

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

**شماره: ۱۸**



مسألة ١: لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين، حرّة كانت أو أمة دواماً كان النكاح أو متعة، بل لا يجوز وطء المملوكة والمحلّة كذلك، وأمّا الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضمّ والتفخيذ فجائز في الجميع ولو في الرضاعة.

وتدلّ عليه مضافاً إلى دعوى الإجماع نصوص كثيرة:

- ١- صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا تزوّج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين»<sup>(١)</sup>.
- ٢- موثقة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»<sup>(٢)</sup>.
- ٣- معتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»<sup>(٣)</sup>.
- ٤- رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «من وطء امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن»<sup>(٤)</sup>.
- ٥- رواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «من تزوّج بكرةً فدخل بها في أقلّ من تسع سنين فعيبت ضمن»<sup>(٥)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠١ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠١ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٢ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٦.

٦- رواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين، فإن فعل فعيبت فقد ضمن»<sup>(١)</sup>.

٧- اسناد الصدوق عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن حمran عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جارية بكرًا لم تدرك، فلما دخل بها اقتضها فأفضاها، فقال: «إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقترضها فأنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتهما، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه»<sup>(٢)</sup>.

٨- صحيحة اخرى عن الصدوق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «حدّ بلوغ المرأة تسع سنين»<sup>(٣)</sup> وفي المقام روايات أخرى.

والمستفاد من هذه النصوص أمور:

منها: حرمة الدخول على المرأة غير البالغة تسع سنين أو عشر سنين.

منها: عدم الفرق بين المرأة حرّة كانت أو أمة.

منها: ضمان العيب عن المفضي.

منها: الحرمة الأبدية، وهكذا وجوب النفقة، وغيرها من الأحكام

التي تعرّض لها المصنّف في المسائل الآتية.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٤ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ١٠.

أمّا الكلام في أصل الحكم وهو حرمة الدخول عليها فما لا إشكال فيه لتامة النصوص في ذلك، إلا أنّ الخلاف في الحدّ المذكور وهو التسع سنين أو العشر؟

ففي كلام بعضهم فقد حمل الترديد على كلام الراوي وأنّه هو الذي تردّد في الحدّ المتلقّى من الإمام عليه السلام، إلا أنّ ظاهر الرواية نسبة الترديد إلى الإمام عليه السلام حيث لم يعبر في النقل (بأو).

وحمله المحدّث الكاشاني على ما في «الحدائق»<sup>(١)</sup> كما عن المجلسين في «الروضة» و«المرآة»<sup>(٢)</sup>: أنّ ذكر الخلاف في مقام التنويع ولا الترديد بمعنى وجود القابلية في بعضهنّ وعدم وجودها في البعض الآخر. وهذا التوجيه ممّا لا بأس به، ولا يرد عليه أنّه ربّما لا توجد القابلية في عشر سنين، لتحققها في المناطق الحارّة كثيراً نعم، إن سلّمنا هذا التوجيه فلا بدّ من الالتزام بما يترتّب عليه من الأحكام في من لم يستعدّ أكثر من عشر سنين، فافهم.

وأما الكلام في عدم الفرق بين الحرّة والأمة، دواماً كان أو انقطاعاً، وقد صرح بذلك جماعة بل وحكي الاجماع عليه في «الجواهر»<sup>(٣)</sup> عن «التنقيح»<sup>(٤)</sup> ومحكي «النهاية»<sup>(٥)</sup> و«الكفاية»<sup>(٦)</sup>، وهو مقتضى اطلاق

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٩١.

(٢) مرآة العقول ٢٠: ١٣٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

(٤) التنقيح الرائع ٣: ٢٥.

(٥) النهاية: ٤٨١.

(٦) كفاية الأحكام ٢: ١٤٦.

بعض النصوص المذكورة « لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين... »<sup>(١)</sup>.

وهكذا موثقة زرارة ومعتبرة أبي بصير المتقدمتين .

وأما ما ادّعه صاحب الوسائل<sup>(٢)</sup>، بل وصّرح به من اختصاص الحرمة بالزوجة وعدم شمولها للملوكة والاستدلال بعدة نصوص ذكر في باب انعقد بما ادّعه .

كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في رجل ابتاع جارية ولم تطمّث ، قال : « إن كانت صغيرة لا يتخوّف عليها الحبل فليس له عليها عدة وليطأها إن شاء ، وإن كانت قد بلغت ولم تطمّث فإنّ عليها العدة »<sup>(٣)</sup>.

وهكذا صحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في الجارية التي لم تطمّث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل قال : « ليس عليها عدة يقع عليها »<sup>(٤)</sup> ، فهذه النصوص تدلّ على جواز وطء الجارية الصغيرة قبل بلوغها تسع سنين بحكم المقابلة للبالغ في الحكم .

وأشكل عليه في « مباني العروة »<sup>(٥)</sup> بأنّ الصحيحة الاولى ليست بصدد بيان جواز وطء الأمة قبل بلوغها تسع سنين ، إذ أنّ كلمة الصغيرة مستعملة في معناها العرفي ، أعني : ما يقابل الكبيرة لا ما يقابل البالغة على ما

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١ : ٨٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢١ : ٨٣ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٣ ح ١ .

(٤) وسائل الشيعة ٢١ : ٨٣ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٣ ح ٢ .

(٥) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٢٥ .

يشهد له تقييدها بـ «لا يتخوّف عليها الحبل» فإنّ ظاهر القيد هو الاحتراز، فإنّ الصغيرة بهذا المعنى ليست إلّا قسمًا واحدًا لعدم قابليتها للحمل، فلا معنى لتقسيمها إلى ما يتخوّف عليها الحبل وما لا يتخوّف ذلك، وتخصيص الحكم بالقسم الثاني دون الأوّل.

ويزيد توضيحاً ملاحظة الصحيحة الثانية حيث إنّها ناظرة إلى بلوغها من حيث الحبل وما يجب فيها من الاستبراء، ومن هنا لا تصلح هذه النصوص لمعارضة إطلاق النصوص الدالّة على عدم جواز وطء الجارية قبل بلوغها تسع سنين، فيتعيّن العمل بالإطلاق والقول بالحرمة قبل بلوغ التسع من دون فرق بين الزوجة والمملوكة وفاقاً لما اختاره المشهور. وهذا تام مضافاً إلى الإجماع المحكيّ في المقام.

وإنّ نوقش بأنّ المقابلة بين الصغيرة والبالغة في ذيل الصحيحة الأولى تقتضي الحمل على غير البالغة لا الصغيرة بمعناها العرفي، فيجيب بأنّ الصحيحة الثانية شاهدة على أنّ البالغة مستعملة في التي لم تبلغ الحبل، فالاستظهار تام.

على أنّه لم يفت أحد من الأعلام بجواز وطء الجارية في غير البالغة تسع سنين، فلذلك تكون الرواية معرضاً عنها.

مسألة ٢: إذا تزوّج صغيرة دواماً أو متعة، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين، فأفضاها حرمت عليه أبداً على المشهور، وهو الأحوط وإنّ لم تخرج عن زوجيّته، وقيل بخروجها عن الزوجيّة أيضاً، بل الأحوط حرمتها عليه بمجرد الدخول وإنّ لم يفضها، ولكن

الأقوى بقاؤها على الزوجية وإن كانت مفضاة وعدم حرمتها عليه أيضاً خصوصاً إذا كان جاهلاً بالموضوع أو الحكم أو كان صغيراً أو مجنوناً، أو كان بعد اندمال جرحها، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً. نعم، يجب عليه دية الإفضاء وهي دية النفس، ففي الحرّة نصف دية الرجل، وفي الأمة أقلّ الأمرين من قيمتها ودية الحرّة، وظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها ولم يطلقها، إلا أن مقتضى حسنة حمران وخبر بريد المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها، والأحوط ما ذكره المشهور، ويجب عليه أيضاً نفقتها مادامت حية وإن طلقها، بل وإن تزوجت بعد الطلاق على الأحوط.

وهذه المسألة مشتملة على فروع:

- ١- حرمة الدخول على الصغيرة مطلقاً دواماً كان الزواج أو متعة.
  - ٢- هل الإفضاء شرط لنشر الحرمة الأبدية أو الدخول بها كاف له؟
  - ٣- هل تخرج الصغيرة عن الزوجية بالدخول أم الزوجية باقية؟
  - ٤- هل الحكم مختص بالعالم بالحكم والموضوع أو يعم الجاهل بهما والصغير والمجنون.
  - ٥- على القول بعدم الحرمة الأبدية في الموارد المذكورة هل الزوجية محتاجة إلى عقد جديد.
  - ٦- في أحكام الدية المترتبة.
- أمّا الكلام في أصل الحكم، نسب الماتن إلى المشهور، وادّعى عليه



الإجماع في «الجواهر»<sup>(١)</sup>.

وأما بالنسبة إلى شرطية الإفضاء: فقد استدللّ مضافاً إلى الإجماع برسلة يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً»<sup>(٢)</sup>.

ونوقش فيه<sup>(٣)</sup>: أولاً بقصور السند، وثانياً: شمولها لصورة عدم الإفضاء ودلالاتها على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء، مع صراحة عدّة من النصوص ببقاء الزوجية حتى مع الإفضاء فضلاً عن عدمه كخبر بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اقتضّ جارية يعني امرأته فأفضاها؟ قال عليه السلام: «عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: وإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، إن شاء أمسك وإن شاء طلق»<sup>(٤)</sup>.

وهكذا صحيحة أو حسنة حمران عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جارية بكرًا لم تدرك فلما دخل بها اقتضّها فأفضاها، فقال: «... وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين اقتضّها فأنّه قد أفسدها وعطلّها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٤ / أبواب ما يجرم بالمصاهرة ب ٣٤ ح ٢.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٢٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢٩: ٢٨١ / أبواب موجبات الضمان ب ٤٤ ح ١.

ديتها، وإن أمسكها ولم يطلّقها حتى تموت فلا شيء عليه»<sup>(١)</sup>.  
 ولذلك حكم في «كشف اللثام»<sup>(٢)</sup> بعد أن قال بعدم الظفر على الدليل  
 الدالّ على التحريم بأنّ الأقرب الحلّ، وقوّاه في «الجواهر»<sup>(٣)</sup>، ثمّ قال: اللهمّ  
 إلّا أن يقال بانحياز ضعفها لعمل الأصحاب، إلّا أنّ الانحياز مبنيّ على القول  
 به مضافاً إلى أنّ القول بالحرمة مناف لحكم المشهور بثبوت الديّة وإنّ  
 أمسكها، ولعلّه لذلك ذهب في «الجواهر» إلى طرح المرسلّة قائلاً: إنّ  
 «دعوى التمسك به فيما لا تنافيه الأدلّة بعد جبر سنده بالشهرة ممكنة موافقة  
 لصناعة الفقه، إلّا أنّها لا تورث الفقيه ظناً»<sup>(٤)</sup>.

لأنّ الروايات الدالّة المشير إليها كرواية حمران وغيرها تدلّ على عدم  
 انفساح العقد، ولذلك لا يمكن تقييد المرسلّة بما إذا كان الدخول موجِباً  
 للإفصاء، على أنّ ذلك لا يوافق مذاق الشريعة لاستلزام ذلك محرومية المرأة  
 عن الزواج أبداً.

فاتضح عدم انفساخ النكاح بالإفصاء وعدم الحرمة الأبديّة،  
 فلا وجه لقول القليل من الحكم بالخروج عن الزوجيّة لقصور المستند،  
 فالأقوى بقاءها على الزوجيّة وإن كانت مفضاة خصوصاً إذا كان جاهلاً،  
 لأنّ الدليل المدّعى إن كان هو الإجماع فلا إطلاق له ليشمل الجاهل ولا سيّما

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٩٣ / أبواب ما يجرم بالمصاهرة ب ٣٤ ح ١.

(٢) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٨.

مع التصريح في كلمات بعضهم بأنّ ذلك عقوبة للفاعل وإنما هي تترتب على العائد، وإن كان المستند المرسله فهذا أيضاً غير واف لإثبات المدعى؛ لأنّ العبرة في ترتب الحكم على العمل الصادر عن العمد، بل الصادر عن الجهل بحكم العدم.

وفي «الجواهر»<sup>(١)</sup> حكى عن ظاهر الأكثر فتوى المستفاد من النصوص عدم التحريم في فرض الجهل حيث رتبوا الحكم على الوطي المحرم ومما في كلام جماعة من تعليل التحريم بأنّه عقوبة وهي إنّما تترتب على الحرام دون المباح.

وتوضيح ذلك: أنّ الحكم بالحرمة الأبدية غير متصوّر بالنسبة إلى الجاهل؛ لأنّ الأدلّة ناظرة إلى فرض العلم بالموضوع أي العلم بجرمة الدخول على الصغيرة مع التوجه إلى كونها صغيرة، كما أنّ الحكم بجرمة غيبة المؤمن موقوف على العلم بكونه مؤمناً نعم، لو لم يكن جاهلاً بالموضوع وكان جاهلاً بالحكم فقط فلا إشكال في شمول إطلاق الأدلّة بالنسبة إليه، وهذا كلام موكول إلى محله في الأصول في مباحث القطع من جواز تقييد موضوعات الأحكام بالعلم بها وعدمه، وإنّ العلم بالموضوع جزء الموضوع للحكم الواقعي، ولو استفيد التقييد من الدليل الخارجي كحديث الرفع مع أنّ تعليق الحكم بالعلم بالحكم مستلزم للدور ولا دور في تقييد الموضوع بالعلم به، مضافاً إلى اشتراك الأحكام بين الجاهل والعالم.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤.

إلا أن المحقق الآخوند<sup>(١)</sup> وغيره من أعلام تلامذته قائل بإمكان أخذ العلم بالحكم على نحو لا يستلزم الدور مستدلاً بأن الخطابات الصادرة من الشارع لإيجاد الداعي في المكلف، ومع عدم العلم لا يتحقق الداعي فيه، كما أن شرط صحة الخطاب إمكان وصوله إلى العبد، فعلى هذا لا يكون تقييد الحكم بالعلم به مستلزماً للدور؛ لعدم توقف صحة الخطاب على العلم الفعلي للمكلف، بل هو موقوف على العلم التعليقي، وهذا صادق قبل وجود الشرط والجزاء.

فلا فرق بين الجاهل بالموضوع والحكم من هذه الجهة، أي عدم كون الجاهل مشمولاً للحكم.

إلا أن الرواية المذكورة، أي رسالة يعقوب بن يزيد لا تدل على الحرمة الأبدية نعم، لو سلمنا تمامية الدليل دلالة وكذلك سنداً فلا فرق في تحقق الحكم في فرض العلم والجهل نعم، لو استندنا إلى الإجماع فالمتيقن منه هو الحرمة في فرض العلم، ولعله لذلك أشكل في «المستمسك» بقوله: «لكن إطلاق الدليل على التحريم - لو تم - لا يخل به مثل ذلك. والانصرف والتعليل ممنوعان»<sup>(٢)</sup>.

فما أفاده السيد الماتن من عدم التفصيل خلافاً للجواهر متين وواقفه السيد الخوئي<sup>(٣)</sup> كما مرّ، واستند لدعوه إلى أن الحكم مرفوع عن الجاهل،

(١) كفاية الأصول: ٢٦٧.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٨٣.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٢٨.

لأن موضوع الحكم إذا كان عملاً من الأعمال ، فالعبرة في ترتب الحكم عليه إنما هو بإتيانه عمداً فلا يترتب على العمل الصادر عن جهالة أثر أصلاً. إلا أن الإشكال في تمامية المستند وهو حديث الرفع والقول بأن المرفوع به تمام الآثار.

وأما الصغير والمجنون : فالكلام فيهما هو الكلام في الجاهل ، بمعنى أنه لو استندنا في الحكم إلى الإجماع فهو دليل لبي لا إطلاق له يشملهما ، وإن كان المستند هو الرواية فموضوعه إنما هو الرجل وهو لا يصدق على الصغير نعم ، إطلاقه يشمل المجنون غير أن حديث الرفع مانع من العمل به إذ لا يترتب على عمله حكم .

قوله عليه السلام : أو كان بعد اندمال جرحها ...

وفي المقام أيضاً لو كان المستند هو الإجماع فليقتصر على المتيقن ، وهو حال الجرح للشك في شمول الموضوع بعد اندمال الجرح في المرأة .  
وأما إذا كان المستند هو الرسالة فظاهر فتوى الأصحاب العموم له عملاً بالاستصحاب (أي استصحاب التحريم).

وأشكل عليه في « مباني العروة »<sup>(١)</sup> أولاً بعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية ، مضافاً إلى تغيير الموضوع بنظر العرف حيث إن الحكم كان ثابتاً للمرأة بوصف كونها مفضاة فلا يمكن إثباته للمرأة بعد زوال الوصف .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٢٩ .

نعم لو كان المستند هو المرسله فلا بأس بإثبات التحريم فيها تمسكاً بإطلاق قوله «ولم تحلّ له أبداً»<sup>(١)</sup>.

أمّا الكلام في جريان الاستصحاب في المقام وعدمه من حيث جريانه في الشبهات الحكميّة، وقد اختلف الأعلام في الأصول في جريانه؟ توضيح الكلام على نحو يتّضح المختار في المسألة.

فنقول: إنّ الشكّ في بقاء الحكم الشرعي تارة يرتبط بمقام الجعل والتشريع ولو لم يكن المجعول فعلياً لعدم موضوعه (كما لو ثبت وجوب الحج على المستطيع في الشريعة ثمّ شك في بقاء هذا التشريع والجعل ولو لم يكن مستطيعاً فعلاً، ولا إشكال في استصحاب الجعل) ويعبر عن هذا باستصحاب عدم الفسخ، ولا كلام في ذلك.

وتارة يرتبط بمقام المجعول كما لو ثبت الحكم الفعلي في زمان فشك في بقائه كالشك في حرمة بقاء وطّي الحائض بعد نقائه وانقطاع الدم وقبل الغسل، فعلى هذا تارة يكون الشك في الأمور الخارجية مع العلم بحدود الحكم المجعول سعة وضيقاتاً ويعبر عنه بالشبهة الموضوعيّة (كما لو علم بعدم حرمة الوطء بعد انقطاع الدم وقبل الغسل، ولكنّه شك في تحقّق الانقطاع، وجريان الاستصحاب في الحكم أو الموضوع خارج عن محلّ الكلام في أمثال ذلك).

وأخرى يكون المنشأ هو الشك في حدود المجعول الشرعي سعة

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٤ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤ ح ٢.

وضيقاً، فيشك في أنّ المجمعول شرعاً هل هو حرمة الوطء حين وجود الدم أو إلى حين الغسل؟ ويعبر عن هذا بالشبهة الحكمية وهي على صورتين.

الأولى: أن يكون الزمان مفرداً للموضوع بنحو يكون كلّ آن من الزمان موضوعاً للحكم على حدة، فينحلّ الحكم بتعدّد أفراد الزمان الطولية، وذلك كحرمة وطء الحائض فإنّها تنحلّ إلى أحكام متعدّدة بتعدد أفراد الوطء الطولية بحسب الزمان.

الثانية: أن يكون الحكم واحداً مستمراً باستمرار الزمان ولا يتعدّد ولا يتفرّد بتعدّد آنات الزمان كنجاسة الماء المتغيّر فإنّها حكم واحد مستمرّ من حدودها إلى زوالها وموضوعها واحد عرفاً وهو الماء، فإنّه وجود واحد مستمر بنظر العرف وليست النجاسة في كلّ آن حكماً غير النجاسة في الآن الآخر.

أمّا الصورة الأولى: فلا مجال لجريان الاستصحاب فيها مع الشك لتعدد أفراد الحرمة بتعدّد أفراد الوطء بلحاظ عمود الزمان، فالفرد المشكوك حرمة عن الوطء لم يكن حكمه متيقناً في السابق، بل مشكوك الحدوث رأساً لأنّه فرد حادث لا سابق.

أمّا الصورة الثانية: فهي محلّ الكلام عند الأعلام من حيث جريان استصحاب الحكم المشكوك بقائه، كما لو شك في بقاء نجاسة الماء المتغيّر إذا زال تغيّره من قبل نفسه.

وقد منع جريانه الفاضل النراقي<sup>(١)</sup> وتبعه السيد الخوئي<sup>(٢)</sup>، ووجهه  
 بابتلاء استصحاب بقاء الحكم بالمعارض وهو استصحاب عدم الجعل .  
 توضيح ذلك : إنه إذا شك في بقاء نجاسة الماء المتغير إذا زال تغيره من  
 قبل نفسه فلدينا يقينان سابقان وشكّان لاحقان : يقين بثبوت المجعول وهو  
 النجاسة في السابق وشك في بقائها بعد زوال التغير، ومقتضى ذلك  
 استصحاب النجاسة المجعولة .

ويقين بعدم جعل وتشريع النجاسة لهذا الموضوع (أي الماء بعد زوال  
 تغيره) في صدر الإسلام وشك في بقاء هذا العدم وزواله يجعل النجاسة له ،  
 ومقتضى ذلك استصحاب عدم الجعل ، فيكون مورد الشك مجرى  
 الاستصحابين : استصحاب المجعول واستصحاب عدم الجعل ، وهما  
 متعارضان ، فلا يمكن البناء بمنع استصحاب الحكم الشرعي لاجل معارضته  
 باستصحاب عدم الجعل .

ولا يخفى أنّ ما أفاده النراقي وتبعه المحقق الخوئي عليه السلام مبين على أمور :  
 الأوّل : أنّ استصحاب عدم الجعل ممّا يترتب عليه أثر عملي مباشر  
 وإلا كان لغواً ومثبتاً .

الثاني : أنّ عدم الجعل ممّا يمكن أن يكون مورداً للتعبد الشرعي ، وإلا  
 لم يصحّ أن يجري فيه الاستصحاب لأنّه ليس بمجعول شرعي وليس  
 بموضوع شرعي لأثر شرعي .

(١) نقل عنه في منتقى الأصول ٦ : ٧٢ .

(٢) مصباح الاصول ٣ : ٣٩٢ الطبعة الاولى .



الثالث: أنَّ الجعل يختلف سعة وضيقة باختلاف المجعول سعة وضيقةً، وإلا فلو فرض أنه بنحو واحد كان المجعول متسعاً أو ضيقاً لم يجز استصحاب عدم الجعل فيما نحن فيه وسيوضح إنشاء الله، وجميع هذه الأمور محل كلام وبحث.

أما الجهة الاولى: فقد ذهب المحقق النائيني رحمته الله (١) إلى عدم جريان استصحاب عدم الجعل في نفسه لترتب أثر عملي عليه، ببيان أن الآثار العملية العقلية من لزوم الإطاعة والتنجيز ونحوها إنما يترتب على الحكم المجعول الفعلي بفعلية موضوعه، أما الجعل بنفسه فلا يترتب عليه أثر عملي أصلاً فعلى هذا يكون التعبد بعدم الجعل لغواً لعدم أثر عملي مترتب عليه فلا يصح جريان الاستصحاب فيه، لوضوح أن التعبد الاستصحابي إنما هو بلحاظ الأثر العملي.

نعم يترتب على الجعل أثر بواسطة ثبوت المجعول به، لكن ترتب ذلك بالملازمة، فيكون الاستصحاب بلحاظه مثبتاً، إذن فلا يجري استصحاب عدم الجعل، لأنه إما لغو بملاحظة الأثر المترتب عليه مباشرة، إذ لا أثر له، وإما مثبت بملاحظة أثر المجعول لترتب المجعول على الجعل بالملازمة العقلية. وبالجملة: مجرد جعل الحكم الكلي لا يترتب عليه الأثر وإنما الأثر لمرحلة الانطباق وإضافة الوجوب إلى فرد المكلف، فالإشكال في استصحاب عدم الجعل بأنه من الأصول المثبتة لادافع له.

(١) أجود التقريرات

أما الجهة الثانية: وهي إمكان تعلق التعبد بعدم الجعل .  
 والتحقيق: أن الجعل وعدمه ليس مما يمكن تعلق التعبد والاعتبار به؛  
 لأن التعبد والاعتبار إنما يطراً على الأمور الاعتبارية التي يكون وجودها  
 بالجعل والاعتبار ولا يتعلق بالأمور التكوينية، فإنها لا تقبل الجعل لوضوح  
 أن الجعل والاعتبار الصادر من المولى إنما هو فعل تكويني للمولى ومن أفعاله  
 الاختيارية النفسية التي لها وجود واقعي وليس من الأمور الاعتبارية نعم،  
 ما يتعلق به الاعتبار من الأحكام الشرعية يكون اعتبارياً، وإذا كان  
 الاعتبار كذلك امتنع أن يكون مورداً للتعبد والاعتبار، وعليه إذا فرض أن  
 مفاد دليل الاستصحاب هو التعبد بوجود المتيقن بقاء لم يشمل الجعل ولا  
 معنى لجريان الاستصحاب فيه .

وبالجملة: استصحاب الجعل بهذا المعنى مما لا محصل له، ولا يقال: إننا  
 نلتزم باستصحاب بقاء الجعل في مورد الشك في النسخ؛ لأنه يقال: إن هذا  
 راجع إما إلى التمسك بإطلاق الدليل الدال على الحكم بالنسبة إلى الزمان  
 الممتد، فالتسمية بالاستصحاب مسامحة، وإما يرجع إلى الاستصحاب  
 المجعول التعليقي لا الفعلي الذي يبحث عنه في تنبيهات الاستصحاب .

فالمحصّل: عدم صحّة التعبد والاعتبار لعدم الجعل حتى بناءً على  
 القول بشمول دليل الاستصحاب (أي لا تنقض اليقين بالشك) للجعل (بناءً  
 على تعميم الاستصحاب للشبهات الموضوعية) لأنه غاية ذلك أن المدلول  
 المطابق لعموم (لا تنقض) هو حرمة النقض العملي ولزوم معاملة المتيقن  
 السابق معاملة الباقي، وهذا لا مانع من شموله لعدم الجعل؛ لأنه إرشاد إلى

ثبوت التعبد في مورده بما يناسبه ، فلا بد أن يكون التعبد متعلقاً بعدم المَجْعُول ، وهذا إيراد ثان على التراقي ومن تبعه .

الجهة الثالثة : في أنَّ الجعل هل يختلف سعة وضيقاً باختلاف المَجْعُول أو لا يختلف الحال ، بل يكون بنحو واحد سواء كان المَجْعُول واسعاً أم ضيقاً ؟ توضيح ذلك : أنَّ الحكم المَجْعُول لا إشكال في اتساع دائرته وضيقها باتساع دائرة متعلقه وضيقها ، فالوجوب المَجْعُول للجلوس مثلاً من الزوال إلى الغروب أضيق دائرة من الوجوب المَجْعُول للجلوس من الزوال إلى نصف الليل ، فيقال : إنَّ الجعل هل يتسع بسعة المَجْعُول ويضيق بضيقه ، نظير بعض الأعراض الخارجية العارضة على الجسم ، كالبياض ، فأنها تزيد بسعة الجسم وتضيق بضيقه ، ونظير التصوّر بالنسبة إلى المتصوّر ، أو أنَّ الجعل لا يختلف سعة وضيقاً بسعة المَجْعُول وضيقه ، بل يكون على كلا التقديرين بحدّ واحد ؟

وأثر ذلك فيما نحن فيه واضح فأنه إذا كان كنفس المَجْعُول ممَّا يتسع ويضيق فمع الشك (فيما نحن فيه) في سعة المَجْعُول وامتداده في الزمان المشكوك يشك في زيادة الجعل ، فيمكن أنَّ يستصحب عدمه (مع قطع النظر عن الإيرادات المتقدّمة) .

وأما إذا لم يكن ممَّا يختلف سعة وضيقاً فلا شك فيما نحن فيه في زيادة الجعل كما أنَّ وجوده معلوم وإنما الشك في كلفيته وأنه بماذا تعلق ، وهذا ممَّا لا يمكن أن يجري فيه الأصل ؛ إذ لا حالة سابقة له ، فلا يبقى مجال للجريان أصالة عدم الجعل .

إذن فجر بيان أصالة عدم الجعل يبتني على الالتزام بسعة الجعل وضيقة لسعة المجعول وضيقة كمي يكون زيادة الجعل مشكوكة الحدوث بسبب الشك في سعة المجهول واستمراره فيكون مجرى لأصالة العدم .  
وتحقيق الحال في ذلك يبتني على ما يلتزم به في معنى الإنشاء ، وعمدة المسالك فيه ثلاثة :

الأوّل : أنه مجرد التسبب لتحقق الاعتبار العقلائي في ظرفه . وبعبارة أخرى : أنه عبارة عن استعمال اللفظ في المعنى بداعي تحقق اعتباره من قبل العقلاء في ظرفه المناسب له فلا يصدر من المنشئ سوى الاستعمال بالقصد المزبور ، وهذا هو المشهور في معنى الإنشاء .

الثاني : أنه عبارة عن إيجاد المعنى بوجود إنشائي يكون موضوعاً للاعتبار العقلائي أو الشرعي في ظرفه ، فما يصدر من المنشئ هو الاستعمال بقصد تحقق وجود إنشائي للمعنى يترتب عليه الاعتبار العقلائي عند وجود موضوعه ، وقد اختاره « الكفاية »<sup>(١)</sup> .

الثالث : أنه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني الشخصي ، بدعوى أن للمنشئ اعتباراً شخصياً يكون مورداً للآثار العقلانية إذا أبرز بمرر من لفظ أو غيره .

وغير خفي أنه بناء على المسلك الثالث يكون الجعل فيما يختلف سعة وضيقة بسعة المجعول وضيقة ، وذلك لأنّ مرجع الجعل إلى الاعتبار الشخصي

(١) كفاية الأصول : ٦٦ (طبع مؤسسة آل البيت عليه السلام) .

الصادر من المعتبر، ولا خفاء في أنّ الاعتبار في السعة والضيق يتبع اعتبار المعتبر وأمره، فإنّ نسبته إليه نسبة التصوّر الى المتصوّر والوجود إلى الموجود، فمع سعة الأمر الاعتباري يتسع الاعتبار ومع ضيقه يضيق. وهكذا الحال بناءً على المسلك الثاني، فإنّ مرجع الجعل إلى إيجاد الحكم بوجود إنشائي، ومن الواضح اتّساع دائرة الوجود وضيقه باتّساع دائرة الوجود وضيقه.

وأما على المسلك المشهور فلا يكون الجعل ممّا يقبل السعة والضيق بسعة المجهول وضيقه؛ لأنّ الجعل هو الاستعمال بقصد تحقّق الاعتبار في ظرفه من قبل من بيده الاعتبار ومن الواضح أنّ المستعمل فيه لو كان مفهوماً اسمياً يقبل السعة والضيق بأن ينشأ الوجود وبمفهومه الإسمي أمكن أن يتأني فيه البيان المزبور.

فيقال: أنّ الاستعمال يرجع إلى جعل اللفظ مرآةً وحاكياً عن المعنى والحكاية تتسع وتضيق بسعة المحكي وضيقه، فمع الشك في زيادة الحكاكية يشك في زيادة المحكي يكون مجرى لأصالة العدم.

ولكن الغالب يكون الإنشاء بالصيغة وهي لا تتكفل إنشاء الوجود بمفهومه الإسمي القابل للسعة والضيق، بل بالمفهوم الحرفي الذي ليس له نحو واحد وهو المعبر عنه بالوجود الرابط الذي لا يقبل السعة والضيق، فلا يتصف الإنشاء بهذا المعنى بالسعة والضيق، بل له وجود واحد مردّد بين نحوين متهافتين فلامجال حينئذٍ لأصالة العدم بعد كون الشك في كلفيته وأنّه تعلق بهذا أو بذاك لا في أصل وجوده.

وليس الإنشاء نفس القصد القلبي المزبور كي يقال إنه ممّا يقبل السعة والضيق بملاحظة متعلّقه، بل القصد مأخوذ في الإنشاء قيّداً، بمعنى أنّ الإنشاء هو الاستعمال الخاص وهو المقترن بالقصد لا أنّه نفس القصد.

فعلى هذا لا يتم القول بمعارضة استصحاب بقاء الحكم بالمعارض وهو استصحاب عدم الجعل؛ لأنّ عدم الجعل ممّا لا يمكن استصحابه، وهذا إيراد وارد على التراقي لعدم وجود المسلكين الأخيرين في زمانه.

فعلى هذا لا مانع من التمسك في الشبهات الحكمية بأصالة بقاء المجعول، ولا مجال لدعوى معارضته، هذا تمام الكلام في إمكان جريانه في الشبهة الحكمية.

وأما ما أفاده من أنّ الموضوع قد يعتبر عند العرف حيث إنّ الحكم كان ثابتاً للمرأة بوصف كونها مفضاة، فلا يمكن إثباته للمرأة بعد زوال الوصف.

بمعنى أنّ الموضوع المأخوذ في لسان الدليل هي المرأة المفضاة، أي المرأة مقيّدة بكونها مفضاة موضوع للحكم، والحكم وارد على الموضوع المقيّد لا أنّ الحكم وارد على المرأة بما هي والإفضاء حيث تعليلي للحكم حتّى يمكن جريان الاستصحاب بعد زوال العلة، بل الموضوع من أوّل الأمر مقيّد ومع زوال القيد زال الموضوع، نعم لو فهم العرف من القيد المزبور لمناسبات الحكم والموضوع تقييد الموضوع بالوصف مادام كونه موجوداً فلا معنى لجريان الاستصحاب، بل الحكم معلوم تعليقه مادام موجوداً وبعد الزوال لا حكم للموضوع، وأمّا إن لم يفهم من القيد أنّه تقييدي أو تعليلي فلا

معنى أيضاً لجريان الاستصحاب، إلا أنه قال بإثبات التحريم فيها تمسكاً بإطلاق قوله: «ولم تحل له أبداً»: ولكن الإشكال أن الرواية مرسلة ولا يمكن القول بجرها لعمل المشهور، حيث إن المشهور أفتى بالحرمة الأبدية مع الإفضاء، مع أن المرسلة تدل على ذلك بصرف الدخول قبل التسع. وبالجملة لا يمكن الحكم بإثبات التحريم لما بعد الاندمال أولاً لتبديل الموضوع، وثانياً لعدم تمامية دلالة المرسلة لإثبات المدعى.

والحق السيد الماتن مورد الطلاق والعقد الجديد بما إذا اندمل الجرح، وعلله السيد الخوئي<sup>(١)</sup> بجريان ما تقدم في المندمل في الطلاق حرفاً مجرف. أي عدم جريان الاستصحاب كما عليه من حيث كون المقام من الشبهة الحكمية، ومع التنزل لتبديل الموضوع بعد الطلاق والعقد الجديد عليها.

ولكن الإشكال أنه بناء على جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية يكون مقتضاه أيضاً بطلان العقد الجديد، إلا أن يكون الشك في الحرمة من أول الأمر، هذا أولاً. وثانياً: أن الشبهة في تبديل الموضوع في المقام غير جارية؛ لأن المرأة المطلقة هي هذه المرأة المحرمة عليه بالإفضاء، ولا أثر في الطلاق لتبديل الموضوع المحكوم بالحرمة الأبدية، ولذلك يشكل إلحاق المورد بالمندمل عن الجرح.

قوله ﷺ: نعم يجب عليه دية الإفضاء.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٢٩.

وهذه من الفروع المذكوره في كتاب الديات ، واستدل له لصحيحة سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كسر بعصوه فلم يملك أسته ما فيه من الدية ؟ فقال : «الدية كاملة» ، وسألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد ؟ فقال : «الدية كاملة»<sup>(١)</sup> .

وهكذا مارواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قضى في امرأة أفضيت بالدية<sup>(٢)</sup> .

وبهاتين الروايتين استدلل للحكم بوجوب الدية عن نحو الإطلاق ، مع أن الرواية الاولى تدل على ثبوت الحكم مع الإفضاء المنجر إلى العقم في المرأة ، هذا أولاً . وثانياً : قد أفتى بعضهم بوجوب الدية مع فرض الطلاق ، وأما مع الإمساك فلا دية عليه مستدلاً بصحيحة حمران المتقدمة ، وهكذا برواية يزيد بن معاوية المتقدمة (المعتبرة لرواية ابن محبوب عن الحارث بن محمد بن نعمان صاحب الطاق) .

مع أن المشهور (كما نسب السيد الماتن إليهم) ذهب إلى ثبوت الدية وإن أمسكها ولم يطلقها ، وقد تصدى في «الجواهر»<sup>(٣)</sup> للجمع بين الروايات بحملها على سقوط الدية صلحاً بأن تختار المقام معه بدلاً عن الدية ، فإن الدية قد لزمته بالإفضاء بدلالة النص والفتوى فلا تسقط مجاناً من غير

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٣٧٠ / أبواب ديات المنافع ب ٩ ح ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ : ٣٣٠ / أبواب ديات الأعضاء ب ٢٦ ح ١ .

(٣) جواهر الكلام ٢٩ : ٤٢٢ .



عوض؛ لأنه لو لم يحمل على الصلح فإمّا أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الإمساك أو بنفس الإمساك المستمر إلى الموت بأن تسقط الدية به أو تبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت، فإن أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الإمساك أو عدم ثبوت الدية بالإفشاء واللوازم خصوصاً بعضها في غاية البعد.

كما احتمل بعضهم في رواية حمران وبريد التقيّة، واحتمل المحقّق الأردبيلي أن قوله عنه: «لا شيء عليه» في الروایتين محمول على الحصر الإضافي، أي لا شيء عليه غير المهر والنفقة والدية، فيعمل بالروايات المثبتة للدية على نحو الإطلاق بعد تقييد قوله عنه: «لا شيء عليه» فتثبت الدية ولو بعد الإمساك.

وعن كاشف اللثام<sup>(١)</sup> حمل قوله عنه: «لا شيء عليه» على المعصية، أي لا معصية في الإمساك، إلا أن حمل «الجواهر» اجتهاد في قبال النص. والحمل على التقيّة مدفوع لعدم ذهاب العامة إلى خلافه، كما أن حمل الأردبيلي وكاشف اللثام يوجب طرح الروايتين بالمرّة لأنهما تدلّ على وجوب الدية مع فرض الطلاق وعدم وجوبها مع فرض الإمساك وعلى الأقل لا يعدّ جمعاً عرفياً، فلا بدّ من القول بإعراض الأصحاب عنهما مع أنّهما برئى منهم، ويشهد على ذلك ثبوت الدية مضافاً إلى الصحيحين (سليمان بن خالد والصدوق) في روايات عديدة كرواية غياث بن إبراهيم «فإن فعل

(١) كشف اللثام ١١: ٤٠٠.

فعيبت فقد ضمن»<sup>(١)</sup> وهكذا صحيحة الحلبي «فأصابها عيب فهو ضامن»<sup>(٢)</sup>.

وهكذا رواية طلحة بن زيد<sup>(٣)</sup> وغيرها من الروايات ، ولذلك لا بد من الاحتياط في الفتوى بما ذكره المشهور وإن كانت الرواية الأولى لا تدل على المطلب بنحو الإطلاق؛ لأنّ المستفاد عن سائر الروايات ثبوت الدية، والضمان بمعنى الدية، ولا وجه لحمل الضمان على الأرش؛ لأنّ رواية حمران ويريد تشهدان وتفسران الروايات الدالة على الضمان، مع أنّ حملها على الأرش ممّا لا شاهد له، فما أفاده بعض المعاصرين لا يمكن المساعدة عليه. قوله ﷺ: «ويجب عليه أيضاً نفقتها مادامت حيّة وإن طلقها...» وفي «الجواهر»<sup>(٤)</sup> حكى إجماع جماعة عليه وفي «المستمسك»<sup>(٥)</sup>: بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، وهكذا نسب إلى الشيخ في «الخلاف»<sup>(٦)</sup>: دعوى إجماع الفرقة عليه، كما استدلل له بصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جارية فوقع بها فأفضاها؟ قال: «عليه الإجراء عليها مادامت حيّة»<sup>(٧)</sup>.

- 
- (١) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٧.  
 (٢) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٥.  
 (٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٣ / أبواب مقدّمات النكاح ب ٤٥ ح ٦.  
 (٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٦.  
 (٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٨٤.  
 (٦) الخلاف ٤: ٣٩٥.  
 (٧) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٤ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤ ح ٤.

وبهذه الرواية تتم القول بوجوب النفقة مادامت حيّة وإن طلقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق، وإطلاق الرواية شاملة لفرض الإفضاء وإن لم تكن صغيرة، مضافاً إلى التعليل في صحيحة حمران «... فأنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج».

إلا أن القول بوجوب النفقة في المفضاة الكبيرة ممّا لا قائل به إلا الشيخ في «الاستبصار»<sup>(١)</sup>، مضافاً إلى أن قوله عطلها في ذيل تلك الصحيحة: «إن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليها» يقتضي عدم وجوب شيء عليه من الدية والنفقة في الكبيرة.

وأما شمول إطلاق صحيحة الحلبي بالنسبة إلى التزويج بعد الطلاق مقتض لقوة الحكم بوجوب الإنفاق، ولعل وجه احتياط السيد في المتن عدم موضوعية المفضاة للزواج لقوله عطلها: «... وعطلها على الأزواج».

ولا يخفى أنه إن استظهرنا من الدليل عليّة الإفضاء والعطلة على التزويج بوجوب النفقة مادامت حيّة، فإن اندمل المرح أو عولج بحيث صارت إلى صورتها الأولى فيشكل الحكم بوجوب النفقة، والله العالم.

مسألة ٣: لافرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر، والإفضاء أعم من أن يكون باتّحاد مسلكي البول والحيض أو مسلكي الحيض والغائط، أو اتحاد الجميع، وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأول.

(١) الاستبصار ٤: ٢٩٦.

وحيث لا يكون الإفضاء من الموضوعات المفسّرة في لسان الشارع فلا بدّ في فهم المراد منه بالرجوع إلى العرف وشهادة أهل اللّغة بفهمهم أو الرجوع إلى أهل الخبرة الثّقة في هذه الأمور، فإن حصل الاطمئنان بمعنى من الموارد المذكورة فلا إشكال في تعلّق الحكم به وإلا فلا بدّ من الاكتفاء بالمتيقّن منه. والظاهر أنّ المراد من الإفضاء المحكوم بأحكامه الخاصّة هو العطلّة على الزواج وتعييب المرأة، وإن أمكن حصول البرء منه في هذه الأزمنة فعلى هذا يشكل الحكم بتعميم المراد من الإفضاء وعدم التفريق بين الإفضاء في القبل والدبر؛ لأنّ المتعارف من محلّ الوقاع هو القبل والفضوة فيه بأيّ نوع من الاتساع، أي بين اتّحاد مسلكي البول والحيص أو الحيص والغائط أو اتّحاد الجميع؛ لأنّ هذه جميعاً توجب التعييب الخاص المحكوم بالديّة، والله العالم.