

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۳۵

مسألة ٥: لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل وإن لم تكن مدخولة له، وإلا كان زانياً.

مسألة ٦: يجوز للأب أن يقوّم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها. والظاهر إلحاق الجدّ بالأب والبنت بالابن، وإن كان الأحوط خلافه. ولا يعتبر إجراء صيغة البيع أو نحوه وإن كان أحوط. وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبيّ نعم يعتبر عدم المفسدة. لا يعتبر الملاءة في الأب وإن كان أحوط.

مسألة ٧: إذا زنى الابن بمملوكة الأب حدّ. وأمّا إذا زنى الأب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحدّ عليه، وفيه إشكال.

مسألة ٨: إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحدّ، ولكن عليه مهر المثل. ولو حبلى فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعثق إلا إذا كان أنثى. نعم يجب على الأب فكّه إن كان ذكراً.

مسألة ٩: لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمّة والحالة إلا بإذنها من غير فرق بين الدوام والانقطاع، ولا بين علم العمّة والحالة وجهلها، ويجوز العكس وإن كانت العمّة والحالة جاهلتين بالحال على الأقوى.

وهذا الحكم هو المشهور بين الإمامية، بل ادعي فيه عدم الخلاف،

وفي «الجواهر» أنّ الإجماع عليه متواتر^(١)، وتدللّ عليه عدّة من النصوص .
 منها: موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لاتزوِّج ابنة
 الأخ ولا ابنة الأخت على العمّة ولا على الخالة إلاّ باذنها، وتزوِّج العمّة
 والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت بغير اذنها»^(٢).
 منها: صحيحة محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: «لاتنكح ابنة الأخت
 على خالتها وتنكح الخالة على ابنة أختها، ولاتنكح ابنة الأخ على عمّتها،
 وتنكح العمّة على ابنة أخيها»^(٣).
 وأمّا رواية أبي عبيدة الحذاء قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «لا
 تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها إلاّ باذن العمّة والخالة»^(٤). فهي
 محمولة على صورة عدم الإذن جمعاً.
 ودلالة هذه الروايات على المنع بدون الإذن والجواز مع الإذن
 واضحة.

إلّا أنّه نسب الخلاف إلى الصدوق^(٥) حيث منع عن الجواز مطلقاً
 وجعل ابنة الأخ وابنة الأخت مع العمّة والخالة كالأختين لا يجوز لأحد
 الجمع بينهما، ولعلّه استند إلى رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩٠ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٢.

(٥) المقنع: ٣٢٨.

قال: «لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة وعمّتها ولا بين المرأة وخالتها»^(١) ورواية أبي عبيدة الحذاء المتقدّمة .

كما نسب الخلاف على عكسه الى الإسكافي والعماني^(٢) حيث قالوا بالجواز مطلقاً وإن ناقش الشهيد في «المسالك» في صحة النسبة^(٣)، وعلى تقدير الصحة فكأنّهما استندا مضافاً إلى عمومات الحلّ ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٤) بخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوّج على عمّتها وخالتها؟ قال: «لا بأس»، وقال: «تزوج العمّة والخالّة على ابنة الأخ وابنة الأخت، ولا تزوّج بنت الأخ والأخت على العمّة والخالّة إلا برضى منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»^(٥).

فاتّضح أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة: قول بالمنع مطلقاً، وقول بالجواز مطلقاً، وقول بالتفصيل مع الإذن وعدمه، ومقتضى الجمع بين الأدلّة المتقدّمة هو التفصيل، مضافاً إلى الإشكال في أسانيد بعض الروايات المطلقة كرواية أبي الصباح حيث أشكل في سنده بضعف محمد بن الفضيل بأنّه الأزدي الصيرفي^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٧.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٧٧.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٢٩١.

(٤) النساء ٤: ٢٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٣.

(٦) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٩٠.

هذا ولا يخفى أنّ العامّة على ما نقل عنهم شيخ الطائفة في «الخلاف» اتفقوا على القول بالمنع^(١) فلا يبعد حمل الطائفة المانعة على التقية، فلا يمكن القول بالجواز على نحو الإطلاق؛ لتقييد الأدلّة بالروايات المقيّدة، كما أنّ القول بالمنع مردود؛ لعدم تمامية الدليل المدّعى، مضافاً إلى موافقتها للعادة وصراحة رواية محمد بن مسلم الصحيحة المتقدّمة.

ولا فرق في ذلك بين الدوام والانقطاع؛ لإطلاق الأدلّة، ولا بين علم العمّة والحالة للاطلاقات المزبورة، ولكن حكم الجواز في فرض العكس فلا يضّرّ جهل العمّة والحالة لصحة النكاح على الأقوى في قبال قول من اعتبر علمهما بالحال كالعلامة في «التحرير»^(٢) والشهيد في «المسالك» و... حيث قال في المسالك: «ثمّ على تقدير جهلها بالحال هل يقع العقد باطلاً أم يتوقف عقد الداخلة على رضاها أم عقدها وعقد المدخول عليها؟ أوجه، أوجهها الوسط»^(٣).

واحتمل في «الجواهر» أنّ المستند لهذا الاشتراط أنّه مأخوذ من الحكم في نكاح الحرّة على الأمة في كيفية دلالة الدليل وفي حكمة الحكم وهي الاحترام.

(١) الخلاف ٤: ٢٩٦.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٤٦١.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ٢٩٢.

وأشكل عليه : بأنّه قياس لا نقول به^(١)، على أنّ لازم الالتزام بهذه الحكمة هو القول بتخيير كلّ امرأة لها احترام كالمسلمة أو العلوية و... وهو ممّا لا يقول به أحد^(٢).

ثمّ أنّ من المحتمل أنّ الشهيد وغيره استند في هذا الاشتراط بما رواه في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا تزوّج الخالة والعمّة على بنت الأخ وبنت الأخت بغير اذنهما»^(٣) بدعوى رجوع الضمير إلى العمّة والخالة.

واشكل عليه^(٤): بأنّ الشهيد ولو لم يكن منفرداً في نقل الرواية بالصورة المذكورة (أي المشتملة على «لا» النافية) واشترك معه عدّة من أعلام الفقهاء، إلا أنّ الرواية بهذه الصورة لم تثبت في المجامع الروائية، بل هي مذكورة بدون «لا»، فلذلك لا يمكن الاستناد إليها، ومع التنزّل يمكن إرجاع الضمير إلى ابنة الأخ وابنة الأخت، فتكون الرواية معارضة لما دلّ على عدم اعتبار اذنهما.

واحتمل أنّه استند إلى خبر أبي الصباح حيث إنّ مقتضاها عدم الجواز مطلقاً، كان عقدهما متقدّماً أو متأخراً، مع الاذن أو بدونه، وقد خرجنا عن

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٩.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٩١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٨ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٥.

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٩١.

إطلاق الخبر بالنسبة إلى الاذن وعدمه بما دلّ على الجواز مع الاذن وبقاء الخبر على إطلاقه بالنسبة إلى سائر الموارد ومنها تقديم العقد عليها أو تأخيره.

واشكّل عليه^(١): مضافاً إلى ضعف الخبر وأنها وردت مورد التيقية، معارضة للمطلقات الدالة على جواز التزويج بالعمّة والحالة على ابنة الأخ وابنة الأخت المقتضي لعدم الفرق بين علم الداخلة وجهلها، فيقيّد إطلاق خبر أبي الصباح بهذه المطلقات، ومع التنزّل والقول بتساقطها فعمومات الحلّ في المقام محكّمة.

مسألة ١٠: الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمّة والحالة على ذلك وعدم اطلاعها أبداً، ولا بين كون مدّة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة، على إشكال في بعض هذه الصورة، لإمكان دعوى انصراف الأخبار.

وهذه المسألة واضحة؛ للإطلاقات الشاملة لجميع هذه الصور، ودعوى الانصراف مندفة بعد التأمل لترتّب جميع آثار العقد من حرمة الأمّ والتزوّج بالأخت وثبوت الإرث وهكذا.

مسألة ١١: الظاهر أنّ حكم اقتران العقدين حكم سبق العمّة والحالة.

(١) نفس المصدر.

ومنشأ الخلاف في المقام أنّه بعد أن حَقَّق عدم تمامية عقد بنت الأخ والأخت على العمّة والخالة إلاّ باذنها وجواز العكس وقع الكلام في أنّه لو قارن بين العقدين بصيغة واحدة فهل يحكم بصحة العقد المذكور بالنسبة إلى كليهما؛ لعدم صدق إدخال بنت الأخ والأخت كما هو مقتضى الأدلّة المتقدّمة، أم يحكم بعدم الصحّة نظراً إلى رواية أبي الصباح الكناني الناهية عن الجمع بين المرأة وعمّتها، ولا بين المرأة وخالتها؛ فإن قلنا بعدم تمامية الرواية لضعف السند نرجع في المقام إلى عمومات الحلّ ولا سيّما بعد لحوق إجازتهما؛ لأنّه قد مرّ أنّ الإجازة اللاحقة مصحّحة لعقد بنت الأخ والأخت مع الدخول على العمّة والخالة، ففي المقام بالأولوية، وإن قلنا بتامية السند فلا إشكال في أنّ الحكم في المسألة حكم سبق العمّة والخالة؛ لأنّها تمنع عن الجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها، ومع التأمّل والتشكيك في صحة السند لاشتراك محمد بن فضيل بين الثقة والضعيف، ولا قرينة على التمييز يحكم بعدم صحة العقد أيضاً.

مسألة ١٢: لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.

لا إشكال في شمول إطلاق الدليل للفروض المذكورة أيضاً، إلاّ أن يقال: إنّ التعليل للمنع في بعض الروايات لا يقتضي المنع في صورة كونها كافرتين، حيث ورد في رواية العلل عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إنّما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن تزويج المرأة على عمّتها وخالتها إجلالاً للعمّة

والخالة، فإذا أذنت في ذلك فلا بأس»^(١).

إلا أنّها اورد عليه^(٢): بضعف الرواية في «علي بن العباس» على الأقلّ، مضافاً إلى احتمال كون المذكور هو الحكمة ولا العلة حتّى ينتفي الحكم بانتفائها، وللحكم علة أخرى خفيت علينا.

وثالثاً: أنّ الكفر وإن استلزم رفع الحرمة، إلا أنّ ذلك لا يوجب هتك حرمة الكافر في جعل الأحكام بالنسبة إليه، ولا سيّما إذا استلزم المفسدة كما نزل في الوالدين في سورة لقمان: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(٣).

مسألة ١٣: لا فرق في العمّة والخالة بين الدنيا منهما والعليا. لصدق الموضوع عليهما ولو بالتوسّط، إلا إذا قامت قرينة لإخراج بعض المصاديق ودعوى الاقتصار على المتيقن واضح البطلان بعد الصدق العرفي.

مسألة ١٤: في كفاية الرضا الباطني منهما من دون إظهاره وعدمها، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان. لا إشكال في أنّ المذكور في أكثر الروايات اعتبار الإذن، وهو ظاهر في إبراز الرضا الباطني، ولكنّ المذكور في رواية علي بن جعفر عليه السلام «... لا تزوّج

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١٠؛ علل الشرائع: ٤٩٩.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٤٩٣.

(٣) لقمان ٣١: ١٥.

بنت الأخ والأخت على العمّة والخالة إلا برضا منها، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»^(١) اعتبار الرضا، وهو أعم من وجود المبرز خارجاً وعدمه، والجمع العرفي (كما صنعه في «المستمسك»^(٢)) حمل المطلق على المقيّد، فيلزم اعتبار الإذن المبرز، إلا أنّ من المحتمل أنّ اعتبار الإذن لأجل كاشفيته وطريقيته عن الرضا فيكون الشرط هو الرضا ولا أكثر.

واحتمال أنّ المقام من قبيل إذن المالك أو إجازته في العقد الفضولي مندفع؛ لأنّ اعتبارهما من باب عدم صحة إسناد العقد إلى من اعتبر رضاه وإذنه في تحقّقه، ولولا لما كان العقد مسنداً إليه؛ مع أنّ فيما نحن فيه يكون من اعتبر إذنه خارجاً عن طرفي العقد كما في اعتبار إذن الأب في زواج الباكّة، فالمتفاهم العرفي من اعتبار الإذن في أمثال المقام هو إحراز الرضا الباطني من دون دخل وخصوصية للإبراز.

وبالجملة: فإن احتملنا الطريقية المحضة لاعتبار الإذن، فلا وجه للحكم بوجوب إبرازه وإظهاره بالمبرز القولي والفعلي، وإن احتملنا الموضوعية فاللازم هو الحكم بوجوب المبرز، ومع التشكيك وعدم إمكان استظهار الاحتمالين فالمرجع عمومات الحلّ والأصل العملي إلا مع فقد الرضا الباطني.

مسألة ١٥: إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوّج لم يكفه

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٣.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٢٠١.

الإذن السابق .

وهذا واضح؛ لأنّ العدول والرجوع بمنزلة العدم حيث إنّ الحكم بالجواز يدور مدار واقع الإذن ومع الرجوع لا إذن ولا رضا حين وقوع العقد، فلا وجه للحكم بالصحة ولا يقاس المقام بباب الوكالة حيث لم ينزل الوكيل إلاّ بإخباره فيصحّ وتنفيذ تصرفاته قبل وصول الخبر وإن عزل قبله؛ لأنّ هذا الحكم مدلول النص الصحيح ولا نصّ في المقام .

مسألة ١٦: إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر في

البطلان .

لعدم تأثير الجوع بعد تحقق العقد مع الإذن والرضا وقد أمضاه الشارع، ورَفَعَهُ محتاج إلى الدليل ولا دليل كما في باب الطلاق أو الارتداد والموت، والظاهر أنّ هذا المقدار كاف لاستمرار أثر العقد الواقع المشتمل على شرائط الصحة ولا يحتاج إلى الحكم بفساد العقد واستمراره إلى القول باستصحاب بقاء الأثر؛ لتامة الدليل .

مسألة ١٧: الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور بأن وعدها

أن يعطيها شيئاً فرضيت ثمّ لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا نعم، لو قيّدت الإذن بإعطاء شيء فتزوج ثمّ لم يعط كشف عن بطلان الإذن والعقد وإن كان حين العقد بانياً عن العمل به .

لا إشكال أيضاً في وقوع العقد المترتب على الإذن وإن كان الإذن

الحاصل نشأ من غرور الزوجة؛ لأنّ تخلف الداعي والمنشأ غير مضر في تحقق العقد المنشأ.

نعم في فرض تعليق الإذن واشترائه بقيد أو شرط غير حاصل يحكم بطلان العقد لانتفاء القيد والشرط؛ لأنّ العقد وقع من دون رضاه وإن كان حين العقد بانياً؛ لعدم التأثير بمجرد العزم والنيّة بل هو مشروط بتحقيق ما شرط عليه في الخارج.

مسألة ١٨: الظاهر أنّ اعتبار اذنهما من باب الحكم الشرعي لا أن يكون لحق منهما فلا يسقط بالإسقاط.

والمراد من هذا الاستظهار بيان الفرق بين الحكم والحق، بتوضيح؛ أنّه لو كان الإذن المعتبر حكم شرعي للعمّة والخالة فلا يسقط بإسقاطهما بل المعتبر صدور الإذن أو تحقق الرضا منها لجواز نكاح بنت الأخ والأخت للزوج، وأمّا لو كان الإذن المعتبر حقّ مجعول من الشارع للعمّة والخالة بأن يكون أمره بيد المكلف من حيث الإبقاء والإسقاط (بخلاف الحكم الشرعي الذي لا تكون أمر رفعه ووضعه بيد المكلف) فلها الإسقاط، واستظهر الماتن من إطلاق دليل اعتبار الإذن عدم سقوط اعتبار رضاهما بالإسقاط.

والإشكال في تماميّة الإطلاق بالنسبة إلى هذا المقدار من الاعتبار نعم، لا بأس بالقول بعدم سقوطه بالإسقاط عند الشك في كونه حكماً شرعياً محضاً أو حقاً مجعولاً للمكلف قابلاً للإسقاط.

وفي المقام لا بأس ببيان الفرق بين الحكم والحقّ:

الحقّ أنّه لا تغاير بينهما حقيقة من حيث إنّ الحقّ أيضاً حكم شرعي صادر من مصدر الشريعة، إلا أنّ الحقّ بما أنّه أمر مفوض إلى المكلف من حيث الإبقاء والإسقاط يتفاوت مع الحكم الشرعي المجعول تكليفاً أو وضعاً.

فالحكم جعل بالتكليف أو بالوضع متعلّق بفعل الانسان من حيث الإلزام والمنع والرخصة أو ترتّب الأثر عليه، وهو لا يسقط بالإسقاط ولا ينتقل بالنواقل؛ لأنّ أمره بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه.

وأما الحقّ فهو سلطنة مجعولة للإنسان على غيره ولو اعتباراً من الأموال والأشخاص، وهو على أنحاء من حيث سقوطه بالإسقاط وعدمه ونقله إلى الغير بالعوض أو المجّان وانتقاله بالارث والارتداد.

منها: ما لا يجوز عليه شيء من ذلك كحقّ الأبوة وحقّ الاستمتاع بالزوجة وحقّ الجارّ وهكذا.

منها: ما يجوز عليه كل ذلك كحقّ الخيار والرهنانة وحقّ القصاص والتجوير.

منها: ما يسقط بالإسقاط ولا ينتقل بالارث (على القول به) ولا ينتقل بالنواقل كحقّ الشفعة.

منها: ما يسقط بالإسقاط ولا ينتقل كحقّ الغيبة والإيداء والإرهانة (بناءً على كونه حقاً).

منها: المصاديق المشتبهة بين كونها حكماً أو حقاً، كحقّ الرجوع في

المطلّقة الرجعية أو حقّ السبق في المساجد أو الأوقاف العامة و....

ومنشأ الاختلاف هو أنّ الموجب للحقّ إمّا أن يكون علّة تامة له، فيستحيل انفكاكه عنه بسقوط أو انتقال؛ لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة، كولاية الآباء.

وإمّا أن يكون من قبيل المقتضي، فيمكن فيه التخلف بحسب ما يوجبه.

فعلى الأوّل: امتنع الانفكاك عنه من غير فرق بين السقوط بالإسقاط والنقل بالنواقل والانتقال القهري.

وعلى الثاني: فهو وإن جاز إسقاطه، إلّا أن يمنع عنه المانع، كأن يكون الحقّ مقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص كحقّ التولية في الوقف إلى المتولّي الخاص.

واستفادة ما يتمييز به الحكم من الحقّ وكيفية الحقّ من بين سائر الحقوق أنّها هي بحسب الأدلّة على ما يستفیده الفقيه منها.

وما قيل بإمكان التمييز بالرجوع إلى الآثار من جواز النقل والسقوط غير تام ضرورة أنّ الحكم وإن كان ممّا لا يسقط ولا ينقل، إلّا أنّه ليس كلّ ما لا يسقط ولا ينقل من الأحكام، فإنّ الحقوق بعضها كالحكم لا يسقط بالإسقاط ولا ينقل بالنواقل كما قد عرفت نعم لو دلّ الدليل على السقوط أو الانتقال أفاد كونه حقّاً؛ لأنّ الأحكام لا تقبل السقوط والنقل، وعند الشك يكون المرجع مقتضى الأصول والقواعد، ولذلك لا يمكن الحكم بالسقوط

والانتقال بالنواقل؛ لابتناء ذلك على إحراز كونه حقاً وإن لم يثبت بذلك كونه حكماً؛ لأنه من الأصل المثبت، هذا تمام الكلام المفيد في المقام، وإن لا يخلو من النقاش بعضها.