

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۷۵

(المسألة الرابعة)

«اختلاف الدين فسخ لا طلاق، فإن كان من المرأة قبل الدخول سقط به المهر، وإن كان من الرجل فنصفه على قول مشهور، وإن كان بعد الدخول فقد استقرّ ولم يسقط بالعارض، ولو كان المهر فاسداً وجب به مهر المثل مع الدخول، وقبله نصفه إن كان الفسخ من الرجل، ولو لم يسمّ مهر أو الحال هذه كان لها المتعة كالمطلّقة، وفيه تردد. ولو دخل الذمي وأسلم وكان المهر خمراً ولم تقبضه قيل: سقط، وقيل: يجب مهر المثل، وقيل: يلزمه قيمته عند مستحليّه، وهو الأصحّ».

قد مرّ أنّ اختلاف الدين بين الزوجين محكوم بحكم التفريق والتطليق في لسان الأدلّة ولا الطلاق الاصطلاحي الشرعي، ولذلك لا يلحقه أحكام الطلاق؛ ولذلك حكم المحقّق رحمته الله بسقوط مهر الزوجة إذا أسلمت قبل الدخول بها (مع أنّ الحكم في باب الطلاق فيما نحن فيه تنصيف المهر). واستدلّ له في «الجواهر»^(١) أوّلاً: بأنّ المهر بمنزلة العوض في العقد، فإذا انفسخ العقد الموجب له قبل استيفاء العوض رجع استحقات العوض إلى مالكه، ولا سيّما بعد كون الفسخ من قبلها، وصرف كون الانفساخ من قبل وجوب الإسلام عليها لا يوجب ولا يمنع عن مقتضى القاعدة وتأثيره، وهو

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٧٥.

سقوط العوض في انفساخ العقد، وتقصيره بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعدة الفسخ.

وأشكل على «الجواهر» أولاً: بأن نسبة الفسخ إلى المرأة غير تام، حيث إن انفساخ العقد يرتبط بإسلامها وعدم إسلام الزوج؛ لأن مع إسلامه لا يفسخ العقد، فيكون المنشأ للانفساخ إسلامها وعدم إسلامه متقدماً أو مقارناً.

وثانياً: إننا لا نسلم وجود المعاوضة بين المهر والبضع؛ لأن كثيراً ما يكون المهر أقل من قيمة البضع أو أن المهر أكثر بهاءً وقيمة من البضع، ومع ذلك لا إشكال في ثبوت المهر المسمى، فلذلك نجزم بأن المهر لا يكون في قبالة الدخول، بل هو في قبالة قيمومة الرجل على المرأة.

وثالثاً: لو سلمنا المعاوضة في النكاح فما هو وجه لجعل المهر في قبالة الوقاع فقط؟ وأي دليل يدل على هذا؟ بل لا يبعد القول بتقسيط المهر على الوقاع وسائر التمتع؛ ولعله لذلك حكم بتنصيف المهر في الطلاق قبل الدخول.

ورابعاً: لو سلمنا أيضاً عوضية المهر في قبالة البضع فهو يرجع إلى صاحبه لو لم يحصل من المرأة التمكين لزوجها، ولكنه لو تمكنت نفسها للزوج ولم ينتفع بها يحكم بتحقق المبادلة كما حكم في باب الإجارة باستحقاق الأجرة إذا مهّد الأجير نفسه ولم ينتفع به الموجر؛ لأن الشرط لتحقق التسليم - وهو إمكان القبض - قد حصل.

ولكن الإيراد على بعض ما أفيد إشكالاً على «الجواهر» أولاً: هو ما

ذكره في ذيل كلامه بأنّ تقصير الزوج بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعدة الفسخ، كما أنّ الحكم بوجود الإسلام بالنسبة إلى الزوجة لا يؤثر في عدم اقتضاء القاعدة، بل الحكم برجوع كلّ عوض إلى صاحبه هو ما اقتضاه الفسخ في العقود كما في البيع وإن كان أحدهما مؤثراً ومقتضراً في تحقّق الفسخ.

وثانياً: أنّه في إنكاره المعاوضة بين المهر والبضع على حقّ، ونحن قد حقّقنا ذلك وسيأتي الكلام عنه في باب المهور من أنّ النكاح تبادل في التمتع والانتفاع بين الرجل والمرأة يجعل العلقه، والمهر حكم تعبدي من الشارع، سواء علمنا حكمته أم لا نعلم؛ ولذلك لا نسلم جعله في قبالة القيمومية المذكورة للزوج.

وما أفيد ثالثاً ورابعاً: ظهر إشكاله مما تقدّم، فالعمدة في عدم تمامية الاستدلال المذكور هو ما ذكرناه، والتفصيل موكول إلى مبحث المهور إن شاء الله.

واستدلّ في «الجواهر» ثانياً لسقوط المهر بصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام: في نصراني تزوّج نصرانية، فأسلمت قبل أن يدخل بها قال: «قد انقطعت عصمتها منه ولا مهر لها ولا عدّة عليها منه»^(١).

وهذه الصحيحة صريحة في تمامية المدّعى، إلا أنّ في قبالتها موثقة

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٤٧ / أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٦.

السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم فأبي زوجها أن يسلم ففضى لها عليه نصف الصداق، وقال: «لم يزدها الإسلام إلا عزاً»^(١).

احتمل بعضهم اختصاص الحكم فيها بالمجوسية لافتراق الحكم بالنسبة إليهما مع أهل الكتاب، كما احتمل اختصاص الحكم بصدر الإسلام لتقوية الإسلام في ذلك الزمان فالحكم خاص بزمان الصدور.

ولكن يضعف الأول باشتراك المجوس مع سائر أهل الكتاب في المعاملة معهم ولا سيما في أمر النكاح، والثاني كذلك، حيث إن الموثقة وإن كانت مشتملة على نقل الحكم المنسوب عن أمير المؤمنين عليه السلام، إلا أن إمامنا الصادق عليه السلام في مقام الاستدلال بما يرويه عن جده عليه السلام، وغير خفي أن الفصل الزماني بين الإمامين قليل لا يعبا به، هذا، مضافاً إلى أن قوة ظهور الرواية (السكوني) في العموم آية عن تخصيص الحكم بزمان دون زمان.

ولذلك لا بدّ من معالجة التعارض بين النصين إن أمكن. وما ادّعاه الشيخ من قيام الإجماع على تقديم الصحيحة على الموثقة مما لا يمكن المساعدة عليه بعد كونها مشمولة لأدلة الاعتبار.

والظاهر أن الصحيحة نصّ في سقوط المهر والموثقة ظاهرة في ثبوت نصف المهر؛ لأنّ ثبوته مستفاد من قضائه عليه السلام مع ضمّ التعليل، ومقتضى

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٤٨ / أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٧.

تقديم النص على الظاهر هو الحكم بسقوط المهر في المقام وحمل الوثيقة على الحكم في خصوص موردها .

وإن اورد بأنّ تضعيف الاحتمالات وتقوية التعليل يوجب قوة الظهور في قبال النص المذكور، فيشكل تقديم مضمون الصحيحة على الوثيقة لتكافؤهما في الجملة .

فنقول : إنّ الحكم هو السقوط وإن قلنا بالتعارض والتساقط ؛ لأنه بعد التساقط يكون المرجع هو مقتضى القواعد ، وفي المقام بعد أنّ الحكم هو الانفساخ ، وعليه إمّا نقول فيه : برجوع كلّ عوض إلى صاحبه .

وإمّا نقول : بأنّ المهر حكم تعبدي في النكاح من دون القول بكونه معاوضة ومبادلة وبمجرد ثبوت النكاح ثبت المهر ولكن بحكم الشارع انفسخ العقد بقاءً ، وحيث إنّ دليل الشرع لم يثبت إمضاء العقد السابق ولم يهمل الشارع للزوج إلى تمام العدة ، فلا وجه لشمول الأدلة الشرعية الدالة على ثبوت نصف المهر على الزوج قبل الدخول ؛ لعدم إمضاء عقدهما ، فكأنّه لم يكن ، فلا مهر مع إمكان ثبوت تمام المهر ؛ لأنّ مقتضى الانفساخ هو الفسخ من حين الحكم به وهو إسلامها ولا يكون كاشفاً عن عدم تحقق العقد من أصله ، فالمهر قد ثبت بالعقد ، ومقتضاه ثبوت المهر وإن لم يكن العقد باقياً بحكم الشرع ، إلا أنّ سقوط المهر مما لا دليل عليه ، بل هو ثابت على الزوج بتمامه ، والحكم بالتنصيف هو ما يقتضيه أدلة الطلاق أو المات ، وقد ثبت أنّ تعميمه للمقام قياس ، فلا مناص من الحكم بثبوت تمام المهر على ذمّة الزوج ، مضافاً إلى أنّه مقتضى الاستصحاب في الباب (بناءً على جريانه في

الشبهات الحكمية، كما هو الحق).

قوله ﷺ: «إن كان من الرجل فنصفه على قول مشهور، وإن كان بعد الدخول فقد استقرّ ولم يسقط بالعارض....»
ووجه الحكم بالتنصيف لكون الفسخ منزّل منزلة الطلاق قبل الدخول.

وأشكل عليه: بأنّ ذلك قياس محرّم وأنّ للطلاق أحكامه الخاصّة، ولا يمكن إلغاء الخصوصيّة عنه والتعدّي عنه إلى غيره بوجه من الشباهة.
إن قيل: إن مستند القياس المذكور هو التنصيف في رواية أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله ﷺ قال: «إذا ارتدّ الرجل المسلم عن الإسلام بانّت منه امرأته كما تبين المطلّقة»^(١) ففي الرواية قد قاس الإمام ﷺ حكم الارتداد بالطلاق، فكلّ ما يوجب البيونة كالارتداد والفسخ والطلاق يكون على نسق واحد في الأحكام المترتبة.

قلنا: على فرض تمامية دعوى القياس في الرواية المذكورة فهو قياس في الحكم الخاص، وهو عدم ثبوت الحرمة الأبديّة على المرتدّ، كما أنّ الطلاق حكمه كذلك، هذا أولاً. وثانياً: يشكّل الاستناد إلى هذه الرواية لثبوت جميع الأحكام المترتبة على الطلاق بالنسبة إلى الفسخ الحاصل من الاختلاف في الدين لقصور الظهور في المستند.

ولذلك استوجه كثير من المتأخرين ثبوت الجميع عليه، بدعوى:

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧ / أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٤.

إيجاب العقد عليه له أجمع فيستصحب ثبوته ولا سيّما بعد أن لم يكن الفسخ من قبلها، وتقصيرها بعدم الإسلام معه لا يرفع استحقاتها الثابت لها بالعقد. والإشكال: أنّ قاعدة الفسخ تقتضي ردّ كلّ عوض إلى مالكه، فنتيجته سقوط الجميع عنه، قد مرّ الكلام فيه بأننا لا نسلم عوضية المهر في المعاوضة المذكورة (النكاح). وأمّا دعوى أنّ الحكم بالتنصيف هو مقتضى الإجماع المركّب حيث إنّ المسألة عندهم ذات قولين:

أحدهما: ثبوت نصف المهر، وثانيهما: تمام المهر، والقول بالسقوط خرق الإجماع المزبور وإحداث للقول الثالث؛ ولذلك يحكم بثبوت النصف المتيقن من القولين وجريان البرائة بالنسبة إلى الزيادة، مندفع بأن الاستصحاب المقتضي لثبوت تمام المهر حاكم على البرائة أولاً.

وثانياً: سلّمنا أنّ القول بالسقوط يستلزم خرق الإجماع المزبور ولكننا لم نقل بالسقوط كما أننا لا نسلم التنصيف؛ لعدم مساعدة الدليل والله العالم.

وأما الكلام بالنسبة إلى ثبوت تمام المهر واستقراره بعد الدخول وعدم سقوطه بالعارض: فقد ظهر الكلام فيه ممّا سبق على ما اخترناه في المسألتين من أنّ المهر قد ثبت بالعقد والتوجيهات المذكورة لسقوطه أو سقوط نصفه غير تامّة للحكم بالسقوط فيما نحن فيه بالأولوية حتّى على مسلك القائل بالمعاوضة، وقد أفيد أنّ مقتضى الفسخ وجوب ردّ مهر المثل ولا المسمّى؛ لأنّ المسمّى قد سقط اعتباره بالفسخ وتعذر رده نعم، بالدخول تستحقّ

المرأة مهر مثلها؛ ولعلّه لذلك استند في «الجواهر»^(١) إلى دعوى الاتفاق والوفاق من «المسالك»^(٢) للحكم بثبوت مهر المسمّى واستقراره بالدخول. إلا أنّ هذا مبنيّ على خيرتهم المهر ثمناً للبضع، ولكننا بناءً على ما اخترناه من ثبوت المهر المسمّى بمجرد العقد وعدم دخل الفسخ في سقوطه أو تبديله بالمثل فلا نحتاج في إثباته إلى الاتفاق والوفاق المدّعى في المقام، فيجب عليه ردّ تمام المهر المسمّى.

وقد تعرّض «الجواهر» في ذيل المسألة حكم الشك في السابق والاقتران بعد أن حكم بعدم وقوع الفسخ لو تقارن إسلامهما، بل وحتى فيما أمكن الاقتران مع جهل بالتاريخ، إلا أنّه مع عدم الاقتران فقد حكم بأنّه لا شيء لها عليه على مختاره، وعلى ما اختاره الآخر لها الجمع أو النصف. والمسألة واضحة بعد ما حقّقناه من ثبوت المهر بمجرد العقد وعدم اقتضاء الانفساخ سقوطه.

قوله ﷺ: ولو كان المهر فاسداً... ولو لم يسم مهراً... ولو دخل الذمّي وأسلم وكان المهر خمراً. تعرّض لحكم فروض ثلاثة:

أحدها: ما لو كان المهر فاسداً كما إذا اختلّ شرط من شروط صحّته كالمعلومية مثلاً أو غير المتموّل، فقد حكم بوجود مهر المثل، مع الدخول وقبله نصفه إن كان الفسخ من الرجل، والخلاف المذكور في تعليق وجوب

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٧٦.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٨٥.

الدفع على الدخول، كلّ المهر أو نصفه قد مرّ الكلام فيه، والعمدة هو الكلام في تبديل المهر من المسمّى إلى المثل والظاهر أنّ حكمه هذا في الانتقال والتبديل مبنيّ على تنزيل الفسخ منزلة الطلاق، إلاّ أنّ الإشكال في ذلك: أنّه مناف لقاعدة إقرارهم على ما وقع منهم حال كفرهم، فمع فرض جواز هذا النحو في دينهم ولا سيّما مع حصول القبض وخروجه عن الجهالة أو رضاها بما أخذها ولو كان غير متموّل، فلا يبعد الحكم بعدم جواز رجوعها إليه بشيء عند ذلك، ومطالبة المسمّى مع عدم الأخذ، وفي المقام تنمّة سنذكرها. ثانيها: ما لو لم يسلم مهراً وكان ذلك جائزاً في دينهم، والظاهر الحاقه بالفرض السابق للتقرير المذكور، إلاّ أنّ المصرّح في كلمات القوم - على ما «في الجواهر» - فيما نحن فيه (أي إذا لم يدخل بها وأسلم دونها) كان لها المتعة كالمطلّقة، وكان المستند لذلك هو الآية الكريمة: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِأَمْغُروفٍ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١) بدعوى دلالتها على أنّ للمرأة حظّ من مال الرجل في المقام، إلاّ أنّ المحقّق قد تردّد في الحكم وجزم بالمنع في «الجواهر» بتوجيه: أنّ الفسخ ليس بطلاق، فلا يقتضي جريان أحكام الطلاق عليه، فالمتحصّل عدم جواز رجوعها إلى شيء، بل وحتىّ مع الدخول أيضاً لقاعدة الإقرار المذكور والمفروض صحّة النكاح عندهم من دون جعل المهر، فلا موجب للحكم بالمتعة، إلاّ أن يقال: بأنّ استيفاء البضع من قبيل الأسباب التي تترتب عليها مسيبتها، فهو حينئذٍ كإتلاف كافر مالاً من كافر

(١) البقرة ٢: ٢٤١.

مثلاً على وجه لم يتلزم به في دينهم ثم أسلم وكان من دين الإسلام التزامه به ، فإنه يجب عليه أدائه له ، وقاعدة الإقرار إنما هي بالنسبة إلى الصحة والفساد في العقد مثلاً ، لا في نحو ذلك وما نحن فيه منه فتأمل جيّداً .

ولكنّ الإشكال على ما أفاده في «الجواهر» مبنّى على جعل المهر عوضاً على البضع وسببياً الاستفادة منه ضمان المسبّب ، وقد مرّ الإشكال في أساس المبنى ، هذا أولاً . وثانياً : أنّ تخصيص قاعدة الإقرار بأصل الصحة والفساد دون ما يترتب عليهما من الأحكام مما يحتاج إلى المخصّص .

ثالثها : ما إذا جعل المهر خمراً ولم تقبضه (سواء دخل بها أم لم يدخل على المبنى المختار) ؛ لأنّه إن أقبضه إياها حال الكفر لم يكن لها شيء بحكم أنّ الإسلام يجبّ ما قبله ، وأمّا لو لم يقبضه كما هو المفروض في الكلام ، قيل : بالسقوط ، وقيل : بوجوب مهر المثل ، وقيل : تلزّمه قيمته عند مستحليّه .

أمّا الأوّل : فلعلّه لعدم مالية الخمر والخنزير في الإسلام ؛ ولذلك ما في ذمة الرجل لا مالية له ولا يجوز دفعه إلى غيره ، مضافاً إلى أنّ الزوجة قد وافقت مع هذا المهر ورضيت فيدّام حكم رضاها وقد تعدّرت إقباضه بعد الإسلام بالنسبة إلى المستحق عليه فسقطت المطالبة .

وأمّا الثاني : فلائها لم ترض إلا بالمهر والفرض امتناعه عليه بالإسلام فيرجع إلى مهر المثل .

بتوضيح : أنّ الشخص إذا ضمن شيئاً ولم يمكنه دفعه ولو تشريعاً يجب عليه دفع عوضه ، والعوض في الشرع عن المهر المسمّى هو المهر المثل ، ويؤيد ذلك رواية طلحة بن زيد قال : سألته عنه عن رجلين من أهل الذمة

حكم المهر لو انفسخ العقد باختلاف الدين ١٢٦٩
أو من أهل الحرب تزوج كلّ منها امرأة ومهرها خمراً أو خنازير، ثمّ أسلماً،
فقال: «ذلك النكاح جائز حلال، ولا يحرم من قبل الخمر والخنازير»،
وقال: «إذا أسلماً حرم عليهما أن يدفعاً إليه شيئاً من ذلك يعطياهما
صداقهما»^(١).

وأما الثالث: يلزمه قيمته عند مستحليّه، كما لو جرى العقد على عين
وتعدّر تسليمها.

ولأنّ مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمّى مع اعتراف الزوجة بعدم
استحقاقه وقد ينقص.

ولوجوب قيمة الخنزير والخمر لو أتلفها المتلف على ذمّي وترافعا
إلينا. ولخبر عبيد بن زرارة: النصراني تزوج النصرانيّة على ثلاثين دنّاً خمراً
وثلاثين خنزيراً، ثمّ أسلماً بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال: «ينظركم قيمة
الخنازير وكم قيمة الخمر، ويرسل به إليها ثمّ يدخل عليها، وهما على
نكاحهما الأوّل»^(٢).

والظاهر عدم منافاتها للرواية السابقة باحتمال إرادة الصداق فيها هو
القيمة المذكورة، ثمّ أشكل بضعف الروايتين، وقال: بأنّ الأوّل - أي السقوط
- أوفق بأصول المذهب كأصل البرائة وقاعدة الجبّ وغير ذلك، ومن هنا
يقوى حينئذٍ سقوط المهر^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٤٣ / أبواب المهور ب ٣ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٤٣ / أبواب المهور ب ٣ ح ٢.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٧٨.

أقول: الحقّ أنّ الحكم بتبديل مهر المسمّى إلى المهر المثل في الفرض الأوّل مشكل؛ لابتناء الحكم على تنزيل الفسخ منزلة الطلاق، وهو كما ترى.

مضافاً إلى أنّ ذلك مناف لقاعدة الإقرار نعم، لو كان فساد المهر من ناحية الجهالة لا يبعد الحكم برجوعه إلى مهر المثل كما هو المعمول في أحكامنا بين المسلمين.

وأما إذا كان الفساد من ناحية أخرى ككونه غير متموّل شرعاً، فحيث إنّه رضيت بذلك عند العقد والمفروض دوام رضاه وقد أمضاه الشرع بقاعدة الإقرار، فلا وجه للحكم بالتبديل إلّا من ناحية الدفع من المسلم، وهو لا يقتضي أزيد من عدم جواز دفع العين الممنوعة تبادلها، فعندئذٍ لا يبعد الحكم بالرجوع إلى القيمة ولا مهر المثل؛ لاحتمال اختلافه مع المسمّى قلة وكثرة.

وأما الحكم بالمتعة فيما إذا لم يسمّ مهراً: فقد مرّ الكلام والإشكال فيه، فالحكم فيه هو السقوط؛ لأنّ تنزيل الفسخ منزلة الطلاق غير محرّز، مضافاً إلى أنّ الفسخ فيما إذا كان الزوجان مسلمين لا يقتضي وجوب دفع المتعة مع عدم الدخول فكيف فيما إذا تحقّق الفسخ في غيرهما؟

وتنزيل الفسخ فيهما منزلة الطلاق وإحاقه به ممّا لا وجه له، بل هو بعيد في الغاية.

وأما الكلام في الفرض الثالث، وما أفتى به المحقّق من لزوم دفع القيمة عند مستحليّه فهو المتعيّن عندنا من بين المحتملات؛ لأنّ الحكم بالتبديل ممّا

لا دليل عليه بما مرّ .

وأما الحكم بالسقوط مستنداً إلى أصل البرائة وقاعدة الجبّ بعد تضعيف الروايتين مندفع بأنّ الرواية الاولى (طلحة بن زيد) لو لم نقل بصحّتها موثقة؛ لأنّ الشيخ يقول: «إنّ كتابه معتمد أخبرنا به ابن أبي جيّد عن ابن الوليد عن الصّفار»^(١).

وعن النجاشي: «له كتاب يرويه جماعة»^(٢) والمراد بالجماعة أجلاء كمنصور بن يونس ومنصور بن حازم عثمان بن عيسى . وهو (طلحة) وإن كان زدياً بترياً (من العامة) إلّا أنّ ذلك لا يوجب ضعفه في النقل فهو موثق .

ولأنّ الراوي عنه في الرواية المذكورة عبدالله بن المغيرة الذي عدّ من أصحاب الإجماع، فالرواية صحيحة .

وكذلك الكلام بالنسبة إلى الرواية الثاني، فإنّ الضعف مستند إلى القاسم بن محمد الجوهري (على أسانيد الشيخ)^(٣). وأمّا الصدوق^(٤): فقد رواه باسناده عن رومي بن زرارة الذي في ضمن أسانيد (جعفر بن محمّد بن مسرور). واحتمل الوحيد عليه السلام^(٥) أنّ هذا الاسم هو «جعفر بن محمّد بن

(١) الفهرست: ٨٦.

(٢) رجال النجاشي: ٥٥٠/٢٠٧.

(٣) التهذيب ٧: ١٤٤٧/٣٥٦.

(٤) الفقيه ٣: ١٣٨٣/٢٩١.

(٥) تعليقات على منهج المقال: ٨٧.

قولويه» وأصرّ على ذلك بعض المعاصرين وأثبتته، فإن تمّ هذا المدعى لا بأس بالرواية باسناد الصدوق، كما أنّ دفع الشبهة عن جهالة (قاسم بن محمد الجوهري) يوجب الاعتداد بالرواية الثانية.

فعلى هذا لو تمّ النص الوارد في المقام فلا تصل النوبة إلى إجراء البرائه، كما لا مجال لقاعدة الجبّ بعد التصريح بلزوم الصداق في الدليل. هذا مضافاً إلى أنّ إجراء البرائة والقاعدة مناف لقاعدة الإقرار، على أنّ كون «قاعدة الجبّ» رافعة للضمانات والتبرئة لحقوق الناس أوّل الكلام.

(المسألة الخامسة)

«إذا ارتدّ المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمة، ووقف نكاحها على انقضاء العدة، فلو وطأها بالشبهة وبقي على كفره إلى انقضاء العدة؛ قال الشيخ: عليه مهران: الأصلي بالعقد والآخر للوطء بالشبهة، وهو يشكل بما أنّها في حكم الزوجة إذا لم يكن عن فطرة^(١)».

قد مرّ الكلام سابقاً أنّ الارتداد الفطري يوجب القتل والبيونة عن الزوجة وتقسيم الأموال بين الورثة، ومن البديهي تخصيص حكم البيونة بالنسبة إلى الزوجة المسلمة، وفي كلام البعض منهم «الجواهر»^(٢): تعميم الحكم بالنسبة إلى غير المسلمة (كما عمّمه بالنسبة إلى المّلي، وهكذا بالنسبة إلى ما قبل الدخول) والظاهر أنّ المستند لهذا العموم محكوميّة المرتدّ الفطري بالقتل وكذا المّلي مع عدم التوبة. فعلى هذا يكون المرتدّ مطلقاً بمنزلة الميّت، فلذلك يحكم عليه بجرمة وطء زوجته.

إلاّ أنّه قد أشكلنا سابقاً بالنقض عليه أوّلاً: أنّ هذا استلزم الحكم المذكور في كلّ محكوم بالقتل حتّى قصاصاً، مع أنّه لا يلتزم به. وثانياً: أنّه لا يستفاد من الدليل أكثر من تشريع الحكم (القتل) حتّى فيما إذا لم يكن إجرائه، كما هو كذلك في طول الأزمنة (أو بناءً على توقّف الحدود بعصر

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٧٩.

المعصوم عليه السلام مع أنه لم يعامل معه معاملة الميت .

وكيف كان اختصاص الحكم في المتن بالمسلمة، لترتب ما بعده من الأحكام، كما إذا وطأها شبهة يجب عليه مهرا ن: الأصلي بالعقد والآخر للوطء شبهة .

ثم أشكل في وجوب المهر المثل للشبهة، معللاً بكونها في حكم الزوجة إذا لم يكن عن فطرة، ولذلك لو رجع إلى الإسلام لم يفتقر إلى عقد جديد؛ لأن ارتداده ليس بأزيد من الطلاق الرجعي الذي لا يوجب البينونة، إلا أنه يمكن دفعه فيما إذا قلنا بأن البقاء على الكفر حتى انقضاء العدة يكشف عن انفساخ العقد من حين الارتداد، فيكون الوطء حينئذٍ مصداقاً لوطء الشبهة (مع جهله مثلاً) فيترتب عليه مهر المثل، كما عليه الشيخ وكثير من الفقهاء، نعم، بناءً على النقل يحكم ببقاء الزوجية، فلا يعد وطئها الوطء بالشبهة، بل هي زوجته فلا يلزمه مهر المثل؛ لأن ذلك مبني على تحقق البينونة الحقيقية بين الزوجين وهي غير متحققّة .

وما في رواية أبي بكر الحضرمي من التشبيه بالمطلقة في الطلاق الرجعي لإثبات بعض اللوازم كالإرث في العدة، والرواية هي: «إذا ارتدّ الرجل المسلم عن الإسلام بانتهام امرأته كما تبين المطلقة، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدة فهي ترثه في العدة...»^(١).

فهذه الرواية مؤيدة للقول الثاني، أي النقل وعدم ثبوت المهر المثل

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧ / أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٤ .

للوطء بعد الارتداد وإن كان الوطء على المرتد غير جائز، بخلاف باب الطلاق الرجعي، فلا يكون التشبيه بين المقامين من جميع الجهات وإن ترتب عليه أثر الطلاق الرجعي.

نعم رواها الشيخ بسنده مشتملة على زيادات، وهي كما تبين المطلقة ثلاثاً وتعدت منه كما تعدت المطلقة فإن رجوع إلى الإسلام وتاب قبل أن تزوج فهو خاطب ولا عدة عليها منه وإنما العدة لغيره، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدة اعتدت منه عدة المتوفى عنها زوجها وهي ترثه في العدة.

فبناءً على هذه الرواية يشكل الحكم بعدم المهر المثل ولا يبعد الترجيح للمشتملة على الزيادة، بدعوى كون الثانية موحدة للأولى المشتملة على التشبيه بالمطلقة على النحو المطلق، ولا معارضة؛ لأنهما مثبتين، فالحكم هو ما أفتى به الشيخ مضافاً إلى أن ذلك مقتضى الاحتياط.

(المسألة السادسة)

«إذا أسلم وعنده أربع وثنيات مدخول بهنّ لم يكن له العقد على الأخرى ولا على أخت إحدى زوجاته حتى تنقضي العدة مع بقائهنّ على الكفر، ولو أسلمت الوثنية فتزوّج زوجها بأختها قبل إسلامه وانقضت العدة وهو على كفره صحّ عقد الثانية فلو أسلم قبل انقضاء عدة الأولى تخير كما تزوّجها وهي كافرة»^(١).

قد مرّ الكلام في حرمة نكاح المشركات حدوثاً وبقاءً دون الكتابيات، وفي المقام يحكم على المسلم بالبينونة معهنّ لو كنّ غير مدخولة بهنّ من دون توقّف على مضيّ العدة ومع فرض الدخول موقوفة على انقضاء العدة، فعلى هذا بنى الحكم بعدم جواز العقد على الخامسة ولا على أخت احداهنّ مع بقائهنّ على الكفر حتى انقضاء العدة.

والمسألة واضحة لو قلنا بأنّ البقاء على الكفر ناقل؛ ولذلك يكون العدة مانعة للانفساخ وبعدها يتم الانفساخ.

وأما بناءً على الكشف: فالظاهر أيضاً كذلك؛ لأنّ الكاشفية متوقفة على انقضاء العدة حتى حصل الاطمئنان بالبينونة؛ ولذلك صرح في «الجواهر»^(٢) - مع أنّ مبناه الكشف - بعدم الجواز لكونه منهيّاً عن الخامسة وعن أخت الزوجة، ولا يتم امتثال ذلك إلاّ بإجتناّب هذين؛ لاحتمال كونها خامسة وأخت الزوجة. والتمسك بأصالة عدم الإسلام في العدة لا يرفع باب

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٨.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٨٠.

المقدمة بعد أن كان الإسلام وعدمه كاشفاً عن بقاء الزوجية وعدمها لا شرطاً مؤثراً؛ إذ هو حين إسلامه إما أن يكون ذا أربع في الواقع وناكحاً للأخت أو لا؟ فالمعقود عليها حينئذٍ قبل انكشاف ذلك من مشتبه الموضوع لا يجوز الإقدام عليها، كالأمرأة المشتبه حالها أنها أم أو لا.

وبذلك يعلم أن من عقد على امرأة فضولاً لم يجز له أن ينكح أمها قبل الإجازة على وجه يتصرف بها؛ لانكشاف أنها أم امرأة، كما أوضحناه سابقاً، انتهى موضع الحاجة.

توضيح ما أفاده: إن العقد على غيرهنّ (أي الخامسة) أو أخت إحداهنّ يكون من موارد الشبهة؛ لأنه لم يتيقن بخروج زوجاته عن الزوجية (بصرف إسلامه)، بل يحتل بقائهنّ على الزوجية؛ ولذلك يكون العقد الجديد إما مشمولاً للنهي عن الخامسة أو أخت الزوجة، وإما (على الأقل) يوجب الشك في تحقق امتثال النهي المذكور والبراءة اليقينية، ولحصول الاطمئنان بالامتثال يجب عليه التجنب عن العقد الجديد من باب المقدمة العلمية.

ولا يمكن التمسك بأصالة عدم الإسلام، بمعنى: أن استصحاب الكفر (استصحاب استقبالي) يرفع وجوب مراعاة المقدمة العلمية؛ لأن الإسلام وعدمه كاشف عن بقاء الزوجية وعدمها لا شرطاً مؤثراً في تجديد الزوجية؛ ولذلك لا يمكن الجزم بالخروج عن الزوجية؛ لأن الاستصحاب في المقام لا يترتب عليه الأثر (مع أن الشرط في جريانه أن يكون منشأ للأثر)؛ لأن هذا الاستصحاب أي استصحاب الكفر كاشف محض ولا أكثر بمعنى: أن وزانه ليس حتى على وزان الشرط المتأخر ومؤثرته في العقد السابق، فعلى هذا

حيث إنه لا تأثير لاستصحاب بقاء الكفر في حال الموضوع إلا الكشف فلا يجوز له العقد الجديد (على الخامسة أو على الأخت)؛ لأنه على الأقل إقدام بالمشتبه .

نعم، لو نوقش في الكاشفية الصرفة في المقام وقيل: بأن في تعقبها نوع من التأثير لكشف الموضوع، أو قلنا: بأن للاستصحاب المذكور وزان الكاشفية عن ثبوت حكم أو عدم ثبوته، يمكن الحكم بجريانه بإحراز الموضوع وترتب الأحكام، إذن فلا يبعد الحكم بالجواز .

هذا، مضافاً إلى أن الإشكال المذكور مبني على القول بعدم تمامية القول في الاستصحاب الاستقبالي (وهو ما إذا كان المتيقن فعلياً والمشكوك استقبالياً).

والإشكال في حجّيته؛ لأنّ المعارف والمعمول في الاستصحاب هو اليقين السابق في الزمان المتقدّم والشك اللاحق في الحال، ولذلك لا يتم استصحاب استدامة الكفر .

إلا أنّه قد حقّق في الأصول جريان الاستصحاب في الأمور الاستقبالية، كما عليه الأعلام المتأخّرين من الأصوليين، وبني عليه كثيراً من الأحكام كوجوب الصيام للمرأة الطاهرة وإن احتملت رؤيتها الدّم خلال اليوم .

فعلى هذا لا يجوز له العقد الجديد، إلا أنّه يمكن الحكم بالجواز حتّى على القول بجريان الاستصحاب المذكور؛ لأنّه مع الاستصحاب الاستقبالي في المقام (أي استدامة الكفر) لا يمكن استنتاج عدم بقاء الزوجية . لأنّ من المسلم أنّه لو أسلمت المرأة خلال العدة لا يحكم بلزوم

إحداث عقد جديد ولا يكون إسلامها من عوامل جواز إحداث النكاح جديداً، وبذلك يعلم بقاء الزوجية (لنص الدال على بقائها على نكاحها الأول) فلا يفيد الاستصحاب المذكور البيونة التامة حتى يحكم بجواز العقد الجديد له .

إلا أن يقال: بأن وزان الاستصحاب وزان اليقين والاطمئنان تعبدًا، فكما أنه إذا تيقن وأحرز عدم إسلامها إلى انقضاء العدة يجوز له العقد الجديد، فبالاستصحاب القائم مقام اليقين الوجداني يحكم له بالجواز، وإنكار الجواز بمنزلة إنكار اعتبار الاستصحاب عند الشارع الذي هو بمنزلة اليقين الوجداني .

وبما ذكرنا يظهر الإشكال فيما أصّر عليه «الجواهر»^(١) من عدم جواز قياس المقام بالطلاق الخلع، بل هو بمنزلة الطلاق الرجعي الممنوع في أيام عدته النكاح مع أخت الزوجة أو العقد على الخامسة، وذلك لبقاء صلاحية الزوجية؛ لأن الفارق بين المقامين أن في الطلاق لا نحتاج إلى مؤونة زائدة أكثر من رجوع الزوج، مع أن الزوجية في المقام تستلزم إسلام الزوجة، ولا يكون الرجوع بنفسه من دون إسلامها جائزاً، فعلى هذا لا مانع من الحكم بجواز العقد الجديد بالنسبة إلى الخامسة أو أخت الزوجة؛ لعدم صدق الخامسة وأخت الزوجة بالاستصحاب المذكور المنزّل مقام اليقين الوجداني .

نعم، مقتضى لزوم الاحتياط في الشبهات الموضوعية من باب المقدّمة

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨١.

العلمية هو الحكم بعدم الجواز في المقام، سواء قلنا بجريان البرائة في المصداق المشتبه أو لم نقل بجريانها وقلنا بالاحتياط؛ لأنّ المقام يقتضي الاحتياط من باب المقدّمة العلمية، مضافاً إلى اقتضاء الاستصحاب بقاء الحالة السابقة، وهي الزوجية.

إلّا أنّ الشك في بقاء الزوجية السابقة مسبّب عن الشك في بقائها على الكفر، واستصحاب بقاء كفرها يوجب انتفاء الزوجية، فهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب بقاء الزوجية وانتفاء موضوع الحرمة، أي الزوجية، فيحكم أيضاً بجواز العقد الجديد.

إلّا أنّ مقتضى أنّ (النكاح أجدر أن يحتاط فيه) هو الاحتياط ولا سيّما بعد أن كانت المدّة قليلة لا يوجب الاحتياط المشقة والحرص.

قوله ﷺ: «ولو أسلمت الوثينة».

لأنّ هذا جائز عليه في دينه، ولا بحث لنا في ذلك إلى آخر ما أفاده نعم، لو أسلم معاً قبل انقضاء عدّة الاولى، أي لو أسلم الرجل وزوجته الثانية قبل انقضاء عدّة زوجته الاولى يحكم بالتخيير بين الأختين، وهذا واضح؛ لأنّ إسلام الرجل كاشف عن بقاء الزوجية بينه وبين زوجته الاولى، وبما أنّ تزويجه مع الثانية وقع حال كفره وأقرّه الشارع، يكون وزانه وزان ما لو تزوّج بأختين حال الكفر ثمّ أسلموا جميعاً، والحكم في المفروض هو التخيير، والمسألة واضحة.

(المسألة السابعة)

«إذا أسلم الوثنى ثم ارتدّ وانتقضت عدّتها على الكفر فقد بانت منه، ولو أسلمت في العدة ورجع إلى الإسلام في العدة فهو أحقّ بها، وإن خرجت وهو كافر فلا سبيل له عليها»^(١).

قد مرّ الكلام في بقاء النكاح بين الزوجين إذا أسلمت المرأة أيام عدّتها فيما إذا كان إسلام زوجها مقدّماً على إسلامها، وهكذا مرّ الكلام في بطلان النكاح إذا لم تسلم المرأة، وفي الفرض المذكور لو ارتدّ الزوج بعد إسلامه، فتارة تكون الزوجة باقية على كفرها حتى انقضاء العدة. وتارة: أسلمت الزوجة قبل انقضاء العدة.

فعلى الأوّل: فقد حكم الماتن بتحقيق بينونة، وصرّح في «الجواهر» بأنّ انقضاء العدة كاشف عن بطلان النكاح من أوّل إسلام الزوج، وهذا نصّ عبارته: «... فقد بان أنّها بانت منه من أوّل إسلامه المقتضي لانفساخ النكاح في مثل ذلك، وهو واضح...»^(٢).

ويمكن الاستشكال في الحكم - كما أورد عليه البعض - ودعوى وضوحه، حيث إنّ الأدلّة الحاكمة ببطلان النكاح في فرض إسلام أحد الزوجين مع عدم إسلام الآخر ظاهرة فيما إذا أسلم وبقى على إسلامه حتى انقضاء العدة، فلا تشمل المقام وهو ما إذا أسلم ثمّ رجع إلى الكفر، فالتعدّي

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٨.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٨٢.

إلى غير موردها مشكل جداً.

وما ذكرناه هو المستفاد من الأدلة المتقدمة:

منها: رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إن امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها، فقال علي عليه السلام: لا يفرق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، وإن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب»^(١).

وهذه الرواية ظاهرة في أن الأحكام المترتبة في أيام العدة مترتبة في فرض بقائها على الإسلام، ولا يمكن التثبت بإطلاق الذيل والقول بتحقيق البيونة بينهما، سواء أسلم الزوج وبقي أو ارتد؛ لأن الذيل مترتب على الصدر المقيّد بالفرض المذكور.

منها: رواية منصور به حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسي كانت تحته امرأة على دينه، فأسلم أو أسلمت، قال: «ينتظر بذلك انقضاء عدتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحها الأول، وإن هي لم تسلم حتى تنقضي العدة فقد بان منه»^(٢).
وظهور هذه الرواية في المدعى واضح.

منها: رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن أهل الكتاب... وأما المشركون مثل مشركي العربي وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة، فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٤٦ / أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٤٦ / أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٣.

فهي امرأته، وإن لم يسلم إلا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها»^(١).

وظهور هذه أيضاً كسابقتها في أنه إذا أسلم أحدهما وبقي عليه واضح، وعدم ثموها بالنسبة إلى صورة رجوعه عن الإسلام واضح أيضاً، ولأنّ المناطق في بقاء الزوجية وجود المسانحة والكفائه من حيث الديانة.

ومع زوالها يحكم بالفراق. وأمّا إذا رجعت المسانحة الكذائية لم يبق وجه للحكم المذكور، إلا أن يقال: بأن مجرد إسلام أحدهما يوجب حلّ العقد بينهما من دون توقّف على حصول أمر آخر كانقضاء العدة. ولكن هذا هو الذي تأباه الأدلة بأجمعها، سواء قلنا بأن مضيّ العدة ناقل أو كاشف؛ لأنّه بناءً على الكشف أو الشرط المتأخّر لا يكون العقد منفسخاً.

وأما في الفرض الثاني: وهو فيما أسلمت الزوجة قبل انقضاء العدة (المحكومة عليها بإسلام زوجها)، فقد صرح في «الجواهر»: بانفساخ عقدها بالارتداد وعدم فسخه بإسلام الرجل، فلا بدّ من ضرب العدة عليها من حين الارتداد، ثمّ قال: فإن رجع إلى الإسلام في العدة فهو أحقّ بها؛ لانكشاف عدم فسخ النكاح بالارتداد.

واستدلّ لذلك: بأنّ المسلم منه (أي الفسخ) استمراره إلى ما بعد انقضاء العدة لا ما إذا رجع فيها.

ثمّ ردّ دعوى عدم انكشاف كونها زوجة بإسلامها في حال ارتداد

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٤٧ / أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٥.

الزوج، ببيان: أن إطلاق الأدلة يقتضي بأنها زوجة له حال إسلامه، فحينئذ يكون الارتداد وارداً على النكاح الصحيح، فينسخ من حينه إن بقي مستمراً إلى انقضاء العدة وإن رجع إلى الإسلام تبين عدم الفسخ بمقتضى الأدلة السابقة نعم، إن بقي على الارتداد حتى انقضاء العدة فلا سبيل له عليه وبأن أنها بانت منه حين ردته.