتمد آنها بوده است، حالا یک تعبیری مرحوم نجاشی دارد که آن هم صریح در ضعف های آن طوری نیست، با ملاحظه اعتماد مشایخ که یکی دو نفر هم نیستند، سلمه بن خطاب هم به نظر می رسد که معتمد باشد.

کتاب سلمه بن خطاب را هم معاریف مشایخ قمی ها روایت کرده اند و از او زیاد اخذ حدیث کرده اند، یکی دو نفر نیست، مرحوم آقای خوئی راوی های او را نقل کرده است، همه ثقات هستند و یک نفر ضعیف در اینها نیست، البته مرحوم نجاشی کلمه ضعیف فی الحدیث گفته است ولی خیلی احتمال قوی است که این تضعیف به تبع از مرحوم ابن غضائری باشد. مبنای مرحوم ابن غضائری متن شناسی بوده و متن شناسی هم اجتهاد محض است. ولی افرادی که متصل به زمان سلمه بن خطاب بوده اند و بلا واسطه اخذ حدیث کرده اند، این طور نبوده که هم او را اهل جعل بدانند و مع ذلک همه از او اخذ حدیث کنند، سعد بن عبد الله، صفار، محمد بن علی بن محبوب، احمد بن ادريس، علی بن ابراهیم و محمد بن یحیی العطار، اکثر اینها کتاب هایش را روایت کرده اند و بعضی هم اخذ حدیث کرده اند، لذا راجع به سلمه اشکالی نمی کنیم.

اما اسماعیل بن اسحاق، نام او در بعضی از نسخ من لا یحضر نیست، چاپ آقای غفاری، این را در پراگتزر گذاشته که بعضی از نسخ ندارد. اگر داشته باشد که بودنش بعید هم نیست، روایت به نظر ما عیبی ندارد، چون جای دیگر مشابهش هست که روایت های دیگر هم در ثواب الاعمال هست و بعضی جاهای دیگر هم هست که همین طریق است که اسماعیل بن اسحاق هم در طریقتش هست، بعید نیست که باشد، البته اسماعیل بن اسحاق در کتب ما و در کتب عامه عنوان نشده

است، ولی مرحوم صدوق که خودش رجالی و محدث و اهل فن است و اصالة العدالة ای هم نیست، این را در اینجا مورد فتوا قرار داده و نقل کرده است، استفاده می شود که معتمد مرحوم صدوق است و مورد قبول او است و این برای اعتبار روایت کفایت می کند. خلاصه، به نظر می رسد که چون جرحی راجع به اسماعیل بن اسحاق نشده، باید این روایت معتمد باشد. منتها ممکن است اشکالی مطرح شود مبنی بر این که مرحوم صدوق در این مسئله غیر از این روایت، روایت عبد الرحمن بن حجاج را هم نقل کرده که صحیح است و امکان دارد که به اعتماد همان روایت فتوا داده، و این روایت معیار فتوا نبوده باشد، که در جواب می توان گفت همان طور که در بحث از روایت عبد الرحمن بن حجاج گفته شد، دلالت آن خیلی روشن نیست، و احتمال دارد که جزء روایات سنه باشد، بر خلاف نظر بعضی که از روایت های غیر سنه گرفته اند، به دلیل همین اجمال نمی توان گفت مرحوم صدوق به اعتماد آن فتوا داده و روایت غیث را به عنوان تأیید است آورده، بلکه باید بگوییم که به خاطر همین روایت سنه ایشان فتوا داده است و به خاطر روایت عبد الرحمن بن حجاج نیست. شاهد ما هم این است که روایت دیگری وجود دارد که با همین بحث تناسب دارد و مؤید مدعای ما در اجمال روایت عبد الرحمن است: عن سوره بن کلیب قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقه على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنه (1) و هی ممن تحيض فمضی ثلاثه أشهر فلم تحض الا حیضه واحده ثم ارتفعت حیضتها حتی مضت ثلاثه أشهر أخرى ولم تدر ما رفع حیضتها، فقال: ان كانت شابه مستقیمه الطمث فلم تطمث فی ثلاثه أشهر الا حیضه ثم ارتفع طمثها فلا تدری ما رفعها فإنها تبرص تسعه أشهر من یوم طلقها ثم تعتد بعد ذلك ثلاثه أشهر ثم تزوج إن شاءت (2).

ص: 7797

-
- 1- (1) - توضیح استاد مدظله: در روایات ما و نیز کلمات فقهاء طلاقى که با شرایط کامل طبق مذهب امامیه باشد، طلاق السنه گفته می شود و به طلاق بدون شرایط که سنی ها انجام می دهند، طلاق البدعه گفته می شود
- 2- (2) - وسائل الشیعه، کتاب الطلاق، ابواب العدد، باب 13، ح 2. و جامع احادیث الشیعه، ابواب العدد، باب 3، ح 8

در این روایت زنی که ممن تحیض است با شرایط صحیح طلاق داده شده (طلاق السنه) و بعد از طلاق بین آن حیض متقدم و حیضی که بعد از طلاق قرار گرفته، فاصله سه ماه شده، یعنی در عرض سه ماه یک مرتبه حیض دیده است، در حالی که متعارفاً سه حیض و چند حیض دیده می شود، و خودش هم نمی داند که چه علتی دارد که حیض نمی بیند، و یائسه هم نیست، حضرت در جواب فرموده اند: این زن نه ماه از اول طلاق صبر می کند و بعد هم سه ماه دیگر عده نگه می دارد. پس، از اول طلاق دوازده ماه می گذرد، و چون طلاق در طهر غیر مواقعه بوده است، اگر بلا فاصله هم بعد از دخول طلاق داده باشد یعنی حیض شده باشد و بعد هم پاک شده باشد و بعد بلا فاصله طلاق داده باشد، باز هم چند روزی فاصله می شود. که با محاسبه نه ماه و سه ماه و این چند روز مجموعاً دوازده ماه و چند روز باید عده نگه دارد. به علاوه که متعارف اشخاصی که می خواهند طلاق بدهند، مدت ها و بلکه چند سال با هم متارکه می کنند، روایات هم هیچ تفصیلی بین صورت متارکه و عدم متارکه نداده است، و فرموده که بعد از دوازده ماه که از طلاق گذشت، می تواند با دیگری ازدواج بکند. از این استفاده می شود که این روایت به خاطر شبهه حمل چنین حکمی نکرده است، چنان که در بحث عده نگه داشتن کسی هم که سالها متارکه کرده و مباشرت نکرده و یا غایب بوده است، ولی نسبت به آن شوهر مدخوله بوده، بعد از طلاق باید عده نگه دارد، عده برای شبهه حمل نیست، و یکی از تشریفات طلاق مدخوله است، هر چند شبهه حمل نداشته و یا اصلاً امکان هم نداشته باشد.

با این توضیح روشن می شود که در این روایت و نیز روایت عبد الرحمن بن حجاج نمی توان این اشکال را مطرح کرد که ممکن است انتظار نه ماه برای کشف حمل باشد و سه ماه بعدی برای تشریفات خود طلاق باشد. با در نظر گرفتن این

روایت سوره ابن کلیب با آن روایت عبد الرحمن بن حجاج، انسان می فهمد که نمی توان برای مسئله شبهه حمل به روایت عبد الرحمن استدلال کرد. اما در روایاتی که ما استدلال می کردیم، این نکته وجود داشت که بعد از نه ماه می گوید ریه حمل هست، لذا ما می گفتیم حتی بعد از نه ماه با این تعبیر معلوم می شود که حمل محتمل است اما در این دو روایت کلمه ریه نیست، و ممکن است حمل را در اوائل ادعا کرده باشد، نه ماه برای تشریفاتش باشد، شاید دوباره حیض دیگری ببیند، ممکن است شبهه حمل باشد و ممکن است قطع به عدم حمل بشود، هر دو ممکن است، ممکن است بگویند اصلاً ریه حمل نیست و تمام شده است.

چرا که برای عده مستقیم و غیر مستقیم تا نه ماه طول می کشد، انسان ها مختلف هستند، بعضی که اصلاً غیر مستقیم نیست و عده اش همان سه ماهه تمام می شود، بعضی دیگر که مستقیم الحیض است احتمال دارد این عارضه موقت باشد و دوباره حیض ببیند، اینها تا نه ماه کشش دارد.

علی ای تقدیر، بعید است که مرحوم صدوق برای خاطر سینه به روایت عبد الرحمن بن حجاج استدلال کرده باشد، ما می گوئیم آن که صریح در روایت سینه است، روایتی است که اختلاف نسخه داشت و به نظر ما به آن استناد کرده و آن روایت هم معتبر است.

جمع بین روایات؛

بین روایاتی که از آن استفاده می شود که حداکثر تا یک سال ادامه پیدا می کند و شبهه حمل هست، با روایاتی که ظاهرش، نه ماه است، می توان چنین جمع کرد که روایات تسعه، بر متعارف حمل می شود، و به حسب متعارف حمل از نه ماه بیشتر نیست ولی احتمال اینکه بیشتر بشود، هست، لذا اگر ثابت نشد زن حق ندارد تا نه ماه ازدواج کند، باید صبر کند شاید تا یک سال ادامه پیدا کرد، البته برای این جمع آن روایت ضعیف السند و مضطرب المتن که اگر یک ساعت هم بیش از نه ماه باشد مادر را می کشد، باید کنار گذاشته شود، ولی بقیه حمل می شود. این جمع

اظهر از جمعی است که از کلام سید مرتضی استفاده می شود.

از کلام مرحوم سید مرتضی استفاده می شود که بعد از نه ماه، از بعضی جهات به حسب ظاهری حکم می شود که این دیگر بچه آن مرد نیست، لذا مرد می تواند نفی کند، اگر بگوید این بچه من نیست، خلاف شرع نیست، ولی اگر زن به حاکم شکایت کرد و گفت بچه این مرد است، چون در مقام ثبوت، محتمل است که بیش از نه ماه ادامه پیدا کند، مسئله لعان پیش می آید، پس حکم ظاهری، اماره بر نفی است، منتها اگر یک طرف ادعای الحاق کرد، چون واقعا محتمل است بیشتر از یک سال باشد، باید لعان تشکیل بشود.

علی ای تقدیر، به نظر ما از مجموع روایات، همان طور که خارجا واقع هم شده و از بعضی از اطباء نقل شده که می گویند حداکثر تا یک سال به طور نادر می رسد، البته به بیش از یک سال نمی رسد (1)، چنین استفاده می شود که حداکثر همان تا یک سال اقوی است، و البته این قول و یک قول متروک و خلاف اجماع یا شهرت قوی نیست، و چنان که گذشت؛ اعلام مرحوم شیخ مفید، انتصار مرحوم سید مرتضی، کافی مرحوم ابو الصلاح، غنیه مرحوم ابن زهره، متشابهات القرآن مرحوم ابن شهر آشوب، اینها همه بر سنه دعوی اجماع کرده اند، و سرائر هم که به حسب ظاهر نه ماه گفته است، ولی از نظر واقعی گفته که احتمال طول کشیدن تا یک سال هم هست، جامع مرحوم یحیی بن سعید، مختلف مرحوم علامه، مسالک، نهایه المرام مرحوم محقق، روضه المتقین مرحوم مجلسی اول، کفایه مرحوم سبزواری، مفاتیح مرحوم فیض و ما هم استظهار کردیم که مرحوم صدوق هم جزء قائلین به

ص: 7800

1- (1) - توضیح استاد مدظله: آقای حاج میرزا عبد الله مجتهدی سرابی که از علماء بزرگ تبریز بود، ایشان می گفت من از مرحوم دکتر علی اکبر مجتهدی پرسیدم که اکثر حمل چقدر طول می کشد؟ گفت: نه ماه، ده ماه، گفتم: بیشتر هم می شود؟ گفت: حداکثر تا یک سال به طور نادر به طول می انجامد، گفتم: بیشتر از آن هم می شود؟ گفت: بیشتر نمی شود. ایشان می گفت که در کنز المدفون سیوطی این طوری دارد، من ندارم ولی ایشان این طوری نقل می کرد که در کنز المدفون سیوطی هست که تمام این معاریف بیش از یک سال در شکم مادر بوده اند، مثلاً شافعی چهار سال بوده، خود سیوطی نوشته است

این معنا هست. خلاصه، یک قول شاذ و متروک نیست، در جواهر کیفیت بیان به گونه ای است که افرادی که وقت نمی گذارند و به مصادر مراجعه نمی کنند، به همان اکتفاء می کنند و خیال می کنند که یک فتوای نادری است.

بحث درباره مدت حمل پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله

شهید ثانی یک مطلب تازه ای دارد که کس دیگری بیان نکرده است ایشان به این مطلب که مورد اتفاق امامیه است که از یک سال بیشتر نمی شود، اشکال کرده و فرموده که حمل پیغمبر صلی الله علیه و آله در دوازدهم ذی الحجه و ایام تشریق واقع شده، و ولادت ایشان هم در ماه ربیع الاول است، و مسلم است که مدت حمل پیغمبر صلی الله علیه و آله سه ماه نبوده است، پس باید بگوییم پانزده ماه و هیچ کسی هم این را جزء اختصاصات پیغمبر صلی الله علیه و آله ذکر نکرده است، چون مرحوم شیخ طوسی در مبسوط در یک فصلی تمام اختصاصات پیغمبر صلی الله علیه و آله را دارد و علمای دیگر هم دارند و ذکر کرده اند، و این ویژگی را به عنوان اختصاصی پیامبر صلی الله علیه و آله ذکر نکرده اند. و از همین جا پیدا است که پانزده ماه حمل را طبیعی گرفته اند. و این گویا یک نحو تأییدی است از کلام سنی ها که حمل بیشتر از یک سال هم می شود.

مرحوم شیخ بهائی این شبهه را بر اساس نسیء جواب داده (1) و فرموده اینکه در کافی دارد «حملت به فی ایام التشریق» (2)، گفته اند در جاهلیت بعضی از مشرکین

ص: 7801

1- (1) - توضیح استاد مدظله: چند مشکل را به وسیله همین نسیء حمل کرده اند، از سؤالاتی که آن موسی کرده و آقای شرف الدین جواب داده است، این است که در روایات ما هست که حضرت هر وقت حج بجا می آوردند، مستترأ در مأذمین بول انجام می داد و علتش هم این است که سنگ هوبل و بت هوبل را از آنجا تراشیده اند، این سؤال بود که این همه جمعیت حرکت می کند، چطور می شود که مستتر انجام داده بشود؟ آقای شرف الدین همین را جواب داده که بر اساس مسئله نسئی، دیگران حجتشان وقت دیگری بود که اسمش را ذی حجه گذاشته بودند، و حضرت در موقع ذی حجه واقعی حج بجا می آوردند، آن موقع ها آنجا کسی نبود و مشکلی هم ندارد. یا این مسئله که شافعی معتقد است که حج واجب فوری نیست، و استدلال می کند، که وجوب حج در سنه ششم هجرت نازل شده است، ولی سال نهم سال برائت است و در سال نهم و دهم حج انجام شد و این اگر واجب فوری بود باید همان سال اجرا بشود. این را هم جواب داده اند که چون شرایط مساعد نبوده است، هنوز آنها مسلط بوده اند و حج آنها روی قانون نسیء به ذی حجه واقعی تطبیق نمی کرد، پیغمبر صلی الله علیه و آله صبر کردند که به ذی حجه واقعی تطبیق کند و بعد حج را بجا بیاورند و این منافاتی با فوریت حج ندارد

2- (2) - الکافی، ج 1، باب مولد النبی صلی الله علیه و آله، ص 439. توضیح استاد مدظله: سه روز بعد از یوم النحر که یازدهم و دوازدهم و سیزدهم است، ایام التشریق است و علت اینکه تشریق می گفتند این بوده که گوسفندها را جلوی آفتاب می انداختند تا خشک شود

گفتند که این مصلحت نیست که همه ما در ذی حجه حج بجا بیاوریم، شیطان به آنها القاء کرده که شما چه اختصاصی داشته باشد تنها در ماه ذی حجه حج بجا بیاورید، ماه های دیگر هم بجا بیاورید، به حسب بعضی از نقل هایی که قدیم دیده ام، گفته اند که اگر این ذی حجه معیار باشد، ذی حجه گاهی به وقت شدت گرما می افتد و کمتر به مکه می آیند و این از نظر اقتصاد به صلاح اهل مکه نیست، بهتر این است کاری بکنیم که حج با ماه های شمسی تطبیق کند، به شکلی بجا بیاوریم که همیشه حدود فروردین و آن وقت ها باشد که هوا مناسب است، اشخاص هم زیادتر بیایند، اینها یک نقشه ای کشیدند که در نتیجه زمان حج، خود حج، ایام نحر، ایام تشریق که سه روز بعد النحر است، همه تبدیل پیدا می کند، گفته اند که فرض کنید الآن سال 1400 قمری است، ذی حجه حج بجا می آوریم، سال بعد هم که دوازده ماه بعد از این است، آن هم در ذی حجه در 1401 حج بجا می آوریم، طبعاً اگر بخواهند دست نزنند، در 1402 باید در ذی حجه حج بجا بیاورند، ولی اینها برای خاطر اینکه در ماه های دیگر هم حج بجا بیاورند، یک ماه تأخیر می انداخته اند یعنی در ذی حجه 1402 حج بجا نمی آورند، در محرم 1402 حج بجا می آورند، ولی اسم همان زمان حج را که محرم 1403 بود، ذی حجه می گذاشتند، به این شکل که، سال را که می خواستند تأخیر بیندازند آن محرم اول را اصلاً حساب نمی کردند، هیچ اسمی هم روی آن نمی گذاشتند، (نسیء به معنای تأخیر است) و در سابق نصف اول سال قمری جفت جفت و نصف دیگر تک تک بوده است، ربیع الاول و ربیع الثانی، جمادی الاولى و جمادی الثانی، محرم و صفر را هم صفر الاول و صفر الآخر تعبیر می کردند، اینها حالا سالی را که می خواستند نسیء قرار بدهند، محرم را ذکر نمی کردند، ماه صفر واقعی را

می گفتند صفر الاول، بعد آن ربیع الاول می شد صفر الثانی، بعد ماه ها هر کدام یک ماه عقب می رفت ولی تا آخر محرم 1403 را اسمش را ذیحجه می گذاشتند چون یک ماه عقب رفته بودند، آن ماه محرم اول را اسقاط کرده بودند، اسم هم نداشت.

بنا بر این این که اینها گفته اند حمل حضرت در ایام تشریق بوده، در ذیحجه واقعی نبوده، ذیحجه جعلی یا جمادی الثانیه بوده یا جمادی الاولی، که اسمش را ذی حجه گذاشته بودند و چون یوم نحرش دهم آن ماه بوده است، ایام تشریق هم یازدهم و دوازدهم همان ماه بوده، لذا تعبیر صحیح می شود، حمل حضرت هم اگر جمادی الثانیه باشد، درست با دوازدهم ربیع الاول نه ماه کامل می شود، اگر هفدهم ربیع الاول ولادت بگیریم، نه ماه و پنج روز می شود، و اگر حمل در جمادی الاولی واقع شده باشد، مدت حمل پیغمبر ده ماهه می شود و این هم اشکالی ندارد که این طور بشود.

این مطلب، در فروغ ابدیت(1) هم عنوان شده، ولی نویسنده در محاسبه اشتباه کرده اند و به مرحوم مجلسی اشکال کرده اند که مرحوم مجلسی در حساب اشتباه کرده است، در حالی که در فروغ ابدیت اشتباه شده و گفته اند نسیء به این معنا نیست، چون مرحوم آقای طباطبائی هم دارد که نسیء به این معنا نیست و معنای دیگری است. در فروغ ابدیت گفته شده که ما تصور می کنیم که عرب ها دو مرتبه، یکی در ماه رجب و یکی هم در ماه ذی حجه حج بجا می آوردند، و حمل پیغمبر صلی الله علیه و آله در آن ماه رجب منعقد شده است(2). در حالی که صحیح آن است که عرب ها دو موسم زیارتی داشتند، یکی موسم عمره و یکی هم موسم حج، موسم

ص: 7803

-
- 1- (1) - رک: سبحانی، جعفر؛ فروغ ابدیت، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، 1372، ج 2، ص 153-155
- 2- (2) - توضیح استا مدظله: من از ایشان پرسیدم شما از کجا تصور می کنید؟ تصور مدرک تصور می خواهد؟ ایشان گفت که من از مرحوم آقای طباطبائی شنیدم، من از مرحوم آقای طباطبائی پرسیدم که از شما چنین چیزی نقل شده است، ایشان فرمود که من یک جایی دیده ام و یادم رفته است. من کتب تاریخ و حدیث را مفصل هر چه در وسعم بود نگاه کرده بودم، مرحوم آقای طباطبائی از حفظ گفته بود و خطای حافظه بود

عمره رجب بوده و موسم حج هم ذی حجه بوده، این دو موسم زیارتی مدتی فاصله بشود انسان غفلت می کند، گویا مرحوم آقای طباطبایی که نویسند بر اساس فرمایش ایشان مطلب را نوشته خیال کرده که موسم حج بوده است، در حالی که موسم زیارتی عمره بوده است.

ما بر اساس آنچه از مجاهد و از ابو علی در کتب مختلف نقل شده است، به نظر می کند که از ابو علی تبیان هم نقل می کند و مجمع البیان هم دارد، مراد از ابو علی، ابو علی جبائی باید باشد، نقل می کنند که سال نهم هجرت که سال برائت بود، آن وقت هنوز ذیقعه بود و حج در ذیقعه بوده است، سال بعدش که پیغمبر صلی الله علیه و آله حجه الوداع بجا آوردند، ذیحجه بود و بعد پیغمبر صلی الله علیه و آله فرمودند که دیگر کسی حق ندارد تغییر حج بدهد «ان الزمان استدار»، چنین تعبیری هست که تثبیت شد و دیگر از ذیحجه به این طرف کسی حق ندارد (1). بعد اختلاف شده، بعضی می گویند در سال نهم هجرت ذیقعه بوده و در سال بعد ذیحجه بوده و حضرت تثبیت کردند، این مجاهد و ابو علی این طوری نقل می کنند.

ولی از کلبی که او هم نسابه معروف و مهم است، در کتاب اخبار مکه تألیف ازرقی که زمان حضرت هادی علیه السلام نوشته شده نقل می کند که هم سال نهم و هم سال دهم هر دو در ذیحجه واقعی انجام شده که اگر پیغمبر صلی الله علیه و آله تثبیت نمی کردند به محرم می رفت. آنچه کلبی نقل می کند با روایتی که ما داریم کاملاً تطبیق می کند، در روایات ما آن طور که اقبال از کتاب النبوه مرحوم صدوق نقل می کند، حمل پیغمبر صلی الله علیه و آله در دوازدهم جمادی الثانیه واقع شده است، منتها تعبیر این است که

ص: 7804

1- (1) - توضیح استاد مدظله: چیز جالبی است که برای اینها اسم ذی حجه گذاشتند، من به یک چیز دیگری منتقل شدم که محمد رضا که با فوزیه ازدواج کرد، این ازدواج به حسب قانون کشوری صحیح نبود، باید ایرانی الاصل باشد تا این ازدواج صحیح باشد، رضا خان این مشکل را حل کرد و گفت من ایرانی الاصل بودن او را به او اعطا کردم و این ایرانی الاصل شد، بعد که طلاق داده شد، مرحوم آقای والد می فرمود که دیدم روزنامه نوشته بود که ایرانی الاصل بودن او را دیگر حذف کرده اند

این طوری که مرحوم مجلسی نقل کرده، «اثنا عشر ليله بقیت من جمادی الثانیه (1)»، خود ایشان می گوید که باید مضت باشد که دوازدهم باشد، ولی شیخ علی در حاشیه شرح لمعه از اصول الاخیار پدر مرحوم شیخ بهائی نقل می کند، پدر مرحوم شیخ بهائی هم از اقبال نقل می کند که جای این بقیت، ذهبت دارد، همان مضت که ایشان می خواست بگویند، ایشان می گویند در دوازدهم جمادی الثانیه حمل پیغمبر صلی الله علیه و آله واقع شده است.

حالا ما این را حساب می کنیم ترتیب محاسبه این است که عرب ها روی قانون نسیء در بیست و پنج ماه، دو حج بجا می آوردند، مثلا ملاحظه کنید الآن بر فرض 1400 است ذی حجه است و حج بجا می آورند، سال دیگر هم که 1401 باشد که دوازده ماه می گذرد حج بجا می آوردند، حج دیگر سیزده ماه می شد که محرم 1403 بود و اسمش را هم ذی حجه می گذاشتند، پس این دو حجی که بجا آوردند، در بیست و پنج ماه دو حج بجا می آوردند، یکی در 1401 و یکی هم در محرم 1403، در بیست و پنج ماه دو حج بجا می آوردند، در بیست و پنج سال که دوازده برابر هر سال است، بیست و چهار حج بجا می آوردند، سال بیست و پنج بود ولی بیست و چهار حج بجا می آوردند، در اثر تأخیر ماه این طوری بود، حالا- ما این را حساب می کنیم. می گوئیم حمل حضرت مطابق روایت کتاب النبوه مرحوم صدوق در جمادی الثانی واقع شده، سال بعد هم در جمادی الثانی بجا آوردند، این یک سال که در جمادی الثانی عرب ها بجا آوردند، هم سال حمل حضرت جمادی الثانی بوده و هم سال بعد در جمادی الثانی، سال های بعد جلورفته اند،

ص: 7805

این جمادی الثانی، ماه بعدی در جمادی الثانی بجا آوردند، دو ماه بعد در رجب بجا آوردند، شعبان، رمضان، شوال، ذیقعده، ذیحجه، این الآن سیزده ماه شد، هم دوازدهمین سالش و هم سیزدهمین سالش، هر دو به ذی حجه برخورد کرد، منتها اولش چون حمل در موقع جمادی الثانی واقع شده، قهراً موقع دوازدهم ذی حجه حساب کنیم، سیزده سال و نیم می شود، آن که می خواهیم این است که موقعی که حجه الوداع شده از حمل حضرت شصت و سه سال و نیم گذشته بوده که با سه ماهی که بعد متولد می شود، از حمل حضرت شصت و سه سال و نه ماه گذشته است، چون حضرت شصت و سه سال عمر کرده و نه ماه هم مدت حملش، شصت و سه سال و نه ماه می شود، حجه الوداع که سه ماه قبل از ولادت است، شصت و سه سال و نیم می شود، ما الآن می خواهیم این را با شصت و سه سال و نیم تطبیق بدهیم، بعد از سیزده سال و نیم، الآن دوازده سال شد و سیزده سال، هر دو به ذی حجه افتاد، پنجاه سال دیگر هم برود روی اینکه شصت و سه سال و نیم می شود، چون هر بیست و پنج سال به بیست و پنج سال می شود، شصت و سه سال و نیم حج پیغمبر در سال حجه الوداع می شود و سال قبلی حجه الوداع هر دو ذی حجه بوده که حضرت تثبیت کردند و نگذاشتند تغییر کند، این روی حسابی که کلبی نقل کرده است.

پس به حسب این محاسبه حمل حضرت در دوازدهم جمادی الثانی بوده، و در سال حجه الوداع، که پیغمبر صلی الله علیه و آله ذی حجه را تثبیت کردند، حمل حضرت نه ماهه بوده، یعنی اگر عمر حضرت تا حجه الوداع محاسبه شود حمل حضرت شش ماه است سه ماه دیگر هم اگر باشد، که با رحلت حضرت در ماه صفر این سه ماه محقق است، حضرت در نه ماهه به دنیا آمده، یا نه ماه و پنج روز و یا یک قدری بیشتر، و این خیلی طبیعی است.

ولی روی حسابی که مجاهد و ابوعلی می گویند، که می گویند در حجه الوداع اولین حج قرار گرفته است، و قبلش در ذی قعده بوده است، اگر آن باشد، با جمادی الاولی تطبیق می کند، که قهراً حضرت ده ماهه می شود، ولی روایت، نه ماهه گفته است و متعارف تر هم هست و اشکالی هم ندارد.

فخر رازی در تفسیرش می گوید که عربها گفتند صلاح ما نیست که حج همیشه در ماه ذی حجه باشد، هوا گاهی گرم می شود و گاهی سرد می شود و در گرما خیلی ها حاضر نمی شوند بیایند و منافع ما در این نیست، لذا بنا را بر این گذاشتند که بعضی سال ها را سیزده ماهه کنند که در نتیجه با سال شمسی تطبیق بدهند، مثلاً همه اش در اوایل فروردین بشود، در نتیجه ممکن است سه سال اول مثلاً ذی حجه به فروردین افتاده باشد، یکی ممکن است در آن قسمت آخر فروردین باشد، یکی دیگر قسمت های وسط فروردین باشد، یکی قسمت اول فروردین باشد، چون متعارفاً بین سال شمسی و قمری یازده روز تفاوت می کند، قهراً بعضی سنوات را سیزده ماهه می کنند که دوباره با فروردین تطبیق بکنند، و قهراً نتیجه این سیزده ماهه بودن، تأخیر ایام حج و به هم خوردن اشهر حُرُم است، و آیه شریفه که تعبیر می کند «انّ عده الشهور عند الله اثني عشر شهراً»⁽¹⁾ در واقع نفی این کار اعراب است که گاهی انحرافی سیزده ماهه ایجاد می کردند، این بیان هم محتمل است، چون لازم نیست که همه اش در چهار سال سه سالش ثابت باشد و بعد سال چهارم سیزده ماهه بشود، ممکن است گاهی دو سالش دوازده ماهه و یک سالش سیزده ماهه است، چرا که با وجود تفاوت یازده روزه در سه سال، سی و سه روز تفاوت می کند، و قهراً در بعضی سنوات باید یک مقداری زودتر سال را سیزده ماهه کنند.

خلاصه، به گفته فخر رازی اعراب این کار را می کردند و حج را در ایام فروردین انجام می دادند، و ایشان این قول را قول صحیح می دانند. بعضی دیگر خواسته اند بگویند که برای اینکه پشت سر هم نباشد، اینها فقط در محرم تصرف می کردند، ذیقعد و ذیحجه و محرم که پشت سر هم است، محرم را به تأخیر می انداختند، همه ماه ها را تبدیل نمی کردند، فقط همان محرم بوده که گاهی در خود محرم، اسمش را محرم می گذاشتند و احترام قائل بودند و جنگ را ترک می کردند و گاهی

ص: 7807

محرم را برای بعد می انداختند و جنگ می کردند، آن را خود ایشان به بعض نسبت داده است، ولی می گوید درست نیست، و صحیحش این است که همه ماه ها در تغییر و تبدیل بوده است.

به نظر ما وجه اقرب برای عبارت «حملت به أمه فی أيام التشریق» در کلام مرحوم کلینی چیز دیگری است، کافی این قسمت را از کتب عامه أخذ کرده است، و بر خلاف اتفاق امامیه، هم ولادت حضرت را دوازدهم نوشته و هم وفات را دوازدهم نوشته است (1). و عباراتی که کلینی نقل کرده، همه در کتب سنی ها هست که در کتب ما اصلاً خبری از اینها نیست، هم ولادت، هم وفات و هم جای ولادت پیغمبر که حضرت در کجا متولد شدند، همه اینها از کتب عامه اخذ شده است و عین این تعبیرات در کتب آنها هست. این مطالب را زیر بن بکار که نسابه قریش است، نقل کرده که حمل حضرت در ثانی ایام تشریق عند الجمره الوسطی واقع

ص: 7808

1- (1) - توضیح استاد مدظله: مرحوم حاج شیخ عباس راجع به ولادت، مسعودی را هم ضمیمه کرده، ایشان خیال کرده مسعودی جزء امامیه است، به تبع مرحوم نجاشی که ایشان هم مسعودی را جزء امامیه خیال کرده، ولی مرحوم نجاشی اشتباه کرده و راجع به مسعودی صاحب مروج الذهب اطلاعی نداشته است. توضیح آن که دو علی بن حسین مسعودی وجود دارد که معاصر هم هستند، هر دو هم در یک زمان کتاب نوشته اند، یکی صاحب مروج الذهب است که در 332 نوشته شده و بعد البته اضافه کرده است، و یکی هم صاحب اثبات الوصیه علی بن حسین مسعودی در 332 نوشته است، با بررسی آثار مسعودی صاحب مروج الذهب و تطبیق آنها روشن می شود که همه نقلیاتش راجع به انبیاء و امثال اینها مطابق با مذاق عامه است، ولی نقلیات مسعودی صاحب اثبات الوصیه مطابق با امامیه است، مسعودی صاحب مروج الذهب در طبقات جزء شافعیه ترجمه شده است وی در التنبیه و الاشراف در صفحه 100 یا 99، (التنبیه و الاشراف یا آخرین کتاب است و یا اینکه اواخر نوشته شده است، چون از زمان فوتش مرحوم نجاشی اطلاع نداشته، می گوید تا 333 زنده بوده است، ایشان در 345 التنبیه و الاشراف را نوشته است و در همان سال یا در 346 فوت کرده، اختلاف است.) درباره قطعیه یعنی اشخاصی که قطعاً بموت موسی بن جعفر علیه السلام در مقابل واقعه که می گویند حضرت زنده است و فوت نکرده است، می گوید قطعیه افراد مختلفی هستند یکی امامیه اثنا عشریه ای که اکثرش هم همین ها هستند، می گوید «القطعیه بالامامه الاثنی عشریه منهم الذین کان اصلحهم فی حسب العدد ما رواه ابان بن ابی عیاش عن سلیم بن قیس الهلالی ان النبی صلی الله علیه و آله قال لعلی یا علی! انت و اثنی عشر من ولدک ائمه الحق و لم یرو هذا الحدیث غیر ابان بن ابی عیاش عن سلیم بن قیس»، روشن است که صاحب اثبات الوصیه که شیعه است، نمی گوید مدرکی برای دوازده امام نیست غیر از همین روایت که آن هم این ابان بن ابی عیاش از سلیم بن قیس نقل کرده است، فرد امامی مذهب این طور تعبیر نمی کند، و پیداست که نویسنده این مطلب شیعه امامی نیست، منتها خیلی از سنی ها نسبت به افضلیت امیر المؤمنین علیه السلام گرایش هایی در بعضی جاها مثل ما دارند، جهات دیگری هست که خیلی از سنی دارند

شد، ولادتش هم منزل محمد بن یوسف در فلان جا واقع شد، همه اینها را در آنجا دارد، مرحوم کلینی از کتب سنی ها برداشته، منتها خود زبیر بن بکار یک مطلبی دارد که ایشان آن ذیلش را نگاه نکرده است، او که می گوید در ایام تشریق واقع شده است، ولادت حضرت را ماه رمضان می داند، هم ایام التشریق گفته و ولادت حضرت را بر خلاف مشهور در ماه رمضان می داند، ولی مرحوم کلینی دیده که شهرت بین عامه و خاصه ولادت در ماه ربیع الاول است، مشهور عامه را از نظر ولادت از او اخذ کرده، ولی از نظر حمل چون در کتب عامه جایی پیدا نکرده و دیده که زبیر بن بکار در ایام التشریق نوشته، او هم که نسابه قریش است، از آنجا اخذ کرده است و دیگر غفلت کرده که او ولادت حضرت را در ماه رمضان نوشته نه در ماه ربیع الاول که مشهور قائل هستند. این اشتباه مرحوم کلینی است(1).

ناگفته نماند که در حل این مشکل باید توجه داشت که دوازدهم ربیع الاول که سنی ها می گویند، ربیع الاول تبدلی نبوده، ربیع الاول واقعی است که کتب ما می نویسند، کتب ما که می گویند ماه ربیع الاول یا بعضش هم شاید ربیع الثانی است، زمان خودشان را می خواهند بگویند، ربیع الاول تبدلی که نمی گویند، ولی ایام التشریق اصطلاحی است که تابع حج بوده، آن وقت هم چون حج بوده، قطعاً تشریقش هم بوده است، معنای تشریق جلوی آفتاب انداختن است و واقعا هم همان موقع ایام التشریق بوده است، هر چند ذی حجه اش واقعی نبوده باشد، ولی تشریق واقعیت محفوظش با همین است که قربانی ها را جلوی آفتاب بیندازند، و لذا چون ایام حج متبدل بوده، ایام تشریقش هم متبدل بوده است، ولی ربیع

ص: 7809

1- (1) - توضیح استاد مدظله: در کتب سابقین این اشتباه گاهی وجود دارد، گاهی می گویند مثلاً یکی از این معصومین فلان وقت متولد شد، کی وفات کرد، کی به امامت رسید، مدت امامت را می خواهند تطبیق می کنند، می بینند جور در نمی آید، یکی از یک جا اخذ شده و یکی از جای دیگر، همین الغدیر که مرحوم آقای امینی نوشته، اصل غدیر جزء قطعیات است و در آن هیچ حرفی نیست، بحث در کیفیت آن است، گاهی یکی از یک جا اخذ کرده و یکی از جای دیگر و اگر بخواهیم با هم ضمیمه کنیم با هم تناسب ندارد، چون از کتب مختلفی اخذ شده است

الاول و ربیع الثانی واقع محفوظ داشته است، و به حسب روایات ما تولد حضرت در ماه ربیع الاول واقع شده است.

به نظر ما قول صحیح برای حل مشکل آن است که «حملت به امه ایام التشریق» روایت نیست، هر چند در شرح لمعه به عنوان روایت نقل کرده ولی روایت نیست، کلام خود مرحوم کلینی است و ایشان در این مسئله اشتباه کرده است. و بر این قول امامیه که حمل بیش از یک سال نیست، و همه چیز هم شاهد بر صحت آن و بطلان حرف سنی ها است، هیچ گونه مناقشه ای وارد نیست. چه ما نسیء را به شکلی که گفته اند، بپذیریم که خیلی ها گفته اند، و چه قول مرحوم آقای طباطبائی را بپذیریم که می فرماید که در آیه شریفه «يُحِلُّونَهُ عَاماً وَ يُحَرِّمُونَهُ عَاماً» (1) ممکن است مراد از تحریم و تحلیل راجع به جنگ باشد. که البته ایشان این نکته را که اصل نسیء به خاطر حج بوده و نتیجه آن در ایام اشهر حرم هم ظاهر می شده است، یک ماه مطابق آن قانونشان حرام می دانستند و یک ماه حلال، بر خلاف لفظ آیه می داند، ولی به نظر ما بر خلاف لفظ آیه هم نیست و منافاتی ندارد.

دلیل قول ده ماه: این قول را مرحوم محقق، حسن دانسته است، احتمالاً منشأ این قول این باشد که خارجاً تا ده ماه دیده شده است، و بیش از ده خیلی نادر است و نادرها حکم معدوم دارند، ممکن است الآن هم یک وسائلی پیدا بشود که چند سال هم نگه دارند ولی نوادر را به حساب نمی آورند و غیر غالب به حساب می آید، و این علما با ضمیمه کردن واقعیت خارجی به روایاتی که تغییض و تزدداد را به کمتر از نه ماه کمتر و بیشتر از آن تفسیر کرده اند، مجموعاً خواسته اند بگویند تا ده ماه می تواند ادامه داشته باشد، البته این وجهی است که باعث شده برخی مدعی شوند که این قول هم روایت دارد است، مثل مرحوم ابن حمزه که گفته روایت دارد. البته تعبیر متأخرین مثل ایضاح و بعد از او که گفته اند «المستفاد من

ص: 7810

الروایات»، مقداری روشن تر است، و با این ضمیمه کردن خارج به روایات مقداری مناسب تر است، ولی بالاخره با ملاحظه جمع بین روایات و سند و جهات دیگر، قول به یک سال مقدم بر دو قول دیگر است.

امکان لعان در کمتر و بیشتر از زمان حمل

بحثی مرحوم شیخ مفید دارد و در مختلف از مرحوم شیخ طوسی هم نقل شده و بعضی هم به هر دو نسبت داده اند، البته مختلف عبارات را نقل کرده (1)، گویا می خواهد بفرماید مرحوم شیخ مفید و مرحوم شیخ طوسی هم عقیده هستند که اگر اقل از شش ماه شد شخص اختیار دارد که نفی بکند و بگوید این بچه من نیست و می تواند اقرار بکند و بگوید بچه من است، مشکلی ندارد، البته غیر از مرحوم شیخ مفید و اگر بپذیریم مرحوم شیخ طوسی، کسی دیگری به این مطلب قائل نیست، بعضی صریحاً گفته اند که این مطلب درست نیست، البته برای این مدعا کشف اللثام وجهی ذکر کرده است و در جواهر هست که البته به نظر ما وجه معتناهی نیست.

شیخ مفید در مقنعه: «و ان ولدته حياً تماماً لأقل من ستة أشهر من يوم لامسها فليس بولد له في حكم العادة و هو بالخيار ان شاء أقرب به و ان شاء نفاه عنه غير أنه لو نفاه فخاصمته المرأة، و ادعت انه منه و اختلفا في زمان الحمل كان عليه ملاحظتها (2)» و روشن است که اگر مورد تصدیق باشد که شش ماهه است، جای لعان نیست، بلکه در کمتر از شش ماه است که جای لعان است.

و ظاهر این تعبیر این است که صورتی که علم دارد که کمتر از شش ماه است و منظور آن است که متعارف نیست و معتاد نیست که کمتر از شش ماه باشد ولی احتمال است که ندرتاً باشد، ایشان می گوید می شود. ایشان همچنین درباره اکثر از تسعه اشهر هم می گوید: «و لو أن رجلاً تزوج بامرأه و دخل بها ثم اعترلها بعد الدخول و

ص: 7811

1- (1) - مختلف الشیعه، ج 7، ص 316-317

2- (2) - المقنعه، ص 538

جاءت بولد لأكثر من تسعة أشهر من يوم دخل بها لم يكن الولد منه و كان له نفيه الا أن تخصمها المرأة فيه و تخالفها في وقت... (1)» این دو عبارت وجود دارد، منتها راجع به اقل أقر دارد و راجع به اکثر كان له نفيه دارد، این عبارت مقنعه است.

شیخ در نهایت: «فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر حيا سليما جاز له نفيه و كذلك ان جاءت بالولد لأكثر من تسعة أشهر كان له نفيه الا انه متى نفاه و رافعته المرأة الى الحاكم كان عليه ملاحظتها (2)». به نظر می رسد منظور شیخ از این عبارت «كان له نفيه»، این نیست که حق اقرار هم دارد که بگوید بچه من است، بلکه فقط ملزم نیست که بگوید بچه من نیست، بخواهد نفی بکند اشکال شرعی ندارد، اما ممکن است که نخواستنه نفی بکند و معنای نفی نکردن این نیست که ملتزم بشود که بچه من است، ایشان در چند سطر بعد عبارتی دارد که مراد را روشن می کند، و منظور این است که این بچه از نظر شرعی بچه این نیست، بخواهد می تواند بگوید نیست، اما این دلالت ندارد که بگوید بچه من است، و منافات ندارد با قول دیگران که می خواهند بگویند این منفی است، لذا ممکن است بگوید که شرعا منفی هم هست و حق هم ندارد به خودش نسبت بدهد، «و اذا كان للرجل امرأه لم يدخل بها أو يكون قد دخل بها غير انه يكون قد غاب عنها غيبه تزيد على زمان الحمل و جب عليه نفيه عن نفسه (3)»، اینجا نمی خواهد بگوید که اگر سکوت بکند خلاف شرع کرده، بلکه منظور آن است که این شرعا بچه او نیست. به نظر ما با ملاحظه این جهات مرحوم شیخ طوسی نمی خواهد بگوید که مرد می تواند اقرار کند که بچه اوست، بلکه از نظر شرعی باید بچه خودش نداند ولی خیلی ملزم نیست که تظاهر بکند به این مطلب که بچه من نیست. خلاصه، از این عبارت صریحا چیزی در نمی آید، اما مرحوم شیخ مفید صریحا می گوید که می تواند اقرار بکند.

ص: 7812

1- (1) - همان، ص 539

2- (2) - النهایه، ص 505

3- (3) - النهایه، ص 506

حالا بحث این است که مستند این مطلب چیست؟ در کشف اللثام(1) می گوید شاید مستند این روایتی باشد که به آن روایت هم سنداً و هم دلالاً اشکال کرده اند، «عن حسن بن محبوب عن أبي جميله عن أبان بن تغلب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فلم تلبس بعد ما اهديت اليه الا أربعة أشهر حتى ولدت جارية فأنكر ولدها وزعمت هي انها حبلت منه، فقال لا يقبل ذلك منها، و ان ترافعا الى السلطان تلاعنا و فرق بينهما و لم تحل له أبداً(2)»، وقتی لعان مطرح می شود استفاده می شود که به حسب حکم واقعی چنین احتمالی در کار هست، و الولد للفراش اقتضا می کند که با وجود احتمال، به فراش ملحق بشود. و از آن طرف هم روایت شش ماه کمتر است که فرزند را نفی می کند، و گویا منظور کشف اللثام این است که برای جمع اینها بگوییم که اختیار هست که ملحق بشود یا ملحق نشود، گفته اند که شاید منشأ استدلال این روایت باشد.

بحث سندی: در سند این روایت جز ابی جمیل اشکالی نیست، کتابی که منسوب به ابن غضائری است، ابی جمیله مفضل بن صالح را خیلی شدید تضعیف کرده و می گوید کذاب یضع الحدیث، مرحوم نجاشی و مرحوم شیخ طوسی در شرح حال خود ابی جمیله چیزی ندارند، با اینکه اینها معمولاً ملتزم هستند که اگر نقطه ضعفی هست، ذکر کنند، منتها در شرح حال جابر بن یزید جحفی می گوید «روی عنه جماعه غمز فیهم و ضعفوا منهم عمرو بن شمر و مفضل بن صالح»، مرحوم آقای خوئی از این عبارت استظهار کرده که ضعف این افراد متسالم به بین الاصحاب است، با اینکه هیچ نحو ظهوری ندارد و هیچ مدلول نیست، همین که مرحوم ابن غضائری تضعیف کرده باشد، کافی است که بگویند تضعیفش کرده اند، چنان که وقتی مرحوم نجاشی ضعیف بگوید، می گویند ارباب رجال تضعیفش کرده اند. ولی امثال این تضعیف ها که به احتمال قوی راجع به

ص: 7813

1- (1) - کشف اللثام، ج 7، ص 534

2- (2) - وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 17، ح 10

مرحوم ابن غضائری است، و به خصوص این مورد که روایاتی را از جابر بن یزید جحفی نقل کرده چندان مورد اعتنا نیست، زیرا روایت های مربوط به جابر و روات از جابر، روایاتی است که مسائل غلو در آن مطرح است و در این مسائل اختلاف انظار شدید است و خیلی نمی شود این تضعیفات را اعتنا کرد، و لذا اگر در مقابلش دلیل قابل ملاحظه ای باشد اینها صلاحیت معارضه ندارند. رساله منتسب به مرحوم ابن غضائری چندان مسلم نیست که از او باشد است، مرحوم آقا شیخ بزرگ صریحا منکر است، مرحوم آقای خوئی هم به تبع ایشان این انکار را قبول کرده است، البته ما نمی توانیم به طور قطعی چیزی بگوییم ولی یک نمونه برای جعل او آنجا نقل کرده است. ابن غضائری با سند نقل می کند که خود ابی جمیله می گوید رساله معاویه به محمد بن ابی بکر را من جعل کردم و این را دلیل بر ضعف او قرار داده است. این مطلب دو اشکال دارد؛ یکی در سند آن است زیرا در طریق سندی که در آنجا نقل می کند علی بن محمد بن زبیر قرار دارد که در کتب ما توثیق نشده است، هر چند در خیلی مواقع مرحوم شیخ طوسی کتاب های علی بن حسن بن فضال را به وسیله علی بن محمد بن زبیر روایت می کند، ولی این روایت کردن قرینه ای برای اعتماد به او نیست، چون شیخ این کار را برای قرب سند انجام داده است. توضیح آنکه: یکی از روش هایی که سابقاً رایج بوده است، این است که بعضی از کتب مسلم الانتساب را برای قرب الاسناد از اشخاصی که واسطه کمتری دارند نقل می کرده اند، و برای اعتماد به طریق نبوده، بلکه اعتبار روایت از جای دیگری ثابت بوده است. علی بن محمد بن زبیر هم پیرمرد بوده و روایت به وسیله او جنبه قرب الاسنادی دارد. برخی حتی برای قرب الاسناد از طریق جن هم روایت نقل کرده اند(1). اصطلاحاً علو سند تعبیر می کنند، عالی السند دلیل بر

ص: 7814

1- (1) - توضیح استاد مدظله: من مکرر عرض کرده ام، مرحوم آقای شرف الدین که از ایشان اجازه روایتی گرفتیم، یک ثبت الاثبات چاپ شده که آنجا چاپی است منتها یک مقدارش را سفید گذاشته بودند که ایشان به خط خودش و با امضاء خودش اسم آن طرف مستجیز را بگذارد، آنجا از شیخ از هر که کتب عامه را می خواهد روایت کند که می گوید ما صحیح بخاری را به طریق معمرین با ده واسطه نقل می کنیم که باید همه صد و بیست ساله باشند که با ده واسطه بخواد کتاب بخاری را نقل کند، و ما حدثنی به شمخروش از طریق الجن مثلا از بخاری، از طریق جن هم که واسطه همان یکی بیشتر نیست، در بحار هم آن حدیث ((من خرج عن زیه فدمه هدر)) را از طریق جن نقل کرده است

اعتبار سند نیست، و به معنای این نیست که سند خیلی خوب است، اصطلاح است در بین محدثین یعنی قلیل الواسطه است، حالا می خواهد معتبر باشد می خواهد نباشد. در این مورد هم تصریح شده که علی بن محمد بن زبیر علو سند داشته است و به خاطر اعتماد به او نیست که در طریق آمده است.

اشکال دیگر این است که این گونه جعل کردن که برای طعن افرادی مثل معاویه است ضرری به سایر روایات فرد نمی زند هر چند ما این روش را نمی پسندیم و توجیهی ندارد که برای طعن بر دشمن به جعل متوسل شویم و تازه اگر کسی استثنائاً در یک موردی روی عناوین ثانویه بگوید، که این طور عناوین ثانویه ها به نظر ما سلیقه خوبی نیست، اگر در یک جا یک مطلبی را استثنائاً جعل کرده باشد حالا بعد فهمیده باشد که این راه غلطی است و در هیچ جای دیگر این کار را نکرده باشد، اگر دلیل معتبری بر آن باشد، به روایت های دیگرش صدمه نمی خورد. مثل این که افراد مهم بر مطالب دیگر او اعتماد کرده باشند، این سلیقه نامتعارف او به روایت های دیگرش صدمه نرسد.

در مورد ابی جمیله نیز می بینیم که کتابش را حسن بن علی بن فضال نقل کرده که خودش از اجلاء ثقات است و جزء اصحاب اجماع است و از او در اسانید روایات زیادی دارد که یکی دو روایت نیست، و نیز بزندی و ابن ابی عمیر و صفوان که مرحوم شیخ تصریح کرده که لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه، از او روایت دارند و بلکه بزندی اکثر روایت دارد، یونس بن عبد الرحمن از فقهاء معروف است و جزء اصحاب اجماع است و اکثر روایت کرده است، عبد الله بن مغیره از او روایت دارد، عثمان بن عیسی هم که از اصحاب اجماع است، روایت دارد، و همچنین است حسن بن محبوب، اینها همه از او روایت دارند، بنا بر این،

عبارت کذاب یضع الحدیث با این محکمی که در این رساله منسوب به مرحوم ابن غضائری هست، مورد قبول اجلاء مذکور نبوده که اگر این طور تشخیص بدهند از او اخذ حدیث نمی کنند. نظر ما این است که از نظر سند در روایت های مفضل بن صالح مناقشه نکنیم.

بحث دلالی: این روایت دلالتی بر مدعا ندارد که ثابت شود که کمتر از شش ماه هم ممکن است. و به نظر می رسد همین که موضوع لعان پیش آمده کشف می کند محتمل فرض شده که مورد لعان است. همین جواب را به این استدلال داده اند که اگر بعد از چهار ماه زن ادعا کرد بچه از آن شوهر است و گفتند سراغ لعان بروند، درست است و اشکال وارد است که چهار ماه نمی شود، ولی زن که می گوید که این بچه تو است، ممکن است ناشی از این باشد که زن مدعی این باشد که بیش از چهار ماه است، شش ماه شده است، ممکن است بگوید که درست است که چهار ماه است که خانه تو آمده ام، ولی این مسئله حالا یا با دخول بوده یا با ملاعبه بوده قبلاً پیشامد کرده، این حمل مربوط به قبل است، همه اینها محتمل است، چون محتمل است موضوع برای لعان پیش می آید. پس این که این مورد موضوع لعان شده دلیل نیست که در جایی که قطعاً ملاعبه و دخولی نشده و صرفاً چهار ماه بعد بوده، باز هم حق لعان وجود داشته باشد.

علی ای تقدیر، مسئله خیلی روشن است که اگر ثابت بشود تولد در کمتر از شش ماه است، حالا احتمال خیلی ضعیف هم داده بشود که قبل از شش ماه هم منکر باشد، اقرار نمی تواند بکند، و اگر بعد تالی فاسدی پیدا نکند، سکوتش ذاتاً اشکالی ندارد، ولی اقرار نمی تواند بکند.

یکی از شرائطی که برای الحاق ذکر شد، دخول بود و بعد بر این مطلب در شرایع تفریع می کند، «فلو لم یدخل بها لم یلحق به» در جواهر هم می فرماید اجماعاً

بقسمیه و نصوصاً⁽¹⁾، و توضیح داده شد که این تعبیر به نوعی مسامحه است، زیرا اگر فراش محقق باشد، یعنی زوج، یا مالکی بود که احتمال الحاق به او بود، و لو دخول نشده باشد می‌گوییم ملحق می‌شود، در اثر ملاعبه حمل برداشته، هم ملاعبه از امور غیر عادی نیست و هم با ملاعبه حمل برداشتن غیر عادی نیست، لذا اگر این مطلب محتمل باشد که در اثر ملاعبه بدون دخول حمل برداشته باشد، با قاعده الولد للفراش باید به او ملحق کنیم و این ادعای اجماع بقسمیه تسامحی است.

البته ظاهر ابتدایی از این تعبیر که «لو لم یدخل بها لم یلحق»، گویا این است که حکم دائر مدار واقع عدم الدخول است، ولی به قرینه صدر و ذیل و سایر قرائن، ظاهراً مرحوم صاحب جواهر چنین استظهار کرده که مراد از لم یدخل بها، این است که علم هم جزء موضوع است یعنی اگر علم داشته باشند که دخول نشده است ملحق نیست، پس عبارت «لم یدخل بها» یعنی «احرز آنه لم یدخل بها»، و در نتیجه می‌خواهد نتیجه‌گیری کند که اگر دخول محتمل باشد، الحاق هست، و نفس عدم دخول واقعی، مانع از الحاق نیست، مگر اینکه مراد از این الحاق و عدم الحاق، عدم الحاق واقعی باشد یعنی اگر واقعاً دخول نشده باشد، ملحق نیست.

ناگفته نماند که حکم ظاهری بحث دیگری است، و در حکم ظاهری علم جزء موضوع است و دخالت دارد، ولی نسبت به حکم واقعی، بنا بر فرمایش آقایان، نفس دخول و عدم دخول موضوع است. البته ما اصل مطلب را قبول نداریم و دخول را لازم نمی‌دانیم و انزال به ملاعبه هم باعث الحاق می‌شود.

ص: 7817

در این مطلب دو مدعای قابل بحث وجود دارد؛ یکی مراد مرحوم محقق از این عبارت است. برداشت ما بر خلاف استظهار صاحب جواهر است که معتقد است مرحوم محقق قطع را هم داخل موضوع می داند. به نظر ما از عبارت چنین چیزی بدست نمی آید، چنان که در رسائل و جاهای دیگر هم هست اشیاء در موضوعات واقعی وضع شده، علم در موضوعات دخالت ندارد. البته برای تنجز و احکام ظاهریه بحث دیگری است. و نیز ممکن است از عبارات دیگر محقق که بعد می آید استفاده کنیم که مختار ایشان در این موارد چنین هست یا نیست، ولی از این عبارت چیزی بدست نمی آید.

بحث دیگر فتوای مرحوم صاحب جواهر است که می فرماید، دخول اگر مشکوک شد و بچه ای هم به دنیا آمد، اگر سائر شرائط مثل اقل حمل و اکثر حمل درست بود و فقط دخول مشکوک بود، ایشان می فرماید ملحق می شود، به دلیل قانون الولد للفراش. این قاعده، قانونی است شرعا که عامه و خاصه قبول کرده اند، روایات فریقین است که اگر مشکوک شد که ولد، بچه زوج است یا بچه اجنبی است، البته به نحو شبهه نه زنا، در این موقع شرعا ملحق به زوج است که صاحب فراش است، اینجا هم الآن حملی پیدا کرد و بچه ای به دنیا آمده نمی دانیم که بچه شوهرش است یا بچه غیر شوهر، زیرا نمی دانیم که شوهر دخول کرده یا دخول نکرده، یعنی اصل دخول مشکوک است، و گاهی ممکن است شوهر هم شک کند که دخول شده یا نشده، در همه این صور، بچه به دنیا آمده را باید بچه خودش حساب بکند، به دلیل قانون الولد للفراش، فراش به معنای شوهر باشد یا زن، ولد ملحق به زوج است. البته اگر مسئله شک نباشد و شوهر به قطع انکار کند بحث لعان پیش می آید ولی این جا شوهر نفی نمی کند و شک دارد.

مرحوم محقق همچنین می فرماید که اگر دخول قطعی باشد ولی بچه در کمتر از شش ماه آورده بشود، این هم به شوهر ملحق نمی شود، چون قطعی است. اینجا هم مرحوم صاحب جواهر می فرماید در فرضی که مشکوک باشد که آیا نه ماه گذشته است یا نه؟ مثل فرض دخول مشکوک، الولد للفراش می گوید ملحق به اوست، اگر زمان دخول هم مشکوک شد و در نتیجه شک شد که آیا واجد شرط

هست یا واجد شرط دوم نیست، الولد للفراش اثبات می کند که واجد شرط دوم هست، با الولد للفراش هم اثبات دخول می شود و هم مقدار زمان که شرط برای دخول است، وجود دارد.

«و کذا لو اتفقا علی انقضاء ما زاد عن تسعه أشهر أو عشره من زمان الوطی أو ثبت ذلك بغیبه متحققه تزید عن أقصى الحمل و لا يجوز له الحاقه بنفسه و الحال هذه(1)»، یکی از مواردی هم که الحاق نیست، این است که طرفین قبول دارند که از وقت دخول بیشتر از مدت حمل گذشته است، اینجا هم به زوج ملحق نمی شود، و یا این که مربوط به اتفاق الطرفین نیست، بلکه یک سال است یا دو سال است که شوهر غیبت کرده است، در اینجا هم محقق می فرماید ملحق نیست و اگر بخواهد شوهر دعوای الحاق بکند و او را به خودش ملحق بکند، خلاف شرع است.

بررسی روایات الولد للفراش

پیغمبر صلی الله علیه و آله در خطبه حجه الوداع فرموده اند که الولد للفراش و للعاهر الحجر، و معصومین علیهم السلام در روایات به این فرمایش پیغمبر صلی الله علیه و آله استدلال کرده اند، فریقین با این فرمایش پیغمبر صلی الله علیه و آله روایت نقل کرده اند و در اسانید کثیری از روایات ما واقع شده است.

1. محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن علی بن الحکم عن ابان بن عثمان عن الحسن الصیقل (ما راویان این روایت را اشکال نمی کنیم) عن ابی عبد الله علیه السلام قال سمعته یقول و سئل عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل أن یستبرأ رحمها قال بنس ما صنع یستغفر الله و لا یعود، قلت و انه باعها من آخر و لم یستبرأ رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخر فوقع علیها و لم یستبرأ رحمها فستبان حملها عند الثالث، فقال ابی عبد الله علیه السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر(2)». قانون این است که اگر کسی جاریه مدخوله ای را

ص: 7819

1- (1) - جواهر الکلام، ج 31، ص 231

2- (2) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العبید و الاماء، باب 58، ح 2. جامع احادیث الشیعه، ابواب نکاح العبید، باب 43، ح 2. الکافی، ج 5، ص 491

خرید، صبر کند تا یک حیض ببیند و استبراء رحم کند تا شبهه حمل از آن اولی دفع بشود و فوری با او مباشرت نکند، اماره است برای اینکه از مالک قبل حامله نیست، حالا در این روایت این استبراء نشده و مشتری مباشرت کرده است، حضرت فرمودند بچه ای که به دنیا آمده فرزند فرد اخیر است که بالفعل مالک است، روایت فراش موجود بالفعل را اقتضا می کند، از این روایت نفی عاهر هم می شود، اگر شبهه زنایی هم باشد (امکان آلوده شدن در اماء زیاد است، در احرار نادر است)، می فرماید و للعاهر الحجر، بعضی گفته اند مراد از حجر سنگسار است، که ظاهراً تفسیر درستی نباشد چون هر زانی سنگسار نمی شود، عاهر مطلق زانی است، ولی سنگسار برای زانی محصن است، پس این تعبیر کنایه است، در بعضی موارد هم هست که للعاهر التراب، و در بعضی نقل ها الثلعب، که آن هم به نظرم تراب است، یعنی کنایه است که به او خاک و یک چیز بی ارزش بدهند، یعنی هیچ چیزی نصیب او نیست، و بچه ربطی به او ندارد. به هر حال استفاده می شود که بچه به فراش موجود داده می شود، و فراش های سابق چون زائل شده، فعلا محتمل است که بچه اخیر باشد و به اخیر داده می شود. البته در این روایت وجود عاهر فرض نشده چون این افراد جاهل بوده اند.

2. روایت سعید اعرج: ابو علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار و حمید بن زیاد عن ابن سماعه جميعا عن صفوان عن سعید الاعرج عن ابي عبد الله عليه السلام «قال سألته عن رجلين وقعا على جاریه فی طهر واحد لمن یكون الولد؟ قال للذی عنده لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(1)».

بحث سندی: این روایت دو طریق دارد؛ طریق اول؛ ابو علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار ثقه هستند و صحیحه است، ابو علی الاشعری، احمد بن ادريس است و از آن ناحیه صحیحه است. و حمید بن زیاد عن ابن سماعه، هر دو

ص: 7820

واقفی هستند ولی واقفی ثقه هستند، اگر آن طریق صحیح نبود، روایت موثق حساب می شد، ولی چون این روایت هم طریق موثق و هم طریق صحیح دارد، روایت صحیح حساب است، سعید اعرج هم سعید بن عبد الرحمن اعرج است که بعضی هم عبد الله گفته اند و او هم ثقه است.

در این تعبیر که «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، دو احتمال وجود دارد؛ یکی اینکه بگوییم از این تعلیل الولد للفراش وللعاهر الحجر، دو حکم استفاده می شود، هم الحاق ولد به فراش بالفعل و نفی از فراش های قبلی، و هم نفی ولد زنا بودن زیرا در کنیز خطر زنا زیاد است، و حضرت با این تعبیر این احتمال را منفی دانسته اند. پس احتمال اول این که روایت علت برای هر دو جهت باشد. و احتمال دوم هم این که حضرت نمی خواهند این را برای فراش بالفعل دلیل بیاورند و فقط برای نفی زنا ذکر کرده اند. ولی ظاهرش این است که برای الحاق به فراش بالفعل هم می خواهند تعلیل بیاورند، و این احتمال اقوا است.

در روایت می گوید «رجلین وقعا علی جاریه فی طهر واحد»، معنایش این است که اگر در دو طهر بود، اشکالی نداشت، ظاهرش عبارت از این است که استبراء نشده است، این موارد متعارفاً موارد جهل به حکم است، چون این مسائل را همه نمی دانند، فردی مالک شده، مباشرت می کند. در صورت علم مسئله فرق می کند، اگر زنا کرده باشد، به زانی ملحق نمی شود.

3. علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «قال أیما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً ثم اشتراها ثم ادعی ولدها فانه لا یورث منه شیء فان رسول الله صلی الله علیه و آله قال الولد للفراش وللعاهر الحجر و لا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیده» (1). این روایت صحیح است و بر اساس آن مالک می گوید این بچه ولیده من و کنیز من است و مدعی نیست که فرزند خودش است، به زانی ملحق

ص: 7821

نیست، بلکه چون مالک مدعی است که بچه نماء کنیز است و ارث مملوک اوست، به عنوان مالکیت از مملوک ارث می برد، و لو اولاد او نیست، اولاد خارجی البته به طور غیر شرعی بچه آن زانی است ولی نماء مالک است.

در این مسئله دو احتمال هست؛ یکی این است که شرائط طوری بوده که به مالک ملحق نبوده است، و احتمال اینکه از او باشد یقیناً وجود نداشته باشد، منتها ابن الولیده بودن یعنی ابن الخارجی ولیده بودن قطعی است. و فرقی هم نمی کند که کنیز هم زانیه باشد یا نباشد و فقط مرد زانی باشد، در روایت آن چه مسلم است، زانی بودن آن شخص دیگر است، و خصوصیات کنیز از این جهت ذکر نشده است. بنا بر این احتمال اول این است که مالک می گوید این بچه ابن ولیده من است، این شرعی یا عرفی فرقی نمی کند، و حضرت هم می فرماید این ارث را می برد و آن زانی نمی برد.

احتمال دیگر این است که مالک هم مباشرت کرده باشد، و احتمال الحاق به او هم باشد، خیلی قطعی نیست، منتها ابنی تعبیر نمی کند و ابن ولیدتی تعبیر می کند، شاید یک مقدار ارشاد داشته باشد که اضافه به خودش نمی خواهد بدهد، آن که مقطوع است، این است که ولیده اش این را زاییده است، اما اینکه مربوط به خودش باشد یا مربوط به زانی که قبلاً زنا کرده بوده، نمی داند.

4. علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن علی بن سالم عن یحیی عن ابي عبد الله عليه السلام فی رجل وقع علی ولیده حراما ثم اشتراها فادعی ابنها، قال فقال لا یورث منه ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال الولد للفراش و للعاهر الحجر و لا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیدته(1)». این روایت از نظر متن عین روایت قبلی است، منتها راوی یحیی است، به نظر ما، مراد از علی بن سالم، علی بن ابی حمزه است و مراد از یحیی نیز ابو بصیر است چون عین همین روایت را ابو بصیر نقل کرده است، منتها

ص: 7822

در این روایت خواسته اند با کنیه تعبیر نکنند و با اسماء تعبیر کنند. منتها با طریق خودش به یونس نقل کرده؛ یونس بن عبد الرحمن عن علی بن سالم عن یحیی عن ابي عبد الله عليه السلام عین روایت را نقل کرده است(1)، بالاخره این روایت را هم معتبر می دانیم. در جلد 8 تهذیب نیز از حلبی به همین مضمون است. خود صحیح حلی به طریق صحیح دیگری نیز نقل شده است؛ البزوفری (حسین بن علی بن سفیان بزوفری از اجلاء و مشایخ ثقات است) عن أحمد بن ادریس عن احمد بن محمد بن محمد عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله عليه السلام قال ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لا یورث منه، فان رسول الله صلی الله علیه و آله قال الولد للفراش وللعاهر الحجر و لا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیده(2)». در طریق صحیح دیگری که روایت حلبی نقل شده، دیگر نام ابراهیم بن هاشم نیست که بگویند حسنه است یا صحیح است، بلکه صحیح قطعی است، «حسین بن سعید عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما... (3)». که همان روایت کافی است، ولی این از حسین بن سعید نقل کرده است، کتاب حسین بن سعید هم از مشاهیر کتب بوده و به طرق بسیار زیادی به دست مرحوم شیخ رسیده است.

5. الحسن بن محمد بن سماعه قال حدثهم وهيب عن ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال ایما رجل وقع علی أمه قوم... فلا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ولد جاریته(4)». وهيب ثقة است. از زید شحام هم به همین مضمون نقل شده، که او هم ثقة است، «حسن بن محمد بن سماعه قال حدثهم جعفر و ابو شعيب»، جعفر عمویش است، جعفر بن سماعه که اینها واقفی ثقات هستند، «عن ابي جميله، عن

ص: 7823

1- (1) - تهذیب الاحکام، ج 9، ص 343، ح 1232

2- (2) - تهذیب الاحکام، ج 8، ص 207، ح 734

3- (3) - تهذیب الاحکام، ج 9، ص 346، ح 1242

4- (4) - تهذیب الاحکام، ج 9، ص 344، ح 1235. الاستبصار، ج 4، ص 183، ح 687

زید الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام أيما رجل وقع على جاريه... (1)». از علی بن ابی حمزه هم نقل شده، «حسین بن سعید عن القاسم بن محمد عن علی بن ابی حمزه عن ابی عبد الله (2)»، همین علیه السلام روایتی است که از ابی بصیر قبلاً نقل کردیم یا از حلبی هم مطابق او نقل شد، البته اینجا بعید نمی دانیم که سقطی شده باشد که علی بن ابی حمزه عن ابی عبد الله علیه السلام، در واقع عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام باشد، چون نوعاً علی بن ابی حمزه روایت را به وسیله ابی بصیر نقل می کند، این روایت هم که از ابی بصیر بود، در نقل دیگر علی بن سالم که به نظر ما همان علی بن ابی حمزه است، از یحیی که همان ابو بصیر است نقل کرده است. در یک نقل دیگر هم بی واسطه است، احتمال سقط واسطه در اینجا هست.

6. محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن حسین بن أبو الخطاب عن جعفر بن بصیر عن الحسن الصیقل قال سئل ابو عبد الله عليه السلام و ذکر مثله الا انه قال: قال ابو عبد الله:

الولد للذی علیه السلام عنده الجاریه و لیصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر (3)»، و منظور از مثله روایتی است که از کافی به عنوان اولین حدیث نقل کردیم. منظور از و لیصبر هم این است که وظیفه خریدار صبر کردن است، تحمل کند که یک حیض ببیند. مثل همان عبارت یستغفر الله و لا یعود، در نقل دیگر دنبال یستغفر الله و لا یعود، تعبیر و لیصبر است یعنی بعداً اگر چنین چیزی شد، باید صبر کند تا

ص: 7824

-
- 1- (1) - تهذیب الاحکام، همان، ح 1236. الاستبصار، ج 4، ص 183، ح 688
 - 2- (2) - تهذیب الاحکام، همان، ص 346، ح 1243. الاستبصار، ج 4، ص 185، ح 694
 - 3- (3) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیید و الاماء، باب 58، ح 3. تهذیب الاحکام، ج 8، ص 169، ح 588

7. محمد بن علی بن محبوب عن علی بن السندی عن صفوان عن اسحاق بن عمار عن سعید الاعرج عن أبی عبد الله علیه السلام قال قلت له الرجل یتزوج المرأه و لیست بمأمونه تدعی الحمل قال لیصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(1)». ما این سند را صحیح می دانیم. منظور آن است که صبر کند تا مطمئن شود که حملی ندارد و حمل از زنا اینجا مطرح نیست و اگر حملی بود به شخص قبلی ملحق می شود. چون احتمال است که مباشرت کرده باشد و زن هم که مدعی حمل است.

8. علی بن جعفر فی کتابه عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال سألته عن رجل وطئ جاریه فباعها قبل أن تحيض، فوطئها الذی اشتراها فی ذلک الطهر فولدت له، لمن الولد؟ قال للذی هی عنده، فلیصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(2)». این روایات همه معتبره هستند.

معنای روایات الولد للفراش: از الولد للفراش و للعاهر الحجر چه چیزی استفاده می شود؟ نفی همه آثار اولاد الا ما خرج بالدلیل، یا فقط نفی بعضی از آثار؟ بنا بر فرض اول باید گفت شرعاً هیچ کدام از آثار اولاد در مورد ولد زنا بار نمی شود مگر استثنائاً چیزی ثابت شده باشد، مثل این مطلب تقریباً شبیه به مسلم، که شخص نمی تواند با ولد زنا خودش ازدواج کند و جواز نظر به او دارد. پاسخ به این پرسش مبتنی بر بررسی روایات است.

الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال أیما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لا یورث منه شیء فان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر و لا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیده». یک جهت بحث این است که در این روایت، با طرق مختلفی که نقل شده و در روایت یحیی (أبی بصیر)، و در روایت علی بن أبی حمزه، این تعبیر وجود دارد که «الا رجل یدعی ابن ولیده»، گاهی شنیده شده که عرب ها ولد را به پسر می گویند، در کلام بزرگان هم چنین

ص: 7825

1- (1) - وسائل الشیعه، همان، باب 56، ح 1. تهذیب الاحکام، همان، ص 183، ح 640

2- (2) - وسائل الشیعه، همان، باب 58، ح 7

چیزی آمده است، چنان که در عروه در بحث قضاء، آنجا هم که می گوید حبه را ولد اکبر می برد، مراد پسر است، در اجازه تجهیز میت هم بعضی گفته اند که به معنای پسر است. در این روایت هم گویا به همین معنا اطلاق شده است، چرا که اول فرموده «ثم ادعی ولدها»، و بعد می فرمایند «الا رجل يدعی ابن ولیدته»، و از تعبیر ابن استفاده کرده است. در حالی که، به نظر می رسد آیه قرآن «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ 1»، اولاد را به معنای جامع بین ذکور و اناث اطلاق شده است، ما احتمال می دهیم که دو جور استعمال در لغت باشد، یکی معنای وصفی که جامع است و در آیه استعمال شده، یعنی آن که متولد شده از شخص است که هم پسر را شامل می شود و هم دختر را. و استعمال دیگر همان معنای پسر و ابن است. که در فارسی هم گاهی و بلکه بیشتر همین طور است، که نوعاً دختر را می گویند دختر فلان شخص است، اما فرزند، متعارفاً در پسرها اطلاق می شود، خلاصه، در این نقل ها ولد با ابن تطبیق شده است. البته در دو سه نقل دیگر، در نقل ابو بصیر و نقل زید شحام تعبیر «ابن» نیست و از همان تعبیر «ولد» استفاده شده است. علی ای تقدیر، اگر در جایی کلمه ولد ذکر شد، با استعمالات مختلفی که انسان می بیند، نمی توانیم تعمیم بدهیم و بگوییم اصل اولی این است که تعمیم داشته باشد الا ما خرج بالدلیل، أفلا ظهور در تعمیم ندارد.

جهت دیگر بحث این است که این روایت را به دو صورت می شود معنا کرد؛ یکی این که ولد الزنا بودن بچه مشکوک باشد و دیگری آن که ولد الزنا بودن بچه متولد شده مفروض باشد، هر چند در صدر روایت این مطلب فرض نشده است، و فقط فردی که وقاع کرده مدعی شده که این بچه فرزند من است، ولی در ذیل روایت تعبیر به ولد الزنا کرده است. در این صورت که در زنازاده بودن بچه شبهه ای نیست، امام می فرمایند که زانی هیچ کاره است، و به مالک اولی ارث داده می شود، و چنان که در عروه آمده و اینجا هم داشت و سابقاً هم بحث کردیم، این ارث بردن به حساب این است که آن آمه و ولیده مملوکش بوده، و این بچه هم نماء

ملکش بوده است، و در زمان ملکیتش، نمائی پیدا کرده که آن نماء نمی تواند برای شخص حرّی که زنا کرده است، باشد، چرا که زنا کرده نه وطی به شبهه، پس این بچه رقی است و نماء ملک مالک اولی است، و مالکش ارث می برد. بر اساس این معنا این سؤال پیش می آید که چرا زانی نباید ارث ببرد در حالی که ملکی را خریده که دارای نماء بوده است، و مقتضای قاعده این است که هم ملکش است و هم اگر در شکم مثلاً بچه ای بود، آن هم ملکش می شود، ولی اینجا می فرمایند که ملک او نمی شود و ارث هم نمی برد؟ در پاسخ دو احتمال مطرح می شود؛ یکی اینکه این مسئله ای است تعبدی که اگر شخصی زنا کرد و نمائی حاصل شد، حتی اگر اصل کنیز را هم بخرد، صلاحیت ملکیت نماء آن را ندارد، و اشکال عقلی هم ندارد که نه به عنوان ولدیت و نه به عنوان مملوکیت چیزی نصیب زانی نشود.

حکم شرعی این است که للعاهر الحجر. احتمال دیگر آن که بگوییم تعبیر «یدعی ابن ولیدته»، نشان می دهد که مالک گویا می خواهد بگوید که من کنیز را فروخته ام، و روشن است که اگر بچه ای هم در شکم بود، و طرف مقابل حرّ بود و امکان الحاق ولد به او بود، بچه به او می رسید، ولی اینجا این طور نیست و بچه او هم نمی تواند باشد، یعنی بچه رق است و مالک می گوید من این را فروخته ام، در نتیجه باید مالک اول به عنوان مالکیت ارث می برد.

با این توضیحات روشن می شود که در اینجا که فرّاش صاحب اولاد نیست، و بچه تکویناً بچه زانی است ولی شرعاً نفی ولدیت از او شده است، شارع نمی خواهد این بچه را اولاد فرّاش حساب کند هر چند به روایت الولد للفرّاش تمسک شده است. قطعاً کسی احتمال نمی دهد که اینجا احکام اولاد بار بشود و هیچ مسلمانی تا حالا نگفته ولد الزنایی که از زنا متولد شده، بچه فرّاش است، البته ممکن است مملوک شخص باشد، ولی وارثیت به عنوان بچه هیچ احتمالی در کار نیست و کسی هم احتمال نداده است.

پس اگر مراد این فرض باشد، علت این که حضرت به «الولد للفراش و للعاهر الحجر» تمسک کرده اند این است که می خواهند بفرمایند که برای الحاق ولد، باید فراش باشد، البته شبهه هم به یک معنا فراش است، ولی چون زانی فراش نیست، در اینجا اولاد را به زانی نداده اند، و در واقع حضرت برای نفی اولاد از زانی به الولد للفراش تمسک کرده اند. هر چند که عرفاً ولد او است، ولی شرع برای او ولد حساب نمی کند. ولی این نکته که مالک ارث می برد، به دلیل الولد للفراش و للعاهر الحجر نیست. زیرا اگر بخواهیم بر اساس ادله الولد للفراش بگوییم مالک ارث می برد، باید معنای جامعی بین دو چیز در نظر بگیریم که جامع عرفی ندارند.

ولدیت و مملوکیت، یعنی للفراش جامع بین ولد و مملوک را اراده کرده است. زیرا در اینجا به عنوان ولدیت قطعاً ارث نمی برد و باید به عنوان مملوکیت باشد و از طرف دیگر قاعده همیشه در صورت شک در فراش و غیر فراش، ولد را ملحق به فراش می کند، مثل روایاتی که چند نفر وقاع کرده اند و بعد حمل در سومی ظاهر شده است و حضرت بچه را ملحق کرده به آخری و گفته فراش فعلی این است و آنها از فراشیت خارج شده اند. ولی می دانیم که یک وجه جامع عرفی بین این دو معنا نیست، بنابراین، به نظر می رسد که اینجا با الولد للفراش نمی خواهند بفرمایند که چون مالک، فراش است بنابراین بچه ملحق به او است بلکه می خواهند نفی کنند و بگویند عاهر هیچ کاره است، چون شرط الحاق و ارث فراش است، و زانی که فراش نیست کنار می رود.

اما بر اساس این معنا که ولد الزنا بودن مفروض نباشد و احتمال الحاق به مالک هم وجود داشته باشد، در واقع تعبیر ولد الزنا در روایت به اعتبار ادعای مدعی ذکر شده است و از آن جا که عاهر ارث نمی برد، حضرت در مقابل زانی که می گوید این ولد من است، می فرماید: اگر ولد تو باشد ولد زنا است و ولد زنا ارث نمی برد، از کلام پیغمبر صلی الله علیه و آله استفاده می شود که ولد الزنا ارث نمی برد، و نیز چون ادعای زانی

قطعی نیست و محتمل است که بچه متولد شده از آن هر یک از طرفین باشد، بر اساس الولد للفراش، بچه به فراش ملحق است و لذا فراش، به عنوان پدر بودن وارث بچه می شود.

اما در این باره که نفی ولدیت علی نحو الاطلاق است الا ما خرج بالدلیل یا فقط نفی برخی آثار را در برمی گیرد؟ ظاهر عبارت نفی برخی آثار است توضیح آنکه؛ گاهی عبارت چنین است که شخص سؤال می کند و می گوید بچه ای از زنا به دنیا آمده، آیا ارث می برد؟ حضرت می فرمایند ارث نمی برد چون شرعاً ولد الزنا ولد نیست، که اگر این تعبیر باشد، ممکن است که عموم تنزیل بفهمیم که الا ما خرج بالدلیل، ولی در این روایت سؤالی نیست تا جوابی هم داده بشود، بلکه خود حضرت در مورد فردی زانی که ادعای ولد دارد می فرمایند: ارث نمی برد، کأنه از این استفاده می شود که اثر ظاهری مستفاد از ادعای ولد، مسئله وارثیت است، چون او می گوید این ولد من است، و حضرت می فرمایند که ارث نمی برد، روایت های دیگری هم هست که می گوید کسی وقاع کرده، حضرت در جواب می فرمایند که «الولد لغیه لا یورث (1)»، از این تعبیرات استفاده می شود همه مسائلی که راجع به الحاق ولد مطرح بوده که آیا ولد من است یا نیست، در واقع مقدمه برای ارث است، و محرم و نامحرم بودن و یا جهات دیگر در جواب ها مطرح نیست، بلکه اصلاً کسی که می گوید این بچه من است هدفش این است که فردا ارث او را ببرد. به نظر ما اگر کسی بررسی کند منصرف از این استعمالات این است که ناظر به مسئله ارث هستند و پیغمبر صلی الله علیه و آله هم که فراش را مطرح فرموده اند ناظر به مسائل ارث است، روایت های زیادی هم هست که می گوید اولاد زنا ارث نمی برد.

بنا بر این روایات ناظر به ارث است و سایر احکام را باید از جای دیگری تحقیق کرد که ملحق هست یا نیست. حتی به نظر ما نمی توان ادعا کرد به جز ارث همه

ص: 7829

احکامی که له زانی و به نفع اوست از او سلب شده باشد و چنین ادعایی نیازمند شاهد است. به علاوه که ولد الزنا عرفاً ولد است، و اگر کسی که احکام را نداند می گوید اولاد من است، اینها این طور جزء واضحات نبوده که همه مسائل را بدانند، الآن هم عوام مردم نمی دانند. به هر حال به نظر می رسد که از این قاعده استفاده می شود که اگر مشکوک بود که آیا بچه فراش یا بچه غیر فراش است، شرعاً ملحق به فراش است.

مسأله: در شرایع می فرماید: «و مع الدخول و انقضاء اقل الحمل لا يجوز له نفی الولد لمكان تهمة امه بالفجور بل و لا مع یقینه(1)»، اگر کسی با زنی زنا کرد و بچه ای هم متولد شد، مشکوک شد که آیا این بچه ولد زنا است یا ولد فراش است؟ مرحوم محقق می فرماید بچه ملحق به فراش است، زیرا ولد زنا بودن معلوم نیست، حتی اگر وطی زانی متأخر از وطی صاحب فراش هم باشد، به صاحب فراش ملحق می شود، به دلیل روایتی که متفق علیه فریقین است که الولد للفراش و للعاهر الحجر، و مصداق روشنش همین است که در مورد اشتباه بین عاهر و فراش، به فراش ملحق می شود. و بدیهی است وقتی در صورت قطعی بودن زنا، بچه ملحق به فراش است، به طریق اولی در جایی که خود زنا مشکوک باشد نیز بچه ملحق به فراش می شود.

صاحب جواهر بعد از اثبات این مطلب که فرزند به فراش ملحق است، می فرماید حتی اگر بچه ای که به دنیا آمده، از نظر قیافه شبیه به زانی هم باشد، مع ذلک الحاق به فراش مقدم است و در اینجا قیافه نقشی ندارد، ولی روایتی از داود بن فرقد نقل می کند، که با این مدعا سازگاری ندارد؛ داود بن فرقد عن الصادق علیه السلام أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله انى خرجت و امرأتى حائض و رجعت و هى حبلى فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله من تتهم؟ قال اتهم رجلين، قال ايت بهما فجاء

ص: 7830

بهما فقال رسول الله صلى الله عليه وآله ان يك ابن هذا فيخرج ققطنا كذا وكذا فخرج كما قال رسول الله صلى الله عليه وآله فجعل معقلته على قوم امه و ميراثه لهم... (1)، به حسب ظاهر، حیض یکی از نشانه های برائت رحم است، البته این که حمل با حیض جمع می شود یا نمی شود مورد بحث است، و اختیار کرده اند که احیاناً جمع می شود، ولی مسئله حیض دیدن اماره عرفی است که الآن دیگر این حامله نیست. در این روایت با وجود فراش حضرت از پدر نفی ولد کردند، گفتند دیه ای که بر عاقله است، اینجا به خویشاوندان پدر داده نمی شود، و فرمودند پدر و خویشان پدری از او ارث نمی برند.

به استدلال به این روایت دو اشکال شده یکی این که مرسل است، و دیگری جوابی که در کشف اللثام و جواهر هست که می گویند این «قضیه فی واقعه». به نظر ما جواب دوم بسیار بعید است، چون خودش می گوید موقعی که من خارج شدم این حیض بود، الآن می بینم که حبلی است، خود همین که حیض بوده یعنی اماره برای نفی حمل در آن بوده، و الا اگر آن طور باشد، باید بگویند من که خارج شدم یک سال پیش یا دو سال پیش خارج شدم، الآن می بینم که این حمل برداشته است، در حالی که این طور نمی گوید، این منشاش این است که حیضی که موجب برائت رحم است، حاصل شده بوده و بعد هم می بیند که حبلی است. جواب صحیح آن است که این خصوصیتی که حضرت فرموده اند، صد در صد مطابق با واقع است، و این غیر از مسئله قیافه است. چون حضرت می دانستند که اگر اولاد این باشد با تمام این خصوصیات خواهد بود و اگر با خصوصیات دیگر شد، اولاد دیگری است، چنین اخباری کرده اند که مطابق با آن علم واقعی است، و عادتاً هم با آن خصوصیات زیادی که حضرت ذکر کرده اند، اگر کسی ببیند اطمینان پیدا می کند که بچه شخص است، و این فراتر از علم قیافه است. زیرا ممکن است در اصل قیافه

ص: 7831

اشخاص شبیه باشند، ولی گاهی خیلی جزئیات هست با آن جزئیات ممکن است متعارف اشخاص هم اطمینان پیدا کنند. آن جزئیات در این روایت بیان نشده و با کذا و کذا گفته شده است، در واقع حضرت مطابق با علم غیب خودشان حکم فرموده اند، و از اینها برای موارد عادی و متعارف که اشخاص با نفس قیافه بخواهند ملحق بکنند، استفاده نمی شود. البته حضرت معمولاً در امور به علم عادی خودشان عمل می کنند، ولی گاهی برای اینکه دیگر مشکلاتی نباشد، استثنائاً با علم خاصی که خداوند به ایشان داده عمل می کنند.

اما اینکه در بعضی از اخبار وارد شده «أن القیافه فضله من النبوه(1)»، و این که گاهی حضرت به آن عمل کرده اند(2)، جواهر می فرماید اگر چنین مطلبی هم باشد، منافاتی با بحث ما ندارد. در واقع ما وقتی نمی دانیم بچه فراش یا غیر فراش است، با قیافه نمی توانیم نفی فراش کنیم. مواردی هم که به قیافه تمسک شده از این موارد نیست، حالا غیر از این روایت، موردی است که مسئله دوران بین زنا و فجور نیست، بلکه بین دو نفر شبیه است، که اینجا قیافه نقش پیدا کرده است، از اینها نمی توانیم استفاده بکنیم که بین فراش و عاهر، فراش را نفی کنیم. به علاوه که ممکن است در بعضی جاها بعضی از مراتب قیافه، حجیتی داشته باشد مثلاً با بعضی از جزئیات اطمینان آور همراه باشد به گونه ای که اهل قیافه بگویند اصلاً از هزار تا یکی هم مشابه این نمی آید، آنجا ممکن است حجت باشد، اما صرف نفس مشابهت، حجیتی ندارد، لذا صدمه ای به اصل مطلب نمی خورد.

نکته دیگر در این بحث آن است که بعضی بحث را مطلق ذکر کرده و گفته اند بعد از این که تنازع پیش آمد، لعان مطرح می شود و با لعان نفی ولد می شود، و در واقع تنازع را مطلقاً زمینه لعان دانسته اند، در مقابل بعضی مثل کشف اللثام

ص: 7832

1- (1) - به عنوان نمونه ر. ک: بحار الانوار، بیروت، ج 76، ص 210

2- (2) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیبه و الاماء، باب 55، ح 4 و 5. کافی، ج 1، ص 322

می گویند(1): وقتی لعان مطرح می شود که دعوی زوجین صرفاً این باشد که زن می گوید این بچه تو است و مرد هم می گوید بچه من نیست، و ادعای زائدی ندارند، اما اگر مرد یک مطلب زائدی ذکر کرد و گفت بچه من نیست بلکه بچه زانی است، یعنی علاوه بر نفی ولد، سبب را هم ذکر کرد و دیگری را گفت، دیگر بحث لعان مطرح نیست، و لعان مخصوص صورت نفی و اثبات ولد است. مرحوم صاحب جواهر می فرماید: ادله لعان اعم است و اختصاصی به این ندارد که دعوا منحصر به نفی و اثبات باشد و یا اینکه مرد سبب نفی را هم ادعا کند، حالا هر جا یقین پیدا کرده که دیگری زنا کرده و مستند است، اسم می برد، جواهر می گوید فرقی ندارد و اطلاق دارد(2). البته با پذیرش نفی ولد اثبات نمی شود که طرف مقابل را زانی بدانند و او را رجم کنند، بلکه برای نفی ولد کافی است، ملازمه ندارد که همه ادعای مرد ثابت بشود، بلکه فقط مقداری از ادعایش که نفی است، ثابت می شود، هر چند این بخش از مدعا به قسمت دیگر آن مقرون است ولی چون برای اثبات زنا طریق اثباتی ندارد، اطلاقات فقط شامل قسمت اول می شود.

البته برای استناد به الولد للفراس نیازی نیست که حتماً اثبات و نفی در کار باشد، ممکن است اثبات و نفی نکنند، فجوری واقع شده، الآن شک می کنند که تکلیف چیست، حضرت می فرماید که عاهر کنار برود، اصلاً بحث اختلاف نیست، بلکه اگر بچه متولد شد، این بحث پیش می آید که به کدام ملحق کنند؟ آیا زوج حق دارد خودش را صاحب بچه بداند یا نه؟ که بر اساس «و للعاهر الحجر»، ظاهر این است که عاهر کنار برود، با این که فجور بودنش کأنه مسلم است، پس اظهر افراد این قاعده همین است که هر دو (فراس و عاهر) محقق است.

مسأله: «و لو زنی بامرأه فأحبها ثم تزوج بها» صاحب جواهر اینجا می فرماید اگر انعقاد در فراس باشد، بچه او است، هر چند بعداً فرایشش زائل بشود، و اگر موقع

ص: 7833

1- (1) - کشف اللثام، ج 7، ص 535

2- (2) - جواهر الکلام، ج 31، ص 232

انعقاد فراش نبود و بعد فراش شد، بچه او نیست، در واقع معیار حدوث حمل است که آیا در فراش بوده یا نه؟ و حکم تابع همین است، ولی در بعضی از موضوعات احکام مانند اینکه عالم باید احترام بشود، حدوثش دخالت ندارد، اگر اول عالم بود و بعد زوال علم شد، حکم زائل است، یا اول عالم نبود و بعد حادث شد، احترام دارد، یعنی حکم مترتب بر خود عنوان است، ولی اینجا چنان که از ادله استفاده می شود، معیار، عبارت از موقع تحقق حمل است، اگر در فراش زوجی حملی تحقق شد به او ملحق است، ولی اگر موقع تحقق حمل زانی بوده و بعداً فراش شده باشد، ملحق به فراش نمی شود. پس ازدواج بعدی یا مالکیت بعدی، به درد نمی خورد، قاعده هم اقتضای همین مطلب را می کند، و روایت هم بیانگر همین مطلب است: «علی بن مهزیار عن محمد بن الحسن القمی قال کتب بعض أصحابنا علی یدی الی ابي جعفر علیه السلام جعلت فداک ما تقول فی رجل فجر بامرأه فحملت ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد و هو أشبه خلق الله به فکتب بخطه و خاتمه الولد لغیه لا یورث(1)».

اتفاق و اختلاف زوجین در مسئله الحاق

در شرایع(2) فرموده اگر زوجین اتفاق کردند که از موقع وقاع بیش از نه ماه یا ده ماه گذشته است، قهراً ولد به زوج ملحق نمی شود(3)، البته از اطلاق کلام مرحوم صاحب شرایع استفاده می شود که فرض مسئله چند صورت است؛ یکی آن که زوج و زوجه هر دو می گویند بچه ما نیست، دیگری آنکه ممکن است هر دو با این که می گویند بیش از نه ماه است ولی مدعی اند بچه خودشان است، دیگر این که یکی از اینها مدعی است و یکی منکر است، همه این فروض متصور است. پس لازمه این بحث این نیست که طرفین ادعای نفی ولدیت کنند، ممکن است طرفین

ص: 7834

1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 101، ح 1

2- (2) - توضیح استاد مدظله: من در ذهنم نیست که قبل از شرایع جایی باشد

3- (3) - جواهر الکلام، ج 31، ص 230

مدعی ولدیت باشند، یا یکی مدعی باشد و یکی نباشد، یا اینکه یکی سکوت کرده و یکی نکرده باشد، همه اینها قابل تصویر است. از عبارت شرایع استفاده می شود که اگر زوجین ادعایی می کنند که ثبوتاً نمی تواند ملحق باشد، کاری به ادعای اینها نیست، و بچه به زوج ملحق نمی شود. و لو خود اینها ادعای نفی نکنند یا حتی ادعای الحاق بکنند ولی فایده ای ندارد.

یک بحث این است که چرا ایشان اختصاصاً در اینجا این مسئله را عنوان کرده است؟ در حالی که برای الحاق سه شرط ذکر شده بود، دخول و کمتر نبودن از شش ماه و بیشتر نبودن از حد اکثر حمل، و اگر در عدم تحقق آن دو شرط دیگر هم توافق بکنند، توافقشان منشأ نفی الحاق هست، ولی ایشان در آنجا هیچ صحبتی نکرده است، و چنان که در جواهر می گوید همه اینها حکم واحد دارد، و کار شرایع وجهی ندارد، اگر توافق معتبر باشد در همه جا معتبر است.

مطلب دیگر این که صاحب شرایع عبارت «و لا يجوز له الحاقه بنفسه و الحال هذه»، را در آخر ذکر کرده است، و شاید وجه آن این باشد که در این قسم اخیر، عدم الحاق قدری مخفی تر بوده است، چون اصل اقتضای الحاق می کند زیرا اصل این است که زمان اکثر حمل گذشته است، لذا ایشان فقط این فرض را ذکر کرده است، ولی در دو فرض قبل که اصل هم با عدم الحاق است، اگر زوجین بر عدم الحاق توافق کرده اند، مسئله خیلی روشن تر است. البته احتمال بعیدی هم هست که این «لا-يجوز له الحاقه» در کلام ایشان به هر سه فرض بخورد، یعنی هم اتفاق در اصل دخول و هم اتفاق در أقل حمل و هم اکثر حمل، چون این نکته مورد بحث است که قید مذکور بعد از چند جمله، فقط به اخیر می خورد یا به همه جملات سابق؟ اینجا به احتمال بعید این عبارت ناظر به همه فروض پیشین باشد، اگر چنین باشد عبارت ایشان نیازی به توجیه ندارد.

مطلب دیگر در کلام مرحوم محقق این است که شاید اطلاق کلام ایشان این

فرض را هم شامل شود که خود اینها ادعای الحاق می کنند، منتها سببی را ذکر می کنند که مقتضای آن سبب عدم الحاق بچه است، که ایشان می گوید چون آن سبب را قائل هستند باید به آن سبب و اطلاقش اخذ کنیم. اما فرد ظاهر کلام ایشان این است که خود اینها هم می خواهند منکر بشوند، و نوعاً هم بحث را روی همین فرض آورده اند که زوجین دارند انکار می کنند.

حال بحث این است که اگر خود اینها انکار بکنند، آیا انکار اینها کافی است؟ اشکال مرحوم صاحب جواهر این است در این بین حق ثالثی هم وجود دارد، و وجهی ندارد که با انکار زوجین آن حق نفی بشود، و آن حق هم حق فرزند است که در آینده نخواهد توانست خودش را به اینها متصل کند، و باید خودش را ولد زنا یا چیز دیگری بداند. پس سقوط حق او وجهی ندارد. البته این دو نفر که انکار کرده اند، دیگر نمی توانند به خودشان ملحق بکنند، اما حق دیگری و حق بچه ساقط نشده است. به نظر ما هم این مطلب درست است.

شهید ثانی، می فرماید چگونه ممکن است که حکم واقعی، نفی ولد باشد چون زوجین می دانند که فرزند آن ها نیست و در عین حال حکم ظاهری الحاق باشد و این دو حکم در حق این ها چگونه جمع می شود. جواهر پاسخ می دهد وقتی زوجین خودشان می دانند که بچه خود آنها نیست، آنها احکام اینکه بچه خودشان نیست باید بار کنند، ولی این اقتضا نمی کند که دیگران هم ملزم باشند مطابق آن کاری که آنها انجام می دهند، انجام بدهند، و ممکن است برای دیگران ثابت نباشد و آن ها این بچه را اولاد همان صاحب فراش بدانند، در این صورت حاکم می تواند به طور مثال اینها را اجبار بکند که شما باید نفقات این را بدهید، حاکم می تواند معامله فراش بکند بگوید بچه تو است و جلوگیری بکند که با او ازدواج نکنند. به هر حال هر کسی حکم خودش را بینه و بین الله تشخیص می دهد، ولی چون برای دیگران و حاکم ثابت نیست، حاکم می تواند مطابق قانون فراش عمل کند، این دو

قابل تفکیک است، ولی در کلام مسالک تفکیک نشده است. مرحوم صاحب جواهر می خواهد بفرماید که به حسب ظاهر شما باید بگویید که بچه او است، ولی در مقام واقع اگر یقین دارید باید نفی کنید(1).

اختلاف در دخول و ولادت: شرایع فرموده «ولو اختلفا فی الدخول أو فی ولادته فالقول قول الزوج مع یمینه(2)»، اگر اختلاف زوجین در دخول یا ولادت بچه باشد اصل با زوج است چون زوج منکر است، و با قسم نفی می شود. و در صورتی که اختلاف در ولادت باشد و مرد مدعی شود که این بچه از این زن نیست، اگر زن نتواند اقامه بینه کند قول مرد با یمین پذیرفته می شود، زیرا ولادت بچه جزو اموری نیست که لا یعلم الا من قبلها، و می توان بر آن اقامه بینه کرد، زن ها در موقع وضع حمل خیلی موقع شهادت می دهند، اصل هم مقتضی است، بنابراین، با یمین زوج نفی می شود. البته در اصل دخول هم همین طور است و زن باید بینه بیاورد و الا سخن مرد با یمین مقدم است. و گویا به خاطر همین جامع رجوع به اصل صاحب جواهر این دو مسئله را یک مسئله فرض کرده است.

مرحوم صاحب جواهر تفسیری بر عبارت شرایع دارد و فرموده که منظور از دخول «الوطئ الموجب للاحاق الولد و عدمه» است، یعنی وطی ای که موجب الحاق ولد شود، که در نتیجه زن مدعی وقوع چنین دخولی است، مرد هم می گوید اصلا دخولی نشده است، روشن است که مراد از این «الوطئ الموجب للاحاق الولد»، موجبیت از حیث زمان الوطئ نیست، چون این فرض موضوع مسئله بعدی است، با این وصف در این عبارت مرحوم صاحب جواهر دو احتمال وجود دارد؛ یکی این است که گاهی ممکن است به بعضی از ملاحظه ها هم دخول گفته شود، مثل دخول در دبر که اگر قطع باشد که استرسال منی هم در آن نشده، باز به آن دخول

ص: 7837

1- (1) - جواهر الکلام، ج 31، ص 232. توضیح استاد مدظله: عبارتی در همین صفحه جواهر هست می خواستم که این اشتباه نشود: «و کیف یجتمع الحکم بعدم جواز الحاقه و وجوب نفقته»، این نفقته غلط است و وجوب نفیه است، این عبارت مسالک است که غلط چاپ شده است

2- (2) - همان، ص 233

گفته شود، ولی در عین حال دخول موجب الحاق نیست، لذا ایشان می خواهند بگویند اینجا اصل دخول مشکوک است، و در واقع ایشان می خواهند عبارت محقق را تفسیر کند و از اجمال بیرون ببرد، چون بر بعضی از مصادیق، دخول صدق می کند ولی قطع نظر از مسئله زمان، الحاق ولد قطعاً در آن نیست، چون بعضی از مصادیق دخول صلاحیت الحاق ندارد، پس احتمال اول این است که ایشان می خواهند بگویند شبهه مصداقی است که دخولی که صلاحیت الحاق دارد واقع شده یا نشده، اگر واقع شده باشد، الحاق هم هست، اگر واقع نشده باشد، الحاق نیست.

احتمال دیگر که ما احتمال می دهیم که مراد همین باشد، آن است که ایشان تحقق فراش را مشروط به دخول می دانند، و اینجا هم می خواهند فراش را مسلم فرض کنند، یعنی زن و شوهر بعد از تحقق فراشیت، اختلاف در دخول دارند، پس اصل تحقق یکبار دخول مشکوک نیست تا فراشیت زیر سؤال برود، اصل دخول مسلم فراش است منتها مثلاً دو سال قبل بوده است، حال به جز این دخول مسلم که موجب تحقق فراشیت شده، شک است که آیا دخول دیگری واقع شده که بچه ملحق شود یا نه تا در نتیجه بچه ملحق به فراش نباشد؟ در واقع ایشان با این تفسیر، می خواهند بفرمایند که حتی اگر محقق مدخوله بودن را در فراش شرط دانسته باشد، مع ذلک منافاتی با شک در دخول ندارد، چون یکی دخولی است که محقق فراشیت است، و دیگری که مورد تردید است دخولی است که اگر باشد باعث الحاق ولد است. این هم تفسیری است که شاید ناظر به جوابی باشد که بعد به مرحوم صاحب ریاض می دهد.

اختلاف در مدت حمل: فرض دیگر آن است که در مورد دخول و ولادت بچه از زن اتفاق دارند، منتها اختلاف در این است که اقل مدت حمل گذشته یا نه؟ و مرد می گوید هنوز شش ماه از واقعه من نگذشته است و در نتیجه این بچه من نیست،

زن می گوید گذشته است و بچه تو است، یا مرد می گوید من دو سال پیش موافقه کرده ام و بچه من نیست، زن می گوید چند ماه پیش از این تو موافقه کردی، و بچه مستند به تو است، به هر حال به خاطر اختلاف در مدت حمل انکار می کنند، در این فرض شهید اول در لمعه اصل را با زن می داند، و لذا زن باید قسم بخورد. اما در بین صور مختلف این فرض، یک صورتش مورد اشکال واقع شده است، و آن فرضی است مرد می گوید شش ماه نگذشته، قهراً نمی تواند بچه من باشد، و زن می گوید از موافقه تو شش ماه گذشته و بچه تو است، اینجا اصل با مرد است، لذا مرد منکر است چرا باید زن قسم داده بشود. البته در صورتی که مرد می گوید از موافقه خیلی گذشته و در نتیجه این بچه من نیست، زن می گوید آن قدر نگذشته است، اصل این است که از اقصی الحمل نگذشته باشد، و اصل با زن است، و که زن منکر است قسم می خورد، پس قانون اقتضا می کند که تفصیل بین صورتین باشد، شهید ثانی در شرح لمعه (1) و مسالک (2) همین اشکال را کرده است. و نیز فرموده می توانیم این صورت را که مرد می گوید هنوز از وقت مباشرت شش ماه نگذشته است، بر همان مسئله اختلاف در اصل دخول منطبق کنیم، زیرا این صورت به این دعوا بازگشت می کند که می کند که آیا قبل از شش ماه دخول شده تا ملحق باشد یا نه؟ پس آن هم به دخول برگشت، در هر دو شک در دخول می کند، چرا ایشان در شک در دخول در مسئله قبلی گفته که حق با مرد است و مرد باید قسم بخورد ولی در این صورت که دخول قطعی است و وقتش معلوم نیست، مطلقاً گفته زن باید قسم بخورد، حتی در جایی که مرد می گوید که از وقت دخول شش ماه نگذشته که مثل مسئله سابق است؟

مرحوم صاحب جواهر بین صورتی که اصل دخول مشکوک باشد و صورتی که اصل دخول مقطوع باشد و اختلاف در مدت باشد فرق قائل است. و در عین حال

ص: 7839

1- (1) - الروضه البهیة، ج 2، ص 135

2- (2) - مسالک الافهام، ج 8، ص 384

تحلیف مطرح در لمعه را درست می داند و تفصیلی بین صورتین نمی دهد. ایشان می فرماید اگر در مسئله اختلاف در مدت فقط تمسک به اصل مطرح بود تفصیل مد نظر شهید ثانی را می پذیرفتیم، ولی قاعده الولد للفراش مقدم بر اصل است، و اقتضا می کند که در هر دو صورت بچه به فراش ملحق بشود، یعنی، چه اختلاف در اقل مدت باشد چه در اکثر مدت، حرف زن متبع می شود، چون حرف زن با قانون فراش مطابق است، زن منکر می شود، مرد باید برای اثبات حرف خودش که بر خلاف فراش است، بینه بیاورد. منتها باید توجه داشت که در مواردی مثل قاعده فراش و قاعده ید که وقتی یکی از طرفین دعوا سخنش مطابق با این دو قاعده باشد منکر محسوب می شود، این نکته هم وجود دارد که منکر نباید ادعایی بیشتر از مفاد قاعده داشته باشد. مثلاً در قاعده ید، اگر منکر بگوید من مالک این مالم چون این را از طرف مقابل خریده ام و در واقع سبب ملکیت را نیز ادعا کند، مدعایش نیاز به اثبات دارد و به صرف قسم نمی توان تکیه کرد. چون در اگر بخواهیم با قاعده ید سخن منکر را مبنی بر ادعای سبب بپذیریم لازمه اش این است که قاعده ید در مورد مثبتات نیز حجت باشد، یعنی با اثبات ملکیت ملزوم آن یعنی خریدن نیز ثابت شود، در حالی که مثبتات قاعده ید و نیز قاعده فراش حجت نیستند. در اینجا هم قول ذوالید که مدعی سبب است مقدم نیست، و باید اثبات کند. و البته اگر صرفاً بگوید این شیء مال من است، ید اثبات ملکیت می کند. در ما نحن فیه و قاعده فراش هم اگر زن صرفاً بگوید که این بچه تو است که فراش هستی و بیشتر از آن هم ادعایی نکند، لازم نیست حرف خودش را اثبات کند و تفصیلی هم در کار نیست، ولی اگر ادعای دخول داشته باشد که بچه به دخول مستند باشد، چون این ادعا زائد بر نفس خود فراش است، نیازمند اثبات خواهد بود و ادله فراش اینجا را اثبات نمی کند، چرا که اصولاً مثبتات را اثبات نمی کند و اینجا دخول جزو ملزومات الحاق است. و از طرف دیگر اصل عدم

دخول اقتضا می کند که حق با مرد باشد. و به دلیل همین نکته است که در فرض اختلاف در دخول اصل با مرد است، اما در فرض اختلاف در مدت حمل که دخول متفق علیه است می فرماید که حق با زن است، چون زن بیش از الحاق ولد به فراش ادعایی ندارد.

علاوه بر این مرحوم صاحب جواهر مدعی است غیر از قاعده فراش، قاعده دیگری هم وجود دارد به نام اصل الحاق به وطی محترم که در ما نحن فیه هم کاربرد دارد و آن این است که اگر از مردی وطی حلالی اثبات بشود و بچه ای هم از زن متولد شده باشد و مورد بحث باشد که آیا این مستند به آن وطی حلال است یا مستند به وطی حرام، اصل الحاق به وطی محترم جاری می شود که غیر از قانون فراش است و خودش قانون برآسه است. حال در مسئله ما که طرفین ادعا می کنند که دخول حلال کرده، منتها مرد می گوید دخول من وقتی واقع شده که نمی تواند بچه به آن مستند باشد، و زن می گوید دخول تو وقتی بوده که بچه صلاحیت استناد به آن را دارد، باید قانون دوم که اخص از قانون فراش است جاری شود.

چون در قانون فراش لازم نیست دخول اثبات شود و محقق الوقوع باشد تا بچه به ذوالفراش نسبت داده شود و صرف فراش بودن کافی است و لذا در مسئله اول شرایطی که فرموده بود اگر دخولی قطعاً واقع نشده بود، بچه زوج نخواهد بود، مرحوم صاحب جواهر می فرمود اگر دخول مشکوک هم باشد ملحق می کنیم، چون قانون فراش یک موضوع اعم است و در جایی هم که وطی مشکوک باشد، قاعده فراش جاری می شود. ولی در مسئله ما که دخول قطعی است، قانون دوم جاری می شود که مخصوص موارد است که وطی قطعی باشد. این قانون اخص از قانون الولد للفراش است، چون شرطش این است که وطی قطعی باشد. از این جا ایشان نتیجه می گیرند علت این که شهید اول بین دو صورت مسئله اختلاف در مدت تفصیل نداده جاری شدن همین قاعده است. چون بر اساس قاعده الحاق به

وطی محترم دیگر تفاوتی ندارد که اختلاف در گذشتن اقل حمل باشد یا گذشتن بیش از اکثر حمل.

اشکال به صاحب جواهر: ایشان در مسئله اول که اصل دخول مشکوک بود، در اجرای قاعده فراش تفصیل قائل شده، فرموده بود که اگر زن ادعایی بیش از قاعده فراش داشته باشد سخنش مسموع نیست، مگر جایی که اصلی با حرف او موافق باشد، ولی اینجا و در اجرای قاعده لحوق با وطی محترم، که هر دو اصل دخول را قبول دارند و زن مدعی است که وقاع در فلان تاریخ بوده هیچ تفصیلی نمی دهد، فرقی چیست؟ در حالی که اینجا هم زن یک معنای زائدی ادعا می کند و تاریخ برای وقاع ذکر می کند، چرا در این قانون دوم می گویند که چنین وجهی نیست و علی وجه الاطلاق حرف زن را اثبات می کنید؟

جواب: پاسخ آن است که گاهی ادعای زایدی که منکر مطرح می کند با مفاد قاعده لازم و ملزومند و گاهی چنین رابطه ای ندارند. مثلاً در قاعده ید، اگر مدعی شود که این شیء را از طرف مقابل خریده ام پس ملک من است، چون ید داشتن و ملکیت متوقف بر خرید از طرف مقابل نیست و اعم است، این ادعا، ادعایی است زائد که نیازمند اثبات است. ولی اگر سبب مورد ادعای زن با مفاد قاعده لازم و ملزوم باشند دیگر ادعای زایدی مطرح نشده و به صرف ادعا سخنش مسموع است و از منکر بودن خارج نمی شود. حال در ما نحن فیه و قاعده فراش مدعای زن لازمه قاعده فراش است، زیرا زن مدعی است مدت حملی که من از تو برداشتم، اقل از حمل و یا اکثر از حمل نیست، و این سخن لازمه ادعای اصلی خودش است، زیرا ادعای الحاق ولد به فراش، با کم و بیش نبودن از مدت حمل ملازم است. و فرقی نمی کند که زن از اینکه مدت صلاحیت دارد یا ندارد، اسمی ببرد یا نبرد. بنا بر این تفصیل بین اختلاف در دخول و اختلاف در مدت دخول توجیه دار می شود. ولی صاحب جواهر نمی تواند این جواب را به اشکال بدهد، زیرا به نظر

ایشان الحاق، بدون دخول ممکن نیست، و اگر زن گفت که تو دخول کرده ای، قهراً بچه تو است، در واقع لازمه همان ادعای اول خودش را مطرح می کند، و سبب خاصی را ادعا نکرده است، پس نیازی به اثبات ندارد. ولی عقیده ما این است که صاحب ولد بودن با دخول ملازم نیست، با ملاحظه هم می شود، یا ممکن است در حمام حمل بردارد، به هر حال متوقف بر خصوص دخول نیست، بنا بر این ما می توانیم بگوییم، اگر زن ادعای دخول کرد، باید آن را اثبات کند، برای اینکه زائد بر جنبه اثبات، نتیجه فراش بودن را می خواهد ادعا کند. ولی این که مرحوم صاحب جواهر چرا این تعبیر را کرده است؟ معلوم نیست، شاید غفلت شده، شاید هم اینجا با توجه به همان مبنای صحیح که بدون دخول هم می شود، سخن گفته است. به هر حال فرمایش ایشان روی آن مسلکی که خود ایشان دارد، مشکل است.

ولی بر اساس عقیده ما، اگر زن که مدعی است بچه ملحق به فراش است، به استناد یک شیئی که لازمه آن عبارت از الحاق است مدعی شود، ادعایش نیاز به اثبات ندارد، و فرق ندارد که لازم را مستقیم ادعا کند و یا به استناد ملزوم لازم را ادعا کند، هر دو حکم واحد را دارد. و در اینجا می توانیم همین تفصیل را قائل بشویم و بگوییم چون فراش بودن مرد و استناد بچه به مرد، متوقف به دخول نیست، ادعای دخول مطلب زائدی است، اصل هم با عدم دخول است. پس ما قائل به تفصیل هستیم، و می گوییم اگر تنها ادعا کرد که بچه ملحق به فراش است، می پذیریم، اما اگر گفت مدرک من دخول است و ملاحظه ای در کار نبوده و هیچی نبوده، چون این ادعا چنین نیست که لازمه خود فراش بودن باشد، اصل با مرد است که نفی دخول می کند و ادعای زن نیازمند اثبات است، اصل فراشیت هم اثبات نمی شود، چون استناد حمل به یک چیزی است که اصل، آن را نفی می کند و ادله فراش آن را اثبات نمی کند.

آیا در فراش، دخول شرط است؟ کلمات بزرگان مختلف است، مرحوم شیخ طوسی در مبسوط، بر این مطلب که فراشیت با عقد محقق است، دعوای نفی خلاف می کند، به معنای نفی خلاف بین مسلمین. مرحوم ابن حمزه در وسیله می گوید فراش بودن با عقد و وطی محقق می شود، و با ملاحظه صدر و ذیل مطلب استفاده می شود که این عطف، به معنای مجموعی نیست که اگر هر دو محقق شد، فراش می شود، بلکه هر کدام از این دو به طور مستقل فراش می آورد، در نتیجه وطی به شبهه ملحق به فراش است و حکم فراش را دارد. در برخی کتاب ها مانند بحار و نیز کلمات لغویین، فراش را زوج یا زوجه گفته اند، و قید دخول هم نروده اند. ولی از طرف دیگر در بحث نفی ولد با لعان، یعنی جایی که به حسب ظاهر شرع بچه از زوج است و در اثر انکار زوج و لعان منتفی می شود و الا مقتضای قاعده این است که بچه زوج باشد، گفته اند جایی که دخول شده باشد، مقتضای قاعده این است که فقط با لعان نفی ممکن است و لولا اللعان بچه ملحق به زوج است. یعنی کلمه دخول را صریحاً آورده اند، در ایضاح تعبیر این است که باید دخول بشود تا فراش بشود. ریاض می فرماید فراش موقعی محقق می شود که زوجه مدخوله زوج باشد جواهر هم کلماتش مختلف شده و متهافت به نظر می آید؛ ایشان در اول بحث که یکی از شرائط الحاق دخول دانسته شده و گفته اند اگر قطعی شد که مدخوله نیست، ملحق نخواهد بود، ایشان می فرماید که اگر دخول مشکوک باشد، با قاعده فراش ملحق می کنیم، زیرا مراد از فراش یا زوج است یا مرأه، اگر زوج باشد فراشیت با نفس عقد محقق شده، و اگر مراد زن باشد، در الولد للفراش حذف مضاف صورت گرفته است یعنی ذو الفراش، ذو الفراش هم همان شوهر است، و روشن است که با عقد زن در اختیار شوهر قرار گرفته و ذو الفراش بودن محقق است، پس در هر دو فرض به مجرد عقد عنوان فراش

محقق است، منتها اگر قطع حاصل شده که حملی از او بر نداشته، حکم ظاهری در آنجا جاری نیست، و اگر مشکوک شد، قاعده فراش می گوید فراشیت محقق است چون زن و شوهر هستند، و انتساب ولد مشکوک است که آن هم با قاعده فراش ملحق است. ولی در بحث بعد که صاحب ریاض می گوید موقعی فراش محقق می شود که زن مدخوله باشد، ایشان در مقابل می فرماید بنا بر یک احتمال مدخوله بودن شرط است و بنا بر یک احتمال شرط نیست، اگر فراش را زوج بدانیم، چه مدخوله باشد و چه غیر مدخوله، فراش محقق است، ولی اگر مرأه را فراش بدانیم، مدخوله بودن شرط است، و در واقع بین دو احتمال تفصیل قائل است. عبارات ایشان چنین است:

«قد يقال (1) بعدم اعتبار العلم بالدخول مع ولادتها ما يمكن تولده منه تغليبا للنسب و لقوله صلى الله عليه وآله الولد للفراش فان المراد به الزوج أو المرأه على تقدير مضاف أى ذى الفراش و على التقديرين يقتضى اللحوق، خرج منه ما علم عدم الدخول لما عرفت و يبقى غيره و حينئذ يكون الاصل بعد وقوع العقد لحوق الولد بالزوج مع الامكان (2)». بنابراین عبارت، آن چه فراشیت درست می کند، نفس العقد است، عقد که شد اگر احتمال لحوق به فراش بود، به زوج ملحق می کنیم. ولی بعد از چند صفحه چنین می فرماید: «ان المراد بالفراش المرأه كما عن بعضهم أو الزوج كما عن المصباح المنير و معناه على الاول ان الولد لذى افتراش المرأه فيتحقق حينئذ بمطلق الدخول بالمرأه (3)»، که بنا بر این تعبیر، اگر زوج فراش باشد فراشیتش با نفس عقد محقق می شود، دیگر دخول معتبر نیست، ولی اگر مرأه باشد، دخول هم باید باشد، زیرا ایشان گفته، «ذی افتراش المرأه» که کنایه از غشیان و مواقعه است و ذی المرأه نگفته. خلاصه، مشخص نیست که مختار ایشان چیست، و یک نحو تنافی هست.

ص: 7845

-
- 1- (1) - توضیح استاد مدظله: این قد يقال هابی که در اینجا هست، نظر خودش است، به جای یمکن ان يقال تعبیر قد يقال می شود، یعنی یک مقدار از یمکن هم بالاتر است
- 2- (2) - جواهر الکلام، ج 31، ص 229
- 3- (3) - همان، ص 235

به نظر ما چنین می رسد که برای تسمیه به فراش، فعلیت مباشرت شرط نیست، و شأنیت و قابلیت کافی است، که آن هم با نفس عقد حاصل می شود و فراش گفته می شود، پس الولد للفراش نمی گوید که آن که دخول هم کرده باشد بلکه یعنی الولد للزوج.

اما در مورد دو مسئله مطرح شده در باب اختلاف زوجین؛ یکی اختلاف در اصل دخول، و دیگری اختلاف در زمان دخول بعد از اتفاق در دخول. در اصول در باب استصحاب گاهی می گویند شک در رافع است، گاهی شک در رافعیه الموجود است نه وجود الرافع، مثلاً چراغی روشن بوده و اگر باد آمده باشد خاموشش کرده، حال اگر اصل آمدن باد مشکوک باشد شک در وجود الرافع است. ولی اگر باد آمده و ما شک می کنیم که آیا به اندازه کافی شدید بوده که خاموش بکند؟ شک در رافعیه الموجود داریم. اینجا هم دو فرع است؛ یکی شک در دخول که شک در وجود رافع است و اگر دخول شده باشد، حرفی نیست و ملحق به مرد است، و دوم این است که دخول شده، اما آیا دخولی هست که الحاق بیاورد و از اقل حمل کمتر نباشد و از اقصی بیشتر نباشد؟ که این مثل شک در رافعیه الموجود است.

در فرع اول که اصل لحوق مشکوک است، گفته اند اصل با مرد است که می خواهد دخول را انکار بکند، البته دو مسئله را با هم طرح کرده است، یکی اختلاف در اصل دخول و دیگری این که مرد مدعی است که این بچه را این زن به دنیا نیاورده است ولی زن آن را بچه خود و مستند به دخول مرد می داند. در هر دو صورت به اصل عدم تمسک شده به علاوه این که در فرض اول صاحب جواهر فرموده که «و لأن الأول من فعله فيقبل قوله فيه»، یعنی مربوط به فعل خود مرد است و قبول می شود. وجه این استدلال بر ما مشخص نیست، و این کبرای کلی از کجا ثابت شده که اگر در فعل یک کسی شک شد، نفس ادعایش کافی است؟ در برخی موارد که «لا يعلم إلا من قبله» و به گونه ای است که نمی تواند بین بیاورد، مثل نیت،

که اگر کسی می گوید من فلان نیت را کرده ام، باید از خود شخص باید پرسند که چنین نیتی انجام داده یا نه؟ که در نتیجه با قسم یا بدون قسم حرف طرف قبول می شود، ولی صرف اینکه فعل شخص است، در حالی که به حسب نوع امکان بینه آوردن هم هست و می تواند نفی و اثبات کند، دلیل نمی شود که ادعای فرد پذیرفته شود. کسی که می خواهد بگوید من دخول نکرده ام، می تواند اثبات کند، بگوید من دو سال پیش از این مسافرت کرده ام، دو سال اصلاً تو را ندیده ایم، و...

به هر حال برای اقامه بینه راه دارد. و نیز ما طرف را عادل فرض نکردیم که از باب عدالت بپذیریم. نتیجه سخن جواهر این است که مثلاً در موارد دیگر که راجع به فعل خودش است اگر کسی بگوید من به شخصی بدهکار بودم و پرداخت کرده ام، و به صرف این ادعا، سخنش پذیرفته بشود، این را ما نمی فهمیم. و خود مرحوم محقق و نیز مرحوم علامه در بعضی از کتبش در اصل این مبنا که چون فعل شخص است باید پذیرفته شود اشکال می کنند. به علاوه که اگر این مبنا صحیح باشد باید در مسئله دخول هم بگوییم همانطور که وضع حمل فعل زن است، مفعول واقع شدن هم فعل او است، عرضی است که مربوط به او است، کار طرفینی است، اینجا چطور یک طرف را بگیریم و آن طرف دیگر را نگیریم، آن می گوید من مورد چنین چیزی واقع شدم، او هم می گوید که تو واقع نشدی، او راجع به خودش می گوید او هم راجع به خودش می گوید. به هر حال در فرض دوم، چون امکان دارد اقامه بینه بشود، وجهی ندارد که قول زن متبع باشد، در این زمینه شهادت زن ها متبع است. در نتیجه مرد که قبول دارد که اگر این زن این بچه را زائیده باشد بچه خودش است، باید با اقامه بینه بر ولادت بچه از زن بچه را بپذیرد و قبول هم نداشته باشد، قاعده فراش می گوید بچه او است.

در مسئله دوم که اصل دخول مسلم است و در وقت دخول اختلاف است، شهید اول در لمعه گفته قول زن مقدم است منتها باید قسم بخورد، ولی نکته

اینجاست که این مسئله دو صورت دارد، که در یک صورت اصل با زن است و در یک صورت اصل با مرد است، صورتی که مرد می گوید که از وقت دخول من کمتر از شش ماه گذشته است، اینجا اصل با مرد است، اما در جایی که مرد می گوید از دخول من بیشتر از اقصی الحمل گذشته، اصل با زن است و بین این دو صورت تفاوت هست، در مورد این که چرا شهید اول هر دو را یکسان فرض کرده و نیز درباره بیانات صاحب جواهر بحث کردیم، آن جا ایشان فرموده بود، در فرضی که دخول قطعی است و زمان دخول مشکوک است، غیر از قانون فراش قانون دیگری داریم به نام اصل لحوق به وطی محترم که این قانون اخص از قانون فراش است، چون باید در آن دخول قطعی باشد، در حالی که در قانون فراش قطعی بودن دخول معتبر نیست و با وجود شک در دخول، حکم می شود که بچه ملحق به فراش است، ولی در جایی که قطعاً وطیی واقع شده است، اگر شک شود که آیا این دخول موجب تولد فرزند هم شده یا نه؟ این قاعده حکم می کند که باید به این دخول ملحق کنیم، و فرقی هم ندارد که اختلاف در اقل مدت حمل باشد یا اکثر آن.

اشکال ما به این قاعده دوم این است که، صاحب جواهر در فرض اختلاف در دخول، به جای تمسک به قاعده فراش، اصل عدم دخول را مقدم می داند و قاعده فراش را جاری نمی کند، ولی در مسئله دوم که دخول قطعی است و هر یک از طرفین ادعایی دارند، و گاهی اصل با زن است و گاهی با مرد، ایشان اصل جاری نکرده و مستقیم این قاعده را اجرا می کند، فرق بین دو مقام برای ما مشخص نیست. البته اگر در همین مسئله زن و مردی که در مورد دخول توافق دارند، صرفاً در مورد الحاق اختلاف می کردند سخن صاحب جواهر صحیح بود ولی فرض آن است که در مورد زمان هم اختلاف دارند و هر یک چیزی را می گویند، مرد می گوید کمتر از شش ماه یا بیشتر از یک سال از مباشرت گذشته است، و زن

می‌گوید کمتر نبوده و بیشتر هم نبوده است، و لذا باید قانون مدعی و منکر این جا هم جاری شود. ولی ایشان جاری نمی‌کنند. به علاوه این که ایشان اصل را از کجا آورده برای ما معلوم نیست، چون در کتاب‌های سلف هم نیست، یک قانون عقلانی هم نداریم، البته اگر اطمینان باشد، اشکالی ندارد. ولی به هر حال ایشان وجهی ذکر نمی‌کند.

البته می‌توان جواب صاحب جواهر را به گونه‌ای دیگر بیان کرد تا اشکال فوق وارد نباشد؛ و آن این که اگر اختلاف بین زن و شوهر راجع به این باشد که آیا بچه از آن شوهر هست یا نیست، اینجا با قاعده فراش حکم می‌کنیم که بچه شوهر است، ولی اگر اختلاف به این نحو بیان نشود و بلکه ملزوم آن مطرح شده باشد، تا الحاق، به عنوان لازمه اثبات شود، دیگر قاعده فراش به کار نمی‌آید. مثل اختلاف در اصل تحقق دخول، که با قاعده فراش نمی‌توانیم اثبات دخول کنیم، چون مثبتات این قاعده حجت نیست، لذا باید سراغ اصل برویم، اصل هم اقتضا می‌کند که دخولی نشده باشد. ولی در مسئله‌ای که دخول قطعی است، و زمان دخول مشکوک است، قاعده فراش اصلاً جاری نیست، بلکه قاعده دیگری هست به نام اصل لحوق به وطی محترم، و آن این است که اگر دخول مشروعی محقق شد و حملی هم قطعی شد ولی استناد حمل به آن دخول مقطوع مشکوک شد، باید بگوییم این حمل به این وطی مشروع مستند است. و دیگر تفاوتی ندارد که بیش از این دو امر قطعی زن و مرد چه ادعا می‌کنند، چون این قانون جاری می‌شود و قاعده مدعی و منکر اینجا جاری نمی‌شود. در نتیجه این مسئله، با مسئله اختلاف در اصل دخول فرق دارد(1).

بیان صاحب ریاض: ایشان اشکال را به نحو دیگر جواب داده، و فرموده اگر

ص: 7849

1- (1) - استاد مدظله این بیان را به کمی تفصیل بیشتر نیز در صفحاتی قبل ذکر نموده و افزوده اند که صاحب جواهر بر اساس مبانی خود نمی‌توانند به این بیان متمسک شوند

می خواستیم با اصل عدم مسائل را حل کنیم، ممکن بود بین دو صورت اختلاف در اقل و اکثر حمل تفاوت قائل شویم، ولی در این مسئله، قانون فراش بر اصل استصحاب تقدم دارد. موضوع قانون فراش هم بچه ای است که از زن مدخوله به دنیا آمده، و اختلاف شده که به شوهر ملحق است یا نه؟ بنا بر این موضوع این قاعده دخول است، و در فرض اختلاف در اصل دخول، اصل عدم دخول، دخول را منتفی می کند و در واقع قاعده فراش را بلا موضوع می کند. و لذا اصل بر قاعده مقدم است. ولی در مسئله دوم دخول مقطوع است و موضوع فراش محقق شده است و قانون فراش بر استصحاب تقدم دارد، بنابراین، به استناد قاعده فراش، ادعای مرد که می گوید بچه من نیست، باطل می شود، چه مرد بگوید از وقت دخول کم گذشته و چه بگوید زیاد گذشته، و حرف زن مسموع است که مطابق قاعده فراش است. بنا بر این اگر هم اصلی در کار باشد، قاعده فراش جلوی اصل را می گیرد. به علاوه که ایشان می فرماید می توان گفت به جز قاعده فراش اصلی در کار نیست، زیرا در مقابل این اصل که قبلاً دخولی واقع نشده و بچه مستند به دخول مرد نیست، این اصل قرار دارد که دخول دیگری که منشأ این حمل شده باشد، در کار نیست، چون حادثی واقع شده است، آن حادث آیا وقاع این شوهر است یا وقاع یک شخص دیگری است، اصل می گوید آن واقع نشده و این هم واقع نشده است، متعارض می شود، پس با اصل نمی توان گفت حق با شوهر است، پس چون این دو اصل با هم تعارض می کنند و اصلی باقی نمی ماند. و باید به قاعده فراش متمسک شویم (1).

اشکال: مرحوم صاحب جواهر چنین اشکال می کند که اگر بپذیریم که در فراش دخول شرط است و موضوع فراش را دخول بدانیم، دیگر مسئله اختلاف در اصل دخول را نمی توان با قاعده فراش حل کرد، و باید سراغ اصل برویم. چون دلیل

ص: 7850

أخص من مدعا می شود. توضیح آن که: اگر بر فرض، زوج دو سال قبل مباشرتی کرده باشد و الآن هم اولادی به دنیا آمده باشد، قطعاً این اولاد مستند به مباشرت دو سال قبل نیست، ولی به دلیل همان مباشرت دو سال قبل عنوان فراش محقق است، حالا اگر اختلاف کردند که آیا مباشرت دیگری نیز واقع شده یا نه؟ و زن مدعی دخول شد (که اگر شده باشد بچه از آن است)، مسئله، مصداق مسئله اختلاف در اصل دخول می شود، و در عین حال فراش هم محقق است. پس این که صاحب ریاض می گوید در مسئله اول، قانون فراش جاری نیست، و نمی توانیم با قانون فراش حق را به زوجه بدهیم و باید با اصل حق را به زوج بدهیم، سخن اشتباهی خواهد بود، زیرا در بعضی فروض قطعی است که فراش محقق شده است و واقعه ای شده است، منتها واقعه ای که مقطوع است به ولد ارتباطی ندارد، پس فرمایش ایشان نمی تواند مصحح کلام قوم باشد، که در مسئله اول، اصل عدم دخول را جاری کرده اند. و اگر سخن ایشان درست باشد، در مثال ما هم چون فراشیت محقق است، منتها نمی دانند دخول شده یا نه، باید حکم کنیم که این بچه از او متولد شده است، این دخول واقع شده است و در نتیجه اگر دخولی واقع شده، بچه هم بچه زوج است. شاهد این نکته که در مسئله اول در نظر قوم فرقی ندارد که فراش قبلاً محقق شده باشد یا نه، این است که اگر فرض مسئله در جایی بود که حتی یکبار دخول هم مشکوک است باید بحث را مبتنی بر این نکته اختلافی می کردند که آیا به صرف خلوت، دخول ثابت می شود یا نه؟ و آیا ظاهر (اماریت خلوت بر دخول) مقدم است یا اصل عدم دخول؟ و باید مسئله را چنین مطرح می کردند که اگر به صرف خلوت حکم به دخول نکردیم و اصل را عدم دخول دانستیم، حال که بچه ای متولد شده، به مرد ملحق می شود یا نه؟ ولی چون چنین نگفته اند، استفاده می شود که ما چه اخذ به ظاهر بکنیم و زن را به صرف خلوت مدخوله فرض کنیم، و چه به اصل عمل کنیم و زن را مدخوله ندانیم، در هر

دو صورت مسئله اختلاف در دخول که مسئله اول ما بود مطرح است. پس موضوع مسئله اعم است. صاحب جواهر از این شاهد نتیجه می‌گیرد و جهی که ریاض برای عدم تمسک به فراش در مسئله اول بیان کرده ناتمام است.

تقد بر جواهر: به نظر ما اینکه کلمات فقهاء اطلاق داشته باشد، محل تردید است، چون این عبارت را که: «لو اختلفا فی الدخول»، به دو گونه می‌توان فهمید؛ یکی همان که مرحوم صاحب جواهر بیان می‌کند، یعنی اختلاف در دخولی که برای الحاق سببیت دارد، که اطلاق آن شامل هر دو صورت می‌شود، چه قطع داشته باشند که دخولی دو سال قبل واقع شده و چه قطع نداشته باشند. و از طرف دیگر می‌توان گفت منظور اختلاف در اصل تحقق دخول است و لو برای یکبار؟ یعنی اختلاف در این که زن مدخوله است یا نه؟ و نیز شاهی که ایشان برای اطلاق کلام فقهاء ذکر کرده قابل جواب است؛ به این صورت که ممکن است که این مسئله اصولاً مبتنی بر اماریت خلوت بر دخول و عدم آن نباشد، چون تفریع وقتی معنا دارد که تحقق خلوت قطعی باشد و بعد از خلوت اختلاف در تحقق دخول شده باشد، ولی در صورتی که خلوت نشده باشد یا خود خلوت مشکوک باشد، دیگر اخذ به ظاهر بی‌معناست. و روشن است که مسئله اختلاف در دخول اعم از این است که خلوت قطعی باشد یا نه؟ یعنی چنین نیست که مسئله اختلاف در دخول همیشه وقتی پیش بیاید که تحقق خلوت قطعی است. پس اختلاف در دخول مساله ای کلی است، و لزوماً متفرع بر تحقق خلوت نیست و ممکن است که خود خلوت هم مشکوک باشد، پس نمی‌توان گفت چون علما مسئله را بر اماریت خلوت بر دخول متفرع نکرده‌اند، معلوم می‌شود صورت مدخوله بودن زن را هم داخل بحث دانسته‌اند، ما دلیل قطعی نداریم. ولی از سوی دیگر کلام مرحوم صاحب ریاض خیلی صاف است، چون می‌فرماید جایی که فراش مشکوک است و قاعده فراش جاری نیست، به اصول مراجعه می‌کنیم، ولی در مسئله دوم که

فراش قطعی است، فراش مقدم بر اصول است و به آن تمسک می‌کنیم، که بیانی است روشن. پس به نظر می‌رسد اشکال جواهر بر ایشان وارد نباشد.

نکته دیگر این که به نظر ما هیچ وجهی ندارد که بگوییم قاعده فراش در جایی است که اصلاً اسمی از دخول که شرطش است و اسمی از سبب و حتی سبب منحصر هم نبرده باشند، و اگر اسم بردند، داخل در باب مدعی و منکر است و مسئله فراش کنار می‌رود. وجهی ندارد که اطلاعات ادله الولد للفراش را به اینجا حمل کنیم. و اگر فقها چنین کرده‌اند؛ ما احتمال می‌دهیم (حالا صحیح یا سقیم باشد) که مراد آنها این باشد که متیقن از قانون الولد للفراش که حضرت در مواردی پیاده کرده‌اند مواردی است که دو وطی واقع شده است؛ وطی زنائی عاهر و وطی که از فراش است، که الحاق به هر دو محتمل است، و لذا فرموده‌اند که الولد للفراش. اما شمول آن نسبت به صورتی که یکی زنا کرده و دیگری که فراش است اصلاً معلوم نیست که دخولی کرده باشد که محتمل الالحاق باشد، (حالا دخول بسیار با فاصله کالعدم است)، محل بحث است، و نمی‌توان به صراحت گفت الولد للفراش اینجا هم می‌خواهد أحد الدخولین را بر دیگری ترجیح دهد، و معلوم نیست چنین ظهور اطلاقی این را بگیرد، روی این جهت اگر اختلاف در دخول شد، اینها می‌گویند ادله فراش معلوم نیست این مورد را گرفته باشد و باید مطابق با اصول اولیه عمل کنیم. پس این که می‌گویند قاعده فراش بر اصول حکومت دارد، در جایی است که جریان قاعده فراش ثابت باشد، در این طور موارد اینها می‌خواهند بگویند قاعده فراش ثابت نیست. البته برای اطلاق گیری چندان نمی‌شود برهان اقامه کرد، بلکه به عرف القاء کنند که آیا قاعده شامل این صورت هم می‌شود که یک طرف اصلاً معلوم نیست و طیبی کرده باشد ولی دخول طرف دیگر قطعی باشد؟ اگر احراز شد که عرف حتی این صورت را می‌فهمد، قاعده فراش بر این اصول مقدم می‌شود. به هر حال، به ظن بسیار قوی مراد فقهاء این

است، و اینکه مرحوم صاحب جواهر می فرماید، نیست.

صاحب جواهر هم چنین در پاسخ به اشکال تعارض دو اصل عدم دخول و اصل عدم سبب دیگر برای حمل، می فرماید این اصل ها متعارض نیست، چون این اصل که حمل از دیگری نشده است، مثبتاتش حجت نیست، و لذا اثبات نمی کند که اقل مدت حمل از دخول زوج گذشته است، یعنی محتوای اصل دیگر را نفی نمی کند، بنا بر این تعارضی نیست.

از نظر ما این اشکال مرحوم صاحب جواهر وارد نیست، زیرا برای تعارض لازم نیست که آن اصل، ثابت کند که از زمان دخول به اندازه اقل مدت حمل گذشته است، همین که یک اصل بگوید عامل دیگری در کار نیست، و فرزند ملحق به دیگری نیست، و اصل دیگر هم می گوید که به زوج ملحق نیست، کافی است چون هر دو منشأ آثار است، اصل ها با هم متعارض می شوند، چون معنا ندارد که بچه به هیچ کس ملحق نباشد. بنا بر این لازم نیست آن اصل به عین موضوع این بیاید تا شما بگویید مثبت است و تعارض ندارد. این اشکال مرحوم صاحب جواهر هم درست نیست.

در مجموع به نظر می رسد برای توجیه عبارت مرحوم محقق و شهید اول که مشابه آن را در لمعه داشت، بیان ریاض درست است. در بحث قضاء در ملحقات عروه در اینکه میزان برای مدعی و منکر چیست، در مورد این مسئله که اگر مثلاً اختلاف در این بود که بیع واقع شده یا هبه؟ بیانی دارد، که محصل آن اینجا هم می آید. توضیح آنکه: گاهی اختلاف در وقوع دخول است، و این اختلاف مقدمه برای بحث الحاق بچه به مرد است، و کاری به سایر جهات و احکام دیگر دخول مثل استقرار مهر و... ندارد، او هم می گوید دخول نشده و بچه من نیست، این ادعای دخول و عدم دخول با نفس ادعای اینکه بچه تو هست یا نیست، یکی است. ولی گاهی اختلاف در دخول برای استقرار مهر است، یکی می گوید دخول

شده و در نتیجه استقرار مهر هست، و دیگری می گوید نیست. در اینجا اصل با منکر دخول است ولی در فرض اول اصل با مثبت دخول است، چون آن جا دخول مقدمه برای الحاق است. گاهی نیز اختلاف در مسئله دخول، مقدمه ای است برای هر دو مطلب الحاق و استقرار مهر، و مرد که منکر دخول است می خواهد هر دو را منتفی کند، در این فرض، تداعی پیش می آید، یعنی طرفین هم مدعی و هم منکرند، یعنی برای استقرار مهر زن مدعی است و به اعتبار مدعی بودن، باید اثبات کند و بینه بیاورد، ولی راجع به اینکه بچه مربوط به مرد است، زن منکر است و لازم نیست بینه بیاورد، و مرد هم همین طور است، اگر مرد بخواهد بگوید مهر استقرار ندارد، احتیاجی به اثبات ندارد ولی بخواهد بگوید بچه من نیست باید بینه بیاورد و اثبات کند که بچه او نیست.

در این مسئله هم که ادعای دخول کردند، هر سه نوع تصور می شود، آقایان این بحث را هم در باب استقرار مهر و هم در بحث الحاق عنوان کرده اند، و ظاهر کلماتشان در بحث الحاق، این است که این ادعاها مقدمه همان مسئله ای است که در آن باب مطرح هست، بنابراین، این که گفتند اگر زن و شوهر در مسئله دخول و عدم آن اختلاف دارند، چون در این باب، معنایش الحاق و عدم الحاق است، نباید بگوئیم که چون دخول لازمه فراش نیست پس زن مدعی دخول و مرد منکر است، چون در اینجا ادعا و انکار دخول، توطئه برای الحاق و عدم الحاق است، و اصولاً در بسیاری از مواقع شخصی که ادعایی می کند، احکام شرعی دیگر آن ادعا را نمی داند، و مثلاً نمی داند که یکی از احکام دخول، استقرار مهر است، و فقط با هدف اثبات الحاق مدعی دخول می شود. حال که ظاهر ادعا و انکار این است، بنابراین، اگر بگوئیم ملحق به مرد نیست، به همان دلیلی است که مرحوم صاحب ریاض فهمیده، یعنی قاعده فراش را در این جا نمی شود پیاده کرد، زیرا شرط الحاق فراش بودن است و فراش هم مشروط به دخول است، در اینجا که

شک در وقوع دخول داریم، اصل موضوع فراش از بین می رود، قهراً ادله فراش نمی تواند در اینجا پیاده بشود، چون اصل عدم دخول محکومته قاعده فراش نیست، ولی در مسئله دوم که دخول قطعی شده، محکومته قاعده فراش خواهد بود، و قاعده فراش تقدم دارد، پس به نظر می رسد که کلمات قوم همان مطلبی است که مرحوم صاحب ریاض می خواهد بفرماید، و فرمایش مرحوم صاحب جواهر خیلی با تکلف است.

آقایان بعضی جاها اصل آن را صریحاً ذکر کرده اند، مثل وسیله مرحوم ابن حمزه که صریحاً ذکر کرده که در فراش حقیقی بودن، و نیز در شبهه و ما بحکم الفراش می گوید که دخول و وطی معتبر است (1). ولی به نظر فهم عرفی ابتدایی، بالفعل این تسمیه ها، بر اساس شائیت یک شیء است نه بالفعل بودن آن. به نظر می رسد همین طور که بسیاری از لغویون فراش را گاهی به زوج و گاهی بالمرأه تفسیر کرده اند، و قید دخول هم نیآورده اند، دخول در مفهوم فراش دخالت نداشته باشد، البته اینکه در الحاق بگوئیم مطلق فراش الحاق ندارد، بحث دیگری است و ممکن است کسی تأملی داشته باشد. در کلی این قاعده که الولد للفراش، قیود و شرایط مطرح نیست و برای تحقیق باید روایات مسئله را بررسی کرد، در روایات مسئله هم شمول نسبت به موارد غیر دخول مشکل است، همه موارد مطرح شده مواردی است که دخول واقع شده است. به هر حال ممکن است بگوئیم هر چند در مفهوم فراش دخول معتبر نیست، ولی حکم فراشی که شارع مقدس جعل کرده، در فرض دخول است، ما هم در غیر مورد دخول پیدا نکردیم که کلمه فراش اطلاق کرده باشند. در عین حال ما معتقدیم که اگر ملاعبه شد و انزال در محل شد ملحق می شود، و اشکالی هم ندارد، در واقع فراش بودن به خاطر همین است، ازدواج کرده، چیزی هست و انزالی هم شده و زن هم حمل برداشته، ما نمی توانیم بگوئیم

ص: 7856

این به وسیله فجور واقع شده است. و این نکته را عرف به خوبی می فهمد که دخول مقدمه بحث الحاق است و الا اگر دخول شده باشد ولی قطعاً هیچ مایعی از مرد خارج نشده، نمی توان گفت ملحق است. فهم عرفی چنین است که دخول مقدمه انزال است و موضوعیت ندارد، و اگر قطعی باشد که انزالی شده و یا این که نشده همین بحث الحاق و عدم الحاق پیش می آید. بحث الحاق تعبد محض نیست بلکه شارع می خواهد بگوید حملی که مشکوک باشد که حرام یا حلال است، شما بگوئید حلال است. البته این فرض که بدون دخول انزال شده باشد در کلمات فقها نیامده است، فرض صاحب ریاض هم این است که مرد می گوید که اصلاً دخول نکرده و انزال هم نشده، و زن می گوید که دخول شده و انزال معتبر هم شده و بچه تو است، موردی که ما فرض می کردیم، اصلاً در کلمات فقهاء نیست.

بحث دیگر این است که در فرع دوم که دخول و ولادت قطعی بود و مدت حمل مشکوک بود، در یک فرض زن می گفت که بیش از شش ماه از دخول گذشته، و اصل هم این بود که نگذشته، در عین حال بر اساس قاعده فراش، فرزند به مرد ملحق شد، با اینکه شش ماه بودن مشکوک است. در اینجا معمول کلمات بزرگان این است که زن باید قسم بخورد تا الحاق ثابت شود. در جواهر می فرماید بعضی گفته اند که در اینجا احتیاج به قسم ندارد، زیرا احتیاج به یمین در جائی است که فرد منکر باشد، در حالی که در اینجا زن مدعی است، و اگر منکر می بود قسم لازم می شد. ولی در اینجا با اینکه مدعی است ما ملحق کردیم و گفتیم حرف زن متبع است، و اگر در جائی به وسیله دلیل خاص حکم به ثبوت ادعای یک طرف کردیم، دیگر «الیمین علی من أنکر» جاری نمی شود. در اینجا هم با این که زن مدعی است، ولی حکم بر اساس قاعده فراش ثابت شده، و دیگر احتیاجی نیست که زن قسم بخورد.

ولی به نظر ما همان طور که مرحوم صاحب جواهر مطابق دیگران گفته حق آن

است که زن باید قسم بخورد، توضیح مطلب آنکه؛ اگر معیار تعیین مدعی و منکر را موافقت و مخالفت با اصل استصحابی بدانیم، در اینجا باید بگوئیم زن مدعی است زیرا می گوید بیش از شش ماه از زمان دخول گذشته است، و سخش مخالف اصل استصحاب است، چون استصحاب می گوید هنوز شش ماه از زمان وطی نگذشته است. با این حال قول زن متبع است و شارع حرفش را معتبر دانسته، اما اگر بگوئیم میزان تعیین مدعی و منکر، فقط استصحاب نیست، بلکه منکر کسی است که قاعده ای که اعم از اصل یا اماره است، موافق او باشد، به گونه ای که اگر ادعایی در کار نبود، حق با او بود. فرقی هم ندارد که آن قاعده استصحاب باشد، یا چیزی که حاکم بر استصحاب است، حتی اگر خلاف استصحاب باشد. در این صورت عنوان منکر بر زن صدق می کند. بعضی برای تعیین مدعی چنین تعبیر می کنند که میزان، «لو ترک ترک» است، یعنی اگر ادعائی از طرف کس دیگری در کار نباشد، همین طوری چون قاعده و دلیل معتبر با آن طرف مقابل است، نمی گویند که تو قسم بخور بلکه حق از آن اوست. حال همان طور که ادعای طرف مقابل باعث شود که قسم الزامی شود، اینجا هم قسم لازم است. بنابراین، همان طور که مرحوم صاحب جواهر می فرماید، زن در هر صورت منکر است، چه حرفش مطابق اصل استصحابی باشد و چه مطابق با قاعده فراش باشد که حاکم و مقدم بر اصل استصحابی است، و قهراً باید قسم بخورد، به نظر می رسد که این صحیح باشد.

تولد بچه بعد از طلاق

در این زمینه مجموعاً از کلمات بزرگان سه مسئله استفاده می شود، یکی این است که اگر بچه ای بعد از عده متولد شد که از نظر مقدار زمان صلاحیت الحاق به مطلق داشت، آیا به مطلق ملحق می شود یا عده علامت برائت رحم است و شارع آن را اماره قرار داده بر اینکه زن دیگر حاملی از او ندارد و قهراً این حمل ملحق به

یک بحث هم این است که اگر در فرض بالا قائل شدیم که ملحق است که بسیاری می گویند ملحق است، اگر بعد از عده ازدواج دیگری کرد و حمل مشکوک شد که آیا از دوم است یا از اول است، با وجود گذشت عده و صحت ازدواج دوم، آیا فرزند به شوهر دوم ملحق است، یا چون مشتبه است، و صلاحیت الحاق به اول و دوم دارد، باید قرعه بزنیم؟

بحث سوم هم این است که در طلاق رجعی که می خواهیم مقدار حمل را حساب کنیم، از وقت طلاق باید حساب کنیم یا از وقت تمام شدن عده باید حساب کنیم و ببینیم اکثر حمل گذشته یا نگذشته است؟ مرحوم شیخ در بعضی از کتبش و بعضی من تبع مرحوم شیخ گفته اند که اکثر حمل را که می خواهیم معیار قرار بدهیم، از اول طلاق نیست و باید بعد از تمام شدن عده رجعیه را مبدأ قرار داد، چون خود ایام عده در طلاق رجعی حکم زوجیت را دارد، اگر محتمل شد که در همین ایام مباشرتی شده و منتقل شده، مثل مباشرت در ایام زوجیت حقیقیه خواهد بود.

مسئله: در شرایع و بعضی از کتب قدما عنوان شده است که: «لو طلقها فاعدت ثم جاءت بولد ما بین الفراق الی أقصى مده الحمل لحق به اذا لم توطئ بعقد ولا شبهه» اگر زنی طلاق داده شده، و بعد از عده، بدون آنکه عقد جدید یا وطی شبهه ای شده باشد، بچه ای به دنیا آمده، و معلوم نیست که آیا از باب فجور محقق شده، یا این از همین مرد بوده، یعنی زن حین طلاق حامله بوده و عده اش در حقیقت زائل نشده بوده است چون عده حامل وضع حمل است، در این صورت اگر امکان الحاق باشد، باید بگوییم که بچه همین مرد است.

راجع به بچه ای که بعد از طلاق متولد شده، بسیاری از کتب فقهی سابقین، مثل مرحوم شیخ طوسی، اصباح مرحوم کیدری، مرحوم محقق حلی، و دیگران، معیار

الحاق را این می دانند که از وقت طلاق به قدر اکثر حمل نگذشته باشد، ولی در کتب متأخر مثل وسیله، زمان طلاق را معیار نمی دانند، بلکه می گویند فاصله بین وطی زوج تا وضع حمل، معیار است. و ظاهر عبارات علمای سابقین هم آن است که طلاق صحیح را مورد بحث قرار داده اند، یعنی طلاق در طهر غیر مواقعه، که زن باید بعد از مواقعه حیض ببیند، و بعد که پاک شد، طلاق صحیح است. و روشن است که طلاق در حمل اثری ندارد، حال بحث این است که با وجود وضوح این مطلب، چرا متأخرین موضوع را وطی قرار داده اند، و سابقین، طلاق را ذکر کرده اند؟ و جالب است که معمولاً در کلمات شیخ در مبسوط تهافت زیاد است، ولی نسبت به این جهت هیچ نحو تهافت و اختلافی نیست.

برای توجیه این اختلاف این نکته کافی به نظر می رسد که مرحوم شیخ در جاهای مختلف نقل کرده که الحاق ولد، متوقف بر دخول نیست و اگر ملاعبه بکند و در اثر ملاعبه منی به رحم طرف منتقل بشود، در صورت شک در نسب بچه، باید به فراش ملحق کنند، اینها گفته اند کسی که می خواهد طلاق بدهد، هر چند در طهری که طلاق واقع شده، دخول نکرده و لذا طلاق صحیح است، ولی ممکن است ملاعبه کرده باشد، و ممکن است در اثر ملاعبه حملی برداشته باشد، پس این امکان وجود دارد که کسی متصل به طلاق ملاعبه کرده و از همان هم حمل ایجاد شده باشد، و اگر بخواهیم اقل زمان فرض کنیم، لزومی ندارد وطی یک سال یا دو سال قبل را حساب کنیم، همین که احتمال هست که با ملاعبه ملحق شده باشد، کافی است. و یا در این فرض که مشکوک است که حتی یکبار دخول محقق شده باشد، باز هم این احتمال که ملاعبه صورت گرفته باشد هست، و نیز این فرض که تحقق دخول محرز است ولی معلوم نیست که آن دخول متصل به طلاق بوده یا با فاصله بوده است؟ چون این احتمال وجود دارد که متصل به طلاق چنین مواقعه ای واقع شده باشد، لذا احتمال الحاق به مطلق نیز هست. پس به نظر

می رسد کسانی که معیار را محاسبه از زمان طلاق دانسته اند نه زمان وطی، به خاطر ملاحظه بوده نه این که غفلت کرده باشند و در واقع این آقایان متأخر یک مقدار این قسمت را مورد غفلت قرار داده اند و در کتاب ها حاشیه نزده اند. البته در جواهر تلاش کرده که این تعبیر را اصلاح کند، به وسیله مرحوم آقای سید ابو الحسن اصلاح شده اش را نوشته اند. جواهر قیدی را به عبارت افزوده است «ثم جاءت بولد ما بین (الوطی الذی لحقه) الفراق الی اقصی مده الحمل (1)»، گویا این قید کنایه است از این که آن وطی از فراق او است برای آخرین دفعه وطی می کند که بعداً طلاقش بدهد، مثلاً چنین تعبیری شده باشد. خلاصه تعبیر مسامحی است. به حسب معمول موارد و در اکثر مواردی که طلاق می دهند مدت ها منازعه است و گاهی بین اشخاص متارکه می شود، اکثر موارد حتی ملاحظه هم در کار نیست، این تسامح در تعبیر است.

ناگفته نماند که کلاً در بحث الحاق، فرض آقایان این نیست که شاید وطی نکرده باشد، این تصویری بود که ما می کردیم، که شاید در اثر ملاحظه چنین چیزهایی واقع شده باشد. به هر حال اگر قطعی باشد که از وقت وطی، اقصی الحمل گذشته ولی اقصی الحمل از وقت طلاق نگذشته، حتماً به مرد ملحق نیست.

مسأله: صاحب جواهر مسئله تولد بعد از طلاق را چنین قید می زند که به شرطی به زوج اول ملحق است که بعد از طلاق عقد یا وطی به شبهه ای نشده باشد، ولی اگر عقدی بعداً واقع شده و وطی هم محقق شده، و صلاحیت الحاق به عقد دوم وجود دارد، بچه به دومی ملحق است «اما اذا لحقه فراش آخر بعقد أو شبهه فان لم یمكن لحوقه بالثانی فهو للأول و ان لم یمكن لحوقه بالأول فهو للثانی و ان لم یمكن لحوقه بواحد منهما انتفی عنهما». توضیح آنکه گاهی فقط صلاحیت الحاق به زوج دوم را دارد و به او ملحق می شود، گاهی نیز فقط صلاحیت الحاق به اولی را دارد،

ص: 7861

که باید به همان اولی ملحق شود، و گاهی نیز امکان الحاق به هر دورا دارد، به این معنا که وطی این دوم از شش ماه کمتر نیست، و از آن اول هم از اقصی الحمل بیشتر نیست، در این صورت، به حسب روایاتی که هست، به دومی ملحق می شود، بلکه در شبهه هم می گویند همین طور است. البته صاحب جواهر در این فرض می فرماید: «ففی ترجیح الثانی أو القرعه قولان قد تقدم الکلام فیهما سابقاً و یأتی أيضاً، و لا ریب فی أن الأقوی منهما ما هو المشهور بین الأصحاب من کونه للثانی للنصوص التي فیہ الصحیح و غیره(1)». و البته گاهی نیز پیش می آید که صلاحیت الحاق به هیچ کدام را ندارد. در مورد این فرض، اصباح کیدری تفصیل قائل است و می گوید اینکه بعد از عده ازدواج کرده، اگر عده بائن باشد، به هیچ کدام ملحق نیست، ولی در رجعی به اول ملحق است. برای ما روشن نشد که مراد از این عبارت چیست؟ و شاید هم غلط چاپی باشد.

مسأله: «لو طلق امرأه فاعتدت و تزوجت أو باع أمته فوطأها المشتري أو أعتقها فاعتدت و نکحت ثم جاءت بولد لدون سته أشهر کاملاً فهو للأول و ان کان لسته أشهر فصاعداً فهو للثانی(2)»، در این مورد با مراجعه ای که کردیم شهرت با الحاق به فرد دوم است، روایاتی هم هست که می خوانیم؛

1. صحیح حلی؛ «عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا كان لرجل منكم الجارية يطئها فيعتقها فاعتدت و نکحت فإن وضعت لخمسه أشهر فانه من مولاه الذي أعتقها و ان وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فانه لزوجها الأخير(3)».

2. «محمد بن علی بن محمود عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن من رواه عن زراره قال

ص: 7862

1- (1) - توضیح استاد مدظله: اینکه ایشان می فرماید سابقاً بحث کردیم و بعداً هم می آید، راجع به وطی به شبهه در جلد 29 جواهر مفصل دارد، ولی این بحث را که اگر مشتبه شد، قرعه هست یا به دومی ملحق می شود، ما در مراجعه اجمالی که کردیم برخورد نکردیم، ممکن است با تفحص معلوم شود که کجا بحث کرده اند

2- (2) - جواهر الکلام، ج 31، ص 237

3- (3) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیبد و الاماء، باب 58، ح 1. جامع احادیث الشیعه، احکام الاولاد، باب 12، ح 6

سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل اذا طلق امرأه ثم نكحت وقد اعتدت و وضعت لخصمه أشهر فهو للأول و ان كان ولد أنقص من ستة أشهر فلامه و لأبيه الأول، و إن ولد لسته أشهر فهو للأخير(1)». به نظر ما این روایت را باید صحیح حساب کرد، زیرا ما مشایخ ابن ابی نصر را نقه می دانیم.

3. «علی بن الحسن عن جعفر بن محمد بن حکیم عن جمیل عن ابي العباس قال اذا جاءت بولدٍ لسته أشهر فهو للأخير و ان كان أقل من ستة أشهر فهو للأول(2)». این روایت موقوف است و اسمی از امام نبرده، ولی امثال این روایت، هم احتمال دارد که موقوف باشد و هم احتمال دارد که مضمومه باشد، یعنی ممکن است «قال» کلام ابا العباس باشد و روایت مضمومه می شود یعنی «قال المعصوم»، و اگر «قال» کلام جمیل است که می گوید ابا العباس قال، روایت موقوف می شود که به امام نسبت نداده. حال اگر بگوییم هر چند اجلاء اینگونه روایات اجلاء را به شکل فتوا نقل می کنند، ولی به هر حال از خودشان که نمی گویند، بلکه این تعبیرات یا عین حدیث است یا نقل به معنای حدیث است. چنان که مرحوم ابو علی طوسی پسر مرحوم شیخ طوسی می گوید اصحاب ما عند اعواز النصوص فتوای مرحوم علی بن بابویه را حکم منصوص قرار می دادند، چون فتاوایش مطابق نصوص بوده، کأنه نصی هست و فتوا می داده. منتها این که اصحاب فقط در هنگام اعواز النصوص چنین کاری می کردند نه همیشه؟ ممکن است به این دلیل باشد که فتوا را نقل به معنای روایت حساب می کردند، و یا ممکن است که آن فقهاء هم به گونه ای انسداد قائل بوده اند، و در نتیجه آن وقتی نصی در کار نبود از باب انسداد به فتوای علی بن بابویه مراجعه می کرده اند. خلاصه، ممکن است این فتوای اجلای اصحاب را هم مثل فتوای علی بن بابویه بدانیم و در نتیجه معتبر باشد. در سند هم

ص: 7863

1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 17، ح 11. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 11

2- (2) - وسائل الشیعه، همان، ح 12. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 12

علی بن حسن که ابن فضال است، فطحی ولی موثق و از اجلای ثقات است و در وثاقتش هیچ حرفی نیست، جعفر بن محمد بن حکیم توثیق صریحی ندارد، ولی همین علی بن حسن، از او اکثراً روایت دارد و او را شیخ خود قرار داده و نیز اشخاص دیگری مانند محمد بن حسین بن ابی الخطاب از او روایت دارند.

4. روایت جمیل بن صالح؛ عن محمد بن احمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن علی بن حدید، عن جمیل، عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام فی المرأه تتزوج فی عدتها قال یفرق بینهما و تعد عده واحده منهما فان جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخیر و ان جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول(1)». این روایت ناظر به وطی به شبهه است چون در عده تزویج کرده است. در نقل فقیه هم که گویا به آن اعتماد دارد، تعبیر کرده «و فی روایه جمیل بن دراج فی المرأه تتزوج... (2)». حال این که جمیل بن صالح صحیح است یا جمیل بن دراج، می توان گفت که شاید در سند قبلی برخی علی بن حدید را اشکال بکند، ظاهر فقیه آن است که صدوق به نقل جمیل اعتماد دارد، و به نظرش طریق معتبری بوده است.

5. روایت حسن صیقل «عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل أن یستبرئ رحمها قال بش ما صنع یتستغفر الله و لا یعود، قلت فانه باعها من رجل آخر فوقع علیها و لم یتستبرئ رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخر فوقع علیها و لم یتستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث فقال أبو عبد الله علیه السلام الولد للفراس و للعاهر الحجر(3)». این روایت که قبلاً هم بحث آن گذشت مقداری ابهام دارد، ولی از سایر روایات استفاده می شود که مراد از فراس، همین است که فراس فعلی دارد نه اینکه قبلاً فراس بوده است، چون می فرماید بچه ملحق به کسی است که بعداً حمل پیش او ظاهر شده است.

ص: 7864

1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب 17، ح 14 و نیز ابواب احکام الاولاد، باب 17، ح 13

2- (2) - کتاب من لا یحضره الفقیه، ج 3، ص 470، ح 4639

3- (3) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیید و الاماء، باب 58، ح 2. جامع احادیث الشیعه، ابواب نکاح العیید، باب 43، ح 2. کافی، ج

6. «عن الحسن الصيقل قال سئل أبو عبد الله عليه السلام و ذكر مثله الا أنه قال قال أبو عبد الله عليه السلام الولد للذی عنده الجاریه و لیصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(1)». این نقل دیگری است به طریق دیگری که معتبر است، حضرت می فرماید باید صبر کند و مباشرت نکند، ولی حالا به هر دلیلی که این کار را کرده، بچه ملحق است.

مقنع هم عین همین مطلب را نقل کرده است(2).

7. صحیححه سعید اعرج به دو طریق نقل شده است، یک طریقش موثق است و یک طریقش صحیح است، «عن أبی عبد الله علیه السلام قال سألته عن رجلین وقعا علی جاریه فی طهر واحد لمن یكون الولد؟ قال للذی عنده الجاریه لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(3)».

8. در آن روایتی هم که بحار از کتاب علی بن جعفر نقل کرده، همین طوری است «عن رجل وقع جاریه فباعها قبل أن تحيض فوطئها الذی اشتراها فی ذلک الطهر فولدت له لمن الولد؟ قال الولد للذی هی عنده فلیصر (باید فلیصبر باشد) لقول رسول الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر(4)».

در مقابل، فقط یک روایت محمد بن قیس است، «عن أبی جعفر علیه السلام قال قضی أمير المؤمنین علیه السلام فی ولیده جامعها ربها فی قبل طهرها ثم باعها من آخر قبل أن تحيض فجامعها الآخر و لم تحض فجامعها الرجلان فی طهر واحد فولدت غلاما فاختلفا فیها فسألت ام الغلام فزعمت انهما أتیاهما فی طهر واحد فلا أدری أيهما أبوه، فقضی علیه السلام فی الغلام انه یرثهما کلیمها و یرثانه سواء(5)». شیخ طوسی در ذیل این روایت چنین توضیح داده که گفته اگر دو شریک باشند و با هم در طهر واحد مواجهه بکنند، این موقع باید قرعه بکشند، و

ص: 7865

1- (1) - وسائل الشیعه، همان، ح 3. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 3

2- (2) - جامع احادیث الشیعه، همان، ح 4

3- (3) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیید، باب 58، ح 4. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 5. کافی، همان

4- (4) - وسائل الشیعه، همان، ح 7. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 6. بحار الانوار، بیروت، ج 10، ص 252

5- (5) - وسائل الشیعه، همان، ح 6. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 8

اما اگر مملوک نفر دوم است، یعنی اول مملوک یکی بوده و بعد هم مملوک دومی شده، ولی هر دو در یک طهر مواجهه کرده اند، دیگر قرعه مطرح نیست و باید به مالک دوم ملحق بشود، این روایت هم در مقام تقیه صادر شده است، چون موافق برخی از عامه است(1).

البته روایت دیگری هم هست که قرعه را مطرح می کند: «الحسین بن سعید عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله قال اذا وقع المسلم و اليهودی و النصرانی علی المرأه فی طهر واحد قرع بینهم فكان الولد للذی تصیبه القرعه(2)». در این روایت که صحیح است بحث از شرکاء هم نیست، و شاید اطلاق آن شامل موردی که مالک عوض شده نیز بشود، و البته از طرف دیگر ممکن است کسی جمعاً بین الادله بگوید که این روایت، حمل بر موردی می شود که چند شریک در طهر واحد مواجهه کرده اند، و مربوط به عوض شدن مالک ها نیست، این را می شود جمع کرد.

وطی به شبهه

بحث آن است که اگر در فراش دیگری، وطی به شبهه شد و معلوم نشد که بچه ای که به دنیا آمده، از فراش حقیقی است یا از واطی به شبهه، آیا اینجا هم به اخیر که واطی به شبهه است، ملحق می شود یا باید قرعه کشید؟(3)

از نظر روایات معتبر نمی توانیم الحاق به واطی اخیر را اثبات کنیم و باید به تفصیل قائل شویم. قواعد هم اقتضا نمی کند که به اخیر ملحق بشود. روایت معتبری نداریم که به اخیر ملحق بشود، حالا یا به حساب اینکه زوجه در عده بوده و یا اصلاً طلاق نداده، ولی چون وطی او متأخر از وطی مالک بوده، به وطی به

ص: 7866

1- (1) - تهذیب الاحکام، ج 9، ص 358، ح 1280

2- (2) - وسائل الشیعه، ابواب میراث ولد الملائعنه، باب 10، ح 1. تهذیب الاحکام، ج 9، ص 348، ح 1249. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 9

3- (3) - توضیح استاد مدظله: این مسئله در دو جا عنوان شده است؛ یکی در اوایل کتاب النکاح است که در جواهر در جلد بیست و نهم بحث کرده است، و یکی هم در همین مسئله الحاق الاولاد در جلد سی و یکم

مرحوم صاحب جواهر برای وطی به شبهه چهار روایت نقل کرده که فقط یکی از این روایات موضوعش وطی به شبهه است و روایات دیگر ناظر به موردی است که بعد از عده عقد کرده و ربطی به وطی به شبهه ندارد. که البته بحث درباره همه این روایات قبلاً گذشته است. یکی صحیحہ الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (1)، که زن عده را نگه داشته و بعد از عده که آن زوج اول اجنبی شده، از فراشیت به کلی خارج شده، این یک فراش جدید پیدا کرده، می فرماید ملحق به اخیر است، دیگری مرسله ابن ابي نصر عن من رواه عن زرارہ (2)، است که ما صحیح می دانیم.

روایت سوم، روایت ابی العباس است که بعید نیست مربوط به همین بحث باشد «قال اذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخیر (3)». که ظاهرش، زوج اخیر است نه واطی اخیر، و لا اقل اگر ظهور نداشته باشد، احتمال اقوا آن است که منظور زوج اخیر است. و بالاخره مرسله جمیل بن صالح عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام فی المرأة تتزوج فی عدتها قال یفرق بینهما و تعدد عده واحده منهما فان جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخیر (4)». فقط این روایت راجع به مسئله تزویج در عده است و حکم کرده که به اخیر ملحق می شود. این مصداق برای وطی به شبهه است. البته این روایت ناظر به وطی به شبهه ای است که با تزویج صورت گرفته باشد، و لذا ممکن است در موردی که بدون عقد، وطی به شبهه شده باشد، حکم مسئله تفاوت داشته باشد، چنان که فتاوی فقهای دیگر هم هست، و شاید مورد اتفاق باشد که قرعه باید کشیده شود. مثلاً- زن دیگری را خیال کند که زن خودش است، یا مملوکه خودش است و با اعتقاد به زوجیت یا مملوکیت وطی کند، اینجا فتاوا قرعه است، و اگر به فرض بخواهیم به این روایت عمل بکنیم، فقط همین صورت را شامل

ص: 7867

1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب احکام الاولاد، باب 17، ح 1

2- (2) - وسائل الشیعه، همان، ح 11

3- (3) - وسائل الشیعه، همان، ح 12

4- (4) - وسائل الشیعه، همان، ح 13

می شود که به تخیل ازدواج صحیح وطی کرده باشد، یعنی ممکن است ازدواج فاسد، در این جهت در حکم ازدواج صحیح قرار داده بشود. چنان که شهید اول می گوید در حج چیزهای فاسد حکم صحیح را دارد، مثلاً در حج افساد می گوید که حکم صحیح را دارد، اگر کسی وقاع کرد می گوید حکم صحیح را دارد و باید تمام کند. در این جا هم ممکن است کسی چنین چیزی را ادعا کند. ولی در جائی که صرفاً وطی به شبهه باشد، هیچ مدرکی برای الحاق به اخیر نداریم، و به نظر می رسد که «القرعه لکل أمر مشکل»، اینجا جاری است. البته اگر مقطوع بود که این بچه متولد شده، از وقاع شبهه است، به او ملحق می شد چون شبهه هم حکم نسب را دارد، ولی وقتی معلوم نیست، باید قرعه کشید. برای قرعه روایات صحیح السند هم هست، که قبلاً خوانده شد؛ مثل این روایت که «وطئ رجلان أو ثلاثاً جاریه فی طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً أقرع الوالی بینهم... (1)»، و مثل صحیح حلبی که «إذا وقع المسلم و اليهودی و النصرانی علی المرأه فی طهر واحد قرع بینهم فکان الولد للذی تصیبه القرعه (2)». به نظر می رسد که اگر صرفاً وطی به شبهه باشد و فراش متأخری ناشی از ملکیه یا تزویج به ظاهر صحیح در کار نباشد، آن موقع جای قرعه است، و بسیاری فتوا داده اند و شاید هم شهرت داشته باشد.

ولی از طرف دیگر وطی به شبهه در حکم صحیح فرض شده و در الحاق مثل ازدواج صحیح است، از تفاهم عرفی این طوری استفاده می شود، و اگر چنین نبود و فقط قاعده الولد للفراش بود، خیلی از مسائل مربوطه را نمی توانستیم حل کنیم، مثلاً زنی که طلاق بائن داده شده و با دیگری هم ازدواج نکرده، اگر چند ماه دیگر بچه ای به دنیا آورد، همه فتاوی اتفاقاً است که به خود زوج ملحق می شود، الولد للفراش معنایش این است که موقعی که فراش دارد اگر بچه ای متولد شده باشد، به

ص: 7868

-
- 1- (1) - وسائل الشیعه، ابواب نکاح العیبه، باب 57، ح 1. استاد مدظله پیش از این، این روایت را ذکر نکرده اند. (مقرر)
2- (2) - وسائل الشیعه، ابواب میراث ولد الملائعنه، باب 10، ح 1. تهذیب الاحکام، ج 9، ص 348، ح 1249. جامع احادیث الشیعه، همان، ح 9

فراش ملحق می شود، ولی کسی که طلاق بائن داده، پنج شش ماه هم گذشته، فراشی ندارد که به آن ملحق شود. چون موقعی که فراش بود اصلاً معلوم نبود حملی داشته باشد، بعد که ولدی به دنیا آمده، فراشش نیست، مع ذلک از روایات استفاده می شود کأنه اگر انسان احتمال داد که مربوط به فراش قبلی باشد، باید به آن ملحق کند، ولی همین روایات می گوید اگر یک فراش معتبر دیگری هم در کار بود، هر چند به هر دو محتمل الانتساب است، ولی باید به دومی ملحق کنیم، از این می شود استفاده کرد که چه به وسیله شبهه باشد و چه به وسیله عقد جدید باشد و صحت الحاق به دوم داشته باشد، باید به دوم ملحق کنیم و نباید قرعه بکشیم، شهرت بسیار قوی هم به همین مطلبی است که اینها به الحاق به دوم حکم کرده اند(1).

مرحوم شیخ در مبسوط هر دو فرع فوق را عنوان کرده است، فرع اول یعنی ازدواج بعد از عده در کتاب اللعان عنوان شده است و فرموده باید قرعه کشید و «عندنا» تعبیر می کند(2)، و مسئله بعدی یعنی مباشرت یا ازدواج جاهلانه در زمان عده، در کتاب العدد طرح شده است که عندنا قرعه کشیده می شود(3)، ولی مشهور بین امامیه در هر دو مسئله این است که به دوم ملحق است و قرعه نیست.

در مسئله اول بعضی با مرحوم شیخ طوسی موافقت کرده اند، مثل تحریر مرحوم علامه(4) که حتی بعد از عده حکم کرده، فخر المحققین فتوا داده(5) و در آن مسئله ای که در ایام العده ازدواج شده و بچه متولد شده است، با مرحوم شیخ در اینکه قرعه باید کشیده بشود، موافقت کرده، مرحوم کیدری در اصباح با مرحوم شیخ موافقت کرده است، جامع یحیی بن سعید هم گمان می کنم که جزء اینها

ص: 7869

1- (1) - چنان که در پاراگراف قبلی مذکور است ایشان ابتدا احتمال داده اند که شهرت با قرعه شد ولی در جلسات بعدی فرموده اند که شهرت بسیار قوی بر الحاق به دومی هست. ظاهراً نظر مبارک ایشان همین نظر اخیر باشد. (مقرر)

2- (2) - المبسوط، ج 5، ص 205

3- (3) - المبسوط، ج 5، ص 247

4- (4) - تحریر الاحکام، طبع قدیم، ج 2، ص 44

5- (5) - ایضاح الفوائد، ج 3، ص 260

است (1)، قواعد (2)، معالم الدین مرحوم ابن قطان، که در آنجا می گوید قرعه و یحتمل اینکه به ثانی ملحق باشد، در مسئله دوم هم اصباح کیدری و بعضی دیگر موافق شیخ هستند. خلاصه کم و بیش در هر دو مسئله قائلی وجود دارد.

اما در کتاب ها مباحث با هم خلط شده، در مورد ازدواج بعد از عده ممکن است کسی بگوید که از خود ادله عده استفاده می کنیم که اگر عده را بجا آورد و بعد هم تزویج صحیح شد، احکام تزویج صحیح بار می شود و قهراً حمل هم به دوم ملحق می شود. ولی گاهی این روایات را که راجع به بعد از عده است، در موردی آورده اند که تزویج باطلی در کار بوده و یا وطی به شبهه بوده است.

خلاصه، با هم خلط شده است، ممکن است کسی بین این موارد تفکیک بکنند، و در فرض وطی در عده بگویند می توان قرعه کشید. مرحوم علامه حلی این مسئله را در قواعد عنوان کرده که زنی بعد از طلاق و گذشت عده با دیگری ازدواج کرده و بچه ای متولد شده است، اینجا ایشان فرموده که به اخیر ملحق می شود و یحتمل القرعه (3)، یعنی در همین موردی که به حسب ظاهر شرع حکم می شود که بچه اخیر است، ایشان احتمال قرعه هم داده است. از طرف دیگر مرحوم فخر المحققین فرموده که فتوای مرحوم شیخ طوسی، قرعه است و اقوی هم نزد من همین است و به آن فتوا می دهم (4)، ولی با مراجعه مشخص می شود که مرحوم شیخ طوسی تعبیر به «عندنا قرعه» را در مبسوط در مورد کسی فرموده که جاهلاً در زمان عده ازدواج کرده و وطی هم کرده (5)، که وطی شبهه محسوب می شود، تعبیر

ص: 7870

1- (1) - با مقداری فحص در مظان مطلب چیزی که مؤید فرمایش استاد مدظله باشد مشاهده نشد. (مقرر)

2- (2) - قواعد الاحکام، ج 3، ص 99

3- (3) - قواعد الاحکام، ج 3، ص 99

4- (4) - ایضاح الفوائد، ج 3، ص 260

5- (5) - مرحوم شیخ این بحث را حداقل در سه موضع از جلد پنجم مبسوط بیان کرده، در صفحه 205 اشاره ای به این که وطی در عده فراش اول باشد ندارد، ولی در صفحات 247 و 308 که به مناسبت دیگری همین بحث را مطرح می کند موضوع بحث را وطی در عده فراش قبلی قرار داده و اشاره کرده که قبلاً این بحث گذشته است. و البته در صفحه 207 نیز حکم شبهه را با تعبیر «عندنا یقرع» بیان فرموده است. (مقرر)

عندنا هم ظاهرش عند الاماميه است. در واقع مرحوم فخر المحققين و نیز همشیره زاده مرحوم علامه سيد حميد الدين، سخن شيخ طوسي را با کلام علامه خلط کرده و در موضوعی که علامه مطرح کرده، گفته اند مرحوم شيخ طوسي قرعه را انتخاب کرده، در حالی که شيخ فرض مورد نظر علامه را طرح نکرده، و جائي را مطرح کرده که یقیناً وطی به شبهه است، یعنی وطی در زمان عده. و احتمالاً مرحوم علامه هم، همین اشتباه را کرده و تصور کرده که شيخ هم در فرض ازدواج بعد از عده قرعه را مطرح کرده و عندنا گفته، لذا بعد از فتوای خودش مبنی بر الحاق به فراش دوم، فرموده و یحتمل القرعه. از کلام جواهر هم خلط فهمیده می شود. مرحوم محقق نیز در دو جا بحث را عنوان کرده است؛ یکی در اوائل نکاح، که در مورد وطی به شبهه فرموده «استخرج بالقرعه علی تردد(1)» و البته مختار خودش الحاق به اخير است، در واقع ایشان در جایی که موضوع وطی به شبهه است، تعبیر علی تردد فرموده اند ولی در بحث جاری که بعد از عده ازدواج شده و بچه ای به دنیا آمده، بدون تردید می گوید ملحق به اخير است و این دو مسئله دو موضوع جدای از هم دارند.

مسئله: اگر زنی بعد از طلاق و اتمام عده، بدون اینکه با دیگری ازدواج کرده باشد، فرزندی به دنیا بیاورد، اگر از شش ماه متجاوز نباشد، مسلّم ملحق به اولی است، البته مبدأ شش ماه در باین اول طلاق گرفته می شود، ولی در رجعی مورد خلاف است که آیا از اول طلاق محاسبه می شود یا از اول انقضاء عده؟ چون گفته اند رجعی حکم زوجیت را دارد و کأنه از پایان عده باید گرفت و در واقع فرض کرده اند که اگر محتمل باشد در ایام عده رجعیه مباشرتی کرده باشد، ولد به او ملحق می شود، چون در حکم زوجیت است، اما در باین ملحق نمی شود، همین احتمال مباشرت در عده رجعیه کافی است که ملحق بشود، لازم نیست

ص: 7871

وطی ثابت بشود. پس کسی که طلاق باین داده شده، اگر بعد از اتمام عده و بدون ازدواج با دیگری، اگر از انقضای عده، اکثر از شش ماه گذشته، ولی اکثر حمل نگذشته است، چه حکمی دارد؟ در این مورد مرحوم شیخ طوسی و بعضی دیگر از موافقین ایشان، گفته اند که الحاق به زوج نمی شود، در واقع یعنی اگر عده باین گذشت دیگر ملحق نمی شود، هر چند احتمال الحاق ثبوتی هست، ولی شرعاً ملحق نیست. مرحوم شیخ در دو جا تعبیر دارد؛ یکی این است که اگر خودش ادعاء کرد که عده من منقضی شده، و بعد از آن شش ماه گذشت، باید بگوییم دیگر این بچه ملحق به آن مرد نیست، بعضی گفته اند وقتی زن مدعی انقضای عده می شود در واقع مدعی می شود که حامله نیست، پس خودش اقرار کرده که من این را از جای دیگری آورده ام، دیگر بعد از این نمی تواند اعتراف کند و بگوید بچه این شوهر است. البته در برخی تعبیرات دیگر کلمه اقرار ندارد، یعنی به حسب قواعد ظاهریه عده اش تمام شده بود، مثلاً حیضی دیده، حالا دو حیض یا هر چه هست، و بیش از شش ماه هم گذشته است و بعد بچه به دنیا می آید، باز هم شیخ طوسی در خلاف با اینکه اقراری هم در کار نبوده که اخذ به اقرار او بشود، دعوی اجماع می کند که به اولی ملحق نمی شود، بعضی دیگر هم احیاناً یا احتمال داده اند یا پذیرفته اند، ولی این حرف را اکثر قریب به اتفاق قبول نکرده اند و قاعده اش هم همین است، چون این اجماعاتی که مرحوم شیخ ادعا می کند، اکثرش محل مناقشه است، آن اجماعی که ما می خواهیم نیست، حالا هر طور توجیهی داشته باشد، نمی توانیم از بچه ای که صلاحیت الحاق به اولی دارد، سلب صلاحیت الحاق کنیم. البته در موردی که هنوز شش ماه نگذشته است و ازدواج هم نکرده است، بچه ملحق به اولی است، شارع آن فراش را مقدم داشته است، مورد اتفاق هم هست، و کسی هم اختلاف نکرده است، هر چند بعد از عده بوده است، ولی آن عده فایده ای ندارد.

خلاصه، به نظر می‌رسد که هم به حسب فتاوی‌ای قریب به اتفاق و هم از نظر روایات، امکان الحاق به اولی داشته باشد، صرف گذشتن شش ماه بعد از اولی هیچ جهتی ندارد، به آن دعوی‌ای اجماعات نمی‌توانیم اعتماد کنیم و حق با دیگران است.

«و السلام»

ص: 7873

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

سنن ولادت:

مراد اموری است که بعد از ولادت مستحب و یا گاهی واجب است.

بحث ختان:

یکی از مستحبات، ختنه مولود در روز هفتم است. عبارت مرحوم محقق این است:

«أما الختان فمستحب يوم السابع ولو اخر جاز ولو بلغ ولم يخن وجب ان يخن نفسه»

در بحث ختان ما به 3 مسئله می پردازیم:

1 - آیا ختان فی حد نفسه واجب است یا مستحب؟

2 - بر فرض که ختان واجب باشد آیا قبل از بلوغ بر ولی به نحو واجب موسّع ختنه پسر واجب است و یا بر ولیّ مستحب است. و چنانچه ولیّ ختنه نکرد، وقتی خودش بالغ شد باید بجا بیاورد.

3 - حکم خنثای مشکله چیست؟ آیا بر خنثی مشکله، ختان واجب است؟

1 - وجوب ختان:

یک بحث کلی این است که آیا ختان فی حد نفسه واجب است یا خیر؟

الف - بیان اقوال:

قبل از مرحوم شیخ در مسئله ختان چیزی پیدا نکردیم. مرحوم کلینی فقط روایت نقل کرده و مختار ایشان از عنوان باب هم فهمیده نمی شود (1). مرحوم صدوق در فقیه تعبیر «الختان سنه للرجال و مکرمه للنساء» دارد که البته این تعبیر مأخوذ از روایت است، اگر چه صدوق به عنوان کلام خودش آن را آورده است. در

ص: 7874

1- (1) - عنوانی که ایشان برای این بحث انتخاب کرده «تطهیر» است

هدایه هم همین تعبیر را از امام صادق علیه السلام نقل کرده است. در کلمات سید مرتضی هم به چیزی برخورد نکردیم. از مرحوم شیخ مفید نیز صراحتاً به چیزی برخورد نکردیم. اما گاهی کلمات برخی از بزرگان مشعر به این است که گویا نمی خواهند آن را واجب بدانند. مثلاً مرحوم شیخ مفید دارد که مستحب است روز هفتم ختنه شود ولی اصل این که ختنه جزء واجبات است را ندارد. در غنیه مرحوم ابن زهره و وسیله مرحوم ابن حمزه هم همین طور است. سید ابن زهره در غنیه می گوید چند چیز مستحب است یکی اینکه اسم بگذارند و دیگر اینکه سر تراشند و یکی هم عبارت از این است که روز هفتم ختنه کنند. اما بعداً متعرض نمی شود که اگر این مستحب عمل نشد، پس از بلوغ آیا خودش وظیفه دارد خود را ختنه کند یا نه؟ مستحب را متعرض شده اما واجبش را متعرض نشده است. این سکوت یک مقداری مشعر به عدم وجوب است. در وسیله ابن حمزه هم همین طور است.

احتمالاً بعضی کتاب های دیگر هم باشد. البته اینها ظهوری نیست که بشود به آن اعتماد کرد ولی طوری است که انسان تردید می کند آیا اینها واجب می دانستند و عنوان نکرده اند یا اصلاً واجب نمی دانسته اند.

مرحوم شیخ طوسی و بعدی ها تا زمان مرحوم صاحب حدائق، همه فتوا به وجوب داده اند. و کسی که راجع به وجوب مناقشه کرده باشد نقداً پیدا نکردیم.

مرحوم صاحب حدائق هم کلام صریحی ندارد بلکه فقط می فرماید با روایات نمی شود اثبات وجوب کرد و عمده اجماع در مسئله است. یک جا هم تعبیر به الاجماع المدعی کرده است. منتها مرحوم صاحب جواهر می فرماید که مرحوم صاحب حدائق مایل به عدم وجوب است. من فکر می کنم چون مذاق مرحوم صاحب حدائق در باب اجماع این است که آقایان در نقل اجماع تسامح دارند لذا نمی شود به آن اعتماد کرد، نخواسته این مسئله را باز کند و گفته مدرک روایتی نداریم و عمده اجماع است. نخواسته بگوید اجماع هم اشکال دارد. روی ذوق

موارد دیگرش مرحوم صاحب جواهر این برداشت را کرده که مایل به عدم وجوب است. چون صاحب حدائق می گوید روایات ظاهر در استحباب است و عمده در این مسئله اجماع است و اما نسبت به وجود اجماع سکوت می کند. مرحوم صاحب جواهر از این سکوت به ضمیمه سایر موارد که اجماع را صاحب حدائق تسامحی می داند، برداشت کرده که مایل به عدم وجوب است.

از مرحوم حاج شیخ فضل الله نوری نقل شده که ایشان شاگرد میرزای شیرازی بوده است. مرحوم میرزا مسافرتی می کند. ایشان درس مرحوم حاج شیخ رازی می رود که فقیه عرب بوده و سبک فقه جواهری و فقه کاشف الغطاء داشته است.

از مرحوم حاج شیخ فضل الله نقل شده که می گفت آخر بحث که می شد مثلاً مناقشه در روایات بود، بعد می گفت العمده الاجماع آن بغل دستی هم می گفت که العمده الاجماع تحویل به بغل دستی خودش می داد و او هم می گفت العمده الاجماع و همین طور می چرخید تا دوباره به خودش می رسید. فردا هم همین طور بود. هر روز مسئله با العمده هو الاجماع حل می شد. خلاصه اگر مخالفی باشد در بین متأخرین فقط مرحوم صاحب حدائق است. البته شنیدم یکی از علمای معاصر نجف هم که مطرود جامعه نجف بوده، به عدم وجوب ختنه فتوا داده بوده است که خیلی سر و صدا ایجاد کرده بوده است.

ب - بیان اجماع و بررسی آن:

تعبیرات مختلفی راجع به دعوای اجماع در مسئله هست. اول کسی که شبیه به اتفاق تعبیر کرده مرحوم ابن ادریس است که عندنا تعبیر می کند. سپس مرحوم محقق در نکت النهایه می گوید اصل وجوب ختنه مورد اتفاق امامیه است. شهید ثانی، مرحوم صاحب مدارک، مرحوم صاحب کفایه و اشخاص دیگر و شاید مرحوم فیض ادعای اجماع علمای اسلام و نه فقط امامیه کرده اند منتها از کلام مرحوم شیخ در خلاف استفاده می شود که وجوب ختنان در بین اهل سنت

اجماعی نمی باشد و بعضی قائل به استحباب آن هستند. مرحوم شیخ در خلاف می فرماید خراسانیین از اصحاب قائل به استحباب ختان می باشند و آن را مانند وتر و اضحیه می دانند. اگر وجوب ختان مورد توافق عامه می بود و خلافتش در امامیه نبود و از ناحیه معصوم تعرضی نشده بود، از تقریر معصوم حکم مسئله استفاده می شود و همین برای صحت مسئله کافی بود. ولی با توجه به اختلافی که وجود دارد و مرحوم شیخ در خلاف آن را نقل کرده است، از این راه نمی توانیم استفاده کنیم.

البته از آنجا که مرحوم علامه در مختلف الشیعه از شیخ مفید و متقدمین بر شیخ مفید، مطلبی بر خلاف این مطلب نقل نکرده است روی هم رفته می شود ظن قوی پیدا کرد که این مسئله بین شیعه همین طور بوده است که واجب می دانستند و در بین شیعه مسئله جزء خلافیات نیست و الا در مختلف آن را عنوان می نمود. منتها خیلی از کتب هست که خیلی از مسائل حتی واجبات را ننوشته اند، حتی در کتاب های مفصل ما گاهی مسائلی است که در آنها نوشته نشده و در کتاب های دیگری نوشته شده است. و لذا عدم ذکر در کتاب مختلف تنها برای تأیید خوب است. اما به هر حال در اینکه شهرت خیلی قوی در مسئله هست تردیدی نیست و تقریباً مخالف صریحی هم دیده نشده است. بعضی ها هم که واجب بودن ختان را متعرض نشده اند، احتمالاً به این علت بوده که عنوانی که مطرح نموده اند، تشریفات مولود بوده است. لذا ضمن تشریفات مولود به عنوان استحباب ختان را ذکر کرده اند. و اما اصل ختان جزء تشریفات مولود نیست، از احکامی نیست که به عنوان اینکه تازه به دنیا آمده است بخواند اجرا شود، بلکه می خواهد تازه باشد و می خواهد تازه نباشد، حکم خاص خود را دارد. لذا خیلی ملزم نبوده اند که در آنجا این بحث را ذکر کنند.

تنبیه: بیان عبارات شیخ در مبسوط و خلاف

بحث ختان در کتاب الحدود در مبسوط مطرح شده است (1). که چون فوایدی بر آنها مترتب است، عبارات را می خوانیم و توضیح می دهیم:

الف) عبارت مبسوط: الختان فرض عند جماعه فی حق الرجال و النساء و قال قوم هو سنه یأثم بتركها و قال بعضهم واجب و لیس بفرض و عندنا انه واجب فی الرجال و مکرمه فی النساء.

سه گروه اول بین زن و مرد فرقی نگذاشته اند اما گروه اخیر که مراد ظاهراً طایفه امامیه است چون عندنا تعبیر نموده است، بین مرد و زن تفصیل قائل شده اند.

حالا ببینیم این عبارت چه می خواهد بگوید.

مقدمه باید بگویم اصطلاح سند در قدیم و در روایات با سنتی که مصطلح فعلی است تفاوت دارد. در اصطلاح فعلی سنت در مقابل واجب است اما در کلمات قدما و روایات سنت مقسم برای واجب و غیر واجب است (2).

و اما مراد از کلمه فرض که هم در قدیم اطلاق می شده و هم در روایات هست، اموری است که واجب مستقیم الهی است و ما فرضه الله است و پیامبر صلی الله علیه و آله آنها را نیاورده است.

حال شیخ در ابتدا می فرماید بعضی گفته اند ختان، واجب مستقیم الهی است (فرض) و در مقابل برخی قائل شده اند (سنه یاثم بتركها) ختان از اموری است که

ص: 7878

1- (1) - این بحث در کتاب الحدود در بخشی که مربوط به اشربه محرمه است بعد از بحث خمر ذکر شده است. این به نظر نامأنوس می آید. در مورد اینکه چه تناسبی بین بحث ختان و بحث اشربه هست می توان گفت که مشابه این در کافی هست آنجا که بحث غنا را در کتاب الاشربه ذکر کرده است. علتش این است که گاهی یک شیء دارای مقارنات غالبی است و به تناسب آن مقارنات غالبه هم ذکر می شود. مثلاً معمولاً همراه شرب خمر ساز و آواز هم هست. به خاطر این تناسب، در بحث شراب، غنا را هم کلینی ذکر کرده است. اینجا هم به احتمال قوی ختان که مخصوص اسلام نیست، تشریفات همراه آن بوده است و الآن هم علی القاعده باشد. شاید یکی از آن تشریفات پذیرایی افراد با مسکر بوده است به این تناسب ختان را بحث اشربه هم آورده اند. چون جزء مقارنات غالبیه بوده است

2- (2) - این کلام استاد به جهت رفع تنافی متوهم در تعبیر «سنه یاثم بتركها» می باشد. (مقرر)

پیامبر صلی الله علیه و آله آورده و از باب ما آتاکم الرسول فخذوه است که به نحو غیر مستقیم از ناحیه حق تعالی واجب شده است.

تقابل بین این دو معنا واضح است و اشکالی ندارد. اما گروه سوم که گفته اند واجب لیس بفرض، به چه معناست و چگونه باید آن را مقابل با دو قول قبل دانست؟ ظاهر این تعبیر آن است که واجب اوسع از فرض است.

ممکن است واقعاً آنها که گفته اند سنه یاثم بترکها و آنها که گفته اند واجب لیس بفرض، هر دو یک چیز بخواهند بگویند. منتها چون به هر حال احتمال مغایر بودن مراد آنها هم می رفته است لذا مرحوم شیخ خواسته عین تعبیرات را بیاورد. لذا هر دو تعبیر را ذکر کرده است. از طرف دیگر نیز ممکن است از روایات استفاده بشود که سنت در مواردی اطلاق می شود که تأکید شده باشد و به صورت اجرا در آمده باشد، خواه واجب بوده باشد و خواه مستحب. و لذا کسانی که گفته اند سنه یاثم بترکها، مرادشان سنه واجبه است که اخص مطلق از واجب بوده و به معنای مسئله واجبی است که تأکید در آن بوده و دستور هم داده شده و به حالت اجرا هم در آمده است و اما واجب لیس بفرض، چنین معنایی را افاده نمی کند و لذا شیخ هر دو تعبیر را جداگانه آورده است.

و از سوی سوم کثیراً واجب به معنای ثبوت است. واجب را با مصطلح فعلی خودمان نباید تفسیر کنیم واجب به معنای ثابت است. اموری که در شریعت هست گاه ثابت است و گاه ثابت نیست. امور ثابت گاه به عنوان وجوب ثابت است و گاه به عنوان استحباب ثابت است. آنها که گفته اند واجب و لیس بفرض ممکن است بخواهند بگویند قانون ختان در شریعت مطهره ثابت است ولی فرض نیست و مستحب است.

خلاصه از آنجا که معلوم نیست دو تعبیر سنه یاثم بترکها و واجب لیس بفرض، متحد المعنی باشند و یا مغایر باشند، وظیفه مرحوم شیخ این است که عین

تعبیرات را بیاورد. اما عبارت خلاف، ابهام موجود در کلام فوق را برطرف می کند.

ب) عبارت خلاف: روی اصحابنا ان الختان سنه فی الرجال و مکرمه فی النساء الا انهم لا یخیرون ترکه فی الرجال فانهم قالوا انه لو أسلم و هو شیخ فعلیه أن یختن و قالوا ایضاً لا یتم الحج الا به لانه لا یجوز ان یطوف بالبتت الا فختتاً و هذا معنی الفرض علی هذا التفصیل:

یعنی در اینجا همان خاصیت فرض وجود دارد. کانه ما هم می خواهیم به فرض قائل شویم و معنای فرض در اینجا هم هست. عین فرض نیست منتها از نظر لزوم اتیان حکم فرض را دارد که انسان باید بجا بیاورد. سنتی است که در لزوم اتیان با فرض که واجب مستقل الهی است، حکم واحد دارد.

سپس می فرماید: «وقال أبو حنیفه سنه یأثم بترکها هذا قول البغدادیین من اصحابه» در این عبارت دو احتمال می رود یکی اینکه ابو حنیفه می گوید سنه یأثم بترکها و بغدادیین هم همین حرف را می زنند. احتمال دوم اینکه بغدادیین از اصحاب از ابو حنیفه این قول را نقل کرده اند که می گوید سنه یأثم بترکها(1).

سپس می فرماید: «وقال اهل خراسان منهم هو واجب مثل الوتر و الاضحیه و لیس بفرض» یعنی خراسانی های از اصحاب گفته اند ختان یک واجب استحبابی است و فریضه نیست. از تنظیر به وتر و اضحیه معلوم می شود که مراد از واجب غیر فرض یعنی چیزی که ثابت در شریعت است و لکن فریضه نیست و ثبوتش مثل ثبوت وتر و اضحیه که مستحب اند می باشد. از این عبارت، ابهام عبارت مبسوط رفع می شود که مراد از واجب و لیس بفرض همان ثبوت غیر الزامی است. سپس می فرماید: «وقال الشافعی هو فرض علی الرجال و النساء دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم...»: کیفیت استدلال ایشان بر مختار خودش مبهم است. محصلش این است که چون خود عامه روایت انه سنه للرجال و مکرمه للنساء را نقل کرده اند لذا ختان آن فریضه ای که واجب الهی باشد نیست.

ص: 7880

ج) دلیل ضرورت: مرحوم صاحب جواهر می فرماید اصل ختان واجب است.

عبارات ایشان چنین است: «الختان واجب فی نفسه» ختان یک وجوب نفسی دارد و یک وجوب شرطی دارد. اینکه طواف بدون ختان باطل است و به عبارت اخری شرط صحت طواف، ختان است، وجوب شرطی ختان است و اما چنانچه کسی اصلاً نمی خواهد طواف انجام دهد، باز هم فی نفسه لازم است ختنه شود. این وجوب نفسی ختان است. سپس می فرماید:

«للضرورة من المذهب والدين التي استغنت بذلك عن تظافر النصوص كغيرها من الضروريات»

ایشان مسئله ختان را از اجماع بالاتر می داند. توضیح آنکه اجماع در مواردی است که فقها در آن مسئله اتفاق کرده اند اما گاه ممکن است مسئله ای ضروری فقه باشد به این معنا که اشخاصی که وارد فقه می شوند، بالضرورة و خیلی روشن می دانند که فقیه باید به این مسئله فتوا دهد. این مرحله از اجماع بالاتر است. از این مرحله بالاتر اینکه مسئله ای ضروری عمومی باشد یعنی نه تنها فقها بلکه فقیه و عوام همه می دانند که مطلب چنین است. مثلاً نماز را همه می دانند که واجب است و اختصاصی به فقیه ندارد. روزه و حج و زکات نیز همین طور است. اینها ضروری مذهب هستند. مرحوم صاحب جواهر، ختان را نیز از همین قبیل یعنی ضروری مذهب می داند.

(ضروری مذهب مسئله ای است که حتی کسانی که تازه وارد جامعه مسلمانان شده اند و یک مقدار بمانند، می دانند که آن مسئله جزء اسلام است. دیگر عوام و خواص ندارد. همه می دانند که اسلام نماز دارد، روزه و حج دارد(1)).

ایشان می فرماید مسیحی ها ختنه ندارند اما یهود و مسلمانان ختنه دارند و هر

ص: 7881

1- (1) - البته گاه کسانی که تازه از خارج آمده اند و تازه مسلمان شده اند ولی هنوز وارد جامعه اسلامی نشده اند، قاصر محسوب می

شوند

کسی که وارد اسلام بشود می فهمد که ختنه در اسلام هست. و سپس می فرماید این طور مسائل یعنی ضروریات مذهب و دین احتیاجی به نصوص ندارد تا در نصوص بحث کنیم.

(د) ادله مرحوم صاحب حدائق بر استحباب ختان:

مرحوم صاحب حدائق می فرماید روایات ظهور در استحباب ختان دارند.

چون روایاتی که چیزهای حنیفیه که حضرت ابراهیم علیه السلام آورده را می شمارد، ختان را نیز در عداد آن امور ذکر کرده اند و آن امور و آداب مستحب اند و از ذکر ختان در سیاق آن امور مستحب می فهمیم ختان هم مستحب است. عمده دلیل ایشان همین است. اول دلیلی که خیلی اشخاص بر استحباب ذکر می کنند نیز همین است (1).

دلیل دیگر صاحب حدائق روایت الختان فی الرجال سنه و مکرمه فی النساء است که در آن سنت ظهور در استحباب دارد و با ادله ظاهر در وجوب معارضه می کند.

نقد کلام صاحب حدائق:

دلیل عمده مرحوم صاحب حدائق سیاق است. سیاق ممکن است فی الجملة اشعاری بیاورد ولی ظهوری که قابل استناد باشد نیست. مثلاً گاهی می خواهند از

ص: 7882

1- (1) - بعضی از روایاتی که ایشان به آنها استدلال می کند عبارتند از: 1 - عن هشام بن سالم عن ابی عبد الله علیه السلام قال: من الحنیفیه الختان (الکافی، ج 6، ص 36) 2 - عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام: من سنن المرسلین الاستنجاء و الختان. 3 - فی تفسیر العیاشی عن زراره عن ابی جعفر علیه السلام: ما ابقت الحنیفیه شیئاً حتی ان منها قص الاظفار و اخذ الشارب و الختان (تفسیر عیاشی، ج 1، ص 388). 4 - عن طلحه بن زید عن جعفر بن محمد عن ابیه عن آبائه عن علی علیه السلام قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله ان الله عز و جل بعث خلیله بالحنیفیه و امره باخذ الشارب و قص الاظفار و نف الابط و حلق العانه و الختان (همان). سپس مرحوم صاحب حدائق می فرماید: روشن است که آمدن ختان در ضمن امور مستحبی قرینه بر استحباب ختان است. اگر هم روایاتی باشد که ظهور در وجوب داشته باشد مانند: عن السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام قال امیر المؤمنین علیه السلام: اذا اسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانین سنه (الکافی، ج 6، ص 37). جمعاً بین الادله ما این روایات را حمل بر مستحب مؤکد می کنیم

تاسیسات و اموری که یک پیامبر آورده بگویند در این موارد ممکن است واجب و مستحب را با هم ذکر کنند. نمی توان گفت چون چند امر مستحبی را ذکر کرده پس نباید امور الزامی را بگوید.

بر فرض هم که سیاق دلیل باشد به حسب ظن قوی مراد از ختانی که در اینجا هست ختان الاولاد است. ختان اولاد که جزء سنن حضرت ابراهیم است مستحب است. اگر واجب باشد اصل الختان واجب است و بحث ما در مورد اصل الختان است و مصداق های رایجی که در شریعت پیامبر است همان ختان در حال بچگی است مرسوم و متعارف نیست که بزرگان را ختنه کنند. در بعضی از روایات دیگر هم آمده که ختان الصبی از سنن است. بعید نیست در مواردی که ختان به طور مطلق از سنن شمرده شده مراد همین ختان الصبی باشد یا ختان روز هفتم باشد که مستحب است و به عبارت دیگر به عنوان تشریفات مولود که در روز هفتم می گرفته اند، اموری را ذکر نموده اند که ختان نیز جزء آنها است و این یعنی ختان جزء مستحبات آن ایام است، اما اینکه اصل ختان آیا واجب است یا نه، این روایات دلالتی ندارد.

اما دلیل دوم صاحب حدائق را هم به این صورت جواب داده اند که سنت در اصطلاح متأخرین اگر چه در مقابل وجوب است اما در روایات و شاید هم در کتب فقهی قدیمی، مسلماً به معنای طریقه ای است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن را اجرا کرده اند و به مرحله عمل رسیده باشد خواه آن طریقه وجوبی باشد و یا استحبابی باشد.

بنابراین تعبیر به سنت در این روایت با ادله وجوب معارضه ندارد. در بسیاری از روایات کلمه سنت در مسلم الوجوب به کار رفته است.

ه) روایاتی که برای وجوب ختان به آنها استدلال شده است.

1 - روایتی که در عیون آمده است و در آن مأمون به حضرت رضا علیه السلام می گوید من می خواهم محض اسلام را بدانم و سپس از حضرت خواسته که اسلام را به او

معرفی کند. حضرت رضا علیه السلام یک رساله ای مرقوم داشتند و برای او فرستادند. در ضمن آن رساله می فرمایند: الختان سنه واجبه للرجال و مکرمه للنساء(1).

در مورد این روایت ممکن است اشکال شود که کلمه «واجبه» معلوم نیست به معنای همان وجوب اصطلاحی باشد، لذا ما هم روی این روایت خیلی تاکید نمی کنیم. ولی مرحوم صاحب جواهر با بیانی می خواهد بفرماید دلالت این روایت بر وجوب ختان تمام است.

مرحوم صاحب جواهر با اینکه در بسیاری از جاهای دیگر وقتی به کلمه واجبه می رسند می گویند در لغت های قدیم به معنای مقابل سنت نبوده است، اما در اینجا آن را مقابل گرفته است و لذا به لفظ واجبه تمسک می کند و دلالت روایت را بر وجوب ختان تمام می داند بعد آن که جالب است، اینکه صاحب جواهر اضافه می کند حالا که در این بحث سنت، به معنای واجبه شد، قرینه می شود که در جاهای دیگر نیز که کلمه سنت وارد شده، به همین معنای وجوب باشد، تعبیرش این است: «و منه يظهر وجه الدلالة في المستفيض من النصوص أو المتواتر من كون الختان سنه وفي بعضها السنه في الختان على الرجال وليس على النساء وفي آخر من الحنيفيه الختان وفي صحيحه ابن سنان ختان الغلام من السنه و خفض الجوارى ليس من السنه وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام خفض النساء مکرمه ليست من السنه و ليست شيئاً واجبا و أى شىء لفضل من المکرمه».

سپس تقریب دیگری غیر از آنچه به روایت محض الاسلام استدلال نمود و بیان کرد، مطرح می کند و آن اینکه ختنه جوارى وزن ها یقیناً مستحب است و در استحبابش حرفی نیست. پس در روایت ابن سنان که فرمود خفض الجوارى ليس من السنه يعنى واجب نیست، پس سنت به معنای وجوب است و در مقابلش که

ص: 7884

فرمود ختان الغلام من السنه یعنی واجب است (1).

نقد کلام صاحب جواهر

فرمایشات مرحوم صاحب جواهر محل مناقشه است.

اولاً: چنانچه خود صاحب جواهر در جاهای دیگر گفته و ما هم قبلاً در توضیح عبارت خلاف و مبسوط متذکر شدیم، اصطلاح سنت در قدیم و در روایات با سنتی که مصطلح فعلی است تفاوت دارد. در اصطلاح فعلی سنت در مقابل واجب است ولی در کلمات قدما و روایات، سنت مقسم برای واجب و غیر واجب است.

و ثانیاً: به حسب معمول درباره سنت دو اطلاق بیشتر نداریم یا سنت به معنای استحباب است و یا به معنای طریقه جاریه است و گمان نمی‌کنم حتی در یک مورد هم معنای خصوص و جوب از آن اراده شده باشد.

و ثالثاً: ظاهر ابتدایی سنت واجبه این است که وجوب وصف احترازی است. و وصف توضیحی نیست. و وصف احترازی به این معنا است که سنت علی وجه الاطلاق ممکن است سنت واجبه باشد و ممکن است سنت غیر واجبه باشد.

و رابعاً: به فرض روایت محض الاسلام را اشکال سندی نکردیم و پذیرفتیم که دلالت بر وجوب ختان دارد. و لکن این دلیلی جدای از ادله دیگر است. اینکه در این روایت سنت به معنای وجوب است را بخواهیم قرینه بگیریم که در آنجاهایی که سنت مطلق گذاشته شده نیز مراد از سنت واجب است، بی وجه است.

و خامساً: اگر مراد از سنت واجبه در روایت محض الاسلام، وجوب اصطلاحی

ص: 7885

1- (1) - عبارت جواهر چنین است: «فان المراد بعد معلومیه استحبابه فی النساء نفی الوجوب فیدل علی اراده الواجبه من السنه فی مقابلتها الی غیر ذلک من النصوص...». جواهر، ج 31، ص 261

هم باشد، به مناط تعدد دال و مدلول است و همان قرینه بر این است که سنت به معنای عام خودش استعمال شده و به معنای خاص نیست.

و سادساً: در مورد روایت ابن سنان، گرچه ختان زن ها مستحب است ولی می توان گفت مستحبی که تأکید شده باشد و در اثر تأکید به اجرا گذاشته باشند نیست به خلاف ختان غلام و پنج شش امر دیگر که در روایات با هم به عنوان امور حنیفیه ذکر شده اند و روی آنها تأکید شده و به اجرا گذاشته شده اند. مرحوم صاحب جواهر می گوید از آنجا که استحباب ختان زن ها را قبول کرده اید و در این روایت سنت بودن آن نفی شده و سنت بودن ختان غلام اثبات شده، پس ختان غلام باید واجب باشد. در حالی که لازمه سنت بودن، این نیست که واجب باشد.

سنت به معنای طریقه ای است که اجرا شده است و علامت تأکید است به این معنا که غیر از جعل قانون، به مرحله اجرا هم گذاشته شده است.

و سابقاً: گاهی بعضی از سنن در اوایل صدر اسلام بوده و بعد شرایط عوض شده و زائل می شوند و در مقابل بعضی از سنن، ثابت می باشند. شاید مراد از سنت واجبه در روایت محض الاسلام، سنت ثابت است (ثبوت به معنای ادامه است). سنت واجبه یعنی سنتی که الآن هم سنت است. و اگر سنت به معنای طریقه جاریه هم گرفته شود، سنت واجبه به معنای طریقه موجود است یعنی در حال ذکر هم موجود است. مثلاً اگر در جایی بگویند به علامت زید یقین دارم و قید نیاورند مراد عدالت حالایی زید است، و یا اگر گفته شود به حیات زید یقین دارم چنانچه قید نیاورند یعنی حیات حالایی و حیات بعد و یا حیات قبل نیست. اینجا هم همین طور است، سنت موجود یعنی سنتی که همین الآن موجود است.

بیان اشکالی نسبت به کلام استاد و جواب آن

ممکن است راجع به پاسخ رابعی که به کلام صاحب جواهر داده شد اشکالی به ذهن برسد و آن اینکه حمل مطلق بر مقید یک مطلب مسلم بین آقایان است و صاحب جواهر مطابق با این مبنا سنت مطلق در روایات دیگر را حمل بر وجوب که در روایت محض الاسلام مراد از سنت دانسته شده، کرده است.

در پاسخ به این اشکال باید ابتدا توضیح بدهیم که اصل مطلق و مبنای حمل مطلق بر مقید کجاست؟ بنا بر تحقیقی که سلطان العلماء نموده است الفاظ در مقابل مطلق وضع نشده اند بلکه در مقابل معنایی وضع شده اند که اهمال دارد و اطلاق و تقیید و مضیق بودنش از قرائن و عوامل دیگر استفاده می شود. خود لفظ از نظر اطلاق و تقیید لاقتضاء است. گاهی با مقدمات حکمت اطلاق ثابت می شود و گاهی با قیود و بیاناتی که ذکر می شود، آن لفظ، مطلق و یا مقید می گردد.

و لذا مثلاً در قضیه الحیوان ناطق در مفهوم حیوان درج نشده که اوسع است و تمام مصادیق را می گیرد تا در نتیجه وقتی با محمول قضیه به آن قید بزیم، گفته شود بین صدر و ذیل تنافی است و مجاز است. بلکه گفته اند لفظ حیوان مهمله است و مهمله هم با مطلق و هم با مقید سازگار است.

اما تحقیق مسئله این است که مطلق و مقید بودن در قضایا با محمول تعیین نمی شود بلکه با موضوع تعیین می شود. مثلاً در الانسان حیوان، انسان اطلاق دارد و زید، بکر، عمرو، سیاه، سفید، مرد، زن، ایرانی و غیر ایرانی و تمام مصادیقی که این عنوان بر آنها منطبق است را شامل می گردد و محمول برای چنین موضوعی می آید. هنگامی که مقدمات حکمت حاصل شد، نتیجه اش این خواهد بود که محمول بر همه مصادیق موضوع بار می شود ولی اطلاق از ناحیه محمول نیست بلکه از ناحیه موضوع است. اشتباه است بگوئیم محمول اطلاق دارد چرا که در این صورت معنای قضیه این خواهد بود که تمام اصنافی که حیوان دارد بر انسان حمل می شود در حالی که همه اقسام محمول را روی موضوع نمی بریم بلکه چنانچه موضوع افرادی داشت، این محمول بر تمام افراد موضوع حمل می شود.

مثلاً اگر گفته شود زید مجتهد، اطلاق درباره محمول گفته نمی شود به این معنا که اگر دو قسم مجتهد داریم یکی مجتهد عادل و دیگری مجتهد غیر عادل، مقتضای اطلاق این نیست که همه اصناف مجتهد بر زید حمل شود چون در این صورت

باید گفت زید هم مجتهد عادل است و هم مجتهد غیر عادل، هم مجتهد پیر است و هم مجتهد جوان است، هم مجتهد ایرانی است و هم غیر ایرانی است، چنین نیست. خلاصه اطلاق در موضوع معنا دارد و در محمول بی معنا است.

حالا در مسئله جاری اگر یکی گفته شد الختان سنه و در جای دیگر گفته شد الختان سنه واجبه، این اصلاً مسئله مطلق و مقید نیست. نمی توان گفت محمول در یک جا سنت است که مطلق است و در جای دیگر سنت واجبه است که مقید است و سپس بر اساس قانون مطلق و مقید، سنت را بر سنت واجبه حمل نماییم.

این قانون در اینجا پیاده نمی شود. این قانون در جاهایی پیاده می شود که یک نحوه تنافی بین مطلق و مقید باشد که بیان آن چون طول می کشد، وارد آن نمی شوم.

منتها چنانچه دو محمول داشتیم که یکی اعم مطلق از دیگری بود، مثلاً حیوان و جوهر دو مفهومی هستند که نسبت بین آنها عموم و خصوص مطلق است. چنانچه هر دو حمل بر انسان شدند و گفتیم الانسان حیوان و الانسان جوهر، نمی توان گفت که مراد از جوهر، قسمی خاص از آن یعنی حیوان است. و یا مثلاً اگر در یکی گفته شد زید مجتهد و در جای دیگر گفته شد، زید مجتهد عادل، نمی توان گفت مراد از مجتهد در قضیه اول مجتهد عادل است. هیچ شاهی بر این مطلب نیست.

در لفظ مجتهد، عدالت درج نشده است. یک مرتبه که می خواهد عدالت زید را هم اثبات کند، می گوید زید مجتهد عادل و در مرتبه دیگر که می خواهد فقط اصل اجتهاد را ثابت کند می گوید زید مجتهد. و دیگر به قرینه قضیه اول ظهور پیدا نمی کند که کلمه مجتهد در قسمی از اقسام مجتهد استعمال شده است. و خلاصه قانون مطلق و مقید ربطی به این بحث ندارد که بخواهیم این گونه قضایا را قرینه بگیریم.

2- روی غیاث بن ابراهیم عن جعفر بن محمد عن ابیه علیه السلام قال قال علی علیه السلام:

ص: 7888

لا بأس ان لا تختن المرأة فأما الرجل فلا بد منه(1).

این روایت از نظر سندی معتبر است. غیاث بن ابراهیم را مرحوم نجاشی توثیق کرده و می گوید جماعه من الناس به طرق عدیده ای - که ظاهراً بعضی از طرقش هم صحاح است - کتابش را روایت می کنند. و این روایت هم ظاهراً از کتاب برداشته شده است.

از نظر دلالت هم که در آن تعبیر «لا بد منه» آمده است که ظهور در وجوب دارد.

3 - در احتجاج نقل شده که حضرت امام صادق علیه السلام در مورد ختان در پاسخ به شخص زندیقی می فرمایند: کار خالق متعال درست بوده است. حکمت الهی اقتضا می کند که خلقت کردن این موجودات غیر مختون باشد و همان حکمت الهی هم اقتضا می کند که دستور بدهد مردم اجرا کنند: «ذاک من الله حکمه و صواب غیر انه من ذلک و اوجبه علی خلقه(2)».

این روایت سند معتبری ندارد ولی دلالت آن خوب است و می تواند مؤید باشد. اگر هم کلمه وجوب، به معنای ثبوت باشد اما کلمه اوجب وقتی با علی متعدی شود ظهور در وجوب اصطلاحی دارد.

4 - عن ابی بصیر قال سألت ابا جعفر علیه السلام عن الجاریه تسبی من ارض الشریک فتسلم فتطلب(3) لها من یخفضها فلا تقدر علی امرأه فقال اما السنه فی الختان علی الرجال و لیس علی النساء(4).

ابو بصیر از حضرت باقر علیه السلام سؤال می کند که زنی را از ارض شرک اسیر می کنند

ص: 7889

1- (1) - جامع الاحادیث، ج، باب 45، ح 8

2- (2) - الاحتجاج، ج 2، ص 86

3- (3) - اگر نطلب باشد بهتر است. در بعض نسخ هم نطلب دارد

4- (4) - الکافی، ج 6، ص 37. جامع الاحادیث، ج، باب 49، ح 1

و بعد هم زن مسلمان می شود اما کسی پیدا نمی شود که او را ختنه کند (چون مستحب است که زن ها هم ختنه شوند) حضرت در جواب می فرمایند ختنه در مورد رجال است و درباره نساء واجب نیست.

کلمه سنت اعم است و به معنای طریقه است و لفظ «علی» معمولاً در موارد الزامی می آید اگر چه قرینه دیگری نباشد. مگر اینکه معارضی داشته باشد که در آن تصرف می کنیم. مثلاً وقتی می گویند علیکم به این مطلب یعنی یلزکم.

البته دلالت این روایت که صاحب جواهر به آن تمسک نموده خیلی معلوم نیست که درست باشد و لذا ما به عنوان مؤید ذکر می کنیم.

5- فی خبر السکونی عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام: «اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين».

مرحوم صاحب جواهر به نصوصی برای اثبات وجوب ختنه استدلال می کند، که یکی از آنها روایت فوق است. به این بیان که روایت فوق می گوید مسیحی هشتاد ساله هم اگر مسلمان شود، باید ختنه شود و قول به فصلی هم نیست، بنابراین استفاده می شود که ختان به طور کلی واجب است.

نقد استاد:

منتها آیا این روایت دال بر مطلب است؟ البته راجع به سندش نمی خواهیم بحث کنیم بلکه راجع به اصل دلالت بحث می کنیم.

یک مرتبه نسبت به اصل شیئی امر می کنند و می گویند شما این کار را بکنید.

این امر وضعاً و یا اطلاقاً و یا به حکم عقل، ظهور در وجوب دارد. اما گاهی اصل مسئله را می داند، و سؤال از فرعی از فروع آن مسئله می کند. اینجا اگر امری شد، نمی تواند دلالت بر وجوب کند. مثلاً نماز شب را فراموش کرده و می پرسد آیا قضا کند؟ نمی پرسد نماز شب بخوانم یا نخوانم حکم نماز شب را می داند که واجب است یا مستحب است، بلکه فرعی از فروعش را می پرسد که اگر نماز شب از وقتش تأخیر افتاد آیا هنوز امر دارد؟ اینجا اگر امر شد دیگر ظهور در وجوب ندارد.

در روایت فوق الذکر نیز اگر از اول گفته بودند چنانچه ولی در بچگی شما را ختنه نکرد، شما خودتان را ختنه کنید، البته ظهور آن در وجوب مسلم بود ولی در

این روایت می گوید دستور ختان درباره کسانی که مسیحی بوده اند هم هست. حال این دستور وجوبی بوده و یا استحبابی بوده مطلب دیگری است. چون درباره ایشان این شبهه وجود دارد که ممکن است اگر بخواهند زیر بار اسلام بروند، به این کارها حاضر نشوند، آیا آن ادله آمره نسبت به چنین افرادی اطلاق دارد. آیا کافر مسلمان شده هم باید این کار را بکند یا نه. حالا ادله آمره می خواهند مستحبی باشند یا وجوبی. چون مورد سؤال این است حضرت فرموده اند کافر که مسلمان شد و لو هشتاد ساله هم باشد باید ختنه کند.

منتها ممکن است برای این روایت یک تقریبی بکنیم. قانون مسلم بین فریقین این است که الاسلام یجبّ ما قبله. حدیث جبّ، کاری به مستحبات ندارد و راجع به واجبات است. به خاطر اینکه اگر غیر مسلمانان بفهمند در اسلام این کارها واجب است، فرار می کنند و لو مصالح کلی هم این واجبات را اقتضا می کند منتها چون اسلام دین جهانی است و به همه جا باید سرایت کند و طوری نباشد که به مشکل برخورد کند، لذا حدیث جبّ وارد شده است. حال ظنّ بسیار قوی هست که به خاطر همین مسئله جبّ، این حدیث وارد شده تا خیال نشود که ختان نیز مانند نماز و روزه و حج است و جبّ می شود و دیگر لازم نیست. و چون اصل حدیث جبّ مربوط به واجبات است، به نظر می رسد این روایت نیز دلالت بر وجوب ختان می کند تا موضوع حدیث جبّ باشد.

6- فی صحیفه جعفریات باسناده عن علی علیه السلام قال وجدنا فی قائم سیف رسول الله صلی الله علیه و آله فی صحیفه ان الاغلف لا یترک فی الاسلام حتی یختتن و لو بلغ ثمانین سنه.

این روایت هر چند از نظر سند معتبر نیست ولی برای تایید خوب است.

حضرت می فرمایند این شخصی را که مسلمان شده، و لو پیر مرد هم شده، نباید رهایش کنند. با اینکه برای چنین شخصی خیلی سنگینی دارد که ختنه اش کنند.

این نحوه تعبیر عبارت اخرای لا بد منه است که در روایات دیگر بود. و خلاصه از

نظر دلالت تعبیر قوی است.

از مجموع این روایات استفاده می شود که اصل ختان واجب می باشد. و بر خلاف نظر صاحب حدائق به نظر ما روایات خوبی دال بر وجوب داریم که صحاح می باشند. از نظر اقوال هم تا زمان مرحوم صاحب حدائق مخالفی در این مسئله دیده نشده است. خلاصه به نظر ما مسئله صاف است و وجوب ختان مسلم است.

2 - وجوب ختان بر ولی:

بعد از این که ما قائل به وجوب ختان شدیم این مسئله طرح می شود که آیا قبل از تکلیف ختان بر ولی واجب است یا مستحب است؟ و اگر بر ولی واجب است نحوه وجوب آن چگونه است. وجوب عینی است یا کفائی؟

الف) بیان اقوال: مشهور بین آقایان این است که اگر ولی ختان را انجام نداد.

خلاف شرعی انجام نداده است. البته روز هفتم ختان برای ولی استحباب بیشتری دارد ولی اصلش هم برای ولی مستحب است. بعضی هم خواسته اند بگویند ختان بر ولی واجب است مثل علامه در تحریر که این قول را کالصریح انتخاب کرده است. از عبارت دو کتاب دیگر نیز استظهار می شود که وظیفه ولی، قبل از بلوغ ختان است.

ب) بیان صور مسئله: کسانی که می گویند قبل از بلوغ ختان بر ولی واجب نیست آن را ممکن است به دو گونه تصور کرده باشند. یکی این که ختان بین ولی و فرزند بعد از بلوغ واجب کفایی است. وظیفه این است که فرزند هنگام بلوغ مختون باشد. اگر ولی این کار را کرد که بهتر هم همین است و افضل از آن این است که در روز هفتم انجام شود، دیگر از فرزند ساقط است چون واجب کفایی انجام شده است. و اگر ولی ختنه نکرد بر فرزند واجب است که بعد از بلوغ خودش را ختنه کند. بنابراین اگر ولی بداند بعد از بلوغ فرزند این کار را انجام نمی دهد یا در محیطی است که زمینه این کار نیست مثل بعضی از کشورهای غیر اسلامی در این صورت

ص: 7892

ولی باید قبل از بلوغ بچه را ختنه کند و اگر نکند گناه کرده است.

تصور دیگر این است که بگوئیم ختان بر ولی مستحب است ولی مستحبی که واجب را ساقط می کند. نقل یسقط به الفرض. بر خلاف نظر صاحب حدائق (1) به نظر ما اشکالی ندارد که به وسیله مستحب واجب ساقط بشود. منافاتی ندارد که به وسیله مستحب واجب ساقط شود. چون گاه واجب، واجب مشروط است و شرطش یک امر مستحبی است که با اتیان آن دیگر آن واجب، وجوب نخواهد داشت. خود آن شرط می تواند محکوم به یکی از احکام خمس باشد. در اینجا مستحب است مثل زکات که قبل از وقتش صدقه مستحب است و لذا زکاه فطره چنانچه قبل از زمان وجوب پرداخت شود ساقط می شود. و گاه با بجا آوردن مستحب دیگر موضوعی برای وجوب باقی نمی ماند و قهراً واجب ساقط می شود مثل همین بحث ختان.

(ج) بیان ادله: 1) برای استحباب به روایت علی بن یقطین تمسک شده است.

متن روایت چنین است: علی بن یقطین قال سألت ابا الحسن علیه السلام عن ختان الصبی لسبعه ایام من السنه هو او یؤخر؟ و ایهما افضل؟ قال سبعه ایام من السنه و ان اخر فله بأس.

گفته اند در این روایت علی وجه الاطلاق اجازه تأخیر از روز هفتم داده شده است و حدی هم تعیین نکرده اند. بنابراین اگر ولی تا زمان بلوغ فرزند را ختنه نکند اشکالی ندارد، چون کلمه ولی در روایت نیامده است و تنها چنین آمده است که اگر تأخیر افتاد اشکالی ندارد و الا باید چنین بیان می نمود که تأخیر از روز هفتم اشکالی ندارد ولی قبل از بلوغ وظیفه دارد چنین کاری را بکند. در حالی که چنین قیدی را نزده است.

اما به نظر ما این نحوه استدلال درست نیست و این روایت اگر ظهور در وجوب

ص: 7893

1- (1) - مرحوم صاحب حدائق از اینکه اسقاط فرض توسط مندوب در فقه مشابه ندارد، در بحث عقیده نتیجه می گیرد که پس باید مانند عقیده و ختان واجب باشد. تبیین نظریه ایشان و رد آن در بحث عقیده به تفصیل خواهد آمد

نداشته باشد، ظهور در استحباب ندارد. موضوع این روایت صبی است نه بالغ، چون در آن لفظ ختان الصبی آمده است. تاخیر تا زمانی که فرزند صبی است جایز است ولی وقتی که از صباقت خارج شد و به بلوغ رسید آیا تا این زمان هم جایز باشد این را دیگر شاید روایت دلالت نکند. روایت ظاهرش و یا به تعبیر بهتر قدر مسلمش این است که اگر ولی بخواهد تاخیر بیندازد و موضوعش هم صبی باشد، در این صورت تاخیر جایز است. دیگر چنین اطلاقی ندارد که غیر ولی، غیر صبی را بخواهد ختنه کند. اگر نگوییم که در وظیفه ولی در حال صباقت بچه ظهور دارد، استفاده چنین اطلاقی بسیار مشکل است. روایت تنها می خواهد بگوید افضل آن است که ولی در روز هفتم ختنه کند و اگر تأخیر انداخت مشکلی برای ولی نیست اما بیش از این اطلاع ندارد. بنابراین به این روایت برای استحباب نمی توان استدلال کرد.

شاید بتوان واجب کفایی بودن ختان را ثابت کنیم. به این صورت که اگر عدم ختان مبعوض شرع باشد و ولی بداند بعد از بلوغ زمینه ای برای ختان فرزند وجود ندارد، در این صورت مادامی که ترخیصی از جانب مولا نیاید بر ولی واجب است که ختان را انجام دهد. چنانچه ولی می داند اگر بچه اش را ختنه نکند، وقتی بزرگ شد به هر دلیلی خود او یا اشخاص دیگر او را ختنه نمی کنند و ما نیز از ادله با بیانات مختلفی که در امثال این جور مسائل هست، می فهمیم که مختون نبودن شخص بالغ مبعوض شارع است و لو عاجز هم باشد تناسب حکم و موضوع چنین اقتضایی دارد. بنابراین باید ولی از همین حالا دست به کار شود و الاً بعداً نه خودش توانایی دارد و نه خود بچه این کار را می کند و نه دیگران برایش انجام می دهند و مبعوض شارع محقق می شود. مثلاً چنانچه ولی می داند اگر الآن بچه را تربیت نکند، بعداً تربیت نمی شود و به هزار نوع فساد کشیده می شود که مبعوض شارع است این وظیفه ولی است که الآن بچه را هدایت و تربیت کند.

وقتی

می دانیم امری مبعوض شارع است و شارع آن را نمی خواهد. مگر اینکه دلیل خاصی وارد شده باشد و به شخص ارفاق کرده باشد و بگوید درست است که این امر مبعوض من است ولی من تفضلاً به ولیّ تکلیفی نمی کنم و البته این صورت اشکال عقلی هم ندارد، ولی مادامی که چنین تریخی از ناحیه مولا صادر نشده باشد و بدانیم شارع مقدس مطلوباتی دارد و آن مطلوبات الزامی بر زمین می ماند.

باید ولی از حالا کاری کند که آن مطلوبات بر زمین نماند. خلاصه به نظر می رسد این معنا را می توانیم راجع به ختان قائل شویم که از مستحباتی که می توان لا الی بدل ترک کرد نیست. بلکه می تواند ترک کند به خاطر اینکه بعداً خودش انجام می دهد و الا اگر مقطوع باشد که انجام نمی شود، باید در هنگام صباوت این کار را بکند تا مختوناً بالغ شود.

البته باید توجه داشت که خیلی اشخاص خلاف شرعی را انجام می دهند و انسان می داند اگر کاری را انجام دهد آن خلاف شرع موضوعش از بین می رود، مثلاً شخص نفقه بچه خودش را نمی دهد. در این مورد وظیفه اشخاص دیگر غیر از اولیاء دین نیست که این کار را بکنند تا آن مبعوض حاصل نشود. این را می شود گفت که حرج نوعی است ولی نسبت به اولیاء چنین چیزی نیست و آن یک حکم استثنایی خاصی دارد.

3 - ختان خنثی

در مورد خنثی عقیده ما بر خلاف مشتهر بین آقایان این است که خنثای مشکل طبیعت ثالثه است. چون عرف وی را طبیعت ثالثه می داند. عرف می گوید اگر بارور کند مرد است، و اگر بارور شود و رحم داشته باشد زن است و اگر هر دو باشد این حالت برزخی و بینابین دارد. اما اینکه برای مفهوم مرد معنای ثبوتی خاصی باشد که مصداق بودن برای مفهوم مرد، دائر مدار آن باشد، مثل اینکه دنده اش چطور باشد و یا مغزش چطور باشد، به گونه ای که ندانیم آیا این معیار و ملاک در

خنثی وجود دارد یا نه، چنین معیار و ملاکی جزء مفاهیم عرفیه نیست. لذا به نظر ما خنثی طبیعت ثالثه است. مؤید عقیده ما اینکه به حسب احکام نیز خیلی جاها احکام برزخی بر خنثی بار شده است. یعنی احکام اختصاص زن یا مرد بار شده است. مثل حکم ارث که در روایات هم وارد شده است.

بنابراین اگر احکام از احکام اختصاصی مرد یا احکام اختصاصی زن بود در این صورت شامل خنثی نمی شود. اما اگر اطلاقاتی داشتیم که خنثی را هم شامل شود در این صورت بر خنثی لازم است.

در ختان هم اطلاقاتی داریم که از تحت آن فقط زن خارج شده است. این اطلاقات اقتضاء می کند که ختان بر خنثی نیز لازم باشد، چون دلیلی بر خروج خنثی از تحت اطلاق نداریم. مانند اطلاقات چیزهای حنیفیه که دستور داده شده و یکی از آنها عبارت از ختان است.

اما اگر موضوع حکم خصوص مرد بود مثل اینکه طواف باید مختوناً انجام شود که به نظرم قید رجولیت در آنجا درج شده است. در این صورت فقط بر مرد واجب است، چون بر زن که مسلماً واجب نیست و بر خنثی که حالت برزخی دارد نیز دلیلی برای الحاقش به مرد نداریم و لذا بنابراین مبنا که در شروط برائتی شویم، باید اصل برائت را در مورد خنثی جاری نماییم. (شرط طواف ختان است) (1).

«* و السلام*»

ص: 7896

1- (1) - مرحوم شیخ انصاری در بحث خنثای رسائل به مشکل افتاده و گفته احکام خاصه زن و احکام خاصه مرد هر دو مرتفع است و اما عناوین مشترکه و عامه مثل حرمت کذب و غیبت برای خنثی نیز هست. خیلی از محرمات و بعضی از واجبات عناوین مشترکه ای است که برای خنثی نیز هست. در حالی که چنانچه گفتیم به نظر ما اطلاقات اقتضا می کند خنثی نیز همان حکم اختصاصی را داشته باشد، مثل ختان

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

عقیقه

اشاره

مشهور بین علماء استحباب عقیقه برای مولود است. برخی از علماء هم لازم دانسته اند و بعضی هم احتیاط کرده اند. طبق نقل مرحوم علامه، مرحوم ابن جنید صریحاً لازم دانسته و حدس می زنم صاحب کشف الرموز هم این مطلب را نقل کرده است. مرحوم سید مرتضی در انتصار و مرحوم فاضل آبی در کشف الرموز صریحاً واجب دانسته اند. مرحوم سید مرتضی حتی دعوی اجماع هم کرده است.

از بعضی از کتب هم استظهار شده است. مثلاً در کافی عنوان باب «باب وجوب العقیقه» است و مرحوم مجلسی از این استظهار کرده که ایشان گویا عقیقه را واجب می داند. البته این استظهار محل اشکال است ولی این احتمال هم وجود دارد که مرحوم کلینی هم عقیقه را واجب بدانند.

«وافی» هم عنوان باب را «باب وجوب العقیقه» گفته است. صرف عنوان باب شاید دلیلی بر مطلب نباشد ولی وقتی ایشان حدیث «المولود مرتهن بالعقیقه» را تفسیر می کند از آن استفاده می شود که عقیقه را لازم می داند. یعنی بدون اداء از شخص منفک نمی شود. شخص مقید به عقیقه است. مثل این که شخص را با عقیقه به هم بسته اند و از شخص تفکیک نمی شود. تا اداء نکند عقیقه با او هست.

بنابراین مرحوم فیض نیز قائل به وجوب می باشد. چون بعد از این تفسیر، هیچ بیان دیگری ندارد که مثلاً بگوید این لزوم نیست و تأکد است و لذا به نحوی

استشمام می شود که ایشان نیز قائل به وجوب است. (1)

بررسی ادله وجوب عقیده:

1 - اجماع: مرحوم سید مرتضی به اجماع استدلال کرده است. ما این را مکرر عرض کرده ایم که این اجماعاتی که در کلام قدما است، اجماعاتی بر کبریات مسئله است. این اجماعات را اجماع اجمالی بر نتایج می دانند و دعوای اجماع بر نتایج می کنند. یعنی می خواهند بگویند همه کسانی که آن کبریات کلی را قبول دارند علی نحو الاجمال این نتیجه را هم قبول دارند.

مثلاً در خلاف هست که: در این مسئله اخبار هست، معارضی هم نیست فدل اجماعهم علی ذلک. در حالی که ممکن است اصلاً فقهاء مسئله را عنوان نکرده باشند ولی چون از نظر فقهاء این بوده که اخباری که معارض ندارند حجت است و از طرفی ایشان به معارض برخورد نکرده این را دلیل گرفته که همه این را قبول دارند و مطلب اجماعی است.

به همین خاطر است که می بینیم در آن عصرها، ادعای اجماعی با ادعای اجماع دیگر معارض است و هر کس برای اثبات مطلب خودش به اجماع تمسک می کند. به عبارت دیگر منشأ ادعای اجماع استقراء اقوال علماء نبوده.

حال اگر ما در تطبیق کبریات با آن صغریاتش شبهه کردیم قهراً این اجماعات به درد نمی خورد و موضوع بحث ما از همین قبیل است. بنابراین استدلال مرحوم سید مرتضی محل اشکال است.

ص: 7898

1- (1) - مرحوم صاحب جواهر می فرماید بعض متأخری المتأخرین نیز قائل به وجوب شده است. من نفهمیدم مراد از این بعض کیست. شاید صاحب وافی باشد چون مرحوم صاحب وافی ظاهرش این است که عنوان را هم وجوب قرار داده است. البته این خیلی دلیل نیست. مرحوم فیض در مفاتیح مستحب مؤکد دانسته است

الف: آیه «وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ». مرحوم سید مرتضی به این آیه استدلال کرده است اما معلوم نیست که چگونه بر وجوب عقیده دلالت دارد به نظر ما این دلیل خیلی ضعیف است.

ب: اوامر کثیره ای که در مورد عقیده وارد شده است. برخی از بزرگان خواسته اند اشکال سندی کنند ولی با توجه به کثرت اوامر دیگر نیازی به ملاحظه سند ندارد.

اشکال مرحوم صاحب حدائق به این دلیل: ایشان می فرماید عقیده در سیاق اموری وارد شده که مسلماً مستحب می باشند و همین ظن غالب برای انسان ایجاد می کند که امر به عقیده هم دلالت بر استحباب داشته باشد. مرحوم صاحب جواهر همین مطلب را با تاکید بیشتری بیان می کند و می فرماید اقتران اول دلیل و اوضح دلیل بر استحباب است.

اشکال استاد مدظله بر کلام صاحب حدائق:

در مواردی مانند «اغتسل للجمعه و للجنبه» که استحباب راجع به غسل جمعه ثابت شده ولی نمی دانیم دیگری واجب است یا مستحب، سه نظر وجود دارد:

اول: ظهور ابتدایی فقط امر در وجوب را باید لحاظ کرد و از چیزهای دیگر رفع ید می کنیم. به عبارت دیگر اقتران هیچ تاثیری در آن ظهور ابتدایی نمی گذارد.

دوم: این اقتران تاثیر دارد و موجب می شود آن ظهور ابتدایی به همان معنای استحبابی که سیاق اقتضا می کند منقلب شود.

سوم: این اقتران تاثیر دارد و موجب می شود که آن ظهور ابتدایی اجمال پیدا کند. و به نظر ما قول صحیح همین قول سوم است. مثلاً در روایات جمع آمده که از خانه که خارج می شوی فلان دعا را بخوان، بعد که به میقات رسیدی چه بگو. در کجا که رسیدی چه کار کن، کجا رفتی طواف انجام بده بعد برو فلان دعا را بخوان.

ما می بینیم در این روایات مستحب و واجب مقرون هم است اینها طوری نیست که همه اینها واجب است و شما بعد ببینید در کجا استحبابش ثابت می شود. این کیفیت بیان فقهاء و روایات ظاهرش این است که اگر کسی بخواند حج مناسب

انجام بدهد بهتر است به این شکل انجام دهد. البته بعضی از اینها واجب است و بعضی مستحب. ولی دیگر استفاده نمی شود که کدام واجب است و کدام مستحب است. اگر بخواهیم بگوییم مستحب است یعنی مجموع من حیث المجموع به این شکل بجا آوردن مستحب و افضل افراد است، اما دیگر مشخص نمی شود واجب کدام است و مستحب کدام است.

بنابراین، مرحوم صاحب جواهر که می گوید اقتران اول دلیل و اوضح دلیل بر استحباب است کلام تامی نیست. چنانچه ختان مقرون به همین امور مستحبی است و آنجا ایشان ختان را واجب می داند و هیچ هم تردید در آن نیست و جزء ضروریات است. در حالی که در آنجا ایشان این صحبت را نمی کند اما به عقیده که می رسد می فرماید اقتران اوضح دلیل است.

اشکال استاد مدظله به اصل استدلال:

به نظر ما اشکال اصلی این است که اوامری که در مورد عقیقه است همه مربوط به عقیقه در روز هفتم است و یقیناً این امر استحبابی است. امر شده که در روز هفتم مولود چند چیز هست و یکی از آنها عقیقه است. چنین امری قطعاً استحبابی است. به طبیعی عقیقه امر نشده تا بگوییم واجب است یا مستحب است (1) ممکن است اصل عقیقه واجب باشد و ممکن است مستحب باشد. به عبارت دیگر این اوامر ناظر به اصل عقیقه نیست. برای این مطلب باید به ادله دیگر مراجعه کنیم.

پس منهای سیاق به این روایات نمی توان برای وجوب اصل عقیقه، فی حد نفسه استدلال نمود.

ج: روایات ارتهان:

در تعدادی از روایات این مضمون کلی به چشم می خورد که «المولود مرتهن

ص: 7900

1- (1) - مانند روایت عبد الله بن سنان: عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: عقی عنه و احلق رأسه یوم السابع....

کافی، ج 6، ص 27

1 - موثقه عمار ساباطی: که می فرماید «کل مولود مرتهن بالعقیقه». در کافی همین روایت را ابی خدیجه عن ابی عبد الله نقل کرده. تهذیب هم از کافی نقل کرده است و در معانی الاخبار هم به آن اشاره شده است.

بررسی سندی روایت ابی خدیجه:

نکته اول: ابی خدیجه سالم بن مکرم جمّال همانطور که مرحوم آقای خویی بیان کرده ثقه است. مرحوم نجاشی تعبیر می کند ثقه ثقه. عده کثیری از رجالین توثیق کرده اند. فقط در مقابل اینها مرحوم شیخ در فهرست تضعیف کرده است.

طبق تحقیق مرحوم آقای خویی منشأ تضعیف مرحوم شیخ یک اشتباه است.

دو نفر به نام سالم هست یکی «سالم بن ابی سلمه» و یکی هم «سالم ابو سلمه» این ابی خدیجه سالم بن مکرم است که جمّال حضرت صادق علیه السلام بوده است. حضرت صادق به او فرمودند تو کنیه ات را عوض کن و ابو سلمه بگذار. در اسانید روایات هم شاهد هست. کنیه دیگرش غیر از ابو خدیجه ابو سلمه است. ولی سالم بن ابی سلمه، سالم بن ابی سلم کنندی سجستانی است و توثیق نشده و بعضی هم تضعیف کرده اند.

مرحوم شیخ طوسی به استناد روایت های زیادی که عبد الرحمن بن ابی هاشم از سالم بن مکرم نقل می کند و در بعضی از اسانید چنین واقع شده «عبد الرحمن بن ابی هاشم عن سالم بن ابی سلمه». و از طرفی در این که مروی عنه عبد الرحمن بن ابی هاشم، سالم بن مکرم است، تردیدی نیست، خیال کرده کنیه پدر سالم بن مکرم هم ابو سلمه بوده و همین موجب شده که او با سالم بن ابی سلمه کنندی سجستانی که توثیق هم نشده اشتباه شود. و ضعفی را که برای سالم بن ابی سلمه

ص: 7901

1- (1) - صاحب وافی این روایات را اینگونه معنا می کند: الزکاه الفطره و العقیقه حقان واجبان فی عنق الانسان و المولود و هما مقیدان بهما لا ینفکان عنهما الا بالاداء. و شاید بتوان از این تفسیر و اینکه مناقشه نکرده و جواب نداده بتوان گفت ایشان قائل به وجوب است و شاید مراد مرحوم صاحب جواهر از بعض متأخری المتأخرین ایشان بوده است

بوده به سالم بن مکرم منتقل کرده.

در جای دیگر هم شاید مرحوم شیخ متوجه شده که کنیه خود سالم بن مکرم ابو سلمه است و کنیه پدرش نیست و اگر هم جایی سالم بن ابی سلمه آمده تصحیف و غلط نسخه است، لذا وی را توثیق کرده است.

بنابراین می شود گفت اصلاً مرحوم شیخ، سالم بن مکرم را تضعیف نکرده بلکه سالم بن ابی سلمه سجستانی را تضعیف کرده و در تطبیقش اشتباه کرده است.

به همین خاطر است که ما می بینیم مرحوم نجاشی سالم بن مکرم را خیلی محکم توثیق کرده و در مورد وی «ثقه ثقه» تعبیر کرده است.

بدون در نظر گرفتن مطلب فوق، صاحب قاموس الرجال این مسئله را به شکل دیگری حل کرده است. ایشان می گوید کلمات شیخ طوسی در مورد سالم بن مکرم متعارض است. یک جا فرموده ثقه و یک جا هم فرموده ضعیف. این دو کلام مرحوم شیخ طوسی در اثر تعارض ساقط است و کنار می گذاریم. از طرفی مرحوم نجاشی که گفته ثقه ثقه دیگر در مقابلش حجتی قرار نگرفته لذا به توثیق مرحوم نجاشی اخذ می کنیم.

مرحوم آقای خویی به صاحب قاموس الرجال اشکال می کند و می فرماید:

تضعیف مرحوم شیخ در یک طرف و در طرف مقابل توثیق مرحوم شیخ و توثیق مرحوم نجاشی قرار می گیرد. این تضعیف با آن دو توثیق معارضه می کند و همه تساقط می کنند.

نقد کلام مرحوم آقای خویی:

مرحوم آقای خویی این را مسلم فرض کرده که اگر دو حرف متعارض از زراعه نقل شد که یکی از اینها مطابق با نقل محمد بن مسلم بود اینجا همه این نقل ها سقوط پیدا می کند. ولی به نظر ما مسئله این طوری نیست. اگر یک نفر دو جور حرف زده است می گویند کلام کسی که یکنواخت حرف نمی زند با کسی که یکنواخت

ص: 7902

حرف می زند صلاحیت معارضه ندارد. بنای عقلاء این طرفش را اخذ می کند.

کلام آقای خوبی به منزله این است که یک شخصی که دو حرف زد، دو شخص می شود. گویا دو شخصیت پیدا می کند. در حالی که این طور نیست. در این موارد ادله حجیت نسبت به آن که متعارض حرف زده ساقط است و صدق العادل یقیناً آن را نگرفته است. اما در مورد کسی که متهافت حرف نزده، چنین قطعی وجود ندارد که صدق العادل آن را نگرفته باشد. محتمل است که صدق العادل این مورد را گرفته باشد و فقط کلام کسی که متهافت سخن گفته از تحت آن خارج شده باشد.

حال یا از اول خارج باشد و یا اراده جدی درباره او تخصیص خورده باشد.

نکته دوم:

در سند روایت، ابی خدیجه معلی بن محمد واقع شده است. در مورد معلی بن محمد آمده است که «صالح الروایه یعرف و ینکر».

تعبیر «یعرف و ینکر» به این معنا نیست که گاهی جعل روایت می کند. بلکه منظور این است که گاهی منقولات او قابل عمل نیست، به خاطر این که مطلب نادرستی را نقل کرده است - ولی همین مطلب نادرست را او همان طور که بوده نقل کرده است - گاهی هم مطالبی را که نقل می کند صحیح است. بسیاری از ثقات این طور هستند لذا این تعبیر به معنای تضعیف راوی نیست.

از طرف دیگر مرحوم کلینی کتاب و شاء را به وسیله معلی بن محمد نقل می کند. از این معلوم می شود که مرحوم کلینی که هم رجالی و هم محدث درجه اول است به نقل معلی بن محمد اعتماد کرده است و همین به معنای توثیق وی به وسیله مرحوم کلینی است.

دیگر این که معلی بن محمد طریق به کتاب و شاء است و کتاب و شاء از کتب ثابته معروفه است، لذا ضعف معلی بن محمد تأثیری در صحت روایت ندارد.

و مطلب آخر این که این روایت غیر از طریق معلی بن محمد به طریق «محمد

ص: 7903

بن یحیی العطار عن احمد بن محمد بن عیسی» نیز نقل شده که این طریق قطعاً صحیح است. خلاصه این روایت معتبر است و در آن هیچ حرفی نیست.

2- روایت ابی خدیجه در نقل فقیه:

در فقیه وارد شده که «وفی روایه ابی خدیجه عن ابی عبد الله قال: کل انسان مرتهن بالفطره و کل مولود مرتهن بالعقیقه».

دلالت این نقل بر وجوب عقیقه محکم تر از نقل کافی است چون مقرون به فطره است و «فطره» بلا اشکال واجب است. عقیقه را هم به فطره ضمیمه کرده و می خواهد بگوید این هم واجب است. منتها در طریق فقیه، محمد بن علی کوفی وجود دارد که همان ابو سمینه است و وی تضعیف شده است. لذا نقل فقیه هر چند از نظر دلالتی قوی تر است ولی از نظر سندی ضعیف است و قابل اعتماد نیست.

3- روایت مشابه در دعائم و هدایه است که برای تأیید خوب است.

4- روایت موثقه سماعه: «عده من اصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد و علی بن ابراهیم عن ائیه عن عثمان بن عیسی عن سماعه:» قال سألته عن رجل لم یأب عن ولده عنه والده حتی کبر و کان غلاماً شاباً أو رجلاً قد بلغ قال اذا ضحی عنه أوضح الولد نفسه فقد عن عقیقه و قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله المولود مرتهن بعقیقه فکه أبواه أو شرکاه» این روایت سماعه هم یکی از روایات است که معتبر است. گرچه سماعه به عامی بودن معروف است.

د: دسته دیگر روایاتی است که عقیقه را ایجاب کرده و به کلمه وجوب تمسک شده است. مانند روایت ابی بصیر: عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام قال سألته عن العقیقه أواجبه هی؟ قال نعم واجبه (1).

یا روایت عمر بن یزید: روی عمر بن یزید عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سمعته یقول:

ص: 7904

کل امری مرتهن یوم القیامه بعقیقه و العقیقه أوجب من الاضحیه(1).

نقد این دلیل: راجع به لفظ وجوب جواب داده اند که وجوب در مصطلح روایات و شاید قدماء اصحاب به معنای وجوب مصطلح فعلی نیست. وجوب در لغت به معنای ثبوت شیء است و این معنا با استحباب هم سازگار است و شامل آن می شود. روایت عمر بن یزید را هم شاهد گرفته اند که در اینجا به معنای ثبوت است. بلکه همین روایت را دلیل بر استحباب مؤکد گرفته اند، البته ابتدا مرحوم شهید ثانی «یؤید» تعبیر کرده و مرحوم فیض در مفاتیح «یشعر» تعبیر می کند و مرحوم صاحب مدارک در نهایه المرام «یمكن ان يستدل» تعبیر کرده که این یک مقداری محکم تر از اشعار و تأیید است. گویا اگر کسی هم استدلال کند اشکال ندارد. به قول مرحوم آقا میرزا رضی: اگر کسی این طوری حرف بزند از شهر بیرونش نمی کنند، ولی این دیگر نزد بعدی ها جزء استدلالات روشن برای مطلب شده است. در حدائق هم استدلال شده که چون اضحیه مستحب است پس «أوجب من الاضحیه» به معنای استحباب مؤکد است و وجوب به معنای ثبوت است. البته در مورد استحباب اضحیه مرحوم صاحب مدارک «اضحیه مستحبه عند اکثر اصحابنا» تعبیر می کند ولی مرحوم صاحب حدائق «اتفاق اصحابنا» تعبیر کرده است که مقداری محکم تر از تعبیر صاحب مدارک است.

نقد کلام صاحب حدائق:

به نظر می رسد روایت عمر بن یزید بر هیچ طرف دلیل نیست. أوجب را می توان به تأکید مطلوبیت نیز معنا نمود. تأکید ثبوت با تأکید مطلوبیت قابل تطبیق است. این تأکید قابل تشکیک است. مرتبه ای از آن همان استحباب مؤکد است و مرتبه ای از آن بر واجب قابل تطبیق است. بنابراین از خود روایت عمر بن یزید نمی توان فهمید که مراد استحباب مؤکد است یا واجب و به عبارت دیگر چیزی که

ص: 7905

اوجب از یک امر استحبابی است هم می تواند واجب باشد و هم می تواند مستحب مؤکد باشد. استحکام ثبوت که عبارت اخرای محکم بودن طلب است هم با وجوب و هم با استحباب مرتبه بالاتر می سازد.

ه: روایت هایی که کلمه «لزوم» در آن آمده و روایت هایی که کلمه «علیه» در آنها آمده است. آقایان همه جا «علیه» را دلیل بر وجوب می دانند و «لزوم» را نیز دلیل بر وجوب می دانند. «وجب» به معنای ثبت است ولی لزوم یعنی چیز چسبیده به چیزی. همه اینها لزوم را دلیل بر همین معنای مصطلح عرفی می دانند و این روایات عبارتند از:

مؤثقه عمار سباطی(1) و «العقیقه لازمه لمن كان غنياً و من كان فقيراً اذا ايسر فعل فان لم يقدر على ذلك فليس عليه شيء» در ذیلش هم هست «وان لم يعق عنه حتى ضحى عنه فقد اجزأته الاضحیه و كل مولود مرتهن بعقیته».

اسحاق بن عمار: محمد بن یعقوب عن علی بن محمد عن صالح بن ابی حماد عن محمد بن ابی حمزه عن صفوان عن اسحاق بن عمار قال سألت ابا لحسن علیه السلام عن العقیقه علی الموسر و المعسر؟ فقال لیس علی من لا یجد شیء من یجد علیه....

این روایت در کافی به طریق دیگری هم آمده است: علی بن ابراهیم عن ابیه عن اسماعیل بن مرار عن یونس عن اسحاق بن عمار عن ابی ابراهیم علیه السلام:

در طریق اول علی بن محمد آمده است. این یا علان کلینی، شیخ و دائی کلینی است و یا علی بن محمد ماجیلویه است که از او به علی بن محمد بن بندار نیز تعبیر می شود. علی بن محمد ماجیلویه نوه دختری احمد بن ابی عبد الله برقی است. کلینی به واسطه او از برقی و علی بن اسحاق نقل می کند ولی در سایر موارد مراد از علی بن محمد همان دائی خودش علان کلینی است ولی در هر صورت هر دو ثقه هستند.

ص: 7906

صالح بن ابی حماد هم طبق تحقیق ثقه است. فضل بن شاذان او را معتبر دانسته و ظاهراً جزء مستثنی منه رجال نوادر الحکمه نیز هست. محمد بن ابی حمزه هم ثقه است و لذا روایت به نظر ما روایت معتبری است.

در طریق دوم اگر کسی در اسماعیل بن مرار مناقشه داشته باشد اشکالی به اعتبار سند نمی رساند. زیرا او طریق به کتاب یونس است. لذا این طریق هم معتبر است.

از نظر دلالت روایت تعبیر می کند که موسر عقیقه کند منتها اگر کسی معسر است، ذمه اش مشغول نیست. ظاهر روایت این است که وجوب را مسلم گرفته است. چون تعبیر می کند آیا فریضه این است یا آن؟ بر این لازم است یا بر آن؟ معلوم می شود که فریضه بودن را مفروغ عنه گرفته است.

آنچه تاکنون آمد روایاتی بود که برای وجوب عقیقه به آنها استدلال شده است ولی در مقابل، به روایاتی برای استحباب عقیقه استدلال شده است. از جمله این روایات آنهایی است که در آن عقیقه در ضمن امور مستحبی ذکر شده است. نقد و بررسی این روایات قبلاً ذکر شده است. مرحوم صاحب حدائق به روایت عمر بن یزید نیز برای استحباب تمسک کرده است که نقد این دلیل نیز گذشت.

دسته دیگر روایاتی است که در آنها حضرت می فرمایند اضحیه مجزی از عقیقه است. مرحوم صاحب حدائق می فرماید اگر عقیقه واجب باشد معنا ندارد که غیر واجب از آن کفایت کند. ایشان تعبیر می کند در فقه مشابه این را نداریم که مستحب از واجب کفایت کند و چون این جا حکم به کفایت می کند ما ائناً کشف می کنیم که واجب نبوده است.

مرحوم صاحب ریاض در پاسخ می فرماید این مسئله در فقه مشابهاتی دارد.

موارد زیادی داریم که یک امر مستحبی از واجب کفایت می کند (1). مثلاً ما هم

ص: 7907

مانند صاحب ریاض قائل هستیم که غسل مستحبی از غسل واجب کفایت می کند.

مثال دیگر نماز جمعه است. در زمان غیبت نماز جمعه واجب نیست و مستحب است ولی از نماز ظهر مجزی است. از نظر ایشان نماز جمعه واجب تخییری نیست. وجوب تعیینی برای ظهر است و نماز جمعه مستحبی است که از واجب کفایت می کند(1).

البته مثال نماز جمعه قابل مناقشه است. فرض کنید فردی نمی تواند نماز ظهر را بخواند یا نمی گذارند بخواند ولی می تواند نماز جمعه را به جا بیاورد. آیا در این فرض باز هم نماز جمعه مستحبی است و يجوز ترکه لا الی بدل؟ چطور می توانیم ثابت کنیم در چنین فرضی نماز جمعه لازم نیست؟ این را نمی شود اثبات کرد.

هر چند مثال نماز جمعه مورد مناقشه بود ولی همان مثال کفایت غسل مستحبی از واجب برای این بحث کافی است. البته موارد دیگری هم داریم که آنها هم می تواند شاهد باشد. مثلاً اگر شخص نابالغ اول ظهر نماز ظهر را خواند و یک ساعت بعد بالغ شد دیگر احتیاجی ندارد که دوباره نماز بخواند. و یا میتی را فرض کنید که باید دفن شود، اگر شخص نابالغ بود و یا بر او حرجی بود، طبعاً بر او دفن واجب نیست ولی چنانچه این بچه نابالغ میت را دفن نمود و یا با حرج دفن کرد یسقط به الواجب اینها نقل یسقط به الفرض است.

بنابراین استدلالی که مرحوم صاحب حدائق ذکر کرده و مرحوم صاحب جواهر

ص: 7908

1- (1) - صاحب ریاض، از اینکه چنانچه کسی در روز جمعه نماز نخواند و سپس بخواهد قضا کند، باید حتماً نماز ظهر بخواند، خواسته استتباط کند که نماز جمعه مستحبی است که یجزی عن الواجب و عدل واجب نیست. و لکن این استتباط درست نیست. تفاوت بین واجب غیر و استتباب در قضا نیست. قضا ممکن است حساب دیگری داشته باشد. مثلاً در اماکنی که شخص مخیر است نماز را تمام یا قصر بخواند. چنانچه نمازش فوت شود، می گویند قضاء آن را باید قصداً بجا آورد. کأنه اصل الطبیعه به ذمه آمده است. مصداق طبیعت در موقع اداء یک چیز است ولی در موقع قضاء مصداق طبیعت شکلش عوض می شود

آن را پذیرفته، تمام نیست. در ادامه، مرحوم صاحب جواهر تعییراتی دارد که این تعییرات نباید انسان را از میدان خارج کند. ایشان عدم وجوب عقیده را کالمقطوع به محسوب کرده یا می فرماید قول به وجوب عقیده ناشی از عدم تعمق در فقه است و تعمییراتی از این قبیل.

البته حق مرحوم صاحب جواهر بر تمام حوزه های علمیه قابل انکار نیست، انصافاً اگر جواهر نبود شاید فقه به گونه ای دیگر بود ولی این موجب نمی شود که ما از واقعیات صرف نظر کنیم. مرحوم صاحب جواهر در جایی که نمی تواند با استدلال برهانی مطلبی را تمام کند از این تعابیر استفاده می کند. ما باید بینیم منهای این تعابیر دلیل بر مطلب چیست و به لحاظ روحی و روانی تحت تاثیر این تعابیر واقع نشویم.

روایت ضریح محاربی:

روایت دیگری که برای استحباب به آن تمسک شده روایت ضریح محاربی است. متن روایت به نقل کافی این است: ضریح المحاربی عن ابی عبد الله فی العقیقه قال: اذا جاوزت سبعة ایام فلا عقیقه له (1).

همین روایت در کتاب محمد بن مثنی از ضریح محاربی با مختصر تفاوتی آمده است: محمد بن مثنی القاسم الحضرمی عن جعفر بن محمد بن شریح الحضرمی عن ضریح المحاربی عن ابی عبد الله علیه السلام قال قلت المولود یعق عنه بعد ما کبر قال اذا جاز سبعة ایام فلا تعق عنه (2).

این طریق دوم تا حدودی روشن تر از طریق اول است و می تواند اجمال آن را برطرف کند. حتی اگر نتوانیم اعتبار آن را ثابت کنیم. زیرا به حسب متعارف خیلی بعید است که کسی بخواهد یک تفاوت جزئی را جعل کند. اگر یک مطلبی را دو نفر نقل کنند یکی از آنها موثق باشد و یکی ذاتاً موثق نیست ولی تفاوت نقل ها جزئی باشد احتمال اینکه آن طریقی که ثقة نیست مطلبی را جعل کرده باشد خیلی

ص: 7909

1- (1) - وسائل، ج؟؟؟، ص 455

2- (2) - مستدرک الوسائل، ج 15، ص 152. راجع اصول ست عشر، اصل محمد بن مثنی حضرمی

ضعیف است.

حال ببینیم مراد از این روایت چیست؟ در مورد «لا تعق عنه» دو احتمال وجود دارد.

احتمال اول: این است که مراد، نفی تشریفات عقیده باشد. مثلاً از تشریفات عقیده این است که مادر نباید از آن بخورد. بنابراین اگر در بعضی روایات آمده اگر بزرگ شد باز هم از طرف او عقیده کنند مراد از آن عقیده همان اضحیه است که همان قربانی است. دیگر تشریفات عقیده را ندارد.

احتمال دوم: مراد از لا تعق عنه این است که ملزم نیست عقیده را به جا آورد.

نفی لزوم یا تاکد استحباب است. آن تاکدی که برای روز هفتم است را دیگر ندارد.

روی هر دو احتمال، وقتی قرار شد بعد از روز هفتم ما تشریفات عقیده را نداشته باشیم و یا عقیده لزوم نداشته باشد. از این معلوم می شود که اصل عقیده یک امر مستحبی است. اگر اصل عقیده واجب باشد قاعده اش این بود که بگویند اگر از روز هفت گذشت باز هم نباید آن را ترک کرد. مانند نماز که اگر از اول وقت گذشت اصل وجوب آن باقی است.

به نظر ما دلالت این روایت بر استحباب عقیده تمام است و از مجموع ادله شاید بتوان استفاده کرد که منصرف از کلمه عقیده همان است که برای تشریفات بچه روز هفتم بجا می آورند و آن هم به قرینه ادله دیگر الزامی نیست. به علاوه شهرت قوی هم بر عدم الزام است.

در تایید این مطلب ما می بینیم در مورد حلق هم مشابه این روایت ها را داریم. با آنکه استحباب حلق مسلم است. مثلاً در صحیحہ عمرکی آمده است: «سألته عن مولود یحلق رأسه بعد یوم السابع فقال اذا مضی سبعة ایام فلیس علیه حق». به نظر می رسد که این کلمه «علی» که در خصوص این موارد هست ظهوری در الزام ندارد بلکه نفی تاکد استحباب است.

ص: 7910

در روایت دیگر دارد: «سألته عن مولود ترک اهله حلق رأسه فی الیوم السابع هل علیه بعد ذلک حلقه و صدقه بوزنه؟ قال اذا مضی سبعة ایام فلیس علیه الحلق انما الحلق و العقیقه و الاسم یوم السابع» همه اینها در روز هفتم است. با ملاحظه مجموع این روایات انسان به این نتیجه می‌رسد که این «علی» ها، عبارت اخرای از هم می‌باشند و مراد از آنها تأکد استحباب است.

به عبارت دیگر نفی همان امر مرسوم و متعارف است نه نفی یک امر واجب.

در مورد روایات ارتهان هم می‌بینیم در بعضی آمده «المولود مرتهن بالعقیقه» ولی در بعضی هم مانند صحیح معاذ فراء حضرت می‌فرمایند «الغلام رهن بابعه بکبش یسمی فیه و یعق عنه...» با آنکه می‌دانیم عقیقه در روز هفتم مستحب مؤکد است ولی در مورد آن کلمه «رهن» آمده پس این کلمه هم در این موارد ظهور در وجوب ندارد.

از نظر سندی معاذ فراء ثقة است معلی بن محمد نیز در سند وجود دارد که ما آن را اشکال نمی‌کنیم.

احتمال هم دارد که در روایات ارتهان مراد از رهن حفظ باشد. که در این صورت هم دیگر دلالت بر وجوب نمی‌کند. یک شیء را برای حفاظت رهن قرار می‌دهند که خطر از بین رفتن از بین برود. در این جا هم یعنی حفاظت بچه متوقف بر عقیقه است و این ارتباطی با الزام شرعی ندارد.

بنابراین با ملاحظه مجموع من حیث المجموع روایات و شهرت قوی به نظر می‌رسد که عقیقه واجب نباشد.

حکم خوردن از گوشت عقیقه برای والدین و خویشاوندان:

در این مسئله کلمات بزرگان مختلف است. مشهور بین علماء امامیه این است که خوردن والدین کراهت دارد و عیال والدین را هم عده ای اضافه کرده اند، بعضی هم به عیال پدر اقتصار کرده اند.

در مقابل این، عده ای تعابیری دارند که فی الجمله گویا قائل به حرمت هستند.

مرحوم شیخ طوسی در نهاییه و مرحوم قطب الدین کیدری در اصباح می گویند:

لا يجوز للأبوين ان يأكلا من العقیقه. در اینجا لا يجوز تعبیر شده است. مرحوم ابن براج در مهذب و برخی دیگر می گویند: لا یأكلان من العقیقه و بعد مرحوم ابن براج می گوید: «و روی جواز ذلک و الاحوط ما قدمناه». گویا ایشان هم تمایل به حرمت دارد. در فقه الرضا و فقیه و مقنع صدوق نیز «لا یأكلان» تعبیر می کنند.

همه متعلق نهی را والدین عنوان کرده اند، تنها کسی که موضوع را «مادر» قرار داده است مرحوم کلینی است. در کافی عنوان باب را «أن الام لا تاكل من العقیقه» قرار داده است. در این باب دو روایتی را که أم از عقیقه نمی خورد نقل کرده روایتی را هم که ام و أب و عیال أب نمی خورند را نیز آورده است.

در روضه المتقین تعبیری هست که گویا ایشان خواسته همین کلام مرحوم کلینی را حفظ کند. می گوید ام کراهت دارد و الاولی این است که أب و سایر عیال أب نیز استفاده نکنند. یعنی اگر ترک کرد خوبی انجام داده اما فعلش کار بدی نیست. مرحوم مجلسی در مرات العقول نیز می فرماید ظاهر کلام مرحوم کلینی اختصاص کراهت به ام است.

بررسی روایت های مسئله:

1 - الحسين بن محمد عن معلى بن محمد و محمد بن يحيى عن احمد بن محمد جميعاً عن الوشاء عن احمد بن عائد عن ابي خديجه عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا يأكل هو و لا احد من عياله من العقیقه، قال و للقابله الثلث من العقیقه فان كانت القابله ام الرجل او فى عياله فليس لها منها شىءٌ و تجعل اعضا ثم يطبخها و يقسمها و لا- يعطيها الا لاهل الولاية و قال ياكل من العقیقه كل احد الا الام(1). (2)

2 - عده من اصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد عن ابيه عن زكريا بن آدم عده الكاهلى

ص: 7912

1- (1) - کافی، ج 6، ص 31

2- (2) - این سند صحیح است و اشکالی در آن نیست. ابی خدیجه هم طبق تحقیق ثقه است

عن ابی عبد الله علیه السلام فی العقیقه قال: لا تطعم الام منها شیئاً.

3 - عده من اصحابنا عن احمد بن ابی عبد الله عن ابیه عن عبد الله بن المغیره عن ابن مسکان عن ذکره عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تأکل المرأه من عقیقه ولدها و لا بأس بأن تعطیها الجار المحتاج من اللحم.

ظاهر هر سه روایت این است که به ام داده نمی شود. اگر چیزی در طرف مقابل نبود باید می گفتیم به حسب ظاهر حرام است. مرحوم محقق در نکت النهایه می فرماید درست است که نهی شده ولی سیره با عدم تحریم است. به سیره مسلمانان یا امامیه تمسک کرده است.

به نظر ما هم شهرت قوی بر عدم تحریم وجود دارد. قول صریحی هم نسبت به تحریم پیدا نکردیم. حتی شیخ طوسی که لا یجوز تعبیر کرده معلوم نیست مرادش تحریم باشد. یجوز در کلمات قدما به این معنا است که منعی در آن نیست نه منع تحریمی و نه منع تنزیهی. اقلان نهی محکمی درباره اش نیست. لذا لا یجوز با کراهت هم سازگار است. سرائر که عبارت نهاییه را نقل می کنند می فرماید در مورد شدت کراهت کلمه لا یجوز به کار برده می شود و این معنا رایج است.

خلاصه در این طور مسائل که سیره قریب به اتفاق اشخاص و فتوا بر عدم حرمت است شاید بتوان گفت این روایات در محیطی که صادر شده غیر از شدت کراهت چیز دیگری از آن فهمیده نمی شده است. مثلاً در روایت ابی خدیجه شما می بینید اول از خوردن عیال نهی شده بعد حضرت می فرماید غیر از ام هر کس بخورد عیب ندارد. معلوم می شود دارد مراتب مبغوضیت را بیان می کند و ممکن است هر مراتبش غیر الزامی باشد.

بنابراین در مجموع با شهرت خیلی قوی و سیره خارجی می توان گفت خوردن ام از عقیقه حرمت ندارد.

بحث دیگری هم هست که اگر به فرض خوردن مادر را از عقیقه جایز بدانیم،

چنانچه مادر خورد، در فقه رضوی آمده است که در این صورت دیگر مادر بچه اش را شیر ندهد و مرحوم صدوق هم مطابق فقه رضوی فتوا داده است. منتها این مطلب بدون دلیل و مدرک است و ما شهرت را هم حجت نمی دانیم چه برسد به فتوای یک نفر، شاید روایتی را دیده باشد که در آن از باب تسامح در ادله سنن نهی شده باشد. و مراد از آن کراهت باشد.

«* و السلام*»

ص: 7914

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

احکام ارضاع ولد

خلاصه دروسی:

در بحث اول؛ یعنی حکم ارضاع ولد توسط ام، پس از بیان عدم خلاف و معروف بودن قول به عدم وجوب شیر دادن بر ام در بین اصحاب، و قول بعضی از عامه به وجوب، به بررسی دلیل قول به وجوب و جواب های داده شده از آن پرداخته ایم، پس از آن به بررسی ادله عدم وجوب پرداخته و با اشاره به ضعف استدلال به آیات، مستند این حکم را عبارت از روایت صحیح منقروی دانسته ایم، البته مقتضای اصل هم - در صورت اشکال در سند روایت منقروی - عبارت از عدم وجوب است. و در نهایت مسئله قول به وجوب ارضاع بر ام در دو صورت عدم وجود مرضعه دیگری غیر از مادر و عدم توان پدر برای اجیر کردن مرضعه، توسط «مسالک» و «ریاض»، و اشکالات «جواهر» بر آنها را بررسی و قول به استثناء مذکور را تقویت کرده ایم.

در بحث دوم؛ یعنی حکم لباء (آغوز)، گفته شد که پنج نفر از فقهاء حکم به وجوب و اکثر فقهاء یا تصریح به عدم فرق بین رضعه اول و غیر آن کرده اند و یا ظاهرشان عدم فرق است. و در اینجا هم اولاً دلیلی که تام بر وجوب باشد وجود ندارد و ثانیاً مقتضای اصل هم عدم وجوب است.

در بحث سوم؛ یعنی حکم اجیر شدن زن برای ارضاع در حال زوجیت، پس از بیان قول مشهور که عبارت از عدم فرق بین صورت پس از اطلاق با صورت وجود زوجیت و جواز اجیر شدن زن در هر دو صورت است، به بیان قول شیخ، ابن

حمزه و قطب الدین کیدری و بررسی کلام شیخ طوسی و دو گونه استظهاری که در مورد آن شده است، پرداخته ایم و با جواب از توجیهاآت آمده در کلام شیخ، جواز اجیر شدن زن در حال زوجیت را ثابت کرده ایم.

در بحث چهارم؛ یعنی اُحقیقیت مادر به ارضاع ولد، در صورت پس از طلاق حرفی نیست که این اُحقیقیت ثابت است مگر اینکه مرضعه دیگری به کمتر از مبلغ درخواستی او راضی به ارضاع ولد او بشود و اما قبل از طلاق این مسئله در کلمات سایر فقهاء توجیهی به آن نشده است، ولی مرحوم شیخ طوسی و ابن حمزه رحمه الله رضایت شوهر را شرط برای آن دانسته اند و جهتش را منافات آن با بخشی از تمتعات مرد دانسته اند. ولی به جهت وجود روایت خاصه در این باره، حکم به عدم اشتراط می شود.

در بحث پنجم؛ یعنی حکم سپردن بچه به غیر مادر به کمتر از اجره المثل، که فقط ابو حامد از عامه قائل به عدم جواز شده است، با بررسی استدلال وی به آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ...) و جواب از آن، قول به جواز را با توجه به روایات خاصه در این باره تاکید نموده ایم.

در بحث ششم؛ یعنی حکم ارضاع بالتسبیب ام، پس از بیان کلمات فقهاء در مسئله که برخی بحث از آن را در غیر مورد اجاره و برخی دیگر آن را به دنبال بحث از اجیر شدن مادر آورده اند، با اشاره به استفاده جواز واگذاری ارضاع به کنیز و الغاء خصوصیت از آن در غیر مورد اجاره، از باب احترام عمل مسلمان، قائل به استحقاق اجرت در هر دو صورت شده ایم.

در بحث هفتم؛ یعنی حکم اجیر کردن دیگری توسط ام اجیر شده، با اشاره به اختلاف در مسئله، با توجه به وجود خصوصیت برای مادر اجیر شده، الغاء خصوصیت از آن و حکم به جواز اجیر کردن غیر توسط مادر را مشکل دانسته ایم.

در بحث هشتم؛ یعنی اشتراط فقر در لزوم اجرت رضاع بر پدر، با اشاره به اینکه

بیشتر علماء مثل نفقه در سایر اوقات، وجوب نفقه بچه بر پدر در ایام رضاع را مشروط به فقیر بودن بچه دانسته اند و فقط ظاهر عده ای از قدماء که این قید را در اینجا نیاورده اند و همین طور مرحوم صاحب ریاض هم که احتمال مطلق بودن وجوب اجرت ارضاع ولد بر پدر را داده است، حکم به نحو مطلق است، با توجه به وجود ادله عامه که دلالت بر چنین اشتراطی در مورد وجوب نفقه بچه بر پدر می کنند، به بررسی ادله خاصه ای که چنین اشتراطی را در ایام رضاع ملغاً می داند پرداخته ایم و با بیان عدم دلالت آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ...) بر این مطلب و همین طور روایات لزوم پرداخت اجرت از ارث پدری، بر الغاء چنین شرطی، حکم به اشتراط را تثبیت کرده ایم.

در بحث نهم؛ یعنی حکم وضعی نبودن لزوم پرداخت اجرت رضاع بر پدر، ادعاء بعضی نسبت به وضعی بودن این حکم در اینجا مانند نفقه زوجه، حرفی بدون دلیل دانسته ایم.

در بحث دهم؛ یعنی مقدار رضاع، پس از بیان مقصود از «حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» و اینکه برای بیان دقیق بودن مقصود از حولین و عدم تسامح در آن است، ابتداء به بررسی حد رضاع از حیث زیاده بر حولین که مورد اختلاف است و مشهور جواز ازدیاد یکی و ماه است و عده ای هم با آنها مخالفت کرده اند، پرداخته ایم و با بیان عدم دلیل تام برای قول مشهور، احتمال عدم جواز ازدیاد از دو سال را با توجه به دلالت روایات بر آن تقویت کرده ایم. سپس به بررسی حد رضاع از حیث نقصان از حولین که قول مشهور عدم جواز کمتر از بیست و یک ماه است و در مقابلشان نظر ابن عباس و پذیرفتن آن توسط برخی از اصحاب است که کمتر از آن را هم جایز دانسته اند به شرط اینکه زمان حمل بچه بیشتر از نه ماه باشد، پرداخته ایم و با بیان عدم دلیل بر قول ابن عباس، قول مشهور را که مطابق روایت هم هست پذیرفته ایم.

در این باب ابیاحث متعددی وجود دارد که عبارتند از: 1 - حکم ارضاع ولد توسط مادر، 2 - حکم لباء (آغوز)، 3 - حکم اجیر شدن زن برای ارضاع در هنگام زوجیت، 4 - آحق بودن مادر به ارضاع ولد، 5 - حکم سپردن بچه به غیر مادر به کمتر از اجره المثل، 6 - حکم ارضاع بالتسبیب ام، 7 - حکم اجیر کردن دیگری توسط ام اجیر شده، 8 - اشتراط فقر در لزوم اجرت رضاع بر پدر، 9 - حکم وضعی نبودن لزوم پرداخت اجرت رضاع بر پدر، 10 - مقدار رضاع.

بحث اول: حکم ارضاع ولد توسط ام

الف - اقوال در مسئله:

صاحب جواهر رحمه الله می گوید: «بلا خلاف اجده» شیر دادن بچه بر مادر واجب نیست (1). در «ریاض المسائل» هم می گوید: معروف بین اصحاب، عدم وجوب شیر دادن است (2).

و به طوری که مراجعه کردم، شاید همه فقهاء گفته اند که ارضاع ولد وظیفه زن نیست، بله بهتر است که او شیر بدهد، ولی ملزم به آن نیست؛ از زمان مرحوم شیخ طوسی به بعد، هر چه فتوا دیدم، همین طوری بود.

فقط بعضی از عامه قائل به وجوب ارضاع بر ام شده اند (3) که ابتداء به بررسی دلیل آن پرداخته، سپس ادله عدم وجوب را ذکر می کنیم.

ب - دلیل قول به وجوب:

استدلال به آیه (وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ۚ) (4): بعضی از عامه گفته اند که این آیه از باب اخبار به داعی انشاء است و در آن امر به ارضاع توسط مادر وجود دارد، پس بر وجوب ارضاع توسط ام دلالت می کند.

ص: 7918

1- (1) - جواهر الکلام: 272:31

2- (2) - ریاض المسائل 515:10

3- (3) - الخلاف 130:5

جواب اول: مرحوم شیخ طوسی می گوید: با توجه به وجود ادله بر عدم وجوب، آن ادله قرینه می شوند بر اینکه امر آمده در این آیه که اطلاق آن مقتضی وجوب است، حمل بر استحباب بشود(1).

جواب دوم: مرحوم صاحب ریاض بر خلاف شیخ که در هیئت تصرف کرد، تصرف اطلاق و تقییدی کرده و می گوید: این امر را حمل به بعضی از صورت هایی می کنیم که در آن صورتها شیر دادن به بچه بر مادر واجب می شود مثل اینکه کسی برای شیر دادن وجود نداشته باشد، یا اینکه پدر بچه توان اجیر کردن کسی را نداشته باشد و یا اینکه مادر بچه، خودش کنیز باشد، که بحث تفصیلی از استثناء برخی از صور از تحت قول به عدم وجوب ارضاع بر ام خواهد آمد(2).

اشکال صاحب جواهر بر این جواب: مرحوم صاحب جواهر می گوید: لکنه کما تری(3)؛ چرا که حمل یک امر متعلق بر فروض نادر و اینکه مقصود از مادرها، کنیزها باشد، که مولی می تواند آنها را بر شیر دادن اجبار نماید، خیلی بر خلاف متعارف است.

جواب سوم: به نظر می رسد که نیازی به حمل بر استحباب هم نیست؛ چرا که این آیه در مقام بیان وجوب شرطی است، (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ عَنْ أَوْلَادِهِنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ، لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ4) یعنی کسی که می خواهد شیر دادن را به صورت تام و کامل انجام بدهد و سنت را به جای آورد، باید دو سال کامل به بچه اش شیر بدهد.

و اما اینکه آیا اصل شیر دادن بر مادر واجب است یا نه؟ این آیه ربطی به آن ندارد.

ج - ادله عدم وجوب ارضاع بر ام

برای عدم وجوب ارضاع بر ام به سه وجه تمسک شده است که عبارتند از:

ص: 7919

1- (1) - خلاف 5: 130

2- (2) - ریاض المسائل 10: 515

3- (3) - جواهر الکلام 31: 273

1 - اصل عدم وجوب ارضاع بر مادر، 2 - آیات قرآن، 3 - روایت.

با توجه به روشن بودن استناد به اصل، به بیان نحوه استدلال به آیات و روایت می پردازیم:

آیات داله بر عدم وجوب:

1 - آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ¹): که وجه استدلال به آن این است که اگر ارضاع بر زن واجب بود قاعده اش این بود که حق تعالی تکلیف هر دورا تعیین می کرد؛ به اینکه زن باید شیر بدهد و مرد هم باید اجرت آن را پردازد، و از اینکه نسبت به زن سکوت نموده است استفاده می شود که این عمل برای زن اختیاری بوده است و هیچ تکلیفی متوجه او نبوده است.

2 - آیه (وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسْتَطْرِغْ لِهِنَّ²): که وجه استدلال به آن این است که اگر شیر دادن بر زن واجب بود، نمی فرمود که اگر زن و شوهر با هم در رابطه با اجرت کنار نمی آیند، پس یک فرد دیگری به او شیر بدهد. و این یعنی اینکه چیزی به گردن زن نیست.

3 - آیه (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا)³: البته استدلال به این آیه را به گمانم قبل از صاحب جواهر کس دیگری ذکر نکرده است. و وجه استدلال به آن این است که اگر مرد بخواهد که مادر را اجبار بر شیر دادن به بچه بکند، این ضرر زدن به مادر است و در این آیه از ضرر زدن به مادر به سبب بچه اش نهی شده است.

4 - آیه (فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)⁴: که این استدلال را مطرح نکرده اند و وجه استدلال به آن این است که با توجه به حرمت اخذ اجرت بر واجبات بنا بر شهرت قوی، از اینکه دستور به پرداخت اجرت داده شده است معلوم می شود که شیر دادن بچه بر مادر واجب نیست.

اشکال «حدائق» بر دو آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنِ) و (وَإِنْ تَعَسَرَ رَبُّنَا) :

مرحوم صاحب حدائق راجع به استدلال به دو آیه مذکور بر عدم وجوب ارضاع بچه بر مادر می گوید: «لا یخلو من نظر» چون آیات مذکور در مورد مطلقه و بائن است و عدم وجوب ارضاع ولد بر مطلقه، دلیل بر عدم وجوب آن بر غیر مطلقه نمی شود و مورد بحث ما در اینجا در مورد زوجه و مادر غیر مطلقه است (1).

در «ریاض المسائل» هم «فیه نظر» دارد که مقصودش باید همین اشکال آمده در «حدائق» باشد (2).

جواب صاحب جواهر از اشکال مذکور: مرحوم صاحب جواهر می گوید که این اشکال وارد نیست؛ چرا که از این آیات چنین استفاده می شود که مقتضای امومت، عبارت از شیر دادن نیست یعنی از وظائف مادر بودن، لزوم شیر دادن به بچه نیست. و با توجه به استفاده مذکور، خصوصیت مورد آنها که درباره طلاق است، منافاتی با شمول آن نسبت به مطلق مادر ندارد و لذا دلالت آیات شامل مادری که مطلقه نیست هم می شود. و ظاهر عبارت محقق هم در متن «شرایع» همین است که مقتضای امومت، عبارت از ارضاع نیست، اگر چه ممکن است که در شرایطی بر او واجب بشود که بحث آن خواهد آمد (3).

اشکال بر جواهر در تأیید اشکال بر آیات: روشن نیست که ایشان چگونه می خواهند بر مرحوم صاحب حدائق و صاحب ریاض رحمه الله اشکال بکنند؛ چرا که مدلول آیات این می شود که امومت علت تامه برای لزوم ارضاع نیست و الا بعد از طلاق هم باید ارضاع بر ام واجب باشد. ولی نفی علت تامه بودن نمی تواند جزء العله بودن را هم نسبت به آن نفی کند؛ به اینکه یک جزء علت هم وجود زوجیت باشد. پس این احتمال که مادر بودن به عنوان جزء العله مطرح باشد، با این آیات

ص: 7921

1- (1) - الحدائق 72:25

2- (2) - ریاض المسائل 515:10

3- (3) - جواهر الکلام 273:31

دفع نمی شود، و اشکال صاحب حدائق وارد است.

بررسی دلالت آیات مورد استدلال

1 - آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) 1: این نکته روشن است که دخول آن شرطیه بر یک فعل دلیلی بر جایز بودن آن نیست، بلکه با هر یک از احکام خمس می سازد، و لذا با اینکه بستنی احرام بر مستطیع واجب است، اینگونه تعبیر می کنند که اگر محرم شد فلان امور بر او حرام می شود. و مرحوم شهید ثانی هم به این نکته توجه دارد که ممکن است که شرط واجب باشد، لذا در مقام استدلال به این آیه می گوید: با توجه به اینکه در آیه شریفه تکلیفی برای زن تعیین نشده است، معلوم می شود که زن تکلیفی در اینجا ندارد.

ولی جوابش این است که آیات قرآنی در صدد بیان تمامی مسائل و احکام نیستند، بلکه چیزهای درجه اول را که خیلی روی زمین مانده و کمتر به آن توجه می شود، برای جلوگیری از انحراف زیاد، بیان می کند. و بیان بقیه احکام را به ائمه ارجاع داده است (وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ).

در این مسئله هم حکم پرداخت اجرت به زن را - که مردها کمتر پایبند به پرداخت اجرت هستند و چنین حساب می کنند که مردها به جهت عواطف مادری و محبتشان به بچه شان شیر می دهند، ما چرا پولش را بدهیم؟! - بیان نموده است و اما حکم مادر را در این باره بیان نکرده است.

و لذا اگر در روایات وجوب ارضاع را برای مادر اثبات کند، مخالفتی با ظاهر قرآن ندارد.

2 - بررسی دلالت آیه (وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضُوا لَهُ الْآخِرَى):

این آیه هم منافاتی با وجوب ارضاع بر مادر ندارد؛ چرا که در مقام بیان این مطلب است که اگر مشکلی وجود داشت؛ مثل اینکه شیر زن ناقص بود یا مریض

بود یا ناتوان از بچه داری بود و یا اینکه مرد نمی خواست که اجرت او را بدهد و بالاخره از هر ناحیه ای که تعاسر باشد و نتواند که با هم کنار بیایند، در تمامی این موارد می فرماید (فَسَتْرَضِعُ لَهُ أُخْرَى) مرضعه دیگری برای او فراهم نمایند. و اما اینکه آیه چنین دلالت نماید که مادر می تواند بدون هیچ عسری از شیر دادن به بچه امتناع نماید، دلالت روشنی بر این مطلب در آیه وجود ندارد.

3- بررسی دلالت آیه (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا) 1: در این آیه دو معنا محتمل است:

یکی اینکه بآیه را الصاق بگیریم که معنایش این می شود که مادر و پدر نباید به بچه ضرر بزنند؛ چه از ناحیه شیر ندادن به او و گرفتن او از شیر و چه زدن ضرر دیگری به او. این معنا اصلاً ربطی به بحث ما ندارد. دوم اینکه بآیه را سببیت بگیریم که معنایش چنین می شود که مادر و پدر نباید به جهت فرزند ضرری متوجه آنها بشود. و این معنا به حسب روایت، به طوری که در «فقه القرآن» (1) راوندی آمده است نظرش به این است که مرد نباید از مباشرت با زن، و زن نباید از تمکین نمودن، به جهت خوف از حامله شدن دوباره زن، خودداری نمایند. و اما آیا شیر دادن به بچه از حقوق زوجیت است تا اینکه امتناع از آن، ضرر زدن به مرد باشد یا اینکه اجبار زن بر آن، ضرر زدن به او باشد، از حیث صغروی مورد بحث است و لذا با مثل این آیه نمی توان عدم وجوب ارضاع بر مادر را اثبات نمود.

4- بررسی دلالت آیه (فَاتَوْهُنَّ أَجُورُهُنَّ): اولاً به نظر ما معلوم نیست که اخذ اجرت بر واجبات اشکال داشته باشد، اگر چه نظر مشهور قریب به اتفاق این طور است.

و ثانیاً: این آیه در مورد پس از طلاق است؛ در حالی که مورد بحث ما درباره قبل از طلاق است.

ص: 7923

محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه و علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد الجوهری عن سلیمان بن داود المنقری قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن الرضاع فقال: «لا تجبر الحره علی رضاع الولد و تجبر ام الولد»⁽¹⁾.

تمامیت استناد به روایت: بر خلاف تعبیر به خبر از این روایت - که بعضی کرده اند - این روایت سندش صحیح است، کما اینکه دلالتش هم بر عدم وجوب شیر دادن به بچه بر مادر روشن است.

خلاصه: با بررسی ادله به دست آمد که همانطوری که پس از طلاق دادن، ارضاع ولد بر مادر واجب نیست، در حال زوجیت هم ارضاع ولد بر مادر وجوبی ندارد و مستند این حکم هم روایت سلیمان منقری است، اگر چه بر فرض ضعف سند روایت منقری باز هم با توجه به عدم وجود دلیل بر وجوب، به مقتضای اصل حکم به عدم وجوب ارضاع ولد بر ام می شود.

د - استثناء دو مورد از عدم وجوب ارضاع بر ام

وقوع استثناء در کلمات «مسالک (2)» و «ریاض (3)»: مرحوم شهید ثانی و صاحب ریاض رحمه الله گفته اند که در دو صورت ارضاع ولد بر مادر واجب می شود که عبارتند از:

1 - اگر مرضعه دیگری برای شیر دادن بچه پیدا نشود، شیر دادن بر مادر واجب می شود.

2 - اگر پدر قدرت بر اجیر کردن مرضعه نداشته باشد، یا اینکه حرجی بر او متوجه بشود، و خود ولد هم مالی نداشته باشد در این صورت هم شیر دادن به بچه بر مادر واجب می شود.

اضافه بیان «ریاض المسائل»: مرحوم صاحب ریاض یک تعبیر اضافه ای از

ص: 7924

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 26:499، ابواب احکام الاولاد، الباب 51، الحدیث 4

2- (2) - المسالک 8:412

3- (3) - ریاض المسائل 10:515

«مسالك» دارد و آن این است که در این دو صورت نفقه ولد بر مادر واجب می شود و لذا شیر دادن بر او لازم می شود.

اشکال مشترک صاحب جواهر بر استثناء: مرحوم صاحب جواهر یک اشکال مشترک بر «مسالك» و «ریاض» دارد و یک اشکال هم به خصوص «ریاض» می کند.

اشکال مشترک او این است که این دو مورد تخصّصاً از حکم به عدم وجوب ارضاع بر ام خارج هستند و نیازی به استثناء و تخصیص نیست؛ چرا که بحث ما در مورد وجوب ارضاع بر ام «بما أنّها ام» است و اما اینکه یک شرایطی پیش بیاید که حیات بچه متوقف بر شیر دادن این مادر باشد - کما اینکه در دو صورت مذکور این چنین است - این صورت خارج از بحث حکم ارضاع بر ام است؛ چرا که در این دو صورت هم بین مادر و غیر مادر فرقی وجود ندارد و بر زنان دیگر هم که بتوانند شیر بدهند حفظ جان این بچه واجب است و خصوصیتی برای مادر بما اینکه مادر است وجود ندارد(1).

اشکال مختص صاحب جواهر: مسئله وجوب نفقه در صورت اول پیش نمی آید؛ چرا که فرض این است که پدر می تواند اجرت رضاع را بپردازد، ولی مرضعه ای وجود ندارد و با این حساب منافاتی ندارد که شیر بدهد و اجرتش را هم بگیرد، در حالی که معنای واجب النفقه این است که دیگر نمی تواند اجرت شیر دادن را بگیرد، پس تعبیر به واجب النفقه شدن در اینجا صحیح نیست(2).

جواب از اشکال صاحب جواهر: به نظر می رسد که این استثناءها صحیح است و شیر دادن بر مادر در این دو صورت واجب می شود، لکن باید توجه داشت که اولاً مورد بحث در اینجا خصوص مقدار شیری که بچه را از مرگ نجات بدهد نیست و اختصاصی به صورت توقف حفظ جان او به ارضاع مادر ندارد، بلکه در مورد مقدار شیری است که لازم است که به بچه داده شود و کمتر از آن ظلم به بچه

ص: 7925

1- (1) - جواهر الکلام 272:31

2- (2) - جواهر الکلام 272:31

می شود، اگر چه حفظ جان بچه توقف بر آن نداشته باشد. و روشن است که در این وظیفه مادر با سایر مرضعه ها یکسان نیست و بر مادر واجب می شود که بچه خود را در این مدت شیر بدهد.

و ثانیاً مسئله واجب النفقه غیر از مسئله انفاق به مقدار حفظ نفس است؛ و مقدار انفاق در مورد واجب النفقه خیلی بیشتر از انفاق برای حفظ نفس است، پس این دو مسئله نباید خلط بشود. کما اینکه مسئله جواز اخذ اجرت بر شیر دادن از کسی که بچه واجب النفقه او است (پدر) منافاتی با وجوب شیر دادن بر مادر در صورت اول ندارد.

بحث دوم: حکم لباء (آغوز)

اقوال در مسئله: اکثر فقهاء ظاهرشان این است که فرقی بین شیر اول و آغوز و شیر دادن های بعدی وجود ندارد و هیچ کدامشان بر مادر وجوبی ندارد؛ چرا که حکم به عدم وجوب ارضاع بر مادر کرده اند، بدون اینکه استثنایی بکنند. بعضی هم تصریح به عدم فرق نموده اند. در مقابل، پنج نفر از فقهاء حکم به وجوب آغوز بر مادر کرده اند که عبارتند از:

1 - مرحوم علامه در «قواعد»، اگر چه در چند کتاب دیگرش اصلاً آغوز را عنوان نکرده است و به طوری کلی حکم به عدم وجوب ارضاع ولد بر مادر نموده است مثل کتاب «تحریر»، «تبصره»، «ارشاد» و «تلخیص المرام». و اما در «قواعد» علاوه بر حکم به وجوب آغوز بر مادر، آن را بدینگونه تعلیل کرده است که اگر آغوز را به او ندهد، می میرد و حفظ جان او توقف بر دادن آغوز دارد(1).

2 - مرحوم شهید اول در «لمعه»(2)، 3 - مرحوم شهید ثانی در «حاشیه ارشاد»، 4 - مرحوم ابن قطن در «معالم الدین»، 5 - مرحوم صیمری در «غایه المرام».

دلیل عدم وجوب آغوز بر مادر: در اینجا هم مقتضای اصل عدم وجوب است و

ص: 7926

1- (1) - قواعد الاحکام 3: 101

2- (2) - اللعه الدمشقیه: 176

از استدلال علامه هم چنین جواب داده اند که ادعای توقف حیات ولد بر آغوز، بر خلاف وجدان است. مرحوم صاحب جواهر هم این را اضافه می کند که بر فرض هم که متوقف باشد، توقف بر آغوز مادرش ندارد بلکه آغوز زن دیگری هم که تازه زاییده باشد کفایت می کند. و وقتی که واجب کفایی شد، در واجب کفایی به مناط اضطرار، گرفتن اجرت جایز است و قدر مسلم از آن ادله ای که قائلین به حرمت اخذ اجرت بر واجبات کرده اند، در واجبات به عنوان اولی است و الا در واجب کفایی به عنوان ثانوی اشکالی ندارد.

بحث سوم: حکم اجیر شدن زن برای ارضاع در حال زوجیت

اقوال در مسئله: در اینکه زن در حال زوجیت آیا می تواند برای شیر دادن اجیر بشود یا خیر؟ دو قول وجود دارد که عبارتند از:

1- قول مشهور که گفته اند که حکم حالت زوجیت با حکم پس از طلاق یکسان است و در هر دو صورت اجیر شدن زن برای ارضاع اشکالی ندارد.

2- قول شیخ در «مبسوط» که اولین کسی است که قول به عدم جواز استیجار زوجه برای شیر دادن و همین طور خدمت کردن را قائل شده است (1) و در «خلاف» هم اگر چه تصریح نکرده است، ولی ظاهرش این است که همین قول را می خواهد بیان کند؛ چرا که در بحث اجیر شدن، اگر چه در ابتداء تعبیر به زوجه می کند ولی در ادامه به جای آن مطلقه و بائن را موضوع قرار داده است که ظاهرش این است که مقصودش از ابتداء همان زوجه مطلقه بوده است. کما اینکه در «سرائر» هم همین قول به عدم جواز را از «خلاف» شیخ استظهار می کند. بعد از مرحوم شیخ هم مرحوم ابن حمزه در «وسیله» (2) و همین طور قطب الدین کیدری در «اصباح» (3) با شیخ موافقت کرده اند.

ص: 7927

1- (1) - المبسوط 3: 239

2- (2) - الوسيله: 316-315

3- (3) - اصباح الشيعه

دلیل قول به عدم جواز: برای قول به عدم جواز مرحوم شیخ کلامی دارد که به دو گونه از آن استظهار شده است که عبارتند از:

1 - استظهار علامه از کلام شیخ و اشکالش بر او: مرحوم علامه و تابعین او، توجیه شیخ در مورد وجه عدم جواز اجیر شدن زوجه برای ارضاع را این طور گفته اند که با توجه به اینکه مرد مالک تمام منافع زن است، زن حق ندارد که نسبت به بخشی از منافع خود نظیر شیر دادن بچه عقد جدیدی انجام بدهد. بعد، مرحوم علامه و تابعین او، این اشکال را بر این توجیه شیخ می کنند که ما دلیلی بر این مطلب نداریم که همه منافع زن ملک شوهر باشد، بنابراین اجیر شدن زن برای ارضاع اشکالی ندارد. مرحوم فاضل مقداد هم در «تنقیح» یک ان قلت و قلت در اینجا دارد که نخواستم متعرض آن بشوم.

اشکال بر استظهار مذکور: این استظهار اگر چه یک مثالی مرحوم شیخ دارد که قدری این را تأیید می کند ولی با فتوای صریحی که در صدر کلام شیخ آمده است و حکم به عدم جواز الزام زن بر ارضاع نموده است، منافات دارد؛ چرا که اگر تمام منافع زن ملک مرد باشد - که از جمله آنها شیر دادن است - وجهی برای عدم جواز الزام زن بر ارضاع نخواهد بود.

2 - استظهار دوم از کلام شیخ: به نظر می رسد که مراد شیخ این است که با توجه به اینکه تمامی استمتاعات از زن ملک شوهر است، پس هر عقدی که مضاد با آن باشد محکوم به بطلان خواهد بود، و از آن جمله است اجیر شدن زن برای شیر دادن که این کار با بخشی از استمتاعات مرد از زن، ضد است و لذا نمی شود که عقدی روی آن بیاید.

نظیر اینکه اگر شخصی بخواهد پس از اجیر شدن برای زیارت کربلا - در عرفه، برای انجام مراسم حج هم اجیر بشود، این اجاره دوم به جهت ضدین بودن آنها صحیح نخواهد بود.

جواب از توجیه آمده در استظهار دوم: از توجیه مذکور چنین جواب داده اند که اشکالی ندارد که با رضایت خود زوج که مالک استمتاع از زن است، زوج بخشی از حق استمتاع خود را با ارضاعی که حق نداشت که زنش را بر آن اجبار کند، مبادله نموده و مالک ارضاع بشود؛ یک ملکی را به ملک دیگری تبدیل کردن که اشکالی ندارد. و داشتن حق استمتاع به حسب عقد اول هم چنین اقتضایی ندارد که آن حق همیشه باشد و مرد حق مبادله آن را با ملک دیگری نداشته باشد.

و به عبارت روشن تر: اگر چه در باب اجاره برای عمل، مثل اجیر شدن برای انجام دو کار در یک زمان، اصل اجاره دوم محکوم به بطلان است؛ چرا که شخص اجیر موظف به انجام هر دو کار است، اگر چه مٌوجر از او طلب نکند؛ و اجاره برای ضدین باطل است. ولی در اجاره منفعت فرق می کند و اقتضاء اجاره در آن این است که در صورت خواستن مستأجر و مالک منفعت، از منفعت استفاده می شود و در این صورت منافاتی بین عقد نکاح که مالکیت منفعت را اقتضاء می کند و بین اجیر شدن زن برای ارضاع ولد وجود نخواهد داشت و بر فرض هم که تضاد در اینجا را هم بپذیریم، همانطوری که گفته شد مبادله کردن یکی از منافع به منفعتی ضد آن، اشکالی ندارد.

بحث چهارم: احقیّت مادر به ارضاع ولد

در اینکه پس از طلاق زن احق به ارضاع ولد خود از دیگران است - البته در صورتی که مرضعه دیگری به کمتر از مبلغ درخواستی او، راضی به ارضاع بچه نباشد - حرفی نیست و از بعضی از روایات هم این احقیّت استفاده می شود. و اما در مورد قبل از طلاق: آیا این احقیّت وجود دارد یا اینکه جواز ارضاع برای او منوط به اجازه شوهر است؟ محل خلاف است.

اقوال در مسئله: در کلمات سایر فقهاء توجه به این مسئله نشده است، ولی مرحوم شیخ طوسی می گوید: حتی اگر زن حاضر است که به نحو مجانی و تبرعی

بچه خود را شیر بدهد ولی باز هم جواز این کار منوط به اجازه شوهر است. مرحوم ابن حمزه هم در «وسيله» رضایت شوهر را شرط می داند(1).

دلیل حکم به اشتراط رضایت زوج: دلیل این حکم همان طوری که در کلمات شیخ آمده است مسئله استحقاق طلب تمتع از زن توسط شوهر است که اقتضاء می کند که جواز شیر دادن به بچه که منافات با بخشی از استمتاعات زوج است منوط به اجازه او باشد.

حکم به جواز ارضاع ولد و دلیل آن: به نظر می رسد که این اَحقیّت ارضاع ولد در صورتی که مطابق اجرت دیگران باشد خصوصاً اگر مجانی باشد، به دلیل خاص - که روایت داود بن حصین است و بحث مفصل آن در باب حضانت خواهد آمد - ثابت است و به واسطه آن، دیگر نوبت به ادله عامه حق استمتاع و مقتضای آنها نمی رسد.

و البته اولویت سپردن بچه به مادرش برای شیر دادن مسلم بوده و محل بحث نیست.

بحث پنجم: حکم سپردن بچه به غیر مادر به کمتر از اجره المثل

بحث این است که آیا در صورتی که مرضعه ای باشد که به کمتر از اجره المثل حاضر به شیر دادن بچه است در حالی که مادر فقط در مقابل اجره المثل حاضر به شیر دادن است، آیا مرد می تواند بچه اش را به آن مرضعه بسپارد؟

قائل به عدم جواز و استدلالش: در اینجا از ابو حامد نقل شده است که این کار جایز نیست؛ چرا که در آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ) اطلاق آیه برای مادر اثبات حق کرده و می گوید مرد باید اجرت او را بدهد و جایز نیست به دیگری بسپارد.

اشکال شیخ طوسی رحمه الله: مرحوم شیخ در اینجا می گوید بله خلافی نیست در

ص: 7930

اینکه اگر شیر داد اجرتش را باید بدهد ولی اینکه آیا با اراده زن تعیین پیدا می کند و مرد حق ندارد به دیگری محوّل کند، چنین مطلبی از آیه استفاده نمی شود. بعد مرحوم شیخ یک ان قلت و قلت هایی دارد که به جهت اجنبی بودن آنها از این بحث، متعرض آنها نمی شویم.

ان قلت: ممکن است برای قول ابو حامد بدینگونه تقریب شود که این اشکال شیخ بر آن وارد نشود و آن اینکه خود شیخ می گوید که در صورت ارضاع حتماً باید اجرت را به زن داد و این شامل صورت منع شوهر از ارضاع توسط او هم می شود. پس معلوم می شود که زن این حق را دارد و الا باید گفته می شد که در صورتی که زن بر خلاف خواست شوهر - که می خواسته است بیچه را به مرضعه دیگری بدهد - به بیچه شیر بدهد، استحقاق اجرتی نخواهد داشت؛ چرا که جایز نبوده است که این کار را بکند.

قلت: جواب نقضی: اگر تقریب مذکور تمام باشد، باید بگوییم که اگر چنانچه زن درخواست بیشتر از اجره المثل را هم انجام بدهد، مرد حق ندارد ارضاع را به دیگری محوّل کند، چرا که به طور مطلق اگر زن بخواهد ارضاع را انجام بدهد این حق را دارد منتها فقط پرداخت به مقدار اجره المثل بر مرد لازم می شود و مقدار زائد بر آن بر مرد لازم نیست. در حالی که مسلم است که اگر زن درخواست مبلغی بیشتر از اجره المثل نماید، مرد می تواند مرضعه دیگری را اجیر نماید.

جواب حلّی: با توجه به کلمه «لکم» در آیه (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ) که با کلمه «لام» تعبیر نموده است، معلوم نیست که این آیه شامل غیر صورت موافقت مرد بشود؛ حالا عدم موافقت مرد به هر جهتی که باشد: ممکن است به جهت درخواست زیادتر از اجره المثل زن باشد و یا به خاطر وجود مرضعه دیگری که به کمتر از اجره المثل هم راضی است و یا به علت مزاحمت شیر دادن زن با تمتع او از زن، بالاخره این آیه چنین حکمی را در صورت عدم موافقت مرد برای زن ثابت نمی کند.

بله روایاتی داریم که اگر زن درخواست اجرت بیشتر از دیگران نکند، حق تقدم دارد و الا اگر کسی راضی به اجرتی کمتر از او باشد، مرد می تواند ارضاع ولد را به او محول نماید که روایات مذکور ظاهراً شامل غیر مطلقه هم می شود که تفصیل بحث آن در بحث حضانت خواهد آمد.

بحث ششم: حکم ارضاع بالتسبیب امّ

این بحث متفرع بر حق ارضاع داشتن امّ است و آن اینکه بعد از اینکه قائل به حق تقدم داشتن زن در مسئله رضاع بر سایرین شدیم، بحث واقع می شود در اینکه آیا این حق فقط به صورت مباشرتی برای او است یا اینکه به صورت اعم از مباشرت و تسبیب این حق برای او هست؟

کلمات فقهاء در مسئله: ظاهر شیخ طوسی در «نهایه» (1)، ابن براج در «مهذب» (2) این است که زن حق دارد - در صورتی که بیش از دیگران پول نخواهد - یا خودش و یا کنیزش بچه را شیر بدهد و در این صورت مستحق اجرت هم خواهد بود. کما اینکه ظاهر محقق حلی در «شرایع» (3) هم همین است و صورت سومی را هم به آنها اضافه کرده است که آن است که زن می تواند شیر دادن را به دیگری هم واگذار نماید و در این صورت هم باید اجرت او داده شود.

همانطوری که ملاحظه شد مورد کلمات این بزرگان مسئله اجاره نیست؛ چرا که حرفی از اجاره نیست و به جهت حق اولویتی که برای مادر هست این حکم واگذاری به کنیز و به غیر مطرح شده است.

در مقابل ایشان ظاهر عبارت علامه در «قواعد» که مسئله را به دنبال بحث از اجاره آورده است قرار دادن بحث در صورت اجیر شدن امّ است. کما اینکه مرحوم شهید ثانی در «مسالک» (4) و عده ای دیگر که از او تبعیت کرده اند؛ یعنی در «نهایه

ص: 7932

1- (1) - نهایه: 503

2- (2) - المهذب 1: 482

3- (3) - شرایع الاسلام 2: 566

4- (4) - مسالک الافهام 8: 415

المرام»(1)، «کفایه»(2)، «کشف اللثام»(3) و «حدائق»(4) صورت مسئله را در مورد استیجار قرار داده و عبارت «شرایع» را بر آن حمل کرده اند.

بیان حکم در مسئله: اگر مسئله اجاره را در نظر نگیریم و بر اساس حق اولویت مادر برای ارضاع، حکم مسئله را بررسی بکنیم باید گفت: بر اساس اینکه به کنیز خود نیز می تواند واگذار نماید، می توان الغاء خصوصیت نمود و قائل به جواز واگذاری ارضاع به غیر هم شد؛ چرا که اگر احتمال خصوصیتی باشد برای خصوص شیر مادر است و اما اگر بر اساس ادله از آن تعدی به کنیز بشود پس احتمال خصوصیت منتفی فرض شده است و لذا واگذاری به غیر کنیز هم در صورت صلاحدید مادر جایز خواهد بود. و اما پس از استفاده حکم به جواز واگذاری به کنیز و به غیر کنیز، اثبات کردن لزوم دادن مزد به غیر مادر در این صورت ممکن است که مورد بحث باشد و می توان گفت که از باب اینکه عمل مسلمان محترم است و در صورتی که کسی بدون قصد تبرع، چه مباشرتا و چه به نحو تسبیب اگر کاری را انجام دهد، آن شخص مستحق اجرت خواهد بود. پس در اینجا هم استحقاق اجرت هست.

بحث هفتم: حکم اجیر کردن دیگری توسط ام اجیر شده

بحث دیگری که مربوط به اجاره است این است که آیا مادر اجیر شده می تواند دیگری را برای ارضاع ولد اجیر کند؟ البته روشن است که بحث در مورد صورت اطلاق است؛ که به یکی از دو صورت یعنی لزوم ارضاع بالمباشره یا جواز ارضاع بالمباشره و بالتسبیب، تصریح نشده باشد.

اقوال در مسئله و بیان مقتضای تحقیق: بعضی گفته اند که مقتضای اطلاق، اعم از مباشرت و تسبیب است و بعضی گفته اند که یک نحوه انصراف و ظهور در انجام

ص: 7933

1- (1) - نهاییه المرام 1: 462

2- (2) - کفایه الاحکام: 193

3- (3) - کشف اللثام 7: 546

4- (4) - الحدائق 25: 74

به نحو مباشری دارد.

مقتضای تحقیق این است که در مواردی که برای اجیر خصوصیتی وجود دارد، الغاء کردن آن خصوصیت و تعدی از آن به انجام بالتسبیب مشکل بوده و نیازمند به تصریح است، مثل اینکه کسی را که قرائت خوبی دارد برای نماز اجیر می کنند.

در اینجا هم که مادر بودن خصوصیتی دارد که در دیگران نیست، تعدی از آن به غیر مشکل است و لذا حکم به اجازه اجیر کردن دیگری توسط مادر اجیر شده مشکل است.

بحث هشتم: اشتراط فقر در لزوم اجرت رضاع بر پدر

توضیح بحث: بحث در این است که آیا حکم به لزوم پرداخت اجرت ارضاع ولد که بر عهده پدر است، به نحو مطلق است یا اینکه مشروط به فقر ولد است؟

اقوال در مسئله: در غیر زوجه از واجب النفقه ها یعنی اب و ام و همین طور اولاد بعد از دوره رضاع، اختلافی نیست که وجوب نفقه آنها مشروط به فقر آنهاست و اما در مدت رضاع، بیشتر علماء گفته اند که در صورت فقیر نبودن ولد، اجرت ارضاع بر پدر واجب نیست، ولی ظاهر اطلاق عبارات عده ای از قدماء این است که یکی از وظایف پدر پرداختن اجرت ارضاع ولد است؛ چرا که این وظیفه را مشروط به فقر ولد نکرده اند، کما اینکه از بین متأخرین هم مرحوم صاحب ریاض احتمال داده است که پرداخت اجرت ارضاع ولد، به نحو مطلق بر پدر واجب باشد.

بررسی اقوال قدماء در مسئله: به نظر می رسد که معلوم نیست که مقصود علماء سابق، حکم به لزوم پرداخت اجرت بر پدر به نحو مطلق باشد؛ چرا که اولاً: چنین ظهور معتنابه یا تصریحی نکرده اند که آیا باید اجرت را از مال خودش بدهد یا می تواند آن را از مال بچه هم بدهد. و ثانیاً: صرف اینکه ظاهرش این باشد که در هر صورت باید از مال خودش بدهد، این ظهور در اینجا قابل تمسک نیست؛ چرا که

این کلمات ناظر به غالب موارد است که بچه ها از خود مالی ندارند تا اینکه اجرت ارضاع آنها از آن مال پرداخت شود و اینکه بچه ای چنین مالی داشته باشد بر خلاف متعارف و از موارد نادره است و لذا تعبیرات فقهاء هم ناظر به موارد متعارف بوده است و استظهار اطلاق از آنها تمام نیست.

ادله حکم به عدم اشتراط: اموری که ممکن است که مورد استناد حکم به وجوب دادن اجرت ارضاع از مال خود پدر به طور مطلق قرار گرفته باشد عبارتند از: 1 - آیه شریفه (فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) 2 - روایات لزوم دادن اجرت رضاع ولد از ارث پدرش. که جهت روشن شدن حکم مسئله به بررسی دو دلیل مذکور می پردازیم:

الف - بررسی دلالت آیه (فَإِنَّ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ): بر خلاف «ریاض» که به این آیه استناد کرده است، به نظر نمی رسد که ظهور معتابهی در آیه شریفه بر این مطلب دلالت نماید؛ که به طور مطلق پدر باید اجرت ارضاع ولد را از مال خودش پرداخت نماید؛ چرا که مفاد آیه این است که اجرت را باید بدهید و اما اینکه از مال خودتان یا از مال بچه؟ چیزی از آیه در این جهت در نمی آید؛ چرا که در هر دو صورت؛ یعنی حتی در صورتی که از مال بچه می تواند بدهد، این وظیفه پدر که ولی بچه است، می باشد که اجرت را بپردازد. و همانطوری که در مورد اطلاق عبارات قدماء گفتیم، بر فرض هم که ظهوری در لزوم پرداخت از مال خود پدر وجود داشته باشد، ناظر به متعارف موارد است که بچه از خود مالی ندارد. و در هر حال چنین ظهوری که به طور مطلق پدر باید از مال خودش اجرت رضاع را بپردازد از این آیه قابل احراز نیست.

ب - بررسی روایات پرداخت اجرت از ارث پدری: ممکن است گفته شود که اینکه اشاره ای به قید مال نداشتن بچه نشده است و به طور مطلق حکم به لزوم پرداخت اجرت ارضاع از ترکه اولیاء بچه شده است، دلیل بر این است که

پرداخت اجرت رضاع بچه از مال پدر او مشروط به فقیر بودن خود بچه نیست.

در جواب از این بیان باید گفت اولاً: مفاد این روایات - همانطوری که به زودی بیانش می آید - این است که در صورت مردن پدر، اجرت رضاع باید از سهم بچه از سهم الارث بچه از پدرش داده نشود نه اینکه باید از اصل ترکه پرداخت تا اینکه گفته شود که به طور مطلق بر عهده پدر و در مالش بوده است. و ثانیاً: اینکه به قید فقیر بودن بچه اشاره شده است و گفته شده است که از سهم الارث او اجرت رضاع پرداخت شود - همانطوری که قبلاً هم گفته شد - اینگونه حکم کردن ناظر به متعارف است که بچه از خود چیزی ندارد و لذا به جهت اینکه خیلی خلاف متعارف است که بچه از خودش مالی داشته باشد، به نحو مطلق حکم شده است که باید اجرت رضاع او از ارث پدرش داده شود.

ج - ذکر روایات بودن اجرت رضاع در ارث پدر

1 - محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن سنان یعنی عبد الله عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل مات و ترک امرأه و معها منه ولد فألقتہ علی خادم لها فارضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصی؟ فقال: لها أجر مثلها و لیس للوصی ان یخرجه من حجرها حتی یدرک و یدافع الیه ماله(1).

نکته سندی: این عبارت «یعنی عبد الله» از صاحب وسائل است نه از روات قبلی، و این دأب مرحوم صاحب جواهر وسائل است که برخی از اسما مشترک را تفسیر می کند. در اینجا هم عبد الله بن سنان یک برادری دارد به نام محمد که او هم جزو روات از امام صادق علیه السلام است، ولی خیلی کم از حضرت روایت می کند و لذا اگر به صورت مطلق «ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام» گفته شود، مقصود عبد الله است.

ص: 7936

1- (1) - وسائل الشیعه 16: 178، الباب 71 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1. و جامع احادیث الشیعه 26: 505، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1

توضیح معنا: «خادم» به معنای خدمتکار به مذکر و مؤنث قابل اطلاق است ولی نوعاً به کنیز گفته می شود. و ضمیر «جاءت» هم علی المظنون به همان «امرأه» بر می گردد، اگر چه این احتمال هم که به کنیز برگردد به نحو ضعیف وجود دارد، و البته احتمال مظنون این است که نمی خواهد بگوید که از اصل ترکه بده، بلکه کأنه می گوید از سهم خود بچه اجرت رضاع را بده.

2 - «التهذیب» الحسین بن سعید عن الحسن بن محبوب عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن زراره قال: سألت ابا جعفر علیه السلام عن رجل مات و ترک امرأه و ذکر مثله(1).

3 - «الدعائم» عن جعفر بن محمد علیه السلام انه سئل عن رجل مات و ذکر مثله الی قوله «من حجرها»(2).

نکته سندی: صاحب کتاب «دعائم» از علمای مهم اسماعیلیه است، البته پیداست که آدم به آن ملایی اعتقاد به آن نداشته است، ولی چیزهایی که برای آنها خواسته است تنظیم کند را - به طوری که یک قطعه ای از مصادر آن در «ایضاح» هست - از کتب ما برداشته است، از جمله این روایت را از «تهذیب» نگرفته است؛ چرا که وی متقدم بر شیخ است و در طبقه تلامذه کلینی مثل ابن قولویه است و در سال 463 فوت کرده است، بلکه از «کافی» و یا از مصادر «کافی» اخذ کرده است و لذا روایت را به امام صادق علیه السلام نسبت داده است نه به امام باقر علیه السلام که در «تهذیب» آمده است.

4 - «الدعائم» عن علی علیه السلام: انه قال فی الذی یطلق امرأته و هی ترضع: «انها اولی برضاع ولدها ان أحبت ذلک و تأخذ الذی تعطی المرضعه»(3).

توضیح معنا: در این روایت هم ظهوری در این ندارد که آیا باید این اجرتی که به

ص: 7937

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 506:26. الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، ذیل الحدیث 1

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 506:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، ذیل الحدیث 1

3- (3) - جامع احادیث الشیعه 506:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 2

او داده می شود از مال خود پدر باشد یا اینکه می تواند از مال خود بچه هم پرداخت شود. بلکه این روایت فقط می گوید که اجرت او باید داده شود. و اما اینکه از کجا داده شود؟ بیانی ندارد و می سازد با اینکه از مال خودش بدهد یا از مال بچه.

5 - «کافی» علی عن ابيه عن ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى وترك صبيا فاسترضع له قال: اجر رضاع الصبي مما يرث من ابيه و امر»⁽¹⁾.

که عین همین عبارت «قضی...» تا آخر را «تهذیب» و «فقیه» هم روایت کرده اند، منتها دومی به صورت مرسل است و سند اولی بعد از «بعض اصحابنا» ادامه اش چنین است: عن عبد الله بن ابي يعفور قال: قضی... الخ.

6 - «تهذیب» الحسين بن سعيد عن عبد الله بن ابي خلف عن بعض اصحابنا عن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قضی امير المؤمنين في رجل توفى و ذكر مثله، و زاد قوله «و انه حظّه»⁽²⁾.

دو روایت دیگر هم در مسئله است که نه در «وسائل» آمده است و نه در «جامع الاحادیث» که آن دو عبارتند از:

7 - «تهذیب» (جلد نهم، رقم 946) علی بن الحسن بن فضال عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قضی علی علیه السلام فی صبی مولود مات ابوه: ان رضاعه من حظّه مما ورث من ابيه⁽³⁾. که این روایت همان است که صاحب جواهر با تعبیر «مرسله ابن ابي عمير» اشاره کرده است.

8 - «تهذیب» (جلد نهم، رقم 947) عنه عن السندی عن ابن ابي عمير عن اسحاق بن عمار عن ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قضی امير المؤمنين علیه السلام فی

ص: 7938

-
- 1- (1) - جامع احادیث الشیعه 506:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 3
 - 2- (2) - جامع احادیث الشیعه 506:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، ذیل الحدیث 3
 - 3- (3) - تهذیب الاحکام 224:9

رجل توفی و ترک صبیا: اجر رضاع الصبی مما یورث من أبیہ و امہ من حظہ (1).

و البته احتمال اینکه در روایت حسین بن سعید (که تحت شماره ی شش ذکر شد) سقطی شده باشد و با این روایت اخیر یک روایت باشند بعید نیست؛ به اینکه هر دو روایت مال ابن ابی یعفور باشد، و عبارت «عن ابن ابی یعفور» در روایت حسین بن سعید، بعد از «اسحاق بن عمار» ساقط شده باشد. به هر حال:

روایاتی که ذکر شد دلالت می کنند بر اینکه اجرت رضاع بچه ای که پدر او یا پدر و مادر او مرده اند باید از سهم الارث او از ترکه آنها پرداخت شود.

خلاصه: اینکه دلیلی بر خروج رضاع از تحت عمومات اشتراط و جوب نفقه به فقر وجود ندارد و لذا تحت عمومات باقی مانده و حکم به عدم جوب پرداخت اجرت رضاع از مال پدر یا مادر، در صورت ثروت داشتن بچه می شود.

بحث نهم: حکم وضعی نبودن لزوم پرداخت اجرت رضاع بر پدر

فرق بین نفقه زن و نفقه اقارب این است که نفقه زن علاوه بر وجوب تکلیفی، وجوب وضعی هم دارد؛ یعنی اگر به هر جهت پرداخت نکند؛ چه به جهت عدم توان و یا از روی عصیان، در هر دو صورت مدیون زوجه می شود. ولی نفقه اقارب فقط حکم تکلیفی دارد و لذا اگر به هر جهت نفقه پدر یا فرزند را ندهد، مدیون او نمی شود.

و اینکه بعضی گفته اند که حکم وضعی هم هست و دین می شود، همان طوری که جواب داده اند دلیلی بر این ادعاء وجود نداشته و مسئله هم صاف بوده و نیاز به بحث ندارد.

بحث دهم: مقدار رضاع

عبارت «شرایع»: و نهایه الرضاع حولان و لا یجوز النقص عن ذلک و لو نقص کان جورا و یجوز الزیاده علی الحولین شهرا او شهرین و لا یجب علی الوالد دفع اجره ما زاد علی

ص: 7939

1 - مقصود از حولین کاملین: در مورد آیه شریفه (وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) این سؤال شده است که قید کامل برای چه آورده شده است؟ مگر قبل از کامل شدن حول، به آن حول گفته می شود؟!

مرحوم فاضل مقداد در «کنز العرفان» (1) از بعضی که اسم آن را نبرده است، نقل کرده است که مقصود از حولین کاملین دو سال شمسی است؛ کأنّ سال قمری که در ماههایش کمتر از سی روز هم دارد، سال ناقصی است و سال شمسی سال کامل است.

ولی این حرف خیلی بعید است؛ چرا که در تعبیرات قرآن و روایات، مادامی که خلاف معنای متعارف عرفی که رایج بین آنها بوده است، ثابت نشود، الفاظ باید حمل بر آن بشود و در مورد «حول» معنای متعارف و رایج عبارت از سال قمری است، کما اینکه تمامی موالید و وفیات ائمه علیهم السلام و همین طور وفیات علماء و بزرگان در سابق بر اساس قمری بوده است. از جمله در بعضی از روایات سؤال شده است که چرا در آیه (ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَ اِزْدَادُوا تِسْعًا) 3 سیصد و نه سال گفته شده است؟ حضرت جواب داده است که سیصد سال شمسی بوده است که با محاسبه قمری سیصد و نه سال می شود و تعبیر قرآن بر آن اساس است.

و اما وجه صحیحی که دیگران هم گفته اند این است که اگر چه معنای حقیقی سال فقط با تکمیل سال گفته می شود، ولی اطلاق مجازی سال در مواردی که مقداری کمتر باشد نیز در بین عرف استعمال می شود. و تقیید به کمال در آیه شریفه برای بیان این معناست که مقصود دو سالی است که کامل باشد. تا اینکه توهم معنای مجازی آن نیاید؛ چرا که اطلاق مجازی در امثال سال و عدد کم

نیست؛ مثلاً تعبیر چهار هزار شاگرد برای امام صادق علیه السلام معنایش این نیست که کمتر یا بیشتر نبوده اند، و لذا با استقصایی که انجام دادم تعداد شاگردان حضرت را که شیخ در رجالش آورده است سه هزار و خرده ای است یعنی از سه هزار گذشته است و وارد چهار شده است، لذا تعبیر به چهار هزار شده است.

به کتاب الفین علامه رحمه الله هم از این باب که از هزار گذشته و وارد هزار دومی شده است الفین اطلاق شده است. و همین طور است در تعبیر به اینکه یک سال در فلان جا ماندم و مانند آن که دیگر حساب تمامی ایام و ساعات نمی شود. و به نحو تسامحی اینگونه تعبیرات انجام می گیرد.

در هر حال در اینجا هم تعبیر به «کاملین» برای جلوگیری از احتمال تسامح در مورد حولین است.

2- حد رضاع از حیث زیاده بر حولین: در بحث از مقدار رضاع از دو جهت بحث انجام می شود که عبارتند از: 1- حد رضاع از حیث زیاده، 2- حد رضاع از حیث نقیصه.

در اینجا به بررسی حد آن از حیث زیاده می پردازیم:

الف - اقوال در مسئله: مشهور به شهرت خیلی قوی جواز ازدیاد تا دو ماه است ولی عده ای یا قائل به عدم محدودیت برای شیر دادن شده اند مثل شیخ مفید در «مقنعه» که می گوید: در صورتی که برای طفل ضرر نداشته باشد، بیش از دو سال جایز است ولی استحقاق اجرت در کار نیست (1). و یا تمایل به عدم محدودیت پیدا کرده اند، مثل مرحوم صاحب مدارک (2) و مرحوم صاحب کفایه و شاید مرحوم صاحب مفاتیح هم از آنها باشد. یک احتمال هم هست که عبارت است از عدم جواز بیش از دو سال، که باید مورد بررسی بیشتری قرار بگیرد.

ب - ادله قول مشهور: عمده دلیلی که در اینجا مطرح شده است روایتی است که

ص: 7941

1- (1) - مقنعه: 531

2- (2) - نهایه المرام 1: 464

منحصراً مرحوم ابن ادریس با «علی ما روی» به آن اشاره کرده است (1).

و لکن همانطوری که مرحوم صاحب حدائق و برخی دیگر گفته اند هیچ روایتی راجع به زیاده وجود ندارد. ولی ظاهراً - همانطوری که بعضی دیگر هم تحقیق کرده اند - مقصود از آن کلام شیخ طوسی در «نهایه» (2) است؛ چرا که ابن ادریس مطالب «نهایه» شیخ را روایت می‌داند و از آن تعبیر به «أخرجه اخراجاً» می‌کند؛ یعنی فتاوی شیخ را در «مبسوط» و غیر آن مثل «جمل و عقود» می‌داند و مطالب «نهایه» را از باب نقل روایت می‌داند.

و روشن است که بر فرض قبول روایت بودن مطلب آمده در «نهایه» شیخ، باز هم از حد یک روایت مرسل بالاتر نیست و با این حساب قابلیت استناد را نخواهد داشت، خصوصاً که در کتب سابقین بر شیخ جواز ازدیاد دو ماه وجود ندارد، و مرحوم شیخ اولین کسی است که آن را مطرح کرده است.

تعبیری هم مرحوم صاحب جواهر برای ذکر جواز یکی دو ماه در عبارات دارد و آن اینکه با توجه به اینکه گاهی از شیر گرفتن بچه مشکل می‌شود و یکی دو ماه طول می‌کشد، به این خاطر این جواز یکی دو ماه را متعرض شده‌اند.

با آنچه که در بیان اقوال در مسئله گفته شد ضعف دعوی اجماع بر جواز یکی دو ماه که در کلام مقدس اردبیلی و غیر او به دنبال شیخ طوسی ذکر شده است، روشن می‌شود؛ چرا که در کلمات سابقین بر شیخ حرفی از چنین تحدیدی وجود ندارد و بلکه عدم تحدید در کلام مفید آمده است، که بیان شد.

ج - ادله احتمال عدم جواز ازدیاد از حولین:

در مقابل قول مشهور که به مقدار دو ماه ازدیاد از دو سال را جایز می‌دانند، این احتمال مطرح است که مرحوم مقدس اردبیلی در «زبده البیان» (3) با حمل کلمات

ص: 7942

1- (1) - سرائر 2: 648

2- (2) - نهایه: 503

3- (3) - زبده البیان: 557-558

فقهاء در جواز بیش از دو سال به مقدار یکی دو ماه، بر صورت ضرورت و احتیاج به آن، خودش قائل به احتیاط و جویی بر ترک ازدیاد از حولین شده است و در بعضی از کتابها هم مثل «تبصره» علامه و «کنز العرفان» فاضل مقداد مسئله جواز ازدیاد یکی دو ماه را ذکر نکرده اند.

صاحب جواهر هم برای بیان اینکه مقتضای اصل اولی عدم جواز ازدیاد از دو سال به راههای دیگری - از قبیل اینکه بعد از دو سال، شیر زن از خبائث است که حرام است و همین طور از فضولات ما لا یؤکل لحمه است که باید اجتناب کرد - تمسک کرده است (1) که اینها دلیل معتناهی نیستند.

بررسی مقتضای روایات: عمده در اینجا بررسی روایات مسئله است که ببینیم آیا دلالت بر جواز ازدیاد از حولین می کنند یا اینکه مانع از ازدیاد هستند.

1 - صحیحہ سعد بن سعد الأشعری عن ابی الحسن الرضا علیه السلام قال: سألته عن الصبی هل یرضع اکثر من سنتین؟ فقال: «عامین» قلت: فان زاد علی سنتین هل علی أبویہ من ذلک شیء؟ قال: «لا» (2).

معنای روایت: به نظر ما معنای ظاهر از این روایت - که صاحب جواهر هم بی میل به آن نیست - این است که سؤال از جواز شیر دادن بیش از دو سال است و حضرت در جواب فرموده اند: دو سال؛ یعنی همین دو سال است و لیس الاہ.

صاحب جواهر می گوید یعنی شخص نباید خودش مختارا این کار را بکند؛ البته کلمه اختیار را نیاورده است، بلکه فاعل «زاد» را عبارت از خود بچه دانسته است که کأنّ فعل این شخص نبوده است. پس ذیل روایت هم دلالتی بر جواز ازدیاد از دو سال ندارد، تا منافاتی با صدر روایت که بر عدم جواز دلالت می کرد داشته باشد. و می توان گفت که مقصود از «فان زاد علی سنتین» یعنی اینکه با توجه به اینکه

ص: 7943

1- (1) - جواهر الکلام 278:31

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 504:26، الباب 53 من احکام الاولاد، الحدیث 7

به طور دقیق تاریخ نمی گذاشتند، سؤال می شود که اگر از روی غفلت و اشتباه در حساب بیش از دو سال شیر بدهد آیا چیزی بر عهده پدر و مادر بچه می آید؟ حضرت می فرماید: خیر.

و اما معنای محتمل دیگر این است که مقصود روایت بیان این معناست که رضاعی که مطلوب شرع است و اجرت برایش تعیین شده است، همان دو سال است و اما زیاده ی بر دو سال اگر چه ممنوعیتی ندارد، ولی آن خاصیت عمل کردن به سنت مستحب و اجرت را ندارد.

ولی همان طوری که گفته شد معنای ظاهر از روایت همان معنای اول است و ظاهراً منفی در ذیل روایت هم عبارت از کفاره است و اطلاقش شامل صورت عمد و غیر عمد می شود، اگر چه فرقی نمی کند که مختص صورت غیر عمد باشد یا شامل صورت عمد هم باشد؛ چرا که در هر صورت کفاره مورد نفی قرار می گیرد یا به دلیل اجتهادی و یا به اصل. و در هر حال صدر روایت دلالت بر عدم جواز رضاع بیش از دو سال کرده و ذیل آن هم منافاتی با آن ندارد.

2 - صحیحہ حلبی قال قال ابو عبد الله عليه السلام: ليس للمرأة ان تأخذ في رضاع ولدها اكثر من حولين كاملين فان ارادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن و الفصال الفطام(1).

که این روایت در سه شماره از «جامع الاحادیث» آمده است؛ یعنی از کتابهای «تهذیب»، «کافی» و «تفسیر عیاشی» کما اینکه این عبارت را شیخ صدوق رحمه الله در «فقیه» از ابی بصیر و قاضی نعمان در «دعائم» از حضرت علی علیه السلام نقل کرده است(2).

معنای روایت: در معنای این روایت گفته اند: یعنی حق ندارد برای بیش از دو سال پولی بگیرد. ولی به نظر من این احتمال هست که مراد از «ليس للمرأة ان تأخذ

ص: 7944

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 502:26، الباب 53 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 502-503:26

فی رضاع ولدها اکثر من سنتین» یعنی حق ندارد پس از دو سال شروع به شیر دادن نماید و مرزش همان دو سال است و این معنا اگر معنای أظهر از روایت نباشد، کمتر از آن معنایی که گفته اند نیست.

خلاصه: به نظر ما ظهور روایت سعد بن سعد اشعری و همین طور اشعاری که در روایات حلبی، ابی بصیر و «دعائم» هست به عنوان مؤید آن، کافی است برای عدم جواز ارضاع پس از دو سال، منتها ما در اینجا احتیاط و جویی می کنیم و از فتوی امتناع می کنیم؛ چرا که موافق صریحی با این نظر نیافتیم.

بله این احتمال هست که نظر مرحوم صدوق و همین طور کلینی رحمه الله که این روایات را نقل کرده اند، عدم جواز ارضاع در بیش از دو سال باشد، کما اینکه محقق اردبیلی هم احتیاط کرده است و بلکه محتمل است که مسئله در بین اقدمین از شیخ طوسی همین طور باشد ولی چون روشن نیست و قائل صریحی راجع به این حکم پیدا نکردیم احتیاط و جویی این است که پس از دو سال از شیر دادن پرهیز شود.

3- حد رضاع از حیث نقصان از حولین:

الف - اقوال در مسئله: قول مشهور در مسئله عدم جواز کمتر از بیست و یک ماه است و در مقابل مشهور قول به جواز کمتر از بیست و یک ماه در صورت طولانی شدن دوره حمل - به طوری که مجموع حمل و رضاع به سی ماه برسد - است. این قول را ابن عباس مطرح کرده است و یحیی بن سعید هم در «جامع»⁽¹⁾ مطابق آن فتوا داده است. کما اینکه عده ای هم آن را پسندیده اند مثل فاضل مقداد رحمه الله در «کنز العرفان» و مرحوم فیض در «مفاتیح» که گفته اند: «حَسَنٌ» و مرحوم صاحب مسالک که آن را موجه خوانده است⁽²⁾ و عده ای هم آن را نقل کرده ولی رد نکرده اند مثل

ص: 7945

1- (1) - الجامع للشرایع: 459

2- (2) - المسالک 8: 417

مرحوم قطب راوندی در «فقه القرآن»⁽¹⁾، شیخ طوسی رحمه الله و همین طور مرحوم شیخ ابو الفتوح در تفسیرش.

ب - بررسی قول ابن عباس: مستند قول ابن عباس عبارت از آیه شریفه (وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)² است؛ گفته اند: آیه شریفه می فرماید حمل و فصال نباید سی ماه کمتر باشد و کائنه معیار عبارت از سی ماه است؛ پس هر قدر که حمل طول کشید، باقیمانده سی ماه را باید به شیر دادن پردازد تا اینکه سی ماه تکمیل گردد.

پس اگر حملش شش ماه باشد، بیست و چهار ماه باید شیر داده شود و اگر نه ماه بود، بیست و یک ماه و اگر یک سال بود هیچده ماه باید شیر داده شود.

ولی این استدلال به نظر تمام نمی رسد؛ چرا که آیه شریفه در مقام تشریح حکم نیست، آیه در صدد بیان امور طبیعی است و زحماتی را که مادر تحمل می کند را بیان می کند (وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَ وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا) می خواهد بفرماید که این امور از چیزهای زحمت داری است که باید حقوقش اداء شود. نه اینکه ناظر به بیان حدود و احکام حمل و شیر دادن باشد.

البته طبیعی است که فرض متعارف را در نظر گرفته است که معمولاً سی ماه است و اما متعرض فروض غیر متعارف که گاهی کمتر و گاهی بیشتر است نشده است و نیازی هم به ذکر آنها نبوده است؛ چرا که حکم آنها از ادله اجتهادی و یا اصول قابل استفاده است. و این مقدار مذکور در آیه، بر قول مشهور هم منطبق است که متعارفاً حمل نه ماه طول می کشد و شیر دادن هم تا بیست و یک ماه تقلیلش جایز دانسته

ص: 7946

شده است، کما اینکه بعضی برای جواز کمتر از بیست و چهار ماه به مقدار بیست و یک ماه به این آیه تمسک کرده اند به اینکه معنای آیه این است که سی ماه باید باشد و با توجه به اینکه متعارف حمل نه ماه است، قهراً مفاد آیه این می شود که به مقدار بیست و یک ماه هم شیر دادن کفایت می کند.

ولی به این استدلال اشکال شده است که در برخی از روایات برای شش ماه بودن اقل حمل و اینکه بیست و چهار ماه هم شیر دادن است به این آیه تمسک شده است و این استدلال با معنایی که گفته شد ناسازگار است.

ج - بررسی دلیل قول مشهور: به نظر می رسد که حق با قول مشهور است که کم کردن سه ماه از دو سال را جایز دانسته اند و تفصیلی بین حمل ها قرار نداده اند و مستند آن هم روایاتی است که مقدار واجب برای شیر دادن را بیست و یک ماه و کمتر از آن را جور و ظلم بر شیر خوار دانسته اند (1)، و روشن است که لفظ جور ظاهر در حرمت است، الا اینکه قرینه ای از آن منع کند.

و الحمد لله رب العالمین

«* و السلام*»

ص: 7947

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

احکام حضانت ولد

خلاصه دروسی:

در بحث اول؛ یعنی متولی حضانت بچه (در درجه اول)، با بیان اختلاف زیاد در بین اصحاب در مسئله، و اینکه قول أشهر حکم به بودن حضانت بچه به عهده مادر تا دو سال و ادامه آن تا هفت سالگی در صورت دختر بودن بچه و بودن حضانت پسر از دو سالگی و دختر از هفت سالگی به عهده پدر است، ابتداء به ذکر روایات مسئله پرداخته ایم و سپس با توجه به آنها به بررسی وجوه قول أشهر که سه وجه است پرداخته و ضعف آنها را در اینجا بیان نموده ایم، سپس جمع فیض کاشانی رحمه الله را هم نقد کرده و بالاخره جمع مختار را که حکم به تفصیل بین صورت طلاق و غیر آن است اثبات نموده و بیان داشته ایم که در صورت عدم طلاق حضانت به عهده پدر است ولی در صورت طلاق حضانت بچه به طور مطلق تا هفت سالگی به عهده مادر است.

در بحث دوم؛ یعنی موضوعیت فطام یا دو سالگی، با بررسی ادله صاحب جواهر بر موضوعیت مدت رضاع و فطام و تضعیف آنها، بالاخره قول به موضوعیت فطام را با استناد به روایت کنانی، تقویت نموده ایم.

در بحث سوم؛ یعنی شرایط حضانت کننده، ابتدا به بررسی شرایط عامه که عبارت از حرّیت، عقل، اسلام، عدالت و مقیم بودن است پرداخته و با قبول شروط حرّیت به جهت روایات، عقل به جهت تناسب حکم و موضوع و مسلّم بودن نیاز به آن در واگذاری حضانت به شخص و اسلام در دوره تربیت به جهت

استفاده از مذاق شرع، نه در دوره رضاع که فتاوا و روایات دلالت بر جواز ارضاع توسط مسیحی، یهودی و مشرک می کنند، دلیلی بر قید عدالت و مقیم بودن و غیر آنها نیافته و حکم به عدم اعتبار آنها نمودیم. سپس شرط خاصه زن را که شوهر نداشتن است مورد بررسی قرار دادیم و در طی آن با قبول قید عدم تزوج با غیر در تعلق حق حضانت به مادر، اولاً اینکه ازدواج دوباره با شوهرش را مانع بدانند را نفی کرده ایم و ثانیاً مانع را عبارت از عروسی دانسته ایم و صرف عقد را مانع ندانسته ایم و ثالثاً حق حضانت را پس از طلاق باین قابل برگشت قرار داده ایم.

در بحث چهارم؛ یعنی حکم حضانت خنثی، با اشکال به «جواهر» که تمسک به عام فوق نموده و در پس از دو سالگی حضانت خنثی را به عهده پدر دانسته است، این تمسک را با توجه به مبنای مشهور که خنثی را طبیعت ثالثه نمی دانند و تمسک به عام در شبهه مصداقیه اش را جایز نمی دانند، نادرست دانسته و مورد را مجرای استصحاب قرار داده ایم - البته بنا بر جریان استصحاب در شک در مقتضی - و بنا بر عدم جریان استصحاب در شک در مقتضی، حکم به قرعه نموده ایم.

و اما بنا بر مبنای خودمان که اولاً خنثی را طبیعت ثالثه می دانیم و ثانیاً در مورد حق حضانت فرض بین پسر و دختر قائل نشدیم، بعد از اینکه عام های خاص زمین ماند به عام فوق که ولایت پدر است تمسک نموده و حق حضانت خنثی پس از دو سالگی را از آن پدر دانسته ایم.

در بحث پنجم؛ یعنی متولی حضانت با فوت پدر، که مخالفی با قول به تعلق حق حضانت به مادر در این صورت نیافتیم، به بررسی ادله این قول پرداخته و فقط دلالت روایات را در اینجا تام دانسته ایم. و در ضمن این بحث، انتقال حق حضانت حتی در صورت شوهر کردن مادر، را هم مورد بررسی قرار داده ایم و حکم به انتقال در این صورت را - اگر چه ظاهر کلمات بزرگان چنین است - مشکل دانسته ایم.

در بحث ششم؛ یعنی متولی حضانت با فوت والدین، با توجه به اختلاف زیاد

در این باره و عدم دلیل در مسئله، مگر روایت ضعیفی درباره خاله که آن هم قابل استناد نیست، مقتضای قاعده را عدم وجود حق حضانت برای غیر والدین دانسته و تعیین متولی حضانت را به عهده حاکم و در صورت نبودن آن، عدول مؤمنین قرار داده ایم.

در بحث هفتم؛ یعنی قابلیت اسقاط حق حضانت، که ظاهراً کسی قبل از شهید ثانی آن را مطرح نکرده است، مقتضای روایات را جواز اسقاط یا واگذاری حق حضانت دانسته ایم.

احکام حضانت ولد

در باب حضانت و تربیت بچه مباحثی را مورد بررسی قرار می دهیم که عبارتند از:

1 - متولی حضانت بچه (در درجه اول)، 2 - موضوعیت فطام یا دو سال، 3 - شرایط حضانت کننده، 4 - حضانت خنثی، 5 - متولی حضانت با فوت پدر، 6 - متولی حضانت با فوت والدین، 7 - قابلیت اسقاط حق حضانت.

بحث اول: متولی حضانت بچه (در درجه اول)

الف - اقوال در مسئله: در مورد اصل اینکه حضانت در درجه اول با کدام یک از پدر یا مادر است و تا چند سال؟ اقوال زیادی وجود دارد که ظاهراً ده قول می شود، که در اینجا تعدادی از آنها را ذکر می نماییم:

1 - قول مشهور: حضانت بچه تا دو سال با مادر است، پس از دو سالگی اگر پسر باشد حضانت آن با پدر می شود و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی باز هم با مادر است و پس از آن با پدر می شود. البته پس از مراجعه روشن می شود که طلاق شهرت بر این قول ناصواب است، بله می توان آن را قول أشهر خواند.

ص: 7950

2 - قول شیخ در «خلاف» (1) و «مبسوط» (2)، مرحوم کیدری در «اصباح» (3)، ابن براج در «مهذب» (4)، صاحب مدارک در «نهایه المرام» (5) و مرحوم سبزواری در «کفایه» (6): تا هفت سال حضانت بچه - چه پسر و چه دختر - به عهده مادر است و پس از آن به عهده پدر می شود.

3 - قول شیخ صدوق رحمه الله در «مقنع» (7) می گوید: «اذ اطلق الرجل امرأته و بینهما ولد، فالمرأه أحق بالولد ما لم تتزوج» یعنی زن حق حضانت دارد نسبت به بچه، مادامی که ازدواج نکرده باشد.

4 - قول مرحوم مفید در «مقنعه»، سلار رحمه الله در «مراسم» و مرحوم یحیی بن سعید در «جامع» (8): می گویند پس از فطام حضانت دختر تا زمان بلوغش به عهده مادر و حضانت پسر تا بلوغش به عهده پدر است، و من خیال می کنم که مرادشان این است که تا زمانی که تحت کفالت نیست، باید یک ولی داشته باشد.

5 - بر خلاف کل فقهاء مرحوم ابن فهد در «المهذب البارع» و «المقتصر» قائل به اشتراک حق حضانت بین مادر و پدر در مدت رضاع به طور بالسویّه شده است.

ب - ذکر روایات مسئله:

از آنجا که مستند عمده در مسئله عبارت از روایات است، متعرض ذکر روایات مسئله و دلالت آنها می شویم که عبارتند از (9):

1 - «کافی» ابو علی الاشعری عن الحسن بن علی عن العباس بن عامر عن داود بن الحصین عن ابی عبد الله علیه السلام قال: (و الوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین) قال:

مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسویّه، فاذا فطم فالأب أحق به من الام، فاذا مات

ص: 7951

1-1 - الخلاف 5: 131

2-2 - مبسوط 6: 39

3-3 - اصباح الشیعه

4-4 - المهذب 2: 352

5-5 - نهایه المرام 1: 467

6-6 - کفایه الاحکام: 194

7-7 - مقنع: 360

8-8 - الجامع للشرایع: 459-460

9-9 - در کتاب جامع الاحادیث بعضی از روایات مربوط به اینجا را که در باب دیگری است، در اینجا نیاورده است!

الاب فالام احقّ به من العصبه و ان وجد الاب من يرضعه باربعه دراهم و قالت الام لا ارضعه الا بخمسه دراهم، فان له ان ينزعه منها الا ان رأى ذلك خيرا له و أرفق به ان يترك مع امه (1).

سند روایت: ابو علی اشعری همان احمد بن ادریس است که ثقه است، حسن بن علی کوفی هم که نوه عبد الله بن مغیره است که درباره اش «ثقه ثقه» گفته اند، عباس بن عامر قصبانی هم ثقه است، داود بن حصین هم ثقه است، اگر چه در مورد واقفی بودنش اختلاف هست؛ شیخ او را از واقفه شمرده است، ولی نجاشی چنین نکرده است و بعید نیست که جزو کسانی باشد که بعداً برگشتند، در هر حال چون عقیده ما این است که عباس بن عامر قصبانی قبل از وقف از داود بن حصین اخذ حدیث کرده است، روایت صحیحه می شود.

معنای روایت: اولاً روایت در مورد قبل از طلاق است، ثانیاً: در مورد «مادام الولد فی الرضاع» دو وجه محتمل است: یکی اینکه مقصود خصوص زمان شیر دادن باشد. دوم اینکه مقصود همان دو سالی باشد که بچه به حسب متعارف معمول در آن مدت در حال شیر خوردن است و ثالثاً: در مورد «فهو بین الابوین بالسویه» بعداً خواهیم گفت که اختصاص حضانت در این مدت به مادر منافاتی با این تعبیر ندارد. و رابعاً: ظاهر عبارت «فان له ان ينزعه منها» این است که می تواند بچه را بگیرد و به دیگری بسپارد که نگهداری کرده و به او شیر بدهد، نه اینکه در مواقع شیر دادن به دیگری بدهد و بعدش به مادر بگرداند.

2 - «تفسیر عیاشی» داود بن الحصین عن ابی عبد الله علیه السلام و ذکر نحوه الا ان فیه:

فان له ان ينزعه منها الا ان ذلك أخیر له و أرفق به ان يترك مع امه. (2) تفاوت معنای این نقل با نقل کلینی رحمه الله در این است که طبق نقل کلینی می فرماید: اگر دید که با مادرش باشد بهتر است در این صورت بگذارید پیش مادرش بماند، ولی طبق نقل

ص: 7952

-
- 1- (1) - جامع احادیث الشیعه 513:26. الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1
2- (2) - جامع احادیث الشیعه 514:26، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، ذیل الحدیث 1

عیاشی رحمه الله می فرماید: بهتر و ارفق این است که بچه را پیش مادرش بگذارد و به دیگری نسپارد. و البته احتمال زیاده شدن در نقل کلینی بعید است در حالی که احتمال تقیصه و سقط در نقل عیاشی بیشتر است.

3 - «کافی» محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل عن محمد بن الفضیل عن ابی الصباح الکنانی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا طلق الرجل امرأته و هی حبلی، أنفق علیها حتی تضع حملها و اذا وضعتہ أعطاهما أجرها و لا یضارّها الا ان یجد من هو أرخص اجرا منها، فان هی رضیت بذلك الاجر فهی أحق بابنها حتی تطفمه. (1)

معنای روایت: به نظر ما ظاهر از روایت این است که اختصاصی به رضاع ندارد و می فرماید: مرد باید اجرت نگهداری، شیر دادن و تربیت بچه را به زن بدهد، مگر اینکه شخص دیگری حاضر به انجام با قیمت کمتر باشند که در این صورت مرد حق دارد که به آن دایه بدهد تا اینکه ارزان تر تمام بشود. پس ظاهر این روایت این است که زن در ایام رضاع نسبت به پرستاری و حق الحضانة تقدم دارد، مگر اینکه مزد بیشتری بخواهد.

4 - «کافی» الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن الحسن بن علی الوشاء عن أبان عن فضل ابی العباس قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: الرجل أحق بولده ام المرأة؟ قال: لا بل الرجل. فان قالت المرأة لزوجها الذی طلقها: انا ارضع ابنی بمثل ما تجد من ترضعه فهی احق به. (2)

معنای روایت: ظاهر سؤال از احق بودن به ولد، سؤال از حق حضانت است و امام علیه السلام این حق را به مرد می دهد و اما در ادامه می فرماید که در صورتی که زن راضی به شیر دادن به بچه به مانند مبلغی که دیگری حاضر به شیر دادن به او باشد، بشود، در این صورت زن احق به بچه است.

ص: 7953

-
- 1- (1) - جامع احادیث الشیعه 514:26، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 2
2- (2) - جامع احادیث الشیعه 514:26، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 3

و مقصود همان حضانت است، نه خصوص شیر دادن؛ چرا که چنین کاری غیر متعارف و مشکل است و لذا خلاف ظاهر است.

5 - صحیح ایوب بن نوح: این روایت را شیخ صدوق رحمه الله در «فقیه» و ابن ادریس رحمه الله در «سرائر» از کتاب مسائل الرجال عبد الله بن جعفر حمیری نقل کرده است و سند هم صحیح است؛ چرا که جماعت مشایخ از حمیری نقل می کنند و خود وی نامه را مستقیم دیده است: روی عبد الله بن جعفر الحمیری عن ایوب بن نوح قال: کتب الیه بعض اصحابه: أنه کانت لی امرأه ولی منها ولدٌ و خلیت سیلھما فکتب علیہ السلام: «المرأه أحق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا أن تشاء المرأه»⁽¹⁾.

معنای روایت: این روایت مستند قول صاحب مدارک و «کفایه» است که فقط این روایت را صحیح دانسته و بر اساس مفاد آن گفته اند که مادر حق حضانتش نسبت به پسر و دختر تا هفت سالگی ادامه دارد و پس از آن نوبت به پدر می رسد، مگر اینکه زن از حق خودش صرف نظر نماید. و «ثبت» در روایت به معنای ثابت و مشروع بودن است؛ یعنی چه زمانی أخذ بچه از مادر برای پدر ثابت می شود.

6 - مرسله سلیمان بن داود منقری عن ذکره قال: سئل ابو عبد الله علیه السلام عن الرجل یطلق امرأته و بینھما ولد ایتھما أحق بالولد؟ قال: «المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج»⁽²⁾.

این روایت را شیخ صدوق رحمه الله نیز در «فقیه» آورده است: روی سلیمان بن داود المنقری عن حفص بن غیاث او غیره قال: سألتہ ابا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته و ذکر مثله⁽³⁾.

معنای روایت: این همان روایت است که شیخ صدوق رحمه الله در «مقنع» مطابق آن فتوا داده است و فتوای مقنع مطلق هم هست؛ یعنی مرد وزن ندارد و در هر دو

ص: 7954

1- (1) - جامع احادیث الشیعہ 26: 515، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 4

2- (2) - جامع احادیث الشیعہ 26: 515، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 6

3- (3) - همان

طرف مقید به ازدواج نکردن است، البته مقصود مادامی است که بچه در سن تحت حضانت بودن است یعنی بالغ و رشید نشده است، نه به طور مطلق. کما اینکه مرحوم صدوق در «فقیه» هم ظاهرش فتوای بر طبق آن است و شاید وجه انتخاب آن توسط صدوق کنار گذاشتن باقی روایات به جهت معارضه با یکدیگر باشد، علاوه بر اینکه مفاد این روایت مؤید به وجه عقلی هم هست و آن اینکه سنخیت بچه با مادر و عواطف مادرانه سازگارتر است.

بله سند این روایت ضعیف و غیر قابل استناد است.

7 - «مستدرک» ابن ابی جمهور فی درر اللئالی عن ابی هریره عن النبی صلی الله علیه و آله انه قال: «الام أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج» (1).

8 - «وفیه» ابن ابی جمهور فی درر اللئالی عن عبد الله بن عمر ان امرأه قالت یا رسول الله ان ابنی هذا کان بطنی له وعاء و ثدی له سقاء و حجری له حواء و ان اباه طلقنی و اراد ان ینتزعہ منی. فقال لها النبی صلی الله علیه و آله: «انت احق به ما لم تنکحی» (2).

معنای دو روایت: مفاد این دو روایت هم مثل مرسله سلیمان بن داود منقروی است و ذکر این در آنها خصوصیتی برای او ایجاد نمی کند؛ چرا که نسبت به دختر به طریق اولی چنین خواهد بود.

دو روایت دیگر هم باقی مانده است که در «جامع الاحادیث» در این باب ذکر نشده است و آنها عبارتند از:

9 - «فقیه» روی الحسن بن محبوب عن ابی ایوب عن الفضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال: «ایما امرأه حرّه تزوّجت عبدا فولدت منه اولادا فهی أحق بولدها منه و هم احرار، فاذا اعتق الرجل فهو أحق بولده منها لموضع الأب» (3).

معنای روایت: این روایت صحیحه دلالت می کند بر اینکه در صورت حرّ بودن

ص: 7955

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 515:26، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 7

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 515:26، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 8

3- (3) - جامع احادیث الشیعه 516:26، الباب 59 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1

یکی از زوجین بچه تابع اشرف آنهاست و حضانتش هم حق اوست و اما در صورت حرّ بودن زوجین، ابوّت و پدر بودن موجب ترجیح جانب او و تعلق حق حضانت به او می شود و این روایت در مورد قبل از طلاق از حیث سند و دلالت روایت خوبی است.

10 - «کافی» محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن داود الرقی قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن امرأه حرّة نکحت عبدا فأولدها اولاد اثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوّجت، فلما بلغ العبد أنها تزوّجت أراد ان ياخذ ولده منها وقال انا احقّ بهم منك ان تزوّجت. فقال: «ليس للعبد ان ياخذ منها ولدها و ان تزوّجت حتى يعتق، هي احق بولدها منه مادام مملوكا، فاذا اعتق فهو احقّ بهم منها» (1).

معنای روایت: این روایت - که صحیح است نه موثقه؛ چرا که همانطوری که بارها گفته ایم امثال حسن بن محبوب قبل از واقفی شدن از داود رقی اخذ حدیث نموده اند - با توجه به اینکه اولاً مسئله طلاق در آن مطرح شده است و ثانیاً قید تزویج زن هم در آن آمده است دلالت اطلاقی بر احقیت و اولویت مرد در صورت عدم طلاق ندارد. علاوه بر اینکه حکم را هم در اینجا به صورت کلی نیاورده است تا اینکه گفته شود که خصوصیت مورد مقید اطلاق حکم نمی شود؛ چرا که حکم را به صورت شخصی آورده است و می فرماید «لیس للعبد ان ياخذ منها ولدها» یعنی این عبد مورد سؤال نمی تواند بچه های او را از دستش بگیرد؛ که هم «ولدها» و هم «للعبد» ظاهر در خصوص هستند.

ج - اشکال بر صاحب مدارک و سبزواری رحمهم الله:

اشکالی که در اینجا متوجه مرحوم صاحب مدارک (2) و سبزواری در «کفایه» (3) می شود، وجود صحیحه فضیل بن یسار در اینجاست، بر خلاف مدعای ایشان که

ص: 7956

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 516:26، الباب 59 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 2

2- (2) - نهایه المرام 1:467

3- (3) - کفایه الاحکام: 194

روایت صحیحیه را منحصر در صحیحیه ایوب بن نوح دانسته اند، البته ما روایات دیگری را هم در اینجا صحیحیه می دانیم، لکن آنها بحث داشتند، ولی این روایت صحیحیه است و دلالتش هم خیلی روشن است.

د - وجوه قول أشهر: با توجه به اختلافی که در روایاتی که مطرح شد، وجود دارد، باید ببینیم چه وجهی برای قول مشهور و بلکه أشهر وجود دارد که مقتضای روایات چنین قولی شده است؛ یعنی تعلق حق حضانت بچه به مادر تا دو سالگی و پس از آن، تعلق حق حضانت به پدر تا هفت سالگی در صورت پسر بودن بچه و به مادر در صورت دختر بودن او.

وجه اول: مرحوم صاحب جواهر می گوید: با توجه به دعوی اجماع بر اینکه حضانت پسر پس از دو سال حق پدر است و همین طور اجماع بر اینکه حضانت دختر تا هفت سال حق مادر است، ما امثال روایت فضیل بن یسار را که بر احق بودن پدر دلالت می کنند، با روایت ایوب بن نوح تقیید می زنیم (1).

اشکال این وجه:

اولاً: اینکه صاحب جواهر ادعای اجماع بر اینکه حضانت پسر پس از دو سالگی حق پدر است را علاوه بر «غنیه» به ابن ادریس در «سرائر» هم نسبت داده است، درست نیست؛ چرا که صاحب سرائر بر مطلب دوم؛ یعنی اینکه حق حضانت دختر تا هفت سالگی مربوط به مادر است، دعوی اجماع کرده است و اما مطلب اول را مقتضای قواعد اولیه دانسته است؛ که قاعده اقتضاء می کند که پدر به جهت عقل و تدبیرش متکفل تربیت اولاد باشد و مواردی از تحت آن خارج شده است که یکی در مدت رضاع یا حولین است که به عهده مادر است و دیگری هم حضانت دختر تا هفت سالگی است که این هم طبق اجماع حق مادر قرار داده شده است (2).

ص: 7957

1- (1) - جواهر الکلام 284-285:31

2- (2) - السرائر 2:653

و اما اینکه با توجه به اینکه به طور بّتی مطلب اول را مقتضای قواعد دانسته است، این به معنای معقد اجماع بودن هست یا نه؟ یک بحث دیگری است.

و ثانیاً: اگر چه ادعای اجماع بر هر دو مطلب در «غنیه»⁽¹⁾ وجود دارد، لکن بر فرض اینکه اجماع منقول حجت باشد، در جایی است که خلاف آن در اکثر موارد، در مورد مدعی اجماع ثابت نشده باشد. در حالی که مرحوم ابن زهره تقریباً در مورد نود و نه درصد از فتاوی خود ادعای اجماع می کند و در اکثر آنها خلاف آن ثابت شده است. و روشن است که دیگر چنین دعوی اجماعی نمی تواند مورد اعتماد باشد، و اینکه مرحوم صاحب جواهر آن را مورد استناد قرار داده است، صحیح نیست.

وجه دوم: بنا بر قول به انقلاب نسبت در مثل سه دلیل «اکرم العلماء»، «لا تکرم العلماء» و «اکرم العلماء العدول» که دلیل اخیر که خاص است و «لا تکرم العلماء» را تبدیل به «لا تکرم الفساق من العلماء» می کند و در نتیجه نسبت تباین او با «اکرم العلماء» تبدیل به اخص مطلق می شود و لذا «اکرم العلماء» را تخصیص می زند. در اینجا هم می گوئیم که دو دلیل عام متباین یعنی «ادله ای که ولایت بر حضانت را به طور کلی - در پسر و دختر - برای پدر می داند» و «روایت ایوب بن نوح که به طور کلی - در پسر و دختر - حضانت را تا هفت سال، حق مادر می داند»، بعد از وجود دلیل خاص که اجماعی است که ابن ادریس رحمه الله بر حق حضانت داشتن مادر بر دختر تا هفت سال ادعاء کرده است، این دلیل سوم تخصیص می زند دلیل اول را و آن را در این مدت مخصوص پسر می کند و لذا نسبت بین دو دلیل اخص مطلق می شود؛ یعنی دلیل اول حق حضانت را برای پدر نسبت به مذکر اثبات می کند و

ص: 7958

اخص می گردد از دلیل دوم که حضانت را برای مطلق مذکر و مؤنث قرار داده است و لذا تخصیص می زند دلیل دوم را و آن را مخصوص مؤنث می کند.

اشکال وجه دوم: اگر چه ما در مورد اصل اینکه دلیل خاص به طور کلی قرینه بر تصرف در دلیل عام باشد و آن را تفسیر کند، بحث داریم ولی بنا بر تمامیت این حرف - همانطوری که آقایان آن را مسلم گرفته اند - در این قسم از انقلاب نسبت گفته می شود که همانطوری که اگر «اکرم العلماء» بگویند و بعدش «لا تکرّم الفساق من العلماء» هم گفته شود، همه می گویند که این جمع عرفی دارد و بعد از ملاحظه دلیل دوم می فهمیم که مراد جدی لزوم اکرام عالم عادل است و بدین صورت تنافی بین آنها برداشته می شود و در این مطلب فرقی نمی کند که کدام یک از دلیل عام یا دلیل خاص اول وارد شده باشد، و همان طوری که اگر دو دلیل متباین وجود داشته باشد و ما با یک قرینه و یا دلیل دیگری که شاهد جمع بین آنهاست پی به مراد جدی از آنها ببریم؛ به نحوی که تباین بین آنها از بین برود، در این قسم از انقلاب نسبت هم چه اشکالی دارد که یک دلیل خاصی وارد بشود که اخص از یکی از دو دلیل متباین باشد و ما به واسطه آن پی به مراد جدی از آن دلیل عام ببریم؛ به نحوی که آن دلیل نسبتش با دلیل دیگری که با آن متباین بود، تبدیل به عموم و خصوص مطلق بشود و بدین وسیله تنافی بین آنها از بین برود و لذا این به نظر عرفی و روشن است.

ولی مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که لفظ به کار گرفته شده در صحیحه ایوب بن نوح عبارت از «ولد» است و این لفظ - با توضیح بیشتری که در اشکال بر وجه سوم می آید - قابل حمل به معنایی که مختص به دختر باشد نیست؛ چرا که فرد ظاهر ولد عبارت از فرزند پسر است. و لذا این وجه هم وجه تامی برای قول مشهور در جمع بین روایات نیست.

وجه سوم: تقریب سومی که برای قول مشهور می شود مطرح کرد، عبارتست از جمع بین دو دلیل با اخذ به قدر متیقن آنها و کنار گذاشتن مقدار غیر متیقن از معنای آنها.

مثلاً در دو دلیل «اکرم العلماء» و «لا تکرّم العلماء» هر کدام از آنها یک قدر متیقنی دارد که نص در آن است و یک غیر متیقنی دارد که ظاهر در آن است؛ «اکرم العلماء» قدر متیقنش عالم عادل است و ظاهر در عالم فاسق است، کما اینکه «لا تکرّم العلماء» قدر متیقنش عالم فاسق است و ظاهر در عالم عادل است. و در چنین مواردی با اخذ به قدر متیقن از هر یک از دو دلیل، ظاهر دلیل دیگر که مخالف با آن است، کنار گذاشته می شود. مثالی که مرحوم شیخ در «مکاسب»⁽¹⁾ برای این گونه جمع ذکر کرده است، عبارت از دو دلیل «ثمن العذره سحت» و «لا باس ببيع العذره» است که قدر متیقن از اولی عذره انسان و قدر متیقن از دومی عذره غیر انسان است و در اینجا با اخذ به قدر متیقن هر یک از آنها از ظاهر اطلاقی طرف مقابل رفع ید می شود.

در اینجا هم گفته شود که تناسب حکم و موضوع از جمله اموری است که در قدر متیقن دخالت دارد؛ مرد سنخیت با پسر و زن با دختر سنخیت دارد و لذا قدر متیقن از ادله ای که برای مرد حق حضانت را قائل شده است، در مورد پسر و اطلاقش شامل دختر هم می شود و متیقن از ادله ای که برای زن قائل به حق حضانت شده است، در مورد دختر و اطلاقش شامل پسر هم می شود و با این بیان قول مشهور از جمع بین روایات استفاده می شود؛ چرا که اخذ به دو قدر متیقن شده و از ظاهر اطلاقی طرف مقابل رفع ید می گردد.

اشکال وجه سوم: ما بر فرض که این گونه جمع کردن را جمع عرفی دانسته و آن را از حیث کبروی بپذیریم، لکن همان گونه که در اشکال بر وجه دوم اشاره شد، در خصوص اینجا این جمع قابل اجراء نیست؛ چرا که در اطلاقات عرب ها قدر متیقن از «ولد» ذکور است و این کلمه در خیلی جاها از کلمات فقهاء و روایات بر خصوص مذکر اطلاق می شود و الآن هم این گونه اطلاق رایج است، مثلاً حبوه

ص: 7960

برای ولد اکبر است و راجع به نماز پدر که به گردن ولد اکبر می آید هم کلمه ذکور در کار نیست ولی فتوای همه این است که مراد از «ولد» عبارت از مذکر است و لذا اینکه گفته شود که مقصود از «ولد» در امثال روایت ایوب بن نوح خصوص دختر است خیلی بعید است، بله اطلاق آن بر خصوص پسر امری متعارف است، مثل «آقازاده» در فارسی با اینکه دختر و پسر هر دو زاده پدر هستند ولی این لفظ معمولاً به پسر گفته می شود، بنابراین اجرای این جمع در اینجا خلاف متعارف است.

ه - جمع فیض کاشانی بین ادله: عبارت «وافی»: الرجل احق بالولد مع الطلاق و النزاع الا فی الصورة المذكوره (که زن به مقداری که دیگران می گیرند، راضی بشود) و ان لم یکن هناك تنازع و تشاجر فالام احق به الی سبع سنین ما لم تتزوج (1).

اشکال این جمع: اگر چه این جمع را در «حدائق» هم دارد و عین عبارت فیض را آورده است، اگر چه به او نسبت نداده است، کما اینکه مرحوم مجلسی هم در «مرآة العقول» این جمع را به بعضی الافاضل - و مرادش فیض است - نسبت داده است و گویا به آن تمایل پیدا کرده است. ولی شاهدی بر این جمع در میان ادله پیدا نکردیم، مثلاً در روایت فضیل بن یسار که می فرماید: «ایما امرأه حره تزوجت عبدا فولدت منه أولاد فهی احق بولدها منه و هم احرار، فاذا اعتق الرجل فهو احق بولده منها لموضع الاب» اصلاً حرفی از طلاق و نزاع نیست و اطلاقش شامل هر دو صورت طلاق و غیر طلاق، نزاع و غیر نزاع می شود و همین طور در روایت ایوب بن نوح که سائل می گوید: «کان لی امرأه ولی منها ولد و خلیت سبیلها؟ فکتب علیه السلام: المرأه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأه» موضوع روایت طلاق است، ولی منازعه و غیر منازعه در آن نیست. روایت داود بن حصین هم که می فرماید «فالاب احق به من الام» راجع به منازعه نیست.

و - بیان جمع مختار: به نظر می رسد که باید تفصیل بدهیم بین قبل از طلاق و

ص: 7961

پس از طلاق؛ به اینکه حق حضانت در قبل از طلاق متعلق به پدر باشد و اما پس از طلاق تا هفت سالگی متعلق به مادر باشد و فرقی در این تفصیل بین دختر و پسر وجود ندارد.

وجه تفصیل مذکور: و وجه جمعی که ذکر شد این است که در مورد قبل از طلاق که زن در حباله شوهر است، هیچ روایتی که اثبات حضانت برای مادر بکند وجود ندارد و اختلافی که وجود دارد درباره بعد از طلاق است که روایت صحیحه ایوب بن نوح حق حضانت بعد از طلاق را تا هفت سالگی حق مادر دانسته است.

بررسی روایات معارض با صحیحه ایوب بن نوح:

1 - روایت بقباق(1): ممکن است گفته شود که این روایت - که معتبر هم هست - دلالت می کند بر اینکه در صورت طلاق هم حضانت بچه پس از دو سالگی حق پدر است؛ چرا که مفاد روایت مذکور این است که در ایام رضاع به شرط اکتفاء زن به چیزی که دیگران می گیرند، حضانت حق مادر است و ظاهرش این است که این را از کلی «الرجل احق بولده أم المرأة؟ قال علیه السلام: بل الرجل» استثناء کرده است؛ یعنی حق حضانت در غیر این صورت متعلق به پدر است. پس این روایت با روایت ایوب بن نوح که حق حضانت را در مطلقه تا هفت سالگی متعلق به مادر دانسته است منافات دارد.

جواب از معارضه: یک احتمال دیگری در معنای این روایت وجود دارد که روایت را از ظهور در چنین مفادی دور می سازد و آن اینکه محتمل است که مراد از احقیت مورد سؤال در روایت، را جمع به خصوص رضاع باشد نه راجع به اعم از رضاع و تربیت و حضانت، و با وجود این احتمال، روایت اجمال پیدا می کند.

2 - روایت ابو الصباح کنانی(2): در این روایت هم شبیه روایت بقباق احتمال محدودیت حضانت زن بر بچه تا زمان فطام وجود دارد، ولی با توجه به اینکه

ص: 7962

1- (1) - در صفحه 6 گذشت

2- (2) - در صفحه 5 گذشت

احتمال دارد که مورد سؤال و جواب در این روایت هم خصوص حق رضاع باشد - خصوصاً اگر عبارت حدیث «أرضعته» باشد، کما اینکه در «استبصار» آمده است نه «وضعته» که در دو نسخه «کافی» و یک نسخه از «تهذیب» است - دیگر ظهوری برای روایت در آن معنا احراز نمی‌گردد.

3 - روایت داود رقی (1): در این روایت هم اگر چه ظاهر عبارت «فاذا اعتق فهو احق بهم منها» منافی با روایت ایوب بن نوح، ولی احتمال اختصاص این حکم به صورت ازدواج زن - که در روایت قید شده است - مانع از تحقق ظهور روایت در چنین معنایی است.

4 - روایت داود بن حصین (2): و اما این روایت هم با مختار ما منافاتی ندارد؛ چرا که مقصود از «مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوين بالسویة» بر خلاف آنچه که ابن فهد حلی برداشت کرده است و حق حضانت را در دوران رضاع مشترک بین پدر و مادر دانسته است، به یکی از دو معنا است: معنای اول اینکه با توجه به اینکه پول از ناحیه پدر و زحمت نگهداری از ناحیه مادر است پس هر دو بالسویة شرکت دارند، ولی این معنا با توجه به اینکه معمولاً مادرها تبرعاً از بچه اشان حضانت می‌کنند، درست به نظر نمی‌رسد. معنای دوم - که به نظر می‌آید - این است که هر دو حق دارند؛ اما زن حق دارد که به قیمت مساوی یا کمتر از دیگران قبول کند و بچه را بگیرد و اما مرد هم حق دارد که اگر زن به قیمت بیشتر از دیگران را درخواست کند به او ندهد. پس هر دو بالسویة ذی حق هستند.

و ظاهراً مقصود ابن فهد هم یکی از این دو معناست؛ چرا که خود ابن فهد در «مقتصر» با اینکه در ابتداء مسئله بالسویة بودن را مطرح می‌کند ولی بعداً با قول به اختصاص به مادر در این مدت که از دیگران نقل می‌کند موافقت می‌نماید و آن را قوی می‌خواند و این نشان می‌دهد که غرض ابن فهد هم اشاره به روایت داود بن

ص: 7963

1- (1) - در صفحه 11 گذشت

2- (2) - در صفحه 3 گذشت

حصین و یکی از دو معنای یادشده بوده است.

پس این روایت صدرش هیچ مخالفتی با معنای مختار ندارد و اما اینکه در ذیل می فرماید «فاذا فطم فالاب احق به من الام»، این هم مطابق مختار ماست؛ چرا که مورد این روایت غیر طلاق است و ما در غیر طلاق قائل به احق بودن پدر نسبت به بچه شدیم.

بحث دوم: موضوعیت فطام یا دو سالگی

در اینکه در نزد مشهور، در مدت رضاع یا دو سال اول حق حضانت برای مادر است حرفی نیست و اما اینکه آیا موضوع حکم عبارت از ایام رضاع و حصول فطام است؟ یا اینکه تحقق دو سال موضوعیت دارد محل بحث است؛ بیشتر کلمات قوم - تا مقداری که دیدم - تعبیر به ایام الرضاع و قبل الفطام کرده اند، بعضی هم دو سال را گفته اند، بعضی دیگر هم مده الرضاع گفته و آن را به حولان تفسیر نموده اند. باید بررسی نمود که معیار کدام است؟

مدعای «جواهر» و ضعف ادله اش:

مرحوم صاحب جواهر می گوید: و ان كان صغيرا فالام احق بالولد مده الرضاع و هي حولان ذكرها كان او انثى اذا رضعته هي بنفسها او غيرها، بلا خلاف معتد به آجده فیه، بل فی الریاض «اجماعا و نصا و فتوی»⁽¹⁾ که ظاهرش این است که ایشان معیار را عبارت از مدت رضاع می دانند و برای این حکم به عدم خلاف و پس از آن هم در ادامه به آیه (لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا) و همین طور به روایات زیادی در اینجا تمسک کرده است که هیچ کدام از آنها شاهد بر این مطلبی که مورد بحث است نیست؛ چرا که آیه شریفه را اولاً خودش هم در ادامه کلامش سازگار با مدعای ابن فهد که حق حضانت را در این مدت مشترک و بالسویه بین پدر و مادر دانسته است، خوانده است به این بیان که آیه مذکور در ادامه اش (ولا مولود له بولده) دارد که پدر و مادر هر دو را در بر

ص: 7964

می‌گیرد و ثانیاً آیه مذکور در روایات تفسیر شده است و مقصود از آن چیز دیگری قرار داده شده است.

و اما اینکه ایشان روایت‌هایی مثل روایتی که می‌گوید اگر پدر آزاد شود حق پدر است و یا روایت ایوب بن نوح را که خود اینها آن را راجع به خصوص دختر دانسته اند دلیل بر اشتراک بین دختر و پسر در مدت دو سال و ایام رضاع برای مادر قرار داده است، هیچ کدام اینها شاهد برای مختار ایشان نیست.

مختار در مسئله و دلیلش:

به نظر می‌رسد که متعارف به حسب تفاهم عرفی این است که برای رضاع و فطام موضوعیت باشد و اما برای زمان دو سال موضوعیتی نباشد؛ چرا که اینکه در زمان رضاع بخواهند بچه را از مادر جدا کنند و در مواقع نیاز به شیر دادن به او برگردانند، امری غیر متعارف و نیازمند به تصریح است و تناسب حکم و موضوع هم اقتضاء می‌کند که خصوصیتی برای ایام الرضاع باشد و میزان عبارت از دو سال نباشد؛ که اگر زودتر از دو سال از شیر گرفتند باز هم حق حضانت باشد. البته آن مقداری که مسلم است که زن حق حضانت پیدا می‌کند در صورتی است که مزد بیشتری از دیگران نخواهد و این صورت مورد اجماع است و اما اگر مزد بیشتری بخواهد، اینکه در این صورت هم حق حضانت متعلق به او باشد تسلّمی در مورد آن وجود ندارد.

روایتی که می‌تواند مستند برای موضوعیت فطام باشد روایت کنانی است (1) که حضرت می‌فرماید فان رضیت بذلک الاجر فهی احق بابنها حتی تقطمه» که در این عبارت که راجع به حضانت است؛ چرا که «احق بابنها» دارد نه «احق برضاعه»، پس یعنی احق به خود بچه است، غایت حق حضانت را عبارت از فطام دانسته است.

ص: 7965

اجماع هم در مسئله هست؛ یعنی مخالفی الی الآن راجع به این مسئله پیدا نکرده ام.

بحث سوم: شرایط حضانت کننده

شرایطی را برای حضانت کننده ذکر کرده اند که یکی از آنها مخصوص مادر است و باقی آنها در مطلق متولی حضانت معتبر دانسته شده است که قبل از شرط خاص به بررسی شرایط عامه می پردازیم.

شرایط عامه: چند چیز به عنوان شرط در هر حضانت کننده ای دانسته شده است که عبارتند از:

الف - حریت: این شرط از نظر روایات ثابت است و به جهت عدم ابتلاء بحثی از آن نمی کنیم.

ب - عقل: این شرط از باب تناسب حکم و موضوع پیدا است که یک چنین مهمی را که مسئله نگهداری و تربیت بچه است نمی توان به دیوانه سپرد که یا خودش انجام بدهد و یا اینکه به دیگری بسپارد.

و اینجا نظیر حقوق مالی مثل مالکیت نیست که برای دیوانه ثابت می شود و ولیّ او آن را استیفاء می کند؛ چرا که معلوم نیست در اینجا که معنای حق حضانت این است که یا خودش انجام بدهد و یا به دیگری واگذار کند، این تصمیم گیری حق او بشود و قابل انتقال به اولی او باشد.

و دیوانه ادواری هم در مدتی که صلاحیت دارد، مشکلی ندارد و مثل موارد دیگر که مثلاً بیعش صحیح است، حق حضانت را هم متولی می شود. و صاحب جواهر هم همین را می گوید.

و اما تفصیل بین دیوانه مختصر و غیر مختصر را مرحوم شهید ثانی آورده است و صاحب جواهر آن را رد می کند. و وجه عدم تعرض اکثر علماء به شرط عقل به جهت توضیح و اضحات بودن آن است و اما متأخرین که در صدد تالیف کتاب

جامع فقهی بوده اند به امثال این قید هم اشاره کرده اند.

ج - اسلام: این قید را مرحوم شیخ طوسی ذکر کرده است و همه ذکر نکرده اند و به نظر مختار هم این قید در دوره شیر دادن و نگهداری تا سن تربیت که از هفت سالگی است اعتبار ندارد و هم فتوی و هم روایات دلالت بر جواز شیر دادن توسط مسیحی و یهودی و مشرک می کند، ولی در دوره تربیت به نظر می رسد که از مذاق شرع فهمیده می شود که جایز نیست که بچه مسلمان در اختیار و تربیت کفار باشد تا اینکه تربیت کفری پیدا کند و حداقل باید گفت که احتیاط لزومی در اجتناب است.

د - عدالت: این قید هم در کلام مرحوم شیخ طوسی آمده است و بسیاری از فقهاء پس از او، یا آن را رد کرده اند و یا اینکه اصلاً آن را ذکر نکرده اند - و به نظر می رسد که دلیلی بر اعتبار این قید هم وجود ندارد و همین مقدار که اطمینان به عدم خیانت باشد کافی است و اگر چنین شرطی معتبر بود، کمتر زنی هست که غیبت نکند!

ه - مقیم بودن: این قید که شخص حضانت کننده باید مقیم باشد و غیر مقیم چنین حقی ندارد از قیودی است که اهل سنت آورده اند و شیخ طوسی رحمه الله هم آن را پذیرفته است و الا دلیلی بر آن وجود ندارد و همین طور است این قید که اگر شخص بخواهد بچه را از شهر به روستا ببرد، حق حضانت او ساقط می شود چون در روستا تربیت درستی نیست؛ چرا که مثل این قیود دلیلی بر آنها نیست و چه بسا در شهر فساد باشد و در روستا صلاح وجود داشته باشد.

شرط عدم تزویج در مادر:

الف - اقوال در اشتراط و دلیل آن: این شرط را از قدیم و جدید هم گفته اند و اختلافی هم در آن نیست، فقط مرحوم ابو الصلاح در «کافی» از ذکر شرایط خودداری کرده است و آن را مجمل گذاشته است. و از نظر دلیل هم روایت داود

بن کثیر رقی که حسن بن محبوب از او روایت کرده است (1) - و گفته شد که این روایت قبل از وقف و معتبر است - و همین طور روایت سلیمان بن داود منقروی که از حفص یا غیر او نقل می کند، اگر چه مرسله است، دلالت بر اعتبار عدم تزویج در حضانت داشتن مادر می کنند.

ب - اعتبار زوج نداشتن در حضانت ام مطلقاً: مرحوم شهید ثانی در کلام محقق صاحب شرایع که می گوید «لو تزوجت الام سقطت حضانتها عن الذکر و الانثی و کان الاب احقّ بهما» (2) این احتمال را داده است که حتی اگر زن باشد با شوهر قبلی اش که پدر بچه اش است، ازدواج نماید باز هم حق حضانت از او ساقط می شود و به عبارت دیگر فقط زن در صورتی حق حضانت دارد که شوهر نداشته باشد. و این احتمال مطابق با مختار ما در مسئله می شود که حق حضانت مادر را مختص به صورت طلاق دانستیم و در صورت وجود ازدواج حق حضانت را متعلق به پدر دانستیم.

ولی قبلاً هم گفتیم که این مختار ما در مسئله هیچ موافقی با آن در بین قوم نیافتیم، لکن به جهت وجود اقوال کثیره در مسئله که در این طور موارد دعوی اجماع صحیح نیست و می شود قول جدیدی را اختیار نمود، ما چنین قولی را مطابق با روایات تشخیص داده و برگزیدیم.

و لذا این احتمال در کلمات قوم نمی آید؛ چرا که صریح یا ظهور قوی کلمات قوم این است که ازدواج جدیدی که با غیر انجام دهد مانع از تعلق حق حضانت به مادر می شود.

ج - مانعیت عقد یا عروسی: مقتضای جمود بر لفظ این است که اصل زوجیت هم که با عقد تحقق پیدا می کند، مانعیت داشته باشد و نیازی به تحقق عروسی و رفتن به منزل شوهر نباشد.

ص: 7968

1- (1) - در صفحه 11 گذشت

2- (2) - جواهر الکلام 292:31

ولی به نظر می‌رسد که در اطلاق‌گیری و انصراف، تناسب حکم و موضوع دخالت دارد؛ گاهی موضوع از مستحدثات شرع است و شارع آن را از عالم وحی آورده است، در این‌طور موضوعات فقط باید لفظ را مد نظر قرار داد و لذا قابلیت اطلاق‌گیری در آنها وجود داشته و انصراف در آنها خیلی کم است. و اما در این‌گونه موضوعات که عرف آنها را می‌فهمد و در اینجا اولاً معلوم نیست که در قدیم هم این مقدار فاصله بین عقد و عروسی بوده است و خیلی احتمال قوی هست که عقد با فاصله کمی وصل به عروسی می‌شد، نه اینکه چند سال فاصله بشود و لذا معلوم نیست که این شرطیت شامل چنین زوجیتی هم که در آن زمان معمول نبوده است بشود. و ثانیاً بر فرض که چنین فاصله‌هایی هم معمول بوده است، لکن در اینجا عرف می‌فهمد که نظر شارع به مزاحمت انجام وظایف شوهر یا وظیفه تربیت بچه و رسیدگی به آن است و لذا در صورت عقد صرف، وجهی ندارد که دلیل اشتراط شامل این فرض هم بشود و تمسک به اطلاق در این‌گونه موارد مشکل است.

بنابراین به صرف عقد کردن، قبل از عروسی نمی‌توان حکم به سقوط حق حضانت از ام نمود.

د - بازگشت حق حضانت با طلاق: اگر طلاق رجعی باشد که روشن است حق بر نمی‌گردد. چون در مطلقه رجعی هنوز زوجیت باقی است. و اما اگر طلاق بائن باشد در این صورت بعضی مانند ابن ادریس رحمه الله قائل به عدم عود و برخی دیگر - که شاید اکثر باشند - قائل به عود حق حضانت شده‌اند.

به نظر می‌رسد که حق با قول به عود حق حضانت با طلاق بائن است و وجهش این است که در بعضی از شرایط و استثناءات، به تناسب حکم و موضوع، عرف قضیه را حینیه تلقی می‌کند نه اینکه آن را الی الابد بداند. مثلاً اگر گفته شود که تقلید از مجتهد جایز است مگر اینکه فاسق بشود. انسان می‌فهمد که اگر فسق این

مجتهد زایل بشود، می شود از او تقلید کرد و قضیه حینیه است نه الی الابد.

در اینجا هم عرف می فهمد که این شرط شوهر نداشتن در حق حضانت تعبدی محض نیست بلکه به جهت مزاحمت آنها با یکدیگر بوده و قضیه حینیه است و لذا اگر شوهر فوت کند، یا اینکه زن را طلاق باین بدهد، مانع برطرف شده و حق حضانت به مادر عود می کند.

بحث چهارم: حکم حضانت خنثی

کلام صاحب جواهر در مسئله: مرحوم صاحب جواهر می گوید: پس از شک در اینکه آیا خنثی پسر هست یا دختر که در صورت اول حضانت او پس از دو سالگی حق پدر است و در صورت دوم حق مادر است. با توجه به اینکه دو گونه دلیل عام داشتیم که یکی از آنها می گفت: پس از فطام، حق حضانت به طور مطلق برای پدر است و یکی از آنها که صحیحه ایوب نوح بود، دلالت می کرد بر اینکه به طور مطلق حق حضانت متعلق به مادر است. به جهت تعارض آنها، از آنها دست کشیده و به سراغ عام فوق آنها می رویم که عبارت از این است که به جهت قوت عقلی پدر، نگهداری و تربیت بچه ها به عهده اوست، پس نتیجه این می شود که حق حضانت خنثی پس از فطام متعلق به پدر او می شود. و اگر این تمام شد دیگر نوبت به استصحاب حضانت مادر نمی رسد.

اشکال بر «جواهر» و بیان مختار:

با توجه به اینکه طبق مبنای مشهور تمسک به عام در شبهه مصداقیه اش جایز نیست و مشتبه بین آنان این است که خنثی را طبیعت ثالثه نمی دانند، لذا تمسک به عمومات در اینجا تمسک به عام در شبهه مصداقیه است؛ که معلوم نیست آیا پسر است یا دختر؟ پس این تمسک جایز نخواهد بود و لذا نوبت به استصحاب حالت سابقه که حضانت مادر بر بچه در ایام رضاع است، می رسد و اگر کسی در شک در مقتضی، اشکال در جریان استصحاب نکند، این استصحاب در اینجا

جاری می شود و در صورت تمام ندانستن اجراء استصحاب در موارد شک در مقتضی، چون عموماً می هم در کار نبود، نوبت به قرعه می رسد که برای هر امر مشکلی است.

و اما طبق نظر ما که اولاً فرقی بین دختر و پسر نگذاشتیم و در قبل از طلاق به طور مطلق حضانت را حق پدر و پس از طلاق هم به طور مطلق حضانت را حق مادر دانستیم و ثانیاً خنثی را طبیعت ثالثه می دانیم، نوبت به اشکال در تمسک به عام نمی رسد و بعد از اینکه عام های خاص زمین ماند، به عام فوق که ولایت پدر است تمسک می شود و حق حضانت برای پدر ثابت می شود.

بحث پنجم: متولی حضانت با فوت پدر

برای قول به انتقال حق حضانت به مادر، در صورت فوت پدر - که مخالفی با آن پیدا نکردم - به وجوهی تمسک شده است که به بررسی آنها می پردازیم:

الف - آیه شریفه (و اولو الارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله) (1): به این آیه شریفه برای تقدم ام بر وصی پدر در حضانت بر ولد تمسک شده است.

وفیه: ولی این استدلال ناتمام است؛ برای اینکه این آیه حرفی در مورد اولی بودن و تقدم بعضی از اشخاص بر بعضی دیگر از اشخاص حی نیست، بلکه می گوید بعضی از ارحام که زنده اند بر بعضی از ارحام که مرده اند نسبت به خود میت و ترکه او اولویت دارد و الا به ترتب بین خود اولو الارحام که زنده اند و اینکه کلام بر کدام مقدم است، کاری ندارد. علاوه بر اینکه اگر مقصود اولویت بعضی از ارحام نسبت به بعضی دیگر باشد، اجمال پیدا می کند؛ چون ممکن است دو هم طبقه با هم باشند مثل اخوه و اجداد که اگر چه از نظر عرفی اجداد مقدم بر اخوه هستند ولی شرعاً با هم هم طبقه هستند. بنابراین برای تقدم مادر بر وصی پدر نمی توان به این آیه تمسک نمود.

ص: 7971

ب - اجماع: اینکه مرحوم صاحب جواهر می گوید «بلا خلاف اجده فیه» و شاید بعضی هم دعوای اجماع کرده باشند، اگر چه شاید همین طور باشد؛ چون مخالفی پیدا نکردم، ولی اجماعی بودنش ثابت نیست و لذا برای تایید خوب است.

ج - استدلال به روایات:

روایات خوبی برای استدلال برای انتقال حق حضانت به مادر نه وصی، وجود دارد که عبارتند از:

1 - صحیحہ عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل مات وترك امرأه و معها منه ولد فألقتہ علی خادم لها فأرضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي؟ فقال: «لها أجر مثلها و ليس للوصي ان يخرجہ من حجرها حتی یدرک و یدفع اليه مالہ» (1).

2 - این روایت را که متنش از «کافی» نقل شده است، در «دعائم» هم نقل کرده است، کما اینکه مرحوم شیخ هم آن را در «تهذیب» از ابن ابی عمیر از بعض اصحاب به صورت مرسل نقل نموده است (2)، و ما مرسلات ابن ابی عمیر را برخلاف مرحوم آقای خوبی و مرحوم آقای خمینی که قبول ندارند، معتبر می دانیم. در هر حال روایت ابن سنان مورد پذیرش همه است و دلالتش هم بر مطلب تمام است، اگر چه مرحوم صاحب جواهر در اینجا آن را ذکر نکرده است و به ذکر مرسله ابن ابی عمیر اکتفاء نموده است (3).

د - استدلال به اشفق و ارفق بودن مادر از وصی: یعنی چون مادر اشفق و ارفق از وصی نسبت به بچه است پس مناسبت دارد که حق حضانت به او منتقل گردد.

وفیه: این وصف که ذکر شد با عقل بودن پدر که وصی قرار داده است معارض است و نمی تواند سبب برای تقدیم مادر بر وصی که پدر آن را صلاح تشخیص

ص: 7972

1- (1) - جامع احادیث الشیعه 505:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 1

2- (2) - جامع احادیث الشیعه 505:26، الباب 54 من ابواب احکام الاولاد، ذیل الحدیث 1

3- (3) - جواهر الکلام 293:31

ه - تمسک به استصحاب به ضمیمه عدم قول به فصل: یعنی در صورتی که پدر قبل از پایان رضاع بچه از دنیا برود با استصحاب حق حضانت برای مادر و عدم انتقال آن به وصی را اثبات می کنیم و اما اگر پدر بعد از تعلق حق حضانت به او از دنیا برود دیگر راهی برای تمسک به استصحاب وجود ندارد؛ چرا که حق حضانت از مادر جدا شده است و حق پدر بود و پس از فوت او هم مشکوک است که آیا به مادر منتقل می شود یا به وصی. لکن با تمسک به قول به عدم فصل، با توجه به تعلق حق حضانت در صورت اول به مادر به اقتضاء استصحاب، در این صورت هم حق حضانت برای مادر ثابت می شود.

وفیه: اولاً به این عدم قول به فصل ها خیلی نمی توان اطمینان کرد؛ چرا که در مسائلی که عنوان نکرده اند تا ملاحظه شود که در تفصیل مسئله آیا عدم قول به فصل هست یا نه؟ چگونه می توان آن را پذیرفت. و ثانیاً همان طوری که مکرر گفته ایم، میزان عدم قول به فصل نیست، بلکه قول به عدم فصل است و به عبارت دیگر میزان اجماع بسیط است و اجماع مرکب که عدم قول به فصل است، اعتباری ندارد.

و - تمسک به کلمه «أحق» در روایات: یعنی اینکه روایات دلالت می کند که پدر احق از مادر است معنایش این است که هر دو ذاتاً حق دارند منتها حق پدر ترجیح دارد. پس با فوت پدر و حق نداشتن او، قهراً حق منتقل به طرف مرجوح که مادر است می شود.

وفیه: کلمه احق بودن در موارد اطلاق آن در محاورات عرفیه دلالتی بر انحصار حق بین آنها نمی کند و نهایت آن دلالت بر وجود اقتضاء در هر دو طرف و مانع بودن این نسبت به آن است و شاهدش این است که در «شرایع» و سایر کتب آمده است که مسلم احق از کافر است و حره احق از مملوک است، در حالی که اگر این

مسلمان فوت کند و یا این حرّه فوت کند آیا حضانت به کافر منتقل می شود، در حالی که کفر مانعیت مطلقه دارد؟!!

حکم به انتقال به مادر حتی در صورت شوهر کردن او: مرحوم صاحب جواهر به این وجه اخیر برای قول به انتقال حق حضانت از پدر به مادر حتی در صورت شوهر کردن او استدلال نموده است که ضعف آن بیان شد. و قول به انتقال به مادر در این صورت اگر چه مورد قبول بسیاری از بزرگان مانند مرحوم علامه در «ارشاد»⁽¹⁾ و «تلخیص المرام»، مرحوم فاضل مقداد در «تنقیح»، مرحوم ابن شجاع قطان در «معالم الدین»، شهید ثانی در «مسالک»⁽²⁾، صاحب مدارک در «نهایه المرام»⁽³⁾ و مرحوم فیض در «مفاتیح» و فاضل اصفهانی رحمه الله در «کشف اللثام»⁽⁴⁾ و همین طور ظاهر کلمات بسیاری از علماء دیگر هم هست که در صورت ازدواج مادر هم باز حق حضانت به مادر می رسد نه به وصی پدر؛ برای اینکه حکم انتقال حق حضانت از پدر به مادر در صورت فوت پدر را، بعد از مسئله سقوط حق حضانت از مادر در صورت ازدواج ذکر کرده اند. و این گونه ذکر کردن از باب ذکر استثناء و یا قیود به دنبال جمله های متعدد است که حداقل و قدر متیقن از آن - اگر قرینه ای بر خلاف نباشد - رجوع آن به جمله اخیر است و لذا ظهور کلمات بزرگان عبارت از انتقال حق حضانت به مادر حتی بعد از تزویج است.

ولی این حکم به نظر مشکل می آید؛ چرا که دو روایتی که مورد استناد این حکم بود اخذ به اطلاق آنها مشکل است و منصرف الیه آنها صورت عدم ازدواج مادر است و جهش همان تعارض شوهرداری و عدم تناسب بین آن و بچه داری است که سابقاً هم به آن اشاره گردید، و دلیل دیگری بر این الحاق وجود ندارد که قابل استناد باشد.

ص: 7974

1- (1) - ارشاد الاذهان 40:2

2- (2) - مسالک الافهام 427:8

3- (3) - نهایه المرام 470:1

4- (4) - کشف اللثام 550:7

در مورد این که پس از فوت والدین آیا کسی حق حضانت دارد یا نه؟ در روایات فقط نسبت به خاله روایت ضعیفی وارد شده است و او را در حکم مادر قرار داده است که قابلیت استدلال ندارد. لذا از نظر روایات مسئله حق حضانت برای کس دیگری ثابت نیست.

و استدلال به آیه (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ) برای انتقال حق حضانت هم قبلاً ضعیف تمسک به آن گذشت.

و اجماعی هم در کار نیست، بلکه کلمات فقهاء در اینجا اختلاف زیادی با هم دارند: عده ای غیر از ابوان کس دیگری را ذکر نکرده اند، بعضی مثل مرحوم ابن ادریس و صاحب مدارک رحمه الله ابوان و جدّ ابی را گفته اند و بعضی هم مثل مرحوم شیخ مفید در «مقنعه» (1) علاوه بر جدّ ابی و در مرتبه پس از آن، جدّ امی را هم ملحق کرده اند. البته این احتمال هم در کلام او هست که پس از آنها بقیه ارحام هستند؛ کلامشان خیلی روشن نیست و بنا بر قول به انتقال به ارحام باز هم اختلاف دارند که آیا طبقات ارحام مطابق با ارث است یا خیر؟ پس به هر حال اجماعی در مسئله وجود ندارد. مقتضای قاعده این است که کسی غیر از ابوان حق حضانت ندارند و تعیین آن به عهده حاکم است که هر کسی را که بهتر از عهده تربیت برآید، برای این کار تعیین نماید و اگر حاکم نبود، نوبت به عدول مؤمنین می رسد.

بحث هفتم: قابلیت اسقاط حق حضانت

مرحوم صاحب جواهر این بحث را در اول مباحث حضانت از صاحب ریاض رحمه الله آورده است که آیا حق حضانت از حقوق قابل اسقاط است یا اینکه از قبیل ولایت پدر یا جد یا حاکم بر مال یا نکاح است که قابل اسقاط نیست؟ (2)

قبل از شهید ثانی به کسی برخورد نکردم که این مسئله را عنوان کرده باشد، و به

ص: 7975

1- (1) - المقنعه: 531

2- (2) - جواهر الکلام 284:31

دنبال شهید ثانی در «شرح لمعه»⁽¹⁾ عین عبارت شهید ثانی را مرحوم صاحب ریاض با یک تغییر جزئی در آخر - که وجود و عدمش دخالتی ندارد - آورده است، و هر دوی آنها گفته اند که این از حقوق است و صاحب ریاض هم به دنبال شهید ثانی متمایل به قابل اسقاط بودن آن شده است و وجه آن را عدم دلیل بر لزوم تصدی حضانت از جانب آنها و اینکه اصل عبارت از عدم وجوب است دانسته است، و از شهید اول هم قول به قابل اسقاط بودن حق حضانت را استظهار نموده است؛ چرا که شهید اول می گوید: اگر مادر از حضانت امتناع کرد، حضانت از برای پدر می شود و اگر او هم امتناع ورزد مجبورش می کنند که آن را انجام بدهد⁽²⁾. ولی ظاهراً این استظهار تمام نیست؛ برای اینکه حکم به انتقال حق حضانت در صورت امتناع مادر، دلیل بر جواز امتناع از جانب مادر نمی شود، بلکه با حرمت آن هم می سازد.

بله اصل این مطلب که دلیلی بر لزوم تصدی حضانت بر او نداریم حرف تمامی است، بلکه ظواهر روایات مسئله این است که این حق از حقوقی است که الزامی نیست و پدر و مادر می توانند از حق خود گذشته و آن را به دیگری واگذار کنند.

مثلاً در روایت ایوب بن نوح می گوید: تا هفت سال حق حضانت با زن است مگر اینکه بخواهد آن را به دیگری واگذار نماید و در نقل «سرائر» آمده است که «فکتب»:

اذ اصار له سبع سنین فان أخذه فله و ان تركه فله»⁽³⁾ یعنی مرد می تواند از حق حضانت خود استفاده کند و یا این که از آن استفاده نکند.

و همین طور در روایت داود بن حصین که می فرماید: اگر مادر بیشتر از دیگران طلب اجرت کند، پدر می تواند بچه را برای شیر دادن به دیگری بسپارد. دلیل بر جواز اسقاط حق حضانت است و الا باید می فرمود که این کار مادر خلاف شرع

ص: 7976

1- (1) - شرح اللعنه 5:464

2- (2) - ریاض المسائل 10:529

3- (3) - جامع احادیث الشیعه 26:515، الباب 58 من ابواب احکام الاولاد، الحدیث 5

است و باید با قیمتی که دیگران قبول می کنند او هم بپذیرد تا اینکه سقوط این حق نسبت به او لازم نیاید.

بلکه دلیلی بر عدم جواز اسقاط این حق و واگذاری آن به شخص ثالث و غیر پدر و مادر هم، وجود ندارد؛ چرا که احق بودن به این معناست که دیگران حق مزاحمت با او را ندارند و اما معنایش این نیست که اینها حق اسقاط این حق و تفویض آن به دیگران را ندارند.

و از روایاتی هم که در مورد حقوق بچه وارد شده است که مثلاً اسم خوب بگذارد، از او گذشت کند و... ظهوری در این باره و اینکه حق حضانت و تربیت از حقوق الزامی است به دست نمی آید.

«* و السلام*»

ص: 7977

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

نفقه زوجیت

اشاره

نفقه به یکی از اسباب سه گانه: زوجیت، قرابت و ملک، واجب می گردد. بر وجوب نفقه زوجیت که مورد بحث ما است کتاب و سنت و اجماع قائم بوده و بحث چندانی ندارد. لیکن مسئله دارای شرایط و فروعی است که نیازمند بحث و بررسی است.

شرایط وجوب نفقه زوجیت

مرحوم صاحب شرایع برای وجوب نفقه زوجه دو شرط ذکر کرده و می فرماید:

«الشرط اثنان: الاول: ان يكون العقد دائماً. الثاني: التمكين الكامل وهو التخليه بينها وبينه بحيث لا تخصص موضعاً ولا وقتاً. فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان او في مكان دون آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين»⁽¹⁾.

نخستین شرط برای وجوب نفقه این است که عقد دائم باشد، زیرا در عقد انقطاعی نفقه بر زوج واجب نیست. شرط دوم آن است که زوجه در همه اموری که در استمتاعات زوج دخیل است، به طور کامل تمکین نموده و در هیچ زمان یا مکانی مانع وی نگردد. بنابراین چنانچه در یک زمان خاص یا یک مکان خاصی از استمتاعات او ممانعت نماید، شرط لازم و تمکین کامل حاصل نشده و قهراً نفقه نیز واجب نمی گردد.

مرحوم شهید ثانی در مسالک مکان را در اینجا به بدن نیز تعمیم داده و فرموده

ص: 7978

است: ممکن است بذل نفس به هر شکلی که زوج خواهان آن باشد در تحقق تمکین مدخلیت داشته باشد.

البته این تعمیم خلاف ظاهر است و معلوم نیست مراد مرحوم محقق از «مکان» مفهومی با این توسعه باشد. لیکن اصل مطلب درست است و زوج باید به هر شکلی که استمتاع از آن متعارف است، آماده بوده و به طور کامل تمکین نماید.

صاحب شرایع سپس می افزاید:

«و فی وجوب النفقه بالعقد او بالتمکین تردد، اظهره بین الاصحاب و قوف الوجوب علی التمکین».

روشن نیست که آیا وجوب نفقه، متوقف بر تمکین است یا بر عقد توقف دارد، لیکن اظهر بین اصحاب آن است که متوقف بر تمکین است. با اینکه شرطیت تمکین را در صدر عبارت مسلم و مقطوع فرض کرده، در اینجا آن را مردد دانسته است.

تفاوت صدر و ذیل و مراد ایشان از تمکین مقطوع و تمکین مردد چیست و چگونه می توان بین این دو جمع نمود؟

راههای جمع بین صدر و ذیل کلام صاحب شرایع

1 - از جمله راه هایی که در این ارتباط مطرح گردیده، معنایی است که شهید ثانی در مسالک بیان فرموده و صاحب جواهر نیز به تبع ایشان به آن قائل شده است.

مرحوم شهید می فرماید: ممکن است مقصود از تمکین مقطوع در صدر، تمکین شأنی بوده و مراد از تمکین مردد در ذیل، تمکین فعلی باشد. یعنی بحث در ذیل در این است که آیا برای وجوب نفقه، علاوه بر شرطیت تمکین شأنی، تمکین فعلی نیز معتبر است یا تحقق عقد با مجرد تمکین شأنی برای آن کافی است؟ چه آنکه این دو از یکدیگر قابل تفکیک بوده و ممکن است متعلق نفی و اثبات و تردید و قطعیت، دو مطلب جداگانه و متمایز باشد.

ص: 7979

2 - راه دیگری که ممکن است به وسیله آن بین صدر و ذیل جمع نمود این است که بگوییم: مراد از تمکین مقطوع در صدر، اصل تمکین است که به یکی از دو صورت «تمکین علی نحو الاجمال» یا «تمکین بقائی» قابل تصور است. به این معنا که تمکین اجمالی (اعم از بقائی یا حدوثی) و یا تنها تمکین بقائی به طور مسلم شرط وجوب نفقه است.

اما در ذیل تردید در این است که آیا علاوه بر تمکین بقائی، حدوثاً نیز تمکین لازم است یا خیر؟

مراد از تمکین بقائی که با عقد و عقد نشوز تحقق می یابد و نشوز هم به نحو شرط متأخر مانع آن است، به این معناست که باید مانند موقعی که عروسی می کند و به خانه شوهر می رود، در طول زمان بقاء زواج و مدت استمرار زوجیت، در صورت درخواست شوهر تمکین نماید تا نفقه واجب باشد.

ولی تمکین حدوثی به معنای آن است که آیا نفقه از آغاز حدوث تمکین واجب می شود، که بر اساس آن چون فعلاً تمکین محقق نشده، نفقه نیز واجب نخواهد بود، یا پیش از آن نیز واجب است؟

3 - احتمال دیگر برای جمع بین صدر و ذیل آن است که بگوییم: با توجه به اینکه شرط می تواند دارای دو اطلاق - یکی به شکل شرط مقارن و دیگری به نحو اعم از شرط مقارن و شرط متأخر - باشد، لذا ممکن است مراد در صدر که مقطوع و یقینی است اصل شرطیت اعم از شرط مقارن یا شرط متأخر باشد، ولی در ذیل تردید در این است که آیا شرط تمکین به نحو مقارن است یا خیر؟

بر اساس این احتمال، معنای ذیل عبارت شرایع این است که آیا نفقه زن با عقد واجب می شود؟ و به عبارت دیگر آیا تمکین به نحو جامع اعم از مقارن یا متأخر شرط است تا در نتیجه - نظر به اینکه به حسب ظاهر زن مطیع و فرمانبردار است و هنگامی که به منزل شوهر می رود تمکین خواهد کرد - هم اکنون تمکین به نحو

شرط متأخر حاصل بوده و نفقه او بر شوهر واجب باشد؟

یا آنکه با عقد واجب نمی شود بلکه چون تمکین به نحو شرط مقارن دخیل است، هنگام انعقاد عقد که هنوز به منزل شوهر نرفته، شرط حاصل نبوده و نفقه واجب نمی باشد؟

4- راه دیگر برای جمع بین صدر و ذیل مبتنی بر مباحثی است که در اصول در مورد اتحاد یا اختلاف ظرف و جوب و ظرف واجب مطرح است.

ظرف و جوب با ظرف واجب ممکن است یکسان فرض شده و فاصله زمانی بین آن دو وجود نداشته باشد، یعنی اصل و جوب همزمان با تکلیف واجب بر ذمه مکلف بار شود و پیش از آن هیچ حکم تکلیفی برای آن کار وجود نداشته باشد.

بنابراین مثلاً همچنان که ظرف نماز جمعه، روز جمعه است، ظرف و جوب آن نیز روز جمعه است و روزهای قبل از جمعه، و جوب بالفعلی در کار نبوده و هیچ تکلیفی متوجه مکلف نخواهد بود و طبعاً تهیه هیچ یک از مقدمات آن نیز شرعاً لازم نیست.

اما ممکن است زمان و جوب و زمان واجب، مختلف فرض شود. مثل اینکه در روز پنجشنبه، حکم تکلیفی و جوب نماز جمعه بالفعل متوجه مکلف باشد، در حالی که واجب آن متأخر و مربوط به روز جمعه است. در این صورت پیش از روز جمعه نیز تهیه بعضی از مقدمات بر عهده مکلف لازم خواهد بود.

بر این اساس در بحث جاری برای جمع بین صدر و ذیل عبارت شرایع می توان برای و جوب نفقه دو اطلاق در نظر گرفت: یکی و جوب بالفعل و دیگری و جوب اعم از بالفعل و متأخر.

آنچه که در صدر به آن اشاره شده، و جوب نفقه اعم از بالفعل و متأخر است.

یعنی اگر تمکینی حاصل شود، و جوب نفقه صرف نظر از اینکه بالفعل باشد یا متأخر، قطعی خواهد بود. اما آنچه در ذیل مطرح گردیده، و جوب بالفعل نفقه

است که معنای عبارت ذیل با توضیح چنین خواهد شد:

در اینکه وجوب بالفعل نفقه با عقد حاصل می شود (که در نتیجه، الآن هم که تمکین صورت نگرفته و واجب نیز بعداً تحقق می یابد، پرداخت نفقه لازم باشد) یا با تمکین (که نتیجتاً پیش از آن تکلیفی متوجه مکلف نباشد) تردید وجود دارد.

اظهر بین اصحاب آن است که وجوب فعلی متوقف بر تمکین است.

5- توجیه دیگر برای جمع بین صدر و ذیل آن است که - فارغ از آنکه وجوب فعلی نفقه را مشروط به تمکین دانسته و وجوب نفقه را روز به روز و متعاقب تمکین بر عهده شوهر بدانیم - قائل شویم: منظور از «وجوب النفقه» در ذیل وجوب وضعی و دینیت است و بگوییم: اصل دینیت - اعم از اینکه مانند خود وجوب تکلیفی روز به روز بر ذمه شوهر بیاید یا بالفعل و حال بوده و از آغاز عقد وجود داشته باشد - مشروط به تمکین بوده و قطعی است که در صدر علی نحو الاجمال به آن اشاره شده است. اما تردید در ذیل در دینیت بالفعل است که آیا با عقد می آید یا آنکه با تمکین محقق می گردد.

ذکر یک نکته و نظر استاد مدظله

با این همه، آنچه که به عقیده ما رعایت آن بر طرفین لازم است و شأنت یا فعلیت اقدام از سوی هر یک از دو طرف تفاوتی در حکم ایجاد نمی کند، این است که مانند تمام معاوضات، هنگامی که در یکی از طرفین شأنت پرداخت عوض یا معوض وجود داشته باشد، همین شأنت برای وجوب پرداخت از جانب طرف مقابل کافی است، و او نمی تواند بگوید: تا تو پرداخت نکنی من به آن اقدام نخواهم کرد.

در بحث جاری ممکن است منظور از شرطیت تمکین برای وجوب نفقه به همین معنا باشد. بنابراین اگر تمکین نیاز به گذشت زمان داشته باشد، شوهر نمی تواند از پرداخت نفقه امتناع ورزد. همچنان که زن در صورت درخواست

شوهر نمی تواند خودداری کرده و بگوید: نفقه را بده تا تمکین نمایم.

آنچه مسلم است این است که رعایت این مقدار برای طرفین ضروری است و شأنیت و فعلیت اقدام از سوی دو طرف حکم واحد را خواهد داشت.

مسئله ای متفرع بر بحث جاری

یکی از مسائلی که مرحوم شهید در مسالک بر مسئله مورد بحث متفرع کرده، عدم جریان استصحاب روی برخی از فروض است (1).

ایشان می فرماید: بنا بر آنکه وجوب نفقه و دینیت را به وسیله عقد ثابت دانسته و نشوز را مانع و مسقط به حساب آوریم، و به عبارت دیگر دینیت را حدوداً ثابت دانسته و قائل شویم بقاا به وسیله نشوز از بین می رود، در این صورت چنانچه بین زن و شوهر در مورد تحقق نشوز یا عدم نشوز اختلاف پیدا شود و نتوانیم حقیقت امر را به دست آوریم، نظر به اینکه اصل وجوب و دینیت با عقد ثابت شده و سقوطش مشکوک است، مقتضای استصحاب، بقای وجوب نفقه و عدم تحقق نشوز است.

ولی چنانچه تمکین را شرط وجوب دانسته و آن را دخیل در تتمیم اقتضاء بدانیم و نشوز را از قبیل مانع به حساب نیاوریم، و به عبارت دیگر، تمکین در وقت را دخیل در استمرار وجوب دانسته و تداوم مالکیت نفقه را تا هنگامی بدانیم که - مانند زمان عروسی - زن با درخواست شوهر موافقت و تمکین نماید و اگر مخالفت کند آن را از نظر اقتضا محدود و متوقف به حساب آوریم، در این صورت چنانچه در مورد نشوز و عدم نشوز شک و اختلاف پیدا شود، نظر به اینکه نشوز از قبیل مانع نیست بلکه اصل مالکیت و استمرار وجوب نفقه از جهت اقتضا مشکوک است، لذا اگر مانند مرحوم شیخ و عده ای دیگر شک در مقتضی را حجت ندانیم قهراً استصحاب در مورد استمرار وجوب نفقه و مالکیت دین جاری نخواهد بود.

ص: 7983

1- (1) - این مسئله به عنوان یکی از ثمرات بحث جاری همراه با نظر استاد مدظله در آینده تکرار خواهد شد

مرحوم فاضل مقداد در تنقیح تعبیری دارد که نوعاً از آن غفلت می شود و ظاهراً بر خلاف کلمات قوم است و گویا ایشان در آن متفرد است.

ایشان بعد از آنکه اصل تمکین را در وجوب نفقه معتبر دانسته، می گوید ثمراتی را که بزرگان برای مسئله ذکر کرده اند بر اساس اعتبار تمکین به یکی از دو نحو شرطیت و سببیت می باشد. که آیا این اعتبار به کدام یک از دو نحو است؟ به نحو شرطیت یا سببیت؟ که در بسیاری موارد بنا بر شرطیت نفقه واجب ولی بنا بر سببیت واجب نمی باشد.

ولی مطلب ایشان ظاهراً بر خلاف کلمات قوم است، زیرا کسانی که قائل به اعتبار تمکین شده اند این مطلب را عنوان نکرده اند. بلکه اعتبار تمکین در کلمات آنان اعم از این است که توقف وجوب نفقه بر آن به نحو توقف المشروط علی الشرط یا توقف المسبب علی السبب باشد. در برابر کسانی که تمکین را معتبر ندانسته، بلکه تنها عدم نشوز را اعتبار داده اند.

تحقیق درباره شرطیت تمکین و عدم النشوز

بزرگان این مطلب را که آیا تمکین شرط وجوب نفقه است یا نشوز مانع آن است مطرح کرده و ثمراتی نیز بر آن مترتب ساخته اند.

اعتبار تمکین را به مشهور نسبت داده اند. عده ای نیز آن را شرط نمی دانند. از قدماء صاحب سرائر آن را شرط ندانسته و میزان را عدم النشوز می دانند. مرحوم سبزواری صاحب کفایه نیز همین را قائل شده و می گوید: لعله الأقرب. حدائق هم عدم النشوز را اظهر دانسته و بر آن اصرار می ورزد.

جماعتی نیز در مسئله تردید دارند. مرحوم محقق در شرایع تردید دارد و می فرماید: اظهر در بین اصحاب اعتبار تمکین است. مرحوم علامه در قواعد تعبیر «فیه اشکال» می آورد. در تحریر هم خودش نظر نداده و می گوید: مشهور قائل به

اعتبار تمکین هستند، سپس بر اساس نظر مشهور تقریر می کند. مسالک نیز کلام اصحاب را نقل کرده ولی در ادله آنان مناقشه می نماید. فاضل مقداد هم در تنقیح تردید دارد و می فرماید: ادله دارای اجمال است.

در کفایت ادله برای اثبات مدعا نیز تعبیر مختلفی آمده است. عده ای قائل به اجمال ادله شده و سراغ اصل رفته اند. فاضل مقداد در تنقیح، صاحب مدارک در نهاییه المرام، کاشف اللثام و صاحب ریاض همگی مدعی اجمال هستند. مرحوم علامه در یکی از فروع مسئله می فرماید: انّ الزوج الكبير لا نفقه عليه للزوجه الصغيره لانّ المناط فی وجوب الانفاق علی الزوجات التمکین التام المستند الی العقد الصحيح و هو غیر معلوم الثبوت هنا. که ظاهراً تردید دارد. و گویا می خواهد به اصل تمسک کند.

بسیاری از قدماء هم مسئله را عنوان نکرده و نظر آنان چندان روشن نیست. مثلاً از مقنعه مرحوم شیخ مفید، مراسم سلار، نهاییه مرحوم شیخ و کافی مرحوم ابی الصلاح در مورد بحث نفیاً و اثباتاً چیزی به دست نمی آید گرچه فروعی بر مسئله تقریر کرده اند.

ردّ وجود اجماع بر اعتبار تمکین

همان طور که عرض شد اعتبار تمکین را به مشهور نسبت داده اند، بلکه ادعای اجماع نیز بر آن شده و مرحوم صاحب ریاض از کلام شهید ثانی در شرح لمعه وجود اجماع بر اعتبار تمکین را استظهار کرده است. ولی تا آنجا که ما به اقوال مراجعه کرده ایم مسئله اجماعی نیست و نباید آن را از نظر قدماء و متأخرین اجماعی فرض کرد.

پیش از زمان صاحب ریاض مسئله اختلافی بوده و ایشان نخستین بار ادعای اجماع را مطرح ساخته است.

از میان قدماء که ما برخورد کرده ایم، مرحوم ابن ادریس یکی از کسانی است که تمکین را معتبر ندانسته و صریحاً میزان در وجوب نفقه را عقد و مسقط آن را نشوز

دانسته است، همچنان که نفقه صغیره را بر زوج کبیر - با اینکه تمکینی نکرده - به نفس عقد واجب می داند. گرچه برخی از آقایان کلام ایشان را متهافت دانسته و اشکال کرده و گفته اند: ایشان در یک جا به اعتبار تمکین قائل شده و در جای دیگر نشوز را مانع شمرده و این دو مطلب با یکدیگر سازگاری نداشته بلکه با مبنای خود ابن ادریس نیز ناسازگار است. لیکن به نظر ما اشکال آنان وارد نیست. زیرا ایشان که میزان را مانعیت نشوز می داند، به اعتبار تمکین تقدیری نیز - که در کلام مرحوم محقق در شرایع و مرحوم علامه در قواعد هم آمده است - معتقد است.

چون تردیدی نیست که زن باید درخواست شوهر را اجابت کرده، در برابر خواسته او تسلیم گردد و الاً وجوب نفقه وی ساقط خواهد شد و این همان تمکین تعلیقی یا تقدیری است که مساوق با عدم النشوز بوده و غیر از تمکین بالفعل است که مورد اصلی بحث ما است. به همین جهت بنا بر نظر ایشان بانویی که در فاصله عقد و زفاف با درخواستی از جانب شوهر خود مواجه نگشته و قهراً تمکین بالفعل از وی تحقق نیافته است، نظر به اینکه از تمکین تقدیری برخوردار است و در صورت درخواست شوهر تسلیم وی می شده، نفقه او همچنان بر شوهر واجب خواهد بود.

در مسئله زن صغیره ای که از شوهر کبیر خود تمکین نمی کند نیز - که البته جایز هم نیست و نباید تمکین کند - ایشان (مرحوم ابن ادریس) می فرماید: چون نفقه با عقد واجب شده و نشوز مانع آن است لذا وجوب نفقه همچنان لازم و باقی خواهد بود.

البته بسیاری از سابقین مثل مرحوم شیخ مفید و مرحوم سید مرتضی این مسئله را عنوان نکرده اند لیکن در مقنعه مفید تعبیری وجود دارد که با کلام و نظر مرحوم ابن ادریس سازگار است.

در مقنعه می فرماید: پس از آنکه زن مهریه را گرفت وظیفه دارد در برابر مطالبه

شوهر تمکین کرده و امتناع نوزد و چنانچه امتناع کند ناشزه محسوب شده و حق نفقه او ساقط می شود.

نظیر تعبیر شیخ مفید مبنی بر سقوط حق نفقه از ناشزه در کلمات قدمای دیگر نیز هست. در متأخرین نیز برخی مانند مرحوم سبزواری در کفایه قول مانع بودن نشوز را با تعبیر لعله الاقرب تأیید کرده اند. مرحوم صاحب حدائق نیز بر این نظر تأکید دارد.

توضیحی درباره کلام شهید ثانی در مسالک

این مبحث در ایضاح و شرح لمعه تا حدودی و در مسالک مفصل تر مورد بررسی قرار گرفته است. مرحوم صاحب ریاض و مرحوم صاحب جواهر نیز با تفصیل بیشتری به آن پرداخته اند. نظر به اینکه برخی از عبارات مسالک نیازمند توضیح است آن را می خوانیم. ایشان می فرماید:

«اعلم انّ الشیء قد یثبت فی الذمه و یتأخّر وجوب تسلیمه کالدین المؤجل».

یعنی وضع و تکلیف لزوماً همیشه با هم نیستند، لذا ممکن است چیزی وضعاً ثابت شود در حالی که متعلق تکلیف، متأخر از آن باشد.

«و لا خلاف فی انّ وقت التسلیم فی النفقه صبیحه کل یوم و فی الکسوه اول الصیف و الشتاء، و ذلک بعد حصول التمکین. و الخلاف فی وقت ثبوتها فی الذمه».

ایشان دعوی لا خلاف می کند که وجوب تسلیم مربوط به بعد از حصول تمکین است. از این کلام می توان استفاده کرد که اگر بین عقد و زفاف فاصله شود و مثلاً تا هنگام عروسی یک سال به طول انجامد، گرچه ناشزه بر زن صدق نمی کند لیکن بنا بر هر مبنایی قطعاً وجوب تسلیم نفقه بر مرد ثابت نیست و کسانی هم که نشوز را مانع دانسته و گفته اند وجوب با عقد ثابت می شود، در واقع قائل به ثبوت وجوب وضعی هستند و پیش از حصول تمکین، پرداخت نفقه را لازم نمی دانند، بلکه معتقدند که مخارج طول سال سلفاً به صورت دین بر ذمه زوج واجب بوده و

او باید پس از عروسی و حصول تمکین، مخارج سال گذشته را بپردازد و ذمه خود را فارغ سازد.

«و لا ريب في انّ للنفقه تعلقاً بالعقد و التمکين جميعاً فانها لا تجب قبل العقد و لو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقه».

یعنی عقد و تمکین، وضعاً و تکلیفاً در وجوب نفقه نقش داشته و مؤثرند لذا همچنان که پیش از عقد واجب نیست، بعد از عقد نیز با نشوز و عدم تمکین ساقط می شود و زن نمی تواند از شوهر خود مطالبه نفقه نماید. زیرا تمکین در استمرار وجوب نفقه دخیل است. و حکم این دو مورد واضح و بی اشکال است.

«و اختلف في انها بم تجب؟ فقیل بالعقد كالمهر لا بالتمکين، لدلاله الادله السابقه على وجوبها للزوجه من غير تقييد».

در عین حال که عقد و تمکین هر دو در وجوب نفقه نقش دارند، اختلاف شده که آیا نفقه به وسیله کدام یک از آن دو واجب می شود. برخی گفته اند: وجوب وضعی نفقات به وسیله تمکین نیست بلکه مانند مهر به وسیله عقد بر ذمه زوج می آید. زیرا اولاً: اطلاقات ادله بدون تقييد است و دلالت دارد بر اینکه با اجرای عقد، عنوان زوجه بر زن صدق می کند و در فاصله عقد و زفاف - و لو از جانب شوهر تقاضایی نشده تا تمکین یا نشوز محقق گردد - نفقه زن واجب است، گرچه وجوب تکلیفی و تسلیم آن متأخر باشد.

«غايه انّ النشوز لما ثبت انه مانع من وجوب الانفاق كان الشرط عدم ظهور المانع. فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجيه الحاصله بالعقد. فالعقد مثبت و النشوز مسقط. و لانها تجب للمريضه و الرتقاء».

اصل حدوث وجوب نفقه با عقد حاصل می شود، لیکن چنانچه نشوز را مانع بدانیم، عدم ظهور مانع، شرط استمرار وجوب خواهد بود. لذا تا هنگامی که نشوز حاصل نشده این وجوب استمرار خواهد داشت.

ثانیاً: قطع نظر از اطلاعات ادله هم می دانیم که اگر به واسطه بیماری یا مثلاً در اثر رتق، مباشرت با زن ممکن نباشد - با اینکه اظهار افراد تمکین، وقاع در قبل است و وقاع و تمکین از چنین زنی که نشوزی ندارد متصور نیست - مع ذلک نفقه اش واجب است و از این معلوم می شود که تمکین شرط نیست بلکه وجوب نفقه به وسیله عقد محقق می گردد، و نشوز تنها مسقط آن است.

«و قيل لا تجب بالعقد مجرداً بل بالتمکين. لان المهر يجب به و العقد لا يوجب عوضين مختلفين. و لان النفقه مجهوله الجملة و العقد لا يوجب مالاً مجهولاً».

در برابر کسانی که وجوب نفقه را به عقد مستند می دانستند، برخی آن را ناتمام دانسته و جوهی برای شرطیت تمکین ذکر کرده اند و گفته اند: لازمه وجوب نفقه به وسیله عقد دو اشکال قواعدی است: یکی آنکه برای یک معوض (بضع) دو عوض (مهر و نفقه) قرار می گیرد و این ممکن نیست و یک معوض نمی تواند دو عوض داشته باشد. بنابراین آنچه که در برابر بضع قرار می گیرد و با عقد لازم می شود همان مهر است و نفقه ربطی به عقد نداشته و با تمکین لازم می گردد.

دیگر آنکه چون نفقه افراد به تناسب نیازهای فردی، زمان ها، مکان ها و عوامل مختلف دیگر متفاوت است، لازمه وجوب نفقه به وسیله عقد آن است که برای معوض، امر مجهولی عوض قرار گیرد و این نیز صحیح نیست.

«و لما روی ان النبی صلی الله علیه و آله تزوج و دخل بعد سنتین و لم ینفق الا بعد دخوله. و لقوله صلی الله علیه و آله:

اتقوا الله فی النساء فانهن عوار عندکم اتخذتموهن بأمانه الله و استحللتم فروجهن بکلمه الله و لهن علیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف».

عمل رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله و کلام آن بزرگوار نیز برخلاف این بوده و شاهد بر آن است که وجوب نفقه به تمکین است نه به عقد. زیرا اولاً طبق نقل روایت، حضرتش پس از دو سال با زوجه خود مباشرت نموده و نفقه او را صرفاً پس از دخول پرداخته اند. ثانیاً خود آن حضرت پیش از بیان وجوب نفقه زنان فرموده اند:

آنان عاریه‌هایی در دست شما هستند. و با توجه به تعبیر «انهن عوار عندکم» می‌توان گفت که «عوار» تنها بر زنانی صادق است که به خانه شوهر رفته و تمکین نموده باشند. پس نفقه و لباس آنان نیز هنگامی واجب می‌شود که نزد شوهرها رفته باشند.

لذا قائلین به شرطیت تمکین از کلام حضرت استفاده کرده و گفته‌اند: «اوجب لهن اذا كن عند الرجال و هو يدل علی التمکین».

ناگفته نماند که استدلال به عمل پیامبر صلی الله علیه و آله و کلام آن بزرگوار در ایضاح فخرالمحققین نیز آمده است.

«و لانّ الاصل براءة الذمه من وجوب النفقه، خرج منه حاله التمکین بالاجماع فیبقى الباقي علی الاصل».

مرحوم شهید در ادامه کلام خود استدلال قائلین به شرطیت تمکین را چنین بیان فرموده که با تمسک به اصل نیز می‌توان ثبوت وجوب نفقه با عقد را منتفی دانست. یعنی اگر در خلال فاصله بین عقد و زفاف که هنوز عروسی نکرده‌اند، شک کنیم که آیا نفقه واجب است یا خیر، نظر به اینکه وجوب نفقه، اصلش مشکوک است و قدر مسلم آن پس از تمکین است، مقتضای اصل، براءت ذمه بوده و وجوب نفقه قبل از تمکین منتفی می‌گردد. آنگاه می‌فرماید:

«وفی جمیع هذه الادله نظر لانّ عدم ایجاب العقد عوضین مختلفین و عدم ایجابہ مالا مجهولاً مجرد دعوی او استبعاد قد دلّ الدلیل علی خلافها فانّ الآيات الداله علی وجوب الانفاق علی الزوجه من غیر تقييد تدل علی انّ العقد اوجب النفقه علی ذلك الوجه. و ایّ مانع من ایجاب العقد امرین مختلفین کما فی شراء الدابه و المملوک؟ فان العقد یوجب الثمن کالمهر و یوجب الانفاق المجهول من غیر شرط اجماعاً. و عدم انفاق النبی صلی الله علیه و آله قبل الدخول - لو سلم - لا یدل علی عدم الوجوب باحدی الدلالات و الخبر یدلّ علی خلاف مطلوبکم...»

و اما اصاله البراءه فانما تكون حجه مع عدم دلیل ناقل عنه لکنه موجود هنا بالعمومات

الداله على وجوب نفقه الازواج، و الاصل عدم التخصيص».

زیرا اولاً علاوه بر آنکه ما قائل به وجود دو عوض در برابر یک معوض نشده ایم و عوض را تنها مهر می دانیم و مانعی ندارد غیر از مهر امور دیگری نیز بر عهده احد المتعاقدين قرار گیرد، نظر شما ادعائی است که دلیل بر خلاف آن داریم.

و این به جهت آن است که الزامات و وظایفی که شارع مقدس - علاوه بر آنچه که در معاوضه اخذ شده - برای یک طرف یا طرفین مقرر می کند، هیچ منافاتی با واحد بودن عوض در برابر معوض واحد ندارد. همچنان که نفقه دابه و مملوک را علاوه بر ثمن با نفس شراء بر مشتری واجب شمرده و این امر اجماعی است.

وجوب نفقه بر ذمه مشتری در عین حال که جزء امور معاوضی نیست حکمی است شرعی که بر معامله دابه و مملوک بار می شود و مجهول بودن نفقه نیز هیچ خللی به معامله وارد نمی کند.

ثانیاً بر فرض که عدم پرداخت نفقه قبل از دخول را توسط پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بپذیریم، این امر دلیل بر عدم وجوب نیست، زیرا وجوب نفقه پیش از وقاع، وجوب تکلیفی نیست، بلکه وجوب وضعی و به نحو سلف است و لذا آن حضرت طی آن مدت اقدام به پرداخت آن نکرده اند.

ناگفته نماند که مرحوم آقای خویی هم قائل شده اند که رسم متعارف بر این است که معمولاً زوجه حق نفقه پیش از زمان زفاف خود را اسقاط می کند. یعنی مالکیت نفقه با عقد آمده، لیکن سیره عقلاء و روش متعارف زنان بر اسقاط حق نفقه پیش از زمان عروسی است.

در مورد اصالة البراءة نیز مرحوم شهید می فرماید: با وجود عمومات و اطلاقات ادله، نوبت به اصل نمی رسد. زیرا اصل در فرضی جاری است که ادله اجتهادی وجود نداشته باشد. مرحوم فخرالمحققین نیز در ایضاح تمسک به اصل را مردود شمرده است.

مرحوم شهید ثانی در پایان می فرماید: «و علی کل حال فالظاهر بین الاصحاب هو القول الثانی كما اشار الیه المصنف»⁽¹⁾.

از ظاهر ابتدایی این عبارت به نظر می رسد که خود ایشان بر خلاف نظر اصحاب، قول اول یعنی ثبوت و جوب نفقه به وسیله عقد را قوی تر می دانند.

کلام صاحب جواهر با توضیح استاد مدظله

مرحوم صاحب جواهر در عین حال که به یک معنا شرطیت تمکین را معتبر شمرده است، همه مطالب مسالک را در ردّ ادله کسانی که تمکین را شرط کرده اند آورده و تقریباً با شهید ثانی موافقت نموده است.

ایشان می فرماید: از روایاتی که در زمینه حق مرد بر زن وارد شده و مثلاً خروج بدون اذن شوهر از منزل را جایز ندانسته و برآورده ساختن خواسته شوهر را مبنی بر مباشرت واجب شمرده است، استفاده می شود که زنی که در این محدوده از این حقوق تخلف نماید مستحق نفقه نخواهد بود. همچنین از کلام خدا: «الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم»⁽²⁾. می توان استفاده کرد که مرد در برابر نفقه ای که می پردازد از زن متمتع می شود و گویا این نوعی معاوضه است، به طوری که اگر زن امتناع ورزد نفقه اش قطع خواهد شد⁽³⁾.

از مجموع کلام ایشان چنین به نظر می رسد که ایشان نشوز و عدم نشوز و ثبوت نفقه و عدم ثبوت نفقه را در همان مواردی می دانند که شارع مقدس حقوقی برای مرد تثبیت کرده است. بنابراین بانویی که هنوز عروسی نکرده و به خانه شوهر نرفته و قهراً خروج از منزل یا درخواست مباشرت هم در مورد او موضوعیت ندارد و در واقع حقوقی علیه او تثبیت نشده است، چنین بانویی مستحق نفقه نخواهد بود. ولی در مواردی که این حقوق موضوعیت پیدا می کند و مثلاً شوهر در زمینه

ص: 7992

1- (1) - مسالک الافهام، ج 8، ص 442-440

2- (2) - سوره نساء، آیه 34

3- (3) - جواهر الکلام، ج 31، ص 306

حقوق مقرر خویش همسر خود را امر یا نهی می نماید، چنانچه تمکین کند نفقه اش واجب خواهد بود. همچنان که عدم تمکین نیز باعث سقوط حق نفقه او می گردد.

بر همین اساس در مواردی که زن به واسطه عذر شرعی و امثال آن قادر به تمکین کامل نیست و مانند حائض یا محرم یا قرائن نمی تواند به خواسته شوهر جامه عمل بپوشاند، امتناع وی به منزله مخالفت با حقوق مقرر شوهر و نشوز نیست و چنانچه نسبت به سایر تمتعات مجاز امتناع نورزیده و تمکین نماید مستحق نفقه خواهد بود.

ایشان در عین حال می فرماید: مسائل تنقیح نشده و چندان روشن نیست.

پاسخ استاد مدظله به استدلال صاحب جواهر

برای ما هیچ یک از دو فرمایش ایشان روشن نیست. زیرا اولاً استظهار این معنا از روایات که حقوق مرد پس از عروسی حاصل می شود صحیح نیست و ما دلیلی برای اثبات آن نداریم. بلکه ظاهراً اجماعی است که حقوق مرد به مجرد انعقاد عقد حاصل می شود و چنانچه مانعی در کار نباشد، در صورت مطالبه مرد بر زن لازم است که تسلیم وی گردد.

بر فرض که بپذیریم حقوق مرد پس از عروسی حاصل می شود، ملازمه ای بین تأخیر حقوق مرد و تأخیر حقوق زن وجود ندارد. به چه دلیل قائل شویم حق النفقه زن نیز با عقد حاصل نشده و پس از انقضای فاصله زمانی بین عقد و زفاف به وجود می آید؟ ممکن است حدوث حق زن از آغاز انعقاد عقد باشد لیکن بقای آن در صورت مطالبه شوهر مشروط به تمکین و عدم نشوز باشد.

ثانیاً استفاده ایشان از آیه شریفه و استظهار نوعی معاوضه از آن ناتمام است.

زیرا مصداق انفاق و مراد از «بما انفقوا» در آیه شریفه، خصوصاً که با صیغه ماضی بیان شده، بر خلاف نظر کسانی که آن را نفقات دانسته اند، به احتمال قوی مهر است که به مجرد عقد حاصل می شود. خداوند متعال با میزان و ملاک قوت عقل،

به واسطه آنکه مردها از قدرت عقلی بالاتری برخوردار هستند و مهر نیز توسط آنان پرداخت می‌گردد، قیمومت و سرپرستی زنان را به آنها سپرده است که طبیعتاً به نفس عقد صورت می‌گیرد.

این معنا هم در آیات قرآنی و هم در روایات وارد شده است چنان که در سوره ممتحنه نیز مراد از «ما انفقوا» مهر است و به هیچ وجه بر نفقات خارجی صدق نمی‌کند. در برخی از روایات نیز قیمومت در برابر مهر قرار گرفته و با تعبیر «انما یشتريها باغلی الثمن» بیان گردیده است.

و در روایت محمد بن قیس عن الباقر علیه السلام آمده است: قال: قضی علیّ علیه السلام فی رجل تزوج امرأه و اصدقها و اشترطت انّ بیدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنه و ولّت الحق من لیس باهله. قال: فقضى انّ علی الرجل النفقه و بیده الجماع و الطلاق(1).

مراد از نفقه در اینجا چنان که در صدر عبارت هم آمده صدق است همچنان که مرحوم صدوق نیز در کتاب خود که فتوایی است با تغییر «النفقه» به «الصداق» آن را روشن ساخته است(2).

به هر حال استفاده جنبه معاوضی از آیه شریفه و در نظر گرفتن معنای نفقه برای «بما انفقوا» بسیار خلاف ظاهر است و دلیلی بر آن نداریم. علاوه بر آن، اگر در یک معاوضه یکی از دو طرف از منافع خود بهره برداری نکند، چرا دیگری از حق خود محروم گردد؟ مثلاً در یک اجاره، اگر مستأجر که مالک منفعت است از حق خود استفاده نکرد، آیا نباید حق موجر را بپردازد؟ و آیا موجر که اجرت برای او به وسیله عقد ثابت شده، حق مطالبه اجرت را ندارد؟

بنابراین بر فرض هم که استفاده معنای معاوضی از آیه شریفه را بپذیریم و این معاوضه را بین تمتع مرد و نفقه زن قرار دهیم، مقتضای آن ثبوت حق نفقه زن است و مطالبه نکردن مرد در فاصله بین عقد و عروسی، موجب سقوط این حق

ص: 7994

1- (1) - عوالی اللالی، ج 3، ص 366 (280)

2- (2) - الفقیه، ج 3، ص 276

شرطیت تمکین فعلی در کلمات بزرگان

یکی از اموری که در غیر از قواعد علامه و تنقیح فاضل مقداد، در کلمات بزرگانی مثل مرحوم شیخ و مرحوم کیدری در اصباح و مرحوم یحیی بن سعید در جامع آمده و بر خلاف کلام دیگران است، اعتبار تمکین بالفعل برای وجوب نفقه است. این بزرگواران تصریح کرده اند که تمکین تقدیری برای وجوب نفقه کافی نیست. حتی مرحوم شیخ تصریح می کند که اگر مرد بداند در صورت مطالبه از زن، تمکین خواهد کرد، لیکن مطالبه نکند و قهراً تمکین بالفعل تحقق نیابد، نفقه بر ذمه او واجب نخواهد بود. آنان چه در مورد تمکین و چه درباره نشوز، میزان رافعیت دانسته و به تمکین تقدیری و نشوز تقدیری قائل نیستند.

ولی از کلام مرحوم علامه در قواعد استفاده می شود که ظاهر تمکین در کلمات قائلین به اعتبار آن، تمکین تقدیری است. یعنی بداند که در صورت مطالبه، تمکین می نماید. لذا ایشان در بسیاری از موارد به دلیل آنکه تمکین تقدیری هم مشکوک است نفقه را واجب ندانسته و حکم ظاهری مسئله را بنا بر اقتضای اصل، عدم وجوب نفقه می داند.

از کلام ایشان استفاده می شود که اگر مثلاً مردی بداند که زن به واسطه تدین یا شهوی بودن، تقاضای او را حتماً تمکین خواهد کرد، نفقه او واجب خواهد بود.

مرحوم فاضل مقداد نیز در تنقیح میزان را هم برای تمکین و هم برای نشوز، تقدیری دانسته و حتی در صورتی که میزان در وجوب نفقه عدم النشوز باشد، فعلیت را لازم نمی داند. بنابراین اگر بداند در صورت مطالبه، نشوز حاصل خواهد شد، و لو نشوز بالفعل از زن ظاهر نشده، نفقه اش واجب نخواهد بود. همچنین اگر بداند در صورت مطالبه، تمکین خواهد کرد، گرچه تمکین بالفعل حاصل نشده، نفقه اش واجب می باشد.

مطلب عمده ای که اصل مسئله است و بسیاری از فروع نیز نوعاً از همین مسئله منشعب شده و به تنقیح آن وابسته است، این است که آیا حق نفقه زن به وسیله عقد و از همان آغاز زمان انعقاد عقد به وجود می آید یا خیر؟ بدین منظور باید آیات و روایات مربوطه را مورد مطالعه و بررسی قرار دهیم.

در ضمن این مبحث دو آیه ذکر شده که یکی آیه 34 سوره نساء است که به مناسبت کلام مرحوم صاحب جواهر مقداری به آن پرداختیم، و معلوم گردید که درباره موضوع مورد بحث چیزی از آن به دست نمی آید.

آیه دوم: لینفق ذو سعه من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتیه الله لا یکلف الله نفساً الا ما آتیه سیجعل الله بعد عسر یسراً(1).

گرچه از این آیه استظهار می شود که نفقه و لو کم باشد باید پرداخته شود، لیکن آیا این آیه در مقام اصل تشریح هست تا اصل وجوب نفقه را اثبات و تشریح کند یا آنکه فارغ از اصل وجوب، در صدد بیان آن است که اگر در سعه نباشد، هر مقدار که برای او مقدور است پردازد تا بعداً برای وی گشایشی فراهم گردد؟

ظاهراً اصل پرداخت نفقه به زوجه مفروغ عنه است و قسمت اول آیه نیز مقدمه ای برای بیان قسمت دوم است که می گوید: هر مقدار که پروردگار به او داده، همان را پردازد. لذا اطلاق گیری از آن برای تعیین زمان وجوب مشکل بوده و دلالتش در این باره جای تأمل است.

اما روایات:

1 - صحیحہ اسحاق بن عمار: قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: ما حق المرأه علی زوجها الذی اذا فعله کان محسناً؟ قال: یشبعها و یکسوها و ان جهلت غفر لها و قال ابو عبد الله علیه السلام:

کانت امرأه عند ابی علیه السلام تؤذیه فیغفر لها(2).

ص: 7996

1- (1) - سوره طلاق، آیه 7

2- (2) - کافی، ج 5، ص 510، ح 1

اصل سؤال درباره این است که حدّ بهتر بودن و کمال چیست؟ و چه وقت بر مرد اطلاق محسن می شود؟ لذا دلالت آن بر بیش از استحباب نیست و نمی توان وجوب نفقه به نفس عقد و زوجیت را از آن استفاده نمود.

برخی هم خواسته اند از کلمه «محسناً» استفاده استحباب کنند، لیکن پاسخ داده شده است که مفهوم احسان اعم از وجوب و استحباب است.

البته به قرینه عبارت «و ان جهلت غفر لها» و بیان روش امام باقر علیه السلام در برخورد با زنی که ایشان را اذیت می کرده، دلالت بر استحباب روشن است، لیکن بر فرض هم که این دلالت را نپذیریم، استفاده وجوب از آن ممکن نیست.

2- روایت تفسیر قمی در تفسیر «بما انفقوا»: قوله الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم، یعنی فرض الله على الرجال ان ينفقوا على النساء(1).

اولاً- این تفسیر مربوط به خود مرحوم قمی است و آن را به حدیث و روایت نسبت نداده است. ثانیاً مراد از «ان ينفقوا» در کلام ایشان روشن نیست و نمی توان آن را به صورت قاطع نفقات مصطلح دانست، زیرا ممکن است به مفهوم تعیین مهریه فرض کرده باشد.

3- روایت دعائم که قسمتی از خطبه الوداع را نقل کرده است: ان رسول الله صلى الله عليه وآله خطب في حجة الوداع فذكر النساء فقال: و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهن بالمعروف(2).

کلمه معروف یعنی آنچه که شایسته است و عرف هم مصداقش را تشخیص می دهد. برخی به آیه عاشد روهنّ بالمعروف استدلال کرده و نتیجه گرفته اند که تا وقتی زن ها را به خانه خود نبرده اند، نفقه بر عهده آنها واجب نیست. همین نتیجه

ص: 7997

1- (1) - مستدرک، ج 15، ص 218، ح 6

2- (2) - مستدرک، ج 15، ص 217، ح 1

را می توان در مورد این روایت گفت که پس از آنکه زن ها را به خانه خود بردید، روزی و لباس شایسته آنان بر ذمه شما واجب است.

حالا بر فرض که کسی چنین استنتاجی را از روایت نپذیرفته و دلالت بر این معنا را انکار نماید، اما آیا می تواند قائل به دلالت روایت بر این معنا باشد که: تا وقتی زن ها را به خانه خود نبرده اند، نفقه آنها واجب است؟ ظاهراً چنین دلالتی روشن نیست بلکه می توان گفت که روایت بر این معنا دلالت ندارد.

خصوصاً اگر این روایت را با متمم آن که در تحف العقول نقل شده مورد ملاحظه قرار دهیم، به خوبی روشن می شود که چنین دلالتی را نمی توان برای روایت دعائم قائل شد.

4- فی تحف العقول: عن النبی صلی الله علیه و آله: انه قال فی خطبه الوداع: انّ لسانکم علیکم حقاً و لکم علیهنّ حقاً حقاً حتم علیهن ان لا یوطنن فرشکم و لا یدخلن بیوتکم احداً تکرهونه الاّ باذنکم و ان لا یأتین بفاحشه فان فعلن فانّ الله قد اذن لکم ان... فاذا انتهین و اطعنکم فعلیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف(1).

در اینجا نیز به نیکی روشن است که فرض مسئله در جایی است که زن به خانه شوهر رفته باشد و اساساً فرض اینکه هنوز به خانه شوهر نرفته باشد از موضوع مسئله خارج است. و باضمیمه روایت دعائم و نگاه به صدر و ذیل، بیشترین دلالت دو روایت بر همان معنایی است که برخی از عاشروهن بالمعروف استفاده کرده اند و هیچ ظهوری بر وجوب نفقه از آغاز عقد ندارد.

5- روایت دیگر دعائم: عن جعفر بن محمد علیه السلام انه قال: سبع من سوابق الاعمال فعلیکم بهنّ فدرهنّ و قال فیهنّ: و النفقه علی العیال(2).

سوابق الاعمال یعنی اعمالی که بسیار شایسته و مناسب است و بر سایر اعمال پیشی دارد.

منظور از عیال هم اعم از ازوج است و همه اشخاصی را که تحت عیلوله شخص قرار گرفته و آنها را وجوباً یا استحباباً نفقه می دهد شامل می گردد. اما

ص: 7998

1- (1) - وسائل، ج 21، ص 517، ح 2

2- (2) - مستدرک، ج 15، ص 217، ح 2

نسبت به زمان و شرایط و جوب و موارد غیر واجب، ابهام داشته و از این نکات که مثلاً غیر از زوجه، سایر افراد تحت تکفل وی اگر از دارایی کافی برای نفقه خود برخوردار باشند نفقه آنها واجب نیست و چنانچه از عهده هزینه زندگی بر نمی آیند واجب است و زوجه اعم از اینکه ثروتمند یا فقیر باشد، نفقه اش بر عهده شوهر واجب است، ساکت می باشد.

6- روایت جعفریات: عن علی علیه السلام قال: یجبر الرجل علی النفقه علی امرأته فان لم یفعل حبس و تجبر المرأه علی ان ترضع ولدها و تجبر علی ان تخبز له و تخدمه داخل بیتها(1).

سند این روایت خیلی ضعیف است و ظاهرش نیز قابل عمل نیست و آقایان به مضمون آن فتوا نمی دهند. زیرا در زمینه ارضاع ولد یا پختن نان و خدمت در خانه مسلم است که هیچ نوع اجباری در کار نیست. بر فرض صدور هم ممکن است مراد از اجبار، تاکید مطلب و تحقق آن از طریق دوستی و درخواست باشد.

همچنان که ممکن است مراد از حبس، سلب محبت از او و انجام اموری از این قبیل باشد.

7- روایت یونس بن عمار: قال: زوجنی ابو عبد الله علیه السلام جاریه کانت لاسماعیل ابنه فقال: احسن الیها. قلت: و ما الاحسان الیها؟ قال: اشبع بطنها و اکس جثتها و اغفر ذنبها... (2).

که نظر به موارد و شرایط نفقه ندارد و قابل استفاده برای موضوع مورد بحث نمی باشد.

8- روایت ابی بصیر: قال: سمعت ابا جعفر علیه السلام یقول: من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یتقیم صلبها کان حقاً علی الامام ان یفرق بینهما(3).

این روایت نیز دلالت بر مطلب ما ندارد. زیرا اولاً: معلوم نیست که به صرف تحقق عقد و از زمان انعقاد آن منظور شده باشد، ثانیاً «من کانت عنده امرأه» ظهوری

ص: 7999

1- (1) - جامع احادیث الشیعه، ج 26، ص 575، ح 7

2- (2) - وسائل، ج 21، ص 511، ح 8

3- (3) - همان، ص 509، ح 2

در عنایت تشریحی به معنای عقد ندارد. بلکه بعید نیست مراد از آن، عنایت تکوینی باشد که معنایش این خواهد بود که زن را به خانه اش برده باشد.

9 - روایت جمیل بن درّاج: قال: لا- یجبر الرجل الا علی نفقه الابوین و الولد. قال ابن ابی عمیر: قلت لجمیل: و المرأه؟ قال: قد روی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا کساها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها اقامت معه و الا طلقها... (1)

این روایت همچنان که درباره اقرباء در مقام بیان این مطلب نیست که خودشان از دارایی برخوردار باشند یا نباشند، و دارای اطلاق نیست، درباره مرأه هم همین گونه می باشد و پاسخش صرفاً درباره این است که نفقه تا چه حدی لازم است و ناظر به زمان و شرایط آن نیست.

10 - روایت شهاب بن عبد ربّه: قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: ما حق المرأه علی زوجها؟ قال: یسد جوعتها و یستر عورتها و لا یتبجج وجهاً فاذا فعل ذلك فقد و الله ادی الیها حقّها. قلت:

فالدهن؟ قال:... (2)

در این روایت نیز سؤال درباره مقدار نفقه است. اما نسبت به اصل نفقه که از چه وقت و با چه شرایطی واجب می شود ناظر نیست.

11 - روایت دیگری از دعائم: عن علی علیه السلام انه قال: اذا لم یجد الرجل ما ینفق علی امرأته استؤنی فان جاءها بشیء لم یفرق بینهما و ان لم یجد شیئاً اجّل و فرّق بینهما (3).

که بیش از این نمی رساند که اگر شوهر توان و دارایی کافی داشته باشد باید نفقه را بپردازد و الا دینی است که باید برای پرداخت آن به شوهر مهلت دهند. اما اینکه آیا در خانه شوهر است یا نه، و بخواهیم نتیجه بگیریم که نفقه از زمان عقد که در خانه پدر است نیز واجب می شود، از روایت چیزی به دست نمی آید.

12 - روایت تفسیر عیاشی: عن ابی القاسم الفارسی قال: قلت للرضا علیه السلام جعلت فداک:

ص: 8000

1- (1) - وسائل، ج 21، ص 510، ح 4

2- (2) - همان، ص 513، ح 1

3- (3) - مستدرک، ج 15، ص 217، ح 3

ان الله يقول في كتابه: فامساک بمعروف او تسریح باحسان، و ما یعنی بذلک؟ فقال: امّا الامساک بالمعروف فكف الاذی و احباء النفقه... (1)

یعنی باید نفقه او را بدهد. ظاهر امساک، امساک در مقابل طلاق دادن نیست، بلکه مراد امساک تکوینی است یعنی هنگامی که او را به خانه خود آورده است به نیکی او را اداره کند. بنابراین مقتضای امساک بمعروف این نیست که چه در خانه پدر و یا اعم از خانه شوهر و خانه پدر، او را به نیکی نگهداری کند. بلکه اصولاً موردی را که در خانه پدر باشد شامل نمی شود زیرا به آن امساک گفته نمی شود.

13 - روایت عبد الرحمن بن الحجاج عن ابی عبد الله علیه السلام قال: خمسہ لا یعطون من الزکاه شیئاً: الاب و الام و الولد و المملوک و المرأه و ذلک انهم عیاله لازمون له (2).

14 - روایت علل: عدہ من اصحابنا یرفعونه الی ابی عبد الله علیه السلام انه قال: خمسہ لا یعطون من الزکاه: الولد و الوالدان و المرأه و المملوک لانه یجبر علی النفقه علیهم (3).

در این دو روایت آمده است که به چند نفر زکات داده نمی شود، زیرا اینها عیال شخص هستند و او از پرداخت نفقه آنان ناگزیر است. اب و ام را هم که در صورت نداشتن دارائی، واجب النفقه می شوند در زمره عیال او ذکر نموده است. روشن است که این دو روایت نه وجوب نفقه علی الاطلاق را می رساند، و نه در مقام اینکه زمان و شرایط وجوب و اینکه نفقه چه مواردی از موارد یاد شده واجب و چه مواردی غیر واجب است را بیان نماید. بلکه منظور منع زکات مطلقاً از عیالاتی است که تکویناً عیال شخص هستند و حتی بسا پرداخت نفقه آنها در هیچ صورتی هم لازم نباشد مثل برادری که او را با وجود امکانات تحت عیلوله خود قرار داده است.

بنابراین با عنایت به اینکه فرزند و پدر و مادر در شرایط خاصی واجب النفقه

ص: 8001

1- (1) - وسائل، ج 21، ص 512، ح 13

2- (2) - کافی، ج 3، ص 552، ح 5

3- (3) - وسائل، ج 9، ص 241، ح 4

می شوند و در همه وقت و همه شرایط واجب النفقه نیستند، از این دو روایت نمی توان به منظور اثبات وجوب نفقه زوجه در زمان پیش از عروسی استفاده کرد.

زیرا شرایط وجوب در جای دیگر بیان شده و این دو روایت نیز از این جهت دارای اطلاق نمی باشد. البته اطلاق آنها را از این جهت که به واجب النفقه نمی توان زکات داد، نمی توان انکار کرد.

به هر حال، از مجموع این روایات که بسیار زیاد هم هست چیزی ما زاد بر مفاد عاشروهن بالمعروف اثبات نمی شود و ظهور و اطلاقی بیش از آن ندارد. بنابراین آنچه که می توان گفت این است که: پس از آنکه زن به خانه شوهر رفت، چنانچه از دستورات شوهر تخلف نامشروع نکند، نفقه اش واجب است. و اگر شوهر بخواهد نفقه اش را نپردازد، خلاف مفاد عاشروهن بالمعروف عمل کرده است.

ثمره قائل شدن به وجوب نفقه پیش از عروسی

(1) روشن است که قائل شدن به وجوب نفقه پیش از آنکه زن به خانه شوهر برود، به این معناست که هنوز عنوان نشوز تحقق نیافته و به همین لحاظ نفقه او را واجب شمرده ایم. و این خود یک ثمره ثبوتی است و در آن اشکالی نیست.

یک ثمره اثباتی هم که برای قول به وجوب نفقه ذکر کرده اند، در صورتی است که پس از رفتن به خانه شوهر در تمکین زن شک کنیم. آقایان گفته اند: به اقتضای آنکه تمکین را شرط بدانیم یا نشوز را مانع به حساب آوریم، نتیجه متفاوت خواهد شد. زیرا بنا بر شرط دانستن تمکین، مقتضای اصل، عدم تمکین است که نتیجه اش مدیون نبودن شوهر خواهد بود. در حالی که اگر نشوز را مانع به حساب آوریم اصل اقتضا می کند که نشوزی محقق نشده و طبعاً وجوب نفقه بر ذمه شوهر خواهد بود.

ص: 8002

1- (1) - توضیح بیشتر این ثمره در ارتباط با نظر مرحوم شیخ و برخی دیگر مبنی بر حجت نبودن شک در مقتضی، در پایان توجیهاتی که برای جمع بین صدر و ذیل کلام شرایع ذکر کردیم گذشت. لیکن در اینجا همراه با نظر استاد مدظله بیان شده است

لیکن به نظر می‌رسد که فرقی بین هیچ‌یک از اینها نیست و در هر صورت باید حکم کنیم که زن تمکین نکرده و پاسخ مثبت نداده و جوبی بر ذمه شوهر نیست.

زیرا مقصود از نشوز جز این نیست که شوهر تقاضایی کرده و زن پاسخ مثبت نداده است. لذا اگر تمکین را شرط بدانیم مقتضای اصل آن است که تمکین نکرده یعنی پاسخ مثبت نداده است و اگر نشوز را میزان قرار دهیم در این صورت نیز شک ما در این است که آیا زن پاسخ مثبت داده یا نداده، که مقتضای اصل این خواهد بود که پاسخ مثبت نداده و نتیجه هر دو یکسان خواهد شد.

بنابراین با توجه به معنای نشوز، پس از آنکه شوهر از زن درخواست مباشرت نمود، اگر شک کنیم که آیا زوجه تمکین کرده یا نشوز نموده، و به عبارت دیگر آیا زوجه به درخواست زوج پاسخ مثبت داده یعنی تمکین کرده، یا آنکه پاسخ مثبت نداده و نشوز نموده، در این صورت آیا مقتضای اصل مطابق گفته شوهر است که می‌گوید: زن پاسخ مثبت نداده، یا مطابق گفته زن است که می‌گوید: پاسخ مثبت داده‌ام؟ به نظر ما چنانچه قرینه‌ای خارجی بر اثبات گفته زن دلالت نداشته باشد، مقتضای اصل آن است که زن حاضر نشده و جواب مثبت نداده است، و فرقی بین دو قول نیست.

اصل کلی مسئله و ثمره‌ای که بر آن مترتب ساخته‌اند همین مبحث بود که عرض شد. فروع متعدد دیگری هم هست که چون جزئیات است از آنها می‌گذریم.

«* و السلام*»

ص: 8003

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می دانند و کسانی که نمی دانند یکسانند؟

سوره زمر / 9

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

