



## درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۸ دی ۱۳۹۷

موضوع جزئی: مسأله ۱۲- فرع چهارم- جهت دوم: حرمة ابدی وطی- بررسی امکان تقیید مرسله با اجماع-

مصادف با: ۲۱ ربیع الثانی ۱۴۴۰

اشکال صاحب جواهر، اشکال محقق حکیم

جلسه: ۴۸

سال اول

### «الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

#### خلاصه جلسه گذشته

عرض شد در مورد نظر مشهور مبنی بر تحریم مؤبد وطی در صورت افضاء زوجه قبل اكمال التسع، چند دلیل اقامه شده است. دلیل اول اجماع بود؛ دلیل ثانی مرسله یعقوب بن یزید بود که تقریب استدلال به این مرسله و اشکالی که متوجه این استدلال بود را ذکر کردیم. تقریب استدلال به این مرسله آن بود که از آنجا که این مرسله اطلاق دارد و صورت افضاء را دربرمی گیرد، حکم حرمت ابدی ثابت می شود. اشکال کردیم که این روایت به جهت ارسال، مشکل سندی دارد و همچنین از نظر دلالت ظهور در تحریم ابدی وطی به مجرد دخول دارد، ولو اینکه منجر به افضاء نشود. این مطلبی است که به تعبیر برخی، متفقاً و به تعبیر برخی، اکثراً با آن مخالفانند. مضافاً اینکه در این روایت حکمی آمده که با صریح برخی از روایات سازگار نیست و آن انفساخ عقد است؛ در حالی که برخی روایات دلالت می کنند بر اینکه ولو افضاء صورت بگیرد اما در عین حال زوجیت باقی است و عقد منفسخ نمی شود. یک اشکال و جوابی هم ذکر شد؛ یعنی توجیهی که ممکن است، مشکل سندی و دلالت این روایت را حل کند. گفته شد ارسال و ضعف سند روایت با عمل مشهور جبران می شود؛ همچنین مشکل دلالت به این ترتیب حل می شود که درست است کلمه دخول مطلق است و شامل افضاء و غیر افضاء می شود، اما از آنجا که دخول سبب افضاء است، در اینجا ذکر سبب و اراده مسبب شده است. لذا اساساً اطلاقی در روایت شکل نمی گیرد تا مشکل تحریم ابدی وطی به سبب دخول پیش آید. عرض کردیم که این مطلب تمام نیست.

#### بررسی امکان تقیید مرسله یعقوب بن یزید

در اینجا برخی خواسته اند مشکله دلالت مرسله را از طریق دیگری حل کنند. مرسله یعقوب چنین است: «عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا خَطَبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَدَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ فُرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ أَبَدًا». می گوید اگر قبل از نه سالگی دخول صورت گیرد، بین آنها تفریق و جدایی انداخته می شود و برای او حلال نیست. ظاهر روایت آن است که باید قائل به حرمت ابدی شد. آنگاه چون دخول را ذکر کرده و سخن از افضاء در این روایت نیست، این اشکال پیش می آید که چرا به استناد روایتی که فقط به خاطر دخول ولو لم یفرض حکم به حرمت ابدی شده، شما در صورت افضاء به استناد این روایت حکم به حرمت ابدی وطی می کنید. بالأخره دلالت این روایت جای بحث و تأمل دارد. راه قبلی مسأله را حل نکرد؛ راه قبل این بود که بگوییم منظور از دخول، همان افضاء است از باب ذکر سبب و اراده مسبب.

## تقیید مرسله به اجماع

اما عده‌ای از راه تقیید مرسله به صورت افضاء، می‌خواهند مشکل را حل کنند. یعنی می‌گویند ظاهر روایت این است که اگر قبل از نه سالگی زوجه، دخول صورت گیرد اعم از اینکه افضاء محقق شود یا نشود، این حرام ابدی می‌شود. اما این اطلاق را تقیید می‌زنیم و می‌گوییم منظور از دخولی که منجر به حرمت ابدی شود، آن دخولی است که به دنبال آن افضاء محقق شود، نه هر دخولی. لذا خواسته‌اند اطلاق مرسله را تقیید بزنند؛ چطور می‌خواهند اطلاق روایت را مقید کنند؟ می‌گویند ما این روایت را با اجماع تقیید می‌زنیم؛ چون اجماع داریم که اگر با زوجه صغیره واقعه صورت گیرد و دخول محقق شود ولی افضاء پیش نیاید، حرام ابدی نیست. پس یک دلیل لفظی داریم که مطلق است و از آن طرف، اجماع نیز دلیل است، هر چند دلیل لَبّی است اما در دلیل لَبّی می‌توان به قدر متیقن اخذ کرد؛ قدر متیقن از اجماع، عدم حرمت ابدی وطی در صورت عدم افضاء است.

پس کآن نتیجه این دو دلیل - یعنی مرسله یعقوب بن یزید به ضمیمه اجماع - آن است که حرمت ابدی وطی با زوجه صغیره در صورتی که افضاء حاصل شود، ثابت می‌شود چون تقیید دلیل لفظی به اجماع اشکالی ندارد و می‌توان دلیل لفظی را با اجماع مقید کرد.

## اشکال صاحب جواهر

اما این ادعا و سخن مورد اشکال قرار گرفته است. گفته‌اند نمی‌توانیم دلیل لفظی را با اجماع مقید کنیم. از جمله کسانی که به این تقیید اشکال کرده، صاحب جواهر است. ایشان می‌فرماید: به طور کلی اگر مشکل سندی این روایت را حل کنیم و بپذیریم که ضعف سندی مرسله با عمل مشهور جبران می‌شود، از نظر صناعی می‌توانیم اطلاق این روایت را با اجماع تقیید بزنیم؛ چون اقتضای قاعده حمل مطلق بر مقید این است که اگر در دلیلی قیدی ناظر به دلیل مطلق بود، دلیل مطلق را حمل بر مقید کنیم. مثلاً وقتی دلیلی می‌گوید «اعتق رقبة» و دلیل دیگر می‌گوید «لا تعتق الرقبة الکافرة»، قاعده حمل مطلق بر مقید اقتضا می‌کند که بگوییم منظور از رقبه در امر به عتق، رقبه مؤمنه است. اینجا نیز از نظر صناعیت، امکان حمل مرسله یعقوب بن یزید به عنوان دلیل مطلق بر مقید وجود دارد. یعنی بگوییم با اینکه دخول مطلق است و اعم از افضاء و غیر افضاء را شامل می‌شود، لکن به خاطر اجماع مطلق دخول را بر دخول منجر به افضاء حمل می‌کنیم تا حکم فقط در این صورت ثابت شود؛ یعنی حرمت ابدی فقط در صورت افضاء ثابت شود.

پس فی نفسه امکان عمل به این قاعده و قانون هست؛ «لکنها آنها تورت الفقیه ظناً». اما در اینجا یک خصوصیتی وجود دارد که مانع ظن به تقیید این مرسله می‌شود. از مجموع عبارات صاحب جواهر برمی‌آید که به نظر ایشان چند امر به عنوان مانع تقیید مرسله است. یعنی کآن یک ویژگی‌ها و خصوصیتی در اینجا وجود دارد که نمی‌گذارد مرسله را - که مطلق است - بر مقید (صورت افضاء) حمل کنیم. آن خصوصیات عبارتند از:

۱. ما دو روایت داریم که صریح یا کالصریح است در این که در اینجا عقد منفسخ نمی‌شود، بلکه عقد نکاح به قوت خود باقی است.

یکی خبر بُرید است: «عَنْ بُرَيْدِ الْعَجَلِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) فِي رَجُلٍ أَقْتَضَ جَارِيَتَهُ يَعْنِي امْرَأَتَهُ فَأَفْضَاهَا». برید از امام باقر (ع) سؤالی را نقل می‌کند و می‌گوید: تکلیف مردی که زنش را افضاء کرده چیست؟ «قَالَ (ع): عَلَيْهِ الدِّيَّةُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا

فَأَفْضَاهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ فَإِنْ أُمْسَكَهَا وَ لَمْ يُطَلِّقْهَا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ<sup>۱</sup>. امام (ع) می‌فرماید اگر قبل از نه سالگی دخول صورت گرفته و افضاء محقق شده، باید دیه بدهد. اما اگر او را نگه داشت و طلاق نداد، چیزی بر او نیست. این روایت کامل‌تر از این است که ما کاری به آن نداریم؛ عمده مطلب، این جهت است که براساس این روایت که سند خوبی هم دارد، نکاح بین زن و مرد به واسطه افضاء منفسخ نمی‌شود و زوجیت به قوت خود باقی است. روایت دیگر، صحیح‌ه‌ای است که از حرمان نقل شده که بر عدم انفساخ زوجیت و فساد عقد نکاح دلالت دارد. در ذیل روایت چنین آمده: «وَ إِنْ أُمْسَكَهَا وَ لَمْ يُطَلِّقْهَا حَتَّى تَمُوتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ». می‌گوید اگر این زن را نگه داشت و طلاق نداد تا فوت کند، چیزی بر او نیست. این روایت در اینکه عقد نکاح منفسخ نمی‌شود، ظاهر است.

سؤال:

استاد: این را بعداً توضیح خواهیم داد. فعلاً با این بخش کار داریم که می‌گوید «إِنْ أُمْسَكَهَا» و این ظهور در آن دارد که می‌تواند این زن را نگه دارد؛ یعنی عقد از بین نمی‌رود، مگر اینکه طلاق دهد یا از دنیا برود. ما با این بخش کار داریم که این دو روایت تقریباً صراحت دارند در اینکه افضاء موجب انفساخ عقد نکاح نمی‌شود و زوجیت بین آنها حتی بعد از افضاء نیز به قوت خود باقی است.

پس یک مسأله این شد که برخی از روایات دلالت بر بقاء زوجیت دارند.

۲. دوم اینکه یک آیه‌ای درباره طلاق داریم که می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»<sup>۲</sup>. می‌فرماید: امساک و نگهداری زن کأن دو صورت دارد؛ گاهی کسی زن را نگه می‌دارد و طلاق نمی‌دهد تا او را اذیت و آزار کند و برای او زحمت و مشقت ایجاد کند. گاهی هم این نگهداری برای زندگی کردن با زن و همراه با رعایت شئون او است. پس امساک دو نوع است: امساک به معروف و امساک بغیر معروف؛ یعنی امساک عادی و طبیعی و امساک برای اذیت کردن. تسریح زن (رها کردن) نیز دو قسم است. گاهی به احسان است؛ یعنی او را رها می‌کند و با این کار می‌خواهد به او خوبی کند. اما گاهی رها کردن برای اذیت کردن؛ یعنی زن را رها می‌کند تا او را رنج دهد و ناراحت کند.

امساک به معروف أو تسریح باحسان، یعنی نگه داشتن زن به عنوان معروف یا رها کردن او از روی احسان و نیکی و نه از باب ایذاء و اذیت کردن، چه ارتباطی به بحث ما دارد؟ اگر زوجه صغیره قبل التمسع افضاء شود و زوجیت او باقی بماند و رها نشود، ولی در عین حال وطی با او حرام باشد، امساک بغیر معروف است.

۳. اینکه مسأله زناشویی و یکی از نیازهای مهم زندگی طبیعی او نادیده گرفته شود، با مذاق شارع سازگار نیست. این را می‌دانیم شارعی که خود خالق انسان‌هاست و نیازهای طبیعی انسان را می‌داند، راه‌هایی برای ارضاء این نیازها قرار داده است. مذاق شارع این است که راه برآورده کردن این نیاز مسدود نشود.

این سه امر را با هم در نظر بگیرید؛ نتیجه این سه امر چه می‌شود؟ این سه امر عبارت بودند از: ۱. بقاء زوجیت که از دو روایت بالا استفاده می‌شود؛ ۲. خود شارع دستور به امساک به معروف داده است؛ ۳. مذاق شارع آن است که این نیاز

<sup>۱</sup>. کافی، ج ۷، ص ۳۱۴، ح ۱۸؛ تهذیب، ج ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، باب ۳۴ از ابواب مایحرم بالمصاهرة، ح ۱.

<sup>۲</sup>. البقرة: ۲۲۹.

طبیعی زن مسدود نشود و مانعی در برابر آن قرار داده نشود. هنگامی که این سه امر را در نظر می‌گیریم، نتیجه آن است که اگر قائل به حرمت ابدی وطی زوجه صغیره در صورت افضاء شویم، با مذاق شارع و نیز با آیه سازگار نیست؛ چون طبق نظر مشهور شارع حکم به بقاء زوجیت کرده اما در عین حال حکم به تحریم ابدی وطی نیز کرده است. اینها با هم سازگاری ندارد. حکم به بقاء زوجیت با حکم به تحریم ابدی وطی ناسازگار است؛ چون نه با مذاق شارع سازگاری دارد و نه با آیه که به امساک به معروف و تسریح باحسان دستور داده است. یعنی این به وضوح از مصادیق امساک بغیر معروف یا تسریح بغیر احسان است و قطعاً نزد شارع مذموم است.

توجه به این نکات نشان می‌دهد که صاحب جواهر یک فقیه به تمام معنا متکی به منابع ولی در عین حال ورای ادله لفظی، یک نکاتی را هم در نظر می‌گیرد. اینکه بگوییم این حکم با مذاق شارع سازگار نیست، یک نکته مهم است. ایشان می‌گوید اگر بپذیریم ضعف سندی مرسله یعقوب بن یزید، منجر به عمل مشهور است، (ایشان ابتدا مشکل اعتبار روایت را حمل می‌کند و بعد سراغ روایت می‌آید). و نیز قاعده حمل مطلق بر مقید اقتضا می‌کند که ما مرسله یعقوب بن یزید را حمل بر صورت افضاء کنیم؛ نتیجه هم این می‌شود که در صورت افضاء، حرمت ابدی وطی ثابت می‌شود. تا اینجا صاحب جواهر این امکان را می‌پذیرد؛ چون تنها دلیل مشهور، به حسب ظاهر همین است. لذا از نظر قواعد می‌توانیم مشکل اطلاق این دلیل را از راه تقیید مرسله به اجماع، حل کنیم؛ اما به تعبیر صاحب جواهر هر چند این امر با صناعت فقه سازگار است، ولی آنها لاتورث الفقیه ظناً، این ظنی برای فقیه ایجاد نمی‌کند.

ایشان یک اضافه‌ای هم دارد و می‌گوید: اگر فرض کنیم که زن خوب شود؛ چون بالأخره افضاء یک آسیبی در اعضای داخلی بدن است ولی ممکن است این آسیب خیلی شدید نباشد و یا آن را با عمل جراحی برطرف کنند. باز هم می‌توانیم بگوییم تا ابد حرمت وطی دارد؟ این مشکله در فرض اندمال و بازگشت به حال اولیه بیشتر می‌شود. لذا با اینکه مرحوم صاحب جواهر از نظر صناعی امکان تقیید این مرسله به واسطه اجماع بر حرمت ابدی وطی در صورت افضاء را احتمال داده، اما در عین حال به خاطر این نکات، می‌گویند لایورث الفقیه ظناً؛ این نمی‌تواند موجب ظن فقیه به حکم حرمت ابدی وطی شود.<sup>۱</sup>

#### اشکال محقق حکیم

مرحوم آقای حکیم عبارت صاحب جواهر را به شکل دیگری معنا کرده است. ایشان می‌گویند درست است که مرسله یعقوب بن یزید یک مشکلی دارد و آن اینکه حرمت ابدی را مستند به دخول کرده و فتوا هم آن است که تحریم مستند به افضاء است؛ اما فتوای مشهور مطابق ظاهر نیست؛ چون ظاهر مرسله این است که دخول سبب حرمت ابدی است. بعد ایشان می‌گویند به حسب ظاهر این فتوا مستند به این مرسله نیست و اجنبیه عن المرسله و لذا نمی‌تواند مقید مرسله باشد. اشکال ایشان در برابر تقیید مرسله و در مقام توضیح عبارت صاحب جواهر، این است که می‌گویند: اینکه می‌گوییم این مرسله نمی‌تواند با اجماع مقید شود و حرمت ابدی را در صورت افضاء ثابت کند، به این دلیل است که اساساً این دو به هم ارتباط ندارند.

<sup>۱</sup>. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۱۸.

چرا تقیید نشود و اجماع نتواند مرسله را مقید کند؟ ایشان می‌گویند در صورتی می‌توانیم دلیل مطلق را تقیید کنیم که آن مطلق حالات مختلفی داشته باشد و ما حکم را روی یکی از حالات ببریم. مثلاً مهمان عالم و مهمان غیر عالم داریم؛ در اینجا می‌توان دو حالت برای مهمان تصویر کرد. مثل رقبه که دو حالت می‌توانیم برای آن تصویر کنیم: رقبه مؤمنه و رقبه غیر مؤمنه. اعتق رقبه مطلق است؛ اما لاتعتق رقبه کافره این مطلق را مقید می‌کند. چرا؟ چون رقبه دو حالت دارد و نهی به عتق رقبه کافره تعلق گرفته است. لذا اعتق رقبه را بر رقبه در حالت ایمان حمل می‌کنیم و می‌گوییم رقبه مؤمنه منظور است. اینجا امکان حمل مطلق بر مقید هست.

اما اگر چیزی از مقارنات بود، موجب تقیید نمی‌شود؛ در اینجا نیز افضاء از حالات دخول نیست بلکه یکی از مقارنات دخول است. یعنی اینطور نیست که الدخول علی حالتین که در یک حالت افضاء وجود دارد و در حالت دیگر افضاء نیست. پس چون افضاء از مقارنات دخول است، نمی‌تواند نسبت به مرسله حکم تقیید را پیدا کند. تقیید در جایی است که آن قید از حالات مطلق باشد؛ اینجا افضاء از حالات دخول نیست، بلکه از مقارنات آن است. لذا اساساً مرسله و فتوا، دو امر جدا و غیر مرتبط با یکدیگر هستند. اجماع که بر عدم تحریم ابدی زوجه غیر مفضات وجود دارد، به یک امر مقارن با دخول نظر دارد و مرسله به خود طبیعت نظر دارد و این دو هیچ ارتباطی به یکدیگر ندارند. لذا اجماع نمی‌تواند مرسله یعقوب بن یزید را تقیید بزند. بعد ایشان می‌فرماید لعل اینکه صاحب جواهر فرموده «لکنها لایورث الفقیه ظناً»، منظور این است که نمی‌توان در اینجا تقیید کرد؛ چون افضاء از مقارنات دخول است و نه از حالات دخول.<sup>۱</sup> این مطلب به نظر ما تمام نیست.

«الحمد لله رب العالمین»

<sup>۱</sup>. مستمسک العروة، ج ۱۴، ص ۸۲.