

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۳۷

مسألة ٢٢: إذا أدعت العمّة أو الخالة عدم الإذن، وادّعى هو الإذن منهما قدّم قولهما. وإذا كانت الدعوى بين العمّة وابنة الأخ - مثلاً - في الإذن وعدمه فكذلك قدّم قول العمّة.

الظاهر تامة دعوى الفساد في المقام بتقديم قول العمّة والخالة، لعدم جريان أصالة الصحة فيما نحن فيه حيث إنّ جريانها وتقديمها على أصالة عدم الجزئية وأو الشرطية موقوف على دعوى عدم الإذن من غير من يقوم به الإذن والشرط، وأمّا إذا كان المدعي من يقوم به الشرط والإذن كان المرجع أصالة عدم الإذن لعدم ثبوت أصالة الصحة بالنسبة إليه لأنّها ثابتة في خصوص الموارد التي ثبتت فيها سلطنة العاقد على ذلك الفعل بالسيرة القطعية، ومن المعلوم عدم ثبوت السلطنة له بنفسه من دون الإذن وهكذا الكلام فيما إذا كانت الدعوى بين العمّة وابنة الأخ لما بيناه.

مسألة ٢٣: إذا تزوّج ابنة الأخ أو الأخت وشكّ في أنّه هل كان عن إذن من العمّة أو الخالة أو لا، حمل فعله على الصحة. لجريان أصالة الصحة بمعنى قاعدة الفراغ في المقام سواء أكان الشكّ من الزوجين وقرء الشكّ في متن المسألة بصيغة المعلوم - أي شكّ الزوج أو الزوجة - حيث إنّ مقتضى التصادق والتفاهم بين الزوجين على أصل الزوجية هو الحكم بها حتّى مع الشكّ في أصل وقوع العقد فضلاً عن الشكّ في صحته.

أو كان الشكّ من الغير - بقرائة الشكّ مبنيًا على المجهول - ففي المقام

أيضاً تجري قاعدة الصحة في فعل الغير، لعدم وجود الإنكار ممن يقوم به الشرط مع أنّ الحق لا يعدوهم، ولا يخفى الإشكال في تعبير السيد الخوئي لعدم حصر الحق في المقام بين الزوجين.

مسألة ٢٤: إذا حصل بنتية الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثمّ أسلم على وجهه.

فقد حكم في الفرض الأوّل بعدم بطلان العقد الواقع على الصغيرة إذا حصل لها عنوان بنتية الأخ أو الأخت بالرضاع، وهذه المسألة تستدعي البحث من جهتين الأولى شمول أدلة اعتبار الإذن من العمّة والحالة بالنسبة إلى العمّة والحالة الرضاعيتين مستدلاً بعموم قوله عليه السلام «يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) وصحيحة الحذاء «لاتنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة»^(٢).

وأشكل في تمامية المستند^(٣) لأنّ المتيقّن من الرواية الأولى ثبوت الحكم لمن ثبتت له النسبة لنفسه وبحسب النسب، أي يصير بالرضاع أخته وعمّته وأمه وهكذا، لا من ثبتت له النسبة بحسب المصاهرة، كما أنّ في الصحيحة يحتمل تعلق القيد بالأخير.

وكيف كان تنقيح المسألة موكول إلى محلّه من كتاب الرضاع.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٧١/ أبواب مايجرم من الرضاع ب ١ ح ١ و٣ و٤ و....

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٦/ أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٢٤ ح ٢.

(٣) مستند الشيعة ١٦: ٣١٨.

الثانية: أنّ موضوع الحرمة في لسان الأدلة هل هو دخول بنت الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة، أو الجمع بينهما؛ فعلى الأوّل يكون المقام خارجاً عن موارد النصوص، فإنّ الزوجيّة متحقّقة قبل تحقّق النسبة، ولذلك لا حاجة إلى إذهما.

نعم لو اعتبرنا حرمة الجمع بين العمّة وابنة الأخ أو الخالة وابنة الأخت مستدلاً برواية أبي الصباح الكناني: «لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة وعمّتها، ولا بين المرأة وخالتها»^(١) في موضوع الدليل يشكل الحكم بعدم البطلان، ولعله لذلك أفتى «الجواهر»^(٢) بتخيير الزوج بينهما وبين البنّتين لاعتبار إذهما بقاءً، إلّا أنّه يشكل في اعتبار سند الرواية بمحمد بن الفضيل^(٣)، وإن أمكن تصحيح السند كما عليه الأردبيلي في «جامع الرواة»^(٤) بكونه هو محمّد بن القاسم بن الفضيل بن يسار النهدي البصري بقرينة الراوي والمروي عنه، فلا بدّ من التأمّل في دلالة الرواية حيث إنّها تدلّ على عدم حلّية الجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها، مع أنّ الدليل الصريح ينصّ على جواز الجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها بتقديم ابنة الأخ أو الأخت كما ينصّ عدم جواز إدخال ابنة الأخ والأخت عليهما، فلا موضوعية لأصل الجمع، بل الموضوعية في الحكم هو إدخال ابنة عليهما،

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٩/ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣ ح ٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٧٠.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٠٢.

(٤) جامع الرواة ٢: ١٧٧.

وفي المقام لا إدخال للإبنة عليهما، بل ولا جمع، بل الزوجية متحققة للزوج بالنسبة إليهما وهذا هو حكم الله تعالى أحدث البنّية للأخ أو الأخت بالرضاع وصار موجبا للجمع بين المرأة وعمتها أو أختها، ولا يصدق أنّ الرجل قد أجمع بينهما في النكاح، هذا، مضافاً إلى أنّ أصل الجمع ممّا لا مانع منه بقرينة النصوص المتقدمة، ولا دلالة في لسان الأدلّة من اعتبار إزنيهما بقاءً، فكما أنّه لو أذنت ثم رجعت لم يعتبر إزنيها بقاءً فكذلك لو تحققت الزوجية بينهما ثم حدثت النسبة المذكورة، لا وجه للقول باعتبار إزنيها بقاءً. وأمّا الكلام في الفرض الثاني، وهو الحكم بعدم بطلان النكاح فيما إذا جمع بين العمّة أو الخالة و بنت الأخ والأخت في حال الكفر، كما عليه السيد الماتن.

ولا يخفى أنّ الحكم بالصحة يوافق الاستصحاب؛ لنفوذ الجمع في حال الكفر، فإنّ لكلّ قوم نكاحاً، فيستصحب بعد الإسلام. واشكل عليه: بأنّ المستفاد من الأدلّة ترتيب آثار النكاح حال الكفر لانفوذه، كما يقتضيه الجمع بين الأدلّة الأولى ومثل قوله «لكلّ قوم نكاح»، واستصحاب بقاء الآثار لا مجال له مع الدليل الدالّ على حرمة نكاح الأجنبيّة، مع أنّه لو فرض صحّة النكاح حال الكفر فبعد الإسلام يرجع إلى عموم المنع المقدّم على الاستصحاب.

هذا ما أفاده في «المستمسك»^(١) إثباتاً ونفيًا، ولتوضيح ما أفاده نقول: إنّه استدللّ للحكم بالصحة أوّلاً: بضمون ما ورد في النصوص من «أنّ لكلّ قوم نكاحاً» وهذا يقتضي صحّة المناكح على ما هو المتداول بينهم ونفوذها، ومنها فيما إذا جمع بين العمّة والخالة والبتتين، وبعد الإسلام يستصحب الحكم النافذ في حقّهم حال الكفر، فكان الدليل على عدم البطلان أوّلاً هو النصوص المذكورة، وثانياً الاستصحاب.

إلا أنّه أشكل على ما أفاده: بأنّ المستفاد من الدليل اللفظي ترتّب آثار النكاح للكافر حال كفره فقط، ولا يستفاد منه الصحة الشرعية المصطلحة، وأثبت ما ادّعاه من التفريق بأنّه هو مقتضى الجمع بين الأدلّة الأولى مثل «إنّ لكلّ قوم نكاحاً»، حيث إنّ الأدلّة الأولى حرمة وطء الأجنبية وحرمة وطء الأخت والجمع بين الأختين، وهكذا، ومع ذلك لا يجوز رميهم بالزنا وترتّب آثاره.

ولعلّه لذلك أفتى في «الجواهر»^(٢) بأنّ الإسلام بمنزلة العقد الجديد بينهما كالإجازة من المالك في البيع الفضولي، بناءً على النقل أو الكشف الحكمي، وهذا يدلّ على أنّ إمضاء الشرع بلسان «إنّ لكلّ قوم نكاحاً» هو ترتّب الآثار لا الصحة الحكمية، فحيث إنّه لا حكم بالصحة فلا مجال

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٢٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٧٠.

للاستصحاب ، ولذلك يرجع بعد الإسلام إلى العمومات المانعة الأولية المتقدمة على الاستصحاب على القول به .

إلا أن الانصاف عدم تمامية ما أفاده في «المستمسك» وفي «الجواهر» على اختلاف البيانين من أن مقتضى الجمع بين الأدلة الأولية وأن لكل قوم نكاحاً هو ترتب الآثار لا الصحة والنفوذ، وتعليق الصحة على الإسلام بنحو الشرط المتأخر، حيث إن المنع من رميهم بالزنا والمعاملة معهم بطيب الموالي، والحكم بتخييرهم في إبقاء الزوجية بالنسبة إلى الأكثر من الأربع أو الإثنتين وترتب آثار الملكية على أموالهم وتقسيم الموارث على حسب ما هو المتعارف بينهم، يشهد على صحة المناكح المتعارفة بينهم والأدلة الأولية الدالة على حرمة بعض الموارد مقيّدة بالنسبة إليهم، فلا وجه للحكم بتعلق الصحة على الإسلام، كما هو بعيد غاية البعد عند العرف .

ثم أنه بعد ذلك هل يمكن الحكم بعدم البطلان؟ فقد ذهب في «مباني العروة»^(١) إلى ذلك بوجهين :

الأول (بناءً على مسلك القائل بعدم تكليف الكفار بالفروع): من حيث إنه حين العقد غير مكلف بتحصيل الإذن، فنكاحه في ذلك الحين صحيح، وبعد الإسلام لم تدخل بنت الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة، فلا وجه لبطلان النكاح المزبور بعد الإسلام .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٢: ٣٠٢-٣٠٣ .

إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً ٦٠١

الثاني (بناء على مذهب المشهور من تكليف الكفار بالفروع): فالأمر أيضاً كذلك لأنّ دليل الإمضاء والسيرة القطعية أقوى شاهد على تصحيح ما هو المتعارف بينهم إلّا ما أخرج الدليل من حرمة نكاح الأمّ والأخت والبنّت، فلذلك لا وجه للحكم ببطان النكاح المذكور، هذا، ولا سيّما أنّ وزان حرمة الجمع بين العمة والخالة والبنّتين يختلف عن وزان حرمة الجمع بين الأختين مثلاً؛ لأنّ الممنوعة في الأختين وفي بعض الموارد ذاتية مع أنّ في المقام ليس كذلك، بل هو ممنوع إحدائه في صورة خاصة، وهي إدخال البنّتين عليهما مع عدم رضاها وليس المورد، أي الجمع بينهما في حال الكفر من هذا القبيل في جميع الصور.

مسألة ٢٥: إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنّتين إلّا بعد خروجها عن العدة، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

قد مرّ الخلاف في زوال الزوجيّة وعدمه في الطلاق الرجعي، وأنّ الزوجة هل هي زوجة حقيقة ولم يتحقق بصيغة الطلاق إلّا إنشاء الزوال وفعليّة المنشأ موقوفة على إتمام العدة؟ كما في باب الصرف والسلم وإيكالهما إلى حصول القبض أو أنّ المرأة بحكم الزوجة تنزيلاً ويترتب عليها أحكام الزوجية وآثارها؟

وكيف كان لا يجوز نكاح إحدى البنّتين في العدة الرجعية للعمة

والخالة؛ لأنَّ المطلَّقة الرجعية زوجة إمَّا حقيقة وإمَّا تنزيلاً، ولا يجوز إدخال إحدى البنتين عليهما.

وأما مع وقوع الطلاق بائناً فلا مانع من نكاح إحدى البنتين لأنَّهما ليستا بزوجة ولا يصدق التزوج بابنة الأخ أو الأخت لزوجها.

مسألة ٢٦: إذا طلق أحدهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت؛ لأنَّ طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

أتضح في المسألة السابقة أنَّ جواز نكاح إحدى البنتين يدور مدار كيفية تحقُّق الطلاق وزوال الزوجية وعدمها؛ فإن وقع رجعيّاً لا يجوز نكاحها لعدم زوال الزوجية وإن وقع بائناً، كطلاق الصغيرة أو الثالث، يجوز لاستقرار البيونة، وأما الكلام في هذه المسألة فيما إذا وقع الطلاق بائناً على نحو الخلع بحيث إنَّ رجوع المرأة في بذلها يجوز للرجل الرجوع في الزوجية، هل يمكن القول بلزوم الاستئذان من العمّة أو الخالة، نظراً إلى أنَّ في هذا الفرض يصدق الرجوع ولا يكون إحداث للزوجية الجديدة كما يستفاد من كلام بعضهم؟

الظاهر عدم لزوم الاستئذان ولا يكون المقام متخلِّفاً عن سائر مصاديق طلاق البائن؛ لحصول البيونة بين الزوجة والزوج من حين وقوع الطلاق ورجوع المرأة في البذل ورجوع الزوج في الزوجة لا يكون استمراراً للزوجية السابقة، بل هو زوجية جديدة حادثة ومثاله الفسخ بعد البيع

(حيث إنّ المال بعد تحقّق البيع ليس بمملوك له نعم، يعود إليه جديداً بعد الفسخ)، ولذلك لا يصدق عنوان إدخالهما على العمّة أو الخالة والحال هذه، بل يصدق عنوان إدخال العمّة والخالة عليهما.

وبعبارة أخرى: أنّ الفرق بين طلاق الخلع والرجعي واضح، حيث إنّ في الرجعي يعيد الزوجة السابقة التي أعدمها بإجراء الصيغة تعديداً شرعياً. وفي الخلع مع رجوعها في البذل ورجوع الزوج في الزوجية يوجد مثل الزوجية السابقة من دون لزوم عقد جديد ولا إعادة ماسبق، وفي المقامين وإن صحّ القول بعدم استلزام عقد جديد، إلا أنّ تمام الكلام في حصول البيونة التامة في الخلع وعدم حصولها في الرجعي.

مسألة ٢٧: هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين؟ وجهان، أقواهما العدم.

بمعنى: أنّه هل يجري حكم منع الجمع بين العمّة والخالة وبين بنت الأخ أو الأخت في الوطء بالملك في المملوكتين أو المختلفتين إحداهما مملوكة والأخرى حرّة؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لوضوح اختصاص الأدلّة والنصوص بالنكاح والمنع من الجمع بالنكاح، ففي فرض كونها مملوكتين لا يصدق الجمع بينهما في النكاح، كما أنّه في الفرض الثاني لا يصدق الجمع بينهما بعقد النكاح، بل الجمع بين الوطء والنكاح نعم، تشمل الأدلّة فيما إذا جمع بينهما بعقد النكاح سواء أكانتا حرّتين أو أمتين أو إحداهما حرّة والأخرى

أمة وهكذا الزوج حرّ أو عبد.

وأما التشبّث برواية أبي صباح المانعة من الجمع بينهما فممنوع؛ لأنّ هذا التعبير «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمّتها، ولا بين المرأة وخالتها» إمّا محمول على الجمع في النكاح، وإمّا على الجمع في الوطء، فعلى الأوّل لا يشمل المقام؛ لعدم الجمع في النكاح.

وأما الحمل على الجمع في الوطء، فهو محتاج إلى القرينة، وهي مفقودة، كما أنّ الحمل على الجامع بمعنى الملكية والنكاح فهو ممّا لا مانع منه. هذا مضافاً إلى أنّ الحمل على الجمع في الوطء يستلزم حملها على الحرمة التكليفية والحمل على الجامع يستلزم القول بحمل النهي على الإرشادي والتكليفي، وهو ممّا ياباه العرف.