



درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۱ دی ۱۳۹۷

موضوع جزئی: مسأله ۱۲- فرع چهارم- جهت سوم: بررسی بقاء زوجیت بعد از افضاء- ادله بقاء زوجیت- حق در مسئله

مصادف با: ۲۴ ربیع الثانی ۱۴۴۰

جلسه: ۵۱

سال اول

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللین علی اهل انبیا و عجمین»

خلاصه جلسه گذشته

بحث در جهت ثالثه در فرع چهارم در این بود که آیا بر این زوجه صغیره‌ای که افضاء شده احکام زوجیت مترتب می‌شود یا نه؟ عرض کردیم مشهور قائل به بقاء زوجیت‌اند و در مقابل به گروهی نسبت داده شده که اینها قائل به زوال زوجیت هستند. ما این نسبت را بررسی کردیم و معلوم شد نه شیخ مفید و نه شیخ طوسی و نه ابن ادریس که قول به زوال زوجیت به آنها نسبت داده شده، هیچ کدام قائل به این مسأله نشده‌اند. علی‌ای حال عرض شد بر زوال زوجیت به دو دلیل استناد شده است؛ هر دو دلیل را ذکر کردیم و مورد اشکال قرار دادیم.

ادله بقاء زوجیت

اما قول مشهور که بقاء بر زوجیت است، می‌تواند به دو وجه مستند باشد.

دلیل اول

وجه اول، دو روایت است که قبلاً هم به مناسبت آنها را خواندیم؛ یکی صحیحہ حرمان و دیگری خبر برید بن معاویه است. ۱. روایت حرمان: «عَنْ حُرْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ جَارِيَةً بَكَرًا لَمْ تُدْرِكْ فَلَمَّا دَخَلَ بِهَا اقْتَضَاهَا فَأَقْضَاهَا»، از حکم جاریه‌ای سؤال شده که به سن بلوغ نرسیده و دخول صورت گرفته و کار به افضاء کشیده است. امام (ع) در پاسخ فرمود: «فَقَالَ (ع) إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا حِينَ دَخَلَ بِهَا وَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ أَوْ كَانَ لَهَا أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ بِقَلِيلٍ حِينَ دَخَلَ بِهَا فَأَقْضَاهَا فَإِنَّهُ قَدْ أَفْسَدَهَا وَ عَطَّلَهَا عَلَى الْأَزْوَاجِ فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُغَرِّمَهُ دَيْتَهَا وَإِنْ أَمْسَكَهَا وَ لَمْ يُطَلِّقْهَا حَتَّى تَمُوتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ»^۱.

ذیل این روایت بر بقاء زوجیت دلالت دارد؛ چون می‌فرماید: «و إن أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلا شیء علیه». در این روایت، اصل امساک این زوجه جایز شمرده شده است؛ یعنی این مرد هم می‌تواند این زن را نگه دارد و هم می‌تواند او را طلاق دهد. پس جواز امساکها و عدم تطلیقها يدل علی بقاء زوجیتها؛ این بر بقاء زوجیت این زن دلالت دارد. اگر زوجیت باقی نبود، معنا نداشت که امام (ع) بفرماید «و إن أمسکها»؛ چون اصلاً امساک و نگهداری زن مشروع نبود. پس نفس اینکه امام (ع) این فرض را در پاسخ خود مطرح کرده‌اند، بر بقاء زوجیت دلالت دارد. یعنی مشکلی برای باقی بودن زوجیت و نکاح نیست؛ اگر خواست می‌تواند طلاق دهد و اگر خواست می‌تواند نگه دارد.

۱. من لایحضر الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۱، ح ۴۴۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۹۴، باب ۳۴ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة، ح ۱.

۲. روایت برید: نظیر همین عبارت در روایت برید بن معاویه وارد شده است: «عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) فِي رَجُلٍ اقْتَضَى جَارِيَةً يَعْنِي امْرَأَتَهُ فَأَفْضَاهَا قَالَ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ قَالَ وَإِنْ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يُطَلِّقْهَا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ»^۱. این روایت صریح در بقاء زوجیت بعد الافضاء است؛ چون می‌گوید «إِنْ أَمْسَكَهَا وَ لَمْ يُطَلِّقْهَا». بعد در ادامه می‌فرماید: «إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ»، اگر بخواهد می‌تواند این زن را حفظ کند و او را در زوجیت و حبال خود نگه دارد و اگر هم خواست می‌تواند او را طلاق دهد. این مطلب به وضوح دلالت بر بقاء زوجیت می‌کند؛ چون اگر عقد و نکاح باطل شده بود معنا نداشت که به این جهت اشاره کند.

فقط در مورد خبر برید اشکالی شده که در جلسه گذشته اشاره شد؛ مرحوم آقای خویی به واسطه حارث بن محمد بن نعمان صاحب الطاق (پسر مؤمن الطاق)، در سند این روایت اشکال کرده است. لذا ایشان این خبر را ضعیف می‌داند و می‌گوید ما به خاطر ضعف سندی این روایت، آن را به عنوان مؤید آوردیم و نه به عنوان دلیل. اما همان طور که اشاره شد، برخی او را تأیید کرده‌اند و لذا روایت را معتبر می‌دانند.

پس دلیل اول شامل دو روایت بود که در بقاء بر زوجیت بعد الافضاء صراحت دارد.

اشکال به دلیل اول

یک اشکالی نسبت به استدلال شده است؛ اشکال این است که در ذیل این روایت - یعنی همین عبارتی که مورد استناد قرار گرفته - یک مطلبی آمده که مورد قبول اصحاب نیست و آن سقوط الدیة است. چون هم در روایت برید و هم در صحیح حمران آمده که اگر افضاء کرد هم می‌تواند او را نگه دارد و هم می‌تواند او را طلاق دهد. بعد می‌فرماید: «إِنْ أَمْسَكَهَا وَ لَمْ يُطَلِّقْهَا حَتَّى تَمُوتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ»، ظاهر این است که دیه ثابت نیست؛ ظاهر این است که می‌تواند این زن را نگه دارد تا بمیرد و بر این مرد که باعث افضاء شده، چیزی واجب نیست؛ نظیر همین مطلب در خبر برید آمده است. ولی این مطلبی است که اصحاب آن را قبول ندارند؛ چون دیه به سبب جنایت واجب می‌شود. اگر این شخص باعث افضاء شده، یعنی یک جنایتی بر او وارد کرده، چون حق نداشته قبل از نه سالگی با این دختر وطی کند اما این دستور را نادیده گرفته و موجب افضاء شده است؛ این یک جنایت است و به حسب قاعده باید دیه هر جنایتی داده شود. به چه دلیل به صرف اینکه این شخص او را نگه می‌دارد و طلاق نمی‌دهد، بگوییم دیه ساقط می‌شود؟ لا وجه لسقوط الدیة؛ وجهی برای سقوط دیه نیست، ولو اینکه او را نگه دارد و طلاق ندهد.

این اشکالی است که به استدلال به این روایت وارد شده که این دو روایت به دلیل اشتغال بر مطلبی که اصحاب به آن ملتزم نیستند و از آن اعراض کرده‌اند، قابل استدلال نیست.

پاسخ اشکال

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که درست است ذیل این دو روایت معرض عنه بین اصحاب است؛ ولی این موجب رفع ید از آن بخشی که دلالت بر بقاء زوجیت می‌کند، نمی‌شود. دلیلش هم آن است که امکان تبعض در حجیت وجود دارد؛ یعنی اگر روایتی در یک موضوعی وارد شد و مشتمل بر چند حکم بود و بعضی از احکام و بخشی از این روایت معمول به

۱. وسائل الشیعة، همان، ح ۳.

نبود و اصحاب از آن اعراض کرده باشند، بدیهی است که اعراض اصحاب از یک قسمت یا یک حکم به حجیت آن روایت در خصوص آن حکم یا موضوع لطمه می‌زند ولی باعث سلب اعتبار مجموع روایت نمی‌شود. تبعّض در حجیت اینکه بخشی از روایت حجت باشد و بخش دیگر حجت نباشد. این اشکال و محذوری ندارد؛ لذا براساس قول به تبعیض در حجیت، می‌توانیم ذیل این روایت را به دو بخش تقسیم کنیم. یک بخش همین مطلبی است که دلالت بر بقاء زوجیت می‌کند؛ یک بخش هم آن قسمتی است که بر سقوط الدیه دلالت دارد. آن بخشی که از آن بقاء زوجیت استفاده می‌شود، حجت است و شاهد هم آن است که جلّ اصحاب فتوا داده‌اند به بقاء بر زوجیت بعد الافضاء.

علاوه بر این، ما روایت دیگری نداریم که مستقلاً متعرض این مسأله شده باشد و مشهور بخواهند بقاء بر زوجیت را از آن دلیل یا روایت استفاده کنند. خود اینکه مشهور اصحاب به این مسأله فتوا داده‌اند، شاهد یا مؤید آن است که این بخش از روایت حجت است. اما ذیل روایت که بحث از نفی دیه در صورت امساک زوجه و نگهداری و عدم طلاق زوجه به میان آمده، حجت نیست؛ شاهدش هم آن است که اصحاب از آن اعراض کرده‌اند.

پس اعراض اصحاب از یک حکم مربوط به این روایت، دلیل بر عدم اعتبار و عدم حجیت روایت نیست. لذا به نظر می‌رسد که این اشکال بر استدلال این دو روایت وارد نیست.

سؤال:

استاد: در بحث وجوب دیه متعرض این مطلب خواهیم شد که این روایت را با روایاتی که دال بر وجوب دیه است، جمع کرده‌اند. ولی در عین حال لطمه‌ای به استدلال این روایت بر بقاء زوجیت نمی‌زند. این دو روایت به وضوح بر بقاء زوجیت دلالت دارند.

دلیل دوم

دلیل دوم بر قول مشهور - یعنی بقاء بر زوجیت - آن است که اگر زوجیت ثابت شد و بین زن و مرد عقد واقع شد، مقتضی برای بقاء در آن موجود است. تا مانعی در برابر این مقتضی محقق نشود، این زوجیت و نکاح، اقتضای بقاء دارد. در شریعت برخی از امور به عنوان مانع معرفی شده‌اند؛ یعنی موانع اقتضای بقاء زوجیت برشمرده شده‌اند. اینها یک اموری هستند که می‌توانند این زوجیت را بهم بزنند. مثلاً یکی از آنها، طلاق است؛ طلاق - انواع و اقسام آن - یک راهی برای از بین بردن علقه نکاح و زوجیت است و استمرار نکاح و زوجیت را از بین می‌برد. مثلاً از جمله اسباب و موانع قطع علقه زوجیت، آن است که نکاح حرام شود؛ یعنی نکاح یک شرایطی پیدا کند که متعلق آن، متصف به حکم حرمت شود؛ مثل زوجه صغیره که تاکنون همسر بود و شرعاً نکاح با او جایز بود و عقد هم واقع شده، این فی نفسه اقتضای بقاء و استمرار دارد. ولی این زوجه صغیره با رضاع تبدیل به دختر رضاعی این مرد شود. به محض اینکه عنوان بنت رضاعی بر او صدق کند، این نکاح حرام می‌شود. حرمت نکاح نیز مساوق با بطلان و انفساخ زوجیت است. بالاخره این هم یک مانع است؛ یعنی بروز عناوینی که متعلق حرمت نکاح هستند؛ طبیعتاً این هم یک مانع است برای اینکه آن نکاح از بین برود.

به هر حال اموری که در برابر اقتضای استمرار نکاح می‌توانند مانعیت ایجاد کنند و آن را از بین ببرند، در شرع معرفی شده‌اند. اختیار این موانع به دست شارع است؛ یعنی اینطور نیست که ما بتوانیم از پیش خودمان یک اموری را به عنوان

مانع معرفی کنیم. لذا همه این امور در جای خودش ذکر شده که چه چیزهایی عقد را منفسخ می‌کند. مسأله افضاء در هیچ دلیلی به عنوان عامل برهم زنده علقه زوجیت معرفی نشده است؛ بر اینکه زوجیت با افضاء از بین می‌رود، هیچ دلیلی نیست الا مرسله یعقوب بن یزید که قد عرفت حالها؛ درباره مرسله یعقوب بن یزید گفتیم اشکال سندی دارد و بر فرض هم که ضعف سندی آن با عمل اصحاب جبران شود، نهایت این است که دلالت بر حرمت ابدی دارد که تازه ما این را هم نپذیرفتیم. پس اساساً از مرسله هم استفاده زوال زوجیت نمی‌شود و مشهور هم از این روایت این را نفهمیده‌اند. لذا به نظر می‌رسد با توجه به اینکه افضاء به عنوان یکی از موانع زوجیت معرفی نشده، دلیلی برای زوال زوجیت وجود ندارد. مقتضی برای بقاء زوجیت موجود است، چون عقد واقع شده است؛ مانعی هم در برابر این اقتضا نیست؛ پس می‌توان از آن استمرار زوجیت را استفاده کنیم.

سؤال:

استاد: استصحاب نیست. اگر ما این بیان را وارد قالب استصحاب کنیم، ممکن است این بحث پیش آید که استصحاب در شبهات حکمیه حجت هست یا نیست. بعضی می‌گویند استصحاب فقط در شبهات موضوعیه حجت است و اصلاً در شبهات حکمیه حجت نیست. برخی معتقدند در شبهات حکمیه نیز حجت است. اگر کسی قائل شد که استصحاب در شبهات حکمیه حجت نیست، قهراً اینجا نمی‌تواند به استصحاب تمسک کند. اما با این بیان که مطابق با قاعده هم هست، به نظر می‌رسد وجهی برای حکم به زوال زوجیت نیست.

سؤال:

استاد: منافات ندارد که در یک موضوعی روایت داشته باشیم و اصل هم آن را تأیید و بر آن تأکید کند. یعنی وقتی سراغ اصل می‌رویم، علی فرض التنزیل می‌گوییم سلماً که دلیل لفظی هم نداشته باشیم، این مقتضای اصل است. لذا اصل عملی می‌تواند مؤید باشد در مواردی که مضمون و مفاد دلیل را تأیید می‌کند.

حق در مسئله

پس مجموعاً بین این دو قول، حق آن است که با افضاء زوجیت از بین نمی‌رود. طبق مبنای ما که معتقد شدیم حرمت ابدی وطی ثابت نیست و نیز زوجیت باقی است، مسأله کاملاً روشن است. اگر افضاء باعث از بین رفتن علقه نکاح و زوجیت نشود و وطی با چنین زوجه‌ای حرام ابدی نباشد، همه احکام زوجیت قهراً در اینجا بار می‌شود. چون بنطبق علیه عنوان الزوجة؛ وطی با او هم حرمت ابدی ندارد. پس وقتی عنوان زوجه بر او صدق می‌کند، اطلاقات ادله زوجیت که یک احکام و آثاری را بر زوجه بار می‌کند، در اینجا خود به خود مترتب می‌شود؛ از جمله در مسأله ارث، حرمة الخامسة و اینکه او رسماً یکی از همسران محسوب می‌شود و اگر او چهارمین همسر باشد، دیگر نمی‌تواند پنجمی را به عنوان زوجه انتخاب کند. همچنین حرمة الأخت، با خواهر این زن هم نمی‌تواند ازدواج کند؛ حرمة بنت الأخ أو بنت الأخت، خواهرزاده و برادرزاده این زوجه صغیره را نمی‌تواند به نکاح خود در آورد الا مع الاذن و چون صغیره است و نمی‌تواند اذن بدهد، باید از ولی او اذن بگیرد.

البته یک حکم دیگری را هم برخی گفته‌اند که باید ببینیم آیا موضوعیت دارد یا نه، و آن راجع به الحاق ولد به فراش است. در این باره بحث است که اگر با زوجه خودش مواجهه کند و کار به افضاء بکشد؛ آن وقت آن زن نعوذ بالله زنا بدهد و صاحب فرزند شود و بعد شک پیش آید که آیا این فرزند از زنا منعقد شده یا از شوهرش، اینجا می‌گویند این فرزند یلحق بالزوج. چون روایت داریم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر»^۱.

سؤال:

استاد: به آن عنوان زنا اطلاق نمی‌شود. در عبارات آقایان دارد که «فلو دخل بزوجه و افضاها ثم زنت و صار له الولد و شک فی انعقاده من الزنا أو الزوج»، در این شک می‌کند که این از زناست یا از زوج است؟ یلحق بالزوج. می‌گوید حرمة الوطی کالحرمة حال الحيض لا تنافی مع بقاء الزوجية. ایشان استدلال می‌کند و می‌گوید زوجیت باقی است ولی در عین حال و طمی هم حرام است. می‌گوید مثل حرمت و طمی در حال حیض است؛ زنی که حائض است، مگر زوجه شوهرش نیست؟ اما و طمی با او حرام است. همان طور که با حائض و طمی حرام است، اما این منافی با زوجیت نیست؛ اینجا هم همین طور است و و طمی با زن صغیره افضاء شده حرام است ولی این منافاتی با زوجیت ندارد. اصلاً حیث تشبیه را گفته که اینکه حرمت و طمی مثل حرمت حال حیض است، از این جهت است که منافات با بقاء زوجیت ندارد. حضانت و سرپرستی یک بحث دیگر است؛ بالاخره این فرزند باید به چه کسی منتسب شود؟ فرض کنیم که کسی با همسر حائض خود همبستر شود و بچه دار شود - که البته غالباً اتفاق نمی‌افتد -

سؤال:

استاد: ظاهرش این است که ایشان و دیگران می‌خواهند بگویند مجرد حرمت و طمی منافاتی با صدق فراش ندارد. در بعضی از کتاب‌ها این را به همین نحو معنا کرده‌اند - مثل تقریرات مرحوم آقای خویی - که این بعد الافضاء و حرمت ابدی، زنا داده و بعد یک ولدی پیدا کرده.

سؤال:

استاد: اگر گفتیم حرمت ابدی ندارد، اصلاً جای این بحث نیست. اصلاً مسأله افضاء را شما کنار بگذارید؛ از احکام زوجیت این هست یا نیست؟ یک زنی، زن کسی است و رفته زنا داده و الان یک ولدی پیدا شده که معلوم نیست از راه زناست یا از شوهر اینجا می‌گویند ملحق به شوهر می‌شود. همان حکم اینجا چطور تطبیق می‌شود؟ از احکام زوجیت، لحوق ولد مشکوک از راه زنا به زوج است. وقتی ما بحث از ترتب احکام زوجیت در اینجا می‌کنیم، یعنی همان حکم در اینجا هم می‌آید. صورت مسأله که عوض نمی‌شود؛ اینجا بحث احکام زوجیت است. مگر حرمة الخامسة فرق می‌کند؟ دقیقاً همان حکمی که در سایر فروض می‌آید، در اینجا هم جریان پیدا می‌کند. لذا این تصویر، تصویری است که مسأله را تغییر می‌دهد.

در مجموع طبق مبنایی که ما اختیار کردیم، لا شک و لا ریب فی ترتب جميع احکام الزوجية علی الزوجة الصغيرة المفضاة. چون نه قائل به حرمت ابدی هستیم و نه زوال زوجیت.

۱. کافی، ج ۵، ص ۴۹۲، ح ۳؛ من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۸، ح ۵۸۱۲.

بر اساس مبنای مشهور هم که قائل به حرمت ابدی و بقاء زوجیت هستند، هیچ مشکلی نیست. چون درست است که می‌گویند و طی با این زوجه صغیره حراماً ابداً، ولی بالاخره او را زوجه می‌دانند و عنوان زوجه بر او منطبق است؛ پس اطلاقات ادله زوجیت و احکام زوجیت شامل این عنوان نیز می‌شود.

اما طبق مبنای غیر مشهور که به برخی نسبت داده شده - صرف نظر از اینکه این نسبت درست است یا نه - یعنی قول به زوال زوجیت، قطعاً در اینجا احکام زوجیت مترتب نمی‌شود؛ چون اصلاً صدق عنوان زوجه نمی‌شود تا اطلاقات ادله شامل آن بشود.

هذا تمام الكلام فى الجهة الثالثة.

«الحمد لله رب العالمين»