

درس خارج فقه آیت الله جوادی

96/08/07

بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع: نکاح

مشتمین مسئله از مسائل ده‌گانه‌ای که مرحوم محقق در عنوان مقصد ثالث یاد کردند این بود که اگر شوهری که وثنی است - حالا یا ملحد است یا مشرک است، به هر حال موحد نیست - بیش از چهار همسر داشت، اگر بعضی از اینها آمیزش نشده باشند و این شخص اسلام آورده باشد؛ به مجرد اسلام، آنهایی که آمیزش نشده‌اند بینونت حاصل می‌شود و آنهایی که آمیزش شدند اگر بیش از چهار نفرند تا زمان عده صبر می‌کنند، اگر اسلام آوردند که این شخص می‌تواند چهار نفر از اینها را اختیار کند، جدایی بقیه قهری است و نیازی به طلاق ندارند و اگر اسلام نیاوردند که آنها کلاً منفسخ هستند. اما بحث در این است این وثنی که اسلام آورد و این همسرهایی که آمیزش شده‌اند و این همسرها بیش از چهار نفرند و این همسرهایی که بیش از چهار نفرند و آمیزش شده‌اند در زمان عده اسلام آورده‌اند و حق اختیار هم به عهده زوج است، اگر مرد بمیرد حکم چیست؟ و اگر این زن‌ها بعضاً یا کلاً بمیرند حکم چیست؟ و اگر هر دو مُردند حکم چیست؟

اگر مرد بمیرد، این حق اختیار به ورثه منتقل نمی‌شود؛ نظیر «خيار مجلس» و «خيار غبن» و «خيار حيوان» و مانند آن نیست؛ زیرا در این‌گونه موارد شخص مقوم حق است نه مورد حق. آن حقی که شخص مستحق است و مورد حق است، جزء «ما ترک» است، و وقتی این مورد رخت بر بست و مُرد، حق هم‌چنان باقی است و جزء «ما ترک» میت است و به ورثه می‌رسد؛ اما حقی که مقوم به این مستحق است و این مستحق مقوم این حق است؛ مثل «حق المضاجعه» و «حق المقاسمه»، این به ورثه ارث نمی‌رسد، این جزء «ما ترک» نیست. حق اختیار همسر از همسرهای بیش از چهارگانه، این مقوم به این شوهر است و این شوهر مقوم این حق است؛ با مرگ این شوهر این حق رخت بر می‌بندد، نه اینکه این حق باشد و جزء «ما ترک» او باشد تا ورثه ارث ببرند. پس اگر مرد بمیرد حق به ورثه نمی‌رسد و اگر زن‌ها بمیرند سخن از «حق المضاجعه» و «حق المقاسمه» و اینها نیست، سخن از «حق الإرث» است؛ ارثی که به این زن‌ها می‌رسد الآن به ورثه می‌رسد. این بزرگان فرض را جایی گرفتند که زن‌ها بمیرند، حالا اگر زن‌ها نمردند همین محذور هست؛ آنجا که مرد مُرد و این زن‌ها در زمان عده اسلام آوردند و بیش از چهار نفر هستند، سهم ارث دارند، شما این مشکل را حل کنید و بعد به مرگ اینها برسید! اگر مشکل را درباره خود این زن‌ها حل کردید به ورثه اینها هم می‌رسد. حالا اگر «لو مات الزوج و بقیه الأزواج»؛ این زن‌ها بیش از چهار نفرند، وثنی بودند، در زمان عده مسلمان شدند و معلوم نیست که این چهار نفری که این مرد می‌تواند اختیار کند کدام هستند؟! همه آن حرف‌ها اینجا جاری است، لازم نیست آنها بمیرند. این ثمن یا رُبعی که به زن می‌رسد و بین آن چهار نفری که باید توزیع شود، کدام چهار نفرند؟ پس فرض را لازم نیست جایی بگیریم که مرد بمیرد زن بمیرد،

ورثه زن اختلاف داشته باشند و مانند آن، خود زن‌ها هم اختلاف دارند. اگر درباره خود زن‌ها حل شود، درباره ورثه آنها هم حل می‌شود. پرسش: ...؟ پاسخ: نه، وقتی مقوم بود مثل «حق المضاجعه» ی زن؛ زن مادامی که زنده است «حق المضاجعه» دارد، «حق المقاسمه» دارد و وقتی که مُرد به کسی ارث نمی‌رسد. پرسش: ...؟ پاسخ: فرق آن این است که مقوم آن است؛ نظیر «حق التولیه» ای که جلسه قبل مثال زده شد. اگر واقف یک مدرسه‌ای را وقف کرد و تولیت آن را به شخص معین داد و نگفت نسلأ بعد نسل، به شخص معین داد، براساس علم و تقوا و مدیریت که او دارد. این «حق التولیه» مقوم به این شخص است، وقتی مُرد دیگر به ورثه‌ی او نمی‌رسد. اگر مشکوک باشد که آیا این مقوم است یا مورد، آن وقت ممکن است به اطلاقات تمسک کرد؛ اما مشخص کرد گفت او «و لا غیر»؛ یعنی قوام این تولیت به اوست. بنابراین در جایی که نظیر «حق المضاجعه»، «حق المقاسمه»، «حق التولیه»، «حق الإمامه»؛ امامت یک مسجدی را، تعیین امام راتب را آن واقف گفت این شخص است «و لا غیر»، حالا بعد از مرگ او که ورثه او ارث نمی‌برند. آنجایی که شخص مقوم حق است چیزی را ترک نکرد تا بگوییم «ما ترک» است و به ورثه او می‌رسد، به همراه خود رخت بربست. بنابراین سعی و کوشش این بزرگواران که حتماً مرد بمیرد، زن بمیرد و بین ورثه‌ی اینها تنازع شود آیا قرعه است یا مصالح است یا حکم حاکم، آنجا لازم نیست. اگر خود مرد بمیرد و این زن‌هایی که بیش از چهار نفرند و آمیزش شده‌اند و در زمان عدّه اسلام آورده‌اند و قبل از اختیار مرد آن مرد مُرده است، الآن در ارث شک دارند؛ اگر فرزندی در کار باشد که اینها یک هشتم می‌برند، نباشد یک چهارم می‌برند، این یک چهارم بین این چهار نفر باید تقسیم شود، این چهار نفر هم که مشخص نیست. براساس این تراحم حقوقی حکم چیست؟

پس آنجا که زن بمیرد، مرد حق اختیار دارد: زیرا اختیار نه عقد مستأنف است، نه تعیین زوجیت سابق است، نه مثبت زوجیت است و نه کاشف از زوجیت سابق است، هیچ نیست، فقط تعیین زوجیت است؛ یعنی با انتخاب او این شخص می‌شود زوجه او. پرسش: اجازه بنا بر قول به نقل؟ پاسخ: اجازه‌ای در کار نیست چون عقد فضولی نیست؛ این یک تعبد ویژه‌ای است که شارع فرمود اگر کسی مسلمان نبود و همسران غیر مسلمان داشت و بیش از چهار نفر بودند و خودش اسلام آورد و آنها هم در زمان عدّه اسلام آوردند، بیش از چهار نفر را نمی‌تواند داشته باشد؛ چون آن نکاح را قبلاً شارع امضا کرد، الآن تفرقه دلیل می‌خواهد نه نکاح. پس اختیار نه مثبت زوجیت است، نه کاشف زوجیت مجهول است، بلکه تعیین «ذات الحق» است؛ منتها مرحوم صاحب جوهر [1] آن قدر شفاف سخن نگفت، اما پسر بزرگ کاشف الغطاء شفاف‌تر و روشن‌تر و عمیق‌تر مثل پدرش حرف زد - اینها معاصر هم بودند - این تحقیق از مرحوم آقا شیخ حسن، پسر بزرگ مرحوم آقا شیخ جعفر است که نه مثبت زوجیت است و نه کاشف زوجیت است، بلکه تعیین «ذات العقد» است که عبارت مرحوم محقق و خود صاحب جوهر و اینها درمی‌آید.

این مرد این حق را قبلاً هم داشت الآن هم دارد: اگر شک کردیم جا برای استصحاب است، برای اینکه نه شرطی از بین رفت، نه مانعی پدید آمد و اثر شرعی هم دارد. گاهی «قضیتین» - متیقن و مشکوک - یکی‌اند، شرطی از بین نرفت مانعی هم پدید نیامد، ولی اثر شرعی ندارد، و چون استصحاب تعبد است، بدون اثر شرعی جاری نیست. الآن کسی نمی‌داند به اینکه این دست‌فروشی‌گذر بساط را جمع کرد یا جمع نکرد؟! یقین سابق دارد، شک لاحق دارد، نه شرطی فوت شد و نه مانعی پدید آمد، اما اثر شرعی ندارد که استصحاب کند؛ نمی‌داند که این دست‌فروش یا فلان شخص مغازه‌اش را باز کرد یا باز نکرد؟! استصحاب کند که چه؟! استصحاب تعبد است تعبد که لغو نیست باید یک اثر شرعی

داشته باشد، اینجا اثر شرعی اش همان زوجیت است. پس اگر زن ها بمیرند، این مرد می تواند بقیه را اختیار کند، استصحاب جاری است؛ چون اثر شرعی دارد و «قضیتین» هم یکی اند؛ اما اگر مرد بمیرد جا برای استصحاب نیست، و حق زائل می شود.

حالا اگر مرد مُرد و زن ها مانده اند، همه آن حرف هایی که مرحوم محقق در صورت مرگ زن ها گفت جاری است، اینجا چه کسی ارث می برد؟! این چهار نفر که تعیین نشدند، حالا این مرد پنج تا یا شش تا همسر داشت در زمان جاهلیتش، همه هم اسلام آوردند، او حق اختیار چهارتا را داشت، الان کدام یکی از این چهارتا ارث می برند؟! آیا علم اجمالی در این گونه موارد هم هست؟ علم اجمالی برای شخص واحد است؛ مثلاً شخص نمی داند که فلان کار بر او واجب است یا فلان کار بر او واجب است؟ فلان مال را باید بدهد یا فلان مال را باید بدهد؟ باید جمع کند؛ اما اگر علم اجمالی هست که یا خود این شخص باید این کار را کند یا دیگری؛ اینجا هم اگر اطلاعات ادله اجمالی که این بزرگان گفتند شامل می شود، این زن ها در مسئله عدّه باید نکه دارند براساس علم اجمالی اینها که بیش از پنج تا همسرند، هر پنج تا باید عدّه نکه دارند. در جریان تراحم حقوقی علم اجمالی خودش مشکل آفرین است، نه مشکل را حل کند. در مسئله عدّه مشکل را حل می کند؛ یعنی این چهارتا زن با آن یکی پنج تا، همه آنها احتمال می دهند که مورد انتخاب او بودند و همسر او بودند، باید عدّه ی وفات نکه دارند، اینجا مشکل را حل می کند؛ اما در این مسئله ای که چه کسی ارث می برد این علم اجمالی خودش مشکل را آورده است، این تراحم حقوقی را علم اجمالی مشکل آورده است، راه حل آن چیست؟ این راه حل را که مرحوم محقق یک مقدارش را ایشان ذکر کردند، یک مقدار را صاحب جواهر و یک مقدار را محقق کرکی ذکر کرد و مرحوم شهید ثانی پذیرفته است، [2] این سه وجه بود: یا با قرعه حل کنند، یا با مصالح حل کنند یا با تعیین حاکم و حکم حکومتی حاکم.

مستحضرید که مسئله مصالح جزء راه حلی نیست که فقه گفته باشد؛ برای اینکه آنها موضوع را از بین می برند، همه شان صرف نظر کردند یا خودشان مصالح کردند، دعوایی نیست تا از فقیه سؤال کنند که حکم چیست. آن مسئله ایقاف و مصالح را نباید در قبال قرعه حل کرد. قرعه یک حکم فقهی است برای حل مشکل؛ اما اگر مشکل به دست خود آنها حل شد، یکی عفو کرد، یکی صلح کرد، یکی گفت من نمی خواهم اصلاً، دعوا در کار نیست؛ لذا همین مرحوم آقا شیخ حسن پسر بزرگ مرحوم کاشف الغطاء (رضوان الله علیهم أجمعین) او می گوید شما که این را آوردید این تا چه وقت منتظر باشیم که اینها صلح می کنند یا صلح نمی کنند؟! تا چه وقت ما منتظر باشیم اینها دعوا را ختم می کنند یا نمی کنند؟! شما یک حکم فقهی صادر کن! اگر صلح کردند، بله این را همه بلد هستند؛ نه حرف علمی است، نه مشکل را حل می کند. کدام مسئله دانی است که نداند اگر اینها صلح کردند مشکل حل می شود؟! شما این را جزء مسائل علمی آوردید؟! راه حل نشان دادید؟! «ایقاف للمصالح»! بله معلوم می شود هر جا که دعوا با مصالح طرفین حل شود، مشکلی در کار نیست؛ اما ما تا چه وقت صبر کنیم که اینها صلح می کنند یا صلح نمی کنند؟! شما حکم فقهی خود را بگویید. حکم فقهی قرعه است. [3]

این نقد را که صاحب جواهر توجه کرد و پاسخ داد، بهترین روش و علمی ترین روش را خود مرحوم آقا شیخ حسن داشت. این دو نظر هست که آیا قرعه برای کشف «ما هو الواقع» است؟ نظیر درهم و دَعی [4] که در بحث قبل گفته شد؛ این درهم و دَعی که دو نفر هر کدام یک درهمی را پیش این امین به ودیعت گذاشتند و به سفر رفتند و آن امین براساس «ما علی الفحسین

^{مِنْ سَبِيلٍ} [5] خیانت نکرد، تفریط نکرد، ولی سرقت شد و یک درهم مانده، ولی معلوم است که این درهم واقعاً برای کیست، واقع دارد، اینجا قرعه برای کشف «ما هو الواقع» است؛ اما در این گونه از موارد که واقع ایی ندارد، تا ما بگوییم کشف کنیم. پرسش: قرعه برای رفع حیرت نیست؟ پاسخ: بله، قرعه برای رفع حیرت است؛ اما در جایی رفع حیرت است که واقع داشته باشد نظیر درهم ودعی؛ آن وقت ما درباره مسئله مورد خودمان و موارد دیگر چکار کنیم؟

فرمایش مرحوم آقا شیخ حسن این است که اگر ما در لسان دلیل قرعه این عنوان اخذ شده باشد که «القرعة لكل امر مشتبہ»؛ یعنی یک چیزی که واقع ایی دارد و برای ما مشتبہ است، ما برای رفع این شبهه و کشف «ما هو الواقع» قرعه می زنیم؛ اگر چنین دلیلی می داشتیم اشکال وارد بود، جواب صاحب جوهر وارد نبود. خود مرحوم آقا سید محمد کاظم (رضوان الله علیه) در تعلیقاتشان بر کتاب شریف مکاسب، نظرشان بر عمومیت قرعه است «للموردین»، چه واقع داشته باشد و چه نداشته باشد. فتوای ایشان در عروه و امثال عروه این است که قرعه برای حل مشکل است چه واقع داشته باشد و چه نداشته باشد.

راه حلی که مرحوم آقا شیخ حسن (رضوان الله علیه) دارند این است که اگر در لسان دلیل قرعه این بود «القرعة لكل امر مشتبہ»؛ یعنی هر جا یک واقعیتی دارد و ما در تعیین این شک و شبهه داریم، بله این گونه از موارد را شامل نمی شود؛ اما در لسان ادله که این نیست، لسان ادله این است که قرعه «لکل مجهول»؛ [6] چیزی که نمی دانیم! کلمه «مشکل» هم ظاهراً آن طوری که ما فحص کردیم در روایات قرعه نیست که «القرعة لكل امر مشكل» این حرف فقها (رضوان الله علیهم) است نه حرف نص؛ اگر «مشکل» هم بود مشکلی ایجاد نمی کرد، [7] چون «مشکل» غیر از «مشتبه» است؛ یعنی هر جا که شما به دشواری و به صعوبت رسیدید؛ چه واقع ایی داشته باشد و شما ندانید؛ نظیر درهم ودعی، چه آنجا که واقع نداشته باشد؛ مثل اینکه می خواهند یک نفر را به عنوان رئیس هیأت امنا انتخاب کنند یا رئیس یک مؤسسه ایی انتخاب کنند، واقع ایی که ندارد.

در لسان ادله قرعه تنها عنوانی که اخذ شده است، مجهول است «كُلُّ مَجْهُولٍ فَبَيْنَهُ الْفُرْعَةُ»؛ آن ده - دوازده روایت دیگر اصلاً عنوان ندارد، می گوید ما این کار را کردیم چنین حادثه ای پیش آمده است، فرمود قرعه بزنید؛ عنوان نداد که آیا قرعه برای «مشتبه» است، برای «مشکل» است، برای «مجهول» است! فرمود هیچ قومی قرعه نزد مگر اینکه خدا کمک کرد و او به واقع مثلاً رسید؛ البته واقع «عند الله» که حساب روشنی دارد. یک سیری باید درباره ادله قرعه شود. راهی که مرحوم صاحب جوهر و همچنین مرحوم آقا سید محمد کاظم (رضوان الله علیهما) طی کردند راه، راه درستی است؛ منتها یک تقریر فنی می خواهد که چرا دلیل قرعه اعم از آن است که واقع داشته باشد مثل درهم ودعی و نداشته باشد مثل این گونه از موارد: اختیار أربع. اگر این مسئله قرعه حل شد، در زمان حیات خود این زن ها هم قرعه هست، نیازی به مرگ زن ها و نزاع ورثه زن ها و تراحم حقوقی و که این تراحم حقوقی به ورثه می رسد و اینها نیست. اگر مرد مُرد و این زن ها که در زمان عدّه اسلام آورده بودند، بیش از چهار نفر بودند و هنوز آن چهار نفر اختیار نشده، اینجا اگر این مرد مُرد تکلیف چیست؟ این تراحم حقوقی است، مسئله ارث است، اگر فرزند داشته باشند که یک هشتم می برند، نداشته باشند یک چهارم که این یک چهارم باید بین اینها تقسیم شود. پرسش: ...؟ پاسخ: نه، ارث برای آن زوجیت مختاره است؛ اصل زوجیت که ثابت است، چون روشن شد که این تعیین نه مثبت

زوجیت است و نه کاشف زوجیت است، بلکه تعیین «ذات العقد» است، سومی یعنی سومی! اینها در زوجیت اختلاف ندارند، همه‌شان زوجه هستند. مادامی که اختیار نشده، همه «علی السوا» هستند، باید چهارتا را انتخاب کند و بقیه رها هستند، او هم اختیار نکرد و مُرد؛ قرعه این مشکل را حل می‌کند.

تصالح حقوقی حرف علمی نیست! روشن است که البته هر جا طرفین مشکلشان را حل کردند جا برای قرعه نیست و دعوا ختم است، این حرف علمی نیست که یکی از اقوال و وجوه در برابر آن قرار بگیرد «الوجه الاول القرعه، الوجه الثاني التصالح»! وقتی تصالح کردند موضوع منتفی است. آن وقت ما تا چه وقت منتظر باشیم ببینیم اینها صلح می‌کنند یا نه؟! فقیه حرفی باید بزند که مشکل را حل کند.

عمده مسئله سوم است. مسئله سومی که مرحوم صاحب جوهر بیان کردند، این هم پایه علمی ندارد؛ مگر آدم حکم قضای قاضی را می‌آورد در مسئله فقهی؟! در مسئله فقهی اول باید حوزه فقه روشن شود که «الحکم ما هو»؟ بعد وقتی قاضی در مسند قضا نشست آن «ما هو الثابت» را در اینجا اجرا کند. شما بگویید وجه ثالث این است که حاکم بین قرعه و بین تصالح - مگر تصالح دست اوست؟! - مخیر و مختار است؛ یعنی آنها را مجبور کند به صلح؟! صلح اجباری باشد؟! این چه حرفی است می‌زنید؟! وجه سوم پایه علمی ندارد، از صاحب جوهر بعید است! دیگری گفتند البته ایشان هم فرمودند. اول باید روشن شود که «الحکم ما هو»؟ اگر دوتا حکم واقعاً در عرض هم بود، ممکن است در کتاب «قضا» فتوا بدهید برای فصل خصومت قاضی مصلحت اندیشی می‌کند، موقع ببینی می‌کند، موضع ببینی می‌کند، جهت خارج و داخل را بررسی می‌کند، یکی را انتخاب می‌کند و می‌گوید این باید باشد؛ بله این درست است. اما دومی که حکم فقهی نیست، هر جا تصالح کردند موضوع منتفی است. آنکه علمی است این است آیا قرعه که مسئله چهار نفر را حل کرد، عدّه را هم حل می‌کند یا نه؟

بیان آن این است: این زن‌ها فرض در این است که آمیزش شده‌اند؛ چون اگر آمیزش نشده باشند به مجرد اسلام مرد، به تعبیر صاحب جوهر «بِنِّ منه»، آنها چون آمیزش نشدند همین که مرد مسلمان شد آنها بینونت حاصل می‌کنند، هیچ! اما فرض در این است که این بیش از چهار همسر همه آنها آمیزش شده‌اند، مرد اسلام آورد در زمان عدّه این بیش از چهار نفر هم اسلام آوردند، اختیار چهار نفر به عهده خود اوست و قبل از اختیار مُرد. آنکه مرحوم محقق عنوان کرد این است که زن‌ها هم بمیرند و ورثه اختلاف داشته باشند؛ نیازی به مرگ این زن‌ها نیست، در زمان حیات این زن‌ها هم همین اختلاف در ارث هست که چه کسی ارث می‌برد؟ اینجا اگر ما گفتیم قرعه حل می‌کند چه اینکه قرعه این توان را دارد، آیا قرعه نظیر امارات قوی است که همه آثار را بار بکند حتی عدّه را؟ چون به هر حال اینها باید عدّه نگه دارند. آن که زن این شخص است باید عدّه نگه بدارد. عدّه‌ی وفات حساب دیگر است، اگر باردار است «أبعد الأجلین» است، عدّه‌ی وفات است، عدّه‌ی حمل است. آیا قرعه این قدرت را دارد که هم تراحم حقوقی و مشکل مال را حل کند و هم عدّه را تعیین کند که این قرعه‌ایی که به نام این چهار نفر افتاد و این چهار نفر همسر او شناخته شدند و ارث می‌برند، اینها فقط باید عدّه نگه دارند بقیه هیچ؟ یا از قرعه این بر

نمی‌آید؟ قرعه آن امارت را ندارد که جمیع آثار و لوازم را بار کند، عدّه حکم خاص خودش را دارد. یک اصل شبیه اصل محرز نظیر استصحاب است، اماره نیست که جمیع احکام بر آن بار باشد. «لکل امر مجهول» که شما واقع را حل کنید، نه اینکه آن واقعیت را ثابت کند؛ واقع را در حیطه‌ای که مشکل شما حل شود حل می‌کند، کشف از

واقع که نمی‌کند. این تحلیل اولی برای این بود که از قرعه کشف واقع متوقع نیست؛ چون کشف واقع متوقع نیست حکم اماره را ندارد، وقتی حکم اماره را نداشت با قرعه مسئله تزاحم حقوقی و ارث حل می‌شود، اما مسئله عده حل نمی‌شود.

این است که مرحوم محقق (رضوان الله تعالی علیه) در فرع سوم همین مسئله هشتم، مسئله عده را مطرح کرده است، آن برای همین جهت است. ملاحظه فرمودید در مسئله هشتم چندتا فرع را ایشان ذکر کردند؛ یکی: «لو ماتت إحداهن بعد إسلامهن قبل الإختیار» حکم چیست؟ دوم اینکه «و لو مات و مُتن»، هر دو بمیرند حکم چیست؟ سوم در آن مسائل بعدی دارد که «و لو مات الزوج قبلهن»، اینجا همان حرف اول را هم می‌توانید همین جا هم بگویید، آن مسئله تزاحم حقوقی و مسئله ارث را در همین جا بگویید، چرا فرض می‌گیرید که زن‌ها هم بمیرند؟! نخیر! اگر مرد مُرد و اینها ماندند، تزاحم حقوقی هست، ارث هست؛ اگر زن‌ها هم مُردند به ورثه‌ی آنها می‌رسد.

اما فرع سومی که در ذیل مسئله هشتم یاد کردند این است که «و لو مات الزوج قبلهن کان علیهنّ الإعتداد منه» چون زوجه‌ی او بودند باید عده‌ی وفات نگه بدارند، چرا؟ چون بیش از چهارتا که زوجه او نبودند، می‌گویند «لعلم الاجمالي»، این علم اجمالی همان است که در اصول ملاحظه فرمودید که این شخص می‌داند که یا لباس او آلوده بود یا لباس رفیقش، هر دو باید نمازشان را اعاده کنند. «لأنّ منهنّ من تلزمه العدة»؛ بعضی‌ها که یقیناً باید که عده نگه بدارند، چون همسر او هستند، «و لما لم يحصل الامتیاز ألزمن العدة احتیاطاً»، علم اجمالی در این‌گونه از موارد طبق اطلاق ادله آن نافذ است؛ منتها عده به «أبعد الأجلین» است، عده‌ی وفات یا عده‌ی حمل، عده‌ی طلاق یا عده‌ی حمل؛ آنها که باردار هستند «أبعد الأجلین» از عده‌ی حمل و عده‌ی وفات و آنها که باردار نیستند «أبعد الأجلین» از عده‌ی طلاق و عده‌ی وفات. «إذ کل واحدة یحتمل أن تكون هی الزوجة و أن لا تكون»؛ بنابراین علم اجمالی در این‌گونه از موارد حجت است. - این بزرگان اصول را در فقه می‌خواندند و می‌نوشتند و اعمال می‌کردند. مرحوم صاحب جواهر (رضوان الله علیه) فقه او یک فقه جامع‌ی است، کتاب اصولی از ایشان به دست ما نرسیده؛ اما ایشان اصول را در همین فقه خواند، در فقه ثابت کرد، در فقه اعمال کرد؛ مرحوم محقق هم همین کار را کرده است. - «فالحامل تعتد بعدة الوفاة و وضع الحمل و الحائل»، «حائل» در مقابل «حامل» است؛ یعنی آن زنی که باردار نیست. «تعتد بأبعد الأجلین من عدة الطلاق و الوفاة».

بنابراین علم اجمالی درست نیست؛ چون اصول ثابت کرد که اطلاقات ادله اجمالی که تنجیز هست، این شغل یقینی و برائت یقینی می‌خواهد و مانند آن، این می‌تواند در این‌گونه موارد که یا نماز من باطل است یا نماز این شخص، هر دو باید احتیاطاً اعاده کنند. پرسش: ...؟ پاسخ: اگر هر کدام فردی باشد این لباس را قبل از اینکه بشویند، یا این لباس نجس است یا آن لباسی که او دارد. پرسش: ...؟ پاسخ: نه، جنابت که بحث دیگر است. شرط طهارت مشترک بین امام و مأموم است. اما حالا این لباس یقین داریم که یا این لباس نجس است یا آن لباس، هر دو باید نماز را اعاده کنند. این یک علم اجمالی که به علم تفصیلی برمی‌گردد. ما یک علم اجمالی داریم که به علم تفصیلی برمی‌گردد آن خارج یعنی خارج! یعنی خارج از درس و بحث است، آن یک چیزی دیگر است. آن علم اجمالی که به علم تفصیلی برمی‌گردد که این شخص یقین دارد که نماز باطل است یا «لجنابت» او یا «لجنابت» امام؛ خارج است یعنی چه؟ یعنی این حرف، این سلسله بحث‌ها اینها را باید از ذهن دور کرد. اما آنجایی که

مرحوم محقق می‌گوید: «ألزمن العدة»، برای این است که یا این شخص زن اوست یا او، یقین دارد که یا عده بر او واجب است یا عده بر او! مثل اینکه یا این لباس نجس است یا آن! هر کدام نماز را جدا خواندند، این یک علم اجمالی نیست که به علم تفصیلی برگردد. بنابراین اگر تزام حقوقی را در خود همان زن‌ها حل می‌کردیم، دیگر نوبت به ورثه اینها نمی‌رسید، لازم نبود که زن‌ها بمیرند.

مطلب بعدی آن است که استصحاب جاری است؛ چون نه شرطی را از دست داد نه مانعی پدید آمد و اثر شرعی هم دارد.

مطلب بعدی آن است که ما هیچ قیدی در این ده - سیزده روایتی که در باب قرعه آمده است نداریم، عنوان «مشتبه» در آن نیست؛ اگر عنوان «مشتبه» در آن بود این شبهه بود و جواب صاحب جواهر وارد نبود، زیرا «مشتبه» یعنی جایی که یک واقع‌ایی هست، ما دسترسی به آن واقع نداریم.

وسائل جلد 27، صفحه 257 تا پایان 63، که 22 روایت است. شما این 22 روایت را خوب بررسی کنید می‌بینید که در هیچ جا عنوان «مشتبه» آمده است؟ فرمایش مرحوم آقا شیخ حسن کاشف الغطاء این است که اگر ما عنوان مشتبه در نصوص 22 گانه روایات قرعه می‌داشتیم، بله این شامل موارد ما نمی‌شد، قرعه فقط جایی بود که برای کشف «ما هو الواقع» است؛ اما ما چنین عنوانی نداریم. تعبیر «مشکل» تعبیری است که در کتاب‌های فقهی آمده است.

«نعم» در صفحه 262 روایت هیجده که مرحوم شیخ طوسی در نهاییه [8] نقل کرد به این صورت است که از وجود مبارک موسی به جعفر و از غیر او «وَعَنْ غَيْرِهِ مِنْ آبَائِهِ وَ أَبْنَائِهِ ع» آمده است: «كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْفَرَعَةُ». جهل، جهل بدعی است، جهل همراه با علم اجمالی است، هر دو مجهول است. این عنوان «مجهول» هست، ولی شما موارد دیگر را که می‌بینید عنوان «مشتبه»، عنوان «مشکل» در آن نیست. پس بنابراین اطلاعات ادله‌ی قرعه می‌گیرد؛ منتها قرعه اماره‌ای نیست که هم مسئله تزام حقوقی را حل کند، مسئله ارث را حل کند و هم مسئله عده را ثابت کند. عده براساس آن علم اجمالی هست، بله! اما قرعه که آمده گفته این چهار نفر زن هستند، آنها زن نیستند؛ این قرعه نمی‌تواند بگوید که پس بر آنها عده واجب نیست، اینها عده‌ی وفات ندارند، برای اینکه همسر نبودند؛ اگر قرعه اماره بود ممکن بود این لازم را داشته باشد، ولی نیست.

[1] جواهر الکلام، الشیخ محمد حسن النجفی، ج 30، ص 83 و 85.

[2] مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الشهيد الثاني، ج 7، ص 292 و 294.

[3] أنوار الفقاهة (كتاب النكاح)، الشیخ حسن کاشف الغطاء، ص 132 و 133.

[4] من لا يحضره الفقيه، الشیخ الصدوق، ج 3، ص 37.

[5] توبه / سوره 9، آیه 91.

[6] بحار الأنوار - ط مؤسسة الوفاء، العلامة المجلسی، ج 104، ص 325.

[7] عوالي اللئالی، محمد بن علی بن ابراهیم ابن ابی جمهور الاحسانی، ج 2، ص 285.

[8] النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، الشيخ الطوسي، ص 346.