

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۴۰

مسألة ٤١: لو وطء إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى، فالأظهر بطلان التزويج، وقد يقال بصحته وحرمة وطء الاولى إلا بعد طلاق الثانية.

لا إشكال في بطلان التزويج في مفروض المقام؛ لاستلزامه جواز الجمع بين الأختين، ولا معنى للقول بالصحة مع عدم جواز الاستمتاع بالمرؤجة.

وأما القول بصحة النكاح وحرمة وطء الاولى لأقوائيه التزويج من ملك اليمين، فهو استحسان محض لا مجال للاعتداد عليه.

مسألة ٤٢: لو تزوج بإحدى الأختين ثم تزوج بالأخرى، بطل عقد الثانية سواء كان بعد وطء الاولى أو قبله، ولا يحرم بذلك وطء الاولى وإن كان قد دخل بالثانية.

نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الاولى يكره له وطء الاولى قبل خروج الثانية عن العدة، بل قيل يحرم؛ للنص الصحيح وهو الأحوط.

واستدلّ لذلك أولاً بعدم الخلاف والتسالم.

وثانياً: بمقتضى الآية الكريمة، وثالثاً: بمعتبرة مسعدة بن زياد قال:

قال أبو عبد الله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر: لا تجمع بين الأمّ والابنة، ولا

بين الأختين...»^(١) بدعوى: أنه لو كان صحيحاً يلزم منه جواز الوطء،
وحيث إنه ممنوع فلا بد من الالتزام بالبطان.

ورابعاً: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سئل عن رجل كانت
عنده امرأة فزنا بأمها أو بابنتها أو بأختها، فقال: «ما حرم حرام قطّ حلالاً،
امرأته له حلال - إلى أن قال: - وإن كان تحتها امرأة فتزوج أمها أو ابنتها
أو أختها فدخل بها ثم علم، فارق الأخيرة والاولى امرأته، ولم يقرب
امرأته حتى يستبرئ رحم التي فارق»^(٢).

وخامساً: صحيحة الأخرى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل
تزوج بالعراق امرأة ثم خرج إلى الشام، فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي أخت
امرأته التي بالعراق، قال: «يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام،
ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدّة الشامية...»^(٣).

نعم في صحيحة ابن مسكان عن أبي بكر الحضرمي قال: قلت لأبي
جعفر عليه السلام: رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح أختها ولا يعلم، قال:
«يمسك أيّتهما شاء ويخلى سبيل الأخرى...»^(٤)، مادلت على تخيير الرجل،
فقتضاها صحة الزواج الثاني وإلا فلا وجه للتخيير، فعلى هذا تتحقق

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٥ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٢٩ ح ٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٢٩ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٨ ح ٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٢٦ ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٩ / أبواب مايجرم بالمصاهرة ب ٢٦ ح ٢.

المعارضة بينها وبين النصوص المتقدمة .

ولكن السيد الخوئي رحمته الله عالج المعارضة أو أنكرها وقال بأنه حيث لم يصرّح في صحيحة الحضرمي بالتزويج، بل المذكور فيها النكاح فلا يقال بمعارضتها للصحيحين المذكور فيهما التزويج صريحاً، بل يتعين حمل النكاح على الوطاء بالملك، فتدل على تخيير المالك فيها لو وطاء أمتين ثم بان كونها أختين^(١).

ولكن الإشكال في هذا الكلام عدم تناسب هذا التأويل مع ما هو المصرّح في متن الرواية من الحكم بتخلية سبيل الأخرى بعد الحكم بجواز إمساك أيتها شاء؛ لأنّ الظاهر لو لم نقل بنصوصية التعبير بالتخلية في الطلاق أو الفسخ هو التفريق بين الرجل والمرأة بالتطليق والفسخ، ومن المعلوم عدم خروج المملوكة عن الملك بالجمع بين الأختين في الملكية، فلا يصح التعبير بتخلية السبيل للأخرى، هذا، مضافاً إلى أنّ النكاح في لسان الأدلة من الكتاب والسنة يستعمل في العقد، وقلّما يستعمل في الوطاء، ولذلك لا يمكن الموافقة مع ما أفاده في «مباني العروة» هذا.

وقد حملها الشيخ على أنّه إذا أراد إمساك الأولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، وإذا أراد إمساك الثانية فليطلق الأولى ثمّ ليمسك الثانية بعقد مستأنف^(٢).

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٤٥.

(٢) التهذيب ٧: ٢٨٥.

بمعنى أنه مخير في إمساك أيتها شاء بالأسباب المشروعة له ، ولعلّ الغرض من بيان هذا الحكم دفع توهم ثبوت الحرمة الأبدية ، وبهذا يرتفع التعارض بين الأدلة . وإن أبيت يتعين طرح هذه الصحيحة لمخالفتها مع الإجماع المحقق في المسألة ، وأيضاً مخالفتها لصحاحي زرارة الموافقتين للكتاب والسنة إلا أن يناقش في تمامية دلالة الآية على المدعى حيث إن الآية لا تدلّ على أكثر من حرمة الجمع بين الأختين ، وأمّا بطلان العقد الثاني فلا يستفاد من الآية ، كما يمكن النقاش في الاستدلال بالسنة بأتمها إن كان المراد منها رواية مسعدة فهي واردة في مورد الإماء ، مضافاً إلى أن ثبوت الحرمة في الجمع بين الأختين لا يدل على بطلان النكاح الثاني ، وإن كان المراد منها روايتي زرارة فهو رجوع إلى أصل الدعوى ، فلا بدّ من القول بتعين الطرح لمخالفتها للإجماع المقطوع في المسألة .

فالحكم في المقام بطلان العقد الثاني ، سواء أكان قبل الوطء الاوّل أو بعده ؛ لإطلاق الأدلة ، ولا يحرم بذلك وطء الاوّل وإن دخل بالثانية ؛ لأنّ الحرام لا يفسد الحلال ، ثمّ إنّ الكلام في أنّ التمتع بالاولى هل يتوقّف على انقضاء العدة بالنسبة إلى الثانية أم لا ؛ لتحقق الوطء بالشبهة ؟ ذهب المشهور إلى جواز التمتع بالاولى مع الكراهة قبل خروج الثانية من العدة .

وهذا هو الذي أفتى به السيّد وإن احتاط بعد الحكم بالكراهة في الترك ، إلا أنّ هذا استحبابي .

وفي قبال هذا القول أفتى السيّد الخوئي رحمته الله وعدّة اخرى بالحرمة^(١)؛ لأنّ ظاهر النص عدم جواز القرب إليها إلا بعد الاستبراء وانقضاء العدة، والحمل على الكراهة ممّا لا موجب له؛ لعدم المعارض لهما، واعراض الأصحاب على القول بموهنيته غير ثابت لذهاب الشيخ (في «النهاية»^(٢)) وابنا حمزة^(٣) والبراج^(٤) إلى الحرمة.

أقول: سلّمنا عدم ثبوت الإعراض عن سنديهما، ولكن إعراض عن الدلالة وهذا لعلّه من جهة أنّ الشبهة لم تكن بأقوى من الوطء بالنتكاح، فكما أنّ في الطلاق البائن لم نقل بمراعاة العدة، فكذلك في المقام.

مسألة ٤٣: لو تزوّج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما وكذا وطء أحدهما إلا بعد طلاقهما، أو طلاق الزوجة الواقعية منهما، ثمّ تزوّج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما، وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما؟ لايبعد ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(٥) وربما يقال بعدم وجوب

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٤١.

(٢) النهاية: ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦.

(٣) المهذب ٢: ١٨٤-١٨٦.

(٤) الوسيلة: ٢٩٣.

(٥) البقرة ٢: ٢٢٩.

الطلاق عليه وعدم اجباره وأنه يعين بالقرعة، وقد يقال إنَّ الحاكم يفسخ نكاحها.

ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما، وان كان بعد الدخول فتمامه، لكن ذكر بعضهم أنّه لا يجب عليه إلاّ نصف المهر لهما، فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول، وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول، والمسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في الماليات.

الحكم بالصحة في ما إذا علم التاريخ أحد العقدين مستند إلى جريان استصحاب عدم العقد المجهول حين وقوع عقد معلوم التاريخ، وجريان هذا الاستصحاب مبنيّ على ما عليه المشهور من عدم معارضة استصحاب عدم العقد على الأخت المعلوم تاريخ عقدها إلى حين العقد على الأخت المجهول تاريخ عقدها، وأمّا لو قلنا بجريان الاستصحاب في الطرفين كالقول به في مجهول التاريخ وتعارضهما فلا يمكن الاستناد إليه.

وأمّا في فرض الجهل بتاريخ العقدين فلا إشكال في حرمة وطئها وكذا وطء إحداهما، للعمل الإجمالي وعدم إمكان إجراء الأصل لسقوطه بالتعارض، ولو جوب تحصيل الموافقة القطعية، فيجب عليه طلاقها أو طلاق الزوجة الواقعية، لا إشكال في أنّ الواجب طلاق الزوجة الواقعية ووقوعه بالنسبة إليهما، وأمّا صحّة الطلاق بالنسبة إلى كليهما فمن باب الاحتياط برجاء أنّها زوجة، وإلاّ فالأخرى ليست بزوجة له حتّى يحتاج

إلى الطلاق .

وأما الإجبار على الطلاق فقد استدلّ بالآية الشريفة ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١)، بدعوى دلالتها على وجوب التطليق .

إلا أنه اشكل في هذه الدلالة^(٢) : بأن الظاهر من التفرّيع أنّ الرجل بعد تطليق الزوجة مرّتين إمّا أنّ يمسكها بمعروف فيزوّجها ويبقيها زوجة له من غير إضرار إليها ، أو يطلقها الطلاق الثالث ، كما دلّت عليه موثقة الحسن بن فضال المروية في « الفقيه » عن الرضا عليه السلام - في حديث - : « إن الله عزّ وجلّ أمّا أذن في الطلاق مرّتين فقال : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٣) يعني في التطليقة الثالثة...»^(٤) فالآية بهذا المدلول أجنبيّة عن محلّ الكلام إذ لا دلالة فيها على وجوب الطلاق على الزوج فيما إذا لم يمكنه القيام بالاستمتاعات الجنسيّة لبعض المحاذير الشرعية .

وهكذا لا يتمّ الاستدلال للمدعى بغير هذه الآية ممّا وردت بهذا المضمون كقوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٥) لأنّ الظاهر منها بيان الحكم بالنسبة إلى ما بعد

(١) البقرة ٢ : ٢٢٩ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٣٤٣ .

(٣) البقرة ٢ : ٢٢٩ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٢ : / أبواب أقسام الطلاق ب ٤ ح ٧ .

(٥) البقرة ٢ : ٢٣١ .

الطلاق وخيار الزوج في أن يتزوجها ثانياً أو تسريحها للتزويج بالغير .
 وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ
 يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ
 يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ
 أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

فان الأولى واردة فيما بعد الطلاق وانقضاء العدة، والثانية واردة في
 عدم جواز منع الزوجة من الزواج بعد انقضاء عدة الوفاة، فحمل الآية على
 الرجوع في أثناء العدة أو استفادة لزوم الطلاق منها بعيد جداً، فإنها أجنبيّة
 عن ذلك بالمرّة. على أنّ بعض الروايات فسرها بلزوم قيام الزوج بكسوة
 زوجته وشؤونها بحسب ما هو اللائق بحالها.

والحاصل لا يكون الآية ناظرة إلى وجوب الطلاق على الزوج عند
 تركه الاستمتاع بزوجة بل الواجب عند تخلفه عن القيام بنفقتها كما ورد
 التصريح بذلك في رواية أبي الصباح الكناني ورواية الحلبي المعتبرة، فإنهما
 صريحتان على عدم حقّ الزوجة في المطالبة بالطلاق عند تخلف الزوج عن
 الأمور الجنسية.

ثمّ قال: فلا يجبر الزوج على الطلاق لعدم الدليل عليه إلاّ أنّه ونتيجة

(١) البقرة ٢: ٢٣٢.

(٢) البقرة ٢: ٢٣٤.

لذلك يقع في عدة محاذير فإن إبقائها معاً والإنفاق عليهما من غير الاستمتاع حتى بواحدة منها ضرري بالنسبة إليه، كما أنه يقع بين المحذورين من جهة علمه الإجمالي بلزوم مقارنته لإحدهما في كل أربعة أشهر مرة.

على أن المحذورة لا يختص به إذ يلزم كلاً من المرأتين أن تعامل مع نفسها معاملة الزوجة مع ذلك الرجل، باعتبار أن تنجيز العلم الإجمالي الحاصل للزوج إنما يختص به ولا يعم الزوجات فإن مقتضى استصحاب كل واحدة منها بعدم العقد على الأخرى إلى حين وقوع عقدها هو الحكم، بصحة عقدها ولا يعارضه تمسك الأخرى بالاستصحاب أيضاً، فإن علمه الإجمالي لا يؤثر في حقها شيئاً فلا بد لهما معاً من معاملته زوجاً لهما في حين لا يجوز له معاملتها معاً معاملة الزوجة له، فنشأ من هذا الاختلاف في الحكم مشكلة أخرى تضاف إلى ما تقدم، بل لعل هذا يناهز ما ورد من أن المرأة لا تبقى معطلة وبلا زوج. فلا بد من الرجوع إلى القرعة لعدم الدليل على الرجوع إلى الحاكم، هذا تمام كلامه بما لحصناه^(١).

وأشكل في الاستدلال بالآية الشريفة ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾^(٢) في «المستمسك» بأن ظاهر الآيتين أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع إليها في العدة حتى تنتهي العدة لا الطلاق،

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٤٥.

(٢) الطلاق ٦٥: ٢.

وهكذا سائر الآيات ، ولذلك لا يتم الاستدلال بالآية على المدعى^(١) .
 فاتضح أنّ المراد من قوله تعالى : ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢) في كلام
 السيّد الخوئي هو المطلقة الثالثة وعلى خلاف ما أفاده السيّد الحكيم ولكنها
 اشتركا في عدم دلالة الآية على المدعى .

إلا أنّ الظاهر من هذه الآية وسائر الآيات - بملاحظة ما هو المتعارف
 في الجاهلية من مشروعية الطلاق من دون تحديد وحصول الإضرار على
 الزوجة - كونها في مقام بيان النهي عمّا يوجب الإضرار على الزوجة
 ووجوب معاملة المعروف معهنّ ، ومن المعلوم أنّ هذه الكبرى الكلية تارة
 منطبقة على عدم جواز الرجوع بقصد الإضرار ، وتارة على الطلاق الثالث ،
 وتارة على ما نحن فيه إذا استلزم عدم الطلاق الاضرار على الزوجة .

فعلى هذا لا بأس بالاستدلال بهذه الآية الكريمة لإثبات المدعى
 بوجوب الطلاق على الزوج ، وأمّا الاستناد بالروايات لنفي وجوب للأمر
 الجنسيه بالروايتين المزبورتين مردود ، لورودها في الزوج الغائب ومن
 المعلوم أنّ بالنسبة إلى الغائب فكما أنّ حقوق الزوجة لازمة الرعاية فكذلك
 الزوج له حقوق لا يجوز تفويتها لصرف الغيبة فلا يقاس المقام به لأنّ فيما نحن
 فيه يتمّ إسناد الإيذاء والإضرار إلى الزوج ، وهو منفي في الشريعة المقدسة ،

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤ : ٢٤٥ .

(٢) البقرة ٢ : ٢٢٩ .

والله العالم .

نعم في الاستدلال بقاعدة الضرر للإجبار على الطلاق تأمل ؛ لأنّ الضرر ليس في الزوجية نفسها كي يلتزم بارْتفاعها ، وأنما هو الأحكام المترتبة عليها ، هذا ، مضافاً إلى أنّ روايات قاعدة نفي الضرر أنّما تقتضي نفي الحكم المترتب عليه الضرر خاصة من دون أن يتكفّل إثبات حكم آخر يرتفع به الضرر ، ولذلك لا يمكن إثبات وجوب الطلاق بدليل نفي الضرر ، على أنّ إلزام الزوج بطلاقها ودفع نصف المهر لكلّ منها ضرر على الزوج على حدّ تضرّره بإبقاء المرأتين والإنفاق عليهما فيحتاج إثباته إلى الدليل ، هكذا أفاد في « مباني العروة »^(١) .

وأشكل في « المستمسك » بقاعدة نفي الضرر أيضاً ، ببيان أنّ الضرر أو الحرج ليس من ناحية الزوجية ، بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه ، فدلّيل نفيهما يقتضي نفي تلك الأحكام ، لكن ليس بناء الفقهاء عليه فلا يجوز الزنا للحرج ، ولا يجوز أكل مال الغير للحرج وكذا شرب الخمر .

وبالجملة : لا يكون الحرج مجوّزاً للفعل المحرّمات عندهم وإن كان مجوّزاً لترك الواجبات ، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرّمات في ذلك غير ظاهر ، ومقتضى دليل نفيه نفي التحريم كني الوجوب ، ومقتضى ذلك أنّه يجوز لكلّ من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعاً للحرج لا وجوب

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٣٤٥ .

الطلاق على الزوج، وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام وبين الضرر في المعاملة المشتملة على العبن، فإن الضرر هناك من نفس المعاملة ومبادلة القليل بالكثير، بخلاف المقام فإن الضرر هنا يلزم من ثبوت أحكام الزوجية لا من نفس الزوجية، ولو سلم فمقتضى ذلك أن يكون للزوجة الخيار في الفسخ لا وجوب الطلاق على الزوج، كما هو المدعى، ولا سيما بملاحظة أن الطلاق يوجب الضرر على الزوج بنصف المسئى^(١).

ولتبين ما أفاده العلمان أقول: لا إشكال في ثبوت الضرر والخرج على الزوجة في المقام؛ لأن مقتضى العلم الإجمالي عدم جواز الاستمتاع بهما من ناحية الزوج ووجوب رعاية أحكام الزوجية عليهما. وهذا هو الضرر البين المدعى فيما نحن فيه الذي نفاه الشارع بقوله **لَا ضَرَرٌ وَلَا ضَرَارٌ**، إلا أن الإشكال في شمول القاعدة للمقام، سواء قلنا بأن المنفي هو الحكم الضرري (كما عليه الشيخ) أو أن المنفي نفي الحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه (الآخوند).

لأنه على مبنى الآخوند لا يكون الاحتياط في أطراف العلم الإجمالي من الأحكام الواقعية المترتبة على الموضوعات الواقعية، بل هو حكم يوجهه الإجمال في تشخيص الموضوع الواقعي (كما في نحن فيه) ولذلك لا تشمل القاعدة مثل هذه الأحكام الضررية الناشئة من إجمال الموضوع

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٢٤٧.

والترديد فيه .

وعلى مبنى الشيخ وان كانت القاعدة شاملة للمقام؛ لأنّ الشارع لم يشرع حكماً يلزم منه الضرر على أحد، تكليفاً كان أو وضعياً، فلا يجب الاحتياط، ولكن لا يمكن دعوى جواز الاستمتاع بهما لعدم جواز المخالفة القطعية، ومع ذلك على كلا المبنيين لا يمكن دعوى وجوب الطلاق على الزوج؛ لأننا سواء قلنا بشمول القاعدة وعدم شمولها كما نحن فيه لا يمكننا الحكم بمشرعية القاعدة وإحداث حكم لرفع الضرر الحادث من الاشتباه أو من أصل تشريع الحكم ولا سيما مع إمكان رفع الضرر بوجه آخر كالخيار في الفسخ للزوجية .

وللكلام فيما أفاده في المقام مجال للبحث نوكله إلى البحث في قاعدة لا ضرر .

وأما القول بعدم إجباره على الطلاق وأنه يعين بالقرعة، ففي «المستمسك»: هذا القول لم أقف على قائله، نعم في «القواعد» فيما لو زوّجها الوليان من اثنين واشتبه السابق واللاحق احتمل القرعة، ولكن قال: ويؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق ويجدد من وقعت له النكاح.... وأشكل عليه في «جامع المقاصد» بأنّ القرعة لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام وهي الأنكحة التي تتعلق بها الأنساب والإرث والتحريم والمحرمية» .

وأورد عليه: «بأنّ ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة نعم، ليس بناء

الأصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالشبهة المحصورة»^(١).
 بتوضيح: أنّ القرعة لا يكون المرجع في حلّ مشكلة المعلوم بالإجمال
 لإمكان الاحتياط، إلاّ إنّ أنّ استلزم من الاحتياط محذور الضرر على
 المكلف كما في من نزا على شاة في قطع غنم واشتبهت بغيرها، لا بأس
 بالرجوع إليها، والمقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط.
 وفي «مباني العروة» بعد رد التمسك بالآية وقاعدة في الضرر قال: إنّ
 حلّ المشكلة منحصر في الالتزام بالقرعة وأدلتها وافية لشمول المقام^(٢).
 كما أنّ السيّد الخميني رحمته الله استقرّب الرجوع إلى القرعة (في التعليقة)^(٣)
 لتعيين السابق منهما.

وحاصل كلام القائلين بالقرعة في المقام: دعوى تامة إطلاق أدلتها
 على نحو تشمل جميع موارد تراحم الحقوق مع عدم الترجيح عندهم
 ولا طريق لإحراز الواقع، حيث إنّ أدلة القرعة المتفوه بها الفقهاء مختلفة
 المؤدى؛ ففي بعضها «القرعة لكلّ أمر مجهول»^(٤) وفي البعض «... لكلّ أمر
 مشتبه»^(٥) وفي بعضها «... لكلّ أمر مشكل»^(٦) ومن المعلوم لو كان الدليل

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٢٤٧.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٤٥.

(٣) العروة الوثقى المحتسبى ٥: ٥٥٦.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٢ / أبواب كيفية الحكم ب ١٣ ح ١٨.

(٥) السرائر ٢: ١٧٣.

(٦) عوالي اللآلي ٢: ١١٢ / ٣٠٨؛ مستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٣ / أبواب كيفية الحكم ب ١١ ح ١.

للقاعدة المذكورة هو الروايتين الأولى، فتكون مورداً للتعارض مع الأصول، وتفصيل الكلام موكول إلى بحثه في الأصول.

وأما إذا كان الدليل للقاعدة التعبير بالمشكل، فهو ظاهر فيما لا تعين له في الواقع، كما لو أعتق أحد عبده، وكيف كان يشكل تسلّم دعوى شمول القاعدة لما نحن فيه بما ذكرناه إجمالاً.

وأما القول بأنّ الحاكم يفسخ نكاحها، كما اختاره العلامة في «القواعد»^(١) في تزويج وليي المرأة من رجلين مع اشتباه السابق، وتبعه في «جامع المقاصد»^(٢) لأنّ فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الإجمار في الطلاق.

وأشكل عليه: أنّ هذا المقدار لا يقتضي ولاية الحاكم على ذلك، ولا سيّما مع وجود من أخذ بالساق وتمكّنه من الاحتياط فالقول بولاية الحاكم بعيد في الغاية.

قوله ﷺ: **تمّ مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق...**

وهذا مقتضى تنجيز العلم المذكور، إلا أن يقال بمعارضة قاعدة اللا ضرر مع الاحتياط المذكور، فإنّ تمّ شمول أدلّة القرعة يرجع إليها في تعيين المستحق للنفقة، ومع الإشكال ينحصر الأمر بالتراضي والتصالح.

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٧.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ١٧٢.

قوله ﷺ: ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما،
وإن كان بعد الدخول فتمامه

وهذا هو مقتضى العلم الإجمالي المذكور إلا أنه محكوم كالسابق بقاعدة لا ضرر والحكم هو الرجوع إلى القرعة إن قلنا بها، وإلا ينحصر الأمر بالتراضي ولا سيما مع القول بعدم جريان قاعدة القرعة في أمثال المقام، نظراً إلى أنها ناظرة إلى الأحكام الشرعية خاصة دون الأحكام العقلية والتي منها الاحتياط. إلا أن يشكل بأن لزوم الاحتياط إنما هو من لوازم الحكم الشرعي بدفع نصف المهر إلى الزوجة الواقعية، أو يقال بتمامه الدليل الشرعي لأصل الاحتياط والقول بكونه أصل شرعي. مستفاد من الأدلة الواردة في بابه فيمكن المصير إلى القرعة، هذا ومع ذلك كله يشكل الرجوع إلى القرعة؛ لأن أدلة (لا ضرر) رافعة للاحتياط فيما إذا لم يستلزم الضرر على الآخر. وفي المقام وإن كان الاحتياط يوجب الضرر على الزوج بلزوم دفع المهرين إلا أن الرجوع إلى القرعة يوجب إضرار إحدى الأختين.

يتفاوت حكم دفع المهر مع الإنفاق، إن في الإنفاق ليس على الزوج إلا نفقة واحدة وفي المهر عليه دفع مهر المسمى تماماً (مع الدخول) ودفع المثل للوطء بالشبهة، فحيث لا يمكن التمييز إما يرجع إلى القرعة لمستحق كلّ منهما أو التصالح والتراضي بينهما للأخذ.

لا يقال: إن الضرر في طرف الزوجة احتمالي يمكن دفعه بأصالة البرائة أو استصحاب العدم.

لأنه يقال: إن الضرر الاحتمالي المذكور طرف للعلم الاجمالي ومنجز به ولا سيما أنه من حقوق الناس، فيشكل رفع اليد عن الاحتياط المذكور. إلا أن يقال بأن بناء العقلاء في أمثال المقام إما الرجوع إلى القرعة أو التنصيف والتراضي به لقاعدة العدل والإنصاف كما ذكر الماتن عن البعض من أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما فكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول.

وقد ورد النص على وفق هذه القاعدة وهو موثقة السكوني في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها، قال: « يعطي صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين »^(١). ولكنّه أشكل في المصير إلى هذه القاعدة بأن الرجوع إليها إما مستند إلى حكم العقل في أمثال المقام مع عدم المرجح وأنه هو التنصيف، وإما إلى النصوص الواردة.

فعلى الأوّل: وإن سلّمنا حكم العقل بالتنصيف، إلا أنّ هذا الحكم اقتضائي لا ينافيه الحكم من الشارع مخالفاً له، كما أنّ مقتضى النصوص الواردة في كتاب الصلح والحجر والقضاء لا يمكن التعدي عنها إلى غير مواردّها، ولا يستفاد منها قاعدة كلية مع ثبوت خلافها في بعض مواردّها كما في باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٥٢ / كتاب الصلح ب ١٢ ح ١.

