بسم الله الرحمن الرحیم

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری

جلسه 102: دوشنبه ۲6/۳/۱۳۹۹

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم

بسم الله الرحمن الرحیم

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

بحث سر این بود که آیا در مورد زانیه استبراء زانیه لازم هست یا لازم نیست؟ اصل این‌که استبراء زانیه به‌طور کلی لازم هست یا لازم نیست یک بحث است. یک بحث را مرحوم سید مفروق عنه گرفتند که استبراء زانیه در جایی که آن زانیه حامله باشد آن واجب نیست. محل کلام را و محل احتیاط استحبابی را که گرفتند، در جایی دانستند که حامله نباشد.

در مورد حامله استدلالی مرحوم آقای خویی ذکر کردند که استبراء برای این هست که مشخص بشود که مشکلی در الحاق نسب پیش نیاد. زنی که حامله هست، مشخص است که حامله از زنا شده، بنابراین مشکلی پیش نمی‌آید. نسب طفل مشخص است که این طفل از زنای سابق به وجود آمده و بارداری از زنای سابق هست. بنابراین استبراء وجهی ندارد.

حاج آقا چند جا این بحث را مطرح کردند. گفتند در روایات تعبیر نشده که شما استبراء کنید که شکتان در حامله بودن یا حامله نبودن تبدیل به یقین بشود. بلکه گفتند که استبراء به جهت برائت رحم از نطفة حرام قرار داده بشود. لذا استفاده می‌کنیم اگر زن حامله بود وطی‌اش جائز نیست، شبیه‌اش هم در باب حمل هست که اگر امیر حامل را از دیگری خریداری کند تا زمانی که وضع حمل نکرده نمی‌تواند با او مباشرت کند. ارتباطی بین نطفة جدید و آن حمل پیدا می‌شود ولو نسب حمل هم مشخص باشد شارع مقدس نمی‌خواهد این شخصی که، ولو نسب حمل هم مشخص باشد شارع نمی‌خواهد مباشرتی انجام بشود. بنابراین در یکی از درس‌ها حاج آقا تعبیر می‌کنند که احتیاط این هست که مطلقا، یک تعبیر در کتاب نکاح، جلد ۷، صفحة ۲۱۴۹ تعبیر می‌کنند: «بنابراين، به نظر ما، استبراء لازم است و احوط نيز لزوم استبراء على وجه الاطلاق است چنانچه شيخ حر و فيض على وجه الاطلاق حكم به لزوم استبراء كرده‌اند.»

در جلسة بعد یک مقداری روشن‌تر بیان فرمودند. جلسة بعد این هست که: «به عقيده‌ی ما هم در زانيه استبراء مطلقاً لازم است كه استبراء غير حامل با ديدن حيض و استبراء حامل با وضع حمل است.» جلد ۷، صفحة ۱۲۵۱، این مطلب را مطرح کردند.

که از مجموع این دو تا مطلب استفاده می‌شود که مجموعاً حاج آقا فتوایشان بر این هست که استبراء حامل و غیر حامل هر دویش صحیح است.

به نظرم می‌رسد که استدلال مرحوم آقای خویی همانجور که حاج آقا بیان فرمودند درست است. این‌که بگوییم شارع مقدس فقط عدم مباشرت را برای پرهیز از اختلاط نسب لازم کرده این درست است. ولی بحثم این است که آیا اصلاً واژة استبراء را دو جهت به نظرم نمی‌شود در مورد حامل، در مورد حامل ما اطلاقی نداریم که در مورد حامل بتوانیم به آن تمسک کنیم، برای لزوم استبراء. به دو بیان، دو تقریب.

یک تقریب این هست که سه تا روایت در مسئله مطرح بود. یکی روایت اسحاق بن عمار بود، یکی روایت یحیی بن اکثم بود، یکی روایت موثقة سماعه بود. در مورد موثقة سماعة عرض کردیم موثقة سماعه این‌که بتوانیم از حکم جاریه، حکم حره را نتیجه بگیریم، گفتیم اشکال هست و بحث‌های در جلسات در مورد این‌که موثقة سماعة را در این بحث نباید بیاوریم گذشت.

روایت اسحاق بن عمار این هست: «إِذَا هُوَ اجْتَنَبَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِاسْتِبْرَاءِ رَحِمِهَا مِنْ مَاءِ الْفُجُورِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا»

در مورد یحیی بن اکثم هست: «يَدَعُهَا حَتَّى‏ يَسْتَبْرِئَهَا مِنْ نُطْفَتِهِ وَ نُطْفَةِ غَيْرِه‏»

موثقة سماعة این هست: «لَا يَحْرُمُ ذَلِكَ عَلَى أَبِيهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْتِيَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا لِلْوَلَدِ»

بحث این هست که روایت موثقة سماعه را قبلاً عرض کردیم که نمی‌شود به این استدلال کرد، به دلیل اشکالی که در جلسات قبل ذکر کردیم. سؤال یحیی بن اکثم هم ضعف سندی داشت، آن را هم کنار می‌گذاریم. می‌ماند فقط اسحاق بن جریر. اسحاق بن جریر این هست: «حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِاسْتِبْرَاءِ رَحِمِهَا مِنْ مَاءِ الْفُجُورِ» مفروض این هست که ماء فجور وجود دارد. اطلاق این روایت نسبت به موردی که این ماء فجور به بچه تبدیل شده، خیلی مشکل هست. ممکن است اصلاً بگوییم ماء فجور تا وقتی هست که ماء باشد. اما اگر این ماء منعقد می‌شود، تبدیل می‌شود به بچه، آن دیگر ماء فجور نیست. بنابراین ما روایتی نداریم که در مورد حامله بتوانیم به آن تمسک بکنیم. و ممکن است اصلاً آن زمانی که ماء فجور هست، اگر مباشرتی انجام بشود، آن مباشرت تأثیرش در آن فرزندی که به دنیا می‌آید عمیق‌تر باشد از تأثیری که در مورد زن حامله ایجاد می‌شود. البته بگویم در روایت‌هایی که در مورد امه هست، روایت‌های زیادی هست که می‌گوید شما امة حامله را که از غیر مالک فعلی باردار شده، مباشرت کردن جائز نیست. اگر هم مباشرت کند باید بفروشدش چون تغذیه می‌کند آن بچه از آن، آن مباشرتی که مرد در این بچه می‌کند اثرگذار هست. عیب ندارد، وقتی بعد از حامله شدن هم تأثیرگذار باشد. ولی این احتمال را می‌دهیم که قبل از حامله شدن تأثیر بیشتری داشته باشد. چه بسا ممزوج بشود با آن چیز قبلی و یک مقداری، ولو این‌که مشخص هم باشد که نطفه مال کدام هست، ولی این‌که تأثیر مباشرت در بچه‌ای که هست ممکن است بیشتر باشد، الغای خصوصیت از لزوم استبراء قبل از حامله شدن نسبت به لزوم استبراء بعد از حامله شدن نمی‌شود القای خصوصیت کرد. این یک تقریب.

تقریب دوم این هست که ما اصلاً هر سه روایت را در نظر می‌گیریم. در آن کلمة استبراء به کار رفته. آیا اصلاً استبراء حامله به وضع حمل در روایتی سابقه دارد؟ یک مواردی که در آن امة مشتراء را مراجعه کردم، این امة مشترا را تعبیر کرده باشد که استبراء بکند، آن هیچ روایتی پیدا نکردم. بلکه بعضی روایت‌ها هست اینها را می‌خوانم ملاحظه بفرمایید.

روایت وسائل، جلد ۲۱، صفحة‌ ۹۳، روایت ۲۶۶۱۲ هست. روایت «مِسْمَعٍ كِرْدِينٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام‏ عَشْرٌ لَا يَحِلُّ نِكَاحُهُنَّ وَ لَا غِشْيَانُهُنَّ أَمَتُكَ أُمُّهَا أَمَتُكَ إِلَى أَنْ قَالَ وَ أَمَتُكَ وَ قَدْ وُطِئَتْ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ وَ أَمَتُكَ وَ هِيَ حُبْلَى مِنْ غَيْرِكَ»

مباشرت کردن با امه‌ای که موطوئه باشد این «حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ» لازم است. امه‌ای که حبلی هم باشد مباشرت با او جائز نیست.

«حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ» آنجا تعبیر کرده اینجا هیچ کلمه‌ای استبراء ندارد. این یک بابی هست، «بَابُ حُكْمِ مَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا». در اینها تعبیر می‌کند «فِي الْوَلِيدَةِ يَشْتَرِيهَا الرَّجُلُ وَ هِيَ حُبْلَى قَالَ لَا يَقْرَبْهَا حَتَّى تَضَعَ وَلَدَهَا». روایت‌های زیادی دارد که حالا اینها حرام است یا مکروه است، آنها را کار ندارم. یا لا ینبغی للرجل ان یرکع امرأة و هی حامل و ؟؟؟ توان حملها تضع.

«عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ وَ هِيَ حُبْلَى أَ يَطَؤُهَا قَالَ لَا يَقْرَبْهَا.»

این تعبیراتی که من نگاه کردم، روایت‌هایی که در مورد امة حامل هست، هیچکدامشان تعبیر استبراء نشده. وضع حمل را به عنوان استبراء تعبیر نشده. بنابراین به نظر می‌رسد که در مورد زن حامله تعبیر استبراء نشده. هر سه روایتی که اینجا داشتیم، تعبیر استبراء در آن وجود دارد. انگیزة استبراء هر چی باشد، استبراء در مورد زن حامله، این‌که به وضع حملها، این تعبیر را من اجالتاً پیدا نکردم. حالا رفقا مراجعه کنند، ببینند آیا در جایی در مورد وضع حمل تعبیر شده است که یستبراء رحمهما به وضع الحمل، امثال اینها. به نظر می‌رسد که مراجعه کنید اگر روایت دیگری بود آن تقریب دوم ما ناتمام خواهد بود. به نظر می‌رسد که اجالتاً در مورد حامله ما دلیلی نداریم برای این‌که استبراء لازم باشد.

اما در مورد غیر حامله، آیا استبراء لازم هست یا استبراء لازم نیست. نکته‌ای را می‌خواهم عرض کنم، آن این است که، بحث این‌که زانیه آیا عده لازم هست، عده لازم نیست، استبراء لازم هست، استبراء لازم نیست این بحثی هست که در میان عامه مطرح بوده و در کتاب‌های مختلفشان مطرح هست. در کتاب خلاف آدرس در ذیلش این آدرس‌ها را دارد.

عبارتی در خلاف مرحوم شیخ دارد، مسئلة ۷۲، جلد ۴، صفحة ۳۰۱.

«مسألة 72: لا عدة على الزانية،

و يجوز لها أن تتزوج سواء كانت حاملا أو حائلا، غير أنه لا ينبغي أن يطأها حتى تضع ما في بطنها، يستبرئها بحيضة استحبابا. و به قال أبو حنيفة، و محمد، و الشافعي.

و قال ربيعة، و مالك و الثوري، و أحمد، و إسحاق: عليها العدة حاملا كانت أو حائلا.

و قال ابن شبرمة، و أبو يوسف، و زفر: إن كانت حاملا فعليها العدة، و إن كانت حائلا فلا عدة عليها.»

نکتة جالبی که اینجا مرحوم شیخ نقل می‌کند بر خلاف آن مطلبی که مرحوم سید دارد که استبراء در غیر حامل را مورد بحث قرار داده، ابن شبرمه، ابو یوسف و زفر، در مورد حامل عده را ثابت دانستند. در مورد حائل عده را ثابت ندانستند. حالا مراد از عده همان وضع حملش احتمالاً مرادشان این هست که وضع حمل باید بشود. این بر خلاف مطلب این آقایان که مسئلة حامل را مفروق عنه گرفتند اینجور نیست.

در مغنی ابن قدامه، جلد ۹، صفحة ۸۰، عبارتی را دارد، می‌گوید: «وَالْمَزْنِيُّ بِهَا، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ فِي الْعِدَّةِ. وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ، وَالنَّخَعِيُّ. وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ ذَكَرهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى. وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، وَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا. وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لِحِفْظِ النَّسَبِ، وَلَا يَلْحَقُهُ نَسَبٌ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.»

این مسئله به هر حال یک مسئله‌ای بوده که به‌طور جدی مطرح بوده. به نظر می‌رسد که اگر قرار بود لزوم عده، عده امر لازمی با، حتی اگر استبراء لازم باشد، با توجه به این همه اختلافات جدی که در مسئله وجود دارد، به خصوص از ثوری، ابی‌بکر، عمر، حضرت علی، اینها نقل شده که عده ندارد. یک اختلاف، می‌بینید که چه اختلاف جدی در مسئله هست. حالا در خلاف به یک شکل اختلافات را نقل کرده، در مغنی ابن قدامه. حالا کتاب‌های دیگر را مراجعه نکردم. ولی گونه‌های مختلفی که بحث را نقل کردند، چیزهای مختلف نقل شده. به نظرم می‌رسد که اگر قرار بود عده لازم باشد یا حتی استبراء رحم لازم باشد نباید تنها اکتفاء کنند به همین یک روایت. این یک تقریب.

تقریب دوم این‌که این یستبراءها بحیضةٍ استحباباً که ایشان می‌گوید، می‌گوید ابو حنیفه و محمد و شافعی اینها قائل به استحباب استبراء بحیضةٍ شدند.

بگوییم که چون، ظاهر این تعبیر هست و تعبیرهایی که شیخ نقل کرده این هست که ربیعه و مالک و ثوری و احمد بن اسحاق عده را لازم می‌دانند نه استبراء رحم. ولی آنجایی که استبراء رحم را، آن‌که مطرح کرده استبراء رحم را.

ابوحنیفه یستبراء بحیضةٍ استحبابا را مطرح کرده. به خصوص با توجه به این‌که اسحاق بن جریر کوفی هست. راوی کوفی هست و ابوحنیفه هم عراقی هست و امثال اینها. مرحوم شیخ طوسی دررجال تصریح می‌کند که اسحاق بن جریر بن یزید بن جریر بن عبد الله البجلی الکوفی. آن را با تعبیر کوفی تعبیر می‌کند. در مورد برادرش خالد بن جریر هم تعبیر می‌کند کوفیٌ.

به نظر می‌رسد که به خصوص اسحاق بن جریر که کوفی هست و در کوفه فتوای ابوحنیفه هم مطرح بوده که فتوای اهل عراق است، یستبراءها بحیضةٍ اینجا استحباب فهمیده می‌شود نه وجوب. اگر قرار بود وجوب باشد، نباید به این تعبیر اکتفا بشود، باید با عبارت روشن‌تری این تعبیر را تعبیر کنند. این هم یک تقریب دوم.

تقریب سومی که اینجا ممکن است بگوییم، آن این است که مرحوم سید استدلال کردند در بعضی مواضع به روایت‌های متعددی که در جواز تزویج زانیه هست. از آنها استفاده می‌شود که با زانیه تزویج جایز است. در هیچ یک از آنها این استبراء رحم نیامده. ما بگوییم که از آنها اطلاقش استفاده می‌شود که استبراء رحم لازم نیست. اینجا یک ان قلتی ممکن است مطرح بشود که آن روایات در مقام بیان این هست که ذاتاً تزویج با زانیه جائز هست یا جائز نیست. آن در مقام اصل تجویز. حالا که جائز هست، استبراء رحم باید بشود یا نباید بشود آن را در مقام بیان این مطالب نیست. ممکن است کسی اینجوری بگوید. ولی به نظرم می‌رسد با توجه به بحث جدی که در این‌که در مورد زانیه آیا استبراء رحمش واجب هست یا واجب نیست، عده واجب هست، واجب نیست در میان عامه وجود داشته باشد. اگر قرار بود استبراء رحم واجب باشد، باید در آن روایات به این مطلب اشاره می‌شد. علی القاعده باید اشاره می‌شد. یک مقایسه‌ای بکنید در وطی به شبهه. هم در بحث وطی به شبهه، هم در بحث عدة مزنی بها اختلاف در میان عامه هست. آن عبارت مغنی ابن قدامه در وطی به شبهه خواندم که آنها یک عده‌شان قائل به عده هستند، یک عده‌شان قائل به عده نیستند. و خب این اختلاف اقوال هست که در وطی به شبهه عده هست یا عده نیست.

در مسئلة وطی به شبهه شما ببینید روایت‌ها چقدر ما روایت داریم در این‌که در وطی به شبهه عده باید نگه داشته بشود. ما روایت‌هایش را خواندیم، شاید ۱۰-۱۵ تا روایت، تمام چیزهایی که اینجا هست، البته بعضی روایاتی هم هست که در مورد وطی به شبهه این را نگفته چون ناظر به جهت دیگر بوده. ولی شما مجموع روایاتی که در بحث وطی به شبهه اگر مطرح هست، فرض کنید اگر ۳۰ تا روایت باشد، حالا آمار دقیق ندارم، ولی فرض کنید اقلاً نصف آنها به این موضوع این‌که عده باید نگه دارد در وطی به شبهه اشاره شده. کسی که شوهرش مفقود شده بعد رفته ازدواج کرده، و بعد شوهرش پیدا شده، یا خبر فوت شوهرش، خبر طلاق شوهرش را به او دادند. این ازدواج کرده، بعد معلوم شده نه شوهر طلاق نداده و این‌که می‌گوید. روایت‌هایی که هست در بسیاری از این روایت‌هایش به این مسئله‌ای که باید عده نگه دارد برای این وطی به شبهه اشاره شده. چطور در آنجاها این همه روایات هست، این همه روایت در مورد لزوم عده در وطی به شبهه هست، ولی در مورد زانی فقط تنها به همین یک روایت اکتفا شده باشد، خیلی مستبعد هست که فقط به این روایت. روایت‌های دیگرش هیچ اشاره‌ای به این مطلب نشده. حالا آن روایت یحیی بن اکثم، آنها که ضعف سند دارد و روایت موثقة سماعه هم که در مورد جاریه است. بگوییم به اینها اکتفا کرده خیلی مستبعد هست. این‌که به نظر می‌رسد که مجموعة اینها را اگر در نظر بگیریم. به خصوص با توجه به این‌که عامه از حضرت علی نقل می‌کردند که عده لازم نیست، استبراء هم لازم نیست. در جایی که این فتوا به عنوان فتوایی که از حضرت علی نقل کردند اگر به‌طور متعارف خیلی افراد چه بسا روایت اسحاق بن جریر در اختیارشان نباشد و مراجعه می‌کردند به همین روایتی که عن علیٍ نقل ما هست که اگر از ما روایتی را شما نرسید مراجعه کنید به روایتی که عن علی سنی‌ها نقل کردند. این است که چه بسا افرادی که روایت اسحاق بن جریر به آنها نرسیده را مراجعه می‌کردند که ما رووه عن علی. این است به نظر می‌رسد روایت‌های متعدد و قابل توجهی وارد نشده، اینها همه قرینه است بر این‌که روایت‌های اسحاق بن جریر را ما حمل به استحباب کنیم. مجموعاً به نظر می‌رسد استبراء در زانیه مستحب باشد، نه واجب.

این چکیدة بحث‌هایی هست که به نظر می‌رسد.

اینجا یک نکته‌ای را ضمیمه بکنم. خیلی‌ها در مورد این‌که ماء زانی اصلاً حرمت ندارد، احترام ندارد، عده را به ملاحظة احترام ماء زانی دانسته‌اند. مثلاً به الولد للفراش و للعاهر الحجر، امثال اینها تمسک کردند که حرمتی برای ماء زانی نیست. این استدلال به نظر تام نمی‌آید حالا حاج آقا بحث‌های مفصلی در این مورد کردند و من وارد بحث‌های حاج آقا نمی‌خواهم بشوم. این استدلال را قبول نکردم. ولی من از زاویة دید دیگری می‌خواهم بحث را مطرح کنم. اوّلاً الولد للفراش و للعاهر الحجر، این‌که آن ماء احترام ندارد، یعنی در این چیزها نیست. در الحاق نسب نقش ندارد. ولی آیا حتماً این به جهت الحاق نسب هست، اوّل الکلام هست. حاج آقا این بحث را مفصل دارند که این لزوم استبراء رحم ممکن است به جهت بحث روشن شدن نسب و حفظاً للنسب عن الاختلاط نباشد، جهت‌های دیگری داشته باشد. بنابراین به این جهت. این‌که لا حرمة لماء الزانی عنوان خودش یک قاعده‌ای وجود داشته باشد، روایتی در این مورد وارد شده باشد، ما بر این مطلبی نداریم. بنابراین ما استدلالمان به الولد للفراش و للعاهر الحجر نیست. استدلال ما بر این هست که ما دلیلی بر لزوم عده در مورد زانیه نداریم. تنها در این روایت اسحاق بن جریر هست، آن روایت اسحاق بن جریر هم با توجه به آن قرائنی که عرض کردیم آن قرائن اقتضاء می‌کند که این روایت استبراء رحم در موردش استحبابی باشد، بنابراین مجموعاً به نظر می‌رسد که استبراء رحم مستحب باشد، آن هم، همانجوری که مرحوم سید می‌فرمایند استحبابش هم در مورد خصوص غیر حامل هست. اما در مورد حامل هم این استحباب ثابت نیست. البته ممکن است شخصی، در مورد امة مشتراء وقتی حامل هست شارع مقدس گفته که با او مباشرت نشود، از آن شمّ الفقاهة بخواهد استحباب استبراء در مورد حامل را هم تا وضع حمل شده آن را هم نتیجه بگیرد آن یک بحث دیگر است. آن دیگر استدلال بردار نیست. بنابراین به نظر می‌رسد که نتیجة بحث این است که در مورد غیر حامل استبراء رحم من ماء الفجور مستحب هست. اما در مورد حامل مستحب نیست ولی احتیاط استحبابی در مورد حامل هم هست چون بالأخره بعضی از آقایان ولو متأخرین در مورد حامل به لزوم استبراء رحم فتوا دادند، آن مناسب این هست که در مورد غیر حامل هم استبراء رحم بشود.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان