



درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۴ دی ۱۳۹۷

موضوع جزئی: مسأله ۱۲- فرع چهارم- جهت دوم: حرمة ابدی وطی با زوجه صغیره در صورت افضاء

مصادف با: ۱۷ ربیع الثانی ۱۴۴۰

سال اول

جلسه: ۴۷

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

خلاصه جلسه گذشته

عرض شد وطی با مرأة دون التسع جایز نیست و اگر کسی این کار را انجام دهد، گناه کرده است. حالا چنانچه وطی منجر به افضاء شود، آثاری بر این عمل مترتب شده است. در جهت اولی درباره معنای افضاء بحث شد و معلوم شد که همه مصادیق گفته شده در کلمات بزرگان، عرفاً افضاء محسوب می‌شوند.

جهت دوم: حرمت ابدی وطی با زوجه صغیره در صورت افضاء

جهت دوم، درباره این است که اگر افضاء صورت گیرد، آیا حرمة الوطی ابداً ثابت می‌شود یا نه؟ بحث حرمة الوطی است و نه حرمة الزوجة. چون در اینجا دو موضوع داریم، یک موضوع تحریم ابدی زوجه است؛ یعنی اینکه زوجیت بین اینها منفسخ شود و دیگر ممکن نباشد که علقه زوجیت بین آنها برقرار شود. بحث دوم، صرف حرمة الوطی ابداً است؛ یعنی مسأله زوجیت، یک مسأله است؛ چنانچه مشهور گفته اند این باقی بر زوجیت هست لکن دیگر تا آخر حق ندارد با این زن وطی کند. می‌خواهیم این را بررسی کنیم که آیا به سبب افضاء، حرمت ابدی وطی ثابت می‌شود یا نه.

ادله حرمت ابدی وطی

بر حرمت ابدی وطی، به چند دلیل استدلال شده است.

دلیل اول: اجماع

دلیل اول، اجماع است. بسیاری از فقها ادعای اجماع کرده‌اند بر اینکه اگر با زوجه در حالی که صغیره است و کمتر از نه سال دارد، واقعه صورت گیرد و افضاء محقق شود، وطی حرام ابدی است. عنایت فرمودید که منظور از افضاء، هم اتحاد مسلکی البول و الحيض است و هم اتحاد مسلکی الحيض و الغائط و هم اتحاد جميع المسالك است. از جمله: فخرالمحققین [پسر علامه] در ایضاح ادعای اجماع کرده است.^۱

یک نکته را در اینجا عرض کنم و آن اینکه از کسانی که زیاد ادعای اجماع کرده، فخرالمحققین است. معمولاً دو نفر بیش از سایرین ادعای اجماع دارند؛ یکی ابن ادریس که از متقدمین است؛ دیگری فخرالمحققین است معمولاً فقهای بعد از فخرالمحققین، به استناد ادعاهای فخرالمحققین، ادعای اجماع در مسائل دارند. لذا باید دقت کرد که آیا این ادعاها تام است یا نه. یکی از اساتید می‌فرمود: بعضی از بحث‌ها را محقق اردبیلی به صورت احتمال مطرح کرده؛ بعد از ایشان فخرالمحققین آن مسأله را پذیرفته و بر آن ادعای اجماع کرده و محقق ثانی نیز به تبع فخرالمحققین، این را تحکیم کرده است. لذا منشاء

۱. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۷۶.

بسیاری از ادعاهای اجماع در کتب فقهی متأخر، اجماعی است که فخرالمحققین ادعا کرده است. البته فخرالمحققین ابن العلامه، از نظر علمی شخصیتی مهم و برجسته‌ای بوده است؛ چه بسا از باب اعتمادی که به فخرالمحققین داشتند، به ادعاهای اجماع او اهمیت می‌دادند. علی‌ای حال، نوعاً فخرالمحققین در مسائل متعدد ادعای اجماع دارد؛ یکی از جاهایی که ادعای اجماع کرده، همین مسأله محل بحث ماست. التنقیح^۱، صاحب کنزالفوائد^۲، صاحب غایة المرام^۳، شهید ثانی در مسالک^۴، صاحب کشف الرموز^۵، صاحب المقتصر^۶، صاحب المذهب البارع^۷، ابن ادریس در سرائر^۸، محقق ثانی در جامع المقاصد^۹، محقق سبزواری در کفایة الاحکام^{۱۰}، مرحوم نراقی در مستند^{۱۱}. اینها همه ادعای اجماع کرده‌اند.

صاحب جواهر می‌فرماید بعید نیست که حتی در این مسأله بتوان تحصیل اجماع کرد. وی در ابتدا می‌گوید «اجماعاً محکیماً»؛ بعد می‌فرماید: «إن لم یکن محصلاً»، اگر اجماع محصل در اینجا نباشد؛ یعنی آن هم بعید نیست.^{۱۲} پس دلیل اول قائلین به حرمت ابدی و طی در مفروض مسأله، اجماع است؛ یا منقولاً یا تحصیلاً.

بررسی دلیل اول

اولاً: این دلیل به نظر تمام نمی‌آید. می‌توانیم این رأی را به مشهور نسبت دهیم؛ اما اینکه این را اجماعی بدانیم، فیه تأمل. چون اگر اجماع منقول باشد، لا اعتبار به. اجمال محصل نیز اینجا به نظر می‌آید که تحقق ندارد. بله، نهایت چیزی که ممکن است در این مقام بتوان گفت، عدم الخلاف است، آن هم با مسامحه. عدم الخلاف با اجماع تفاوت دارد؛ ما سه تعبیر داریم: محل وفاق، لا خلاف فیه، اجماعی. اگر اجماع باشد، کاشف از رأی معصوم است، البته با شرایط خودش. عدم الخلاف یا محل وفاق، نمی‌توانند دلیل باشند؛ بلکه صرفاً می‌تواند مؤید باشد و حجیت ندارد، چون کاشف از رأی معصوم نیست. علی‌ای حال با مسامحه ممکن است بتوان گفت در اینجا خلافی نیست؛ در حالی که مخالف در این مسأله می‌توانیم پیدا کنیم یا حداقل کسانی را پیدا کنیم که قائل به تحریم نشده‌اند. از جمله کسانی که تصریحاً تحریم را نپذیرفته‌اند، ابن سعید حلی در نزهة الناظر^{۱۳} و فاضل هندی در کشف اللثام^{۱۴} است برخی هم تلویحاً این حکم را نپذیرفته‌اند. مثل شیخ مفید، شیخ صدوق و ابن جنید، اینها تلویحاً حکم را نپذیرفته‌اند. چون اصلاً متعرض مسأله تحریم نشده‌اند؛ با اینکه شیخ مفید و ابن

۱. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۵ - ۲۶.

۲. کنزالفوائد، ج ۲، ص ۳۶۷.

۳. غایة المرام، ج ۳، ص ۶۰.

۴. مسالک الافهام، ج ۷، ص ۳۴۵.

۵. کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۰۸.

۶. المقتصر، ص ۲۲۷.

۷. المذهب البارع، ج ۳، ص ۲۱۰.

۸. سرائر، ج ۲، ص ۵۳۱.

۹. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

۱۰. کفایة الاحکام، ص ۱۵۴.

۱۱. مستند، ج ۱۶، ص ۸۱.

۱۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۶.

۱۳. نزهة الناظر، ص ۹۶.

۱۴. کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۳.

جنید تصریح کرده اند که اگر زوجه صغیره افشاء شود، باقی بر زوجیت است. عبارت شیخ مفید چنین است: «إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ الصَّبِيَّةَ وَ لَهَا دُونَ تِسْعِ سِنِينَ فَأَفْضَاهَا كَانَ عَلَيْهِ دِيَّةٌ نَفْسَهَا، وَ الْقِيَامُ بِهَا حَتَّى يَفْرُقَ الْمَوْتَ بَيْنَهُمَا»^۱. شیخ مفید تصریح کرده به اینکه اگر افشاء نسبت به زوجه صغیره حاصل شود، بر او دیه واجب است و بین اینها تفریق و جدایی ایجاد نمی‌شود تا زمانی که موت بین آنها فاصله بیندازد. وی ضمن تصریح به بقاء زوجیت کرده و می‌گوید از حیال زوجیت خارج نمی‌شود. دیه را ذکر کرده ولی اسمی از تحریم نبرده است. در حالی که اگر قائل به تحریم بود، حق آن بود که مسأله تحریم الوطی ابدأ را نیز به عنوان یک حکم مهم مترتب بر افشاء ذکر کند. پس اینکه متعرض حرمت ابدی و طی نشده، در حالی که تصریح به بقاء زوجیت کرده، این نشان می‌دهد که قائل به تحریم نبوده است. البته صاحب جواهر می‌گوید: هر چند ممکن است نتوانیم قول به عدم حرمت را به اینها استناد دهیم ولی حداقل می‌توانیم بگوییم که اینها جزء قائلین به تحریم نیستند. نظیر همین عبارت را ابن جنید بیان کرده است، بنابر آنچه که علامه در مختلف از او نقل کرده است؛^۲ همین طور شیخ صدوق^۳. یعنی این دو بزرگوار با اینکه برخی از احکام مترتب بر افشاء زوجه صغیره را ذکر کرده اند، اما در عین حال به مسأله حرمت ابدی و طی با این زوجه متعرض نشده‌اند. پس معلوم می‌شود که صغریاً مسأله اجماع محل اشکال است و چه بسا اجماعی در کار نباشد. بله، می‌توانیم بگوییم شهرت؛ آن هم بین قدما.

ثانیاً: سلّمنا که اجماع هم در کار باشد، ولی این اجماع لم یکن کاشفاً عن رأی المعصوم. چون اجماع مدرکی یا محتمل المدرکیه است. برای اینکه اکثر قائلین به حرمت ابدی و طی، به یک روایت استناد کرده‌اند. یعنی یک روایت داریم که به استناد آن روایت، به حرمت ابدی و طی فتوا داده‌اند. وقتی ما می‌دانیم مستند مجعین چیست یا حداقل احتمال می‌دهیم مجعین مستنداً به چه دلیل و چه روایتی فتوا به حرمت ابدی و طی داده‌اند، قهراً این اجماع دلیل مستقلى محسوب نمی‌شود و فی نفسه کاشف از رأی معصوم نیست. بنابراین دلیل اول مردود است.

دلیل دوم: روایت یعقوب بن یزید

دلیل دوم بر حرمت ابدی و طی زوجه صغیره‌ای که افشاء درباره او محقق شده، روایتی از یعقوب بن یزید 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 فُرُقَ بَيْنَهُمَا وَ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُبْدًا»^۴. گفته‌اند دلالت این روایت روشن است؛ چون در روایت آمده «و لم تحل له ابدأ». یعنی اگر زوجه صغیره قبل از نه سالگی مدخول بها شد، لم تحل له ابدأ. درست است که در روایت قید افشاء نیامده اما اطلاق روایت شامل صورت افشاء هم می‌شود. مدعا این است: حرمت ابدی و طی در مورد زوجه صغیره‌ای که افشاء شده است. اطلاق این روایت صورت افشاء و غیر صورت افشاء، هر دو را در برمی‌گیرد و در هر حال حکم حرمت ابدی و طی با این زن استفاده می‌شود.

پس از نظر دلالت، این روایت کاملاً روشن است.

۱. مقنعه، ص ۷۴۷.

۲. مختلف، ج ۷، ص ۴۴.

۳. المقنعه، ص ۳۰۹.

۴. کافی، ج ۵، ص ۴۲۹، ح ۱۲؛ تهذیب، ج ۷، ص ۳۱۱، ح ۵۰؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۹۴، باب ۳۴ از ابواب مایحرم بالمساحرة، ح ۲.

ان قلت: این روایت اجنبیه عن محل الکلام، این اصلاً ارتباطی به بحث ما ندارد؟ برای اینکه در روایت اصلاً بحث ازدواج نیست؛ بحث خواستگاری است، چون می‌گوید «إذا خطب المرأة فدخل بها». اگر مردی از زنی خواستگاری کند و دخول به او کند، در حالی که کمتر از نه سال دارد، بین آنها جدایی انداخته می‌شود و حرمت ابدی پیدا می‌کند. پس اساساً این روایت اجنبیه عن المدعی.

قلت: چون در خود روایت قرینه‌ای وجود دارد که گواه بر آن است که منظور از «خطب»، «تزوج» است؛ چون می‌گوید «فرق بینهما». اینکه بین اینها جدایی انداخته شود، متفرع بر این است که علقه‌ای در بین آنها ایجاد شده باشد و الا فرق در اینجا معنا ندارد. اگر قرار بود علقه زوجیت بین اینها نباشد، چرا روایت حکم به تفریق و جدا کردن آنها می‌کند؟ پس معلوم می‌شود منظور از خطب المرأة، تزوج المرأة است؛ یعنی این زن را به زوجیت خودش درآورد.

لذا دلالت این روایت بر مدعا، یعنی حرمت ابدی وطی در صورت افضاء زوجه صغیره، تمام است.

سؤال:

استاد: مستدل می‌گوید این روایت به اطلاقها شامل صورت افضاء؛ بالاخره آیا گفته که مرأه مدخول بها قبل تسع سنین لم تحل له ابدًا؟ شما می‌گویید مدخول بها اعم از این است که مفضات شده باشد یا نشده باشد. بالاخره این روایت باطلاقها صورت افضاء را هم در برمی‌گیرد. پس معلوم می‌شود حکم افضاء زوجه صغیره، حرمت ابدی وطی است.

بررسی دلیل دوم

به نظر می‌رسد که این استدلال هم تمام نیست چون:

اولاً: این روایت از نظر سندی مبتلا به اشکال است؛ چون این روایت مرسله است بگذریم از اینکه برخی در مورد سهل بن زیاد در این روایت اشکال کرده‌اند. ولی چون سهل را ثقه می‌دانیم، این اشکال تمام نیست. اما اشکال ارسال وجود دارد. ثانیاً: اشکال مهم این روایت آن است که اصلاً برخلاف گفته مستدل، دلالت آن بر مدعا تمام نیست. چرا؟ ظاهر این روایت آن است که به طور کلی مرأه مدخول بها، چه دبراً و چه قبلاً، چه افضاء شود یا نشود، حرمت ابدی وطی پیدا می‌کند. در حالی که حرمت ابدی وطی زوجه صغیره در حالی که افضاء واقع نشده، چیزی است که کسی به آن قائل نشده است؛ یا حداقل مخالف با فتوای معظم فقهاست. لذا این روایت مخالف با آن اجماع یا شهرت است. بنابراین نمی‌توان به روایت اخذ کرد.

ثالثاً: مسأله دیگر اینکه به حسب ظاهر این روایت، زوجیت بین اینها به هم می‌خورد، در حالی که برخی از روایات بر بقاء زوجیت مع افضاء دلالت می‌کنند؛ پس چطور می‌توانیم حکم به تفریق کنیم من دون افضاء.

پس سه اشکال به استدلال به این روایت شده: ۱. اشکال سندی که مرسله است. ۲. اینکه مخالف با فتوای اکثریت قریب به اتفاق فقها مبنی بر عدم حرمت ابدی وطی زوجه صغیره‌ای است که افضاء درباره او محقق نشده است. ۳. اینکه در این روایت یک حکم دیگری هم آمده که آن هم مخالف با برخی روایات و فتوا است و آن اینکه در اینجا حکم به تفریق و عدم بقاء زوجیت شده است؛ کأن حکم به انفساخ عقد شده است، در حالی که ما روایاتی داریم که بر اساس آن روایات، زوجیت مرأه صغیره که افضاء هم شده باشد، باقی است؛ فضلاً از اینکه افضاء محقق نشده باشد. پس چگونه ممکن است روایات

درباره زوجه صغیره ای که افشاء شده، حکم به بقاء زوجیت کنند، آن وقت این روایت درست در مقابل آنها، حتی زوجه ای که افشاء نشده را حکم به تفریق و جدا شدن می‌کند؛ حکم می‌کند که زوجیت بین اینها باقی نیست.

ان قلت: ضعف سندی را با عمل مشهور جبران می‌کنیم؛ بالاخره این روایت مرسله است و گرفتار ضعف سند است، اما از آن طرف می‌بینیم که بسیاری از فقها به این روایت اخذ کرده‌اند و طبق قاعده ضعف سندی روایت با عمل مشهور به یک روایت، جبران می‌شود. اما در مورد دلالت؛ مشکل دلالت دو چیز بود. عمده این بود که این روایت اطلاق دارد و شما از اطلاق آن خواستید حرمت ابدی وطی را اثبات کنید. مشکل این بود که کسی فتوا به حرمت ابدی در صورت عدم افشاء نداده است، و چون این روایت متضمن یک حکمی است که کسی به آن ملتزم نیست، پس این روایت به درد استدلال نمی‌خورد. ولی ما به نحوی این را توجیه می‌کنیم و می‌گوییم اساساً روایت مربوط به صورت افشاء است. چطور؟

می‌گویند درست است که در روایت آمده «إِذَا خُطِبَ الْمَرْأَةُ فَدَخَلَ بِهَا»؛ اگر می‌گفت «فافضاها»، روایت مشکلی نداشت ولی گفته «فدخَلَ بِهَا». منظور از دخل، افضاها است؛ منظور از دخول در روایت، افشاء است؛ از باب ذکر سبب و اراده مسبب. چه چیزی باعث افشاء می‌شود؟ دخول. منظور روایت افشاء است و علت اینکه دخول را ذکر کرده، از این باب است که دخول سبب است ولی از ذکر سبب، مسبب را اراده کرده که همان افشاء است. بنابراین اساساً روایت اطلاق ندارد؛ روایت مخالف فتوای کل یا جل به عدم حرمت ابدی وطی زوجه صغیره در غیر صورت افشاء نیست؛ چون صورت افشاء را بیان می‌کند. یعنی دخل را بر معنای افضاها حمل می‌کند. و کأن روایت می‌خواهد یک حکم را بگوید و متکفل بیان تحریم است، در صورتی که دخولی واقع شود که افشاء در آن ایجاد شود. می‌خواهد بگوید تحریم ابدی در فرض افشاء ثابت است.

قلت: پاسخ این است که درست است که ضعف سندی روایت با عمل مشهور قابل جبران هست، ولی آن توجیه، توجیه بعیدی است. اینکه بگوییم از دخل اراده افشاء شده، بعید است. چون اینها دو عنوانی هستند که در روایات کثیراً وارد شده و هر کدام معنا و آثار خاص خودش را دارد. لذا این صرفاً یک ادعاست که هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد. به علاوه، ذکر سبب و اراده مسبب در جایی است که سببیت تامه باشد؛ یعنی دخول لزوماً منجر به افشاء شود. در حالی که گاهی دخول سببیت برای افشاء دارد و گاهی سببیت برای افشاء ندارد. وقتی یک امری سببیت فی الجمله داشت و نه بالجمله، آن وقت چطور می‌توانیم یک سببی را که سبب اعم است ذکر کنیم و اراده مسبب اخص کنیم. این مخصوصاً مؤید این معناست که این توجیه نمی‌تواند درست باشد.

بر فرض هم که شما مشکل اول و دوم را حل کردید؛ اما مشکل سوم به قوت خودش باقی است. حکم سوم، مخالفت این روایت با روایات دال بر بقاء زوجیت در صورت افشاء بود. شما نتوانستید این مشکل را حل کنید و لذا به قوت خودش باقی است. پس مجموعاً تا اینجا این روایت نتوانست مسأله را اثبات کند. از راه دیگری هم وارد شده‌اند و آن اینکه گفته‌اند ما این روایت را تقیید می‌زنیم؛ این را إن شاء الله در جلسه آینده عرض خواهیم کرد.

«الحمد لله رب العالمین»