

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه نشر تحقیق‌های درسی طلاب

فسخ نکاح در عیوب و بیماری‌های جدید / محمد حسین رحمتی

زمان اعتبار اهلیت طرفین قرارداد / غلامرضا احسنی

کاوشی در منجزیت علم اجمالی / منصور شریفی

پژوهشی در نقش تعداد دفعات (۱۰ یا ۱۵) رضعه برای حریمیت / حسین شبانی

ادله نشر حرمت در لبن و طئ شبهه / مهدی سعادت‌نسیب

مصاداقیت عنوان «محرابه» برای «افساد فی الارض» در بوته نقد / یزدان طاهر آبادی

اعتبار قید «اهل ریه» در تحقق جرم محاربه / محمد جواد محمدی



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه خانواده

گروه فقه الاقتصاد

گروه فقه تربیت

گروه فقه الجزاء

بنام خدای متعال

پیشگفتار

با سعی و تلاش و طلاب گروه های تخصصی و عنایت اساتید، و فضل پروردگار، شماره ششم ماهنامه گروه های تخصصی به زیور طبع آراسته شد.

در این شماره طلاب گروه های فقه خانواده، فقه الاقتصاد، فقه تربیت، فقه الجزاء، تحقیقات خود را ارائه کرده اند.

در تحقیق اول جناب آقای رحمتی از گروه خانواده به بررسی تأثیر بیماری جدید در فسخ نکاح پرداخته است، که در نهایت متمایل به پذیرش شمول ادله فسخ نکاح به عیوب جدید شدند.

تحقیق دوم جناب آقای احسنی از گروه فقه الاقتصاد به بررسی یکی از مسائل شرائط متعاقدين یعنی ملاک و زمان اهلیت طرفین عقد پرداخته اند. از آنجا که اراده مقوم عقد است، نبود اموری مثل حیات و عقل و التفات مانع صدور اراده هستند پس موجب و قابل در هنگام معامله حائز این شرائط باید باشند،

در تحقیق سوم که یک بحث اصولی است جناب آقای شریفی به کاوشی در منجزیت علم اجمالی از نگاه دو مسلک حق الطاعه و مسلک قبح عقاب بلایان، پرداخته است ایشان حرمت مخالفت قطعی و لزوم موافقت قطعی را بنابر مسلک حق الطاعه پذیرفته اما وجوب موافقت قطعی بر اساس مسلک قبح عقاب بلایان را تمام ندانسته است؛ به این دلیل که علم به خصوصیات تعلق نمیگیرد.

در تحقیق چهارم جناب آقای شبانی از گروه فقه تربیت به نقش تعداد دفعات رضعه در محرمیت پرداخته است که در انتها ایشان روایات ۱۰ بار بر روایات ۱۵ بار را ترجیح داده و قائل شدند که با ده بار رضعه محرمیت حاصل میشود.

تحقیق پنجم از جناب آقای سعادت نسب از گروه فقه خانواده به این مسأله پرداخته است که آیا همانطور که از لبن حلال نشر حرمت شده و شیرخوار، فرزند رضاعی می شود، از لبن وطی به شبهه هم حرمت حاصل می شود یا خیر؟ ایشان استدلال مشهور فقهاء به اطلاقات و عمومات مبنی بر نشر حرمت به واسطه لبن حاصل از وطی شبهه تام دانسته و آن را پذیرفته و قائل به نشر حرمت به لبن وطی به شبهه می شوند.

تحقیق ششم از جناب آقای طاهر آبادی از گروه فقه الجزاء به این مسأله اختصاص دارد که آیا عنوان محاربه موضوع مستقلى از عنوان افساد فی الارض است یا محاربه مقدمه و تمهید افساد فی الارض است؟ ایشان در آخر به این نتیجه رسیدند که محاربه موضوع مستقل و افساد قید آن است یا به بیان دیگر موضوع موصوفی است که مقید به دو وصف محاربه و افساد است، صحیح می باشد.

تحقیق هفتم و آخرین تحقیق از جناب آقای محمدی از گروه فقه الجزاء که اختصاص به بررسی اعتبار قید اهل ریه بودن در تحقق جرم محاربه، دارد. در پایان بعد از بررسی ادله فائل شدند که در تحقق عنوان محاربه نیازی به قید اهل ریه بودن محارب نیست. فقط در مقام اثبات محاربه می‌توان از اهل ریه بودن برای کشف قصد اخافه کمک گرفت.

پیشگفتار.....	۱
۱. فسخ نکاح در عیوب و بیماری‌های جدید، محمد حسین رحمتی	۱
کلیدواژه‌ها:	۱
مقدمه	۱
انظار فقها	۲
ادله نظریه انحصاری بودن عیوب	۲
الف: روایات	۲
ب: اجماع	۳
ج: اصل لزوم	۳
ارزیابی ادله نظریه مشهور	۳
دسته اول: روایات دال بر عدم تأثیر عیب مطلقا	۴
دسته دوم: روایات دال بر منع تأثیر عیب بنحو عموم	۵
دسته سوم: روایات دال بر تجویز فسخ فی الجمله	۷
دسته چهارم: روایات دال بر تجویز فسخ در هر عیب	۸
ادله نظریه انحصاری نبودن عیوب	۱۱
۱-قاعده لاضرر	۱۱
مقام اول: دلالت قاعده بر رفع حکم ضرری عدم فسخ با وجود عیب	۱۱
مقام دوم: دلالت قاعده بر تعمیم حق فسخ نسبت به همه عیوب	۱۲
۲- قاعده لاجرح:	۱۳
جمع بندی	۱۴
۲. زمان اعتبار اهلیت طرفین قرارداد، غلامرضا احسنی	۱۵
چکیده	۱۶
کلید واژه	۱۶
مقدمه	۱۶
اقسام اهلیت	۱۷
صور مسأله	۱۸
ثمرات بحث	۱۸
تفکیک بین تشکیل عقد و صحت آن	۱۹
پیشینه بحث	۱۹

۲۲	بررسی تأثیر نظریه قوام عقد به فعل موجب در بحث حاضر
۲۲	زمان اعتبار اهلیت طرفین قرارداد در حقوق
۲۴	دیدگاه فقهیان
۲۴	دیدگاه اول: لزوم وجود اهلیت در موجب و قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول
۲۵	دیدگاه دوم: لزوم وجود تمام شرایط به جز رضایت
۲۶	دیدگاه سوم: لزوم وجود قابلیت تخاطب قابل به هنگام ایجاب
۲۶	دیدگاه چهارم: لزوم وجود صلاحیت تخاطب موجب تا تمام قبول
۲۷	دیدگاه پنجم: لزوم وجود قابلیت تخاطب متعاقبین به هنگام انشاء دیگری
۲۸	دیدگاه ششم: لزوم وجود قابلیت تخاطب موجب به هنگام قبول
۲۹	دیدگاه هفتم: لزوم اهلیت موجب و قابل تنها به هنگام فعل خویش
۳۰	ادله مطرح شده در مسأله
۳۱	دلیل اول: تنطیر ایجاب به عقد جائز
۳۱	دلیل دوم: عدم صدق معاقد و معاهده
۳۳	دلیل سوم: عدم قصد جدی
۳۵	دلیل چهارم: اطلاعات ادله شروط
۳۶	دلیل پنجم: انصراف عمومات صحت عقد
۳۶	دلیل ششم: زوال وجود بقائی اراده با زوال اهلیت
۳۷	دیدگاه مختار
۳۷	اهلیت قسم اول
۳۷	شکل گیری عقد
۳۸	صحت عقد
۳۸	اهلیت قسم دوم
۳۸	شکل گیری عقد
۳۹	صحت عقد
۳۹	جمع بندی
۴۱	۳. کاوشی در منجزیت علم اجمالی، منصور شریفی
۴۲	مقدمه
۴۲	مقام اول: حرمت مخالفت قطعی
۴۲	تقریب مسلک حق الطاعه

تقریب مسلک قبیح عقاب بلا بیان	۴۳
مقام دوم: لزوم موافقت قطعی به حکم عقل	۴۴
دیدگاه مسلک حق الطاعه	۴۴
دیدگاه مسلک قبیح عقاب بلا بیان	۴۵
تقریب شهید صدر	۴۵
تقریب قائلین به مسلک برانت عقلی	۴۷
توجیه تقریب منتسب به مرحوم نائینی	۴۸
اشکالات شهید صدر بر تقریب منتسب به مرحوم نائینی	۴۸
توجیه تقریب منتسب به مرحوم اصفهانی	۴۹
تقریب اول از کلام محقق عراقی	۵۰
تقریب دوم از کلام محقق عراقی	۵۱
جمع بندی:	۵۲
۴. پژوهشی در نقش تعداد دفعات شیر دادن برای محرمیت، حسین شبانی	۵۳
مقدمه	۵۴
جایگاه بحث:	۵۴
نظریه اول: ده رضعه	۵۴
نظریه دوم: پانزده رضعه	۵۴
ادله قائلین به ده رضعه	۵۵
دلیل اول: تمسک به عموم آیه ۲۳ نساء	۵۵
اشکال: در مقام بیان نبودن آیه از نظر دفعات رضعه	۵۵
دلیل دوم: روایات	۵۵
۱. موثق فضیل بن یسار	۵۵
بررسی سندی	۵۵
بررسی دلالت حدیث	۵۶
بررسی احتمالات پنج گانه در ضبط کلمه المجبوره	۵۶
مویدات ضبط المجبوره	۵۷
الف: ورود این ضبط در نقل تهذیب و استبصار	۵۷
ب: نقل شیخ بهائی و طریحی از شهید ثانی	۵۷
اشکالات بر دلالت روایت	۵۷

اشکال اول: حصر رضاع محرم در سه صورت	۵۸
اشکال دوم: ظهور روایت در اشتراط نوم	۵۸
جواب محقق خوبی از اشکال اول	۵۸
۲. موثقه عبید بن زرارہ	۵۹
تعارض با سایر روایات	۵۹
رفع تعارض با استفاده از انقلاب نسبت	۶۰
ادله قائلین به ۱۵ رضعه	۶۱
الف) خبر زیاد بن سوقه	۶۱
بررسی سندی روایت زیاد بن سوقه	۶۱
ب) مرسله صدوق	۶۱
بررسی تعارض روایت زیاد با روایات ده رضعه	۶۲
بررسی مرجحات صحیحہ بر موثقه	۶۲
موافقت با کتاب	۶۲
مقتضای اصول عملیه	۶۵
استصحاب	۶۵
برائت	۶۵
جمع بندی	۶۶
۵. ادله نشر حرمت در لبن وطئ به شبیه، مهدی سعادت‌ی نسب	۶۷
مقدمه	۶۸
ادله نشر حرمت	۶۸
۱- تمسک به اطلاق آیه ۲۳ نساء	۶۸
۲- روایات	۶۹
الف) روایت ابی الصباح الكنانی	۶۹
دلالت روایت	۷۰
ب) صحیحہ عبداللہ بن سنان	۷۰
۳- شهرت	۷۱
بررسی ادله نشر حرمت	۷۱
سه مناقشه در تمسک به اطلاقات	۷۱
مناقشه اول: عدم وجود اطلاق لفظی	۷۱

۷۲	 مناقشهٔ دوم: مقید شدن اطلاعات
۷۲	 مناقشهٔ سوم: انصراف اطلاعات از محل نزاع
۷۲	 جواب از مناقشهٔ اول:
۷۴	 جواب از مناقشهٔ دوم:
۷۴	 جواب از مناقشهٔ سوم:
۷۴	 اشکال کبروی:
۷۵	 اشکال صغروی:
۷۶	 مناقشه در استدلال به شهرت
۷۷	 جمع بندی
۷۹	۶. مصداقیت عنوان «محاربه» برای «افساد فی الارض» در بوته نقد، یزدان طاهر آبادی
۸۰	 مقدمه:
۸۰	 طرح مسأله
۸۱	 پیشینهٔ بحث
۸۱	 قائلین به استقلال موضوع افساد در آیه محاربه
۸۲	 بررسی انتساب نظریه به فقهاء
۸۳	 استدلال به آیه شریفه بر استقلال موضوع افساد در آیه محاربه
۸۳	 تقریب اول
۸۴	 تقریب دوم
۸۵	 اشکالات تقریب اول
۸۵	 اشکال اول
۸۵	 نقد اشکال اول
۸۵	 اشکال دوم
۸۶	 نقد اشکال دوم:
۸۶	 اشکال سوم
۸۶	 نقد اشکال سوم
۸۷	 اشکال چهارم
۸۷	 بررسی تقریب دوم
۸۷	 اشکال اول
۸۷	 نقد اشکال اول

اشکال دوم	۸۷
اشکال سوم	۸۸
اشکال چهارم	۸۹
جمع بندی	۸۹
۷. اعتبار قید «اهل ریه» در تحقق جرم محاربه، محمد جواد محمدی	۹۱
مقدمه	۹۲
مفهوم شناسی کلمه ریه	۹۲
پیشینه بحث	۹۳
انظار فقها	۹۴
نظریه اول: اعتبار قید ریه در تحقق محاربه	۹۴
نظریه دوم: عدم دخالت ریه در تحقق محاربه	۹۴
ادله نظریه اول	۹۵
دلیل اول: معتبره ضریس	۹۵
دلالت روایت	۹۶
اشکال صاحب جواهر به روایت ضریس	۹۷
دلیل دوم: شهرت فتوایی	۹۷
اشکال: تردید در اعتبار قید	۹۸
دلیل سوم: اخذ به قدر متیقن از آیه محاربه	۹۹
اشکال	Error! Bookmark not defined.
دلیل چهارم: کاشفیت از قصد اخافه	۹۹
اشکال	۱۰۰
دلیل پنجم: تمسک به قید «یسعون فی الارض فسادا»	۱۰۰
اشکال	۱۰۱
جمع بندی	۱۰۲

فسخ نکاح در عیوب و بیماری‌های جدید

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

محمد حسین رحمتی^۱

چکیده

از جمله اسبابی که موجب حق فسخ عقد نکاح میشود، وجود برخی از عیوب در زوجین است که هر یک از زن و شوهر میتوانند از این حق برخوردار باشند و هرگز نمیتوان مرد یا زن را از این حق محروم ساخت، زیرا هدف از اعطای این حق به زوجین، دادن فرصت به آن‌ها برای دفع ضرر از خودشان است که طرفین در این دفع ضرر با هم برابر هستند. فقها این بیماریها را تنگ کرده و این عیوب را به چند عیب خاص محصور کرده‌اند، اما با توجه به اینکه امروزه بیماریهای تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بوده و درمان ناپذیری آن‌ها نیز تاکنون مسلم دانسته شده است. سوال اصلی مقاله این است که آیا عیوب موجب فسخ نکاح، فقط همان موارد ذکر شده در روایات است یا غیر آنها را نیز در بر می‌گیرد؟ برای پاسخ به این سوال به چهار دسته از روایات اشاره شده و مواردی نیز مورد نقد و بررسی قرار گرفته نیز بحث مبسوطی در دلالت کلمه «انما» بر حصر ارائه شده است. در ادامه با توجه به قاعده‌های لاضرر و لاجرح، امکان استدلال به این دو قاعده و چگونگی استفاده فقها از آنها مطرح شده است.

کلیدواژه‌ها:

عیوب موجب فسخ، عیوب منصوص، عدم انحصار عیوب، کلمه انما، العیوب تسبب الإنهاء، عیوب محدده، عدم احتکار العیوب، کلمه انما

مقدمه

عقد نکاح به فسخ یا طلاق یا به بذل مدت در عقد منقطع منحل می‌شود. در فقه شیعه فسخ نکاح شامل سه مورد میشود: یکی از آن موارد برخی عیوب در مردان و زنان می‌باشد. این عیوب در فقه شیعه تعداد معینی از جمله: بیماری‌های پوستی مانند: برص و جذام و بیماریهای مقاربتی متصور در زنان و مردان از جمله: قرن، افشاء، عنن، خصا و جب است اما در کنار این بیماریها، بیماری‌های تازه شناخته شده‌ای وجود دارد که در گذشته ناشناخته بودند و یا اصلاً وجود نداشتند مانند: ایدز، هپاتیت، سرطان، و غیره... حال آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا نه؟ به دیگر سخن، آیا عیوب نکاح به همان موارد برشمرده شده در روایات منحصر می‌شود یا می‌توان شمار دیگری را بدان افزود. بنابراین، آیا می‌توان ابتلای به بیماری‌های درمان ناپذیری چون ایدز و سرطان را نیز عیب دانست و در واقع، آیا دامنه عیوب به این بیماری‌ها نیز تسری می‌یابد و ابتلا به این دسته از بیماری‌ها موجب حق فسخ می‌شود؟ آن‌گاه دامنه این تسری تا کجاست؟ آیا ابتلا به هر بیماری را عیب می‌توان دانست؟

فقیهان شیعه از دیرباز به بررسی حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته‌اند و هر دسته به راهی رفته‌اند. دسته‌ای، عیوب موجب فسخ نکاح را حصری برشمرده‌اند و عیوب ویژه‌ای را موجب فسخ نکاح

دانسته اند، و گروه دیگر با تمثیلی برشمردن عیوب، آن دسته از عیوب شایع امروزی، مانند: ایدز، سرطان و... را نیز موجب فسخ یاد می کنند. اکنون باید دید، در فقه به کدام سو می توان گرایید.

انظار فقها

در این که آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا نه؟ بین فقها اختلاف است. اکثر فقها امکان فسخ نکاح در عیوبی غیر از عیوب منصوصه را منتفی دانسته و به اصل لزوم استناد کرده اند و در پاسخ آن عده از افرادی که می گویند حق فسخ در جذام (که بیماری مسری می باشد) وجود دارد، پس در عیوب جدیدی که مسری باشد نیز می آید، می فرمایند این امر قیاس است که در مذهب امامیه مردود است این عده، راه حل مشکل را در رجوع به حاکم می دانند تا بر اساس نظر وی عمل شود. (سبزواری، بی تا ج ۲۵، ۱۲۳) صاحب ریاض ره در مقام رد استدلال شهید ثانی، مبنی بر اشتراك برص و جذام در زن و مرد به استناد مسری بودن آنها می فرماید: اگر بنا باشد بر اساس این که اینها از عیوب مسری است، قائل به اشتراك بر و جذام بشویم، لازمه اش این است که این کلام را در تمام امراض مسری بزنیم که به نظر نمی رسد خود شهید ثانی (ره) به آن ملتزم باشد. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۱۱، ص ۴۵۲) همین سیاق را می توان در کلام شیخ انصاری (ره) ناظر به استدلال شهید ثانی دید، (انصاری، بی تا، ص ۴۳۴) برخی از فقهاء در همین مسأله می نویسند، ثبوت حق فسخ در جمیع عیوب مسریه را تمام فقهاء نفی نموده اند. (روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۲، ص ۷۶)

به نظر می رسد که جهت اصلی عدم امکان تسری از عیوب منصوصه به عیوب غیر منصوصه، تعبد بر نصوص وارده می باشد بنابراین، از مطاوی کلمات فقهاء می توان برداشت نمود که بیشتر فقهاء به عدم امکان تسری از عیوب منصوصه نظر دارند، به دیگر سخن، چنین می نماید که فقیهان شیعی نیز حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح را باور دارند و کمتر فقیهی به تمثیلی بودن گراییده است. امری که با اصالة اللزوم در عقود بویژه در عقد نکاح و اهتمام شارع مقدس بر حفظ و حراست از کیان خانواده هم سو است البته معدودی از فقهاء با اشاره به پیدایش بیماری های جدید بویژه ایدز و تبیین برخی از مسایل پیرامونی، به تفصیل پیرامون امکان حق فسخ در صورت ابتلای یکی از زوجین به ایدز به بحث و بررسی پرداخته اند. (الجواهری بی تا، ج ۲: ص ۴۰۱)

ادله نظریه انحصاری بودن عیوب

قائلین به انحصاری بودن عیوب برای فسخ نکاح به سه دلیل تمسک کرده اند.

الف: روایات

نصوص و اخبار رسیده، بر آن دلالت دارد که عیوب مذکور در باب نکاح، حصری است، زیرا این گونه اخبار با (آتما) آمده که در فارسی (این است و جز این نیست) معنی می شود مثلاً از امام (ع) پرسیده می شود: مردی با زنی ازدواج می کند و پس از آن روشن می گردد که زن عورا [یک چشم] است و پیش از ازدواج نیز درباره آن چیزی

نگفته، امام پاسخ می‌دهد: نکاح فسخ و زن برگردانده نمی‌شود که نکاح تنها به دلیل برص (پیشی)، جذام [خوره] و دیوانگی و عقل فسخ می‌گردد. (صدوق، ۱۳۹۰ق؛ ج ۳، ص ۴۳)

امام (ع) پاسخ خود را با واژگان حصر بیان می‌فرمایند. و حتی در برخی از روایات، تنها چند عیب بیان شده و امام چیزی بر آن نیفزوده بلکه بعد از آن فرموده «لا یرد بما سوی ذلک» و سیاق و ساختار روایت به گونه ای است که تمثیلی بودن از آن بر نمی‌آید. (اراکي، بی تا ۵۷۴)

ب: اجماع

بنابر اجماع فقیهان، تنها عیوب ویژه ای حق فسخ را پدید می‌آورد و در واقع، این عیوب حصری است و نه تمثیلی. (سبزواری، بی تا، ج ۲۵، ص ۱۱۷)

ج: اصل لزوم

بنابر اصل لزوم، با انعقاد قرارداد نکاح، این قرارداد میان دو طرف لازم الاجرا می‌شود و دو طرف ناگزیر بدان موظف خواهند بود. و باید آن را اجرا کنند و نمی‌توانند با اندک بهانه ای از اجرای مفاد قرارداد سرباز زنند و قرارداد را نادیده گیرند. در واقع، اصل لزوم بر روابط دو طرف حاکم است و آنان ملتزم هستند که قرارداد را اجرا کنند. (همان، ج ۲۵، ص ۱۲۰ و ۱۲۴) بنابراین، باورمند شدن به تمثیلی بودن عیوب با این اصل ناسازگار می‌نماید باید از آن پرهیز کرد. بدین ترتیب، تنها با وجود دلیل خاص می‌توان در غیر موارد متیقن، حکم لزوم را نادیده گرفت که چنین دلیلی هم وجود ندارد.

ارزیابی ادله نظریه مشهور

به نظر می‌رسد تنها دلیل متقن مشهور، وجود نصوص صحیح است، وگرنه اجماع پیش گفته چندان اجماع درستی نمی‌نماید، زیرا فقهایی چون ابن براج، در المذهب، (ابن براج، ۱۴۰۶، ص ۱۹۰) ابن جند به نقل علامه در مختلف (حلی، ۱۴۱۳، ص ۱۸۴) با حصری بودن عیوب مخالفت ورزیده‌اند. همچنین فقیهان نامور شیعی، مانند: شهید ثانی و محقق کرکی عیوب دیگری را هم به جمع عیوب باب نکاح افزوده‌اند. و در این راه، از نصوص دیگری بهره جسته‌اند سرانجام آن که اصل لزوم هم در برخورد با اصولی، مانند: (الاضرر) و (الاحرج) که فقیهان بیان کرده‌اند، نمی‌تواند پایداری کند.

بررسی روایات

در مورد روایات نیز باید گفت نصوص موجود همه یکسان نیست. و همه آنها بر تعداد ویژه ای از عیوب دلالت ندارند برخی چند عیب را برشمرده‌اند و برخی دیگر، چند عیب متفاوت دیگر را، روایات مربوط به این بحث را می‌توان به چند دسته تقسیم کرد:

دسته اول: روایات دال بر عدم تأثیر عیب مطلقاً

دسته اول روایتی است که دلالت دارد - و یا ادعا شده که دلالت دارد - بر اینکه عیب به صورت مطلق تأثیری ندارد،

عن ابی علی الاشعری، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان بن یحیی، عن أبان، عن غیاث الضبی، عن أبی عبدالله (ع) قال فی العتین: إذا علم أنه عتین لایأتی النساء فرّق بینهما و إذا وقع علیها وقعه واحده لم یفرّق

بینهما و الرجل لایردّ من عیب. (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۴۱۰؛ صدوق، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۵۵۰؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۵۰)

امام صادق (ع) در مورد عتین فرمود: هرگاه معلوم شود که زوج عتین است و نمی تواند با زنان آمیزش کند، میان آن دو جدایی افکنده می شود، لکن اگر یک بار با همسرش آمیزش کند، میان آن دو جدایی انداخته نمی شود، ازدواج به سبب عیب مرد فسخ نمی شود.

در کافی به جای غیاث ضبی، عباد ضبی آمده است. (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۴۱۰)؛ همچنین در فقیه سند روایت به این شکل آمده: روی صفوان بن یحیی، عن أبان عن غیاث عن أبی عبدالله... (صدوق، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۵۵۰) که هر

دو یک مفرد می باشند مرحوم مجلسی در شرح بر تهذیب می گوید: این روایت، «مجهول» است. (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۲، ص ۲۹۳) این روایت به علت وجود غیاث بن عباد در سند آن ضعیف و قابل اعتناء نمی باشد.

شهید ثانی نیز در **مسالك** آورده است:

اولاً: استناد به روایت «الرجل لایردّ بعیب» از سوی برخی فقها برای منع اختیار فسخ زن از شگفتی های روزگار است، چراکه این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ متن قابل استناد نیست، زیرا راوی آن یعنی غیاث در کتب رجال ناشناخته است و نیز لازمه عمل به مضمون آن این است که وجود هیچ عیبی در مرد سبب فسخ نکاح برای زن نشود و این خلاف اجماع مسلمین است. (ج ۸: ۱۱۱)

ثانیاً: تمسک به اطلاق در این حدیث، مورد اشکال است چرا که صدر روایت در خصوص مردی است که عتین است و اینکه نکاح در صورت عدم قدرت عتین بر وطی قابل فسخ است، ولی مشروط بر اینکه حتی نتواند یک بار هم وطی کند و اگر بتواند یک بار وطی کند، نکاح قابل فسخ نیست و چنین مردی به واسطه عیب رد نمی شود؛ نه اینکه هر مردی به واسطه عیب رد نشود. لذا این روایت باید متناسب با صدرش معنی شود. (موسوی

بجنوردی، ۱۳۸۱، ج ۲: ۱۷۶)

لذا ناهماهنگی میان صدر و ذیل حدیث به هیچ وجه قابل رفع نیست، حتی به صورت حمل عام بر خاص، زیرا در موارد تخصیص دلیل عام به خاص متصل، باید همیشه استثنا از عام به کمک ادوات استثنا (مانند الاّ)

صورت گیرد، در غیر این صورت استثنا صحیح نیست و در حدیث یاد شده چنین امری موجود نیست. (آشتیانی، ۱۳۹۱: ص ۲۲)

شاید به ملاحظات فوق است که فاضل مقداد در کتاب التَّنْقِیْح الرَّائِع در مورد حدیث مورد بحث گفته است: «و

الروایة متروكة الظاهر اجماعاً، وهی مع مخالفتها للنظر ضعيف» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ص ۴۷۹)

البته برخی خواسته اند این روایت را به نحوی توجیه نمایند مثلاً صاحب وسائل پس از ذکر این روایت می گوید: سخن امام که می فرماید: «لایرد من عیب»، یا به صیغه مجهول خوانده می شود که در این صورت، بیان امام که می فرماید: «ازدواج به سبب عیب مرد فسخ نمی شود»، به عیوب منصوص و یا عیوبی اختصاص دارد که پس از عقد ایجاد می شود. ممکن است عبارت به صیغه معلوم هم خوانده شود، یعنی مرد نباید به سبب عیب زن، ازدواج را فسخ کند. در این صورت روایت بر استحباب طلاق - و فسخ نکردن عقد - برای پوشیده ماندن عیب زن حمل می شود. (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص ۳۹۳)

همچنین علامه حلی، (ج ۷، ص ۱۹۵) محقق ثانی، (ج ۱۳، ص ۲۲۵) عبارت «لایرد» را به صیغه مجهول، خوانده اند و این روایت را دلیل بر عموم عدم رد دانسته اند. علامه در مختلف می گوید: هر چند عموم این حدیث به طور مطلق دلالت بر عدم فسخ ازدواج به سبب عیوب مرد دارد، لکن عیب هایی که فسخ ازدواج به سبب آنها مورد اتفاق است، اخص از عموم این روایت است. بنابراین میان این دو این گونه جمع می شود که به روایات خاص در مواردش و در بقیه موارد که روایتی وارد نشده، به عموم عمل می شود. (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۵)

در حالی که این توجیهات از اشکال و مشی برخلاف ظاهر روایت خالی نیست. و اگر در مقام توجیه حدیث باشیم به نظر می رسد مجهول خوانده شود با توجه به این نکته که سخن از عیب مرد بوده و روایت در مقام تأکید این مطلب است که باید توجه شود که عیب مرد بگونه ای نیست که رد شدنی باشد و منافاتی با این ندارد که در عین حال در موارد منصوصه قابل رد باشد.

دسته دوم: روایات دال بر منع تأثیر عیب بنحو عموم

روایاتی است که با عموم خود دلالت بر منع تأثیر عیب در فسخ دارد، مگر در مواردی خاص مانند این روایت که شیخ آن را در تهذیب از عبدالرحمن بن ابی عبدالله، (طوسی، ۱۳۶۴؛ ج ۷، ص ۴۲۵) والذی رواه الحسین بن سعید عن القاسم عن ابان عن عبدالرحمن بن ابی عبدالله) و در استبصار از رفاعه بن موسی از ابی عبدالله (ص) نقل کرده اند: (طوسی، ۱۳۶۳؛ ج ۳، ص ۲۴۶) (محمد بن یعقوب عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمد عن رفاعه بن موسی) به این شرح قال سالت: ابا عبد الله... ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون فاما ما سوي ذلك، فلا.

زن به جهت عفل (گوشتی در فرج زن که مانع آمیزش می شود)، پیسی، جذام و جنون بازگردانده می شود و اما برای غیر این موارد بازگردانده نمی شود.

سند روایت تهذیب و روایتی که از رفاعة نقل شده سند آن معتبر و افراد واقع شده در طریق همه تفه اند. این روایت درباره عیوب مرد ساکت است و در مورد عیوب زن در غیر موارد دلالت بر عدم تأثیر دارد. علامه حلی در مختلف می گوید: روایت عبدالرحمن از حیث عموم، دلالت بر عدم تأثیر دارد. بنابراین معارض با خصوص نیست؛ یعنی عموم «فأما ماسوي ذلک، فلا» قابل تخصیص است. (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۴). البته برخی روایات این دسته با کلمه «انما» آمده و همین منشأ اختلاف برداشت از روایات شده که آیا تأثیر را به صورت عموم در باقی موارد منع می کند. و یا اینکه فقط دلالت بر اثبات دارد و در سایر عیوب ساکت است. برای حصر عیوب مجوز فسخ نکاح در عیوب خاصه، به مانند روایت ذیل استناد می شود:

۲- مارواه الشيخ في التهذيب و الصدوق في الفقيه بسند صحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله (ع) انه قال في رجل تزوج إلي قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له، قال: لا تردّ، إنّما يرّد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. قلت: أرايت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلت من فرجها و يغرم وليها الذي انكحها مثل ما ساق إليها. (طوسي، ۱۳۶۴، ج ۷، ص ۲۶ و صدوق، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۴۳)

شیخ طوسی در تهذیب و صدوق در فقیه به سند صحیح از حلبی از امام صادق (ع) روایت کرده اند در مورد مردی که از قومی همسر اختیار کرده و پس از ازدواج متوجه شده که یک چشم (عوراء) است و آنان به او نگفته بودند، فرمود: زن بازگردانده نمی شود، ازدواج فقط به سبب پیسی، جذام، جنون و عفل فسخ می شود. گفتم: اگر شوهرش با او آمیزش کرده، تکلیف مهرش چیست؟ فرمود: زن به سبب آمیزش، مستحق مهر است، لیکن ولی آن زن که او را به ازدواج درآورده، همان مبلغی را که شوهر به زن داده، به عنوان غرامت باید به شوهر بدهد.^۱

ممکن است ادعا شود (اراکي، بی تا، ص ۴۵۷) کلمه «إنّما» دلالت بر انحصار ندارد، نهایت اینکه تأکید آن از «إنّ» بدون «ما» بیشتر است و شاید معنای آن در فارسی نیز شاهد این سخن باشد؛ چون در معنای «إنّما» گفته می شود: «این است و جز این نیست»، که از آن فقط تأکید بیشتر استفاده می شود، نه انحصار لکن این ادعا پذیرفته نیست؛ چون انکار دلالت «انما» بر حصر خلاف نظر اهل لغت و ادب است. (ابو غریبه، بی تا، ص ۳۱۸) بله، می توان این گونه گفت که «إنّما» به جهت وجود قرینه در برخی موارد دلالت بر حصر حقیقی ندارد. مانند روایت محل بحث که برخی از عیوب در این روایت نیامده است و در سایر روایات ذکر شده دلیل بر این است که در صحیح،

۱. صحیح حلبی در کافی نیز بدون ذیل آن و بدون لفظ «إنّما» نقل شده است و متن آن این گونه است: عن الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سألت عن رجل تزوّج إلي قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له. قال: يرّد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. «کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۴۰۴»
ممکن است این گونه پنداشته شود که عدم ذکر «إنّما» در کتاب کافی شاهد دیگری است بر اینکه حصر مراد نیست، لکن این سخن صحیح نیست؛ چون اصل عدم زیاده مقدم بر اصل عدم نقص است. بنابراین احتمال می رود «إنّما» از کتاب کافی - سهواً به وسیله راوی یا نشاخ - ساقط شده باشد و اصل هم آن را نمی کند.

حصر حقیقی مراد و مقصود نبوده است. یعنی با وجود روایات دیگر که برخی عیوب متفاوت را بیان می کند می توانیم بگوییم ظاهر کلمه «انما» در این روایت که حصر حقیقی است مراد نبوده بلکه مراد از این واژه در اینجا حصر اضافی است.

ممکن است ادعا شود (اراک، بی تا، ص ۴۵۸) حصر اضافی در موردی صحیح و پذیرفته است که توهم تعلق حکم به مطلق وجود داشته باشد، در این صورت برای دفع این توهم گفته می شود این حکم به طبیعت موضوع تعلق دارد با این قید، بنابراین، در پاسخ کسی که گمان می کند اکرام هر عالمی واجب است، با حصر اضافی می گوئیم: «إنما يجب إكرام العالم الزاهد»؛ یعنی فقط اکرام عالم زاهد، واجب است. اما برای ردّ توهم کسی که معتقد است طبیعت با این قید متعلق حکم واقع شده در حالی که در تعیین آن قید دچار اشتباه شده مثلا گمان می کند اکرام عالم فاسق واجب است، در این موارد، جز حصر حقیقی مناسب نیست، یعنی واژه «انما» و قیود پس از آن ظهور در حصر حقیقی دارد از این رو می گوئیم فقط اکرام عالم عادل، واجب است. لذا حالات و مقامات مختلف است و برای هر مقام تعبیری وجود دارد، اما وجهی ندارد که حصر را در صحیحه اضافی بدانیم، بلکه حصر حقیقی است و در هر حصر حقیقی، نفی و اثباتی وجود دارد. در صحیحه مورد بحث جواز فسخ در عیوب چهارگانه اثبات و فسخ در تمامی عیوب غیر از عیوب چهارگانه نفی شده است.

در پاسخ این اشکال گفته می شود که کلام امام (ع) در صحیحه: «إنما يردّ...»، بر حصر و دیگر روایات بر عدم حصر دلالت دارد. و این گونه به نظر می رسد که این روایات از نظر افاده و عدم افاده حصر، با صحیحه تعارض دارند. در حالی که این از موارد عام و خاص نیست، بلکه می توان گفت: چون حصر در صحیحه اضافی است لذا جایی برای تعارض نیست. چرا که به واسطه روایات دیگر که عیوب متفاوتی در آن ذکر شده، روایتی که از آن حصر فهمیده می شود ظهور اولی خود را نسبت به حصر حقیقی از دست می دهد که در این صورت نسبت به عیوب دیگر ساکت است و آنها را نفی نمی کند، لذا جایی برای تعارض نیست.

در اینجا بیان این نکته ضروری است، کسانی که میان صحیحه و دیگر روایات به اضافی بودن حصر جمع کرده اند، می توانند در عیوب غیر منصوص قائل به فسخ شوند؛ چون صحیحه بنابر قول آنان در مورد حکم سایر عیوب ساکت است. اما کسانی که نفی مستفاد از صحیحه را عام، و سایر روایات مشتمل بر دیگر عیوب را خاص می دانند، نمی توانند در عیوب غیر منصوص قائل به مجوز بودن آن برای فسخ شوند چون در تخصیص به قدر متیقن که همان عیوب منصوصه است اکتفا می کنیم.

دسته سوم: روایات دال بر تجویز فسخ فی الجمله

روایاتی است که دلالت بر تجویز فسخ و تأثیر یا عدم تأثیر آن در بعضی از عیوب دارد و معترض نفی یا اثبات دیگر عیوب نشده است. از این دسته است روایات مربوط به جنون، خصاء (اخته بودن)، عنن (نداشتن قدرت بر آمیزش)، جبّ (نداشتن آلت تناسلی)، عفل (گوشتی در آلت تناسلی زن که مانع آمیزش است)، قرن (استخوان و یا گوشتی در فرج زن که مانع آمیزش است)، رتق (مسدود شدن آلت تناسلی زن به گونه ای که

امکان آمیزش نباشد)، جذام، پیسی، کوری، عور (یک چشم بودن)، ، لنگی، زمین گیری. (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص: ۲۰۷)

دسته چهارم: روایات دال بر تجویز فسخ در هر عیب

روایاتی نیز وجود دارد که ممکن است ادعا شود دلالت بر تجویز فسخ در هر عیبی دارد. اگر دلالت این روایات پذیرفته شود، بر اصل عملی یعنی استصحاب بقای علقه زوجیت پس از فسخ مقدم خواهد بود؛ چنان که بر اصل لفظی «أوفوا بالعقود» نیز، مقدم است.

۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ بِهَا قَرْناً قَالَ هَذِهِ لَا تَحْبِلُ [ثَرْدٌ عَلَى أَهْلِهَا مَنْ] يَنْقَبِضُ زَوْجُهَا عَنْ مُجَامَعَتِهَا ثَرْدٌ عَلَى أَهْلِهَا ... (کلینی، ۱۳۶۷ ج ۵ ص ۴۰۹)

حَسَنُ بْنُ صَالِحٍ گوید: از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که با زنی ازدواج می کند و می بیند «قرن» (استخوان و یا گوشتی در فرج که مانع آمیزش است) دارد، فرمود: چنین زنی حامله نمی شود و شوهرش از آمیزش با او متنفر است، به خانواده اش بازگردانده می شود ...

این روایت به علت وجود حسن بن صالح که حالش در رجال معلوم نیست ضعیف می باشد .

۲- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ بِهَا قَرْناً. قَالَ: هَذِهِ لَا تَحْبِلُ وَلَا يَقْدِرُ زَوْجُهَا عَلَيَّ مُجَامَعَتِهَا يَرَدُّ عَلَيَّ أَهْلُهَا صَاغِرَةً وَلَا مَهْرَ لَهَا ... (طوسی، ۱۳۶۴ ج ۷ ص ۴۲۷)

در این روایت که تمامی افراد واقع در سند آن ثقات اند ابی صباح کنانی گوید: از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که با زنی ازدواج می کند و او را دارای «قرن» می یابد، فرمود: چنین زنی حامله نمی شود و شوهرش نمی تواند با او آمیزش کند، با خواری به خانواده اش بازگردانده می شود و مهریه ای به او داده نمی شود.

۳ و ۴. روایه ابن مسکان عن أبي بصير و روایه أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر علي الجماع أتفارقة؟ قال: نعم إن شئت. قال ابن مسكان: وفي حديث آخر: تنتظر سنه فإن أتاها وإلا فارقته فإن أحببت أن تقيم معه أقامت؛ (همان، ص ۲۴۱)

راوی حدیث (ابن مسکان از ابوبصیر به نقل از کافی و ابوالصباح به نقل از نوادر و تهذیب) (طوسی، ۱۳۶۴ ج ۷: ص ۴۳۱) گوید: از امام صادق (ع) در مورد زنی سؤال کردم که شوهرش [به مرضی] مبتلا شده که نمی تواند آمیزش کند. آیا زن از او جدا می شود؟ فرمود: بله، اگر بخواهد. ابن مسکان گوید: در روایت دیگری آمده است: یک سال منتظر بماند. اگر شوهرش با او آمیزش کرد که کرد، در غیر این صورت، از او جدا می شود و اگر بخواهد با او می ماند.

سند روایت ابن مسکان صحیح و قابل اعتناء , و همه روات آن از ثقات اند و سند تهذیب هم که محمد بن فضیل در آن است قابل تصحیح است و از جهت او نیز روایت دچار مشکل نیست.^۱ * و اگر مدلول روایات یاد شده را تعمیم دهیم - چون مفاد این روایات شبیه به تعلیل است و علت، تعمیم می دهد نهایت مدلول آنها تجویز فسخ نکاح در هر عیبهی در زن است که مانع آمیزش مرد با زن شود و استعداد حاملگی را از او بگیرد، یا در هر عیبهی در مرد است که موجب ناتوانی مرد از آمیزش شود. بر بیشتر از آن دلالت ندارد. بنابراین روایات مذکور بر تجویز فسخ در هر عیبهی دلالت ندارد. به عبارت دیگر، روایات یاد شده فقط موجب تجویز فسخ در هر عیبهی است که همانند عنن و قرن باشد. که این توسعه را در کلام برخی فقها می توان به وضوح مشاهده کرد. شهید ثانی در مورد فسخ نکاح با جذام می فرماید: نفرت و انزجار ناشی از آن با مقصود از ازدواج که استمتاع است بیشتر از سایر عیبهایی است که در مورد اتفاق هستند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۲)

ممکن است گفته شود روایت ذیل نیز از روایات دسته چهارم است:

۵- أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى فِي تَوَادِرِهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بَرَصَاءَ أَوْ عَمِيَاءَ أَوْ عَرَجَاءَ قَالَ تُرَدُّ عَلَى وَلِيِّهَا وَيُرَدُّ عَلَى زَوْجِهَا مَهْرُهَا الَّذِي زَوَّجَهَا عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ بِهَا مَا لَا يَرَاهُ الرَّجَالُ جَازَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا. (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص ۲۱۶)

در این روایت که تمام افراد واقع در سند آن تقه اند حلبی از امام صادق (ع) نقل می کند در مورد مردی که با زنی پیس یا کور یا لنگ ازدواج کند، فرمود: زن به ولیش بازگردانده می شود و مهریه اش به شوهرش بازگردانده می شود و اگر عیبهی داشته باشد که مردان نمی توانند ببینند شهادت زنان علیه او جایز است.

روایت مذکور از روایات دسته چهارم است، بر این اساس است که جمله «ما لایراه الرجال» شامل هر عیبهی است که مردان نتوانند ببینند. بنابراین اختیار فسخ اختصاص به عیوب معین ندارد. البته ظاهر جمله «ما لایراه الرجال»، عیوبی همانند «برص» و «عرج» است نه هر عیبهی که بر مردان مخفی است چرا که حضرت (ع) در مورد این گونه عیوب صحبت می کردند لذا قدر متیقن از شمول روایت نسبت به این عیوب است نه مطلق عیب چرا که از نظر روایات مسلم است که به واسطه مطلق عیوب حق فسخ نمی آید. لذا شمول آن بر عیوب مرد و عیوب غیر مخفی زن پذیرفته نیست. و از این جهت صحیحه تعمیم ندارد.

ممکن است گفته شود صحیحه داود بن سرحان نیز همانند روایت سابق است:

۱. محمد بن فضیل واقع در اسانید، مورد وثوق است و تعبیر «یرمی بالغلو» دلیل ضعف فرد نیست، لذا به گفته مرحوم شیخ (رجال الشیخ الطوسی - الأوباب، ص: ۳۶۵). با این که بنای نجاشی (رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة، ص: ۳۶۷). بر توثیق یا تضعیف روات است ولی به تضعیف محمد بن فضیل اعتنا نکرده است، بنابراین روایات محمد بن فضیل از نظر سند، مورد اعتماد بوده، و تمسک به آنها بی مانع است.

۶- مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ عَنْ مَحْبُوبٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سُوْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فَيُؤْتِي بِهَا عَمِيَاءَ أَوْ بَرَصَاءَ أَوْ عَرَجَاءَ قَالَ تُرَدُّ عَلَى وَلِيِّهَا فَيَكُونُ لَهَا الْمَهْرُ عَلَى وَلِيِّهَا فَإِنْ كَانَ بِهَا زَمَانَةٌ لَا يَرَاهَا الرَّجُلُ أُجِيرَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا (طوسی، ۱۳۶۴ ج ۷؛ ص ۴۳۴)

در این روایت که از نظر سند قابل اعتنا و تمام افراد واقع در طریق تفهاند امام صادق (ع) در ضمن آن فرمود: و اگر بیماری مزمن آن زن به گونه ای است که مردان آن را نمی بینند، شهادت زنان علیه او پذیرفته است. همچنین از روایات این دسته می توان به این روایت اشاره کرد که از نظر سند مورد اعتماد و تمام افراد واقع در طریق آن تفهاند.

۷- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ وَلِيِّهَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْباً بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا قَالَ فَقَالَ إِذَا دَلَّسَتِ الْعُقُلَاءُ وَ الْبَرَصَاءُ وَ الْمُجَنُونَةُ وَ الْمُفْضَاءُ وَ مَنْ كَانَ يَهَا زَمَانَةً ظَاهِرَةً فَإِنَّهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ .. (کلینی، ۱۳۶۷ ج ۵، ص ۴۰۸)

در این دو روایت (زمانت) آمده است که در لغت به معنای آسیب، نیروی خود را از دست دادن، سست شدن، بعضی از قوای بدنی را از دست دادن آمده (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۴، ص ۶ و ۱۳/ص ۲۵۳ و مجمع البحرین، ۱۳۷۵ ج ۶، ص ۲۶۰) و می توان بیماری های مهلک و واگیردار را در این قالب ریخت و معتقد شد که منظور از زمانت، هرگونه درد و بیماری ای است که فرد را از پای بیندازد و خانه نشینش سازد و او را از انجام وظایف و کارهای روزمره ناتوان کند و نیز آن که حتی اگر فرد با مشقت بتواند کارهای عادی و روزمره خود را انجام دهد، زمانت بر آن صادق است و بیماری هایی، مانند: ایدز و سرطان که فرد را از پای می اندازد، در گستره زمانت جای می گیرد. لذا با توجه به این علت باید گفت این گونه بیماری ها، برای طرف مقابل حق فسخ پدید می آورد.

پس با استفاده از دستاوردهای اصولیان، دریافت علت حکم و باورمند شدن به تعلیل و اصل دانستن آن می توان عیوب السنة را منحصر به همان عیوب مذکور در متن روایات ندانست و باور داشت که عیوب جدیدی، مانند: ایدز، سرطان و بیماری های مهلک دیگر، می تواند موجب فسخ نکاح به شمار آید.

بنابراین با توجه به روایات و علتی که در آن آمده نسبت به عیوب مردان می توان گفت هر بیماری که مانع نزدیکی شود، همچنین بیماری واگیرداری که موجب سرایت به طرف مقابل می شود، حق فسخ برای زن می آورد، همچنین نسبت به عیوب زن باید گفت، عیوبی که مانع نزدیکی است مثل قرن و عقل، یا عیوبی که واگیردار است مثل جذام و عیوبی که موجب می شود زن زمین گیر شود و قوای جسمانی خود را از دست دهد، حق فسخ برای مرد می آورد.

مقتضای اصل، عدم جواز فسخ ازدواج است، مگر در عیوب مخصوصی که در روایات آمده است همچنین عیوبی که مشمول روایاتی می گردند که در آنها علت فسخ ذکر شده است.

ادله نظریه انحصاری نبودن عیوب

قبل از بیان ادله ذکر این نکته لازم است که برای ثبوت حق فسخ در عیوب جدید نمی توان به ادله تدلیس و شروط بنایی تمسک کرد زیرا تدلیس اگر مجوز برای فسخ شمرده شود، به این بحث یعنی وجود عیب در زوج و یا زوجه، ربطی ندارد، این بحث حتی اگر زن و مرد هنگام عقد از عیوب خود آگاهی نداشته باشند هم جاری است. همچنین مسئله مورد بحث ما، غیر از مسئله خیار تخلف شرط است. ممکن است گفته شود بنابر شرط بنایی، اراده دو متعاقد بر آن بوده تا با فردی سالم و بی عیب و نقص ازدواج کنند. بنابراین، هنگامی که پیمانی بسته می شود، با توجه به این شرط بوده و فقدان این وصف، حق فسخ را در پی خواهد داشت و در مورد بحث ما نیز این عیوب از آن جهت که تخلف شرط است، مجوز فسخ است، لکن روشن است که مسئله مورد بحث ما اعم از مواردی است که هنگام عقد، عدم عیب شرط شده باشد. لذا تمسک به این دلیل نیز اخص از مدعی است.

متاخرین ادله ای برای توسعه عیوب به بیماری های جدید بیان کرده اند که برخی از آنها در سطور قبل اشاره شد و بیان شد که این ادله نمی تواند مدعای آنها بالجمله ثابت کند، زیرا آنچه از روایات استفاده می شود، نسبت به عیوبی مثل ایدز که باعث زمین گیری مرد می شود ساکت است، لذا اگر کسی بخواهد حق فسخ را در این موارد برای زن ثابت کند می تواند از لا ضرر و لاجرح استفاده نماید. لذا بیان مدعای این قول را در قالب قاعده لا ضرر توضیح می دهیم.

۱- قاعده لا ضرر

دلالت قاعده لا ضرر را بر توسعه عیوب در دو مقام بیان می کنیم.

مقام اول: دلالت قاعده بر رفع حکم ضرری عدم فسخ با وجود عیب

قاعده لا ضرر حکم ضرری را رفع می کند، چه حکمی که وجود آن موجب ضرر است چه حکمی که عدم آن موجب ضرر است چرا که مفاد حدیث، عدم سببیت حکمی برای تحمل ضرر است؛ یعنی وجود ضرر منتسب به شارع، به عنوان مشرّع و قانونگذار را نفی می کند و این معنی همان گونه که در موارد جعل حکمی که لازمه آن ضرر است صادق است، در مواردی که عدم جعل حکم از سوی کسی که تشریع به دست اوست، سبب ضرر شود نیز صادق است. در مسئله مورد بحث، الزام طرفین به عقد و قرار ندادن سلطنت بر جدایی برای زوج در صورت وجود عیب در زوجه و برای زوج در صورت وجود عیب در زوج، تسبیب شارع در ضرر دیدن زوج یا زوجه است، و از برداشتن حکم ضرری می توان وجود حق فسخ را برای زوج یا زوجه کشف کرد، البته با توجه به اینکه مرد همیشه حق طلاق را دارد نمی توان از این راه حق فسخ را برای او ثابت کرد مگر اینکه گفته شود شارع مقدس در موارد مشابه که عیبی در زن وجود دارد این حق را برای مرد قرار داده لذا در این عیوب نیز که موجب ضرر به مرد است این حق وجود دارد که اثبات آن در نهایت صعوبت است.

ممکن است گفته شود اگر تمسک به قاعده لاضرر یا لاجرح در عیوب غیرمنصوص صحیح باشد، آشکار است که لازمه آن اجبار شوهر به طلاق و یا در صورت امتناع وی، اجرای طلاق از سوی حاکم است، نه جواز فسخ. در پاسخ باید گفت: فقها طلاق شوهر یا طلاق قضایی را در موارد خاصی می دانند و غیر آن را نفی نموده اند چرا که طلاق از مواردی است که نیاز به جعل و اعتبار شارع دارد و بدون این اعتبار نمی توان حکم به طلاق نمود لذا تنها راهی که برای از بین بردن این ضرر وجود دارد، حق فسخ دادن به زن است.

موید این استظهار از حدیث لاضرر آن است که برخی از فقها برای اثبات مجوز فسخ در عیوب مخصوص و منصوص، در کنار روایات خاصه، به حدیث لاضرر نیز استناد کرده اند. (انصاری. بی تا، ص ۴۳۴، حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۶، نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۰، ص ۳۱۸ و ۳۲۲ و ۱۰۵)

مقام دوم: دلالت قاعده بر تعمیم حق فسخ نسبت به همه عیوب

اگر بگوییم از قاعده لاضرر می توانیم وجود حق فسخ را کشف نماییم، آیا در مسئله عیوب موجب فسخ نکاح، امکان استناد به آن در هر عیبی وجود دارد؟

آیت ... مکارم شیرازی در این زمینه میفرماید: آیه "اوفوا بالعقود" به این معنی نیست که هیچ عیبی موجب فسخ نکاح نمی شود بلکه عیوبی داریم که "اوفوا بالعقود" شامل آنها نمیشود. عیوب به دو دسته تقسیم میشوند: ۱- عیوبی که هدف از ازدواج را از بین میبرد و با بودن آن عیب هدف از ازدواج حاصل نمیشود مثل اینکه مرد محبوب یا عینین است و یا زن موانعی دارد که با وجود آن امکان مقاربت نیست. "اوفوا بالعقود" شامل این موارد نمیشود و عقلا این را نمیپذیرند و مثل این است که بیعی صورت گرفته و هیچ امکان استفاده از آن نیست، پس اگر روایتی هم در مسئله نباشد به حکم عقل این عیوب مانع است و میگوییم در آنجا "اوفوا بالعقود" حاکم نیست. ۲- عیوبی که مانع از هدف ازدواج نیست ولی برای زوج و یا زوجه خطرناک است. مثل جذام، برص یا ایدز. آیا "اوفوا بالعقود" اینجا را شامل میشود؟ در اینجاها هم عقلا "اوفوا بالعقود" را شامل نمیدانند. قاعده "لاضرر" هم همین را ایجاب میکند ولی ما لازم نمیدانیم آن را در کنار اوفوا بالعقود قرار دهیم ولی اگر "لاضرر" را کنار آن قرار دهیم واضح تر است. (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۹۳)

اینک به عنوان مثال نمونه هایی که فقیهان در توسعه اسباب فسخ به قاعده "لاضرر" تمسک کرده اند ذکر میکنیم تا دانسته شود که قاعده "لاضرر" در این باب مورد تمسک فقیهان بوده است و مانعی از اجرای آن وجود ندارد.

الف) شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۱) در مورد حق فسخ برای زن در صورتی که شوهر او مبتلا به مرض جذام است فرموده عیب هایی که باعث فسخ نکاح می شود پنج تا است از آن جمله جذام است زیرا سبب ضرر میشود که پیامبر (ص) آن را نفی فرموده چون جذام از مرضهای واگیردار است و از سوی رسول خدا (ص) روایت شده از مجذوم بگریز چنانچه از شیر درنده میگریزی (صدوق، ۱۳۹۰، ج ۳، ۳۶۳، عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۱: ۲۷۳) از عبارتهای فقیهان بر می آید که قاعده "لاضرر" در این باب سریان دارد و میتوان آن را جاری کرد.

ب) صاحب جواهر الکلام درباره حق فسخ داشتن زن بر این فرض که مرد قبل از عقد محبوب بوده فرموده است. آیا زن میتواند عقد را در صورتی که آلت مرد قبل از عقد بریده بوده فسخ کند؟ در آن تردید وجود دارد و منشاء آن تردید تمسک به مقتضای عقد است که در مورد خلاف مقتضای عقد بر مواردی که به آن تصریح شده بسنده میشود چرا که موارد تصریح شده متیقن است و با وجود این عیب در مرد نباید او را رد کند اما از آن جهت که تدلیس صادق است و جب به معنای خصی یا عنن است و بلکه بالاتر از آن دو است زیرا خصی بر دخول قادر است و احتمال خوب شدن عنین وجود دارد میتوان حکم به فسخ با این عیب داد و به علاوه صبر زن در این مورد باعث زیان دیدن به اوست. (ج ۳۰، ص ۳۲۸) همانطور که ملاحظه میشود بر فرض ثبوت جب پیش از عقد زن حق فسخ دارد و دلیل آن همان قاعده لاضرر است.

۲- قاعده لاجرح:

مفاد قاعده نفی عسر و حرج، نفی حکم حرجی در دین است به این معنا که در اسلام به صورت حقیقی هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفین باشد، تشریع نشده است. (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۸۵)

تکلیف از حیث سهولت و دشواری تفاوت دارند و منظور از تکلیف موجب عسر و حرج، بیشتر تکالیفی است که مکلف عقلاً قدرت انجام دادن آن را دارد، ولی این امر عادتاً برای مکلف قابل تحمل نیست. (همان، ج ۲، ص ۸۳) آنچه از بررسی ادله به دست می آید این است که ملاک در عسر و حرج، همان حرج شخصی است به این معنی که هر فردی از مکلفین هرگاه ببیند تکلیفی برای او حرجی شده، باید آن را از عهده خود ساقط بداند و لازم نیست بدان عمل کند. نه حرج نوعی که مکلف فقط در صورتی تکلیف را از خود ساقط بداند که بر نوع مردم حرجی باشد زیرا با این اعتقاد اگر تکلیفی بر نوع مردم حرجی نباشد ولی برای مکلف، سخت و حرجی باشد، نمی تواند آن را ترك کند.

در فسخ ازدواج هم چون با وجود عیب در یکی از زوجین، طرف دیگر به حرج و مشقت میافتد به دلیل جلوگیری از حرج بیشتر حکم به فسخ ممکن است شاهد مثال این گفتار روایتی است که در تهذیب نقل شده روایتی که در تهذیب آمده این است که: امام صادق (ع) از پدرش امام باقر (ع) روایت کرده است: علی (ع) عقد ازدواج را به سبب حماقت فسخ نمیکرد ولی به سبب «عسر» فسخ میکرد. (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۷، ص ۴۳۳)

که به دلیل معتبر بودن این روایت از نظر سند و دلالت آن بر مراد، بلا اشکال و موجب صحت استناد به قاعده عسر و حرج در این مسأله خواهد بود.

اگر از طریق این روایت نتوان قائل به حق فسخ شد از راه ملازمه که در قاعده لاضرر بیان شد، اثبات چنین حقی ممکن است.

ممکن است گفته شود از آنجا که رابطه بین دو قاعده «لاضرر» و «لااجرح» عموم و خصوص من وجه است و چون هر ضرری حرج است و هر حرجی ضرر، بنابراین، ذکر قاعده «لااجرح» به عنوان دیگر مبنای عام فسخ

ازدواج ناشی از عیوب تکرار مکررات است و در حقیقت لزومی نداشته است، لکن در پاسخ این ایراد باید بگوییم رابطه بین این دو قاعده عموم و خصوص مطلق است. به این معنا که هر ضرری حرج است اما هر حرجی ضرر نیست. مثلاً در خصوص عیوب موجب فسخ ازدواج عیبی مثل جذام، متضمن ضرر جانی برای طرف دیگر عقد است در عین اینکه وی را به مشقت و حرج میاندازد اما عیبی مثل زمینگیری متضمن چنین ضرری نیست ولی طرف مقابل زن باشد یا مرد به حرج و مشقت میافتد؛ یا بیماری مثل آلزایمر که متضمن خوف انتقال این بیماری نیست اما طرف دیگر این پیوند را به حرج و مشقت میاندازد، چرا که زندگی کردن با يك انسان مبتلا به بیماری فراموشی به واقع موجب ضیق و تنگناست. پس در نتیجه گفتنی است دو قاعده‌ی لاضرر و لاجرح به عنوان دو مبنای عام برای بیماریهای موجب فسخ ازدواج می‌باشند و مطابق این دو قاعده فقهی ضرر و حرج در اسلام منتفی است.

جمع بندی

بر اساس استدلالهایی که مطرح شد پذیرش تمثیلی بودن عیوب و محدود ندانستن عیوب به همان تعدادی که مشهور فقیهان اشاره کرده اند، موجه‌تر به نظر می‌رسد. زیرا نگاهی به ادله مشهور روشن می‌سازد که ادله آنان حصری بودن را برنمی‌تابد، و از سوی دیگر، نباید دور از نظر داشت که فقیهان، در گذشته به مسائل و موضوعات مطرح زمان خود پرداخته اند و هر فقیه، در روزگاری متفاوت با دیگری زیسته و شرایط زمانی و مکانی آن با دیگری متفاوت بوده است بنابراین، اگر عیوب در گذشته محدود بوده، امروزه با پیدایش بیماری های تازه که دانش پزشکی هم به مهلک و کشنده بودن آنها پی برده است نباید به دیدگاه مشهور اصرار ورزید بلکه باید برای درمان مشکلات راهی جست که با توجه دوباره به روایات و قواعدی که می‌توان از آن استخراج نمود و همچنین قواعد ثانوی مثل لاضرر و لاجرح چنین امری ممکن و میسر می‌باشد.

زمان اعتبار اهلیت طرفین قرارداد

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده :

غلامرضا احسنی^۱

چکیده

هر چند اهلیت دو طرف قرارداد امری ضروری است اما زمان اعتبار اهلیت محل اختلاف می‌باشد. برخی وجود اهلیت را از ابتدای ایجاب تا تمام شدن قبول در دو طرف قرارداد لازم می‌دانند. در مقابل برخی تفصیلاتی را در این مسأله بیان کرده‌اند که این تفصیلات تا شش مورد شماره شده است. مراد از اهلیت شروطی مانند حیات، عقل، تمیز، اختیار، التفات و عدم حجر است. نبود برخی از این شروط مانند عقل مانع صدور اراده است و برخی دیگر مانند حجر، نفوذ اراده را از بین می‌برد. تنظیم ایجاب به عقد جائز، قابلیت مخاطب، عدم قصد جدی، اطلاعات ادله شروط، انصراف عمومات صحت عقود و زوال بقائی اراده با زوال اهلیت اصلی‌ترین دلایل‌هایی است که در این بحث مطرح شده است. مقاله حاضر بین مرحله تشکیل قرارداد و صحت آن و همچنین بین دو قسم اهلیت تفکیک کرده، با نگاهی انتقادی به آرای فقیهان و دلیل آنان نظر کرده است. نویسنده بر این عقیده استوار شده است که باید موجب و قابل به هنگام فعل خویش اهلیت قسم اول را دارا باشند تا قرارداد شکل گیرد ولی بقاء این اهلیت در موجب و وجود آن از ابتدا در قابل شرط نیست هر چند در برخی از صورت‌ها، تصحیح قرارداد نیازمند اجازه ولی، ورثه یا طلبکاران است. همچنین در صورتی که قابل به هنگام ایجاب، مجنون باشد و ایجاب کننده بداند یا احتمال دهد در آینده جنون قابل رفع نخواهد شد، اراده واقعی از او صادر نخواهد شد. رجوع موجب از ایجاب نیز باعث از بین رفتن ایجاب می‌شود.

کلید واژه

اهلیت، موجب، قابل، انشاء، تعاقب، مخاطب. عقد جائز

مقدمه

عقد یکی از مهم‌ترین نهادهای ارتباط حقوقی بین تأثیر گذاران اقتصادی در جامعه است. عقد در بردارنده التزام دو طرف است که به وسیله موجب و قابل به وجود می‌آید. در یک دید می‌توان برای عقد، چهار مرحله را در نظر گرفت: مرحله اول، مرحله تشکیل عقد است که باید در این مرحله، دو اراده با هم گره بخورد و مرتبط شود، تا عقد تشکیل گردد. مرحله دوم، مرحله تصحیح عقد است که پس از تشکیل عقد و وجود شرایط عقلایی یا شرعی در عقد، عقد به اعتبار عقلا یا شارع تصحیح می‌شود و آثار عقد در دایره اعتبارات عقلایی یا شرعی، تثبیت می‌گردد. مرحله سوم، مرحله وفای به عقد است که در این مرحله، دو طرف عقد باید به لوازم و آثار عقدی که به اراده آنها تشکیل یافته و به اعتبار عقلایی یا شرعی تصحیح شده، پای بند باشند و از پیمان شکنی دوری کنند. مرحله چهارم، مرحله انعدام و انحلال عقد است که در این مرحله با انجام تعهداتی که دو طرف بدان ملتزم بودند یا توافق دو طرف بر فسخ عقد (اقاله)، حاصل می‌گردد هر چند تعهدات دو طرف صورت نگرفته باشد.

یکی از شروطی که در شکل گیری عقد مطرح شده، لزوم وجود اهلیت برای موجب و قابل به هنگام انشاء دیگری است. به این معنا که نه تنها موجب باید به هنگام انشاء ایجاب، اهلیت داشته باشد بلکه باید قابل نیز به هنگام انشاء موجب، دارای اهلیت باشد. در طرف مقابل نیز نه تنها قابل باید به هنگام قبول، اهلیت داشته باشد بلکه باید موجب نیز به هنگام قبول، دارای اهلیت باشد. برخی پا را فراتر گذاشته و استمرار اهلیت موجب و قابل از ابتدای عقد تا تمام شدن قبول را شرط دانسته اند.

باید دقت داشت: بحث از زمان وجود اهلیت برای موجب و قابل، اختصاصی به عقد لفظی ندارد و در عقودی که با نوشتن یا فعل نیز انشاء می شود، جاری است. زیرا وجود ایجاب و قبول، اختصاص به عقود لفظی ندارد. به عنوان نمونه در عقود مکاتبه ای گفته می شود: زمان وجود اهلیت برای کسی که با نوشتن عقد را ایجاب می کند چه زمانی است و کسی که با نوشتن قبول خود را انشاء می کند، باید چه زمانی اهلیت را دارا باشد؟

اقسام اهلیت

اهلیت موجب و قابل را می توان از یک دید، به دو قسم تقسیم کرد:

اهلیتی که بدون آن اراده صادر نمی شود مانند: عقل، التفات، قصد، تمیز. برخی از این اهلیت به اهلیتی که بدون آن مخاطب ممکن نیست، تعبیر کرده اند. (انصاری؛ مرتضی، المکاسب، ۱۷۷/۳) حیات نیز ذیل همین اهلیت تعریف می شود زیرا از مرده اراده ای نمی تواند صادر شود. همانگونه که روشن است بین امور ذکر شده، تفاوت وجود دارد. نبود برخی از این امور مانند عقل و تمیز باعث از بین رفتن قوه ای است که از آن اراده منبث می شود و نبود برخی دیگر مانند التفات و قصد، قوه اراده کننده را از بین نبرده، تنها مانع صدور اراده است. اما تمام این شروط در این امر اشتراک دارند که بدون آنها اراده منقذ نشده، انشاء نمی تواند ایجاد شود.

اهلیتی که بدون آن، اراده بی اثر است هر چند اراده صادر شده است. مانند اختیار در مقابل اکراه، رشد در مقابل سفه، عدم حجر، بلوغ در صبی ممیز. همانگونه که روشن است، اراده معاملی از سفيه و صبی ممیز و مکره و محجور صادر می شود اما صدور این اراده، باعث وقوع عقد صحیح نیست. بی اثر بودن اراده نیز گاه به نحوی است که برای عقد صلاحیت شأنی برای تصحیح ایجاد می شود مانند عقد مکره و گاه به نحوی است که حتی صلاحیت شأنی نیز وجود ندارد مانند عقد صبی ممیز در دیدگاه مشهور که حتی با اجازه ولی قابل تصحیح نیست. (عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه، ۵۴۵/۱۲)

مرحوم علامه می نویسد: «در متعاقدان بلوغ و عقل و اختیار و قصد، شرط است. پس قصد صبی و مجنون اعتباری ندارد اگر چه ولی به آنها اذن دهد. عقد بیهوش و مکره و مست و غافل و خواب و هازل نیز اعتباری ندارد حتی اگر پس از عقد راضی به آن شوند. مگر مکره که رضایت او پس از اختیار، موجب نفوذ عقد

است». (قواعد الاحکام، ۱۷/۲)

در ادامه از اهلیتی که بدون آن اراده صادر نمی‌شود به اهلیت قسم اول و از اهلیتی که اراده بدون آن اثر ندارد، به اهلیت قسم دوم، یاد خواهد شد.

صور مسأله

بحث از زمان وجود اهلیت در موجب و قابل صورت‌های گوناگونی دارد که در ذیل به آنها اشاره می‌شود:

۱. وجود اهلیت در موجب و قابل به هنگام انشاء خود آنها؛ به این معنا که هر یک از دو طرف عقد به هنگام انشاء خود، اهلیت را دارا باشد.
 ۲. وجود اهلیت در موجب به هنگام قبول قابل؛ به این معنا که به هنگام قبول، موجب باید دارای شرایط باشد و مثلاً دیوانه نشده باشد.
 ۳. استمرار اهلیت موجب تا تمام شدن قبول قابل؛ به این معنا که موجب باید از ابتدای ایجاب تا تمام شدن قبول شرایط را دارا باشد و حتی لحظه‌ای شرایط در این بین از بین نرود هر چند این شرایط به هنگام قبول بازگردد. مثل آنکه در بین ایجاب و قبول، لحظه‌ای دیوانه یا بیهوش شود و این مانع به هنگام قبول، زائل گردد.
 ۴. وجود اهلیت برای قابل به هنگام ایجاب موجب؛ به این معنا که قابل باید به هنگام ایجاب موجب، شرایط را دارا باشد و مثلاً بیهوش یا دیوانه نباشد.
 ۵. استمرار اهلیت قابل از ابتدای ایجاب تا تمام شدن قبول؛ به این معنا که اهلیت در قابل از ابتدای ایجاب تا تمام شدن قبول وجود داشته باشد و لحظه‌ای از بین نرود هر چند به هنگام قبول بازگردد.
- با تقسیم هر یک از اقسام بالا به دو قسم اهلیت، برای مسأله هشت صورت پدید می‌آید هر چند تقسیم کردن به اعتبار هر یک از شرایط نیز صورت‌های مسأله را فزونی می‌بخشد.

ثمرات بحث

هر چند در عقدهایی که موجب و قابل به صورت حضوری یا تلفنی با هم در حال گفتگو هستند و عقد را انشاء می‌کنند، اهلیت موجب و قابل به صورت متعارف، وجود دارد اما در صورتی که موالات برای تشکیل عقد شرط نباشد و بین ایجاب و قبول فاصله زمانی وجود داشته باشد، اهمیت بحث بیشتر نمایان می‌گردد... فرض کنید موجب نامه‌ای دستی یا الکترونیکی را دربردارنده ایجاب برای قابل فرستاد و پس از آن خوابید، قابل نیز شب هنگام، نامه را دریافت کرد و قبول خود را برای موجب ارسال کرد یا موجب در زمانی که قابل خوابیده، ایجاب را می‌نویسد و قابل پس از بیدار شدن ایجاب را می‌بیند و آن را قبول می‌کند. روشن شدن حکم این مثال وابسته به بحث حاضر است و اگر وجود اهلیت طرف مقابل در هنگام ایجاب و قبول شرط باشد، این عقود باطل هستند ولی در صورتی که وجود اهلیت در طرف مقابل شرط نباشد، حکم به صحت عقد می‌شود.

تفکیک بین تشکیل عقد و صحت آن

تفکیک بین تشکیل عقد و صحت آن در بحث حاضر، امری ضروری است. به همین دلیل درباره شرط بودن اهلیت به هر دو حکم اشاره شده، بررسی خواهد شد که آیا نبود اهلیت در موجب و قابل، باعث تشکیل نشدن عقد است یا سبب می شود عقد صحیح نباشد؟

باید دقت داشت: تمسک به عموماًتی مانند «اوفوا بالعقود» برای تصحیح عقد، متوقف بر صدق عقد است و در صورت شک در صدق عقد، تمسک به عموم جایز نخواهد بود. با توجه به این نکته برای بحث می توان چند فرض بیان کرد:

۱. تشکیل نشدن عقد با نبود اهلیت: در این فرض، عقد صدق نخواهد کرد و در نتیجه نمی توان با تمسک به عموماًت صحت عقود آن را تصحیح کرد.
۲. تشکیل شدن عقد با نبود اهلیت و روشن بودن صحت عرفی عقد: در این فرض، عقد صادق است و با نبود دلیل شرعی بر بطلان عقد، این عقد با تمسک به «اوفوا بالعقود» تصحیح می شود.
۳. تشکیل شدن عقد با نبود اهلیت و شک در صحت عرفی عقد: حکم به صحت عقد با تمسک به عموم «اوفوا بالعقود» در این فرض، وابسته به پذیرش مبنای وضع الفاظ برای اعم است و در صورت پذیرش وضع الفاظ برای صحیح،^۱ شک در صحت عرفی عقد مستلزم شک در صدق عقد است و با عدم احراز موضوع نمی توان به عموم تمسک کرد. اما بنابر قول به وضع الفاظ برای اعم، جامعی که لفظ عقد برای آن وضع شده، التزام مرتبط به التزام آخر یا قرار مرتبط به قرار دیگر و مانند این ارکان است. پس برای تشکیل عقد و صدق آن، تنها وجود دو التزام مرتبط یا دو قرار مرتبط به هم کفایت می کند و لازم نیست شروط صحت حتی شروط صحت عرفی و عقلایی وجود داشته باشد تا عقد تشکیل شود و صدق کند.

پیشینه بحث

بحث از اسباب زوال ایجاب و لزوم وجود اهلیت در موجب تا تمام قبول، از دیرباز بین فقیهان مطرح بوده است. شیخ طوسی در المبسوط ذیل بحث عقد نکاح، بیان کرده: «اگر ولی عقد نکاح را ایجاب کند و پس از آن، عقل او به بیهوشی یا بیماری یا دیوانگی زائل شود، ایجاب باطل است و زوج نمی تواند قبول کند و همینطور اگر زوج استیجاب کند و پس از آن عقلش زائل شود، استیجاب باطل است و ولی نمی تواند ایجاب کند. این مطلب در عقد بیع نیز وجود دارد.» (المبسوط، ۱۹۴/۴)

۱. قائلین به وضع الفاظ برای صحیح، قائلند الفاظ عقود و ایقاعات برای صحیح عرفی وضع شده است نه آنکه برای صحیح شرعی وضع شده باشد. (انصاری، مرتضی، المکاسب، ۲۰/۳) به همین دلیل این بزرگان، تمسک به عموماًت صحت عقود را متوقف بر احراز صحت عرفی عقد می دانند و نتیجه تمسک به عموماًت صحت، اثبات صحت نزد شارع است و اینکه شارع شرط بیشتری را برای صحت عقد، قرار نداده است.

ایشان تنها از ناحیه زوال ایجاب و آن هم زوال عقل سخن گفته و اشاره‌ای به صورت‌های دیگر مسأله ندارد. از این عبارت برداشت می‌شود که زوال عقل موجب بطلان ایجاب است هر چند به هنگام قبول، عقل بازگشته باشد. عبارت **شیخ طوسی** در کلام فقیهان دیگر نیز تکرار شده است. (حلی، نجم الدین، شرائع الاسلام، ۲/۲۱۸) پس از ایشان، **علامه** فرض مرگ موجب پس از ایجاب را نیز اضافه کرده (تحریر الاحکام، ۳/۴۲۹) و عروض خواب را تنها در صورت ایجاد فاصله طولانی مبطل می‌داند. (همو، تذکره (ط-القدیمه)، ۵۸۲) **علامه** اولین فقیهی است که دلیل بر این شرط را بیان کرده است. به نظر ایشان، جایز بودن ایجاب پیش از قبول سبب می‌شود موانع زائل کننده عقد جائز، ایجاب را نیز باطل کند. (همان) **شهید ثانی** زوال عقل را مثال دانسته و تمام موانعی که باعث زوال عقد جائز می‌شوند را زائل کننده ایجاب دانسته است. ایشان اولین فقیهی است که دلیل بر این شرط را لزوم تخاطب در صحت عقد دانسته و به همین دلیل خواب موجب به هنگام قبول را به علت عدم وجود تخاطب، مانع صحت قبول می‌داند. (شهید ثانی، زین الدین، مسالک، ۷/۱۰۰) **محقق ثانی** شرط را گسترش داده و عروض هر چیزی که مانع صحت تصرف باشد را زائل کننده ایجاب تلقی کرده است. (المقاصد، ۱۲/۷۸) **صاحب حدائق** اولین فقیهی است که به این شرط اشکال وارد کرده، تنظیر به عقد جائز را صحیح نمی‌داند. ایشان تنها دلیل موجود در مسأله را اجماع منقول دانسته، تمسک به آن را مخدوش می‌داند. در نظر ایشان، زوال عقل موجب پس از ایجاب و بازگشت آن به هنگام قبول، موجب زوال ایجاب نیست و عقد بر این ایجاب و قبول صادق است. (بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره، ۲۳/۱۷۶) **صاحب جواهر** حتی عروض نوم پس از ایجاب را باعث زوال ایجاب دانسته، هر چند موجب به هنگام قبول، بیدار باشد. ایشان علاوه بر اجماع به اطلاق ادله شروط تمسک کرده، بیان می‌کند: شرط بودن عقل در عقد بدین معناست که عقل باید از ابتدای عقد تا انتهای آن به صورت مستمر وجود داشته باشد. (جواهر الکلام، ۲۹/۱۴۷) هر چند استدلال **صاحب جواهر** عمومیت دارد و شامل وجود اهلیت برای قابل به هنگام ایجاب نیز می‌شود اما تا این زمان محور بحث فقیهان لزوم وجود اهلیت در موجب تا تمام شدن قبول است و تصریحی به لزوم وجود اهلیت در قابل به هنگام ایجاب و استمرار این اهلیت، نشده است. طبق یافته های نویسنده، مرحوم **شیخ انصاری** اولین فقیهی است که به صورت مستقل در ضمن شروط صیغه بیع، بحث از وجود اهلیت را در موجب و قابل طرح کرده، وجود هر دو قسم اهلیت را از ابتدای عقد تا تمام قبول در موجب و قابل شرط می‌داند. (انصاری، مرتضی، المکاسب، ۳/۱۷۷) کلام **مرحوم شیخ** در حواشی مکاسب و درس‌های خارج، مورد بحث قرار گرفته، برخی آن را پذیرفته (نائینی، محمد حسین، منیه الطالب، ۱/۱۱۵) و برخی دیگر، مورد انتقاد قرار داده‌اند. (خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه،

۷۵/۳). گسترده ترین بحثی که نویسنده به آن دست یافت، کلام آیت الله شب زنده دار در درس خارج بیع است. (شب زنده دار، محمد مهدی، تقریرات، ۱۳۹۸/۷/۹-۱۳۹۸/۸/۱۱)^۱

در طرف مقابل، فقیهان عقد مکره را با اجازه متأخر تصحیح می کنند. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ۱۲/۵۴۵) همین امر نشان می دهد لازم نیست طرفین عقد به هنگام انشاء دیگری، رضایت داشته باشند و حصول رضایت حتی پس از اتمام ایجاب و قبول نیز در تصحیح عقد کفایت می کند.

در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ میلادی، کنوانسیون بیع بین المللی کالا در وین پایتخت اتریش با حضور نمایندگان ۶۲ کشور، به تصویب رسید. ماده ۱۵، ۱۶ و ۱۷ این کنوانسیون، ناظر به اموری است که ایجاب را زائل می کند. در بند دوم ماده ۱۵، زمان انصراف موجب از ایجاب غیر قابل رجوع را پیش از وصول ایجاب به مخاطب یا همزمان با آن دانسته است و در بند اول ماده ۱۶، زمان رجوع از ایجاب ساده پیش از قرار داده اعلام شده البته به این شرط که رجوع بیش از آنکه مخاطب ایجاب قبولی خود را ارسال دارد، به وی واصل گردد. در ماده ۱۷ وصول رد توسط مخاطب به موجب، باعث انتفای ایجاب دانسته شده است حتی در صورتی که ایجاب غیر قابل رجوع باشد.

مقالات مختلفی درباره اسباب زوال ایجاب نگاشته شده است. مانند:

ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا، (اسماعیلی، محسن؛ مدرس علوم اسلامی، شماره نهم، زمستان ۱۳۷۷)

مطالعه تطبیقی اسباب زوال ایجاب، (محقق داماد، سید مصطفی؛ دارائی، محمد هادی، ویژه نامه شماره ۱۰ مجله تحقیقات حقوقی)^۲

اسباب زوال ایجاب در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و تطبیق آن با حقوق ایران، (ابهری، حمید؛ باقری، علی؛ رامشی، میثم؛ دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال دوم، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۹۴)^۳

رجوع از ایجاب در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰ وین)، (اصغری آقمشهدی، فخر الدین؛ کاویار، حسین؛ مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵)^۴

در این مقالات، این امور به عنوان زائل کننده ایجاب شمرده شده و مورد بحث قرار گرفته است: رجوع از ایجاب، انقضای مدت ایجاب، رد ایجاب توسط قابل، ایجاب متقابل موجب، حجر موجب پس از ایجاب، انتفای موضوع ایجاب، مرگ موجب.

^۱ https://fa.mfeb.ir/taqdir_cat/ms2-fegh-9899/page//3

^۲ http://irisweb.ir/files/site1/rds_journals/697/article-379817-697.pdf

^۳ <http://jpljournal.edalat.ac.ir/article-19404-671e19614fed4e9944ec32a-aaabdb8.pdf>

^۴ http://www.cilamag.ir/article_23531_d4be3b4401694bf84cc80819ccbbb47.pdf

هر چند این مقالات حاوی نکات ارزشمندی درباره استمرار اهلیت برای موجب است اما نظارت کمتری به مباحث فقهی دارند و بیشتر به جنبه حقوقی بحث پرداخته‌اند. هم چنین مقاله مستقلاً درباره وجود اهلیت در قابل به هنگام انشاء موجب، یافت نشد. از سویی دیگر، مباحث مطرح شده در کلام فقیهان ناظر به تمام صورت‌ها نیست و در کلام بیشتر آنان به روشنی بین دو قسم اهلیت و حکم تشکیل عقد و صحت آن، تفکیک صورت نگرفته است. همین امور، نویسنده را بر آن داشت تا با محوریت کلام فقیهان امامیه، نگاهی جامع به بحث داشته باشد و زمان وجود اهلیت در موجب و قابل را با تفکیک بین دو قسم اهلیت، مورد بررسی قرار دهد.

بررسی تأثیر نظریه قوام عقد به فعل موجب در بحث حاضر

مرحوم اراکی بحث را مبتنی بر این دانسته که آیا مفهوم معاهده تنها قائم به موجب است یا مفهوم معاهده قائم به انشاء دو نفر است؟ ایشان در این زمینه می‌نویسد: «اگر مفهوم معاهده قائم به موجب باشد، روشن است که تنها موجب باید به هنگام ایجاب، اهلیت را دارا باشد اما بقاء اهلیت موجب تا تمام شدن قبول و هم چنین وجود اهلیت قابل از ابتدای ایجاب، در تحقق معاهده شرط نیست هر چند در برخی از صورت‌ها، صحت عقد متوقف بر امضاء ورثه یا ولی است. اگر مفهوم معاهده قائم به انشاء دو نفر باشد، برخی از مثال‌هایی که مرحوم شیخ بیان کرده، صحیح و برخی دیگر مخدوش است.» (کتاب البیع، ۱/۱۴۹)

سخن ایشان صحیح به نظر نمی‌آید زیرا حتی اگر مفهوم معاهده قائم به موجب باشد، ترتیب اثر عقلایی بر عقد متوقف بر قبول قابل است و بدون آن اثری در دیدگاه عرف و عقلاً بر ایجاب مترتب نمی‌شود. (خمینی، روح الله، کتاب البیع، ۱/۳۵۵) با این دید، امکان دارد گفته شود: در صورتی که قابل به هنگام ایجاب اهلیت را دارا نباشد و موجب علم به حصول این اهلیت برای قابل در آینده نداشته باشد، قصد جدی از موجب صادر نمی‌گردد و ایجابی رخ نمی‌دهد.

زمان اعتبار اهلیت طرفین قرارداد در حقوق

سنهوری در الوسیط می‌نویسد: «اراده پس از تعبیر آن، وجودی فعلی پیدا می‌کند و این وجود فعلی حتی پس از مرگ صاحب اراده یا فقد اهلیت او، ادامه دارد. مرگ یا فقد اهلیت صاحب اراده در قانون قدیم مصر، باعث از بین رفتن وجود اراده می‌شود اما مطابق قانون جدید مصر، تعبیر از اراده باعث می‌شود اراده، وجودی منفصل از صاحب آن پیدا کند و به همین دلیل با مرگ یا فقد اهلیت، این وجود منفصل از بین نمی‌رود. به عنوان نمونه، شخصی در مصر ایجاب خود را با نامه به شخص دیگری در فرانسه ارسال می‌کند و قابل در فرانسه، این ایجاب را قبول می‌کند و قبول خود را برای موجب، می‌فرستد اما پیش از رسیدن نامه به موجب و آگاهی او از قبول،

قابل از دنیا می‌رود. مطابق قانون جدید، پس از صدور قبول از قابل، عقد کامل شده و ورثه باید به تعهدات قابل، متعهد باشند اما مطابق قانون قدیم، مرگ قابل اراده او را نیز از بین می‌برد و قبول با مرگ یا فقد اهلیت قابل از بین می‌رود. اما در صورتی که موجب پیش از آگاهی به قبول، بمیرد یا اهلیت معامله را از دست دهد، عقد تمام نشده است زیرا قبول به آگاهی کسی که قبول به او متوجه شده، نرسیده و به همین دلیل، ایجاب بدون قبول باقی می‌ماند و عقدی کامل نمی‌شود. (۱۸۵/۱-۱۸۸)

مثالی که سنه‌وری، بحث را بر آن تطبیق کرده، قابل توجیه است به این صورت که مطابق قانون جدید، به صرف قبول، توافق دو اراده تحقق یافته، عقد کامل می‌شود و روشن است با کامل شدن عقد، آثار بر آن مترتب است. اما مطابق قانون قدیم، تمام شدن عقد متوقف بر آگاهی موجب به قبول است و مرگ قابل پیش از آگاهی موجب، باعث از بین رفتن اراده قابل می‌شود. در نتیجه، این مثال ارتباطی به منفصل شدن اراده از مرید یا باقی ماندن در نفس او ندارد. اما با این حال، از آن استفاده می‌شود، مرگ یا فقد اهلیت صاحب اراده باعث از بین رفتن اراده می‌شود. از این مطلب می‌توان نتیجه گرفت که استمرار اهلیت موجب تا قبول نیز شرط برای عقد است و با مرگ موجب یا فقد اهلیت او پیش از قبول، عقد تحقق نخواهد یافت. به نظر می‌رسد مراد **سنه‌وری** از فقد اهلیت، از بین رفتن تمیز و شعور است نه حصول حجر و مانند آن، چرا که او در صبی غیر ممیز (۲۷۲) و مجنون (۲۷۹)، تصریح می‌کند اهلیت به علت نبود تمیز، معدوم است اما در صبی ممیز (۲۷۵) و سفیه (۲۸۱) بیان می‌کند، اهلیت ناقص است.

سنه‌وری برای از بین رفتن ایجاب دو صورت را بیان کرده است:

- موجب از ایجاب خود عدول کند اعم از آنکه به طور کامل عدول کند یا ایجاب را تعدیل کند یا ایجاب جدید معارض با ایجاب اول را صادر کند. (مثل آنکه ایجاب بیع را برای شخص دیگری، انشاء کند)
 - زمانی را که موجب برای لازم بودن ایجاب خود قرار داده، تمام شود.
- اگر قبول پس از انقضاء ایجاب صادر شود نیز ایجابی جدید است که نیازمند قبول موجب خواهد بود. (ص: ۲۱۱)
- ناصر کاتوزیان در کتاب قواعد عمومی قراردادها، بیان می‌کند: اعتبار ایجاب نامحدود نیست و وابسته به اعتبار موجب است. ایشان سه حالت را برای این فرض مطرح کرده است:
- موجب زمان خاصی را برای قبول تعیین کرده است. در این فرض، حدوث قبول در این زمان تأثیر گذار است و اگر پس از گذشت این زمان، قبول اتفاق بیافتد، اعتباری ندارد زیرا مدت اعتبار ایجاب تمام شده است.
 - موجب بیان کرده: قبول باید فوری اعلام شود. در این فرض، مراد از فوریت عرفی است و باید در نخستین فرصت ممکن، به قبول اقدام شود و در غیر اینصورت، مدت اعتبار ایجاب تمام می‌شود.
 - موجب برای قبول مهلتی را تعیین نکرده است. در این فرض، مدت اعتبار ایجاب نامحدود نیست زیرا معقول نمی‌باشد که شخصی خود را بدون هیچ مرزی در خطر قبول قرار دهد. بلکه مدت اعتبار ایجاب از دید عرف، مهلت معقولی است که برای اندیشیدن درباره پیشنهاد لازم است و پس از این مدت، اعتبار ایجاب از بین می‌رود. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها؛ ۲۹۲/۱-۲۹۶)

ایشان در جایی دیگر، رجوع موجب از ایجاب را نیز باعث زوال آن می‌داند و درباره مرگ موجب پیش از قبول می‌نویسند:

در فرضی که ایجاب همراه با هیچ التزامی به حفظ ایجاب نباشد، مرگ گوینده ایجاب مانع از انعقاد قرارداد می‌شود زیرا مرگ باعث از بین رفتن اراده باطنی که سازنده اصلی عقد است، می‌شود و صرف توافق اراده‌های اعلام شده نیز به تنهایی منشأ وجود تعهد نمی‌شود. (۳۱۸) ایشان حجر گوینده ایجاب پیش از قبول را مانع نفوذ حقوقی ایجاب می‌داند زیرا باید شرایط عقد در دوران کامل شدن عقد در دو طرف وجود داشته باشد و فرض آن است که موجب به هنگام قبول که دوران کامل شدن عقد است، شرایط را دارا نیست. ایشان در ادامه، اغماء و خواب را تنها در صورتی که مانع فهم مخاطب از مفاد پیشنهاد و وقوع تراضی شود، مانع انعقاد قرارداد می‌داند ولی خواب و اغماء عارضی بین ایجاب و قبول را مانع قلمداد نمی‌کند. (۳۲۳) ایشان در ناحیه قبول، فوت یا حجر قبول کننده پیش از قبول را باعث زوال ایجاب می‌داند زیرا هر ایجابی به طور ضمنی مقید به شرط حیات و اهلیت و اختیار تصرف طرف قبول است. (۳۲۴)

دیدگاه فقیهان

دیدگاه فقیهان را می‌توان در قالب نه دیدگاه بیان کرد هر چند ممکن است برخی از این دیدگاه‌ها به دیگری رجوع کند اما به علت عدم آگاهی از مراد واقعی فقیه و نظر او درباره شقوقی که در کلامش ذکر نشده، تنها می‌توان نظر بیان شده در ظاهر کلام را به فقیه نسبت داد.

آرای فقیهان به صورت عمده در کتاب نکاح ذیل شرایط صیغه عقد و در کتاب بیع ذیل شرایط صیغه مطرح شده است. نویسندگان با مشاهده آرای فقیهان در این مسأله، تفاوت‌های زیادی را بین اقوال مشاهده کرد به نحوی که یک فقیه در کتاب بیع به نحوی فتوا داده و همو در کتاب نکاح به گونه‌ای دیگر قائل شده است. در ادامه به هنگام نقل آرای فقیهان، به این اختلاف فتاوا اشاره خواهد شد.

دیدگاه اول: لزوم وجود اهلیت در موجب و قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول

اولین فقیهی که به تصریح درباره وجود اهلیت برای موجب و قابل به هنگام انشاء دیگری سخن گفته، مرحوم شیخ انصاری است. ایشان قائل است که هر یک از بایع و مشتری باید در حین ایجاب و قبول دیگری، اهلیت قسم اول و دوم را دارا باشند و این شرایط نیز در طول زمان ایجاب تا قبول ادامه دار باشد. ایشان در شروطی که بدون آنها قابلیت تخاطب وجود ندارد، عدم صدق معنای معاقد و معاقد را دلیل بر این شرط می‌دانند و در شروطی که بدون آنها قابلیت تخاطب وجود دارد بیان می‌کند: از نظر عرفی باید رضایت هر یک در زمان انشاء دیگری وجود داشته باشد تا تعاقد و تعاهد صدق کند. ایشان در تبیین عدم صدق معاقد، می‌فرماید: « بدون شک اگر موجب پس از ایجاب و قبل از قبول از ایجاب خود رجوع کند، ایجاب بی اثر است هم چنین اگر قابل به هنگام ایجاب راضی نباشد یا رضایت او معتبر نباشد، ایجاب موجب لغو است. در نتیجه برای صدق مفهوم

معاهده شرط است که ایجاب و قبول در نفس متکلم از ابتدای ایجاب تا تمام قبول وجود داشته باشد و اگر در نفس هر دو یا یکی از آنها ایجاب و قبول وجود نداشته باشد یا وجود آن بدون اعتبار باشد، معنای معاهده محقق نخواهد شد. ایشان نقض به وصیت را به علت ایقاع بودن وصیت صحیح ندانسته و بیع مکره را نیز به علت اجماع از مسأله خارج می‌داند» (المکاسب، ۱۷۷/۳)

از عبارت مرحوم شیخ برداشت می‌شود که در صورت نبود هر دو قسم اهلیت حتی رضایت، عقد تشکیل نمی‌شود نه آنکه عقد صحیح واقع نمی‌گردد. ایشان صحت عقد با رضایت متأخر مکره را خلاف قاعده دانسته است و به همین دلیل به اجماع آن را مستدل کرده است.

شیخ/انصاری در کتاب نکاح بر خلاف کتاب مکاسب، مفاد دلیل اعتبار بلوغ و عقل متعاقدين را تنها وجود این دو شرط به هنگام عقد دانسته به این معنا که موجب به هنگام ایجاب، بالغ و عاقل باشد نه آنکه بلوغ و عقل او تا تمام شدن قبول استمرار داشته باشد. ایشان در ادامه، استدلال حکمی ایجاب را در تشکیل عقد شرط دانسته، به این صورت که موجب از ایجاب خود تا تمام شدن قبول رجوع نکند. (همو، کتاب النکاح، ص: ۹۰)

صاحب جواهر با تمسک به دلیل اشتراط، وجود شرایط در موجب را تا تمام قبول شرط می‌داند به همین دلیل اگر موجب پس از ایجاب، دیوانه شود یا بیهوش شود یا بخوابد، ایجاب او باطل است حتی در صورتی که به هنگام قبول، به حالت عادی بازگردد. ایشان در توضیح دلیل بیان می‌کنند: «دلیل دال بر اشتراط عقل مثلاً، اثبات می‌کند عقل در عقد شرط است و مراد از عقد ایجاب و قبول است. پس باید عقل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول در موجب وجود داشته باشد تا شرطیت صدق کند. ایشان وجود شرایط در قابل در صورتی که قبول مقدم شود را نیز لازم می‌داند.» (جواهر الکلام، ۱۴۷/۲۹)

هر چند صاحب جواهر این سخن را در ناحیه موجب بیان کرده است اما دلیل مذکور در کلام ایشان عمومیت دارد و مثبت لزوم وجود شرایط در قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول است زیرا دلیل دال بر اشتراط عقل مثلاً دلالت می‌کند قابل باید در عقد عاقل باشد و مراد از عقد، مجموعه ایجاب و قبول است. پس قابل باید از ابتدای ایجاب تا تمام قبول عاقل باشد تا شرطیت صدق کند. از سویی دیگر، ایشان تنها جنون، بیهوشی و خواب را به عنوان زائل کننده ایجاب بیان کرده است اما دلیل مذکور دلیلی عام است و می‌توان با تمسک به آن اشتراط وجود تمام شرایط از ابتدای ایجاب تا تمام قبول را به ایشان منتسب کرد.

دیدگاه دوم: لزوم وجود تمام شرایط به جز رضایت

مرحوم نائینی اشتراط وجود اهلیت در موجب و قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول را امری بدیهی دانسته [من القضا التي قیاساتها معها] و بر آن این گونه تعلیل کرده است:

عقد تنها با فعل دو نفر تشکیل می‌شود و مدار در تطابق بین مشتری و بایع این است که تمام شرایط صحت و لزوم در حال عقد در هر دو وجود داشته باشد.

البته ایشان معتبر در تشکیل عقد را قصد به ایجاد ماده دانسته نه رضایت به ایجاد ماده و به همین دلیل بیان می‌کند:

صحت عقد مکره در صورت لحوق رضایت پس از عقد، خلاف قاعده نیست. (منیه الطالب، ۱/۱۱۴)

تنها تفاوت بین دیدگاه شیخ/انصاری و نائینی در خلاف قاعده بودن صحت عقد مکره با رضایت متأخر یا موافق قاعده بودن آن است. از کلام شیخ/انصاری برداشت می‌شود صحت عقد مکره با رضایت متأخر، خلاف قاعده است و تنها با اجماع قابل تصحیح است در حالی که نائینی صحت عقد مکره با لحوق رضایت را مطابق قاعده دانسته است.

دیدگاه سوم: لزوم وجود قابلیت تخاطب قابل به هنگام ایجاب

مرحوم سید یزدی بیان می‌کند: « قابل باید به هنگام ایجاب قابلیت تخاطب داشته باشد ولی وجود اهلیت در سایر صور برای صدق عقد شرط نیست هر چند در صورتی که موجب به هنگام قبول، دیوانه شود یا بمیرد، صحت عقد متوقف بر اجازه ولی یا وارث است». (حاشیه المکاسب، ۱/۹۲)

البته ایشان در کتاب عروه ذیل بحث عقد نکاح به گونه‌ای دیگر فتوا داده، می‌نویسد: « بقاء متعاقدين بر اهلیت تا تمام عقد شرط است. پس اگر عقد را ایجاب کند سپس پیش از قبول، دیوانه یا بیهوش شود، عقد صحیح نیست. همینطور اگر ایجاب کند سپس بخوابد یا به کلی از عقد غافل شود. سائر عقود نیز همینگونه هستند و دلیل بر این شرط، عدم صدق معاهده و معاهده است علاوه بر این که اجماع وجود دارد و ادله نیز انصراف دارند». (العروه الوثقی (المحشی)، ۵/۶۰۴)

دیدگاه چهارم: لزوم وجود صلاحیت تخاطب موجب تا تمام قبول

مرحوم سید محسن حکیم می‌نویسد: « بعید نیست بقاء موجب بر صلاحیت تا تمام قبول شرط باشد». (نهج الفقاهه، ۱۱۳)

ایشان در مستمسک با تفصیل بیشتری بحث را بیان کرده، پس از تقسیم فقدان اهلیت به مانع از تخاطب مانع از سلطنت بر تصرف، می‌نویسد: « موجب و قابل باید به هنگام انشاء دیگری، اهلیت قسم اول را دارا باشند تا مفهوم معاهده صدق کند اما نسبت به اهلیت قسم دوم، موجب و قابل باید به هنگام فعل خویش این اهلیت را دارا باشند» (همو، مستمسک، ۱۴/۳۹۱)

عبارت اخیر ایشان در مستمسک شبیه دیدگاه پنجم است که در ادامه بیان خواهد شد.

دیدگاه پنجم: لزوم وجود قابلیت تخاطب متعاقدين به هنگام انشاء دیگری

محقق/اصفهانى وجود قابلیت تخاطب برای موجب و قابل به هنگام انشاء دیگری را لازم دانسته، آن را به عدم قصد جدی، مستند می کند. ایشان در توضیح می فرماید: « همراهی متعاقدين در عقد، همراهی دو جسم یا دو حیوان با هم نیست بلکه همراهی دو انسانی است که به آنچه برای دیگری ملتزم شده و آنچه دیگری برای او ملتزم شده، التفات دارند. در غیر این صورت، در نفس عاقل قصد جدی به معاهده با کسی که مانند دیوار یا حمار است، ایجاد نمی شود. صرف علم به التفات در آینده نیز نمی تواند معاهده فعلی را تصحیح کند. (حاشیه مکاسب، ۲۹۲/۱)

ایشان در ادامه، بیان می کند: « مرگ یا خواب یا بیهوشی پس از ایجاب، سبب از بین رفتن التزام ایجاد شده با ایجاب نیست و فرقی بین عروض این امور پس از تمام شدن قبول یا قبل از قبول وجود ندارد. زیرا اگر التزام نفسانی یا قرار عرفی عقلایی با مرگ و خواب از بین برود، محقق شدن التزام قابل در بقاء حقیقی یا عرفی آن بی تأثیر خواهد بود» (همان)

برخی از محققین معاصر پس از تقسیم عدم اهلیت به دو قسم مانع از تحقق تعاهد و تعاقد و مانع از تحقق عقد با رضایت معتبر، بحث در عدم اهلیت قسم او را در سه مورد تنقیح کرده است:

- در مورد اول، وجود اهلیت قابل را به هنگام ایجاب مورد بررسی قرار داده است. ایشان استدلال محقق اصفهانى به عدم قصد جدی را انکار کرده، اما برای این مطلب این گونه استدلال آورده که در ترتیب اثر عقلایی و شرعی شرط است که التزام نفسانی به طرف معامله ابراز شود و اگر طرف، قابلیت تخاطب نداشته باشد، اظهار به او مانند عدم اظهار است. پس قابلیت تخاطب قابل به هنگام ایجاب شرط است.
- در مورد دوم، وجود اهلیت موجب به هنگام قبول را مورد بررسی قرار داده است. ایشان علاوه بر دلیل بالا، این دلیل را نیز ذکر کرده که در حال قبول عقد تمام می شود و مال از ملک هر یک خارج می شود پس باید موجب نیز به هنگام قبول، اهلیت را دارا باشد تا اثر بر التزام نفسانی او مترتب شود.
- در مورد سوم، استمرار اهلیت موجب و قابل بین ایجاب و قبول را مورد بررسی قرار داده، استمرار اهلیت را شرط نمی داند. (روحانی، سید صادق، منهاج الفقاهه، ۲۴۵/۳-۲۴۷)

با این توضیح روشن شد، این دیدگاه با کلام **محقق/اصفهانى** هموست هر چند با دلیلی دیگر، همان دیدگاه پذیرفته شده است.

مرحوم قزوینی ذیل بحث اشتراط عقل می فرماید: « باید هر یک از موجب و قابل به هنگام تلفظ به ایجاب و قبول و هم چنین به هنگام تلفظ طرف مقابل، عقل را دارا باشند زیرا ربط معنوی بین موجب و قابل تنها در

صورتی ایجاد می‌شود که عقل هم زمان در هر دو وجود داشته باشد و مدلول صیغه صادر از خود و صیغه صادر از طرف مقابل را بفهمد. (ینایع الاحکام، ۶۹۴/۲)

هر چند ایشان در خصوص عقل این مطلب را فرموده، اما می‌توان با تعلیل بیان شده به ایشان نسبت داد که باید تمام شرایطی که بدون آنها تخاطب امکان ندارد در موجب و قابل وجود داشته باشد تا عقد و ربط معنوی بین این دو، شکل بگیرد. البته از این تعلیل استفاده نمی‌شود که استمرار این شرایط از ابتدای ایجاب تا تمام قبول شرط است.

دیدگاه ششم: لزوم وجود قابلیت تخاطب موجب به هنگام قبول

محقق خویی قابلیت تخاطب برای موجب را به هنگام قبول، شرط می‌داند. ایشان زمان گره خوردن دو التزام به یکدیگر را در زمان قبول دانسته، بیان می‌کند: «اگر بایع به هنگام قبول مشتری شرایط را دارا نباشد، حکم به فساد عقد می‌شود زیرا با انتفاء شرایط انشاء از بایع، التزام او رفع شده و التزام بایع به التزام مشتری متصل نشده است. مگر در مثل خواب و غفلت که منافاتی با بقاء التزام بایع ندارند و سیره بر این مطلب دلالت می‌کند» (مصباح الفقاهه، ۷۶/۳)

ایشان ذیل بحث عقد نکاح، با تفصیل بیشتری بحث را باز کرده است. ایشان در مسأله سه جهت را مورد بحث قرار داده است:

در جهت اول، اهلیت قابل به هنگام ایجاب را لازم ندانسته، معاهده و معاهده را در صورتی که قابل به هنگام قبول، اهلیت را دارا باشد، صادق می‌داند. در نظر ایشان، در فقدان اهلیت قابل به هنگام ایجاب، تفاوتی بین اهلیتی که قابل بدون آن قابلیت تخاطب ندارد و سایر اهلیت‌ها وجود ندارد.

در جهت دوم، وجود اهلیت را برای موجب به هنگام قبول شرط دانسته، ارتفاع اهلیت موجب را سبب زوال التزام او دانسته است. ایشان تحقق عنوان معاهده را متوقف بر وجود دو التزام و گره خوردن آن دو می‌داند و به همین دلیل، مرگ یا خواب یا غفلت موجب به هنگام قبول را مانع تحقق معاهده شمرده است.

در جهت سوم، استمرار اهلیت موجب بین ایجاب و قبول را شرط ندانسته، واسطه شدن حالت عدم اهلیت بین دو حالت اهلیت (زمان ایجاب و زمان قبول) را مضّر به صدق معاهده نمی‌داند. البته ایشان دیوانه شدن موجب بین ایجاب و قبول را از بین برنده التزام دانسته، هر چند موجب به هنگام ایجاب و قبول، عاقل باشد. (موسوعه الامام الخوئی، ۱۵۹/۳۳-۱۶۱)

بین کلام مرحوم خویی در موسوعه و مصباح الفقاهه دو تفاوت جدی وجود دارد:

- در مصباح الفقاهه، خواب یا غفلت موجب به هنگام قبول را مانع تحقق معاهده ندانسته در حالی که در موسوعه، خواب یا غفلت را مانع تلقی کرده است.

○ در موسوعه تصریح کرده: دیوانه شدن موجب پس از ایجاب مانع صدق تعاقّد است هر چند به هنگام قبول، عاقل شده باشد اما در مصباح الفقاهه به صورت کلی فقدان اهلیت بین ایجاب و قبول و بازگشت آن به هنگام قبول را مانع صدق تعاقّد تلقی نکرده است.

مرحوم سید تقی طباطبایی نیز علاوه بر لزوم وجود اهلیت در موجب و قابل به هنگام انشاء خویش، استمرار عقل موجب تا تمام قبول را شرط در صدق عقد دانسته، هر چند به نظر ایشان استمرار بیداری یا التفات شرط در صدق عقد نیست. (طباطبایی، تقی، عمده المطالب، ۱۴۱/۲)

دیدگاه هفتم: لزوم اهلیت موجب و قابل تنها به هنگام فعل خویش

مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب می نویسد: « در تحقق مفهوم معاهده تنها شرط است که شرایط معتبره در متعاقدين به هنگام انشاء خودش وجود داشته باشد. بله اگر رضایت موجب به معامله هنگام لحوق رضایت مرتفع شود، بعید نیست معاهده صدق نکند بر خلاف جایی که موجب پس از ایجاب بمیرد یا دیوانه شود یا بیهوش گردد زیرا تمام این موارد، مانع تحقق مفهوم معاهده هنگام قبول طرف دیگر نیست. » (حاشیه مکاسب، ۹۲/۱)

مرحوم تبریزی در حاشیه مکاسب می نویسد: « برای صدق عقد باید موجب به هنگام ایجاب و قابل به هنگام قبول، اهلیت قسم اول را دارا باشند. همچنین لزوم وجود اهلیت قسم دوم متوقف بر میزان دلالت دلیل دالّ بر آن است. مثلاً در بلوغ باید موجب به هنگام ایجاب و قابل به هنگام قبول، بالغ باشند اما در رضایت شرط نیست که به هنگام ایجاب و قبول، رضایت وجود داشته باشد و لحوق متأخر آن کافی است. اما اهلیت داشتن قابل به هنگام ایجاب و استمرار این اهلیت، هم چنین استمرار اهلیت موجب تا تمام شدن قبول، شرط نیست. (ارشاد الطالب، ۱۳۱/۲)

آیت الله شبیری می فرماید: « موجب و قابل به هنگام فعل خودشان باید قابلیت انشاء را داشته باشند و ایجابی که با اهلیت موجب ایجاد شود، استدامه حکمی دارد هر چند موجب از آن غافل شود. به همین دلیل شرط نیست که قابل به هنگام ایجاب و موجب به هنگام قبول، اهلیت را دارا باشند و استدامه اهلیت بین ایجاب و قبول نیز شرط نیست. تنها موجب نباید از ایجاب خود عدول کرده باشد» (کتاب بیع، ص: ۷۰۹)

امکان دارد بازگشت کلام مرحوم ایروانی نیز به همین کلام آیت الله شبیری باشد به این صورت که مراد ایشان از عدم رضایت موجب به هنگام قبول، رجوع موجب از ایجاب باشد نه آنکه صرفاً رضایت او به ایجاب مرتفع شده بدون آنکه از ایجاب رجوع کرده باشد. بین رجوع از ایجاب و ارتفاع رضایت این تفاوت وجود دارد که در رجوع از ایجاب، موجب ایجاب خود را لغو قرار داده، گویا هیچ ایجابی نکرده است در حالی که در ارتفاع رضایت، موجب تنها رضایت به ثمر بخش بودن ایجاب با ضمیمه قبول ندارد هر چند ایجاب خود را لغو قرار نداده است. فرض کنید رضایت موجب پس از ایجاب از بین رفته اما از ترس اینکه ضرری از ناحیه قابل یا شخصی دیگر

متوجه او شود، از ایجاب رجوع نمی‌کند. باید دقت داشت: تفاوت بین رجوع از ایجاب و ارتفاع رضایت این نیست که رجوع از ایجاب، اعلام و ابراز ارتفاع رضایت است بلکه هر دو امری نفسانی است. به این معنا که گاه رضایت از بین رفته اما نفس به عللی اقدام به رجوع از ایجاب و لغو قرار دادن ایجاب، نمی‌کند.

فقیه دیگری که دیدگاه هفتم از کلام ایشان برداشت می‌شود، مرحوم امام است. ایشان می‌فرماید: «ماهیت بیع تنها تملیک عین در مقابل عوض یا مبادله مال در مقابل مال است. عقد بودن بیع نیز به اعتبار گرهی است که ادعاء از تبادل دو اضافه حاصل می‌شود و این گره با ایجاب موجب ایجاد می‌شود بدون آنکه مخاطبه و معاهده در آن شرط باشد. به ضمیمه قبول به این ایجاب، عقد موضوع اعتبار عقلایی می‌شود. پس اگر قابل به هنگام ایجاب دیوانه یا بیهوش باشد و پس از به زوال جنون و بیهوشی، قبول را انجام دهد، موضوع اعتبار عقلایی تمام است. همینطور اگر بایع هنگام قبول از اهلیت خارج شده باشد، خللی در تحقق عقد وارد نمی‌کند و موجب پس از بازگشت عقل می‌بیند معاوضه با قبول تمام شده است. حتی اگر موجب پس از ایجاب بمیرد، عقد با قبول تشکیل می‌شود هر چند صحت این عقد نیازمند امضاء ورثه است. حتی بعید نیست عدول موجب از ایجاب و لحوق رضایت موجب پس از رد، برای صحت عقد کافی باشد. (کتاب البیع، ۱/ ۳۵۴-۳۵۶)

هر چند تفاوت‌هایی بین این عبارات وجود دارد اما نکته مشترک هر چهار عبارت این است که وجود اهلیت قسم اول در موجب به هنگام ایجاب و قابل به هنگام قبول، لازم است و بدون آن عقد تشکیل نمی‌شود اما اهلیت داشتن موجب به هنگام قبول و استمرار این اهلیت تا تمام شدن قبول و اهلیت داشتن قابل به هنگام ایجاب و استمرار آن، شرط نیست.

ادله مطرح شده در مسأله

هر چند صاحب *حداائق* ذیل بحث عقد نکاح از برخی ادعای اجماع را نقل کرده، (الحدائق الناضرة، ۱۷۶/۲۳) سید یزدی (العروة الوثقی (المحشی)، ۶۰۴/۵) و سید حکیم (مستمسک العروه، ۳۹۸/۱۴) این ادعا را تکرار کرده، صاحب *جوهر* نیز وجود مخالف در مسأله را انکار کرده است (جواهر الکلام، ۱۴۷/۲۹) اما مرحوم *لاری* وجود اجماع یا شهرت منقول یا محصل و حتی سایر ادله را انکار نموده، تنها دلیل بر مسأله را عدم صدق معاهده و معاهده می‌داند. (التعلیقه علی مکاسب، ۴۶۸/۱) همچنین ادعای اجماع مطرح شده در کلام این بزرگان، اختصاص به بقاء اهلیت موجب تا تمام قبول دارد و نظارتی به سایر صورت‌ها ندارد. چنانچه با تتبع صورت گرفته، اولین فقیهی که تصریح به لزوم وجود اهلیت قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول کرده، *شیخ انصاری* در مکاسب است (۱۷۷/۳) که خود ایشان در کتاب النکاح این مطلب را پذیرفته است. (ص ۹۱) صاحب *حداائق* نیز هر چند ادعای اجماع را نقل کرده اما خود به آن راضی نشده و مطابق آن فتوا نداده است. در نتیجه،

اجماع ادعا شده مدرکی ندارد و نمی توان با تمسک به آن، حکم مسأله را روشن کرد. به همین دلیل برخی از بزرگان همچون مرحوم طباطبایی وجود دلیل خاص از کتاب و سنت را در مسأله منتفی دانسته، میزان را صدق عنوانین اخذ شده در لسان ادله امضا (بیع، تجارت و ..) بیان کرده اند. (عمده المطالب، ۱۴۱/۲) به جز صدق معاهده و معاهده، ادله مختلف دیگری در مسأله مورد استدلال قرار گرفته که هر یک مفاد متفاوتی دارد. در ادامه ادله مورد استدلال -فارغ از مفاد آن- به ترتیب ذکر می گردد.

دلیل اول: تنظیر ایجاب به عقد جائز

علامه حلی اولین فقیهی است که بر لزوم بقاء موجب بر اهلیت تا تمام شدن قبول، دلیل ذکر کرده است. ایشان ایجاب پیش از قبول را به عقد جائز تنظیر کرده، تمام موانعی که باعث از بین رفتن عقد جائز می شود را زائل کننده ایجاب دانسته است. (تذکره (ط-القديمة)، ۵۸۲) **شهید ثانی** (مسالك، ۱۰۰/۷) و فاضل هندی (كشف اللثام، ۴۹/۷) نیز این دلیل را تکرار کرده، مطابق آن عروض نوم را مزیل ندانسته اند. به نظر می رسد نتیجه تنظیر ایجاب به عقد جائز این باشد که بقاء اهلیت قسم اول برای موجب تا تمام شدن قبول شرط است اما مطابق این دلیل شرط نیست که قابل به هنگام ایجاب، دارای اهلیت باشد و اهلیت او تا تمام شدن قبول، استمرار یابد.

صاحب حدائق تنها دلیل بر بطلان عقد جائز با از بین اهلیت را اجماع دانسته، این اجماع را مخدوش دانسته است. (الحدائق الناضرة، ۱۷۷/۲۳) در نتیجه در دیدگاه ایشان، تنظیر ایجاب به عقد جائز باعث نمی شود ایجاب را با زوال اهلیت موجب، زائل بدانیم زیرا زوال عقد جائز با این امور نیز ثابت نشده است. **صاحب جواهر** نیز تنظیر ایجاب به عقد جائز را نپذیرفته، در نتیجه عروض نوم برای موجب را زائل کننده ایجاب دانسته است در حالی که عروض نوم در عقود جائزه، موجب زوال آنها نیست. (جواهر الکلام، ۱۴۸/۲۹) **مرحوم حکیم** تنظیر ایجاب به عقد جائز را ادعایی صرف دانسته، وجود دلیل بر آن را نفی کند. (مستمک، ۳۹۱/۱۴) روشن به نظر می رسد که تنظیر ایجاب به عقد جائز، صحیح نیست زیرا در عقد جائز، ایجاب و قبول تحقق یافته و معاهده بین موجب و قابل، صورت گرفته است ولی به حکم عقلا یا شرع، وفای به این عقد واجب نیست و هر یک از دو طرف یا یکی از آنها، توانایی به هم زدن عقد را دارند اما با صدور ایجاب و قبل از تحقق قبول، عقد شکل نیافته است. همین تفاوت باعث می شود بتوان احکام عقد جائز را به ایجاب، سرایت داد.

دلیل دوم: عدم صدق معاهده و معاهده

مرحوم شیخ انصاری، دلیل بر لزوم وجود هر دو قسم اهلیت در موجب و قابل از ابتدای عقد تا تمام شدن قبول را عدم صدق معاهده و معاهده دانسته است. (المکاسب، ۱۷۷/۳) این استدلال به گونه های مختلف، تبیین شده است. **مرحوم نائینی** در توضیح می فرماید: «عقد تنها با فعل دو نفر تشکیل می شود و مدار در

تطابق بین مشتری و بایع این است که تمام شرایط صحت و لزوم در حال عقد در هر دو وجود

داشته باشد.» (منیه الطالب، ۱/۱۱۴)

مرحوم مامقانی به نحوی دیگر کلام مرحوم شیخ را توضیح داده، می‌نویسد: « محصل کلام شیخ انصاری

این است که عقد حالتی وحدانی دارد و به همین دلیل، بقاء موجب و قابل بر اوصاف معتبر در

انشاء، در مجموع عقد شرط است» (غایه الآمال، ۲/۲۶۳)

نتیجه دلیل لزوم صدق معاهده و معاهده در دیدگاه فقیهان متفاوت است که در ذیل به برخی اشاره می‌شود؛

○ برای صدق تعاهد دو طرف عقد باید به هنگام ایجاب و قبول، اهلیت را دارا باشند. (اصفهانی،

محمد حسین، حاشیه المکاسب، ۱/۲۹۱)

○ برای صدق معاهده، وجود اهلیت دو طرف به هنگام ایجاب شرط است. (یزدی، محمد کاظم،

حاشیه المکاسب، ۱/۹۲)

○ بقاء موجب بر اهلیت تا تمام شدن قبول، شرط برای صدق معاهده است. (خوئی، ابوالقاسم،

موسوعه، ۳۳/۱۶۰)

○ تنها وجود شرایط برای موجب به هنگام ایجاب و قابل به هنگام قبول، کافی برای صدق

معاهده است. (ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، ۱/۹۲)

این فقیهان بر خلاف شیخ انصاری، تنها وجود اهلیت قسم اول را دخیل در صدق معاهده و معاهده دانسته‌اند

هر چند بین کلام آنان تفاوت‌هایی وجود دارد.

همانگونه که روشن است، عنوان معاهده و معاهده در ادله وارد نشده و تنها عنوان عقد، بیع، تجارت و ... در

ادله آمده و صدق این عناوین از نظر عرفی، شرایطی دارد که در صورت وجود این شرایط، تسک به ادله امضاء

ممکن خواهد بود. پس اهمیت دارد شرایط صدق این عناوین در نظر عرفی مورد بررسی قرار گیرد.

همانگونه که در مباحث مقدماتی بیان شد، شروطی که بدون آنها اراده تحقق نمی‌یابد، شرط شکل‌گیری عقد

هستند و شروطی که بدون آنها اراده تحقق می‌یابد اما بی اثر است، شرط صحت عقد هستند اعم از آنکه این

شروط از نظر عرفی و عقلایی شرط صحت قرار داده شده یا از نظر شرعی شرط صحت باشند.

با توجه به این مقدمه، برای شکل‌گیری عقد لازم است موجب و قابل به هنگام فعل خویش اهلیت قسم اول را

دارا باشند اما وجود اهلیت در طرف مقابل، تأثیری در شکل‌گیری عقد ندارد. چنانچه وجود اهلیت قسم دوم

دخالتی در شکل‌گیری عقد نخواهد داشت.

تأکید این بزرگان بر آن است که در شکل‌گیری عقد، تخاطب شرط است و در صورت نبود اهلیت قسم اول در

مخاطب، تخاطبی شکل نخواهد گرفت. اما این مطلب ادعایی بدون دلیل است زیرا از نظر عرفی، تخاطب مقوم

انشاء نیست و دلیلی نیز بر لزوم تخاطب در انشاء وارد نشده است. از تعریف عقد تنها برداشت می‌شود که باید

دو قرار یا دو التزام به هم مرتبط شوند و برای تحقق ارتباط بین دو قرار یا دو التزام، وجود اهلیت موجب به هنگام ایجاب و اهلیت قابل به هنگام قبول، کفایت می کند.

به طور خلاصه می توان گفت: نهایت مفاد دلیل دوم آن است که باید هر یک از دو طرف قرارداد به هنگام فعل خویش اهلیت قسم اول را دارا باشند و همین در شکل گیری عقد کافی است.

باز تأکید می شود: محور بحث، درباره زمان اعتبار اهلیت در دو طرف قرارداد است و لزوم شروطی دیگر مانند موالات، خارج از مقاله حاضر است. در نتیجه، تمام مباحث بیان شده مطابق این مبناست که ترک موالات خللی در صدق عقد ایجاد نمی کند یا بر فرض لزوم موالات، فاصله ای که موالات را از بین برد بین ایجاب و قبول واقع نشده است.

دلیل سوم: عدم قصد جدی

محقق اصفهانی دلیل اصلی در مسأله را عدم قصد جدی دانسته، می نویسد: « همراهی متعاقدين در عقد، همراهی دو جسم یا دو حیوان با هم نیست بلکه همراهی دو انسانی است که به آنچه برای دیگری ملتزم شده و آنچه دیگری برای او ملتزم شده، التفات دارند. در غیر این صورت، در نفس عاقل قصد جدی به معاهده با کسی که مانند دیوار یا حمار است، ایجاد نمی شود. صرف علم به التفات در آینده نیز نمی تواند معاهده فعلی را تصحیح کند» (حاشیه مکاسب، ۲۹۲/۱)

مطابق تصریح ایشان، این دلیل لزوم وجود اهلیت قسم اول در موجب و قابل به هنگام تحقق ایجاب و قبول را اثبات می کند و توانایی آن را ندارد که وجود اهلیت قسم دوم و هم چنین استمرار اهلیت را به اثبات برساند.

مرحوم امام مطابق تفسیر خویش از حقیقت بیع، به کلام *مرحوم اصفهانی* پاسخ داده، می فرماید: « ماهیت بیع تنها تملیک عین در مقابل عوض یا مبادله مال در مقابل مال است. اطلاق عقد بر بیع نیز به اعتبار گرهی است که ادعاء از تبادل دو اضافه حاصل می شود. این گره و مبادله نیز با ایجاب موجب به وجود می آید بدون آنکه تخاطب و تعاهد در آن دخیل باشد. پس از ضمیمه شدن قبول طرف مقابل، ایجاب موضوع موضوع اعتبار عقلایی و شرعی قرار می گیرد. در نتیجه، دیوانه یا بیهوش بودن مشتری به هنگام ایجاب، ضرری به ایجاب موجب وارد نکرده، هر زمان مشتری عاقل شد یا به هوش آمد و ایجاب را قبول کرد، نصاب موضوع اعتبار عقلایی و شرعی تمام می گردد» (کتاب البیع، ۳۵۵/۱)

ایشان در ادامه می فرماید: کلام *محقق اصفهانی* که قصد جدی در نفس عاقل به معاهده به کسی که مانند دیوار یا حمار است، منقذ نمی شود، از بیع بیگانه است و از آنجا سرچشمه می گیرد که ایشان تصور کرده بیع معاهده بین دو طرف در هنگام ایجاد بیع است در حالی که بیع تنها تملیک در مقابل عوض است و این امر تنها

با فعل بایع ایجاد می‌شود. اعم از آنکه طرف مقابل مانند دیوار و حمار باشد یا نه. مخاطب نیز دخالتی در ماهیت معامله ندارد. (همان)

کلام مرحوم امام مبتنی بر تفسیر ایشان از حقیقت عقد است. ایشان عقد را در حقیقت ایقاع دانسته، تحقق آن را با ایجاب تلقی کرده است. در حالی که کلام *محقق اصفهانی* مبتنی بر مبنای دو طرفی بودن عقد است به این صورت که برای تحقق عقد، وجود دو انشاء یکی از ناحیه موجب و دیگری از ناحیه قابل شرط است. هر چند باید در جایگاه خویش درباره صحت مبنای مرحوم امام بحث کرد اما به طور خلاصه می‌توان گفت: مبنای ایشان خلاف فهم عرفی از عقد است و از نظر عرفی، مقوم عقد وجود دو انشاء است و به اعتبار گره خوردن این دو انشاء، بر آن عقد صدق کرده است.

فارغ از صحت مبنای مرحوم امام، بررسی کلام *محقق اصفهانی* مطابق مبنای مشهور در تحلیل عقد نیز ضروری است. برخی از محققین معاصر، در پاسخ به *محقق اصفهانی* می‌نویسد: «ایجاب پس از آنکه توسط موجب ایجاد می‌شود، تا زمانی که از آن رفع ید نکند، باقی است. با این فرض، هر زمان قابلی که اهلیت را داراست ایجاب را قبول کند، دو التزام با یکدیگر مرتبط می‌شوند و عنوان عقد تحقق خواهد یافت. این ادعا که التزام در نفس موجب نسبت به کسی که مانند دیوار است، منقذ نمی‌شود نیز محل اشکال است» (روحانی، سید صادق، منهاج الفقاهه، ۲۶۴/۳)

به نظر می‌رسد دلیل *محقق اصفهانی* نمی‌تواند مدعای ایشان را اثبات کند هر چند در برخی از موارد با تمسک به این دلیل می‌توان شکل گیری عقد را نفی کرد. در توضیح باید گفت: برای شکل گیری عقد، مخاطب شرط نیست و وجود اهلیت هر یک از دو طرف قرارداد به هنگام فعل خویش کفایت می‌کند. از سویی دیگر، تحقق انشاء از انشاء کننده متوقف بر قصد جدی اوست و بدون قصد نمی‌تواند تحقق یابد. با توجه به این نکات، در صورتی که موجب بداند قابلی که به هنگام ایجاب اهلیت قسم اول را دارد نیست، هیچ گاه اهل نخواهد شد و مثلاً بداند دیوانه‌ای که قصد دارد مال خود را به او بفروشد هیچ گاه عاقل نخواهد شد، نمی‌تواند قصد جدی به ایجاب در نفس او منقذ شود. اما در صورتی که علم دارد قابل پس از ایجاب، اهل خواهد شد و مثلاً دیوانگی قابل ادواری است و پس از گذشت زمانی دوباره عاقل خواهد شد، قصد جدی به ایجاب نفس موجب منقذ می‌شود. منقذ شدن قصد جدی در موجب به هنگام شک در حصول شرایط در قابل، محل تردید است و هنوز برای نویسنده انقداح اراده در این صورت، به اثبات نرسیده است. اما به هر حال، وجود اهلیت در طرف مقابل به خودی خود دخالتی در شکل گیری عقد ندارد هر چند نبود اهلیت طرف مقابل به ضمیمه علم به عدم تحقق آن در آینده، مانع انقداح قصد جدی می‌گردد.

باید دقت داشت: نتیجه این مطلب با کفایت وجود اهلیت در موجب و قابل به هنگام فعل خویش تفاوت دارد. زیرا ممکن است موجب به هنگام ایجاب علم داشته باشد قابل در آینده نیز اهل نخواهد شد اما بر خلاف علم

موجب، اهلیت برای قابل ایجاد شد. در این فرض، مطابق دلیل مذکور عقد شکل نگرفته است اما مطابق دیدگاه اخیر، با قبول قابل عقد شکل می گیرد.

دلیل چهارم: اطلاعات ادله شروط

صاحب جواهر با تمسک به دلیل اشتراط، وجود شرایط در موجب را تا تمام قبول شرط می داند به همین دلیل اگر موجب پس از ایجاب، دیوانه شود یا بیهوش شود یا بخوابد، ایجاب او باطل است حتی در صورتی که به هنگام قبول، به حالت عادی بازگردد. ایشان در توضیح دلیل بیان می کنند: دلیل دال بر اشتراط عقل مثلا، اثبات می کند عقل در عقد شرط است و مراد از عقد ایجاب و قبول است. پس باید عقل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول در موجب وجود داشته باشد تا شرطیت صدق کند. ایشان وجود شرایط در قابل در صورتی که قبول مقدم شود را نیز لازم می داند. (جواهر الکلام، ۱۴۷/۲۹)

هر چند **صاحب جواهر** این سخن را در ناحیه موجب بیان کرده است اما دلیل مذکور در کلام ایشان عمومیت دارد و مثبت لزوم وجود شرایط در قابل از ابتدای ایجاب تا تمام قبول شرط است زیرا دلیل دال بر اشتراط عقل مثلا دلالت می کند قابل باید در عقد عاقل باشد و مراد از عقد، مجموعه ایجاب و قبول است. پس قابل باید از ابتدای ایجاب تا تمام قبول عاقل باشد تا شرطیت صدق کند. از سویی دیگر، دلیل مذکور دلیلی عام است و توانایی اثبات اشتراط وجود تمام شرایط از ابتدای ایجاب تا تمام قبول را دارد.

همانگونه که روشن است این دلیل با ادله پیش گفته تفاوت جدی دارد. به این بیان که در ادله پیش گفته، شکل گیری عقد متوقف بر وجود اهلیت برای موجب و قابل اعلام شده ولی در این دلیل، بدون در نظر گرفتن شکل گیری عقد، صحت عقد انکار شده است. در حقیقت **صاحب جواهر** ادعا می کند: شارع برای صحت عقد شروطی را بیان کرده و عقد تنها در صورتی صحیح است که این شروط از ابتدای عقد تا تمام شدن آن در موجب و قابل وجود داشته باشد. در این تحلیل شکل گیری عقد انکار نشده، ممکن است **صاحب جواهر** با وجود پذیرش شکل گیری عقد، تنها صحت را انکار کند.

مرحوم لاری در پاسخ به این استدلال می نویسد: «اطلاقات ادله شروط این حکم را بیان می کنند که عقدی که شروط را در در هیچ لحظه ای از ابتدای عقد تا تمام شدن آن نداشته باشد، باطل است نه آنکه لازم است از ابتدای عقد تا تمام شدن آن، شرایط وجود داشته باشد.» (المکاسب، ۴۶۸/۱)

مرحوم مامقانی نیز مقتضای دلیل شروط را تنها این دانسته که هر یک از موجب و قابل باید به هنگام فعل خویش بالغ بوده، اختیار و رضایت داشته باشند. (غایه الآمال، ۲۶۳/۲)

به نظر می رسد همانگونه که مرحوم تبریزی فرموده، باید بین ادله شروط تفکیک قائل شد. برخی از شروط مثل بلوغ تنها ناظر به هنگام انشاء است و از ادله اشتراط بلوغ برداشت می شود: موجب و قابل باید به هنگام فعل

خویش، بالغ باشند. اما مفاد برخی از شروط مانند طیب نفس آن است که طیب نفس در صحت عقد دخیل است هر چند طیب نفس پس از عقد ایجاد شود. (تبریزی، جواد، ارشاد الطالب، ۱۳۲/۲)

دلیل پنجم: انصراف عموماً صحت عقد

سید یزدی بقاء متعاقدين بر اهلیت را تا تمام شدن قبول شرط دانسته است. ایشان علاوه بر استدلال به عدم صدق معاقد و اجماع، به انصراف نیز تمسک کرده است. (العروه، ۶۰۴/۵)

این دلیل مانند دلیل قبل ناظر به صحت عقد است و نظارتی به مرحله تشکیل عقد ندارد. مدعا در این دلیل این است که عموماً صحت عقود مانند «اوفوا بالعقود» تنها شامل عقودی می‌شود که دو طرف قرارداد از ابتدای ایجاب تا تمام شدن قبول، اهلیت را دارا باشند.

محقق خویی ادعای انصراف را نپذیرفته (موسوعه، ۱۶۰/۳۳) **مرحوم حکیم** نیز با توجه به شرط نبودن بقاء اهلیت موجب و قابل، انصراف را بدوی دانسته است. (مستمسک، ۳۹۲/۱۴) همانگونه که روشن است انصراف نیازمند وجود منشأ انصراف است و بدون آن ادعای انصراف، صحیح نیست. همچنین با فرض شرط نبودن بقاء اهلیت موجب و قابل از نظر عرفی و نبود دلیلی شرعی بر این امر، منشأ انصرافی متصور نیست. در نتیجه ادعای انصراف مطرح شده در کلام **سید یزدی** قابل اثبات نیست و به همین دلیل برای اثبات صحت عقدی که اهلیت دو طرف در بخشی از آن وجود نداشته، به عموم ادله صحت عقود تمسک می‌شود.

دلیل ششم: زوال وجود بقائی اراده با زوال اهلیت

محقق خویی برای لزوم وجود اهلیت در موجب به هنگام قبول این گونه استدلال آورده که زوال اهلیت موجب به واسطه دیوانگی و مرگ و خواب و غفلت و حجر، باعث می‌شود التزام صادر شده از ناحیه او نیز زائل گردد. ایشان با همین استدلال، عروض این موانع بین ایجاب و قبول را مخلّ دانسته هر چند خواب و غفلت را استثنا کرده است. (موسوعه، ۱۶۰/۳۳)

محقق اصفهانی می‌فرماید: «مرگ یا خواب یا بیهوشی پس از التزام باعث از بین رفتن التزام نیست. به همین دلیل بدون شک عهد و التزام حتی با مرگ باطل نمی‌شود. مرگ و خواب پس از قبول یا پیش از آن نیز تفاوتی ندارد. زیرا التزام نفسانی یا قرار عقلایی اگر با مرگ و خواب از بین رود، ملحق شدن التزام دیگر (قبول) تأثیری در بقاء حقیقی یا عرفی التزام نخواهد داشت. (حاشیه مکاسب، ۲۹۲/۱)

تنظیر ایجاب به عقد در کلام **محقق اصفهانی** صحیح نیست زیرا از یک سو، پس از ملحق شدن قبول و تشکیل عقد، عقد موضوع اعتبار عقلایی و شرعی می‌شود و با این اعتبار، اثر وضعی انشاء شده به واسطه عقد، محقق می‌گردد. در حالی که با ایجاب تنها اثر در افق ذهن موجب ایجاد شده و موضوع اعتبار عقلایی و شرعی قرار نگرفته است. از سویی دیگر، از نظر عقلایی با تحقق قبول، التزام وجودی مستقل پیدا کرده، دیگر مرتبط به

موجب و قابل نیست. به همین دلیل فسخ موجب و قابل هیچ تأثیری در زوال التزام ندارد. در حالی که پیش از تحقق قبول، موجب می‌تواند از انشاء عدول کند و با عدول، التزام حاصل شده با ایجاب از بین خواهد رفت. همین تفاوت‌ها مانع تطبیق ایجاب به عقد است.

اما با این حال، کلام محقق/صفهانی صحیح است زیرا التزام حاصل شده به ایجاب نیز از نظر عقلایی وجودی مستقل از موجب دارد و با از بین رفتن اهلیت موجب، وجود التزام نابود نمی‌شود. هر چند از نظر عقلایی بین ایجاب و عقد این تفاوت وجود دارد که موجب پیش از قبول می‌تواند از ایجاب خود عدول کند در حالی که این امکان پس از تحقق قبول، امکان پذیر نیست.

دیدگاه مختار

شرایطی که در اهلیت دو طرف قرارداد بیان شده، بر دو قسم است. نبود برخی از شرایط باعث می‌شود اراده صادر نگردد و نبود برخی دیگر از شرایط باعث می‌شود اراده صادر شده بدون اثر باشد. پس باید بین این دو نوع اهلیت تفکیک صورت گیرد.

اهلیت قسم اول

تأثیر اهلیت مقوم اراده در عقد یا در ناحیه تشکیل عقد است یا در ناحیه صحت عقد. به همین دلیل باید بین این دو امر نیز تفکیک صورت گیرد.

شکل گیری عقد

برای شکل گیری عقد، موجب و قابل باید به هنگام عمل خویش، اهلیتی که بدون آن اراده شکل نمی‌گیرد را دارا باشند. به همین دلیل، اگر موجب یا قابل به هنگام ایجاب یا قبول، نائم یا بدون قصد یا مجنون باشند، عقد شکل نمی‌گیرد. هر چند نبود این شرایط برای موجب به هنگام قبول، سبب لغویت ایجاب نیست و قابل در صورت وجود شرایط، می‌تواند قبول را انشاء کند و عقد با قبول او شکل خواهد گرفت.

هم چنین در صورتی که قابل به هنگام ایجاب، اهلیت پیش گفته را دارا نباشد و موجب علم داشته باشد اهلیت برای قابل در آینده ایجاد نخواهد شد، قصد جدی انشاء در نفس موجب منقذ نمی‌شود و ایجابی از او صادر نمی‌شود. همانگونه که به هنگام بررسی دلیل سوم بیان شد، نتیجه این مطلب با کفایت وجود اهلیت در موجب و قابل به هنگام فعل خویش تفاوت دارد. زیرا ممکن است قابل به هنگام ایجاب اهلیت را دارا نباشد و موجب علم داشته باشد قابل در آینده نیز اهل نخواهد شد اما بر خلاف علم موجب، اهلیت برای قابل ایجاد شد. در این فرض، مطابق دلیل مذکور عقد شکل نگرفته است اما مطابق دیدگاه اخیر، با قبول قابل عقد شکل می‌گیرد. منقذ شدن قصد جدی در موجب به هنگام شک در حصول شرایط در قابل، محل تردید است و هنوز برای نویسنده انقذاح اراده در این صورت، به اثبات نرسیده است.

رجوع موجب از ایجاب پیش از تحقق قبول نیز باعث از بین رفتن التزام حاصل شده به ایجاب است. زیرا هر چند از نظر عقلایی، التزام حاصل شده با ایجاب وجودی مستقل از موجب دارد اما با این حال ارتباط التزام با موجب به طور کامل قطع نشده، موجب توانایی دارد این التزام را با رجوع خود، زائل کند. با این فرض، تحقق قبول پس از رجوع موجب از ایجابش، تأثیری در شکل گیری عقد ندارد زیرا التزامی از ناحیه موجب وجود ندارد که با گره خوردن با التزام قابل، عقد تشکیل گردد.

صحت عقد

روشن است که تشکیل عقد با صحت آن تلازمی ندارد و امکان دارد با وجود تشکیل عقد، از نظر عقلایی یا شرعی عقد صحیح نباشد. به همین دلیل باید صورت‌هایی که با وجود تشکیل عقد، حکم به صحت آن نمی‌شود بیان گردد.

در صورتی که موجب به هنگام ایجاب، اهلیت را دارا باشد اما پس از ایجاب، دیوانه شود یا بمیرد و پس از آن قبول تحقق پذیرد، عقد تشکیل می‌شود اما صحت آن متوقف بر اجازه ولی یا ورثه است زیرا زمان تحقق قبول، زمانی است که اثر عقد بر آن مترتب می‌شود. به عنوان نمونه با لحوق قبول، ملکیت فروشنده از مبیع زائل شده، خریدار مالک می‌شود. حال با مرگ بایع، مالک هنگام تشکیل عقد ورثه هستند و باید آنان به خروج مال از ملک خود رضایت داشته باشند. شبیه به همین تقریب درباره ولی نیز جریان دارد. به عبارتی دیگر، وجوب وفا به عقد تنها توسط وارث یا ولی قابل فرض است و عقدی که بدون رضایت آنان تحقق یافته، مستند به وارث یا ولی نیست تا وفا بر آنان واجب باشد. پس باید وارث یا ولی به عقد رضایت دهند تا استناد عقد به آنان تحقق یابد.

خواب یا غفلت موجب پس از ایجاب و حتی هنگام قبول، مانع اعتبار عقلایی و شرعی عقد تشکیل یافته نیست.

اهلیت قسم دوم

تأثیر اهلیت قسم دوم نیز در دو مرحله شکل گیری عقد و صحت آن است.

شکل گیری عقد

محجور بودن موجب به هنگام ایجاب یا قابل به هنگام قبول، مانع شکل گیری عقد نیست. چنانچه محجور شدن پس از ایجاب نیز التزام حاصل شده با ایجاب را از بین نمی‌برد. زیرا حجر سفیه تنها به معنای توقف صحت عقد بر اجازه ولی است و سایر اقسام حجر مانند ورشکستگی نیز به علت رعایت حق طلبکاران است. به همین دلیل صحت عقد در این فرض متوقف بر اجازه طلبکاران است.

البته مطلب در بلوغ به این وضوح نیست و امکان دارد از ادله‌ای مانند رفع قلم برداشت شود، اراده صبی از نظر شرعی بیهوده است و به همین دلیل اگر موجب به هنگام ایجاب یا قابل به هنگام قبول بالغ نباشند، اراده آنها

نمی تواند تأثیری در شکل گیری عقد داشته باشد. اما این مطلب صحیح نیست زیرا شکل گیری عقد، منوط به صدور اراده است و صبی ممیز می تواند اراده کند. پس صبی ممیز می تواند انشاء عقد را انجام دهد و انشاء او باعث شکل گیری عقد می شود. اما حدیث رفع قلم - در فرض دلالت^۱ - اراده او را بدون اثر دانسته و عقدی که صبی منعقد کرده را باطل اعلام می کند. به این معنا که حتی با اجازه متأخر ولی قابل تصحیح نیست نه آنکه عقدی با انشاء صبی ممیز شکل نمی گیرد. باز باید دقت کرد: نبود شرط بلوغ برای قابل به هنگام قبول، باعث می شود قبول او بی اثر باشد نه آنکه ایجاب لغو شود. به همین دلیل، امکان دارد قبول قابل پس از بلوغ، عقد صحیح را ایجاد کند.

صحت عقد

در صورتی که موجب و قابل به هنگام قبول، محجور نباشند عقد به صورت صحیح منعقد می شود هر چند به هنگام ایجاب یا بین ایجاب و قبول یا پس از قبول، حجر ایجاد شود. زیرا زمان قبول زمانی است که اثر بر عقد مترتب می شود و در این زمان، مانعی در موجب و قابل وجود ندارد. اما محجور بودن موجب یا قابل به هنگام قبول، باعث می شود صحت عقد آنها متوقف بر اجازه باشد. وجه این حکم با توجه به مطلب بالا روشن می شود.

ولایت نداشتن^۲ موجب یا قابل باعث می شود صحت عقد متوقف بر اجازه باشد. به عنوان نمونه در صورتی که فضولی مال دیگری را بفروشد، صحت این بیع متوقف بر اجازه مالک است هر چند این اجازه پس از عقد ملحق شود.

نبود رضایت موجب یا قابل نیز باعث توقف صحت عقد بر رضایت است هر چند این رضایت پس از عقد ایجاد شود.

جمع بندی

مقوم عقد اراده است و با صدور اراده از موجب و قابل، عقد شکل می گیرد. نبود اموری مانند حیات و عقل و تمیز و التفات مانع صدور اراده است. پس باید موجب و قابل به هنگام فعل خویش، این امور را دارا باشند. با فرض وقوع ایجاب از موجب دارای این شرایط، ایجاب به اعتبار عقلایی بقاء دارد و با ضمیمه قبول به آن، عقد محقق خواهد شد. البته در صورت مرگ موجب یا از بین رفتن اموری مانند عقل موجب به هنگام قبول، صحت

۱. بسیاری از فقیهان صبی ممیز را مسلوب العبارة ندانسته اند به همین دلیل وکالت صبی را صحیح قلمداد کرده اند. کتاب البیع (للإمام الخميني): ج ۲، ص: ۴۹ منهاج الصالحين (للخوئي): ج ۲، ص: ۱۶، منهاج الصالحين (للتبريزي): ج ۲، ص: ۲۱، منهاج الصالحين (للوحيدي): ج ۳، ص: ۲۳، المسائل الشرعية (للبشير): ص: ۶۱ المسائل المنتخبة (للسيستاني): ص: ۳۰۳ و ...

با این فرض، بالغ نبودن موجب یا قابل مانع شکل گیری عقد و وجود صحت تأهلی برای عقد نیست و با اجازه ولی، عقد تصحیح خواهد شد.

۲. مراد از ولایت در اینجا، ولایت مختص به ولی صبی و مجنون نیست بلکه شامل مالک نیز می شود. علت استفاده نکردن از اصطلاح مالک این است که اثر موجود در تمام عقود ملکیت نیست.

زمان اعتبار اهلیت طرفین قرار داد..... ۴۰

عقد متوقف بر اجازه وارث یا ولی است و بدون آن، عقد صحیح نخواهد بود. رجوع موجب از ایجاب نیز باعث از بین رفتن ایجاب می‌شود.

ولایت و رضایت و عدم حجر تأثیری در شکل گیری عقد ندارند و تنها در صورتی که به هنگام قبول این شرایط وجود نداشته باشند، صحت عقد متوقف بر رضایت است.

کاوشی در منجزیت علم اجمالی

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

منصور شریفی^۱

مقدمه

علم اجمالی به اختصار، علمی است که همراه با شک در اطراف و خصوصیات حاصل شده است. از این روست که در علم اصول، هم در مباحث قطع و هم در مباحث اصول عملیه سخن از آن به میان آمده است. روشن است که جایگاه منطقی بحث از علم اجمالی از جهت تنجیز که مربوط به حیث علم بودن آن است، در مباحث قطع است اما محل مناسب بحث از جریان ترخیص در بعض یا همه اطراف علم اجمالی که مرتبط با شک در خصوصیات است، مباحث اصول عملیه است. هر چند در بسیاری از کتب اصولی این مباحث بدین صورت تفکیک نشده است.

بحث از تنجیز علم اجمالی با توجه به میزان تنجیز آن در دو مقام قابل بررسی است: اول تنجیز نسبت به حرمت مخالفت قطعی، دوم تنجیز نسبت به وجوب موافقت قطعی. در این دو مقام تنها از اصل **حکم عقل** به تنجیز در موارد علم اجمالی سخن گفته و نسبت آن با برائت عقلی سنجش می شود.

بحث از ترخیص اما مربوط به امکان ثبوتی ترخیص شرعی از جانب شارع و اثبات صدور آن است و در دو مقام ترخیص نسبت به همه اطراف علم اجمالی و ترخیص نسبت به بعض اطراف آن مطرح می شود که البته در هر مقام ابتدا از امکان ثبوتی ترخیص و سپس دلیل اثباتی بر آن بحث می گردد.

موضوع نوشتار حاضر بحث از تنجیز علم اجمالی است که در واقع از مباحث حجج و امارات علم اصول است و می بایست ذیل بحث از قطع مطرح گردد، هر چند اصولیون بیش تر در ضمن مباحث اصول عملیه به مناسبت از آن بحث کرده اند. براساس آنچه اشاره شد، نوشتار حاضر اصل تنجیز علم اجمالی را بررسی می کند، اعم از آن که تنجیز به نحو اقتضا یا علیت تامه باشد. از اقتضاء یا علیت تامه تنجیز ذیل عنوان امکان ترخیص بحث خواهد شد. مباحث ترخیص نیز ان شاء الله در نوشته های دیگری موضوع بحث قرار خواهد گرفت. بر این اساس در ادامه این نوشتار، از تنجیز علم اجمالی در دو مقام بحث می شود.

مقام اول: حرمت مخالفت قطعی

در تنجیز علم اجمالی به معنای حرمت مخالفت قطعی و تخلف مکلف در جمیع اطراف براساس حکم عقل، هیچ اختلافی میان اصولیون نیست فقط در تقریب حرمت دو مسلک وجود دارد.

تقریب مسلک حق الطاعه

شهید صدر در بحوث (۵: ۱۶۹) مطابق **مسلک حق الطاعه**، قاعده قبح عقاب بلاییان را منکر است و احتمال تکلیف را هم به حکم عقل و براساس درک آن از حدود حق طاعت مولای حقیقی، منجز می داند. مطابق مسلک ایشان هیچ اشکالی در حرمت مخالفت قطعی با معلوم بالاجمال که کشفی تام از ثبوت تکلیف دارد و تردید تنها در تطبیق آن بر اطراف است، وجود ندارد.

تقریب مسلک قبح عقاب بلایان

در مقابل شهید صدر سایر اصولیون که برائت عقلی را پذیرفته اند نیز این برائت را در موارد علم اجمالی جاری ندانسته و موضوع آن را در این مقام منتفی می دانند. موضوع برائت عقلی عدم وصول بیان بر حکم شرعی است اما در موارد علم اجمالی جامع تکلیف معلوم و بیان وجود دارد و تخلف در جمیع اطراف، مخالفت با تکلیف معلوم است و بر این اساس استحقاق عقاب به حکم عقل وجود خواهد داشت. شهید صدر در بحوث (۵: ۱۷۰) با اشاره به همین تقریب اتفاق اصولیون بر حرمت مخالفت قطعی را تصدیق می کند.

مرحوم امام نیز در انوار الهدایه (۱: ۱۶۰) این دیدگاه را این گونه تقریب می کند که با کشف و احراز امر یا نهی شارع از طریق علم، موضوع حکم عقل به اطاعت مولا احراز می شود و مخالفت قطعی با این علم اجمالی نزد عقل تفاوتی با مخالفت با علم تفصیلی به تکلیف ندارد و مستحق عقاب است.

مرحوم نائینی چنان که در اجود (۲: ۴۸) آمده است مطابق ضابطه خود در موضوع علم اصول، تجزیه علم اجمالی در مخالفت قطعی را مسئله ای کلامی دانسته اما در تبیین آن مطابق با کلام دیگر اصولیون با توجه به علم به جامع تکلیف، قبح عقاب بلایان را منتفی می داند چنان که شارع از ابتدا می تواند حکم را به نحو تخییری و وجوب احدهما بیان کند و شکی در تجزیه آن نیست.

برخی برای فرار از حرمت تمسک به تدریجی بودن ارتکاب کرده و میگویند: مرتکب در هر طرف، علم به مخالفت ندارد پس عصیان که مقید به علم است، محقق نمی گردد. اما ایشان این اشکال را مردود دانسته و میفرمایند: استحقاق عقاب به سبب مخالفت با تکلیف جامعی است که علم به آن ثابت و عصیان از آن محقق است، نه به سبب ارتکاب خصوصیات اطراف که علم به حکمش ندارد. هنگامی که تکلیف به جامع معلوم بود، امثال در اطراف نیز از باب مقدمه واجب خواهد بود.

مرحوم خوئی در مصباح (۱: ۴۰۳) تقریب خویش را از بحثی بنیادین تر آغاز می کند و برای ثبوت حکم عقل به لزوم تحذر و عدم مخالفت با تکلیف، احتمال عقاب و عدم ثبوت مومن عقلی یا شرعی از آن را کافی می داند و بر این اساس احتمال تکلیف الزامی نیز بدون وجود مومن، منجز است. ایشان علم به عقاب را برای این حکم عقلی ضروری نمی داند، چنان که حتی در موارد علم تفصیلی به تکلیف نیز با فرض تحقق معصیت، علم به عقاب نداریم و در نهایت تنها احتمال عقاب وجود خواهد داشت. بر این اساس در موارد علم اجمالی به تکلیف نیز این احتمال عقاب وجود دارد و مومن عقلی یعنی قبح عقاب بلا بیان نیز با توجه به علم به اصل تکلیف جاری نیست.

به نظر میرسد این بیان که مبتنی بر منجزیت عقلی تکلیف محتمل است، متناسب با مسلک حق الطاعة و مخالف مبانی ایشان در برائت عقلی است. اما باید گفت: که ایشان هر چند از تجزیه عقلی نسبت به تکلیف

محتمل سخن می‌گوید اما مطابق ذیل کلامشان، این تجیز را معلق بر عدم جریان مومن عقلی و شرعی می‌داند. در موضوعاتی که قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان جاری است و عدم وصول بیان و حکمت مولا محرز است، احتمال عقاب و در نتیجه منجزیت عقلی تکلیف محتمل منتفی خواهد بود. **مرحوم خوئی** از این بیان در موافقت قطعی نیز بهره می‌گیرند که چنان که خواهد آمد اشکالاتی بر آن وارد است، اما در توجیه مخالفت قطعی پذیرفته است.

اما **مرحوم شیخ** در فرائد (۲: ۲۰۰) بیانی به ظاهر متفاوت ارائه می‌کند. ایشان ضمن حکایت قول به جواز مخالفت از برخی اصولیون، بدون ذکر نام ایشان، خود با بیانی خاص، قائل به حرمت مخالفت قطعی است. مطابق ظاهر کلام، استدلال ایشان بر حرمت براساس اطلاق دلیل است که شامل معلوم بالاجمال هم می‌شود. اگر بخواهیم دلیل را تنها به معلوم بالتفصیل اختصاص دهیم، لازمه آن عدم حرمت واقعی معلوم بالاجمال خواهد بود که چنین امری مخالف اطلاق ادله است و به علاوه نتیجه آن اختصاص حکم واقعی به عالمین تفصیلی است که قابل التزام نخواهد بود.

این بیان ایشان ذیل بحث از علم اجمالی در شبهه موضوعیه است و بحث مستقلاً راجع به شبهه حکمیه نکرده‌اند و تنها حکم و استدلال آن را مانند شبهه موضوعیه محصوره دانسته‌اند (۲: ۲۷۵). در تطبیق این استدلال بر شبهات حکمیه می‌توان گفت در این موارد از علم اجمالی هر چند که دلیل از ناحیه متعلق دارای اجمال است، اما اختصاصی به معلوم بالتفصیل ندارد و همان تکلیف واقعی معلوم بالاجمال بین عالم تفصیلی و اجمالی و حتی جاهل مشترک است.

در مقام نقد بر این تقریب باید گفت، علم و عدم علم از حالات متعلق نیست که از شمول اطلاق دلیل نسبت به آن بحث شود، بلکه از حالات مکلف است و لذا به اطلاق دلیل نمی‌توان استناد کرد. به علاوه بحث حاضر عقلی است و نه لفظی و مطابق بیان پیشین نزاع در حکم عقل در موارد علم اجمالی به تکلیف واقعی مشترک است. بر این اساس باید تنها از جریان تجیز یا تأمین عقلی بحث شود و استدلال به ظهورات ادله در آن جایی ندارد.

مقام دوم: لزوم موافقت قطعی به حکم عقل

بعد از تسالم اصولیون بر حرمت مخالفت قطعی با علم اجمالی به حکم عقل و عدم ثبوت مومن عقلی نسبت به آن، باید از ضرورت موافقت قطعی به حکم عقل بحث شود. ظاهراً در این بحث نیز اختلافی میان اصولیون در لزوم عقلی موافقت قطعی نیست بلکه اختلاف ایشان در تبیین این حکم عقلی است.

دیدگاه مسلک حق الطاعه

چنان که در کلمات **شهید صدر** در بحوث (۵: ۱۶۹) اشاره شده است، مطابق مسلک **حق الطاعه** نیازی به بحث مستقل از وجوب موافقت عقلیه نیست، چرا که علاوه بر منجز بودن جامع معلوم، در هر یک از اطراف نیز

احتمال تکلیف وجود دارد و احتمال تکلیف نیز عقلا برای مکلف تنجیز آور است، هر چند در نگاه ایشان این تنجیز عقلی معلق بر آن است که در رتبه بعد، ترخیص شرعی اثبات نگردد.

دیدگاه مسلک قبح عقاب بلا بیان

مطابق مسلک مشهور اصولیون که برانت عقلیه را می پذیرند و حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان را ثابت می دانند، این پرسش مطرح می شود که با وجود مشکوک بودن اطراف و خصوصیات، آیا دلیلی عقلی برای وجوب اتیان همه افراد وجود دارد؟ به عبارت دیگر آیا فراتر از تنجیز جامع معلوم، هر یک از اطراف نیز منجزند؟ با وجود عدم بیان نسبت به خصوصیات، توجیه خروج اطراف از مومن عقلی چیست؟

تقریب شهید صدر

شهید صدر در بحث (۵: ۱۷۱) معتقد است اگر قاعده قبح عقاب بلا بیان را مبنا قرار دهیم، بنابر تمامی تفاسیر ارائه شده از علم اجمالی، در شبهات حکمیه نمی توان لزوم موافقت قطعی را تبیین نمود و علم اجمالی تنجیزی بیش از حرمت مخالفت قطعی ندارد. تنجیز به مقدار علم است و در علم اجمالی تنها جامع مبین و خصوصیات مشکوک است، پس بیان نسبت به اطراف به صورت خاص تمام نیست و عقاب بر آن نیز قبیح خواهد بود. هر چند قائلین به قبح عقاب ملتزم به برانت در اطراف نباشند که نشان گر بطلان مبنای مذکور خواهد بود.

این بیان براساس سه مسلک رایج در حقیقت علم اجمالی تمام است، چه متعلق علم اجمالی را جامع بدانیم، یا متعلق آن را فرد مردد یا واقع بدانیم. اگر متعلق علم را جامع بدانیم، عدم تحقق بیان برای بیش از جامع روشن است. اگر متعلق آن را فرد مردد بدانیم، با توجه به استحاله وجود فرد مردد در خارج، پس تردید تنها در اشاره ذهنی است نه مشار الیه خارجی. بر این اساس روشن است که خصوصیات فردی تبیین نشده است. مسلکی نیز که متعلق علم اجمالی را واقع دانسته است، قطعاً معلوم بالذات را خارج نمی داند چرا که در علم تفصیلی نیز چنین امری ممکن نیست. با تحلیل دقیق از مدعای این مسلک، روشن می شود که در علم اجمالی معلوم بالذات، آینه ای غیر شفاف و دارای ابهام برای نشان دادن معلوم بالعرض در واقع است. جزء روشن و مبین این تصویر همان جامع و جزء مبهم آن خصوصیات است که بیان نسبت به آن تمام نبوده، عقاب بر آن صحیح نیست. در بررسی این بخش از بیان ایشان به نظر می رسد این نتیجه مطابق دیدگاهی که متعلق علم اجمالی را واقع می داند قابل توجیه نیست. این دیدگاه چنان که در کلام آقاضیاء خواهد آمد، معلوم بالعرض را همان فرد واقعی می داند که البته دارای ابهام است و برای ما روشن نیست که کدام فرد است. این دیدگاه هر چند نامقبول بوده، مبنای آن را باطل بدانیم، اما معلوم ما در آن جامع نیست. بنابر این مسلک، تصویر مبهم دیده شده، متعلق به یک فرد واقعی بوده و غیر قابل تطبیق بر دو فرد است و تنها تردیدی از ما در تطبیق آن بر هر یک از دو فرد وجود دارد. پس متعلق علم، جامعی چون کلی طبیعی و قابل انطباق بر هر دو فرد نیست.

نکته قابل توجه در تقریب شهید صدر آن است که ایشان براساس ضابطه ای در بحوث (۵: ۱۷۴) میان شبهات حکمیه و برخی شبهات موضوعیه تفصیل داده است و تنجیز وجوب موافقت قطعیه حتی مطابق مسلک قبح عقاب بلا بیان را در بسیاری از شبهات موضوعیه - چون علم به وجوب اکرام عالم که مردد میان زید و عمرو است - قابل قبول می داند چرا که عقل در این مثال ها حکم به اشتغال و احتیاط می کند. ضابطه ای که سبب حکم به اشتغال در این موارد می شود، ثبوت علم به تکلیف و نیز علم به وجود قیدی برای متعلق تکلیف است که البته تحقق آن میان برخی مصادیق مشتبه شده است. در این موارد چون تکلیف مقید، مبین و معلوم است، عقل حکم به اشتغال می کند و مکلف باید همه اطراف را اتیان کند تا علم به فراغ از تکلیف مقید ثابت بر ذمه اش حاصل شود.

ایشان در ادامه (همان، ۵: ۱۷۴) به ثبوت اشتغال در شبهات موضوعیه اشکالی مطرح می کند که تنجیز حکم منوط به وصول آن به مکلف است و برای تنجیز حکم، وصول باید هم از جهت صغری و هم از جهت کبری تحقق یابد اما در شبهات موضوعیه هر چند کبری واصل است اما نسبت به صغری وصول محقق نیست پس قبح عقاب بلا بیان جاری خواهد بود.

پاسخ اشکال با توجه به تقریب ذکر شده روشن می گردد زیرا مقدار معلوم از تکلیف شامل دو جزء است: وجوب اکرام شخص و تقیید شخص اکرام شده به عالم بودن. موافقت قطعیه با جزء دوم تکلیف معلوم که به حکم عقل واجب است، تنها با اکرام هر دو شخص مشکوک محقق خواهد شد و این به معنای وجوب عقلی احتیاط در این موارد است.

باید توجه داشت، چنان که شهید در بحوث (۵: ۱۷۵) بیان نموده است، ملاک مذکور برای اشتغال عقلی در مثال که وجود قیدی معلوم برای متعلق حکم است، حتی در برخی شبهات موضوعیه ثابت نیست و این شبهات موضوعیه نیز محکوم به برائت عقلی خواهد بود. در این شبهات موضوعیه علم به تحقق قید نفس حکم و نه متعلق آن، در ضمن یکی از اطراف مشکوک داریم، پس امثال جامع معلوم که همان اصل تکلیف است با اتیان یک فرد محقق است و در این موارد مانند شبهات حکمیه برائت عقلیه در اطراف که غیر مبینند، جاری خواهد بود. به عنوان مثال اگر علم به تحقق یکی از زوال شمس یا غروب آن داشته باشیم، شبهه موضوعیه در علم اجمالی به وجوب صلاه است. در این فرض قید وجوب یکی از دو صلاه محقق شده است و امثال جامع بر ما واجب است. بر این اساس با امثال هر یک از نماز سه رکعتی یا چهار رکعتی امثال یقینی جامع انجام شده است و مانند شبهه حکمیه مخالفت قطعیه با آن حرام اما موافقت قطعیه واجب نیست.

تقریب قائلین به مسلک برائت عقلی

با مراجعه به دیدگاه دیگر اصولیون متاخر که به برائت عقلی معتقدند، می توان دریافت که آنان به این تطبیق **شهید صدر** از قبح عقاب بالاییان ملتزم نیستند و تمامی ایشان منجز بودن تکلیف نسبت به اطراف در تمامی شبهات حکمیه و موضوعیه و وجوب موافقت قطعی را پذیرفته اند. البته بسیاری از آنان این مطلب را مسلم گرفته و تنها از جریان اصول مؤمن شرعی در اطراف بحث کرده اند. در کلمات برخی از ایشان غیر از تاکید بر این تنجیز، توجیه روشنی برای عدم جریان برائت عقلی یافت نمی شود.

مرحوم شیخ در فرائد (۲: ۲۱۰) ضمن نقل ادعای اجماع در مساله و نقل برخی اختلافات، وجوب موافقت قطعی و احتیاط را به حکم عقل ضروری می داند و با توجه به معلوم بودن تکلیف، قبح عقاب را منتفی می داند اما شاید به این دلیل که بحث را تنها در شبهه موضوعیه مطرح نموده اند، درباره سوال مورد نظر در شبهه حکمیه توضیحی ندارند که توجیه تنجیز نسبت به خصوصیات اطراف که غیر مبین است، چیست؟

چنان که از ظاهر کلمات **مرحوم شیخ** بر می آید، ایشان بر خلاف بحث از مخالفت قطعی که به ظهور اطلاقی الفاظ استدلال نمود، در بحث موافقت قطعی استدلالی عقلی مطرح و از قاعده اشتغال بهره برده است که مشابه همان بیان **شهید صدر** در بخشی از شبهات موضوعیه است. البته شیخ در ذیل همین بحث هم از عموم سخن گفته است اما شاید بتوان کلام ایشان در مخالفت قطعی را بر خلاف ظاهر لفظی اش، به همین بیان عقلی ارجاع داد. در مجموع شیخ نیز وجهی برای عدم جریان برائت عقلی در اطراف بیان نمی کند.

در کلمات **مرحوم آخوند** هم اذعان به اقتضای تنجیز نسبت به موافقت قطعی روشن است اما نسبت آن با برائت عقلی را بیان نمی کند. ایشان در مباحث قطع کفایه (۲۷۲) به اقتضای علم اجمالی در تنجیز موافقت قطعی تصریح فرموده است. ایشان در مباحث اصول عملیه کفایه (۳۵۸) نیز موافقت قطعی را با فرض فعلیت تأم تکلیف معلوم به اجمال، عقلا واجب می داند.

مرحوم امام نیز در انوار الهدایه (۱: ۱۶۰) تنها ادعای وجوب عقلی موافقت قطعی را مطرح نموده است و بیان بیش تری در وجه آن ندارد.

با این وجود، وجهی برای توجیه تنجیز حکم به موافقت قطعی بر اساس مسلک قبح عقاب بلا بیان ذکر شده است که در ادامه مورد ارزیابی و نقد قرار می گیرد:

توجیه تقریب منتسب به مرحوم نائینی

شهید صدر در بحوث (۵: ۱۷۱) دیدگاه مرحوم نائینی را چنین تبیین می‌کند که ایشان علم اجمالی را مقتضی تجیز در موافقت قطعی نمی‌داند، بلکه با توجه به حرمت مخالفت قطعی و عدم امکان جریان اصول مومنه عقلی و شرعی به سبب تعارض و تساقط آن اصول، احتمال تکلیف در هر طرف منجز می‌شود.

اما آنچه با مراجعه به تقریرات مرحوم نائینی در بحث تجیز علم اجمالی به دست می‌آید آن است که ایشان علم اجمالی را مقتضی وجوب موافقت قطعی دانسته و با بیان خود درباره تعارض و تساقط اصول نافی تکلیف در اطراف، در مقام بیان عدم ثبوت مانع برای این تجیز است. در دیدگاه مرحوم نائینی در دلیل اصل در تمامی اطراف علم اجمالی ساقط شده و علم اجمالی به تکلیف - بدون جاری شدن هیچ مؤمن جهت ارتکاب اطراف - باقی خواهد ماند و با وجود این علم باید فراغ یقینی تحصیل شود که همان وجوب موافقت قطعی است. نکته مهم آن است که به نظر می‌رسد بر خلاف برداشت شهید صدر، مرحوم نائینی نیز به تبع دیگران، بیان روشنی از چگونگی کنار گذاشتن برائت عقلی ندارد. ظاهر کلام ایشان در اجود التقریرات (۲: ۲۴۲) همین بیان است. به علاوه میرزای نائینی مطابق نقل فوائد (۴: ۲۴) به اقتضای وجوب موافقت قطعی بدون ثبوت اصل مومن تصریح می‌کند.

تامل دیگر در انتساب این تقریب به مرحوم نائینی آن که بر خلاف برداشت شهید صدر، از کلمات ایشان تحقق تعارض میان اصول مومن عقلی استفاده نمی‌شود. هر چند میرزا در بیان تعارض اصول مومن، تصریحی به شرعی بودن اصول ندارد، اما ظاهراً بیان ایشان مانند دیگر اصولیون تنها ناظر به تعارض اصول شرعی است و بر خلاف تاکید شهید اشاره ای به تعارض اصول مومن عقلی ندارد و در مجموع بعید است که بتوان قول به تعارض در اصول عقلیه و تساقط آن را به محقق نائینی نسبت داد.

گذشته از انتساب این تقریب به مرحوم نائینی، در مقام بررسی و نقد آن شهید صدر اشکالاتی بر آن وارد دانسته است:

اشکالات شهید صدر بر تقریب منتسب به مرحوم نائینی

اول: بر اساس این دیدگاه وجوب موافقت قطعی به صورت مطلق نفی می‌شود اما چنان که گذشت اقتضای علم اجمالی به وجوب موافقت قطعی در بسیاری شبهات موضوعیه که قابل توجیه است که بیان آن گذشت.

دوم: هیچ منافات و تعارضی میان تنجز جامع و عدم تنجز خصوصیات نیست چرا که مطابق بیان گذشته تکلیف در جامع به حکم عقل مبین و منجز است اما مطابق مسلک قبح عقاب بلا بیان در بیش از آن برائت جاری است و خصوصیات هر تکلیف تنجیزی ندارد، پس امتثال احدهما برای سقوط تکلیف منجز کافی است و وجوب موافقت قطعی دلیلی نخواهد داشت. اشکال اساسی وارد بر این تقریب همین است.

سوم: در این تقریب بر تعارض میان اصول عقلی در هر طرف تاکید می شود اما تحقق تعارض میان اصول عقلی معقول نیست، چرا که اگر موضوع اصل عقلی تام باشد، تعارضی نخواهد بود و اگر تام نباشد، اصلاً جاری نخواهند شد. در بحث ما نیز تنجز جامع هیچ منافاتی با عدم تنجز خصوصیات اطراف ندارد و لذا جریان برائت عقلی نسبت به خصوصیات تمام است.

نسبت به اشکال سوم در بیان شهید باید گفت اگر تعارض و تساقط در اصول عقلی به معنای تکاذب میان دو اصل عقلی باشد، اشکال وارد است اما مراد از تعارض در این جا قطعاً چنین نیست، بلکه مقصود از تعارض و تساقط اصول، عدم شمول و مقید بودن حکم عقل به برائت از ابتداست. به عبارت دیگر عقل می گوید اگر خصوصیات معلوم نباشد و نیز خلاف تکلیف معلومی نیز پیش نیاید، برائت عقلی جاری است. اما در این موارد با وجود معلوم نبودن خصوصیات، با جریان برائت، تخلف از تکلیف معلوم لازم می آید، پس برائت در اطراف جاری نمی شود. چنان که که تعارض در اطلاقات ادله لفظیه هم نتیجه اش کشف مقید بودن حکم از ابتداست و این امری معقول است. پس اشکال مهم این تقریب همان عدم تنافی میان تنجز جامع و جریان برائت عقلی در خصوصیات است.

توجیه تقریب منتسب به مرحوم اصفهانی

ظاهراً محقق اصفهانی و محقق عراقی نخستین اصولیونی هستند که به روشنی در مقام توجیه عدم منافات برائت عقلی با تنجز علم اجمالی در اطراف، برآمده اند. محقق اصفهانی پس از ذکر مقدماتی در ضمن یک اشکال و جواب، وجه تنجز موافقت قطعی را صدق ظلم و هتک حرمت مولی می داند که در مخالفت احتمالی با تکلیف معلوم هم وجود دارد. شهید صدر در بحث (۵: ۱۷۴) این وجه را با بیانی مناسب ضمن دو مقدمه تبیین کرده است. مقدمه اول این که ترک موافقت قطعی، مخالفت احتمالی با جامع است. مقدمه دوم نیز عدم جواز عقلی مخالفت احتمالی با تکلیف منجز است. در نتیجه چون جامع به علم اجمالی منجز شده است پس حتی مخالفت احتمالی با آن به حکم عقل جایز نیست.

این مقدمات هر چند بدین تصریح در کلمات محقق اصفهانی ذکر نشده است اما می توان آن را از مجموع کلام ایشان استفاده کرد. حاصل کلام ایشان در نهاییه الدرایه (۳: ۹۱-۹۳) چنین است که فرقی میان علم اجمالی و تفصیلی از جهت علم بودن و کشف نیست و طرف علم در افق نفس منکشف است و آن چه مجهول است، طرف آن طرف است. از آنجا که ملاک عقاب به حکم عقل، هتک حرمت و ظلم به مولی است، تکلیف در هر دو علم منجز است. هر گونه عدم مبالات نسبت به تکلیف معلوم و منجز خروج از زی بندگانگی است. بر این اساس تنها مخالفت قطعی با تکلیف معلوم قبیح نیست، بلکه حتی مخالفت احتمالی با تکلیف معلوم، بی مبالاتی به آن و ظلم به مولی و هتک حریم او خواهد بود. در نتیجه موافقت قطعی با تکلیف معلوم واجب است.

شهید صدر در مقام پاسخ به این وجه در بحوث (۵: ۱۷۴)، مقدمه نخست را انکار می‌کند چرا که ارتکاب یک طرف، بی‌مبالاتی نسبت به تکلیف معلوم و مخالفت احتمالی با آن نیست، چرا که علم تنها به جامع تعلق دارد و که بیش از اتیان یکی از طرفین را اقتضا ندارد و تنجیز نیز تابع مقدار علم است.

انصاف آن است که از کلمات *محقق/صفهانی* و بسیاری از قائلین به برائت عقلیه می‌توان دریافت که آنان نیز حکم عقل به قبح عقاب بلایان را با چنین اطلاقی که *شهید صدر* می‌فرماید قبول ندارند! بلکه لااقل در مواردی که جهل و عدم بیان مقرون به علم به اجمالی به تکلیف باشد، به وجدان عقلی خویش، عقاب را قبیح نمی‌دانند. هر چند تبیین روشنی از وجه تفاوت گذاشتن عقل میان عدم بیان شک بدوی و علم اجمالی بیان نکرده اند که نقصی علمی است. پس پذیرش تنجیز مذکور در قبح عقاب بلایان را نمی‌توان شاهدهی بر بطلان بالجمله این قاعده عقلی دانست، مگر آن که استدلالی در عدم امکان چنین تنجیزی ارائه شود.

تقریب اول از کلام محقق عراقی

چنان که گذشت *محقق عراقی* نیز از نخستین اصولیونی بوده است که اشکال مذکور را در کلمات خود مطرح و در مقام ارائه پاسخی به آن برآمده است. *شهید صدر* در بحوث (۵: ۱۷۲) بیان ایشان را به دو تقریب باز گردانده و تقریب نخست آن را این گونه بیان می‌کند که تفاوت علم اجمالی با علم تفصیلی در حدّ ابهام و اجمال عارض بر صورت ذهنی و تفصیل آن است، اما به لحاظ خارج و متعلق خارجی تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد چرا که در واقع تنها یک حدّ شخصی موجود است. لذا هر چند احکام عارض بر هر یک در ذهن متفاوت و غیر قابل تسری به دیگری است، اما احکام عارض بر آن‌ها نسبت به متعلق خارجی تفاوتی ندارد. تنجیز نیز از احکام واقع است نه ذهن و این واقع است که منجز می‌شود. پس هر دو علم اجمالی و تفصیلی در تنجیز واقع مشترک است و باید واقع منجز را که در ضمن یکی از اطراف است، امثال نمود و نسبت به آن موافقت قطعی داشت.

اما بیان خود *محقق عراقی* در نهاییه الافکار (۳: ۳۰۸) در مقام پاسخ به اشکال کمی متفاوت است. ایشان ضمن بیان آن که تنجیز از احکام واقع است، براساس مبنای خود در تفسیر حقیقت علم اجمالی تاکید بر اشاره و حکایت جامع معلوم نسبت به واقع شخصی و خاص دارد، هر چند این واقع در نظر قاطع مردد و دارای ابهام است. از جایی که این واقع منجز، می‌تواند در ضمن هر طرف باشد، پس اقتضای تنجیز آن و رفع اشتغال ذمه به آن موافقت قطعی در همه اطراف است.

ایشان در نهاییه الافکار (۳: ۳۰۷) منشأ احتمالی توهم جریان قبح عقاب در احد الطرفین را تصور تعلق علم به جامع بما هو حاکی از صرف طبیعت می‌دانند در حالی که در موارد علم اجمالی، جامع معلوم تنها عنوانی اجمالی است که حاکی از واقعیت مرده می‌کند و اشاره به خارج دارد و علم به چنین عنوانی سبب تنجز واقع حکم و اشتغال ذمه به آن می‌شود که فراغ از آن مستدعی احتیاط در همه اطراف است.

شهید صدر در بحث (۵: ۱۷۳) به تقریب نخست خویش از کلام *محقق عراقی* دو اشکال مبنایی و بنایی وارد می کند. اولین اشکال بر مبنای مورد تاکید ایشان و عروض تنجیز بر وجود خارجی حکم است. مبنای صحیح عروض تنجیز بر وجود ذهنی تکلیف است چرا که وجوب طاعت مولا به ملاک تعظیم و حفظ حریم اوست که قائم به تصور ذهنی مکلف است نه وجود خارجی تکلیف. ثبوت نفس عقاب عاصی برای متجری که دیدگاه خود *محقق عراقی* در بحث تجری است، مبتنی بر همین مبناست.

در اشکال دوم **شهید** با فرض تعلق تنجیز به واقع پاسخ می دهد که مطابق اذعان *محقق عراقی*، وصول جزء العله برای تنجیز است و در علم اجمالی وصول تنها به مقدار جامع است. پس بیش از آن نمی تواند منجز باشد. هر چند اجمال و تفصیل از خصوصیات ذهن است اما واقع نیز تنها یک حدّ شخصی ندارد، بلکه در واقع نیز دو حدّ جامعی و شخصی وجود دارد که بیان تنها نسبت به حد اول واصل شده است.

نسبت به اشکال دوم **شهید** باید گفت براساس مبنای *محقق عراقی* در تفسیر علم اجمالی که در عبارات ایشان نقل شد، اشکال مزبور به این تقریب وارد نیست، چرا که ایشان جامع در موارد علم اجمالی را بر خلاف جامع در نکره و جنس، عنوانی مشیر به خصوصیات شخصی می داند که تنها دچار ابهام و تردید در تطبیق است و لذا عنوان جامع حاکی از حدی مشترک میان اطراف نیست. پس علم به یک حد مشترک تعلق نیافته است که براساس آن واقع محکی را نیز دارای دو حد معلوم و غیر معلوم بدانیم. البته این مبنا در تفسیر علم اجمالی چنان که خواهیم گفت قابل اشکال است اما با فرض پذیرش مبنای ایشان، چنین اشکالی بر آن وارد نیست.

تقریب دوم از کلام *محقق عراقی*

شهید صدر در بحث (۵: ۱۷۳) تقریبی دیگر از کلمات *محقق عراقی* ذکر کرده است و در آن به تفاوت دو جامع در مواردی مثل واجب تخییری با جامع در علم اجمالی اشاره کرده است. بر اساس این تقریب تنجیز علم اجمالی نتیجه معلوم بودن تحقق جامع و انطباق آن بر خارج در ضمن یکی از خصوصیات است که سبب تنجیز آن خصوصیات نیز می شود.

به نظر می رسد چنان که در بیان سابق *محقق عراقی* اشاره شد، این وجه تقریب مستقلاً نیست، بلکه مطابق مطالب گذشته تنها تمهیدی برای استدلال ایشان در وجه سابق، بر اساس تبیین حقیقت علم اجمالی و تفاوت تعلق آن به واقع مردّد با موارد علم به طبیعت و جنس است. ایشان در نهاییه الافکار (۳: ۳۰۰) در مقام تبیین ماهیت علم اجمالی و بیان تفاوت جامع معلوم به اجمال با عنوان نکره و جامع در متعلقات احکام، اولی را جامع با فرض انطباق بر واقع و تحقق یافتن می داند که تنها تردید در انطباق آن بر افراد وجود دارد، حال آن که دومی عنوان جامع قبل از تحقق و انطباق که مطلوب تحقق و ایجاد آن است.

پاسخ **شهید صدر** در بحث (۵: ۱۷۳) به این بیان را می توان تکمله ای بر پاسخ ایشان در وجه سابق دانست که هر چند به تفاوت میان دو جامع مذکور، اذعان می کند اما معتقد است تنها عنوان انتزاعی خصوصیات داخل

علم است که امری ذهنی است، اما واقع آن خصوصیات همچنان غیر مبین است و به حکم عقل منجز نخواهد بود.

در مجموع به نظر می‌رسد مطابق مبانی محقق عراقی از علم اجمالی، اشکالات شهید بر ایشان وارد نیست چرا که واقع شخصی هر چند به صورت تفصیلی معلوم نشده است، اما با فرض تعلق علم اجمالی به خصوصیات خارجی و نیز تعلق تجزیه به واقع، باید پذیرفت که تکلیف به خاص در ضمن یکی از افراد، معلوم و منجز است. پس اشکال اساسی این تقریب در مبانی محقق عراقی است.

اصل مبنای ایشان دچار یک تناقض است. ایشان در علم اجمالی می‌گویند علم به جامع مشیر به خصوصیات واقعی تعلق گرفته است. علم به معنای انکشاف تام است پس در این صورت پرسشی چنین مطرح است که اگر انکشاف وجود دارد و علم به خصوصیات تعلق یافته است پس هیچ اجمالی نباید وجود داشته باشد و این علم همان علم تفصیلی خواهد بود که خلاف فرض بحث است. اما اگر اجمال وجود دارد دیگر انکشاف و علم به خصوصیات وجود ندارد و قبح عقاب عقلی نسبت به خصوصیات جریان دارد. لذا نمی‌توان به مبنای مذکور و تقریب سامان یافته براساس آن ملتزم شد.

جمع بندی:

بنابر مسلک حق الطاعه حرمت مخالفت قطعی و لزوم موافقت قطعی با تکلیف معلوم بالاجمال به حکم عقل روشن است. هر چند به نحو علیت یا اقتضا بودن این تجزیه باید در مباحث دیگر بررسی گردد. بنا بر مسلک قبح عقاب بلا بیان نیز حرمت مخالفت قطعی توجیه پذیر است اما برای تبیین وجوب عقلی موافقت قطعی براساس این مسلک تقریب‌هایی که ذکر شده است قابل پذیرش نیست، چرا که علم تنها به جامع تعلق گرفته است و به خصوصیات تسری ندارد. بر این اساس تجزیه نیز که تابع وصول است، نسبت به خصوصیات تکلیف راهی نخواهد داشت و اتیان یکی از اطراف، برای امتثال تکلیف منجز که جامع است، کفایت می‌کند. با این وجود هیچ یک از اصولیون متاخر به این لازمه برای مسلک برائت عقلی در علم اجمالی ملتزم نیستند، و وجدان عقلی ایشان حاکم بر لزوم موافقت قطعی با تکلیف معلوم بالاجمال است. برای توجیه تفاوت میان عدم بیان تکلیف در شبهات بدویه که مؤمن از عقاب است با عدم بیان در موارد علم اجمالی که تأمینی از عقاب نیاورد، تبیین روشنی براساس مسلک قبح عقاب بلا بیان وجود ندارد که لااقل می‌توان آن را نقیصه‌ای جدی برای دیدگاه مشهور به شمار آورد.

پژوهشی در نقش تعداد دفعات شیر دادن برای محرمیت

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

حسین شبانی^۱

مقدمه

برای نشر حرمت در رضاع، سه ملاک کلی اثر، زمان و عدد با توجه به روایات بیان شده است. بر اساس اینکه ملاک عدد باشد، دو عدد ۱۰ و ۱۵ در روایات ما مورد تاکید قرار گرفته و به غیر از منقول از ابن جنید که رضعه واحده و منسوب به قاضی نعمان مصری که مصه واحده را ملاک قرار داده‌اند، خلافتی نیست که معیار عددی غیر از این دو وجود ندارد، اما اینکه کدام یک از این دو عدد ملاک است مورد اختلاف قرار گرفته است، و قائلین زیادی برای هر دو نظر وجود دارد، در این نوشتار در صدد بررسی ادله قائلین به ده و پانزده ملاک رضعه خواهیم بود.

جایگاه بحث:

در مجموع دو نظریه از کلمات قدام قابل استفاده است:

نظریه اول: ده رضعه

فقه الرضا، شیخ مفید، ابن براج، ابن جنید، سلار، ابن زهره بنابر احوط، ابو الصلاح قائل به ده رضعه متوالی شده‌اند.^۱ همچنین کلینی در کافی فقط روایات ده رضعه را بیان کرده است. (کافی ۵: ۴۴۱)

نظریه دوم: پانزده رضعه

در مقابل شیخ طوسی، طبرسی، کیدری، محقق حلی، یحیی بن سعید حلی، فاضل آبی و علامه قائل به ۱۵ رضعه شده‌اند.^۲

بنابراین هر دو قول در میان قدام از شهرت برخوردار است و نمی‌توان یک قول را علی الاطلاق به قدام نسبت داد. هر چند که پانزده رضعه، اشهر می‌باشد. (کتاب نکاح (زنجانی) ۱۴: ۴۷۰۲)

اما محقق خوئی چنین نظری نداشته و قائلند که مشهور بین قدام ۱۰ و بین متاخرین ۱۵ است. (احکام الرضاع فی فقه الشیعه ۱۰۳)

حال باید ملاحظه کرد که قائلین به هر کدام از دو قول چه ادله ای برای اثبات نظر خود اقامه کرده اند؟

۱. فقه الرضا ۲۳۴. المقنعه ۵۰۲. المذهب ۲ ۱۹۰. الکافی فی الفقه ۲۸۵. المراسم العلویة و الأحکام النبویة ۱۴۹. غنیة النزوع ۳۳۶.
 ۲. الاستبصار، ج ۳، ص: ۱۹۵، تهذیب الاحکام ۳۱۵ ۷، الخلاف ۵ ۹۵. النهایة ۶۶۱. الموتلف من المختلف بین ائمة السلف ۲ ۲۸۲. اصباح الشیعه بمصباح الشریعة ۴۳۵. شرایع الاسلام ۲ ۲۲۶، المختصر النافع ۱ ۱۷۵. نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر ۹۳. کشف الرموز ۲ ۱۲۴. ارشاد الازدهان ۲ ۱۹، تبصرة المتعلمین ۱۳۶، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة ۳ ۴۴۹.

ادله قائلین به ده رضعه

قائلین به ده رضعه برای اثبات قول خود به ادله ای تمسک کرده اند که در این نوشتار یک آیه و دو روایت مورد بررسی قرار می گیرد.

دلیل اول: تمسک به عموم آیه ۲۳ نساء

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ (نساء ۲۳)

علامه در مختلف فرموده است: الأول: عموم قوله تعالى وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ و هو يصدق على القليل والكثير، ترك العمل به فيما دون العشر، فيبقى في العشر على إطلاقه. (مختلف الشیعة، ج ۷، ص: ۳۱)

طبق اطلاق آیه شریفه اگر ارضاع صدق کرد، حرمت مترتب می شود و از آنجا که اجماع فقهای امامیه وجود دارد که کمتر از ده رضعه موجب حرمت نیست، ده رضعه موجب حرمت خواهد بود.

اشکال: در مقام بیان نبودن آیه از نظر دفعات رضعه

اشکال این استدلال این است که به نظر می رسد آیه شریفه در مقام بیان برشمردن موارد حرمت ازدواج است و به شرایط و احکام و ... نظر ندارد، بنابراین در مقام بیان بودن آیه از حیث شرایط و ... ثابت نیست و لذا مقدمات حکمت تمام نیست.

دلیل دوم: روایات

روایات ۱۰ رضعه به سه دسته قابل تقسیم است روایاتی که مثبت نشر حرمت توسط ۱۰ مرتبه هستند به طور مطلق، روایاتی که نافی نشر حرمت هستند به طور مطلق و روایاتی که می فرماید: اگر ۱۰ رضاع متوالی باشند موجب حرمت می شود و مفهوم آن این است اگر متوالی نباشد موجب حرمت نمی شود

۱- موثقه فضیل بن یسار

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنِ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا الْمَجْبُورَةُ أَوْ خَادِمٌ أَوْ ظَنُرٌ قَدْ رَضَعَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ يَزُودُ الصَّبِيَّ وَيَتَامُ. (تهذيب الاحكام ۷: ۳۱۵)

بررسی سندی

در سند این روایت ولو محمد بن سنان محل بحث و اشکال است اما به نظر ما وی قابل توثیق است. (کتاب نکاح زنجان ۱۴: ۴۷۲۰)

بررسی دلالت حدیث

آنچه که دلالت این روایت را قابل تأمل میکند معنای کلمه «المجبوره» است، شبیه این تعبیر در جای دیگری از تهذیب، معانی الاخبار و من لا یحضر (با اختلافاتی در تعبیر) آمده است: عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَبِي نُوحٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنِ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا يَخْرُجُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا مَا كَانَ مَجْبُورًا قَالَ قُلْتُ وَمَا الْمَجْبُورُ قَالَ أُمُّ مَرْبِيَّةٍ أَوْ أُمُّ تَرْبِيٍّ أَوْ ظَنَرٌ تُسْتَأْجَرُ أَوْ خَادِمٌ تُشْتَرَى أَوْ مَا كَانَ مِثْلَ ذَلِكَ مَوْفُوفًا عَلَيْهِ. (تهذیب الاحکام ۳۲۴۷، معانی الاخبار ۲۱۸، من لا یحضره الفقیه ۳: ۴۷۷)

بررسی احتمالات پنج گانه در ضبط کلمه المجبوره

پنج احتمال در این کلمه و معنای آن وجود دارد:

الف) المجبور: برخی مدعی هستند که کلمه، المجبور میباشد (الوافی ۲۱: ۲۴۰) و شاهدش هم کلام طریحی از شهید ثانی در مسالک است که ایشان فرموده: در کتاب المقنع شیخ صدوق با خط خود ایشان المجبور آمده است. (مجمع البحرين ۳: ۲۴۳)

همچنین پدر شیخ بهایی نیز چنین ادعائی را مطرح کرده است، ولی در المقنع و در مسالک در دست چنین عبارتی وجود ندارد، کتب در گذشته تحریرهای متعددی داشته است و ممکن است در یکی از تحریرهای المقنع این عبارت بوده است که شهید ثانی نقل کرده و در مسالک چاپ شده نیز نیامده البته ایشان می گوید: در برخی از نسخ استبصار نوشته شده که شهید ثانی در حاشیه مسالک این را فرموده است. (کتاب نکاح (زنجانى) ۴۷۲۴)

وجه گفتن مجبور به موارد مذکور نیز از این جهت است که به دلیل محبت یا اجرت یا رقیبت در شیر دادن مجبور هستند.

ب) المخبور: صاحب مجمع البحرين مخبور بودن را نزدیک به صواب میدانند (۳: ۲۵۷) محقق خوئی هم این ضبط را اصح دانسته اند.

معنای کلمه با این ضبط این است که به معنای رضاع مستمر زیادی که به حد موجب نشر حرمت برسد، و ماخوذ از خبر الأرض إذا كثر زرعها (احکام الرضاع فی فقه الشیعه ۱۰۷) با این تفسیر مرحوم آقای خویی می فرمایند وجه تعبیر از مرضعه به مخبوره این است که کأن در رد عامه که آنها قائل به کفایت يك رضعه و حتی کمتر از آن هستند، امام علیه السلام می فرمایند باید مرضعه بگونه ای باشد که از او زیاد بهره برداری شیری شده باشد و يك مرتبه، دو مرتبه و مانند آن کافی نیست. (کتاب نکاح (زنجانى)، ج ۴، ص: ۴۷۲)

ج) الْمُجْتَوَرَه: از اجتناب به معنای اصطحب، یعنی مجاور و مصاحب بودن. در بحث ما یعنی زنی که مصاحب شیر دادن است و تصادفی و اتفاقی شیر نمی دهد.

(د) **المختورة**: در لغت آمده «خَيْرُ الرَّجُلِ: اقام في الحيّ و لم يخرج مع القوم الى الميرة، لحياء او ثقل في النفس» یعنی قافله و جماعتی می خواهند خرید کنند و برای قبیله خود ببرند عده ای تشاقل می کنند و كأن تبلى نشان می دهند و حرکت نمی کنند اصل «خَيْر» و «خائر» به معنای ثقیل شدن است، يك چیزی را (مثل شیر) که می جوشانند ثقیل و بدون تحرك می شود البته واضح است که «المختورة» اگر از «خثر» باشد باید حرف جری که او را متعدی کرده است حذف شده باشد زیرا «خثر» لازم است. یعنی «مختور بها» بوده است یعنی افرادی این زن را تثبیت نموده اند که بماند و شیر بدهد مثلاً دایه و مستأجر، یا اینکه خودش بر اثر وجود عواطف و مانند آن بچه را مرتباً شیر می دهد.^۱ البته برخی از روایات نیز موید این دو احتمال است.

(ه) **المجبورة**: مجلسی اول در روضة المتقين این احتمال را می دهد و چنین معنا می کند: «أى حسناً كاملاً». (ج ۸: ۵۷۵)

مویدات ضبط المجبورة

از میان پنج احتمال در ضبط کلمه مورد بحث، ضبط آن به «المجبورة» چند موید دارد:

الف: ورود این ضبط در نقل تهذیب و استبصار

روایت در تهذیب و استبصار (المجبورة) ضبط شده است. و **شیخ طوسی** در استبصار در مقابل آن متبرعه را آورده است. «فهذا الخبر ايضا لا ينافي ما قدمناه لانه متروك الظاهر بالاجماع لانه قد يحرم من الرضاع من لا تكون مجبوراً و لا خادماً و لا ظئراً، بأن يكون امرأة متبرعة بربضاع صبي أو تكون سألت ذلك او بغير ذلك من الاسباب» (الاستبصار ۳: ۱۹۷)

ب: نقل شیخ بهائی و طریحی از شهید ثانی

شیخ بهایی و طریحی در مجمع البحرين ذیل ماده «جبر» هر دو نفر از مرحوم **شهید ثانی** در شرح شرایع نقل می کنند که مرحوم شهید می فرماید «مقنع» صدوق به خط خود مرحوم صدوق پیش من هست و در آن المجبور با جیم و باء، ضبط شده است. (کتاب نکاح ۱۴: ۴۷۲۳)

و به طور کلی اینکه ضبط این کلمه چگونه باشد برای ما مهم نیست زیرا یک روایت مقید به قَدْ رَضَعَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ يَرَوَى الصَّبِيُّ وَيَنَامُ است، مهم اشکالاتی است که قائلین به ۱۵ به این روایت وارد می کنند.

اشکالات بر دلالت روایت

اشکالی که به این روایت وارد می شود این است که روایت مشتمل بر دو حکم مخالف با اجماع است:

۱. دو احتمال اخیر را حدائق از پدر شیخ بهایی نقل کرده است. الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة ۲۳ ۲۵۴

اشکال اول: حصر رضاع محرم در سه صورت

روایت رضاع محرم را منحصر به سه صورت کرده است در حالیکه مثلاً زن متبرّع نیز اگر شیر دهد موجب حرمت است.

اشکال دوم: ظهور روایت در اشتراط نوم

ظاهر روایت اشتراط نوم است، در حالیکه تسالم بر خلاف آن است.

جواب محقق خویی از اشکال اول

محقق خویی از اشکال اول جواب داده‌اند که روایت نظری به نفی رضاع زن متبرعه ندارد بلکه می‌خواهد - به خلاف قول عامّه که مطلق رضاع را کافی می‌دانند - بفرماید: استمرار شیر دادن به نحو عرفی لازم است برای همین دایه و مستأجره را بیان می‌نماید، زیرا اینها استمرار در ارضاع دارند و لذا ایشان ترجیح می‌دهند که تعبیر روایت مجبوره نباشد بلکه مخبوره باشد که دال بر کثرت است.

آیت الله شبیری به این بیان اشکال کرده و توجیه ایشان این است که از باب جمع بین ادله یا خلاف اجماع بودن حصر روایت در سه مورد مذکور را نمی‌پذیریم ولی منافاتی ندارد اصل روایت که ملاک را ده رضعه بیان کرده است بپذیریم.

می‌توان به ایشان اشکال کرد که آیا چنین جمعی عرفی است و از باب خلاف اجماع بودن نیز در روایتی کوتاه مثل این روایت آیا ممکن است بخشی از روایت را نپذیرفت و بخشی را پذیرفت؟

به عبارت دیگر اگر مشهور یا حتی اجماع، خلاف بخشی از روایت بود و آن روایت روایتی طولانی بود، یا مربوط به دو موضوعی بود که ارتباطی به یکدیگر نداشت عرفی است که بقیه را بپذیریم ولی در یک روایت چند کلمه ای وقتی مشهور یا خلاف بر خلاف قسمتی است آیا می‌شود قسمت دیگر را اخذ کرد؟^۱

به نظر می‌رسد اگر مجبوره هم باشد اطلاقش بر متبرعه صحیح است از این باب که او که خود را مجبور و ملتزم بداند که حداقل ۱۰ بار شیر بدهد نه اینکه یکی دوبار بدهد و رها کند.

یا اینکه گفته شود حصر در روایت اضافی است و برای بیان این نکته که باید رضاع به دفعات صورت گیرد نه اینکه یکی دوبار باشد.

اشتراط نوم نیز بیانش از باب غالب است که غالباً کودک با شیر کامل خوردن خواب می‌رود.

۱. مرحوم شیخ مرتضی حائری مبنای مذکور را قائل هستند.

۲- موثقه عبید بن زراره

یکی از روایاتی که به نحو روشنی دلالت بر ۱۰ رضعه دارد صحیحه یا موثقه عبید بن زراره است. و دلیل تردید این که نسبت به ابن فضال شبهه فطحی بودن ایشان مطرح است.

عَنْهُ (محمد بن یحیی عن احمد بن محمد) عَنِ ابْنِ فَضَالٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرِّضَاعِ أَذْنَى مَا يُحَرِّمُ مِنْهُ قَالَ مَا أَتَيْتَ اللَّحْمَ وَ الدَّمُ ثُمَّ قَالَ تَرَى وَاحِدَةً تُنْبِئُكَ فَقُلْتُ أَسْأَلُكَ أَصْلَحَكَ اللَّهُ اثْنَتَانِ فَقَالَ لَا وَ لَمْ أَزَلْ أَعُدُّ عَلَيْهِ حَتَّى بَلَغَ عَشْرَ رَضَعَاتٍ.

در این روایت شریف که سندا نیز تمام است حضرت ابتدا ملاک نشر حرمت را انبات لحم و دم دانستند ولی خود حضرت از سائل سوال کردند که به نظر شما آیا یک رضعه سبب انبات لحم و دم می شود؟ (این جمله حضرت می تواند کنایه به عامه باشد که یک مرتبه را موجب حرمت می دانند.) سپس راوی عدد را زیاد کرد و حضرت فرمود نه تا به ده رضعه رسید که ظاهرا یا حضرت سکوت کرد یا تصریح به کفایت ده رضعه کرد که و لو سکوت هم کرده باشند از آنجا که در مقام بیان حد حکم بودند از سکوتشان نیز حد استفاده می شود.

نکته ای که در این روایت حائز اهمیت است این است که حضرت ابتدا ملاک را اثر دانسته اند ولی بحث را به عدد کشانده اند که به نظر می رسد به خوبی از آن می توان استفاده کرد که ملاک اثباتی که ما به دنبال آن هستیم عدد است، به عبارت دیگر و لو از فرمایش ابتدائی حضرت استفاده شود که ثبوتا آنچه موجب نشر حرمت است اثر است ولی از آنجا که اثر تشکیکی است و حد روشنی ندارد و در بسیاری از موارد موجب تحیر افراد می شود (همانگونه که در چند روایت بعد از بیان اثر از سوی حضرت، راوی سوال کرد و ما الذی ینبت اللحم و الدم؟) حضرت ملاک اثباتی را ده قرار دادند.

پس به نظر می رسد این روایت اگر معارضی نداشته باشد مثبت ۱۰ خواهد بود و قیدی هم ندارد.

تعارض با سایر روایات

اما این روایات با دو سته از روایات دیگر دچار تعارض است که می توان آن را به دو دسته تقسیم کرد^۱:

الف) روایاتی که ده رضعه را مطلقا کافی نمی داند.

ب) روایاتی که با اطلاق این روایت تعارض دارد و ده رضعه را مقید ملاک قرار می دهد.

چند روایت به طور مطلق نشر حرمت توسط ۱۰ رضعه را نفی می کند.

عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ لَا يُحَرِّمُنَّ شَيْئًا.

راوی این روایت نیز عبید بن زراره است که روایت کفایت ۱۰ رضعه را نیز نقل کرده است.

۱. البته تعارض با روایاتی که اصلا ملاک را عدد قرار نمی دهد نیز وجود دارد ولی از محدوده تحقیق ما بیرون است.

عَنْهُ عَنْ أَخَوَيْهِ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ لَا يُحْرَمُ مِنْ شَيْئًا. (الاستبصار ۳: ۱۹۵)

چند روایت وجود دارد که ۱۰ رضعه را اگر متوالی نباشد موجب نشر حرمت نمی‌داند که مفهوم آن این است که فقط اگر رضعات متوالی باشند موجب نشر حرمت است.

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَازُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: قَالَ لَا يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا مَا شَدَّ الْعُظْمَ وَانْتَبَتِ اللَّحْمُ وَأَمَّا الرُّضْعَةُ وَالرَّضْعَتَانِ وَالثَّلَاثُ حَتَّى يَبْلُغَ عَشْرًا إِذَا كُنَّ مُتَفَرِّقَاتٍ فَلَا بَأْسَ. (الكافي ج: ۵ ص: ۴۴۰)

رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ هَازُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ زِيَادٍ الْعُبَيْدِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا يُحْرَمُ الرِّضَاعُ إِلَّا مَا شَدَّ الْعُظْمَ وَانْتَبَتِ اللَّحْمُ فَأَمَّا الرُّضْعَةُ وَالثَّنَتَانِ وَالثَّلَاثُ حَتَّى يَبْلُغَ الْعَشْرَ إِذَا كُنَّ مُتَفَرِّقَاتٍ فَلَا بَأْسَ.

عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ بَنْتٍ إِلْيَاسَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْغُلَامِ يَرْضَعُ الرُّضْعَةَ وَالثَّنَتَيْنِ قَالَ لَا تُحْرَمُ فَعَدَدْتُ عَلَيْهِ حَتَّى كَمَلْتُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ فَقَالَ إِذَا كَانَتْ مُتَفَرِّقَةً فَلَا.

و روایات دیگری به همین مضمون.

اولین راهی که برای حل این تعارض به ذهن می‌رسد و آقای خوئی نیز آن را انتخاب کرده و آقای شبیری به عنوان یکی از راهها بیان کرده است حمل مطلق بر مقید و تنقید زدن دو طرف اطلاق توسط روایاتی است که نشر حرمت در ۱۰ را به شرط توالی معتبر می‌دانند، به عبارت دیگر روایات مقید شاهد جمع می‌شوند برای دیگر روایات، زیرا دو لسان دارند یک لسان اثبات حرمت برای ۱۰ رضعه متوالی و یک لسان نفی حرمت برای ۱۰ رضعه متفرق، لذا تعارض بین این روایات حل می‌شود و ۱۰ رضعه در صورتی موجب حرمت می‌شود که متوالی باشد. (احکام الرضاع فی فقه الشیعة ۱۰۹. کتاب نکاح ۱۴ ۴۷۰۲)

رفع تعارض با استفاده از انقلاب نسبت

اگرچه نسبت روایاتی که مطلقا ۱۰ بار را موجب حرمت می‌داند با روایاتی که مطلقا موجب حرمت نمی‌داند، تباین است ولی ابتدا نسبت روایات مقید (که ۱۰ بار به قید توالی را موجب حرمت می‌داند) با یکی از دو دسته روایات مطلق سنجیده می‌شود مثلاً روایاتی که به طور مطلق ده رضعه را ملاک قرار داده‌اند با روایاتی که ده رضعه مقید به توالی را ملاک میدانند سنجیده می‌شود و چون مطلق و مقید هستند روایات مثبت تنقید می‌خورند به صورت توالی.

بعد، نسبت روایات نافعی مطلق با روایات مثبت که مقید به توالی شده‌اند سنجیده می‌شود که نسبتشان از تباین به عموم و خصوص مطلق تبدیل شده و اطلاق روایات نافعی نیز تقیید می‌خورند و نتیجه آن می‌شود اثبات حرمت ۱۰ رضعه متوالی. (کتاب نکاح ۱۴ ۷۰۵)

اشکال این جمع این است که چنین جمعی بین روایات اصلاً عرفی نیست زیرا وقتی هم زمان ما مثلاً ۳ دسته روایت داریم به چه دلیلی ابتدا تعارض بین دو طایفه برقرار کنیم و بعد نتیجه آن را به جنگ طایفه دیگر بفرستیم؟ به عبارت دیگر در همان زمانی که خاص یا مقید را با یکی از دو عام یا مطلق می‌سنجیم در همان زمان او با طرف دیگر نیز درگیر است.

ادله قائلین به ۱۵ رضعه

الف) خبر زیاد بن سوقه

مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى السَّابَّاطِيِّ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ زِيَادِ بْنِ سُوْقَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ هَلْ لِلرَّضَاعِ حَدٌّ يُؤْخَذُ بِهِ فَقَالَ لَا يُحَرِّمُ الرِّضَاعُ أَقَلَّ مِنْ رَضَاعِ يَوْمٍ وَ لَيْلَةٍ أَوْ خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَاتٍ مُتَوَالِيَاتٍ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ لَبَنِ فَحْلٍ وَاحِدٍ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَهُمَا رَضْعَةً امْرَأَةً غَيْرَهَا وَ لَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَرْضَعَتْ غُلَامًا أَوْ جَارِيَةً عَشْرَ رَضْعَاتٍ مِنْ لَبَنِ فَحْلٍ وَاحِدٍ وَ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةً أُخْرَى مِنْ لَبَنِ فَحْلٍ آخَرَ عَشْرَ رَضْعَاتٍ لَمْ يُحَرِّمْ نِكَاحَهُمَا. (تهذيب الاحكام ۷ ۳۱۵)

بررسی سندی روایت زیاد بن سوقه

بحثی که در این روایت وجود دارد مربوط به عمار ساباطی است. ایشان توثیق شده است ولی شبهه فطحی بودنش مطرح است. اما **آقای شبیری** قائل است روایات ایشان دارای اضطراب فراوانی است و ممکن است این باعث شود اصلاً روایات ایشان را معتبر ندانیم.

ب) مرسله صدوق

و روي أنه لا يحرم من الرضاع إلا رضاع خمسة عشر يوما و لياليهن ليس بينهن رضاع (المقنع ۳۳۱)

این روایت، مرسله غیر جزمی مرحوم صدوق است و از لحاظ سندی ضعیف است.

در مقابل این دو، روایت عمر بن یزید وجود دارد که ۱۵ رضعه را نیز محرم ندانسته است.

عَنْهُ (حسن بن علی بن فضال) عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ حَمَادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ غَيْرِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً لَا تُحَرِّمُ (تهذيب ۷ ۳۱۴)

در سند این روایت حسن بن علی بن فضال فطحی است و صفوان نیز روایت را از حماد یا دیگری نقل کرده است که (او غیره) مشخص نیست ولی از آنجا که صفوان هم از اصحاب اجماع است و هم جماعتی است که لایروون

و لایرسلون الا عن ثقه در صورت پذیرش یکی از این دو مبنا روایت موثق خواهد بود ولی از آنجا که اجماع بر خلاف این روایت وجود دارد از اعتبار می‌افتد.

بنابراین مستند اصلی قائلین به ۱۵ رضعه روایت زیاد بن سوفه است. این روایت از جهتی با جمعی که در روایات ۱۰ به ذهن می‌رسید تعارض دارد زیرا ۱۰ رضعه متوالی را نیز شامل می‌شود و از طرفی ملاک را ۱۵ رضعه قرار داده است.

بررسی تعارض روایت زیاد با روایات ده رضعه

اگر بپذیریم که روایات عمار ساباطی حجت نیست که تعارضی پیش نمی‌آید و روایات ده محکم خواهد بود، اما در صورت پذیرش روایات عمار بین روایت زیاد بن سوفه و روایات ده رضعه تعارض می‌شود و جمع عرفی نیز به ذهن نمی‌رسد، بنابراین باید به سراغ مرجحات رفت.

بررسی مرجحات صحیحیه بر موثق

مرجحات راوی

مقتضای «خذ بأعدلهم» در اخبار علاجیه این است که روایات صحیحیه بر روایات موثقیه مقدم شوند و بعلاوه ممکن است بگوییم عنوان «اصدقهما» شامل روایات صحیحیه می‌شود چرا که عمار ساباطی کثیرالسهو است و احتمال دستکاریهایی در نقل را به هنگام درج در کتابهایشان می‌دهیم. (کتاب نکاح ۱۴ ۴۷۰۷)

این بحث مبنائی است زیرا ممکن است کسی قائل شود تعبد در این امور بعید است لذا وقتی در اصل حجیت خبر واحد عدالت را شرط ندانسته و توثیق را کافی دانستیم، در ترجیح نیز آنچه طریقت دارد برای رسیدن به خبر معتبر اوثقیت است و خبر صحیح و موثق در یک درجه از اعتبار هستند.

موافقت با کتاب

یکی از مرجحات موافقت کتاب است. آیه‌ای که در اینجا ممکن است مطرح شود این آیه شریفه است: وَ أُمّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ (نساء ۲۳)

همچنین اگر موافقت با کتاب را توسعه داده و موافقت با سنت را نیز جزء مرجحات محسوب کنیم عموم این دو روایت نیز مطرح شده است:

الف) مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ بُرَيْدِ الْعَجَلِيِّ فِي حَدِيثٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع عَنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ص - يَخْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَخْرُمُ مِنَ النَّسَبِ فَسَّرَ لِي ذَلِكَ - فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْ مِنْ لَبَنِ فَحَلَّتْهَا - وَلَدَ امْرَأَةٍ أُخْرَى مِنْ جَارِيَةٍ أَوْ غُلَامٍ - فَذَلِكَ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص - وَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْ مِنْ لَبَنِ فَحَلَّتْ كَانَتْ لَهَا - وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ مِنْ جَارِيَةٍ أَوْ

عَلَامٍ- فَإِنَّ ذَلِكَ رِضَاعٌ لَيْسَ بِالرِّضَاعِ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص- يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ- وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ نَسَبِ نَاحِيَةِ الصُّهْرِ رِضَاعٌ وَلَا يُحْرَمُ شَيْئًا- وَلَيْسَ هُوَ سَبَبُ رِضَاعٍ مِنْ نَاحِيَةِ لَبَنِ الْفُحُولَةِ فَيَحْرَمُ.

ب) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ لَبَنِ الْفُحْلِ- قَالَ هُوَ مَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنِكَ وَ لَبَنِ وَلَدِكَ- وَلَدَ امْرَأَةٍ أُخْرَى فَهُوَ حَرَامٌ.^۱

استدلال به عموم آیه اینگونه است که اطلاق آیه رضاع کمتر از ۱۰ را نیز می گیرد اما با توجه به روایات و همچنین اجماع، کمتر از ۱۰ یقیناً موجب حرمت نیست اما ۱۰ موافق عموم آیه است.

علامه در مختلف فرموده است: الأول: عموم قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَ هُوَ يصدق على القليل والكثير، ترك العمل به فيما دون العشر، فيبقى في العشر على إطلاقه. (ج ۷، ص: ۳۱)

آقای شبیری به این استدلال اشکال کرده اند:

آیه «وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» را عرف، عام نمی داند زیرا مفهوم «مادرانی که شما را شیر دادند» تضییق دارد و شیر دادن يك بار و دو بار و ... را شامل نمی شود بلکه باید آن قدر شیر داده باشد که عرف حکم کند که مادر توست. مثل اینکه گفته شود «پدری که خرج تو را داده» که ظاهرش با توجه به مناسبت حکم و موضوع این است که مدت معتنا بهی، خرج داده باشد تا این مفهوم صادق آید.

ممکن است به ایشان اشکال شود که اگر بپذیریم یک بار و دو بار اینها هم صدق نمی کند اما کودکی مثلاً ۱۰ بار متوالی از کسی شیر خورده و هر بار هم کامل خورده و مثلاً بین آن چیزی نخورده و حتی با این شیر رشد داشته آیا باز هم عرف این عنوان را صادق نمی داند؟ علاوه بر اینکه لازمه فرمایش ایشان این است که حتی روایات ۱۵ رضعه با این آیه شریفه تعارض داشته باشند.

مرجحیت موافقت با مطلق یا عامی که توسط سنت ثابت باشد محل بحث است. آقای شبیری قائل است: آنچه که مقتضای روایات وارده در خبرین متعارضین است، مرجحیت عام کتابی است و عام یا مطلق وارده در سنت، می تواند مرجع بعد التعارض و التساقط قرار گیرد.

اما فارغ از این بحث کبروی که باید در اصول بحث شود، دو روایتی که آقای خوئی ادعای عام بودن آن را دارند از لحاظ صغروی به نظر می رسد دلالتی بر مدعای ایشان ندارد زیرا هیچ یک از دو روایت برید و عبد الله بن سنان از جهت تعداد رضعات در مقام بیان نیستند، روایت برید در مقام تفسیر آیه شریفه است که وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا (فرقان ۵۴) که برای حرمت در رضاع وحدت فحل شرط است، همچنین است روایت برید.

۱. آقای خوئی این دو روایات را جزء عموماتی می داند که اگر دلیلی بر خلاف وجود نداشت دلالت بر حرمت مطلق رضاع می کردند.

مخالفت با عامه

اینکه کدام یک از روایات موافق با عامه هستند تا احتمال تقیه در آن باشد و روایتی که مخالف عامه است ترجیح داده شود نیاز به بحث دارد.

برخی روایت ۱۰ را مخالف عامه دانسته و آن را تقیه‌ای دانسته‌اند به دلیل روایتی که از عائشه نقل شده است و قرائنی که در متن روایات وجود دارد، مثل اینکه در روایت زیر حضرت ۱۰ رضعه را به خودشان اسناد ندادند و در ادامه فرمودند دع دا و از جواب دادن طفره رفتند، مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع إِنَّا أَهْلُ بَيْتِ كَبِيرٍ فَرُبَّمَا كَانَ الْفَرْحُ وَالْحَزَنُ الَّذِي يَجْتَمِعُ فِيهِ الرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ فَرُبَّمَا اسْتَحْيَتِ الْمَرْأَةُ أَنْ تَكْشِفَ رَأْسَهَا عِنْدَ الرَّجُلِ الَّذِي يَبِينَهَا وَبَيْنَهُ الرِّضَاعُ وَرُبَّمَا اسْتَحَفَّ الرَّجُلُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى ذَلِكَ فَمَا الَّذِي يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ فَقَالَ مَا أَثْبَتَ اللَّحْمُ وَالدَّمُ فَقُلْتُ وَ مَا الَّذِي يُنْبِتُ اللَّحْمَ وَ الدَّمُ فَقَالَ كَانَ يُقَالُ عَشْرُ رَضَعَاتٍ قُلْتُ فَهَلْ يُحَرِّمُ عَشْرُ رَضَعَاتٍ فَقَالَ دَعْ ذَا وَ قَالَ مَا يُحَرِّمُ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ مَا يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ.

ولی به نظر می‌رسد این مقدار برای اثبات تقیه‌ای بودن روایت کافی نیست زیرا اولاً ۱۰ رضعه اگر چه چنین روایتی از عائشه وجود دارد ولی به عنوان قول مطرحی در بین اهل سنت نقل نشده علاوه بر اینکه ممکن است گفته شود عدم انتساب به خود امام شاهد بر تقیه باشد ولی عددی که حضرت نقل فرموده ظهوری در تقیه ندارد، به عبارت دیگر چه بسا حضرت علیه السلام به گونه‌ای سخن گفته باشند که هم راه فراری داشته باشند و هم حکم را به سائل رسانده باشند، زیرا اگر در عدد هم حضرت قصد تقیه داشتند عددهای دیگری بیان می‌کرد که در میان اهل سنت قائل داشته باشد.

موافقت با احتیاط

یکی دیگر از مرجحات که گاهی به عنوان یکی از ادله قول ده رضعه نیز گفته می‌شود موافقت با احتیاط است که گفته می‌شود احتیاط موافق با روایت کفایت ده رضعه می‌باشد.

دلیل ترجیح به موافقت با احتیاط، بعضی از روایات اخبار علاجیه است که احتیاط را مرجح دانسته و یا به اعتبار اینکه هرگاه در يك شیء، حلال و حرام جمع شود و مشتبه گردد، همیشه حرام بر حلال غلبه دارد و اینجا نیز جنبه حرمت را که قول به ده رضعه است، باید ترجیح داد.

علامه در مختلف فرموده است: الرابع (از ادله ترجیح ۱۰ رضعه): الاحتیاط، فَإِنَّ التَّحْرِيمَ الْمُسْتَنْدَ إِلَى عُمُومِ الْكِتَابِ وَالرَّوَايَاتِ لَمَّا عَارَضَتْهُ الْإِبَاحَةُ الْمُسْتَنْدَةُ إِلَى الْأَصْلِ وَالرَّوَايَاتِ غَلَبَ جَانِبَ التَّحْرِيمِ لِتَيَقُّنِ الْبَرَاءَةِ مَعَهُ، بخلاف الطرف الآخر، و قد روي عنه عليه السلام: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام على الحلال) (ج ۷،

اینکه ۱۰ رضعه موافق با احتیاط باشد ممکن است در همه موارد صادق نباشد و گاهی احتیاط در خلاف آن باشد مثلاً دو نفری که بعد از سالها ازدواج متوجه شده‌اند ۱۰ بار از خانمی شیر خوره‌اند آیا اینجا نیز حکم به تحقق رضاع و مثلاً جدائی این دو از یکدیگر و ازدواج این خانم که ممکن است شوهردار باشد، با شخص دیگر هم آیا موافق با احتیاط است؟

نتیجه در بحث مرجحات این شد که تنها مرجحی که در اینجا میتوان از آن علی المبنی استفاده کرد، ترجیح صحیح بر موثق است ولی مبنی محل بحث است.

بنابراین اگر به مرجحی دست نیافتیم، طبق مبنای اصول قائل به تساقط یا تخییر می‌شویم، در صورتی که قائل به تساقط شویم باید بررسی کرد عام فوقانی وجود دارد یا خیر، که در ضمن مباحث گذشته بیان شد که چنین عامی نداریم.

البته اگر روایات اثر را بپذیریم و بتوانیم برای آن یک حد عرفی مشخص کنیم به کمک آنها شاید بتوان این روایات را نیز حل کرد، که مثلاً اگر دیدیم با ۱۰ رضعه عرفاً اثر حاصل شد، این روایات میتواند موید قول به ۱۰ رضعه باشد.

مقتضای اصول عملیه

استصحاب

اگر در روایات متعارض قائل به تساقط شدیم نوبت به اصول عملیه می‌رسد. یکی از اصولی که در این بحث به آن تمسک شده است استصحاب است با این بیان که تا قبل از ده رضعه حرمت ازدواج ثابت نبود، بعد از آن شک می‌کنیم، استصحاب می‌کنیم عدم حرمت ازدواج را.

البته این استصحاب طبق مبنای کسانی جاری است که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری می‌دانند و اثبات اینکه ۱۵ رضعه ملاک است را نیز نمی‌کند به دلیل اینکه مثبت است ولی حکم عدم حرمت ازدواج را می‌توان استصحاب کرد.

برائت

یکی دیگر از ادله‌ای که گاهی بیان می‌شود تمسک به برائت است، زیرا دختر و پسری که کمتر از ۱۵ مرتبه شیر خورده‌اند شک می‌شود حرمت ازدواج دارند یا خیر؟ اصل برائت می‌گوید ندارند.

جمع بندی

دلیل اصلی طرفین روایات هستند، تعارض داخلی روایات ده رضعه قابل حل است و جمع عرفی دارد اما تعارض آنها با روایت زیاد بن سوقة که دلیل پانزده رضعه است از نظر دلالتی ممکن نیست بنابراین اگر روایت زیاد را از لحاظ سندی ضعیف دانستیم به دلیل عمار ساباطی که اگرچه توثیق شده ولی به ادعای آقای شبیری در روایات ایشان اضطراب زیادی وجود دارد، با توجه به جمعی که در روایات ۱۰ انجام دادیم آنها بدون معارض خواهند بود و قائل به ۱۰ رضعه خواهیم شد.

در صورت تعارض، اگر اطلاق قرآن را بپذیریم روایات ۱۰ موافق کتاب خواهد بود و مرجح دارد ولی در مقام بیان بودن آیه از جهت شرایط ثابت نیست و استفاده اطلاق از آیه بعید است، دیگر مرحجات نیز قابل اثبات نیست مگر اینکه قائل باشیم روایت صحیح بر موثقه ترجیح دارد. بنابراین به نظر می‌رسد اگر بتوان روایات اثر را به کمک یکی از دو دسته آورد می‌توان از آن کمک گرفت، مثلاً اگر دیدیم با ۱۰ رضعه متوالی و کامل اثر عرفی حاصل شد این خود می‌تواند مویدی برای این دسته باشد و الا تعارض مستقر خواهد بود و طبق مبنای اصول باید قائل به تساقط یا تخییر شد و اگر قائل به تساقط شدیم بحث عام فوقانی مطرح می‌شود که بحث آن گذشت که عام قرآنی یا حدیثی داریم یا خیر؟ در صورتی که عام فوقانی را هم نپذیریم باید به سراغ اصول عملیه رفت که لااقل در برخی فروض نتیجه آن ۱۵ خواهد بود به دلیل استصحاب. و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین.

ادله نشر حرمت در لبن و طیء به شبهه

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

مهدی سعادت‌نی نسب^۱

* دانش پژوه گروه فقه خانواده ، سال تحصیلی ۹۹ و ۹۸

مقدمه

از جمله اموری که در شرع سبب محرمیت و حرمت میشود رضاع و شیر خواری میباشد و این مساله از مسلمات و ضروریات فقه است. گرچه صاحب جواهر ادعای ضرورت مذهب بلکه ضرورت دین دارد. (ج ۲۹، ص: ۲۶۴) برای تحقق حرمت، شرائطی در فقه ذکر شده از جمله این که شیر ناشی از نکاح باشد. یا شرط دیگر در کمیت و مقدار شیر است که از نظر روایات و کلمات فقهاء مسلم است که مطلق رضاع در نشر حرمت کافی نیست و در آن کمیت خاصی معتبر است. همچنین سن مرتضع در هنگام رضاع نباید بیشتر از دو سال باشد که مورد اجماع واقع شده است. یا اشتراط اتحاد فحل و اعتبار آن؛ در این نوشتار به بررسی برخی از فروعات شرط اول پرداخته خواهد شد.

شرط اول برای تحقق حرمت و محرمیت این بود که شیر ناشی از نکاح باشد و بسیاری از فقهاء ادعای اجماع کرده اند^۱ که شیر باید منشا حلال داشته باشد، لذا اگر شیر ناشی از زنا باشد، دیگر موجب نشر حرمت نمی شود البته همچون ابن جنید قائل به تفصیل شده (مختلف ج ۷، ص: ۳۹) و فرموده است: مرتضع تنها نسبت به زانیه مرضعه محرمیت پیدا می کند و لکن از طرف زانی، محرمیتی حاصل نمی گردد. حال اگر شیر حاصل از وطی به شبهه باشد محلق به شیر حاصل از نکاح صحیح است یا ملحق به زنا میشود؟

این مساله که رضاع به لبن حاصل از وطی شبهه، موجب نشر حرمت می شود، تقریباً محل اتفاق است و فتوای فقیهی در میان قدماء^۲ که حکم به عدم نشر حرمت کرده باشد، یافت نمی شود (جواهر الکلام ج ۲۹، ص: ۲۶۶). بله برخی همچون ابن ادریس در السرائر (ج ۲، ص: ۵۵۲) و صاحب مدارک (ج ۱، ص: ۱۰۱) در این مسأله مردد شده اند.

ادله نشر حرمت

برای بررسی نشر حرمت در رضاع به لبن حاصل از وطی شبهه سه دلیل لفظی و یک دلیل لبی اقامه شده است.

۱- تمسک به اطلاق آیه ۲۳ نساء

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ»

با توجه به مقتضای اطلاق لفظی «امهاتکم اللات ی ارضعنکم» فرقی میان شیر حاصل از وطی صحیح و وطی شبهه نیست و هر دو موجب نشر حرمت می شود. برخی همچون شهید ثانی (مسالك ج ۷، ص: ۲۰۷) کاشف الغطاء (انوار الفقهاء کتاب النکاح ص: ۵۴) و مرحوم شیخ انصاری (رسالة في الرضاع ص: ۳۵۹) و دیگران به این اطلاق توجه

۱. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص: ۵۲۰؛ تذکره الفقهاء (ط - القديمة)، ص: ۶۱۵؛ جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۱۲، ص: ۲۰۴؛

مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص: ۲۳۷؛ کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۷، ص: ۱۲۹؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص: ۲۶۵

۲. در میان متأخرین همچون مرحوم خوئی قائل به عدم نشر حرمت شده اند. أحكام الرضاع في فقه الشيعة، ص: ۸۱

کرده و به آن تمسک کرده‌اند.^۱ اما برخی دیگر با انکار اطلاق لفظی در آیه شریفه، به اطلاق مقامی تمسک کرده‌اند (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۴، ص: ۶۲۶) که توضیح آن خواهد آمد.

۲- روایات

الف) روایت ابی الصباح الکنانی

« مُحَمَّدٌ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرِّضَاعِ فَقَالَ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۴۳۷)

بررسی سند روایت

با بررسی سندی روایت تنها کسی که نسبت به آن اشکال وجود دارد، محمد بن الفضیل که همان محمد بن فضیل صیرفی کوفی ازدی است،^۲ ممکن است خدشه شود. از یک طرف مرحوم خوئی وی را ضعیف می‌داند؛ معجم رجال، ج ۱۸، ص: ۱۵۳ دلیل این تضعیف کلام شیخ طوسی است که او را رمی به غلو کرده وضعیف شمرده است (رجال ص: ۳۴۳ و ۳۶۵) اما به نظر می‌رسد که این تضعیف تام نباشد زیرا اولاً رمی به غلو نمی‌تواند دلیل بر ضعف راوی باشد و اعتباری ندارد؛ چرا که غلو به معنای از حدگذراندن است، یعنی در باب ائمه علیهم السلام به مقامات بیش از اندازه قائل شدن و این مفهوم وابسته به مقاماتی است که ما برای ائمه قائل هستیم که خود امری اجتهادی است و در آن اختلاف دیدگاه‌ها فراوان است و شهادت در امور استنباطی که مورد اختلاف نظر شدید است حجت ندارد، بلکه تنها در امور حسی یا قریب به حس که اختلاف انظار در آن اندک باشد اعتبار دارد، بنابراین شهادت به غلو از سوی هر کسی که باشد تنها دیدگاه و نظر او را مشخص می‌سازد و اعتبار تعبدی برای شخص دیگر ندارد. ثانیاً خود مرحوم شیخ نسبت غلو را قبول نداشته و تنها رمی به غلو را نقل کرده است.

اما تعبیر به «ضعیف» هر چند موجب قدح راوی می‌شود، لکن در مقابل امارات متعددی است که دلیل بر وثاقت محمد بن الفضیل می‌باشد.

۱. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص: ۲۰۴؛ کفایة الأحكام، ج ۲، ص: ۱۰۸؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص: ۲۳۷؛
 ۲. مرحوم اردبیلی در جامع الرواة (ج ۲، ص ۱۷۵) معتقدند که این عنوان میان محمد بن القاسم بن الفضیل بصری و محمد بن الفضیل صیرفی کوفی، مشترک است و اطلاق این عنوان را به دو قرینه منصرف به محمد بن القاسم می‌داند که در وثاقت او تردیدی نشده است، لکن به نظر می‌رسد که هر چند اصل امکان اختصار نام وی به «محمد بن الفضیل» ممکن است و اشکالات صاحب قاموس الرجال (ج ۹، ص ۵۱۶) مبنی بر انکار امکان اختصار تمام نمی‌باشد، لکن قرائن مورد نظر تمام نیست و شهادی بر این اختصار و انصراف وجود ندارد، بنابراین مراد از عنوان «محمد بن الفضیل»، محمد بن الفضیل صیرفی کوفی است. تفصیل مطلب مراجعه شود به: کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۸، ص: ۲۷۶۱-۲۷۸۱

اول: نجاشی نه تنها اشاره‌ای به ضعف وی نکرده است بلکه درباره کتاب او چنین تعبیر دارد که «هذه النسخة يرويها جماعة» (رجال: ۳۶۷) که از این عبارت وثاقت وی قابل استفاده است چرا که اگر وی فردی ضعیفی بود راویان زیادی کتاب را نقل نمی‌کردند!

دوم: بسیاری از اجلاء که برخی از اصحاب اجماع هستند، همچون حسن بن محبوب و حسن بن علی بن فضال از او بسیار روایت کردند.

سوم: احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی و صفوان بن یحیی از وی روایت کردند و این دو از کسانی هستند که «لایروون و لایرسلون الا عن ثقة».

چهارم: روایات وی در کتاب کافی و فقیه بسیار وارد شده است که هر یک از این دو میتواند علامت وثاقت این راوی باشد خصوصاً با عنایت به اینکه صدوق و کلینی هر دو از علماء رجال هم بودند و از حالات راویان آگاه بودند.

با عنایت به قرائن فوق، تردیدی در وثاقت محمد بن الفضیل نمی‌ماند و تضعیف وی که ناشی از همان رمی به غلو بوده است، اعتباری ندارد. (کتاب نکاح (زنجان)، ج ۸، ص: ۲۷۷۹)

دلالت روایت

در این روایت نیز همچون آیه شریفه گفته می‌شود که به اطلاق لفظی و یا اطلاق مقامی، فرقی میان شیر حاصل از وطی صحیح و وطی به شبهه نیست و هر دو موجب نشر حرمت می‌شود. (مختلف ج ۷، ص: ۳۹؛ إيضاح الفوائد ج ۳، ص: ۴۵؛ مسالك ج ۷، ص: ۲۰۷؛ كشف اللثام ج ۷، ص: ۱۲۹؛ أنوار الفقهاء - كتاب النكاح (لكاشف الغطاء، حسن)؛ ص: ۵۴)

ب) صحیحہ عبد الله بن سنان

دومین روایتی که برای اثبات نشر حرمت به لبن وطی شبهه، تمسک شده است صحیحہ عبد الله بن سنان میباشد.

« مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ لَبَنِ الْفَحْلِ قَالَ هُوَ مَا أَزْصَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبْنِكَ وَلَبْنٍ وَلَدِكَ وَلَدَ امْرَأَةٍ أُخْرَى فَهُوَ حَرَامٌ » (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۴۴۰)

دلالت روایت بر نشر حرمت نسبت به لبن حاصل از وطی به شبهه، به دو صورت ممکن است:

صورت اول: گفته شود واژه (امراتک) در مقام بیان این نیست که بخواهد بگوید (شیری که از همسر تو باشد) تا ایراد شود که موطوءه به شبهه، همسر شخص محسوب نمی‌شود، بلکه وقتی می‌گوید (امراتک من لبنک)، صرفاً می‌خواهد بفهماند کسی که شیرش از تو باشد و نه خصوص همسر بودن. شاهد و قرینه ای که بر این استظهار مطرح می‌شود، این است که سوال سائل از لبن الفحل است، و گویا حضرت در پاسخ می‌فرمایند: آن لبن الفحلی در نشر حرمت نسبت به تو، معتبر است که از طریق تو حاصل شده باشد، حال اینکه از مسیر حلال

محقق شده باشد و یا مسیر حرام، این روایت ناظر به این حیث نمی باشد. طبق این بیان روایت اطلاقی پیدا می کند که حتی شامل فرض زنا نیز می شود و باید فرض زنا را تنها با اجماع بر عدم نشر حرمت اخراج کرد. در این صورت واژه (امراتک) حمل بر بیان مورد غالب خواهد شد و دیگر موضوعیتی ندارد و شاهد بر آن نیز این است که این حکم قطعا در مورد مملوکه و متعه (اگر بگوئیم امراتک ظهور در همسر دائمی دارد) نیز جاری است. (ریاض

المسائل ط - الحديث، ج ۱۱، ص: ۱۳۰)

صورت دوم: روایت در مقام تفسیر لبن الفحل است و می خواهد بگوید این طور نیست که هر مردی که به وسیله مباشرت او شیری ایجاد شده باشد، این فحل حساب شود و لبن او لبن الفحل باشد، بلکه لبن باید لبن حلال باشد و لذا (امراتک) هر چند جنبه مثالیت دارد، ولی اشاره به جنبه حلال بودن لبن دارد، بنابراین مملوکه و محلله و موطئه به شبهه هم همین حکم را دارند، برخلاف زنا که چون از مسیر حلال حاصل نشده است، لذا محکوم به حکم نشر حرمت نمی باشد. (کتاب نکاح، (زنجانی)، ج ۱۵، ص: ۴۸۹۱)

۳- شهرت

با بررسی کلمات فقهاء الحاق حصول رضاع به واسطه لبن حاصل از وطی شبهه به نکاح صحیح، موافق اشهر بین الاصحاب^۱ و بلکه مشهور^۲ آنان است و همچون کاشف الغطاء آن را شهرت فتوایی می داند (أنوار الفقهاء - کتاب النکاح (لکاشف الغطاء، حسن؛ ص: ۵۴) حال اگر ما شهرت فتواییه را به عنوان یک دلیل مستقل بدانیم، می توان در نشر حرمت بدان استدلال کرد.

بررسی ادله نشر حرمت

سه مناقشه در تمسک به طلاقات

با بررسی مقتضای طلاقات سه ایراد و اشکال قابل طرح است.

مناقشه اول: عدم وجود اطلاق لفظی

برخی اساسا منکر وجود اطلاق لفظی شده اند، زیرا وقتی میتوان به اطلاق تمسک کرد که آیه در مقام بیان شروط باشد در حالی که آیه اصلا در مقام بیان شروط نیست و صرفا در مقام اصل تشریع حرمت از طریق رضاع می باشد، بنابراین نسبت به اینکه آیا باید لبن، حتما حاصل از نکاح صحیح بلاشبهه باشد یا خیر؟ از نظر لفظی در مقام بیان نیست. همچنین در روایت نیز صرفا اصل تحریم رضاع را بیان می کند و ناظر به شروط معتبر در آن نمی باشد. (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۴، ص: ۴۶۲۶)

۱. إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۳، ص: ۴۵؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۷، ص: ۲۰۷؛ كفاية الأحكام، ج ۲، ص:

۱۰۸؛ كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۷، ص: ۱۲۹

۲. غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳، ص: ۳۹؛ رياض المسائل (ط - الحديث)، ج ۱۱، ص: ۱۲۸؛ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام،

ج ۲۹، ص: ۲۶۶

مناقشه دوم: مقید شدن اطلاقات

هر چند اصل وجود اطلاق را انکار نمی‌کنیم و آن را شامل مقام می‌دانیم، لکن این شمولیت، صرفاً شمولیتی بدوی است و استقرار ندارد؛ چرا که به واسطه ادله خاصه، تقیید خورده است. ادله خاصی همچون صحیح و حسنه عبدالله بن سنان،^۱ واژه «امراتک» دارند و این واژه شامل موطؤه بالشبهه نمی‌شود. همچنین در صحیح برید عجل^۲ نیز از واژه «فحلها» استفاده شده است و این واژه هم بر واطی بالشبهه صدق نمی‌کند؛ چرا که صحت اضافه در هر دو واژه متوقف بر نحوه اختصاص و ملابستی میان دو طرف است، حال آنکه چنین اختصاصی میان واطی و موطؤه در وطی شبهه وجود ندارد.

مناقشه سوم: انصراف اطلاقات از محل نزاع

برخی از فقهاء مثل صاحب مدارک و صاحب ریاض منکر اطلاق ادله نمی‌باشند اما مدعی هستند که اطلاقات منصرف از وطی به شبهه هستند. دلیل و جهت این انصراف هم ندرت فرد وطی به شبهه است. (نهایه المرام، ۱: ۱۰۱؛ ریاض المسائل (ط - الحذیفة)، ۱۱: ۱۲۸)

اما آنچه به نظر می‌رسد این است که اطلاق لفظی عمومات محتمل است و همانطور که بسیاری از فقهاء بدان استدلال کرده‌اند و شمولیتش را نسبت به مقام پذیرفتند، می‌توان به آن استدلال کرد و اشکالات فوق قابل جواب دهی می‌باشد.

جواب از مناقشه اول:

اشکال اول بر این پایه بود که ادله اطلاق لفظی ندارند و در مقام بیان شروط معتبر در حرمت نشر نیستند، اما باید گفت: در تمسک به اطلاق، شرط اول احراز صدق عنوان است و واضح است که عنوان «امهاتکم اللاتی ارضعنکم» در آیه شریفه و عنوان «الرضاع» در روایت، هم در مورد وطی حلال صدق می‌کند و هم در مورد وطی حرام و هم شبهه. شاهد بر این امر هم تعابیر متعدد و کثیری است که در روایات آمده و نفس شیر خوردن را رضاع می‌داند، لذا سوال از محرّم بودنش شده است و رضاع را توصیف به محرّم و غیرمحرّم کرده است.^۳

۱. صحیح: «مُحَمَّدُ بْنُ یَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مُحَبُّوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ لَبَنِ الْفَحْلِ قَالَ هُوَ مَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنِكَ وَ لَبَنٍ وَلَدِكَ وَلَكِنْ امْرَأَةٌ أُخْرَى فَهُوَ حَرَامٌ»

حسنة: «عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ لَبَنِ الْفَحْلِ قَالَ مَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنٍ وَلَدِكَ وَلَكِنْ امْرَأَةٌ أُخْرَى فَهُوَ حَرَامٌ.» (وجه تعبیر به حسنة به جهت وجود ابراهیم بن هاشم در سند است.)

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ یَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيٍّ عَنْ ابْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مُحَبُّوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ بُرَيْدٍ الْعِجْلِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع... فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ص يَحْزُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْزُمُ مِنَ النَّسَبِ فَسَرَّ لِي ذَلِكَ فَقَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْ مِنْ لَبَنِ فَحْلِهَا وَلَكِنْ امْرَأَةٌ أُخْرَى مِنْ جَارِيَةٍ أَوْ غُلَامٍ فَذَلِكَ الرِّضَاعُ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص...»

۳. «عَنْ زِيَادِ بْنِ سُوفَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ (ع): هَلْ لِلرَّضَاعِ حَدٌّ يُؤْخَذُ بِهِ؟ فَقَالَ: لَا يَحْرُمُ الرِّضَاعُ أَقَلُّ مِنْ رِضَاعِ يَوْمٍ وَ لَيْلَةٍ أَوْ خَمْسٍ عَشَرَ...»
«... فَإِنَّ ذَلِكَ رِضَاعٌ لَيْسَ بِالرِّضَاعِ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ...»

لذا از همین جهت است مثلاً رضاعی که به واسطه یک شیر خوردن محقق شده باشد و یا به واسطه ده شیر خوردن و یا بیشتر، این ها هم تحت عنوان هستند، لذا بسیاری از فقهاء متقدم و متاخر که معتقدند^۱ ده مرتبه نیز کافی است،^۲ تمسک به اطلاق آیه کرده اند (مختلف، ۷: ۳۱؛ مسالك الانهام ج ۷: ۲۱۵). و یا تحت همین عنوان افرادی قرار می گیرند که ممکن است فرزند کمتر از دو سال و یا بیشتر از دو سال را شیر داده باشند (کنز الفوائد ج ۲، ص: ۳۴۰؛ غایة المراد، ج ۳، ص: ۱۴۸؛ ایضاح ترددات الشرائع، ج ۲، ص: ۹) شرط دوم تمسک به اطلاق، شکل گیری ظهور اطلاق لفظ است، بدین بیان که مانعی همچون منشأ انصراف و یا وجود مقید در میان نباشد که در ادامه بیان خواهد شد.

بنابراین بنظر می رسد که ادعای اطلاق آیه و روایت نسبت به چنین افرادی قابل طرح باشد و لااقل اینکه احتمال آن قابل اعتنا است و همین احتمال کافی است؛ چرا که واضح است در هر اطلاق که از سنخ اطلاق لفظی باشد، با شک در اینکه نسبت به برخی ویژگی ها در مقام بیان است، اصل در مقام بیان بودن می تواند اطلاق لفظ را نسبت به آن خصوصیات ثابت کند. توضیح مطلب آن است که در اطلاق لفظی عنوانی که موضوع یا متعلق برای حکمی قرار گرفته است، مقسم قرار می گیرد برای اقسامی. اصالة الاطلاق می گوید که این عنوان، تمام-الموضوع برای حکم است و شامل تمام اقسام می شود و این امر ناشی از ظهور نوعی است، یعنی ظهور نوعی متکلم بما هو من العقلاء در این است که تمام مطلوبش را در این خطاب بیان می کند.^۳ مثلاً در مثال «اعتق رقبة»، اگر در این امر به عتق رقبة، تمام مطلوب متکلم عتق رقبة مومنة باشد، متکلم عرفی همه آن را در همین خطاب بیان می کند و نمی گذارد تا بخشی از مطلوبش را در خطاب دیگر بیان کند. با همین خطاب واحد آن چیزی که از شئون همین امر به عتق رقبة است، بیان می کند و مومنه بودن از شئون این امر به عتق رقبة است. این ظهور نوعی است و لذا اصل این است که متکلم در مقام بیان است.^۴ بنابراین در مقام، اگر شک هم بشود که آیا متکلم در مقام بیان این گونه افراد بوده است یا خیر، اصل بر این است که متکلم در مقام بیان است.

بله اگر قرینه قائم شود بر اینکه آیه و یا روایت، در مقام بیان اصل تشریع حکم است، بدین بیان که گفته شود کثرت قیود و شرائط دخیل در حکم بقدری است که دلالت می کند بر اینکه آیه و یا روایت، در مقام بیان تمام آن-

«قال: فيتزوج اختها لامها من الرضاة؟ قال: فقال: لا بأس بذلك ان اختها التي لم ترضه كان فحلها غير فحل التي ارضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس» (با اینکه خواهر مادر رضاعی بوده است، ولی موجب حرمت نیست)

۱. المقنعة (للشيخ المفيد)، ص: ۵۰۲؛ المراسم العلوية و الأحكام النبوية، ص: ۱۴۹؛ المذهب (لابن البراج)، ج ۲، ص: ۱۹۰؛ الكافي في الفقه، ص: ۲۸۵؛ الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص: ۳۰۱؛ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۷، ص: ۳۱؛ ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۳، ص: ۴۷؛ اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، ص: ۱۷۷

۲. حتی کمتر از ده بار را هم تحت اطلاق آیه دانسته، فلذا آن را با اجماع با روایات ده مرتبه خارج کرده اند. البته به نظر ما صدق عنوان «ام» که یک مفهوم عرفی است، آن قدر توسعه ندارد که شامل یک یا دو بار شیر دادن بشود، بلکه باید به مقداری شیر داده بشود که عرف بگوید فلانی مادر اوست. کتاب نکاح (زنجان)، ج ۱۴، ص: ۴۷۱۰ و ۴۷۱۳

۳. البته در میان اصولیین اختلاف هست که آیا منشأ اصالة الاطلاق ظهور و ظن نوعی است و یا صرفاً تعبدی عقلانی است، یعنی عقلاء بناء بر اطلاق می گذارند تا اموراتشان در مکالمات و مفاهیم مختل نشود. الوصائل الى الرسائل، ج ۹، ص: ۳۵۹

۴. این برخلاف اطلاق مقامی است که ناشی از ظهور شخصی است و باید قرینه شخصیه قائم شود که متکلم در صدد بیان تمام اغراضش است.

ها نمی‌باشد، در این صورت دیگر اطلاقی در میان نخواهد بود، ولیکن به نظر می‌رسد که چنین کثرتی وجود ندارد و در صورت شک در وجود چنین قرینه‌ای، به اصل عقلانی مذکور رجوع خواهد شد.

جواب از مناقشه دوم:

اینکه گفته شد اطلاق به واسطه ادله خاصه تقیید خورده است؛ چرا که مفهوم عنوان «امراتک» و نیز مفهوم واژه «فحلها» دلالت بر نحوه اختصاصی می‌کند که در وطی به شبهه وجود ندارد، به نظر تمام نباشد. صاحب ریاض (ج ۱۱: ۱۳۰) و شیخ انصاری (رسالة فی الرضاع ص: ۳۶۰) در جواب از این اشکال می‌فرمایند: که «امراتک» تنها از باب مثال است، لذا روایت شامل حتی لبن حاصل از زنا نیز می‌شود. اما آنچه به نظر می‌رسد چنین است که واژه «امراتک» هر چند جنبه مثالیت دارد، ولیکن همچون واژه «فحلها» اشاره به نکته‌ای دارد و آن نکته حلیت مسیر حصول لبن است و شاهد بر مثال بودن، این است که اساساً سوال سائل از «لبن الفحل» و تفسیر آن است و «امراتک» صرفاً مثالی است که البته مشیر به جنبه حلیت است. بنابراین مستفاد از این روایات، عدم تحقق نشر حرمت در زنا است، اما نسبت به وطی به شبهه، همچون وطی حلال، دال بر نشر حرمت می‌باشد^۱.

جواب از مناقشه سوم:

به نظر میرسد ادعای انصراف این مطلقات به جهت ندرت افراد وطی شبهه، صغریا و کبریا مخدوش است.

اشکال کبروی:

اشکال کبروی را میتوان به دو تقریب بیان نمود.

تقریب اول: همانطور در علم اصول گفته شده است، انصراف ناشی از ندرت وجودی در خارج، حجیت ندارد؛ چرا که هر چند ممکن است بخاطر غلبه وجودیه، دیگر از خطاب مطلق فرد نادر به ذهن نیاید ولیکن این انصراف مستند به لفظ نیست تا از باب ظهورات لفظیه حجت باشد، بلکه مستند به یک غلبه خارجی است که دلیلی بر حجیت چنین انصرافی وجود ندارد. (بحوث فی علم الأصول، ج ۳، ص: ۴۳۱)

تقریب دوم: انصراف اطلاق یا عموم از فرد نادر معقول نمیشود... (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۴، ص: ۶۱۷) توضیح عدم معقولیت چنین است که وجه اینکه یک فرد، مصداق فرد نادر برای لفظ مطلق می‌شود چیست؟ آیا جز این است که آن فرد مقید به قیدی یا قیودی شده است که سبب ندرت آن شده است؟ در این صورت هر فردی از افراد عام یا مطلق، می‌تواند مصداق فرد نادر تصویر شود. به عنوان مثال اگر دلیلی به صورت عام بگوید: اکرم العلماء،

۱. این استظهار در کلمات آقای شبیری نیز آمده است، ج ۱۵، ص: ۴۸۹۱

۲. روشن شد که فرقی نیست میان اینکه یک فرد، با یک قید مصداق فرد نادر بشود و یا با قیود متعدد ندرت پیدا کند. همچنین روشن است که مراد از این قیود، قیودی غیر از قیود دخیل در صدق عنوان بر افراد است، زیرا مفروض در ادعای انصراف چنین است که عنوان مطلق بر تمامی افراد کثیر و نادر صادق است و بر اساس عدم ظهور اطلاقی عنوان بر فرد نادر، ادعای انصراف مطرح می‌گردد.

افراد متعلق حکم هر یک دارای خصوصیتی هستند که با لحاظ آن خصوصیات، قطعا فرد نادر، و بلکه فرد منحصر بفرد می شوند. مثلا زیدی که عالم است، چون فلان مقدار سن دارد و در همسایگی فلانی و از اقارب فلان شخص است و چاق یا لاغر است، این قطعا غیر از سایر افراد می شود و تشخیص پیدا می کند. اگر این کبرای کلی با معنایی که ذکر شد تمام باشد، دیگر فردی برای عمومات و یا مطلقات باقی نمی ماند؛ چرا که هر فردی با مجموعه خصوصیتی که دارد، فرد نادر محسوب می شود.

اما بیان دوم نمیتواند تمام نباشد، زیرا با استقراء در مواردی که ادعای انصراف ناشی از ندرت وجودی مطرح شده است، مشخص است که آن خصوصیتی که موجب ندرت فرد شده است، خصوصیتی است که دخیل در جریان یا عدم جریان حکم نسبت به موضوع بوده است و نه هر خصوصیتی همچون چاق یا لاغر بودن و یا زندگی در این شهر و یا فلان شهر و یا مثلا در مورد شرائط اجتهاد، بلوغ را ذکر نکردند و می گویند: مجتهد منصرف از غیر بالغین است لندرت، یا در مانحن فیه گفته می شود که اطلاق دلیل نشر حرمت، منصرف از موارد وطنی به شبهه است، این خصوصیات (عدم بلوغ، حصول لبن از وطنی به شبهه و ...) خصوصیتی هستند که تناسب با جریان یا عدم جریان حکم دارند و با لحاظ چنین خصوصیتی، تک تک افراد مطلق، مصداق فرد نادر نخواهند شد. بنابراین اشکال کبروی طبق بیان اول بر ادعای انصرافی که صاحب مدارک و صاحب ریاض بیان کردند، وارد و تمام می باشد.^۱

اشکال صغروی:

برخی همچون مرحوم نراقی (مستند الشیعه ج ۱۶، ص: ۲۳۳) معتقدند که مدعای مدعی، صغرویا مخدوش است.^۲ توضیح مطلب اینکه وطنی به شبهه یا مقرون به عقد بوده است و یا غیر مقرون. مواردی که وطنی به شبهه مقرون به عقد است، ممکن است به نحو شبهه موضوعیه تصور شود، مثلا زنی که شوهرش مفقود شده و تصور کرده که شوهرش فوت کرده است و با چنین خیالی ازدواج می کند و از قضا بعد از مدتی شوهرش پیدا می شود. در این حالت روشن است که عقد او فاسد بوده و مباشرتی که به واسطه اعتقاد به صحت عقد انجام گرفته است، وطنی شبهه خواهد بود. همچنین وطنی شبهه مقرون به عقد، به نحو شبهه حکمیه نیز قابل تصویر است، مثلا شخصی که در اثر ندانستن مساله خیال کرده عقدی که خوانده شده، صحیح بوده است در حالی که عقد مذکور فاسد بوده است. صاحب مستند آورده که چنین مواردی از وطنی شبهه زیاد است، بله وطنی به شبهه غیر مقرون به عقد، مانند اینکه اجنبیه را با همسرش اشتباه کند، نادر است. پس کلام مدعی، صغرویا نیز مخدوش است.

۱. معنای معقول دیگری برای انصراف وجود دارد گفته شود به واسطه وجود تناسب حکم و موضوع، برخی افراد از تحت عموم با اطلاق خارج هستند و این تناسب، منشأ انصراف قرار بگیرد. مثلا وقتی گفته شود شخصی که دچار بیماری است، وجوب روزه از او برداشته شده است، نزد استظهارات عرفیه روشن است که این حکم ارفاقی و امتنایی است، فلذا به تناسب حکم و موضوع (رفع وجوب) ارفاق بر مریض و جلوگیری از آسیب به او)، متفاهم عرفی چنین است که اطلاق این دلیل شامل حال بیماری که روزه برای او سود دارد، نمی شود و چنین شخصی جواز افطار ندارد.

۲. ظاهر عبارت ایشان در مستند، این است که ایشان اشکال کبروی را تمام نمی داند.

با توجه به پاسخ از اشکالات سه گانه‌ای که بر اطلاق ادله بیان شد، دلالت مطلقات بر نشر حرمت رضاع به واسطه لبن حاصل از وطی به شبهه تمام می‌باشد. همچنین در ضمن بیانات فوق، دلالت دلیل خاص نیز بیان گردید.

گذشت که اطلاق لفظی چون ناشی از ظهور نوعی می‌باشد، لذا اصل بر این است که متکلم در مقام بیان تمام شئون دخیل در حکم است، بنابراین تنها زمانی می‌توان دست از این ظهور نوعی برداشت که قرینه خاصه بر خلاف آن احراز شود. حال در مانحن فیه اگر احراز شود که در این خطابات عام، قرینه خاصه^۱ است بر اینکه مولی در مقام بیان شروط و جزئیات معتبره در نشر حرمت نبوده است، باز دست ما کوتاه از استدلال به ادله لفظی مبنی بر نشر حرمت در لبن حاصل از وطی شبهه نخواهد بود، زیرا یا تمسک به دلیل خاص همچون صحیحہ عبدالله بن سنان می‌شود و یا اگر دلالت این صحیحہ بر اثبات نشر حرمت در مساله نیز پذیرفته نشود، می‌توان به اطلاق مقامی ادله تمسک کرد. بدین بیان که اطلاق مقامی برخلاف اطلاق لفظی ناشی از ظهور شخصی است، یعنی برای ادعای آن باید قرینه خاصه قائم شود و چنانچه مفروض این باشد که دلیلی بر حکم نشر حرمت در وطی شبهه نفی و اثبات وجود ندارد، و از طرفی ظرف عمل نیز فرا رسیده است، همین امر قرینه خاصه را شکل می‌دهد و می‌توان از سکوت شارع در بیان و ابلاغ قیود معتبره، نتیجه گرفت که این حکم نشر حرمت که در مقام لفظ مجمل بود، اطلاق مقامی دارد و مقید به قیدی که نافی نشر حرمت در وطی شبهه باشد، نیست.^۲

مناقشه در استدلال به شهرت

شهرت وقتی حجت است مدرک آن مشخص نباشد اما حتی اگر احتمال برود که مستند این شهرت، همان ادله‌ای است که مورد بررسی قرار گرفته است، دیگر چنین شهرتی کاشف از ارتکاز متشرعه و رأی معصوم نخواهد بود و حجیتی نخواهد داشت. اما چنانچه مستند این شهرت محرز نباشد و قائل به دلیل انسداد شویم و از طرفی این شهرت موجب افاده ظن نوعی شود به اینکه دلیل حداقل مظنون الدلاله‌ای در دست مشهور بوده که به ما نرسیده است، در این صورت از باب دلیل انسداد، حجیت خواهد داشت. (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۰، ص: ۳۴۲۷) لکن در مساله مانحن فیه با توجه به وجود ادله و استدلالاتی که فقهاء در نشر حرمت در لبن حاصل از وطی شبهه نموده‌اند، مقدمات دلیل انسداد (ظن نوعی مذکور) تمام نخواهد بود. و در نهایت چنانچه دلیل انسداد را تمام ندانیم، ظن حاصل از شهرت حجیتی نخواهد داشت.

۱. یکی از قرائن خاصه‌ای که مانع وجود اطلاق در بسیاری از عموماً قرآنی است، وجود مخصصات و مقیدات فراوان در روایات است که قرینیت دارد بر اینکه آیه قرآن در مقام بیان تمام آن قیود نیست. حال در مانحن فیه اگر چنین کثرتی وجود داشته باشد، دیگر اطلاق‌گیری از خطاب عام قرآنی و یا روایت عام، ممکن نیست، اما به نظر می‌رسد، چنین کثرتی وجود نداشته باشد، برخلاف قیود و شرائطی که مثلاً در خصوص «صلاة» یا «حج» وجود دارد.

۲. آقای شبیری اطلاق لفظی را نپذیرفتند و قائل به اطلاق مقامی می‌باشند، کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۴، ص: ۶۲۶

جمع بندی

در این نوشتار استدلال مشهور فقهاء به اطلاقات و عمومات مبنی بر نشر حرمت به واسطه لبن حاصل از وطی شبهه پذیرفته شد، این در حالی است که برخی نیز نپذیرفتند، حال یا به جهت انکار وجود اطلاق و یا به جهت ادعای تقیید آنها و یا به نکته اینکه مطلقات از فرد وطی به شبهه انصراف دارد. همچنین نسبت به وجود دلیل لفظی خاص بر مدعی، به صحیحہ عبدالله بن سنان استناد شد و دلالت آن نیز مورد پذیرش قرار گرفت.

مصادقت عنوان «محاربه» برای «افساد فی الارض» در بوته نقد

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

یزدان طاهر آبادی^۱

مقدمه:

یکی از بحثهای مهم در مورد آیه شریفه محاربه، رابطه دو عنوان «محاربه» و «افساد فی الارض» است. چند احتمال در این زمینه مطرح شده، یکی از احتمالات این است که افساد موضوع مستقل آیه و محاربه مصداقی از آن است و در این نوشته این نظریه مورد بررسی و نقد قرار گرفته است.

طرح مسأله

درباره رابطه «محاربه» و «افساد فی الارض» در مجموع پنج احتمال وجود دارد که عبارتند از: دو موضوع مستقل بودن محاربه و افساد، افساد موضوع مستقل و محاربه مصداق آن، افساد مبین و مفسر محاربه، محاربه موضوع مستقل و افساد قید آن، هر دو قید موضوع و موصوف مشخصی. مستمسک قرآنی این موضوع دو آیه «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» و «مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَآئِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَكُسْرُفُونَ.» (المائدة: ۳۲ و ۳۳) است. در این نوشته سعی شده است نظریه ای که قائل است افساد موضوع مستقل آیه است و محاربه مصداقی از آن، بررسی شود بر اساس آیه اول بررسی شود.

هدف از این نوشته آن است که با بررسی دقیق مسأله روشن شود آیا افساد می تواند موضوع حد مذکور در آیه باشد و محاربه مصداقی از آن، یا خیر؟ که از این حیث می تواند برای صاحب نظران فقهی و حقوقی و و قانونگذاران آینده مفید واقع شود. همچنین این پژوهش می تواند به عنوان فصلی از یک کتاب مفصل که در مورد محاربه و افساد و یا فقه الجزاء نوشته می شود، قرار داده شود.

در این نوشته در ابتدا اصل این نظریه که افساد موضوع مستقل است و محاربه مصداقی از آن با دو تقریب برای استدلال به آن مطرح می شود و سپس به نقد و بررسی آن پرداخته خواهد شد.

اهمیت و ضرورت این مسأله - موضوع آیه شریفه - و بحث پیرامون آن بر کسی پوشیده نیست؛ زیرا بحث از مسأله ای است که در فقه و به ویژه دانش حقوق دارای ثمرات عدیده است. و از آنجا که قانون افساد را موضوع مستقل و دارای حد خاص دانسته باید دید مستند این رویکرد قانونگذار آیا می تواند آیه شریفه باشد؟ یا اینکه مستند آن امر دیگری است؟

از آنجا که بحث کشف موضوع حد مذکور در آیه شریفه است، لذا سنخ بحث بیشتر مرتبط به بحث های لفظی و و ظهورات است، اما در این زمینه از کلمات فقهاء و استظهار از آنها نیز استفاده خواهد شد.

پیشینه بحث

در کلمات قدما در این زمینه تصریحی وجود ندارد و شاید بتوان گفت کسی قائل نشده است که افساد موضوع مستقل در آیه و محاربه مصداقی از آن است، گرچه ممکن است با دقت بتوان از کلمات آنها استفاده و برداشتهایی کرد. در بین متأخرین برخی مثل آیت الله **فاضل و مومن** این نظریه را مطرح کرده اند. و در مقابل آیت الله **شاهرودی** این دو بزرگوار را مورد نقد قرار داده است. اما به دلیل اینکه ایشان نیز بحث را کامل منعقد نکرده اند و به دلیل نواقصی که در آن دو دیده شد، این نوشته به تقریر در آمد.

قائلین به استقلال موضوع افساد در آیه محاربه

از بین فقهاء متأخر مرحوم آیت الله **فاضل**^۱ و آیت الله **مومن**^۲ بر این نظریه تصریح کرده اند. ظهور بدوی^۳ عبارات برخی از قدماء از قبیل **شیخ طوسی**، **ابوالصلاح حلبی**، **ابن ادریس**، **محقق و علامه حلی** حاکی از این نظریه است.^۴

مرحوم **شیخ طوسی** در تهذیب بعد از اینکه روایت طریف بن سنان - که از امام صادق در مورد مردی پرسیده شد که زنش را (به عنوان کنیز فروخته است)، و حضرت فرمود: مرد دستش قطع می شود و زن هم رجم می شود - در فرض نزدیکی - و خریدار نیز اگر زن را وطی کرده باشد و علم داشته باشد که این عبد نیست و محصن باشد، رجم می شود و اگر محصن نباشد ۱۰۰ ضربه شلاق می خورد و زن رجم می شود - را نقل می کند، می فرماید: قطع دست مرد به دلیل سرقت نیست؛ زیرا سرقت در مواردی است که طرف بر شی ملکیت دارد و ملکیت بر آن شی صحیح باشد و امکان داشته باشد، در حالی که مرد مالک زن خود نیست؛ در این صورت قطع دست مرد به دلیل افساد در زمین است و هرکس مفسد باشد، امام مخیر است که دست و پای او را قطع کند، یا اینکه او را به صلیب بکشد یا اینکه نفی بلدش کند بر حسب آنچه در آیه شریفه «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا...» آمده است. (تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۴، ح ۷۳)

۱. تفصیل الشریعه - کتاب الحدود -، ص ۶۳۸. عبارت ایشان چنین است: و الظاهر أنَّ الأحكام الأربعة المذكورة في الآية الشريفة إنما تترتب على المحارب؛ لأجل كونه يسعى في الأرض فساداً، بمعنى: أنَّ المحارب بما أنَّه من مصاديق المفسد في الأرض و من أفراده يترتب عليه هذه الأحكام، و عليه فيستفاد من الآية حكم المفسد في الأرض بما أنَّه مفسد.

۲. کلمات سدیدة، ۴۰۹-۴۱۰. عبارت ایشان چنین است: «حينئذ فذكر المحاربة أولاً و عطف السعي في الفساد في الأرض عليه ثانياً في مقام بيان سز جعل هذه الأنواع من المجازاة يدلُّ على أنَّ الدور الأساسي في مقام العلّة إنما هو لعنوان «السعي في الأرض فساداً» و أنَّه هو الموجب التام لترتب الأنواع المذكورة من المجازاة عليه، فإذا تحقق هذا العنوان و لو مجزئاً عن عنوان المحاربة كفي في ترتيب الحدود المذكورة عليه.»

۳. وجه ظهور هر یک در ذیل کلامشان خواهد آمد.

۴. تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۴. ذیل الحديث ۳-۷۲؛ الکافي، ص ۴۱۲؛ السرائر، ج ۳، ص ۴۹۹؛ مختصر النافع، ج ۱، ص ۲۲۴؛ قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۶۵.

کلام شیخ طوسی در اینکه افساد را موضوع مستقل برای حد قطع دست قرار داده روشن است، اما دلالتی ندارد بر اینکه محاربه مصداقی از افساد است، مگر اینکه گفته شود از آنجا که شیخ آیه را بر مورد تطبیق داده است و از طرف دیگر روشن است که ایشان با توجه به تعریف ایشان در کتاب خلاف و مبسوط، محاربه و افساد را دو موضوع مستقل برای حد در آیه نمی‌داند در این صورت لاجرم محاربه مصداقی از افساد می‌شود. ممکن است اشکال شود که یکی دیگر از مجازات‌ها موجود در آیه قتل است در حالی که حضرت به آن اشاره ای نکردند. در جواب از این اشکال می‌توان گفت: عدم ذکر مجازات قتل به این دلیل است که امام در اجرای مجازات‌ها مخیر است، لذا ذکری از آن به میان نیاورده است. یا اینکه گفته شود که این مجازات‌های چهار گانه اگر تعیینی باشند برای یک نوع خاص از «افساد فی الارض» است و مورد روایت از مصادیق آن نوع افسادی است که حکمش قطع است، چون افساد تشکیکی و دارای مراتب است.

ابو صلاح حلبی در همین زمینه می‌فرماید: «و من باع حرّة زوجة أو أجنبية قطع لفساده فی الأرض» (الکافی، ص ۴۱۲)

یا محقق حلی در مختصر می‌فرماید: «و یقطع من سرق مملوکاً، و لو کان حرّاً فباعه قطع لفساده لا حدّاً» (

ج ۱، ص ۲۲۴) البته در کلام ایشان کلمه «لا حدّاً» وجود دارد در حالی که محل بحث در این است که آیا افساد حد مستقل است یا خیر؟

ابن ادریس در فرضی که فرد حرّی، صغیری را بدزد و او را بفروشد می‌فرماید: «دستش به دلیل سرقت قطع نمی‌شود؛ زیرا سارق کسی است که مال مملوکی که قیمتش به اندازه ربع دینار باشد بدزد، در حالی که حرّ قیمت ندارد، بلکه قطع دستش به دلیل این است که او «مفسد فی الارض» است. (السرائر، ج ۳، ص ۴۹۹)

مرحوم علامه همین نظریه را تأیید کرده و در بحث شروط مال مسروقه می‌فرماید: «باید مال باشد؛ در نتیجه دست حری که صغیری را دزدیده و او را فروخته است به دلیل سرقت قطع نمی‌شود، بلکه به دلیل فساد در زمین قطع می‌شود» (قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۵۵)

ملاحظه شد که عبارات فقهاء دلالت بر این دارد که افساد در آیه را تمام موضوع برای ترتب مجازات مذکور در آیه می‌دانند، و یا حداقل قرینه بر آن است، گرچه دلالتی بر اینکه محاربه مصداق افساد باشد وجود ندارد، مگر اینکه توجیه ذیل کلام شیخ را مطرح کرد.

بررسی انتساب نظریه به فقهاء

به نظر میرسد که حمل کلام فقهاء بر استقلال «افساد در زمین» بعنوان موضوع مستقل با توجه به روایات، تام نباشد لذا مثل آیت الله شاهرودی در رد این برداشت می‌فرماید: «زیرا ظاهر روایات باب و ظاهر فتاوی فقهاء

این است که قطع دست به دلیل سرقت است و بین قطع با موارد دیگر هیچ تخییری وجود ندارد^۱. و اگر سند آن روایات تمام باشد، باید در مورد خودش به آنها از باب تعدد تمسک کرد زیرا شرائط سرقت در آنها وجود ندارد؛ و گفته شود این مورد از مخصّصات باب سرقت است و به دلیل وجود دلیل خاص است و تعدی از آن به موارد دیگر صحیح نیست.

و حتی اگر با این عبارات افساد ثابت شود، افساد به معنای خاص که عبارت از «تجاوز بر نفوس، اعراض و اموال» است ثابت می شود، نه مطلق فساد که شامل فسادهای اخلاقی، فکری، عقیدتی و مثل آنها شود و کلمات فقهاء نیز بیشتر از این دلالتی ندارند؛ در نتیجه نمی توان گفت فساد یک عنوان عام است و محاربه مصداقی از آن است. و این معنای خاص با اینکه «افساد» قید محاربه باشد نیز قابل جمع است. (قراءات فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۴۲۴-۴۲۳)

علاوه بر اینکه چنانکه گذشت، اولاً: عبارت آنها دلالتی بر مصداقیت محاربه برای افساد ندارد. ثانیاً: محل بحث در این است که افساد به عنوان حدّ آیا موضوع مستقل هست یا خیر؟ در حالی که برخی عبارات مثل عبارت محقق در مختصر بیان می کرد که علت قطع دست فساد است، نه اینکه حدی باشد. ثالثاً: این حکم از روایات برداشت شده است و دلیلی بر این ندارد که آیه دالّ بر آن است.

استدلال به آیه شریفه بر استقلال موضوع افساد در آیه محاربه

دلالت آیه شریفه بر این نظریه با دو تقریب قابل تبیین است. بر اساس هر تقریب، مفاد آیه و دلالت آن بر نظریه با تقریب دیگر متفاوت خواهد بود. اینک به بیان تقریب ها و نحوه استدلال به آیه بر اساس هر یک از آنها می پردازیم.

تقریب اول

در دلیل و تقریب اول محاربه، مقدمه و تمهیدی برای افساد است. آیت الله شاهرودی با توجه به همین مطلب در تقریب و استدلال می فرماید: «موضوع آیه «افساد» است، و تعبیر محاربه با خدا و رسول به عنوان مقدمه و تمهید برای افساد است و هدف آن این است که به بزرگی گناه و پستی آن اشار کند؛ مثل آنچه در آیه ربا وارد شده که می فرماید: «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ» (بقره: ۲۷۹) یعنی ربا را ترک کنید و اگر چنین نکنید خدا و رسول به جنگ با شما بلند شده اند که این خود حاکی از بزرگ بودن گناه ربا است؛ زیرا به منزله جنگ با خدا شمرده شده است.»

۱. بحث مفصل باید در زمینه روایات پیگیری شود که از موضوع این مقاله خارج است.

ایشان در بیان دلیل این مطلب می‌فرماید: « محاربه با خدا و رسول امکان ندارد؛ زیرا معنا ندارد کسی شمشیر بر روی خدا بکشد؛ در نتیجه وقتی معنای حقیقی محاربه مراد نبود این خود قرینه ای بر بزرگی و شناعت گناهی که در مابعد ذکر شده می‌شود؛ زیرا به اندازه ای است که به منزله جنگ با خدا و رسول شمرده شده است. در نتیجه معنای آیه چنین می‌شود: همانا جزای کسانی که با خدا و رسول به واسطه افساد در زمین محاربه می‌کنند... «إِذَا جَاءَ الَّذِينَ يَحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ بِالْأَفْسَادِ فِي الْأَرْضِ...» (قراءات فقهية معاصرة، ج ۱، ص ۳۸۴)

اگر چه طبق این تقریب افساد موضوع مستقلى محسوب می‌گردد ، اما دیگر دلالت ندارد که محاربه مصادقی از آن باشد، مگر اینکه توجیه ذیل کلام شیخ طوسی به آن اضافه شود.

تقریب دوم

برخی از فقهاء در بیان تقریب دوم می‌فرمایند: «موضوع آیه افساد است؛ زیرا جمله «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» به منزله تعلیل است و در این صورت حد در آیه دایر مدار علت است، هر جا علت باشد حد آن وجود دارد و هر جا نباشد حد نیز منتفی است؛ در نتیجه محاربه از این جهت که یکی از افراد افساد است دارای آن جرم حدی می‌باشد. (تفصیل الشریعه - کتاب الحدود - ، ص ۶۳۸؛ کلمات سدیدة، ۴۰۹ - ۴۱۰)

صاحب «کلمات السدیدة» در توضیح این دلیل می‌فرماید: «اینکه در ابتدا محاربه ذکر شده است و سپس در ادامه افساد عطف بر آن شده است دلالت بر سرّ قرار دادن این نوع مجازات می‌کند و بیان می‌کند که افساد علت برای حکم است و آن موضوع ترتب احکام است؛ در نتیجه اگر این عنوان افساد محقق شود حکم جریان می‌یابد، حتی اگر محاربه محقق نشود.»

ایشان در ادامه می‌فرماید: «مخاطب این آیه عقلاء و عموم مردم هستند و ذکر محاربه گرچه در نظر آنها برای این مجازات کافی است؛ زیرا عمل محاربه عمل زشت و شنیعی است، اما عموم مردم به بزرگی این گناه التفات ندارند، اما وقتی افساد در زمین عطف بر آن می‌شود همگی تصدیق می‌کنند؛ زیرا این جرم نزد همه مردم برای هر مجازاتی کافی است و در حقیقت متوجه می‌شوند که چه گناه بزرگی صورت گرفته است و این همان راز عطف در آیه شریفه است»

ایشان در تمیم کلام خود می‌فرمایند: «فالمستند لما ندّعيه هو الظهور العرفي و هو الحجة في كل مورد.» (ص ۴۰۹ - ۴۱۰)

۱. گرچه این کلام در مورد خداوند صادق است و امکان ندارد، ولی در باره رسول ممکن است هرچند به دلایل دیگری بتوان گفت مقصود نیست ولی اصل امکان را نمی‌توان انکار کرد.

اشکالات تقریب اول

در مجموع چهار اشکال ممکن است بر تقریب اول وارد شود؛

اشکال اول

آیت الله شاهرودی می فرماید: مطلب گفته شده خلاف ظاهر است و قیاس به آیه ربا هم صحیح نیست و «مع الفارق» است؛ زیرا عنوان محاربه موضوع آیه است و آن مفروغ در نظر گرفته شده است؛ زیرا اینکه در آیه گفته شد «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» مثل این است که گفته شود: «المحارب لله ورسوله جزاؤه کذا...» و این تعبیر مناسبت با تشبیه ندارد، بلکه تشبیه باید به این شکل گفته می شد که مثلاً «هرکس چنین کند محارب است. چنانچه تعبیر «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» نیز مناسبت ندارد که تمام موضوع حد باشد، زیرا سعی ناظر به مرحله نیت و قصد است، و مثل این است که گفته شود: «يَطْلُبُونَ أَوْ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» در نتیجه مساوق قصد افساد در زمین است و چنین عنوانی صلاحیت ندارد که عنوان اصلی واقع شود بلکه مناسب است به عنوان وصف واقع شود که در این جا قید محاربه است. برخلاف جایی که گفته شود: «يفسدون في الأرض» (قرائات فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۳۸۵-۳۸۴)

نقد اشکال اول

مراد از «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» صرف قصد نیست، بلکه تلاش فعلی مراد است و در این صورت می تواند موضوع مستقل واقع شود. شاهد آن آیات «فَأَلْقَاهَا فَإِذَا هِيَ حَيَّةٌ تَسْعَى» (طه: ۲۰) و «فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ» است که در آیه اول «تسعی» یعنی به راه افتاد که یک تلاش عملی است و در آیه دوم نیز «فاسعوا» به معنای قصد همراه تلاش است، شاهد آن روایتی است که در تفسیر آیه شریفه وارد شده است، که در آن روایت «فاسعوا»، تفسیر شده به: «اعملوا و عجلوا»^۱

اشکال دوم

اشکال دوم بر تقریب اول این است که مدار استدلال این بود که معنای حقیقی محاربه نمیتواند مراد باشد لذا حمل بر تشبیه و تنزیل می شود، این نتیجه گیری صحیح نمی باشد، زیرا ولو نتوان معنای حقیقی محاربه را اخذ کرد اما سبب نمی شود که معنای آیه حمل بر تشبیه و تنزیل شود، بلکه احتمال مجاز در اسناد نیز وجود دارد و آیه بیان می کند کسی که با مسلمین محاربه می کند، مثل این است که با خدا و رسول محاربه کرده است که از آن بزرگی و پستی گناه برداشت می شود. (قرائات فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۳۸۵-۳۸۴)

۱. سند و متن روایت چنین است: «عليه بن محمد بن الحسن، عن سهل بن زياد، عن أحمد بن محمد، عن الفضل بن صالح، عن جابر بن يزيد: عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: قول الله عز وجل «فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ»؟ قال: «اعملوا، و عجلوا...» الكافي، ج ۶، ص ۴۴۹، ح ۱۰.

نقد اشکال دوم:

در حقیقت اگر مراد مستشکل این باشد که مجاز در اسناد را به دلیل تقدم عرفی، مقدم بر حمل بر تشبیه و تنزیل می‌داند؛ زیرا در نظر عرف مجاز در اسناد از بلاغت بیشتری برخوردار است، این کلام صحیح نیست؛ زیرا دلیلی بر این مطلب وجود ندارد و اتفاقاً در فرض تشبیه و تنزیل مجاز نیست، بلکه حقیقت است؛ زیرا گفته می‌شود این فعل آنقدر بزرگ است که به منزله جنگ با خدا و رسول است، اما چون محال است گفته می‌شود برای مقدمه و تمهید آمده است. اما اگر مراد ایشان این است که بین حمل بر تشبیه و حمل بر مجاز در اسناد ترجیحی یکی بر دیگری نیست این کلام صحیح است؛ در نتیجه کلام مجمل می‌شود؛ زیرا مردد بین مجاز در اسناد - که موضوعیت محاربه را به دنبال دارد - و حمل بر تشبیه - که موضوعیت افساد فی الارض را به دنبال دارد - می‌شود

اشکال سوم

افساد در زمین هر عمل فاسدی و هر افسادی در مورد اوضاع مردم را شامل نمی‌شود، تا گفته شود محاربه نیز یک عمل فاسد است و مصادقی از افساد است، بلکه افساد مختص جایی است که تجاوزی بر مال، جان و امنیت آنها صورت بگیرد. بلکه گاهی مختص «شهر السلاح» و محاربه نیست؛ در نتیجه بین آنها عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ زیرا برخی از محاربه ها افساد نیست و برخی از افسادها محاربه نیست، گرچه موارد اشتراکی نیز دارند. محاربه ای که افساد نیست؛ مثل تشهیر سلاح علیه کفار و افراد باغی، افسادی که محاربه نیست؛ مثل فسادهای بزرگی که نظم اجتماعی زمین را به هم می‌ریزد اما همراه تشهیر سلاح نیست و مواردی که هم محاربه است و هم افساد مثل تشهیر سلاح به قصد ایجاد فساد و ناامنی در زمین.

نقد اشکال سوم

نقدی که بر این اشکال وارد میشود این است که محاربه علیه کفار و افراد باغی «محاربه الله و الرسول» که در آیه آمده است نیست - بلکه ممکن است محاربه به نحو مطلق باشد -؛ زیرا جنگ با کفار و باغیان، جنگ علیه خدا نیست بلکه جنگ برای یاری دین خداست.

البته میتوان برای موردی که محاربه با خدا و رسول است، اما افساد نیست مثال کسی را زد که خصومت شخصی با رسول دارد و شمشیر علیه او بکشد که در این جا محاربه با خدا و رسول صدق می‌کند، اما افساد نیست؛ زیرا فرد غرض و خصومت شخصی داشته است، و از آن طرف برخی افسادها هستند که محاربه نیستند مثل آن فسادهایی که با تشهیر سلاح همراه نباشد؛ در نتیجه به نظر می‌رسد رابطه آن دو عموم و خصوص من وجه است.

اشکال چهارم

اشکال چهارم و مهمترین اشکال بر این تقریب این است که این تقریب مصداقیت محاربه برای افساد را ثابت نمی‌کند؛ زیرا آیت الله **شاهرودی** در تقریب استدلال هیچ ذکری از آن به میان نیاورد، و شاید به دلیل همین اشکال باشد که این تقریب در کلمات آیت الله **فاضل** و آیت الله **مومن** وجود ندارد، و لذا این تقریب اجنبی از این نظریه است.

ممکن است گفته شود آیت الله **شاهرودی** تقریب اول را فقط برای اثبات موضوعیت افساد آورده است، نه اثبات مصداقیت محاربه برای آن، که در جواب از آن باید گفت ایشان در مقام بیان نظریه آیت الله **مومن** است و ایشان علاوه بر اینکه افساد را موضوع مستقل می‌داند، محاربه را نیز مصداقی از آن می‌داند، در حالی که این تقریب قسمت دوم را اثبات نمی‌کند.

بررسی تقریب دوم

چهار اشکال زیر در مورد این تقریب قابل طرح است.

اشکال اول

این وجه وقتی تمام است که در آیه فقط به افساد اشاره می‌کرد، اما با وجود ذکر عنوان محاربه و عطف افساد بر آن این وجه صحیح نیست؛ زیرا در این صورت دلالت دارد که اجتماع آن دو عنوان با یکدیگر علت حکم و حد ذکر شده است.

نقد اشکال اول

صاحب کتاب کلمات سدیده در جواب از این اشکال می‌فرماید: این اشکال در صورتی صحیح است که بین دو عنوان محاربه و افساد تباین باشد، حتی به نحو تباین جزئی، در حالی که بین این دو عموم و خصوص مطلق حاکم است و عنوان افساد عمومیت دارد و عطف عام بر خاص شده است. (ص ۴۰۹-۴۱۰)

در نقد جواب ایشان در سابق گذشت که رابطه این دو عموم و خصوص من وجه است، نه مطلق.

اشکال دوم

آیت الله **شاهرودی** در اشکالی بر این تقریب می‌فرماید: گاهی معنای مجازی محاربه مراد است که به معنای معصیت بزرگی باشد که به منزله محاربه با خدا و رسول است، چنانچه در آیه «فَأَذْنُوا بِخَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ» است و گاهی معنای حقیقی آن، که همان «شهر السلاح» است که در این صورت مجاز در اسناد می‌شود. مطابق احتمال اول محاربه یک عنوان تمهیدی برای افساد است و تمام موضوع حد افساد است که وجه فساد آن گذشت. اما مطابق احتمال دوم، محاربه حقیقی در موضوع حکم اخذ شده است و در این صورت جرم

حقیقی و واقعی همین محاربه است؛ زیرا در حقیقت محاربه با امت خدا و رسول است و جرم بودنش روشن است و نیاز به تشبیه و تنزیل وجود ندارد. بلکه تشبیه در اسناد به خدا و رسول وجود دارد و این عنوان حقیقی مناسبت با آن حد دارد، نه عنوان انتزاعی افساد که تعلیل برای آن عنوان قرار داده شود و در حقیقت از لحاظ عرفی صحیح نیست که گفته شود: «لا تحارب الله و الرسول لأنه إفساد فی الأرض»

ظاهراً مراد ایشان از انتزاعی، امر مبهم است؛ زیرا در واقع فساد یک امر مبهم است و دقیقاً مراد از آن روشن نیست. (قراءات فقهية معاصرة، ج ۱، ص ۳۸۷)

اشکالات معنای مجازی که همان تقریب سابق بود گذشت. در فرضی هم که معنای حقیقی باشد، اشکال ایشان صحیح نیست؛ چرا که دلیلی ندارد که مجاز در اسناد مقدم بر تشبیه و تنزیل شود. پس در هر دو یک خلاف ظاهری وجود دارد و دلیلی وجود ندارد که مجاز در اسناد مقدم بر تشبیه و تنزیل شود، مگر اینکه گفته شود ایشان در صدد این است که بیان کند دلیلی بر تقدیم ظهور یکی بر دیگری نیست در نتیجه کلام مجمل می شود و قابل استدلال نیست. که البته این نیز قابل جواب است؛ زیرا در حقیقت در تشبیه خلاف ظاهر و مجازی محقق نشده است در حالی که در مجاز در اسناد چنانچه از نام آن مشخص است، مجاز صورت گرفته است؛ در نتیجه تشبیه باید مقدم شود.

اشکال سوم

آیت الله شاهرودی در اشکال سوم بر این نظریه می فرماید: اینکه گفته شد وقتی افساد ذکر می شود عقلاء اذعان می کنند که این برای حد مذکور در آیه کافی است، اما هنگام ذکر محاربه چنین التفاتی وجود ندارد صحیح نیست، بلکه امر بالعکس است؛ زیرا وقتی گفته می شود فرد با خدا و رسول محاربه کرده است عقلاً همین را برای هر مجازاتی کافی می دانند. علاوه بر اینکه به نظر می رسد این ارتکازات متشرعه از احکام شرعی حاصل می شود و در طول آن است و نمی تواند خودش منشا استظهار از آیات باشد. (قراءات فقهية معاصرة، ج ۱، ص ۳۸۸)

این اشکال آیت الله شاهرودی نیز صحیح نیست؛ زیرا آیت الله مومن به ارتکازات عقلاً تمسک کرد نه متشرعه. در حقیقت اینکه محاربه گناه بزرگی است این در فضای متشرعه است و الا عقلاً محاربه با خدا و رسول را یک عنوان تشریفاتی می دانند و در مقابل حقوق انسانها - حقوق بشر - حق برای خدا رسول وجود ندارد یا حداقل به اندازه حقی که برای انسانها قائل هستند، نیست؛ در نتیجه موضوع حقیقی از نظر عقلاً همان افساد در زمین است.

البته ممکن است گفته شود در حقیقت آیت الله شاهرودی در صدد بیان این مطلب است که مسأله از مسائلی است که باید در آن به ارتکازات متشرعه توجه کرد نه عقلاً؛ زیرا بحث در محاربه با خدا و رسول است و همه عقلاً نمی توانند مخاطب آیه باشند، بلکه دسته ای خاص از عقلاً که «عقلاً بما هم متشرعه» هستند مخاطب

هستند، که که در این صورت کلام ایت الله مومن صحیح نیست. عبارت ایشان چنین است: «والظاهر أنَّ هذه ارتكازات متشرعية ناشئة من الأحكام الشرعية و في طولها، فلا ينبغي جعلها منشأً للاستظهار من الآيات الكريمة، كما هو واضح.» (همان)

اشکال چهارم

آیت الله شاهرودی می فرماید: این تقریب متوقف بر این است که افساد نسبت به محاربه عام باشد در حالی که بین آنها عموم و خصوص من وجه وجود دارد. (همان ۳۸۷)

آیت الله اردبیلی در کلامی شبیه کلام ایشان می فرماید: «افساد شامل هر چیزی است که به نظم عمومی خللی وارد کند و موجب فقدان امنیت شود نه اینکه معنای عامی باشد که شامل هر گناه و معصیتی شود و در این صورت نمی توان گفت افساد عام است و به منزله تعلیل است و محاربه مصداقی از آن است» (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۴۹۸)

اگر در جواب از این اشکال گفته شود که محاربه با خدا و رسول حتماً موجب افساد در زمین است، در نتیجه موردی که محاربه با خدا و رسول باشد، اما افساد نباشد وجود ندارد. در مقابل آن باید گفت: این کلام صحیح نیست؛ زیرا ایشان مطابق مبنایشان این حرف را می زند که «یسعون فی الارض فساداً» را ناظر به نیت می داند؛ در نتیجه در مثل بغات و کفار چون قصد افساد در زمین نیست، بلکه قصد اصلاح وجود دارد، محاربه است، اما افساد نیست. البته نقد این کلام در سابق گذشت که مراد از «یسعون فی الارض فساداً» صرف نیت نمی تواند باشد. البته مورد صحیح برای من وجه نیز وجود دارد که در ذیل اشکال بر تقریب اول گذشت.

جمع بندی

یکی از بحثهای مهم در فقه الجزاء مسأله «محاربه» و «افساد فی الارض» است. یکی از احتمالاتی که در این زمینه مطرح شده است این است که عنوان محاربه مصداقی برای افساد فی الارض باشد. نظریه مذکور در این نوشته بر اساس آیه «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» مورد بررسی قرار گرفت. دو تقریب مقدمه و تمهیدی بودن محاربه برای افساد - بدون اینکه محاربه موضوع مستقل حدود مذکور در آیه باشد - و علت بودن افساد برای محاربه برای اثبات نظریه مذکور ذکر شد، و در ضمن بررسی آن روشن شد که این دو تقریب صحیح نیست؛ در نتیجه نظریه مذکور ثابت نمی شود، علاوه بر این واضح شد ادعای ظهور عبارت برخی از قداماء بر این نظریه تمام و صحیح نیست، بلکه همان نظریه مشهور که قائل اند محاربه موضوع مستقل و افساد قید آن است یا به بیان دیگر موضوع موصوفی است که مقید به دو وصف محاربه و افساد است، صحیح می باشد.

اعتبار قید «اهل ریه» در تحقق جرم محاربه

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

محمد جواد محمدی^۱

مقدمه

محاربه از جمله جرم هائی است که در فقه و حقوق اسلامی برای آن مجازات‌های سختی چون اعدام و قطع دست و پا در نظر گرفته شده است. مرتکب این جرم، محارب نام دارد. بنابر ماده‌ی ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن‌هاست؛ به نحوی که موجب ناامنی در محیط شود. بر اساس نص قانون سابقه شرارت در تحقق این جرم تأثیری ندارد. از این رو اگر فردی در طول زندگی خود بی آنکه سابقه شرارت و تبهکاری داشته باشد تنها یکبار دست به این عمل مجرمانه بزند مشمول ماده ۲۷۹ بوده و مجازات‌های مربوطه در حق وی جاری خواهد بود. این در حالی است که در برخی روایات و به دنبال آن در متون فقهی برخی از فقیهان بزرگ امامیه از قید با عنوان «اهل ریه» یاد شده است. اعتبار این قید در جرم محاربه می‌تواند تا حد قابل توجهی دایره تحقق این جرم را مضیق سازد. با این نویسنده حال تاکنون به هیچ گونه تحقیقی در این باره دست نیافته است و تنها در عبارات فقیهان و در ذیل تعریف محاربه به شکل مختصر و حداکثر چند سطر در این باره نگاشته شده است. نوشته پیش رو پژوهشی پیرامون این موضوع است که تلاش می‌کند در رابطه با این قید و استقراء ادله شرطیت این قید و اعتبار سنجی آن ادله، تا حدودی در این باره ابهام زدایی کند.

مفهوم شناسی کلمه ریه

ریه در لغت به معنای تهمت، بدگمانی و شک آمده است. (شمس العلوم، ج ۴، ص ۲۶۹۸)

اهل شر و فساد و همچنین فرد مشکوک را اهل ریه می‌گویند و از آن در باب‌های تجارت، شهادت و حدود سخن گفته‌اند. (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ص: ۷۳۴)

اهل ریه کسی است که به خاطر رفتار نامناسب مورد سوء ظن و اتهام دیگران واقع شود. از این روست که به افرادی که مرتکب رفتار ناپسند می‌شوند اهل ریه گفته می‌شود؛ زیرا رفتار بد آنها در جامعه موجب از بین رفتن اعتماد اطمینان دیگران نسبت به ایشان می‌گردد.

در برخی روایات به اهل بدعت نیز اهل ریه گفته شده است.^۱

همچنین به انسانهای شرور و فسادگر در اجتماع نیز اهل ریه گفته می‌شود. مقصود از اهل ریه در باب محاربه معنای اخیر است.

مرحوم گلپایگانی در توضیح معنای اهل ریه می‌نویسد: مقصود از اهل ریه این است که فرد به گونه ای باشد که در حق او احتمال محاربه و سلاح کشیدن به سوی مردم برود. یعنی سابقه شرارت و فساد داشته باشد. این

۱. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِذَا رَأَيْتُمْ أَهْلَ الرَّيْبِ وَ الْبِدْعِ مِنْ بَعْدِي فَأَطِئُوا الْبَرَاءَةَ مِنْهُمْ وَ أَكْثَرُوا مِنْ سَبِّهِمْ وَ الْقَوْلِ فِيهِمْ وَ الْوَقِيعَةَ وَ بَاهُوهُمْ كَيْلًا يَطْمَعُوا فِي الْفَسَادِ فِي الْإِسْلَامِ»... الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۲، ص: ۳۷۵.

اصطلاح نقطه مقابل اهل صلاح و سداد است یعنی کسی که سابقه سوئی ندارد و در حقیقت چنین احتمالی نمی رود. (الدر المنضود في أحكام الحدود، ج ۳، ص ۲۲۵)

«دغاره» نیز در عبارات برخی فقیهان دیده می شود در لغت به معنای شرّ و فساد به کار رفته است. (النهاية في غريب الحديث و الأثر، ج ۲، ص: ۱۱۹؛ کتاب العین، ج ۲، ص ۳۲؛ مجمع البحرین، ج ۳، ص ۳۰۲) همچنین «دغاره» از ریشه دغر اخذ شده است. این ماده در معنای هجوم بردن ناگهانی استعمال شده است. (تاج العروس، ج ۶، ص: ۴۰۶) همچنان که به معنای اختلاس مال به طور آشکارا نیز به کار رفته است. (مجمع البحرین، ج ۳، ص: ۳۰۳؛ النهاية في غريب الحديث و الأثر، ج ۲، ص: ۱۱۹) درباره خصوص این ترکیب (دغاره) تنها معنای اختلاس مال بیان شده است. (مجمع البحرین، همان) همچنین الدَّغْرَ به معنای خبیث مفسد به کار رفته است. (لسان العرب، ج ۶، ص ۴۰۶؛ تاج العروس، ج ۶، ص: ۴۰۶)

پیشینه بحث

شاید بتوان گفت نخستین کسی که متعرض این قید درباره محارب شده است، شیخ مفید است، وی در کتاب المقنعه در این باره می نویسد: أهل الدعارة [الدغارة] إذا جردوا السلاح في دار الإسلام و أخذوا الأموال كان الإمام مخيراً فيهم إن شاء قتلهم بالسيف و إن شاء صلبهم... (المقنعه، ص ۸۰۴)

در عبارت ایشان هر چند از تعبیر «اهل الریبه» استفاده نشده است و از «اهل الدغاره» یا «اهل الدعاره» سخن به میان رفته است، اما این عناوین به خصوص عنوان اخیر نیز معنایی قریب به معنای اهل الریبه دارد که در بخش مفهوم شناسی به آن اشاره شد. مگر آنکه مقصود وی واژه دغاره به معنای اختلاس باشد هر چند تعبیر به اهل دغاره نیز حاکی از آن است که این عمل از وی به طور مکرر صادر شده است.

با این حال ابن ادریس حلی پس از نقل کلام شیخ مفید تصریح می کند که عبارت شیخ مفید «اهل الدعاره بالدال غیر المعجمه» است که به معنی اهل فسق و خباثت است (السرائر، ج ۳، ص: ۵۰۷)

تعبیر به «اهل الریبه» به عنوان قید محارب نخستین بار توسط شیخ طوسی مطرح شد. وی در کتاب النهایه در این باره تصریح کرده است: « المحارب هو الذي يجرد السلاح، و يكون من أهل الریبه، في مصر كان أو غير مصر، في بلاد الشرك كان أو في بلاد الإسلام، ليلا كان أو نهارا. فمتى فعل ذلك، كان محاربا. (النهاية، ص: ۷۲۰)

پس از ایشان نیز سخن از اعتبار این قید در برخی کلمات فقیهان مانند ابن براج و ابن ادریس حلی و دیگران دیده می شود که در بخش اقوال خواهد آمد.

انظار فقها

آیا قید ریه در تحقق محاربه دخیل است یا خیر؟ در بین فقهاء دو قول وجود دارد.

نظریه اول: اعتبار قید ریه در تحقق محاربه

جمعی از فقیهان قائل به اعتبار این قید در تحقق محاربه هستند. به نظر می‌رسد شیخ مفید نخستین کسی است که به این مطلب تصریح کرده است. سخن وی در این باره او در این باره پیش تر بیان شد. همچنین شیخ طوسی به صراحت از اعتبار این قید سخن گفته که عبارت وی در کتاب النهایه نقل شد. با این حال وی در کتاب مبسوط در ذیل بحث محاربه سخنی از اعتبار این قید به میان نیاورده است و به شهر السلاح و اخافه الناس اکتفاء کرده است. (ج ۸ ص ۴۷)

ابن براج درباره محارب می‌نویسد: محارب کسی است که اهل ریه باشد و سلاح بکشد (المهذب، ج ۲، ص: ۵۵۳) راوندی نیز از کسانی است که قائل به دخالت این قید بوده و عبارتی مشابه عبارت بالا آورده است (فقه القرآن، ج ۲، ص: ۳۸۷)

شاید بتوان ابن ادریس را نیز در زمره قائلین به اعتبار اهل ریه به شمار آورد، چرا که وی پس آنکه در ذیل محاربه تعریف شیخ طوسی رحمه الله را بیان می‌کند نسبت به آن اشکالی را وارد نساخته است. (السرائر، ج ۳، ص: ۵۰۶)

نظریه دوم: عدم دخالت ریه در تحقق محاربه

اما بیشتر فقهاء معتقدند اهل ریه بودن در تحقق محاربه شرط نیست.

محقق حلی درباره محارب می‌نویسد: آیا در محارب اهل ریه بودن شرط است؟ نظر صحیح تر این است که با وجود احراز قصد اخافه چنین قیدی شرط نیست. (شرائع الإسلام، ج ۴: ۱۶۷) هر چند ایشان در ذیل کتاب نکت النهایه نسبت به کلام شیخ که اهل ریه بودن را شرط دانسته است نقدی وارد نساخته است. (نکت النهایه ۳: ۳۳۴)

علامه حلی در این باره می‌نویسد: رأی نزدیک تر به صواب آن است که اهل ریه بودن در محاربه شرط نیست. (إرشاد الأذهان، ۲: ۱۸۶؛ تحریر الأحکام (ط - الحدیث)، ۵: ۳۷۹؛ قواعد الأحکام، ۳: ۵۶۸)

شهید اول به ابن جنید و نیز به شیخ مفید نسبت می‌دهد که محارب را خالی از قید اهل ریه می‌دانند. (غایه المراد، ج ۴، ص: ۲۷۱) و این قول را قول اکثر فقیهان امامیه دانسته است. البته در مطالب پیشین اشاره شد که از کلمات شیخ مفید اعتبار این قید استفاده می‌شود.

به طور کلی بسیاری از فقیهان پس از تعریف محارب به صراحت عدم اعتبار این قید را اعلام کرده اند، همچون فاضل مقداد، شهید ثانی، فیض کاشانی، فاضل هندی، طباطبائی صاحب ریاض، صاحب جواهر و دیگران.^۱

ادله نظریه اول

دلیل اول: معتبره ضریس

مهم ترین دلیل قائلین به اعتبار اهل ربه در محارب این روایت است. که به دو سند نقل شده است. (محمد بن یعقوب) عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ ضُرَيْسٍ الْكُتَّاسِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ مَنْ حَمَلَ السَّلَاحَ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مُحَارِبٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الرَّيْبَةِ.

همین روایت در تهذیب با این سند نقل شده است: « محمد بن احمد بن یحیی عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ ضُرَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ». سند شیخ کاملاً معتبر است.

سند کلینی نیز معتبر به نظر می‌رسد، زیرا همه افراد مذکور در سند موثق هستند. به گفته فیض کاشانی مشایخ کلینی هنگامی که حدیث را بواسطه ایشان از سهل بن زیاد نقل می‌کند علی بن محمد بن علان و محمد بن ابی عبد الله و محمد بن الحسن و محمد بن عقیل الكلینی هستند. (الوافی، ج ۱، ص ۳۳) تنها فردی که از نگاه نزد برخی از اهل رجال مورد مناقشه قرار گرفته است، سهل بن زیاد است.

با اینکه وی در رجال شیخ طوسی مورد توثیق قرار گرفته است، (رجال، ص ۳۸۷) اما در کتاب دیگرش یعنی فهرست وی را فردی ضعیف شمرده شده! و نجاشی هم وی را ضعیف و غیر قابل اعتماد دانسته است. (رجال النجاشی، ۱۸۵، فهرست الشیخ الطوسی، ص ۲۲۸) با این حال به نظر می‌رسد که رجال شیخ طوسی که به جهت بیان روایات شیعه و جرح و تعدیل ایشان نوشته شده در مقایسه با فهرست که مقصود اصلی در آن بیان کتب شیعه و مؤلفین آنها بوده مقدم است.

علاوه بر این با عنایت به قرائن مختلفی که در کتب رجالی ذکر شده مورد اعتماد است. تنها کلینی بیش از ۱۵۰۰ روایت از وی نقل کرده است. ضمن اینکه روایات وی در غالب ابواب کافی آمده است و به ابواب خاصی منحصر نمی‌شوند تا از آنها صرف نظر کنیم.

همچنین وی در اسناد کامل الزیارات و تفسیر علی بن ابراهیم نیز قرار گرفته است.

۱. التنقیح الرائع، ج ۴، ص ۲۹۳؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۳، ص ۲۸۷؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۹؛ كشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۹۵؛ ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۵۰؛ جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۶۷ و دیگران.

افزون بر اینکه این روایت در من لایحضره الفقیه و نیز در تهذیب نیز نقل شده است که نفس همین نقل روایت در سایر کتب روایی مرجع قرینه دیگری بر صحت اعتماد بر این روایت است. (الفقیه، ج ۴، ص ۶۸، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۱۵۷)

دلالت روایت

مفاد این روایت آن است که هر کسی در شب سلاح همراهش بود محارب است. یعنی کسی که سلاحش یا خنجرش در غلاف بود و شب از خانه بیرون آمد، محارب است. مقصود از حَمَلَ السلاح نوعی اجهار است (دور از ذهن است که تعبیر در روایت کسانی که مخفیانه در شب حمل سلاح می کنند به طوری که کسی متوجه نمی شود و سبب اخافه کسی نمی گردد را نیز شامل شود).

قید «فی اللیل» یعنی در تاریکی شب که فقدان نور کافی و فضای خلوت شبانه بخودی خود در انسان زمینه را برای ایجاد ترس فراهم می کند، در چنین فضایی نیاز مردم به امنیت رفت و آمد بیشتر احساس می شود، حال اگر کسی با سلاح بیرون می آید سبب ایجاد ترس و وحشت در دل مردم می شود. محارب یعنی حداقل بخواهد امنیت را به هم بزند و این با حمل سلاح به تنهایی تحقق نمی یابد.

قید بعدی هم می رساند که هر حامل سلاحی نیست بلکه إلا آن یكون رجلا لیس من اهل الریة یعنی آدمی است که درباره او ریه ای نیست و می دانیم حمل سلاحش معمولی است و یا ماموریت دارد. ولی کسی که سابقه شرارت دارد و وقتی انسان با او سلاحی می بیند شک می کند که این حمل اسلحه برای چیست؟ چرا حمل می کند؟ این می شود اهل ریه. این مطلب موجب شده فرع جدیدی در عبارات برخی فقها پدید آید که یشرط أن یكون من اهل الریة.

بنابر این اهل ریه بودن یکی از شرایط صدق محارب است. شخصی که شب یک سلاح بر می دارد، این جای شک است که به چه منظوری با خود سلاح می کند؟ در جایی که امنیت بر عهده حکومت است ولی در شب و فضای آرامش شب کسی که سابقه شرارت دارد و اهل ریه است شبانه سلاحی حمل کرد محارب بر او صدق می کند.^۱

نکته قابل توجه در اینجا این است که قید فی اللیل در اصل محارب بودن موضوعیت ندارد، سبب اینکه این قید در اینجا آمده این است که در محاربه نوعی اجهار السلاح لازم است به نحوی که موجب ترساندن مردم شود، حال اگر روز باشد آنچه موجب اخافه است این است که شمشیر را از غلاف علیه کسی بیرون بکشد یعنی شهر السلاح کند، ولی اگر در شب باشد چون نفس اینکه هوا تاریک است و شب است خودش موجب ترس است، همین که حمل سلاح کند بگونه ای که توسط دیگران قابل مشاهده باشد، قائم مقام شهر السلاح است یعنی

۱. درس خارج فقه استاد آیت الله محمد یزدی رحمه الله، کتاب القضاء (همراه با تصرف)، ۹۰/۰۸/۱۰

حمل السلاح در لیل معادل شهر السلاح در روز است و موجب ترسیدن مردم می شود، لذا الان هم اگر کسی در تاریکی و خلوت شب در حال عبور باشد و با فردی مواجه شود که قمه یا تفنگ دارد دچار ترس می شود. بر اساس همین روایت در صدد بیان این است که اگر فردی اهل الریبه باشد، محارب است، یعنی این اهل الریبه بودن مرتبط با لیل نیست مرتبط با آن فرد حامل السلاح است، یعنی برای تحقق عنوان محاربه دو قید لازم است، اول: بکارگیری سلاح، حال یا به شکل از نیام بیرون کشیدن در روز یا حمل کردن در شب، دوم: قید اهل الریبه بودن. بنابر این قید فی اللیل تنها ناظر به حمل السلاح است ولی قید اهل الریبه ناظر به اهل الریبه نیست، بلکه ناظر به این فرد (من موصول) است. با این بیان روایت مذکور می تواند موجب تقیید سایر روایات مطلقه شود.

اشکال صاحب جواهر به روایت ضریس

صاحب جواهر در نقد استدلال به روایت ضریس می نویسد: مفاد خبر ضریس مقتضی اشتراط اهل ریه بودن نیست، بلکه نهایت چیزی که از آن استفاده می شود این است که اگر فرد اهل ریه نباشد، حمل سلاح در شب به تهایی (بی آنکه آن را از غلاف بیرون بکشد) موجب صدق محارب در حق او نمی شود. بنابر این اگر کسی شهر السلاح کرد و موجب اخافه مردم شد و وصف محاربه (= عنوان محارب) در حق او صدق کرد، نمی توان گفت محارب نیست. (ج ۴۱، ص: ۵۶۷)

بیان دقیق تر در پاسخ به استدلال گذشته این است که روایت ذکر شده یا ناظر به مقام ثبوت است یا اثبات. اگر ثبوتی است، اشکالش این است که در روایت ادات حصر و امثال آن بکار نرفته، بنابر این معنای روایت این است: کسی که در شب حمل السلاح میکند و شرور باشد، محارب است، این روایت نسبت به کسی که شهر السلاح می کند نه فقط حمل السلاح، چه در شب باشد و چه در روز، ساکت است و لسان نفی ندارد. پس منافات ندارد که شاهر السلاح هم محارب باشد. و الا باید بگوییم که لیل هم موضوعیت دارد.

اما اگر روایت ناظر به جنبه اثباتی و شیوه احراز جرم است در این صورت اهل ریه بودن موضوعیت ندارد و هر چه از آن قصد اخافه الناس کشف شود کافی است و لزومی ندارد حتما اهل الریه باشد. حال نسبت به جنبه ثبوتی می گوییم اگر یقین کنیم که حمل سلاحش به قصد اخافه نبوده به قصد دفاع در مقابل حیوانات بوده، محارب بودن او دور از ذهن است، معلوم می شود که اصلا این قید ثبوتی نیست، بلکه صرفا ناظر به جنبه اثباتی و کشف جرم است) اما برای اینکه قید اهل الریه ناظر به اصل موضوع دانسته شد و از قید فی اللیل صرف نظر شد، دلیل موجهی اقامه نشد، به همین خاطر جا دارد در اینجا گفته شود که اتفاقا برای اهل الریه بودن فی اللیل بودن موضوعیت دارد، چون اماره ای اثباتی برای احراز قصد اخافه اوست.

دلیل دوم: شهرت فتوایی

دلیل دیگری که می توان برای اشتراط قید اهل ریه بیان کرد، شهرت فتوایی است. فخرالمحققین این قول را مطابق با نظر مشهور اصحاب دانسته است. (ایضاح الفوائد، ج ۴، ص: ۵۴۳)

قبلا گذشت که پیشینه قول به اعتبار این قید به شیخ مفید بر می گردد. پس از وی نیز فقیهانی چون شیخ طوسی، ابن براج، قطب الدین راوندی، ابن ادریس حلی، محقق حلیدر نکت النهایه (ج ۳، ص: ۳۳۴) قائل به اعتبار اهل ربه بودن در تحقق جرم محاربه هستند. از این رو می توان ادعا کرد که هر چند فقیهان متاخر اعتبار این قید را رد کرده اند، لیکن بیشتر قدامی اصحاب از شیخ مفید تا محقق حلی معتقد به لزوم این قید در صدق عنوان محارب هستند.

اشکال: تردید در اعتبار قید

قبلا اشاره شد که ظهور عبارت شیخ مفید در اعتبار قید اهل ربه، مورد تردید است. چرا که عبارت ایشان به دو شکل نقل شده است، در چاپ کنونی کتاب المقنعه تعبیر به «اهل الدغاره» دیده می شود، حال آن که ابن ادریس حلی عبارت «اهل الدغاره» را نقل کرده است. واژه «دغاره» به معنای اختلاس مال بکار رفته است. و واژه «دغاره» به معنای فساد و خباثت است.

هر چند تعبیر به اهل الدغاره نیز حاکی از اعتبار قید زانندی علاوه بر شهر السلاح است، لیکن این عبارت معنای متفاوتی از قید مورد بحث دارد. ممکن است کسی اهل شرارت و فساد باشد، بی آنکه سابقه اختلاس مال داشته باشد.

بنابر این آنچه مسلم است عبارتی است که از شیخ طوسی به بعد در کلمات برخی از فقیهان دیده می شود. لیکن در شکل گیری شهرت قدامی با این مقدار از فتاوی که نقل شد، تردید وجود دارد. با این حال شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط در ذیل بحث محاربه سخنی از اعتبار این قید به میان نیاورده است و به شهر السلاح و اخافه الناس اکتفاء کرده است.^۱

پس از شیخ طوسی و ابن براج نیز با فاصله زمانی قریب به صد سال، تنها قطب الدین راوندی و ابن ادریس این قول را برگزیده اند. روشن است که تحقق شهرت با این مقدار مشکل به نظر می رسد.

به خصوص آنکه محقق حلی نیز که شیخ انصاری در حق وی می گوید: «در شأن او گفته شده که وی لسان القدماء به شمار می رود» (کتاب الطهاره للشیخ الانصاری، ج ۱، ص ۴۶۷) در کتاب شرائع تصریح می کند که رای صحیح تر آن است که اهل ربه بودن در محاربه شرط نیست. اگر چه ایشان در کتاب دیگرش - نکت النهایه - قید اهل ربه را ذکر کرده است، لیکن روشن است که کتاب اخیر شرحی بر کتاب النهایه شیخ طوسی رحمه الله است و این عبارت در حقیقت عبارت شیخ طوسی است. در واقع «نکت النهایه» همان طوری که از نامش پیداست، خلاصه و چکیده ای از نظریات شیخ طوسی و شرح و تفسیر مشکلات و غوامض «النهایه» می باشد.

۱. «و الذي رواه أصحابنا أن المراد بها كل من شهر السلاح و أخاف الناس في بر كانوا أو في بحر، و في البنيان أو في الصحراء». المبسوط في فقه الاماميه، ج ۸، ص ۴۷.

شاهد دیگر بر عدم تحقق شهرت آن است که با وجود آنکه برخی از فقیهان شیعه نظر ویژه ای به شهرت در فقه دارند، با این حال در عبارات هیجیک از فقهاء جز جناب فخرالمحققین یافت نشد که در این باره به شهرت تمسک کرده یا از آن یاد کرده باشد.

بنابر این از جهت صغروی تحقق شهرت فتوایی محل تردید جدی است. از جهت کبروی نیز بر فرض قبول حجیت شهرت فتوایی، احتمال مدرکی بودن این شهرت با عنایت به ادله ای که برای اعتبار قید اهل الریبه ذکر شد، جنبه کاشفیت این شهرت از رأی معصوم را نیز مخدوش می سازد.

دلیل سوم: اخذ به قدر متیقن از آیه محاربه

این دلیل در عبارات برخی از فقیهان مورد استناد قرار گرفته است.

شهید اول و شهید ثانی در عباراتی مشابه در این باره می گویند: اشتراطها، لآئنه المتیقن، و الحدود تدراً بالشبهات. (غایه المراد، ج ۴ ص ۲۷۱ و مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۶) یعنی قدر متیقن از محارب کسی است که اهل ریه است. اما نسبت به غیر اهل ریه یقین نداریم که محارب صدق کند و موضوع برای مجازات های چهارگانه شمرده شود، از این رو نسبت به غیر اهل ریه قاعده درآ جاری می شود.

اشکال

استدلال به قاعده درآ و قدر متیقن گیری از آیه شریفه نیز دلیل وجهی به نظر نمی رسد. در علم اصول مطرح شده که هر گاه دلیل مجمل باشد به قدر متیقن اخذ می شود. روشن نیست مستدلاً چرا با وجود اطلاق آیه شریفه و بی آنکه اجمالی در آیه شریفه وجود داشته باشد به سراغ قدر متیقن رفته و نسبت به سایر موارد قاعده درآ را جاری ساخته است.

شهید اول و شهید ثانی در عباراتی مشابه هم در نقد این استدلال بیان کرده اند که محل بحث کسی است که موضوع محاربه در حق وی صادق است، یعنی کسی که شهر السلاح لإخافه الناس در حق وی محرز است، سبب مجازات های اربعه در آیه شریفه چنین فردی است. حال وقتی مفروض مساله این باشد که سبب مجازات ها تحقق یافته است، قهراً به دنبال آن حکم محاربه نیز مترتب خواهد شد و دلیلی ندارد به محاربه قید زائدی افزوده شود. (غایه المراد، ج ۴ ص ۲۷۱ و مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۶)

بله، اگر گفته شود روایت ضریس و نیز فتاوی برخی از قدمای از فقهاء منشأ یک نوع ابهام در معنای محاربه می شود به گونه ای که اصل اطلاق «الذین یحاربون الله و رسوله...» احراز نشود و نتوان از راه روایات و سایر طرق تردید مذکور را برطرف کرد، در این صورت اخذ به متیقن جایز خواهد بود.

دلیل چهارم: کاشفیت از قصد اخافه

دلیل چهارم که از لابلای کلمات برخی فقیهان استفاده می شود این است که اعتبار این قید از آن جهت است که در محارب قصد اخافه الناس شرط است. لیکن قصد الاخافه امری نیست که به راحتی قابل احراز باشد. لزوم

اهل ربه بودن محارب از این جهت است که هر گاه فردی که سلاح از نیام بیرون کشیده اهل ربه باشد نفس اهل ربه بودن یک اماره عقلایی بر این است که قصدش اخافه الناس بوده است. شاید بتوان از خلال عبارات **محقق حلی** و **علامه حلی** چنین استناد به این دلیل را استنباط کرد، در ادامه در بخش نقد ادله به عبارات محقق و علامه اشاره خواهد شد.

اشکال

اشکال دلیل چهارم واضح است، زیرا اگر آنچه در مقام ثبوت و تحقق این جرم مهم است قصد الاخافه باشد، در این صورت اهل ربه بودن موضوعیت ندارد و صرفاً راهی برای احراز قصد اخافه‌ی مردم است. بنابر این هر طریقی که کاشف از قصد اخافه شود، می‌تواند جایگزین آن شود. اساساً در این صورت چه اهل ربه بودن و چه موارد جایگزین قید محارب نیستند و در تحقق ثبوتی محاربه نقشی ندارند و صرفاً طریقی اثباتی برای کشف قصد محارب هستند. (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۲۳)

محقق حلی درباره نفی اعتبار این قید آورده است: با وجود علم به قصد اخافه توسط فرد، اهل ربه بودن شرط نیست. (شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۶۷) **علامه حلی** نیز در عبارتی مشابه این می‌نویسد: رای وجیه آن است که اهل ربه بودن شرط نیست اگر معلوم شود که فرد قصد اخافه دارد. (تحریر الأحکام - الط - الحدیث، ج ۵، ص: ۳۷۹)

دلیل پنجم: تمسک به قید «یسعون فی الارض فساداً»

بیان دیگری که دیگری که می‌توان از آن اعتبار این قید را استفاده کرد، استفاده از فراز قرآنی «و یسعون فی الارض فساداً» است.

این تعبیر قرآنی در ذیل آیه محاربه بیان گر آن است که محارب باید کارش افساد فی الارض باشد، یعنی اگر یکبار بدون برنامه ریزی قبلی انجام دهد محارب نیست، بلکه باید کارش این فساد بر روی زمین باشد.

البته نتیجه این بیان اندکی متفاوت از بیان های گذشته است و بر اساس این بیان سابقه شرارت

موضوعیت ندارد،^۱ آنچه مهم است این است که اهل فساد و شرارت شمرده شود، اگرچه به اعتبار حال فعلی او باشد. زیرا سعی فی الارض فساداً یعنی تلاش برای فساد بر روی زمین دارد و قهراً بنایش بر چنین چیزی است. یعنی قصد جدی تداوم این کار را دارد، مثلاً عضو یک گروه تبهکاری سازمان یافته شده است. ولو فعلاً یکبار بیشتر هم انجام نداده است. بنابر این از این فقره اعتبار اهل ربه و شرور بودن فهمیده می‌شود.

۱. بر خلاف آنچه در عبارات دیگر فقیهان دیده می‌شود که اهل الریه را به معنای اهل شرارت می‌دانند. بر اساس این تفسیر وجود سابقه شرارت ضروری است مگر اینکه فرد عضو گروه شرارت و تبهکاری شود به گونه ای که نفس همین عضویت سبب صدق عنوان اهل الریه در حق وی گردد، بی آنکه سابقه او مد نظر قرار گیرد.

از این رو اگر کسی در گذشته به طور خاص مرتکب خصوص شهر السلاح للاخافه نشده ولی به شکل های دیگری اهل فساد و شرارت بوده و حالا یکبار محاربه و شهر السلاح به قصد اخافه کند، مصداق آیه شریفه است.

در اینجا می توان به شاهی نیز بر این ادعا اشاره کرد و آن اینکه نقطه مقابل فساد، صلاح است، یسعون فی الارض صلاحا با یک بار صدق نمی کند، مگر اینکه سابقه داشته باشد و یا موسسه ای و امثال آن تاسیس کند که کار آن موسسه اصلاح باشد. یعنی باید جوری باشد که بگویند کارش اصلاح است، نه اینکه بطورمقطعی و یکبار فقط عملی انجام دهد که مصداق اصلاح باشد.

حال اگر ظهور این مطلب را هم نپذیریم صلاحیت قرینیت دارد و اطلاق را از کار می اندازد. زیرا متصل به کلام است و موجب اجمال می شود.

این نکته نیز در این جا قابل توجه است که فساد فی الارض به معنی مطلق گناه و معصیت نیست، زیرا قید فی الارض اشاره به فساد و معصیت خاصی دارد. فساد فی الارض یعنی آزار رساندن به مردم و شرارت کردن به گونه ای که امنیت زمین که محل زندگی مسلمین است مخدوش شود.^۱

اشکال

در نقد استدلال فوق توجه به وجود دو واژه در آیه شریفه ضروری است: «یسعون» و «فی الارض فسادا». «یسعون» از ماده «سعی» است و در کتب لغت به معانی متعددی تفسیر شده است. برخی آن را به معنای دویدن یا دویدنی که خیلی شدید نباشد (هروله) دانسته اند. (کتاب العین، ج ۲، ص ۲۰۲؛ صحاح اللغة، ج ۶، ص ۲۳۷۷) لسان العرب اضافه می کند که سعی به معنای قصد نیز استعمال می شود مانند آیه شریفه «فاسعوا الی ذکر الله» که یعنی اقصدا ذکر الله است. (ج ۱۴، ص ۳۸۵)

همچنین در بعض کتب لغت سعی به معنای عمل کردن نیز دانسته شده است، آیه شریفه «و أن لیس للانسان الا ما سعی» نیز به همین معنا دانسته شده است، یعنی برای انسان جز آنچه عمل کرده است نیست. خلیل بن احمد می نویسد: «سعی به معنای عمل کردن است و هر عملی اعم از خیر یا شر را سعی می گویند». (کتاب العین، ج ۲، ص ۲۰۲)

علامه مصطفوی پس از بیان معانی مختلفی درباره سعی گفته شده می نویسد: «ریشه اصلی این واژه به معنای تلاش کردن بلیغی است که به انتهاء خود برسد. این معنا در هر چیزی به حسب همان چیز معنا می شود، مثلا سعی در مشی با تصمیم به حرکت و تهیه مقدمات و عدم تساهل در حرکت محقق می شود.» (التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۵، ص: ۱۵۹)

فساد نیز به معنای خروج الشيء عن الاعتدال است. (مفردات راغب، ص ۶۳۶) ترکیب این واژه با فی الارض یعنی هر گونه عمل بلیغی که زمین و اهلش را که محل سکونت و حیات انسان هاست را از وضعیت مطلوب خودش خارج کند، بنابر این با قطع نظر از آنچه قبل از این فقره از آیه شریفه آمده، دایره شمولی فراوانی را شامل می‌شود، حتی مانند قطع درختان جنگل، سوزاندن مراتع، یا حتی راه اندازی سایت های گمراه کننده و مستهجن.

بله، با عنایت به صدر آیه که تعبیر به محاربه آمده است و در محاربه متعارف سلاح کشیدن شرط است و نیز آنچه در روایات در بیان محارب و مجازات آن ذکر شده است، بعید نیست بتوان ادعا کرد که مقصود کسی است که مرتکب نوعی شرارت و تبهکاری است که تناسب با محاربه و سلاح کشیدن به روی مردم دارد نه هر گونه فساد و گناهی.

در میان تفاسیری که پیرامون واژه سعی گفته شد به نظر می‌رسد دو تفسیر از سایرین بهتر و نسبت به صدر و ذیل آیه مناسب تر به نظر می‌رسد، تفسیر نخست عمل کردن است، بر این اساس معنای آیه شریفه می‌شود: و یعلمون فی الارض فسادا. همچنان که در بعض تفاسیر نیز این طور تفسیر شده است. مقاتل بن سلیمان از مفسران قرن دوم در تفسیر آیه مشابه این آیه «كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» می‌گوید: یعنی يعملون فيها بالمعاصی. (تفسیر مقاتل بن سلیمان، ج ۱، ص ۴۹۰)

تفسیر دوم معنای تلاش کردن است، نسفی از مفسران قرن ششم در تفسیر خود آیه را به این معنا گرفته می‌گوید: «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» و بکوشند در زمین به تباهی و بدکاری. (تفسیر نسفی، ج ۱، ص ۲۱۵)

در هر صورت چه بر اساس معنای نخست و چه بر اساس معنای دوم، تفسیر این فقره از آیه به کسانی که اهل شرارت هستند نیکو به نظر نمی‌رسد. چرا که تلاش کردن برای فساد و یا انجام دادن عمل فاسد می‌تواند در قالب نفس همین عمل کنونی یعنی سلاح از نیام بیرون کشیدن علیه مردم باشد، و برای تحقق معنای یسعون فی الارض فسادا نیازی نیست که فرد علاوه بر این اهل شرارت و تبهکاری نیز باشد.

اما اینکه گفته شده فعل مضارع دال بر استمرار است نیز ارتباطی با مدعا در این دلیل ندارد. زیرا استمرار به معنای تکرار عمل در گذشته یا آینده نیست، بلکه به معنای آن است که این عمل عملی است که بهره ای از دوام و استمرار دارد و عملی دفعی نیست. هر چند در قالب یک عمل باشد. به همین خاطر زید یضرب عمرا به این معنا نیست که زید همیشه اهل کتک زدن عمرو است.

جمع بندی

با جستجوی مفصلی که در لابلای متون فقهی صورت گرفت، پنج دلیل به عنوان ادله اعتبار قید «اهل ربه بودن» در تحقق عنوان مجرمانه محاربه استخراج شد و مورد واکاوی قرار گرفت، لیکن هیچ یک از ادله یاد شده مورد قبول قرار نرفت، بنابر این در تحقق محاربه نیازی به قید اهل ربه بودن محارب نیست. تنها در مقام اثبات محاربه می‌توان از اهل ربه بودن برای کشف قصد اخافه کمک گرفت.

ماهنامه داخلی حاصل کار طلاب گروه های تخصصی است که با توجه به
نظامنامه آموزشی مدرسه باید هر ماه یک تحقیق علمی پیرامون مباحث
مطرح شده در درس خارج فقه تدوین نمایند.
امید است این تغییر رویکرد در ارائه دروس خارج تخصصی گام موثری به
سوی اهداف مدرسه که همان تولید علم و نظریه پردازی در عرصه فقه های
تخصصی است ، باشد.