

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۶۸

الرابعة: الرضاع المحرم يمنع من النكاح سابقاً ويبطله لاحقاً؛ فلو تزوج رضیعة، فأرضعتها من يفسد نكاح الصغيرة برضاعها، كأمه وجدته وأخته وزوجة الأب وزوجة الأخ، إذا كان لبن المرضعة منها فسد النكاح، فإن انفردت المرتضعة بالارتضاع مثل أن سعت إليها، فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة، سقط مهرها، لبطلان العقد الذي باعتباره ثبت المهر، ولو تولت المرضعة ارضاعها مختارة قيل: كان للصغيرة نصف المهر لأنه فسح حصل قبل الدخول، ولم يسقط لأنه ليس من الزوجة^(١).

تعرض في هذه المسألة بحكم الرضاع فيما إذا كان في الاستدامة وبعد تحقق النكاح، وحكم بالبطلان، لعدم الفرق بين الابتداء والاستدامة، ومنشأ البطلان في الموارد المذكورة واضح، لأن الرضاع في الزوجة الصغيرة من ناحية الأم يوجب صيرورة الزوجة الصغيرة أختاً له.

وإذا أرضعتها زوجته، تصير بنتاً له، وإذا أرضعته جدته من الأب أو الأم، تصير عمته أو خالته وإذا أرضعته أخته، فتكون بنت أخته، وإذا أرضعته زوجة الأب فتكون أختاً لأبيه.

وهكذا زوجة الأخ، فتكون بنت أخيه إذا كان لبن المرضعة منها (وإلا كانت ربيبة لها فلا تحرم نكاحها عليه) وهكذا سائر الصور الموجبة للتحريم المؤبد كما لو أرضعتها زوجة ابنه فإن الزوجة الصغيرة تصير بنتاً له من ابنه. وبالجملة، يكون الجامع لذلك هو، أن ينطبق عليها بالرضاع اللاحق

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٥.

أحد العناوين السبعة التي يحرم نكاحها.

وهكذا الكلام، فيما إذا كان الرضاع اللاحق، موجبا للعنوان الذي يحرم نكاحه جمعاً، كما إذا كان له زوجتان صغيرتان، فأرضعتها أجنبية فإن الصغيرتين تصيران بذلك أختين من الرضاع، فيحرم جمعها في النكاح. فيبطل النكاحان معاً، لعدم إمكان الترجيح بلا مرجح.

نعم، لا مانع من تجديد نكاح أحدهما بعد ذلك ثم، أن المحقق بعد أن تعرض لحكم بطلان النكاح بالرضاع اللاحق في موارد، يبحث عن أحكام المهر بالنسبة إلى الكبيرة والصغيرة وبعد ذلك ذكر فروعاً متفرعة على الضابط المذكور.

منها: «لو كان له زوجتان كبيرة وصغيرة فأرضعتها الكبيرة، حرمتاً أبدأً إن كان دخل بالكبيرة، وإلا حرمت الكبيرة حسب وللكبيرة مهرها إن كان قد دخل بها، وإلا فلا مهر لها لأن الفسخ جاء منها وللصغيرة مهرها لانفساخ العقد بالجمع وقيل: يرجع به على الكبيرة»^(١).

وهذه المسئلة واضحة، لصيرورة الكبيرة أمّ زوجها وهي محرّمة بمقتضى العقد، والدخول ليس شرطاً له، هذا بالنسبة إلى الكبيرة، وأمّا الصغيرة، فهي محرّمة أبدأً إن كانت الكبيرة مدخولة، لصيرورتها بنت الزوجة المدخولة (أي الرببية) ومع عدم الدخول بالكبيرة لا تحرم الصغيرة بالحرمّة الايدية، لأنّ اللبّن ليس من الزوج الفعلي والصغيرة في الحال ينفسخ عقدها، لعدم إمكان الجمع بينها وبين والدتها من الرضاع ولكن يمكن تزويج

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٥.

الصغيرة بالعقد الجديد .

ومن الواضح ، أنه إذا كان اللبن للزوج صارت الصغيرة بنتاً له والكبيرة أمّ زوجته .

وبعبارة واضحة : أمّهما (أي الكبيرة والصغيرة) كانتا زوجتين للرضاع وبالارتضاع حصلت نسبة الأمومة والبنوة بينهما ، فلا بد من بطلان نكاح إحداهما لحرمة الجمع بين الأمّ والبنت في النكاح وترجيح نكاح إحداهما في البطلان بلا مرجح ، فلا بد من الالتزام ببطلان كلا النكاحين مع جواز تجديد العقد على الصغيرة ، لأنّهما بنت زوجته التي لم يدخل بها .

وأما الكبيرة فهي تحرم على الزوج مؤبداً ، بإرضاعها الزوجة الصغيرة ، سواء أكان اللبن للزوج أم لغيره ، كانت مدخولاً بها أم لا ؟
وأما الصغيرة فتحرم عليه مؤبداً في الصورة الأولى (كون اللبن للزوج) لصيرورتها بالارتضاع بنتاً له ، وفي الثانية أيضاً لصيرورتها ربيبته التي قد دخل بأمّها ، وفي الثالثة (عدم كون الكبيرة مدخولة) أيضاً لحرمة الجمع بينها وبين الأمّ .

وما ذكرناه هو المعروف بين الأصحاب ، إلا أنّه يمكن النقاش في بطلان نكاح الزوجة الكبيرة وحرمتها مؤبداً ، بدعوى أنّ زمان حصول الأمومة للزوجة الكبيرة هو ، أنّ حصول البنوة للزوجة الصغيرة ، لأنّهما من الأمور متضايقة وأن حصول البنوة للصغيرة هو ، أنّ زوال الزوجية عنها ، لا أنّ وجود زوجيتها ، فلم يكن الكبيرة في آن ، أم زوجة للرجل حتّى يبطل نكاحها .

نعم : هي أمّ لزوجته السابقة ، لا أمّ زوجته الفعلية وظاهر العنوان

المحرم هو أن يكون فعلياً .

ولكن استدلل لبطلان نكاح الزوجة الكبيرة وحرمتها الأبدية أولاً :
بأن المشتق حقيقة في الأعم من المتلبس بالمبدأ ومن المنقضي عنه
المبدء ، فالصغيرة حيث كانت زوجة قبل آن ، يصدق عليها في آن زوال
زوجيتها أنها زوجة فتصدق على الكبيرة أنها أم زوجة الرجل فيبطل
نكاحها وتحرم عليه مؤبداً .

وأشكل عليه السيد الخوئي رحمته الله : بأننا لا نسلّم ذلك ، بل المشتق ...
حقيقة في خصوص المتلبس بالمبدأ^(١) .

وثانياً : أن الحكم في المورد لا يبتني على مسألة المشتق ، بل هو مبتني
على الإضافة ، ويكفي فيها أدنى ملابسة ، لأن العنوان المذكور في آية التحريم
هو أمّهات النساء ، بإضافة النساء إلى ضمير المخاطب ، ويكفي في إضافة
النساء إلى ضمير الخطاب كون المرأة زوجة المخاطب في الآن السابق .
وأشكل عليه أيضاً ، بأن البحث في المشتق ليس من حيث الاشتقاق ،
بل من حيث اشتماله على النسبة وأنه هل يكفي في نسبة شيء إلى شيء ثبوته
له سابقاً ، أو يعتبر ثبوته له بالفعل ، وهذا المعنى يعم الإضافة ؛ لأنها تشمل
على نسبة المضاف إلى المضاف إليه وظاهرها الفعلية .

وثالثاً : وحدة السياق - في الآية المباركة المتضمنة لحرمة المحرمات
بالنسب والمصاهرة - تدلّ على كفاية الزوجية السابقة في حرمة الزوجة
الكبيرة بتقريب ، أن القرينة الخارجية (وهي الروايات الكثيرة) دلّت على أن

(١) أحكام الرضاع في فقه الشيعة : ١٤٨ .

ربيبة الرجل من الزوجة السابقة المدخول بها تحرم على ذلك الرجل، كرواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتيها فباعها فاعتقت وتزوجت فولدت ابنة، هل تصلح ابنتها لمولاهما الأول؟ قال: «هي عليه حرام»^(١) وزاد في بعض النسخ: «هي ابنته والحرة والمملوكة في هذا سواء» وقرء آية الرائب فعلى هذا كان المراد من النساء (أمهات نساءكم) أمهات الرائب أيضاً في الآية وشمولها للنساء السابقة فوحدة السياق تقتضي أن يراد بالنساء ما يعمّ الزوجات السابقة.

وأورد عليه: أن قيام القرينة في مورد خاص لا يوجب تعميمها لمورد آخر بل، يمكننا أن نقول: أنه لا قرينية لتلك الأخبار على ارادة الأعمّ من الآية الشريفة، بل هي باقية على ظهورها في النساء الفعلية وتلك الأخبار تدل على ثبوت الحكم في موردها، لأن الأحكام تدريجية في البيان، فن الممكن أن يكون الحكم في الآية المباركة مختصاً برائب النساء الفعلية، ثم وردت الروايات بثبوت الحكم في الرائب النساء السابقة وأمّا أمهات النساء فلم ترد أخبار تدل على ثبوت الحرمة للأعمّ، وليس في المورد إلا ظاهر الآية الشريفة وهو لا يقتضي أزيد من حرمة النساء الفعلية بحيث تكون الأمومة والزوجية في زمان واحد^(٢).

ورابعاً: أن العرف يتسامح في أمثال هذه الموارد، لأنّ زمان زوال الزوجية متصل بزمان نفس الزوجية، أي يكون في آن بعد أنها، والمفروض أن زمان الأمومة متحد مع زمان زوال الزوجية وهذا المقدار من التأخر ممّا

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٧ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢١ ح ٦.

(٢) اطعام الرضاع في فقه الشيعة: ١٤٩.

يتسامح فيه العرف والخطابات الشرعية منزلة على المفاهيم العرفية .
وأورد عليه : أن العرف إنما يكون متبعاً في تشخيص المفاهيم ، لا في
المسامحة في التطبيق بعد أخذ المفهوم منه ، والمفهوم من أم الزوجة أو أمهات
النساء الوارد في الآية الكريمة هو اتحاد زمان الامومة والزوجية ، أي من
تكون أمّاً للزوجة الفعلية عرفاً ، فلا تتبع مسامحة العرف في تطبيق هذا
المفهوم العرفي على من تكون أمّاً للزوجة السابقة ، بلحاظ اتصال الزمانين
وعدم الفصل بينهما .

وخامساً : استدلل للمقام برواية الكليني المروية عن علي بن محمد عن
صالح بن أبي حماد عن علي بن مهزيار ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قيل له : أن
رجلاً تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له أخرى ،
فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامراته ، فقال أبو جعفر عليه السلام « أخطأ
ابن شبرمة تحرم عليه الجارية وامراته التي أرضعتها أولاً ، وأمّا الأخيرة
فلم تحرم عليه كأنها أرضعت انبته »^(١) .

بدعوى صراحتها في تحريم الزوجة الكبيرة الأولى والصغيرة .
وأشكل فيها بعدم تمامية السند وإن صالح بن أبي حماد ضعيف كما
ذكروا ، وناقش « المسالك » فيها بالإرسال لأن علي بن مهزيار لم تدرك
الباقر ، وأبو جعفر عند الإطلاق يراد به الباقر ، فلا محالة تكون رسالة
ويؤيده أن ابن شبرمة كان في زمان الإمام الباقر لا زمان الإمام الجواد عليه السلام
وهو أبو جعفر الثاني هذا^(٢) .

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٠٢ / أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٤ ح ١ .

(٢) مسالك الأفهام ٧ : ٢٦٩ .

وأجاب بأنّ ظاهر قول الرواي « قيل له » هو الإخبار عن حسّ فيكون قرينة على إرادة الإمام الجواد عليه السلام فلا تكون مرسلّة، ولكن صاحب البلغة نبّه على إرسالها من جهة أخرى، وهي أنّ الرواية منقولة في الكافي، وفيه يقول: وروي عن أبي جعفر عليه السلام ^(١) أي ينقلها ابن مهزيار عن الإمام عليه السلام بلفظ « روي » وهو صريح في وجود الواسطة بينه وبين الإمام عليه السلام ولو كان الإمام هو الإمام الجواد عليه السلام ^(٢).

أمّا النقاش في السند: علي بن محمّد هو العلّان الكليني من مشايخ محمّد بن يعقوب وخاله وعبر عنه النجاشي (ثقه عين) ^(٣).

٢ - صالح بن حماد: ضعّفه ابن الغضائري ^(٤)، وقال نجاشي: كان أمره ملتبساً يعرف وينكر ^(٥).

كشّي: ينقل عن علي بن محمد القطيبي: سمعت فضل بن شاذان، يقول في أبي الخير: وهو صالح بن سلمة أبي حماد الرازي « كما كني » وقال عليّ: أبو محمّد الفضل يرتضه ويمدحه... ^(٦).

وهذه التعابير تدل على وثاقته، إلاّ أنّه أشكل ^(٧) في وثاقة ابن قتيبة، ولكن الحق وثاقة ابن قتيبة لاعتماد الكشي عليه في رجاله.

(١) الكافي ٥: ٤٤٦.

(٢) بلغة الفقيه ٣: ١٨٤.

(٣) رجال نجاشي ٢٦٠: ٦٨٢.

(٤) رجال ابن الغضائري: ٧٠.

(٥) رجال نجاشي ٦٢٠/٦٨٢.

(٦) رجال كشّي ٢: ٨٣٧.

(٧) معجم رجال الحديث ١٣: ١٧٢.

هذا مضافاً إلى وقوع صالح بن أبي حماد في أسناد تفسير القمّي، وأيضاً ما استند إليه العلامة الوحيد عليه السلام من أن الصدوق عليه السلام روى من كتاب نوادر الحكمة عن صالح مع أنه لم يستثنه من روايته، وبالجملة يكون الرواية من هذه الجهة تامة.

وأما الكلام في إطلاق التعبير عن الإمام (بأبي جعفر) والحمل على الباقر عليه السلام فهو وإن كان تاماً، إلا أن بقرينة الناقل فلا بد من حمله على الإمام الجواد عليه السلام لاسيما تعبيره في نقله بقوله « قيل » الشاهد على حضوره في مجلسه عليه السلام، ومع التنزّل والقول بأن الراوي (علي بن مهزيار) ينقله عن الباقر عليه السلام مرسلًا فلا مناص أيضاً من اعتبار الرواية حيث إن الراوي اعتمد عليها، لاعتماده بالوسائط وهو من الجمعيين على تصحيح ما يصح عنه وكيف كان، فإن صححنا الرواية سنداً، فهي تدلّ على تمامية المدعى من حرمة الكبيرة والرضيعة.

وسادساً: أن أمومة الكبيرة بمقتضى التضاييف، مساوقة لبنوة الصغيرة، فتكون علّة لزوال زوجيتها وحيث إن العلة متّحدة مع المعلول زماناً ومتقدمة عليه رتبة، تكون مقارنة مع نفس الزوجية رتبة، ففي رتبة أمومة الكبيرة تكون الصغيرة زوجة للرجل، فالأمومة والزوجية يكونان في مرتبة واحدة وإن اختلفتا في الزمان، وهذا المقدار كاف في نشر الحرمة. وأشكل: بأن الأحكام الشرعية لا تبتني على التدقيقات الفلسفية، بل ظاهر الدليل هو اعتبار اتحاد زمان الأمومة والزوجية، لا اتحاد رتبتهما ولو اختلفا زماناً فإن الظاهر من الآية المباركة الواردة في حرمة أمّهات

النساء هو أمّهات النساء خارجاً لا أمّهات النساء رتبته، أي من تكون في الخارج أمّ زوجة، لا في الرتبة^(١).

وبعد أن ضعفت الوجوه المستدلّة بها على حرمة الزوجة الكبيرة، فلا دليل على حرمتها، إذا ارضعت الصغيرة، إلا الرواية المتقدمة وهي رواية ابن مهزيار ولكن في قبالتها روايات يستفاد عنها عدم حرمة الكبيرة كرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام قال «لو أن رجلاً تزوّج جارية رضيفة فأرضعتها امرأته فسد النكاح»^(٢).

وهكذا رواية الحلبي وعبدالله بن سنان (الصحيحة) عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج جارية صغيرة، فأرضعتها امرأته وأمّ ولده؟ قال: «تحرم عليه»^(٣).

بدعوى ظهور الروایتين - بعد السكوت عن حكم الكبيرة والحكم بفساد الصغيرة - بعدم بطلان النكاح في الكبيرة، فيحرم الصغيرة بالحرمة الأبديّة فقط، إذا كان اللبن للرجل، لأنّها يكون بنته الرضاعيّة أو كانت الكبيرة مدخولاً بها واللبن لغيره فإنّها تكون حينئذٍ ربيبة من زوجته التي دخل بها وإن كانت زوجة سابقة، للفرق بين الربيبة وأمّ الزوجة في اعتبار المقارنة في الأولى بصریح الروايات الواردة في ذلك المتقدّمة كقوله عليه السلام في الرجل تكون له الجارية يصيب منها، أله أن ينكح ابنتها؟ قال: «لا، هي

(١) أحكام الرضاع في فقه الشيعة: ١٥١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٣٩٩ / أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٩ / أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠ ح ٢.

مثل قوله الله عز وجل ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١)^(٢) وغيرها واعتبارها في الثانية كما اختاره.

فبالجملة لا تحرم الكبيرة في جميع الصور، كما إذا لم يكن اللبن من الرجل، لعدم صيرورتها (أم الزوجة) مع أن رواية علي بن مهزيار تدل على حرمتها بالصراحة فيبين الطائفتين تناف وتهافت.

نعم يمكن الخدشة فيها، بأن السكوت، أعم من الحكم وليس من البعيد أن حرمة الكبيرة معلومة عند السائل على وجه الإطلاق وسؤاله عن حكم الصغيرة، لشكه في الحكم بالنسبة إليها، فلا تنافي بين هاتين الروايتين والحكم بجرمة كليهما في رواية ابن مهزيار، فلذلك لا بد من الحكم بجرمة أم الزوجة مطلقاً سواء كانت الصغيرة ارتضعت من لبن الرجل أو كانت الكبيرة مدخوله له.

مضافاً إلى أن القول بإجمال الجواب في رواية محمد بن مسلم محتمل لأن قوله لَيْلًا (فسد النكاح) كما يحتمل تطبيقه على النكاح الصغيره كذلك محتمل التطبيق على الكبيرة أو كليهما.

وبالجملة بعد القول بتامة السند في رواية ابن مهزيار، الدالة على الحرمة بالنسبة إلى كليهما ودفع المعارض، فلا بد من الحكم بجرمة الصغيرة والكبيرة في المقام، مستنداً إليها وإلى المطلقات.

وأما الإشكالات الواردة على القول المذكور كمسألة المشتق وأنه حقيقة في المبتلس وأن نسبة الشيء إلى الشيء متوقف إلى الاضافة الفعلية،

(١) النساء ٤: ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٦ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢١ ح ٣.

وهكذا أنّ وحدة السياق المدّعاة مستفادة من القرينة الخارجية، ونفي التسامح العرفي في تطبيق المفاهيم وأمثالها.

وإن كانت بعضها تامّة في حدّ نفسها كالمشتق وموضوع الاضافة وبعضها لا يخلو عن الخدشة، إلا أنّ الذي يسهّل الخطب، تمامية النصّ الدالّ في المقام ولا حاجة إلى اتعاب النفس بالاستدلال المذكورة ودفعها.

كما أنّ النقاش في الحكم (في أصل المسألة وأنها من باب الترجيح بلا مرجّح) بجرمة كليها ودعوى إمكان الترجيح للمتقدّم (كمسألة نكاح الجدّ والأب) ممّا لا محصّل له بعد وجود النص التام في المقام.

(المسألة الخامسة): لو كان له زوجتان وزوجة رضیعة، فأرضعتها إحدى الزوجتين أوّلاً ثمّ أرضعتها الأخرى، حرمت المرزعة الأولى والصغيرة (لصيرورتها بنتاً وأمّ زوجها بالتقريب السابق) دون الثانية، لأنّها أرضعتها وهي بنتها (لا زوجة كي تندرج تحت أمّهات نسائكم). وقد تقدّم الكلام في مستند القول وهو رواية ابن مهزيار، لدالّتها بالصراحة، على المدعى.

ثمّ قال في «الشرائع»: (وقيل: بل تحرم أيضاً، لأنّها صارت أمّاً لمن كانت زوجته وهو أولى). ونسبه في «المسالك»^(١) إلى ابن ادريس^(٢) والمصنّف في «مختصر المنافع»^(٣) ومال إليه هنا.

ولعلّه لعدم اشتراط بقاء المعنى في صدق المشتق ومساواة الرضاع

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢٦٢.

(٢) السرائر ٢: ٥٥٦.

(٣) المختصر المنافع: ١٧٦.

للبنات وهو تحرم سابقاً ولاحقاً وأشكل عليه، بمنع الصدق واعتبار بقاء المبدء في الصدق، كما أشكل بأنه لا نظير له في النسب كي يحرم مثلاً في الرضاع.

وأما الكلام في مهر الزوجة الصغيرة، هنا مسائل الأولى: أن الصغيرة الرضيعة هل تستحق المهر في الصورة التي يبطل فيها نكاحها بإرضاع الزوجة الكبيرة، أو غيرها مما توجب إرضاعها بطلان نكاحها مطلقاً؟ أو يسقط مهرها كذلك، أو ينتصف كما في الطلاق قبل الدخول والموت، أو يفصل بين تحقق السبب المحرم منها كما لو سعت بنفسها إلى ثدي المرضعة وبين الرضاع الكبيرة إتيانها باختيارها، فلا تستحق المهر في الأول ويستحقها في الثاني وجوه، بل أقوال أربعة.

الثانية: أنه على تقدير القول باستحقاق المهر، فهل تضمنه الكبيرة المرضعة مطلقاً، أو لا تضمنه، أو يفصل بين أن ترضعها باختيارها، بحيث لم تكلف شرعاً بالإرضاع، فتضمنه وبين أن تكلف شرعاً بإرضاعها، كما إذا توقف حفظ الرضيعة من الهلاك أو الضرر الكثير على أن ترضعها وليست هناك مرضعة أخرى وليست الرضيعة تجد التغذية بالطعام أو أن المرضعة أكرهت على الإرضاع فلا تضمنه.

الثالثة: على تقدير الضمان، هل تضمن المهر المسمى أو مهر المثل؟ ويترتب على ذلك أنه على القول بالتفصيل في المسألة الثانية - وأن المرضعة ليست ضامنة للمهر - يكون مهر المثل ثابتاً للزوج في ذمة الصغيرة، لأنها هي التي سبب لبطلان نكاحها على الزوج.

أما المسألة الأولى: المنسوب إلى المشهور سقوط المهر مطلقاً مستدلاً

بأن مقتضى انفساخ العقد رجوع كل من العوضين إلى صاحبه الأوّل وفي المقام حيث انفسخ العقد وبطل بسبب الرضاع فلازمه رجوع المهر إلى الزوج.

وأورد عليه: بأن عقد النكاح لا يقاس على العقود المتقوّمه بالمعاوضة، كالبيع والإجارة فإنّه لا معاوضة في النكاح بين المهر والزوجيّة ولا بينه وبين الاستمتاع، بشهادة العرف والشرع، فإنّ عنوان الزوجيّة أو الاستمتاع، لا يقاس بالمال، لا عرفاً ولا شرعاً ومن هنا لا يكون قاتل الزوجة ضامناً لمهر الزوجة، مضافاً إلى الدية ولا تكون حاسبها ضامناً لقيمة الاستمتاع بها حتّى عند العرف، بل قيل أنّ بعض الطوائف لا يجعلون مهراً لزوجاتهم مع وقوع عقد النكاح بينهم.

وأما المعاوضة بين الزوجة أو البضع وبين المهر، فغير محتملة، لأنّ الحرّة لا تملك ولا بعضها، بل المعاوضة في النكاح بين نفس الزوجين، أي تكون زوجية كل منهما للآخر بدلاً وعوضاً عن زوجيّة الآخر له، وثبوت المهر حكم شرعي تعبدى وليست له جهة العوضيّة في عقد النكاح.

وبعد وضوح حقيقة النكاح، فلا مجال لقياسه على عقود المعاوضة، كالبيع ونحوه، فإنّ عقد البيع إذا ظهر بطلانه، يرجع كل من المعوضين فيه إلى صاحبه، فيرجع الثمن إلى المشتري والمثمن إلى البائع قضاء لحق المبادلة بين المالكين وهكذا في الإجارة كما إذا بطل عقد الإجارة في أثناء السنة وانكشف بطلان العقد من حين الانهدام - لعدم وجود المنفعة بعد ذلك - ورجع ما يقابل المنفعة الفائتة من الأجرة إلى المستأجر بمقتضى المبادلة بين المنفعة والأجرة، وهكذا سائر عقود المعاوضيّة وهذا بخلاف عقد النكاح حيث إنّّه لا معاوضة

فيه بين المهر وشيء آخر كالزوجية والاستمتاع .

نعم ، في صورة فسخ أحد الزوجين العقد باختياره بالعيوب المعلومة في الزوج أو الزوجة ، يرجع المهر إلى الزوج وذلك لفرض العقد كأن لم يكن وكأنه لم يقع من الأصل فلا تستحق الزوجة المهر أصلاً وأمّا في صورة انفساخ العقد وبطلانه في الأثناء بغير ارادتهما واختيارهما في إنشاء الفسخ فليس الأمر كذلك بل تستحق الزوجة تمام المهر ، لثبوته بالعقد ولا دليل على رجوعه إلى الزوج .

والحاصل أنّ مجرد تحقّق عقد النكاح وحدوثه كاف في ثبوت المهر على الزوج واستحقاق الزوجة له ، ورجوعه إلى الزوج ثانياً يحتاج إلى الدليل الشرعي وقد ثبت في الطلاق قبل الدخول ، رجوع نصفه إلى الزوج تعدياً بعد ما صار كلّ ملكاً للزوجة بالعقد ، يجوز لها التصرف فيه بما شاءت . وهكذا ثبت رجوع نصفه إليه يموت أحدهما قبل الدخول على الأظهر ، ولم يقدّم دليل على الرجوع في غير هذين الموردين^(١) .

هذا تمام الكلام من رسالة الرضاع للسيد الخوئي رحمته الله .

ثمّ استظهر بعد ذلك عدم التوجيه للقول بالتنصيف في المقام (كما نقل عن الشيخ) لأنّ غايته القياس على الطلاق والموت قبل الدخول وليس القياس من أدلّتنا .

ثمّ استظهر عدم التوجيه لسقوط المهر رأساً كما نسب إلى المشهور وبطلان التوجيه لسقوط نصفه كما نسب إلى الشيخ ، ثمّ أضاف :

(١) أحكام الرضاع في فقه الشيعة : ١٥٧ .

وأما التفصيل بين اختصاص السبب المحرّم بالرضيعة - كما إذا سعت بنفسها إلى ثدي المرضعة وهي نائمة أو مغمى عليها - فيسقط ، وبين تحققه من المرضعة يثبت فقد علّوه ، بأنّ الانفساخ في الصورة الأولى يستند إلى نفس الرضيعة ، فلا تستحق المهر ، وفي الصورة الثانية يستند إلى غيرها وهي الزوجة الكبيرة أو غيرها ممن يوجب إرضاعها فساد نكاح الصغيرة ، فلا موجب لسقوطه .

وقد أورد على هذا الوجه بأنّ الرضيعة الصغيرة ، لا شعور لها فكيف تكون فعلها موجبا لسقوط مهرها ؟

وأجيب بأنّ الشعور ، لا يعتبر في الأحكام الوضعية ، كسقوط المهر أو ضمان التلف ونحو ذلك وإنما يعتبر في الأحكام التكليفية إلا أنّ هذا القول ممّا لا وجه له أيضاً ، لأنّه لو قلنا بأنّ التسبب إلى بطلان النكاح يوجب ضمان المهر - ولا نقول به كما ستعرف في المسألة الثانية - لما كان لسقوط مهر الرضيعة إذا استند السبب إليها وجه ، بل تستحق المهر المسمى بالعقد وتضمن للزوج مهر المثل ، لأنّها اتلفت عليه الزوجيّة أو منافع البضع ، فتضمن بدلها وهذا نظير ما إذا باع شخص متاعه من شخص آخر ، ثمّ أتلفه بعد التسليم إلى المشتري ، فإنّ البائع لا يضمن الثمن المسمى بعد أن ملكه بالعقد ، وإنما يضمن للمشتري بدل ما أتلفه عليه من المثل أو القيمة . فالزوجة الرضيعة تأخذ المهر المسمى من الزوج ، وتضمن له مهر المثل وربما يزيد على المسمى وربما ينقص .

وأما المسألة الثانية : وهي أنّ المرضعة (التي يوجب إرضاعها الزوجة الصغيرة بطلان نكاحها) هل تضمن المهر للزوج على تقدير

استحقاق الصغيرة له؟ أو يفصل بين صورتي الاختيار في ارضاعها وعدمه؟
 واستدل للضمان أولاً بقاعدة الإلتلاف: وهي القاعدة المتسالم عليها
 عند العقلاء والممضاة شرعاً، أي السيرة جارئة على ضمان من أتلف مال
 الغير ببدله من المثل أو القيمة، وفي المقام حيث إنّ المرضعة قد أتلفت على
 الزوج الاستمتاع بالزوجة أو نفس الزوجية، فتكون ضامنة لبدل ذلك وهو
 المهر، والظاهر أنّ المضمون هو المهر المثل لا المسمى (لأنّ المراد من البديل هو
 البديل العرفي أو الحقيقي للمتلف، لا ما بذله المالك في قبالة التملك له).

وأشكل عليه: بأنّ القاعدة موردها الأموال ولا كل شيء ولو لم يكن
 مالاً وعليه فلا صغرى لها في المقام، لأنّ علاقة الزوجية والاستمتاع بالزوجة
 ليس ممّا يتموّل أي لا يبذل المهر بإزائه وقد مرّ أنّ المهر ليس عوضاً عنها،
 بل ثبوت المهر بالتعبد الشرعي.

وثانياً، بقاعدة نفي الضرر بدعوى، أنّ المرضعة صارت سبباً لتضرر
 الزوج حيث إنّه ببطان النكاح تضرّر بتسليم مقدار المهر المسمى، الذي لم
 يحصل له في مقابله شيء ومقتضى هذا الوجه، ضمان المرضعة المهر المسمى،
 لأنّه الذي تضرّر به الزوج.

وأشكل على الاستدلال بها^(١): أولاً، إنّما ترفع الأحكام المجعولة في
 الشريعة إذا كانت ضرورية ولا تشمل الأحكام العدمية وقد حقق في
 الأصول، أنّها رافعة للضرر الناشي من الجعل الشرعي وأمّا عدم الوجوب
 إذا كان ضرورياً، فلا يرفع بهذه القاعدة، ليصير الشيء واجباً، دفعاً للضرر،

(١) أحكام الرضاع في فقه الشيعة: ١٦١.

لأنَّ الضرر حينئذٍ غير ناشٍ من قبل الشارع، فلا تعم القاعدة الضرر الناشئ من عدم الجعل الشرعي .

ومن الواضح عدم حكم وجودي ضرري، ليرتفع وإنما ينشأ الضرر من عدم تضمين المرضعة .

فإن قيل: إنَّ في المقام جواز الإرضاع وهو من الشارع، فهو مرتفع بالقاعدة .

قلنا: سلمنا رفع الجواز بقاعدة نفي الضرر، إلا أنه لا تثبت بها الضمان وهذا واضح .

ومع التنزُّل والقول بشمول القاعدة للأحكام العدمية (التي ينشأ من عدم الجعل فيها الضرر) لم تشمل المقام أيضاً، لأنَّ الامتنان على الزوج برقع عدم الضمان ينافي الامتنان على المرضعة، فلا ترجيح لضرر أحدهما على الآخر، حتَّى فيما إذا أقدمت الرضيعة على ضرر نفسها، لأنَّ الإقدام على الضرر، فرع ثبوت الضمان وهو أوَّل الكلام والقاعدة قاصرة، هذا أوَّلاً وثانياً إنَّ هذا أخص عن المدَّعى، فلربما يكون الإرضاع واجباً عليها، لتوقف حفظ نفس الرضيعة وفي المقام أمر من الشارع بإرضاعها، فلا يصدق الإقدام على الضرر على نفسها .

وثالثاً: برواية ضعيفة مروية في الفقيه، الظاهرة الإشكال في إسناد الصدوق إلى داود، عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضاً وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق

وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال: «يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيِّع حقَّها، إذ لم يشهد عليه بذلك الذي قال»^(١).

الدالة بعموم التعليل، على أن التضييع سبب للغرامة وفي المقام أن المرضعة قد صيغت حقَّ الزوج فيجب عليها أن تغرم له ما خسرته من المهر. وأشكل عليه أولاً، بضعف السند وثانياً بأن مورد الرواية الحق المالي والتعليل يشمل كل حق مالي، مع أن المرضعة لم تضيِّع حقاً مالياً وإنما صيِّغت الزوجية بالإرضاع والمهر قد وجب بنفس العقد.

وأما المسألة الثالثة: وهي على تقدير القول بالضمان على المرضعة، هل تضمن المهر المسمى أو مهر المثل؟ فالحق هو الثاني، لأن المدرك للضمان إن كان هو قاعدة الإلتلاف فهي تقتضي ضمان ما أتلفته على الزوج، من منافع البضع أو الزوجية، لا المهر المسمى الثابت على الزوج بالعقد. وإن كان قاعدة الضرر كذلك أيضاً، لأن الزائد على المهر المثل قد أقدم عليه الزوج بنفسه فتضرَّه مستند إلى أقدامه.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٦٥ / كتاب الوكالة ب ٤ ح ١.