

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۷۸

وهل يشترط تمكّنه من النفقة؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وهو الأشبه.

ولو تجدد عجز الزوج عن النفقة هل تتسلط على الفسخ؟ فيه روايتان: أشهرهما أنه ليس لها ذلك، ويجوز إنكاح الحرّة العبد، والعربيّة العجمي، والهاشميّة غير الهاشمي، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيّة بذاوت الدّين والبيوتات، ولو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته، وإن كان أخفض نسباً، ولو امتنع الولي كان عاصياً.

ولو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ، وقيل: ليس لها، وهو أشبه.

ويكره أن يتزوَّج الفاسق ويتأكّد في شارب الخمر وأن تزوّج المؤمنة بالمخالف، ولا بأس بالمستضعف، وهو الذي لا يعرف بعناد^(١).

الكلام في اشتراط التمكّن من النفقة:

المنسوب إلى المشهور عدم اشتراطه في الكفائة المشترطة في العقد، هذا هو القول الأوّل.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٠ - ٢٩٩.

والثاني: أنّ التمكن منها شرط في صحّة العقد.
 والثالث: أنّه ليس شرطاً في صحّة العقد، بل هو شرط في لزومه،
 ونسب القول الثاني إلى الشيخ في «المبسوط»^(١) و«الخلاف»^(٢) والمفيد في
 «المقنعة»^(٣) والعلامة في «التذكرة»^(٤)، كما أنّ القول الثالث نسب إلى ابن
 ادريس حيث قال: «إنّ ذلك ليس شرطاً في صحّة العقد وللمرأة الخيار إذا
 تبين كونه غير موسر بنفقتها ولا يكون العقد باطلاً، بل لها الخيار...»^(٥).
 هذا وقد تأمل بعض المعاصرين في صحّة انتساب القول بالاشتراط
 إلى من انتسب إليه كالمفيد والشيخ وابن زهرة بعد نقل كلماتهم.
 إلّا أنّ العمدة ملاحظة الأدلّة التي استدللّ أو يمكن الاستدلال بها
 للاشتراط:

الأوّل: الآية الشريفة: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ
 الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٦).

بتوجيه: أنّ من إرجاع غير المتمكّن إلى ملك اليمين يستفاد اشتراط
 التمكن من الإنفاق في نكاح الحرائر.

(١) المبسوط ٤: ١٧٨ و ١٧٩.

(٢) الخلاف ٤: ٢٧١ و ٢٧٤.

(٣) المقنعة: ٥١٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٣ (الطبعة المجرية).

(٥) السرائر ٢: ٥٥٧.

(٦) نساء ٤: ٢٥.

والثاني: قول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية يخطبها: «إن معاوية صعلوك لا مال له»^(١) وهذه ظاهرة في أن من لا مال له لا يصح نكاحه.

الثالث: ما رواه الكليني بإسناده عن أبان، عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار»^(٢)، ورواه الصدوق مرسلًا^(٣)، ورواه الشيخ^(٤) بسند يمكن القول باعتباره لمكان «محمد بن الفضيل» المشترك بين المهمل والثقة.

الرابع: ولما في ذلك من الإضرار بالمرأة، بتوضيح أن الحكم بلزوم هذا العقد من الشارع وإلزام المرأة عليه مستلزم للضرر عليها.

الخامس: ولعده في النقص عرفاً؛ لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب بتوضيح أن الناقص والكامل غير مسانخ، فلا كفوية عرفية كما في باب الأنساب.

السادس: ولأن بالنفقة قوام النكاح ودوام الزواج، ومع عدم تمكّن المرء من ذلك فلا دوام في هذا البناء.

فمن جميع ما ذكر يستفاد عدم إمضاء الشارع لمثل هذا العقد.

(١) سنن أبي داود ٢: ٢٢٨٤/٢٨٥؛ مسند أحمد ٦: ٤١٢؛ مستدرک الوسائل ٩: ١٢٩ /

أبواب النيابة في الحج ب ١٣٤ ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٧٨ / أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨ ح ٤.

(٣) الفقيه ٣: ١١٨٦/٢٤٩.

(٤) التهذيب ٧: ١٥٧٧/٣٩٤.

وأشكل في جميع ذلك في «الجواهر»: أمّا الآية فإنّها إمّا للإرث أو في المهر كقول النبي ﷺ لفاطمة ممّا استشارته وأرادت النصيحة منه، حيث ورد في الحديث «... لا مال له...»^(١).

توضيح ما أجابه في «الجواهر» أنّ الآية للإرشاد فكأنّ الآية في مقام بيان عدم حصر النكاح في الحرّات، بل يجوز نكاح ملك اليمين، «أو في المهر» أي الآية ناظرة إلى أقلّيّة المهر في الإمام بالنسبة إلى الحرّات.

وبالجملة: أنّ الآية غير واردة في اشتراط التمكن من النفقة في صحّة النكاح؛ لاحتمال حملها على ما ذكر أو أنّها محمولة على بيان اشتراط صحّة النكاح مع الإمام بالنسبة إلى من لم يتمكّن من الحرّات؛ لفقد التمكن من إنفاقهنّ وليست واردة في اشتراط صحته للمتكمّن من النفقة، بل الظاهر من الآية هذا المعنى - أي الأمر بنكاح ملك اليمين لمن لم يتمكّن من الإنفاق على الحرّات، واستفادة اشتراط التمكن من الإنفاق للحرّة من المفهوم، مع أنّ المفهوم يمكن حمله على ما ذكر، فيشكل الأخذ بالمفهوم ورفع اليد عن الظهور، مضافاً إلى أنّ حاصل المفهوم - أي عدم نكاح الحرّة مع عدم التمكن - وإن دلّ على الممنوعة، ولكن الأدلّة الدالّة على الجواز في المقام تعارضها كما سيأتي؛ ولذلك يحمل المفهوم على القول به في الكراهة.

وأما الرواية العامّة فقد أجابه بمثل الجواب عن الآية وأنّها محمولة

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٠٤.

على الإرشاد. والإنصاف أنّ حملها على الإرشاد يناسبها صدرًا وذيلاً؛ حيث إنّ فاطمة سألته عن مصلحتها في اختيار أحد الخاطبين، وأجاب: بأنّ أحدهما عصاه على عاتقه، والآخر صعلوك لا مال له، فكما أنّ النكاح مع الشيخ الهرم غير ممنوع فكذلك الصعلوك، فلا دلالة فيها زائداً على النصح ولا يستفاد منها الحكم الشرعي.

وأما الرواية الأخيرة المفسرة لمعنى الكفو؛ فقد أجاب عنها بعد حمل الكفو على المعنى العرفي: بأنّ من الضرورة عدم اعتبار العفة فيه شرعاً، بتوضيح: أنّ العفة عند الشرع هو التورّع عن الذنوب كلّها، والعفيف في مقابل الفاسق، فلو اعتبرت العفة بهذا المعنى في الكفائة لما صح النكاح إلاّ القليل منه، ولذلك حملها على المعنى العرفي.

ولكن الإشكال فيه: أنّ الإمام عليه السلام ليس من شأنه إلاّ بيان الأحكام الشرعية دون العرفية، فلذلك لا وجه لحمل الرواية على المعنى العرفي بعد عدم اعتبار العفة ضرورة، بل الأولى حملها على الأولوية والاستحباب كما صنعه في «المختلف»^(١)، فهذا تكون العفة في كلام الإمام عليه السلام محمول على معناه الشرعي من دون إلزام، فيكره نكاح الفاسق كما سيأتي الكلام عنه. وأما الإضرار: فقد أجاب: بأنّه (لا إضرار بعد الاختيار) وهذا واضح بالنسبة إلى مورده، وأما فيما إذا علمت الزوجة عدم تمكّن الزوج بعد

(١) مختلف الشيعة ٧: ٢٩٩.

وقوع العقد فلا ضرر أيضاً مع القول بالخيار وعدم لزوم العقد فلا يقتضي الجهل الفساد، بل ولا يبعد القول باللزوم وعدم اقتضاء «لا ضرر» الخيار؛ لمكان تدارك النفقة على ذمة الزوج. والقول بترتب الضرر تام فيما إذا صدق الخسران مع عدم الجبر، وأمّا إذا صار الزوج مديوناً لها ويمكن لها استدراك من تركه الزوج ففي صدق الضرر إشكال، هذا، مضافاً إلى أن حق النفقة معمول من الشرع، فلو لم يجعلها لم يكن ضرر في البين مع عدم دفعها إليها. فحيث إنّها معمولة من قبل الشارع فله تكليف الزوج بأدائها فوراً مع التمكن، ومع عدمه يصير ديناً في ذمته بخلاف الحق معمول للأبوين، ولا سبياً فيما إذا كانت الزوجة متمكّنة ولا يستلزم عليها الحرج في معيشتها.

فعلى هذا لا يمكن التمسك (بلا حرج) بعد عدم إمكان الاستناد (بلا ضرر)؛ لأنّه أخص عن المدعى، ومع لزوم الحرج فلا ينحصر الطريق بالحكم بالفسخ من جانب المرأة، بل يمكن الاستخلاص من باب الإلزام بالطلاق أو الفسخ من الحاكم، ولا سبياً إذا قلنا بعدم حكومة (لا حرج) على أدلة المحرّمات، لو قلنا بأنّ هذه القاعدة تفترق مع اللا ضرر، كلّ ذلك لأنّ الأصل في العقود للزوم ولا سبياً النكاح الذي لا يقبل اشتراط الخيار. وأمّا عدّه في النقص عرفاً: فقد أجاب بأنّه: «لا نقص في عدم المال بعد كون أولياء الله غالباً كذلك».

واشتراطه مخالف للعمومات والإطلاقات الواردة. وأمّا الاستدلال بأنّ بالنفقة قوام النكاح ودوام الأزواج: فهو أخصّ أوّلاً.

وثانياً: لا ينحصر التداوم بإنفاق الزوج مع ما قرّره الشارع الفقهاء في بيت المال .

ولذلك لم نجد وجهاً للقول باشتراط التمكّن من الإنفاق لصحة النكاح، كما أنّ فقده لا يوجب الخيار للزوجة .

ومن ذلك يعلم الحال فيما « لو تجدد عجز الزوج عن النفقة وأنه هل تتسلطّ بذلك على الفسخ؟ » .

وإن قال في الشرائع: أنّ « فيه روايتان، أشهرهما (عملاً) أنه ليس لها ذلك » .

والظاهر أنه ليس للزوجة الخيار، وألحق بها في «الجواهر»^(١) الحاكم (ونقل عن «المسالك»^(٢) أنه المشهور).

والمستند هو ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّ امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً، فأبى أن يجبسه وقال: «إنّ مع العسر يسراً»^(٣).

مضافاً إلى العمومات وزيادة الاستصحاب هنا، هذا ما أفاده في «الجواهر» .

ومّا افيد يستفاد أنّ الأقوال في المقام أيضاً ثلاثة:

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٠٥ .

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٤٠٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٨ / كتاب الحجب ب ٧ ح ٢ .

الأول: لزوم العقد وعدم جواز الفسخ لا للزوجة ولا للحاكم.

الثاني: ثبوت حق الفسخ للزوجة.

الثالث: أن حق الفسخ ثابت للحاكم أولاً، ومع عدمه فللزوجة.

واستدل في «الجواهر» - كما مرّ - بالعمومات كقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا

الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾^(١) بدعوى: أنها كما تدلّ على أن التزويج يوجب الغنا كذلك

رافع للفقر في طوله.

وثانياً: بالرواية المذكورة.

وثالثاً: بالاستحصاف الجاري في المقام من دون أن يكون جارياً قبل

العقد؛ لعدم الحالة السابقة.

ولا يخفى وجود الربط بين هذه المسألة (أي تجدد العجز والاختيار)

وبين أصل المسألة (كون الرجل معسراً وغير قادر).

وقد تنبّه لذلك في «الإيضاح»^(٢) من الخلاف والنزاع على أن اليسار

بالنفقة ليس شرطاً في لزوم العقد؛ إذ لو جعلناه شرطاً لسلّطت على الفسخ

بتجدد العجز بغير إشكال.

وبعبارة واضحة؛ عدم لزوم العقد في العجز والعسر ابتداءً يوجب عدم

لزومه في العجز الطارئ، وأمّا لزوم العقد في العجز الابتدائي لا يستلزم

اللزوم في العجز الطارئ، بل هو محل الخلاف والنزاع.

(١) النور ٢٤: ٣٢.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٢٤.

وأورد عليه المحقق الكركي^(١) بما محصله: من أنه لا ملازمة بين عدم لزوم في العجز ابتداءً مع القول بعدم لزوم العقد في العجز الطارئ؛ لاحتمال أن يكون التمكن شرطاً في اللزوم ابتداءً ولا يكون شرطاً للاستدامة، بمعنى عدم حق الفسخ للمرأة كما في العيوب المجوزة للفسخ ابتداءً.

وقال في «الجواهر» إشكالاً على الإيضاح: «بأنه يمكن عليه اختصاص ذلك بالابتداء دون الاستدامة، كما في العيوب المجوزة للفسخ... نعم، لا إشكال في عدم الفسخ - بناءً على عدم تسلطها عليه به - لو بان قبل العقد؛ ضرورة أولوية ما هنا منه بذلك»^(٢).

والظاهر أن الإشكال الأخير على فخر المحققين ناظر إلى أولوية الفسخ في الابتداء مع العجز لو قلنا بعدم اللزوم في العجز الطارئ؛ لأنّ الدفع أهون من الرفع، فلذلك يكون عدم القدرة على الدفع مستلزم لعدم القدرة على الرفع.

فبناءً على هذا يظهر وجه الاستدراك في بيانه حيث قال: «نعم، لا إشكال في عدم الفسخ - بناءً على عدم تسلطها عليه به - لو بان قبل العقد؛ ضرورة أولوية ما هنا منه بذلك، كما هو واضح.

والظاهر ورود النقض والإشكال على كلام «الإيضاح»، إلا أن يوجّه كلامه في فرض علم الزوجة وإقدامه على الضرر.

(١) جامع المقاصد ٢٤: ١٩.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ١٠٦.

وكيف كان، فالأقوال في المسألة (أي العجز الطارئ) ثلاثة كما مرّ:

١ - قول بعدم حق الفسخ لا للمرأة ولا للحاكم.

٢ - قول بثبوت حقّ الفسخ للمرأة.

٣ - قول بلزوم حقّ الفسخ للحاكم، ومع عدم الإمكان للمرأة نفسها.

أمّا القول الأوّل: فقد استدلّ له في «الجواهر»^(١) بالعمومات ورواية

الجعفریات والاستصحاب.

واشکل في التمسك بالعمومات: بمعارضتها للأدلة الخاصة الآتية «إن

أنفق عليها... وإلا فرّق بينهما»^(٢).

كما أنّ الإشكال بالرواية من حيث السند.

وأمّا الاستصحاب: فهو جار إذا لم يكن في المقام دليل اجتهادي.

أمّا القول بثبوت حقّ الفسخ: فقد استدلّ أولاً بقاعدتي «لا ضرر»

و«لا حرج».

وقد مرّ الإشكال في الاستدلال بهما بالأخصّية أولاً، وعدم ترتّب

الضرر مع كونها ديناً، والحرج منفي بثبوت الحق لها في بيت المال.

وثانياً: بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا مَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ

بِإِحْسَانٍ...﴾^(٣) بدعوى: أنّ عدم الإنفاق لا يكون مصداقاً للإمساك

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٠٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ / أبواب النفقات ب ١ ح ١.

(٣) البقرة ٢: ٢٢٩.

بالمعروف، ومع عدم تمكّنها من الفسخ تقع في الحرج، وإذا لم يمكنها الفسخ لا يكون إمساكها من المعروف.

والظاهر أنّ الاستدلال بها أيضاً أخصّ من المدّعى؛ لأنّ في فرض عدم إنفاق الزوج وتمكّنها وصيرورة النفقة ديناً على ذمّته، فالحكم بأنّ الإمساك حينئذٍ مع عدم إمكان الفسخ لها من مصاديق غير المعروف مشكل جداً، هذا مضافاً إلى أنّ (التسريح) في الآية الشريفة هو الطلاق الثالث بعد التطليقتين من جانب الزوج، ولا ربط في الآية بثبوت حقّ الفسخ للمرأة مع عدم إمكان الإمساك بالمعروف، فالآية أجنبيّة عن المدّعى.

وثالثاً: بالنصوص الواردة: منها: ما رواه الصدوق بإسناده عن ربعي بن عبدالله والفضيل بن يسار جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾^(١) قال: «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلا فرّق بينهما»^(٢).

منها: ما رواه الشيخ مثلها، إلا أنّه قال: «ما يقيم صلبها»^(٣).
وعن الأخيرة عبّر بالصحيح على الصحيح، وعن الأولى: بالصحيح.
منها: ما رواه الكليني مثلها: «يقيم ظهرها»^(٤).

(١) الطلاق ٦٥: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ / أبواب النفقات ب ١ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ / أبواب النفقات ب ١ ذيل الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٥١١ / أبواب النفقات ب ١ ح ٦.

ومنها: ما رواه علي بن ابراهيم باسناده في قول الله عز وجل: ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ قال: «إذا انفق الرجل على امرأته ما يقيم ظهرها مع الكسوة، وإلا فرّق بينهما»^(١).

وأما رواية الكليني: فهي مرسلة بقوله: عن أبي علي أحمد بن إدريس الأشعري (ثقة) عن ابن عبد الجبار أو غيره، عن ابن فضال، عن غالب بن عثمان (ثقة)، عن روح بن عبد الرحيم (ثقة).

وأما رواية التفسير: لا بأس برجال السند (أحمد بن إدريس، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن نضر بن سويد عن عاصم بن حميد عن أبي بصير...).

إلا أن الإشكال في رواية علي بن ابراهيم عن أحمد بن إدريس، وهو غير معروف، إلا أن الكليني يروي عنه كثيراً.

منها: رواية الصدوق عن عاصم بن حميد، عن أبي بصير - يعني المرادي - قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرّق بينهما»^(٢) وهذه الرواية صحيحة أيضاً.

فهذا المضمون مستفيض مع الفرق في التفريق؛ حيث إن في بعضها ذكر التفريق بصيغة المجهول، وفي بعضها أن التفريق على عهدة الإمام، والظاهر

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥١٢ / أبواب النفقات ب ١ ح ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ / أبواب النفقات ب ١ ح ٢.

أنّ المجهول هو المحاكم ولا المرأة بنفسها أو الزوج؛ لأنّ مع كون المراد هو الزوجة أو الزوج لا يعبر بصيغة المجهول، فلا يمكن الاستدلال بهذه الرواية لثبوت حقّ الفسخ للمرأة.

وأما الاستدلال بها لثبوت حقّ الفسخ للمحاکم: فقد اشكل في الاستدلال بها باحتمال أنّ المراد من التفريق هو التكويني ولا الاعتباري، بمعنى: أنّ المحاكم يفترق بينهما حتّى يلزم الزوج بأداء نفقتها، هذا أولاً.

وثانياً: بعد التنزل والقول بأنّ المراد هو التفريق الاعتباري، ولكن الفرد الظاهر منه هو التفريق بالطلاق، ولا يكون لها الظهور في التفريق كائناً ما كان، ولا سيّما بقريظة بعض النصوص الدالّة في موردها على إجبار المحاكم الزوج بالطلاق، فالاستدلال بهذه الروايات لجواز الفسخ وثبوت هذا للمحاکم مشكل.

والروايات المشار إليها هي التي وردت في الزوجة المفقودة. هذا ولا يبعد دعوى ظهور روايات التفريق في القادر الممتنع بالطلاق، أو أنّ الفرد الظاهر منها القادر الممتنع كما ادعاه «الجواهر»^(١). وبهذا أراد الجمع بينها وبين رواية «الجعفریات» الحاكمة بالصبر ولا فسخ في المقام (أي العاجز)؛ لأنّ العاجز ينظر إلى ميسرة. إلاّ أنّه يمكن منع هذه الدعوى؛ لورود الروايات الآمرة بالتفريق فيمن

(١) جواهر الكلام ٣٠: ١٠٦.

لم يقدر على الإنفاق ولا في القادر الممتنع عنه، فلذلك كانت المعارضة باقية والترجيح للروايات المذكورة لضعف السند في رواية الجعفریات الحاكمة بالصبر، هذا أولاً.

وثانياً: أن التفريق من الحاكم يكون مورده هو ما إذا أرجعت الزوجة أمرها إلى الحاكم؛ بداهة أنه ليس للحاكم التدخل في أمرها مع عدم المراجعة إليه.

وبالجملة: فالمتحصّل أنه لا دليل على ثبوت الفسخ للزوجة ولا للحاكم إلا بعد إرجاع أمرها إليه، فهو يتصدّى الفسخ بعد إحراز العسر والحرّج الشديد والله العالم.

واستدلّ صاحب المقامع في رسالته «مظهر المختار...»^(١) بعد تقسيم الأقوال وأنها ستّة (أولها: أن لها خيار الفسخ، ونسبه إلى الاسكافي وإلى العلامة في «المختلف»^(٢) وإن أشكل في تمامية الانتساب، وإن اختاره في «التذكرة»^(٣) واستقر به في «الكفاية»^(٤).

وثانيها: عدم الخيار وبقاء النكاح على الدوام والاستمرار، واختاره

(١) مظهر المختار (المخطوط): ٤.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٣٠١.

(٣) تذكرة الفقهاء: ٦٠٤.

(٤) كفاية الأحكام ٢: ١٥٨.

جمع كالشيخ في «المبسوط»^(١) و«الخلافة»^(٢) و«الحلي»^(٣)، وكذا اختاره في «المختلف»^(٤) في مبحث الصداق وفي «القواعد»^(٥) في مبحث الكفائة، والمحقق في «الشرائع»^(٦)، والعارف الكاشاني في «المفاتيح»^(٧)، ثم قال: وهذان القولان هما المعروفان المشهوران.

ثم قال: ونصّ الصيمري^(٨) و«التنقيح»^(٩) و«المهذب»^(١٠) و«الإيضاح»^(١١) على أن مبنى الخلاف إنما هو عدم اشتراط من النفقة في العقد وأنه إذا قيل بالاشتراط فلا كلام في ثبوت الخيار لها مع تجدد العجز والإعسار.

وثالثها: أن الحاكم يبينها حينئذٍ ويفسخ عقدها، وهو صاحب «المدارك»^(١٢) متّجهاً العمل بصحيحتي ربعي وأبي بصير.

(١) المبسوط ٤: ١٧٨.

(٢) الخلافة ٤: ٢٧١.

(٣) السرائر ٢: ٦٥٦.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ١٥٧.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ١٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٠.

(٧) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٥٤.

(٨) غاية المرام ٣: ٧٨.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ١٠٦.

(١٠) المهذب البارع ٣: ٣٠٣.

(١١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٤.

(١٢) نهاية المرام ١: ٢٠٥.

ورابعها: أنّ للحاكم الفسخ إن أمكن، وإلا ففسخت هي، قوّاه كاشف اللثام^(١).

خامسها: أنّ الحاكم يجبر الزوج على الإنفاق أو الطلاق، رجّحه شيخنا السيد المعاصر القزويني.

سادسها: أنّ الحاكم يجبره على الطلاق، فإن أبي طلق هو، واستحوطه «المحدث»^(٢).

للقول الأوّل واستقره، وإن قال: لكن الأولى إعلام الحاكم حتّى يفسخ هو أيضاً والأحوط إرضائه أو إجباره على أن يطلق، وغاية الاحتياط أن يطلق الحاكم أيضاً، كلّ ذلك مع الإمكان تفضيلاً من الخلاف مها أمكن.

والحجّة لهذا القول: رواية «الفقيه» و«التهذيب» عن ربعي، وهكذا رواية الفضيل وعلي بن ابراهيم و«الكافي» مدّعياً أنّها مستفيضة.

واستدلّ أيضاً بموثقة غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام لم يكن يردّ من الحمق ويردّ من العسر»، بتوضيح: أنّه عليه السلام كان يحكم بالردّ من العسر وهو بإطلاقه وعمومه يشمل العسر السابق والمتجدّد.

ووجه الاستدلال: أنّ رد النكاح كناية عن فسخه، وكذا الفرق

(١) كشف اللثام ٧: ٩١.

(٢) المحدثات الناضرة ٢٤: ٨٠.

والتفريق بين الزوجين، والمعنى الحقيقي لهما غير مراد قطعاً، فيتعين معنى الفسخ؛ لأنه سبب شرعي للفرق وعلاقة السببية من أوجه العلاقات وأظهر المعاني المجازية، واستشهد بروايات لهذه الدعوى.

منها: ما روى في المعتبر عن الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة حرّة دّلس عبد فنكحها ولم تعلم إلا أنه حرّ، قال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأة»^(١) وكذا غيرها الآمرة بالتفريق وحمله على الفسخ من دون طلاق.

وكذا استدلل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾^(٢) ناقلاً عن «المهذب»^(٣) بدعوى: أنّ إمساكها بدون الإنفاق مضارّة، كما نقل الاستدلال عن البعض بقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤) بدعوى: أنّ الإمساك بدون النفقة خلاف المعروف، فتعين الآخر، فإذا تعذّر صدوره من الزوج فسخ الحاكم، ثمّ تنظر في القول وأمر بالتدبّر.

ثمّ إنّه عليه السلام ذكر سائر الأقوال وضعّف جميعها بعد نقل المستندات. أمّا القول الثاني: فحجّية الأصل والإجماع المنقول عن ظاهر «المبسوط» وقوله عزّ وجلّ: ﴿فَنَنْظِرُهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ورواية

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٤ / أبواب العيوب ب ١١ ح ٢.

(٢) الطلاق ٦٥: ٦.

(٣) المهذب البارع ٣: ٣٠٥.

(٤) البقرة ٢: ٢٢٩.

«المجفريات»، رواية «الكافي» في التدليس أنه قال عليه السلام في العتّين إذا علم أنه عتّين لا يأتي النساء: «فرّق بينهما وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرّق بينهما، والرجل لا يردّ من عيب»^(١).

ثمّ أجاب عن الأصل: بارتفاعه بالأدلة.

وعن الإجماع: بأنه لم ينقل صريحاً.

وعن الآية: بأنّ غاية ما يستفاد منها عدم جواز المطالبة حينئذٍ بالإِنفاق؛ لاستلزام التكليف بما لا يطاق، ولكن لا ينافي المدعى من ثبوت الخيار لها، على أنّها وردت في الدين، والضمير في كان راجع إلى الدين، فالتعدّي من دون نص أو إجماع قياس لا نقول به، روي عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية وبيان معنى الاعتبار أنّه «هو أن لم يقدر على ما يفضل عن قوته وقوت عياله على الاقتصاد»^(٢).

على أنّ إلزام المرأة بالتزام نكاح المعسر المحوج إلى الصبر على الجوع والعري والتسكع والإِنفاق على نفسها من مالها حرج، فيكون منفيّاً، أمّا الكبرى بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣) مضافاً إلى الإجماع.

وأما الصغرى فظاهرة بحكم العرف بذلك، وهم المرجع في بيان معاني

(١) وسائل الشية ٢١: ٢٢٩ / أبواب العيوب والتدليس ب ١٤ ح ٢.

(٢) فقه القرآن للراوندي ١: ٢٣٩.

(٣) الحج ٢٢: ٧٨.

الألفاظ التي لم يرد بها الشرع، مع أنّ المستفاد من الأخبار تحقّق الحرج بأدنى من أمثال ذلك، كما يظهر من الخبر الوارد فيمن جعل على إصبعه مرارة: وفيه دلالة على حجّية ظواهر القرآن، فليفهم على أنّ في الآية الشريفة إيحاء إلى عدم وجوب الصبر على استمرار النكاح حينئذٍ المستلزم للعسر وأنّ لها بإزاء ذلك العسر يسراً من خيار الفسخ مثلاً فليدرك.

وعن رواية السكوني (الجعفریات) أوّلاً: بالمعارضة برواية غياث المتقدمة.

وثانيها: أنّها قضية في واقعة، وقضاياه في الوقائع لا يتعدّى بالوافق إلاّ بدليل من خارج من نص أو إجماع، وفي ما نحن فيه لعلّه عالماً بأنّها علمت باعتباره ثمّ رضيت به فحكم علمه أو بغير ذلك ممّا سيأتي.

وثالثاً: بالقدح في السند، وأيضاً بالطعن في الدلالة؛ إذ غاية ما يدل عليه عدم جواز الحبس في النفقة مع ظهور الإعسار وهو مسلّم ولا ينافي الخيار، وأمّا عدم إعلام الخيار فلا دلالة فيه على العدم بإحدى الدلالات لجواز أن يكون ذلك بعلمه بعلمها، أو بعدم مطالبتها لذلك أو لأنّه كان في مقام القضاء، ووظيفته حينئذٍ سدّ باب النزاع والمرء لافتحه وتعليمهم الخصم وتلقيه طرف دعاوي، أو لغير ذلك من المصالح فتدبّر.

وبالجملة عدم الإعلام بالخيار وعدم وقوعه أعم من عدم الجواز، والعام لا يدلّ على الخاص.

فالمتحصّل من جمع ما أفاده إثباتاً لمدّعا وهو ثبوت الخيار للمرأة

عند تجدد الإعسار والعجز، ونفياً لسائر الأقوال ولا سيما دعوى عدم الخيار وبقاء النكاح عدم الدوام والاستمرار، أنه استدلّ أولاً بالمضمون المستفيض «... وإلا ففرق بينهما» وما ورد في الصحيح «كان حقاً على الإمام أن يفرّق بينهما».

وقد مرّ تمامية الاستدلال بهذه الروايات لإثبات الخيار للمرأة؛ لأنها آمرة بالتفريق مجهولاً في بعضها، وبعضها بتفريق الإمام، فلا يثبت المدعى بها؛ لأنّ حمل الأمرة بالتفرقة مجهولاً على الزوجة أو الزوج غير معمول في المحاورات، ولا يبعد بقرينة الصحيحة حملها على الحاكم.... هذا أولاً.

وثانياً: أنّ التفريق عنوان عام يشمل الفسخ كما يشمل الطلاق، ولا يصح تعيين الفسخ بينهما دون الطلاق من غير شاهد ولا قرينة.

والاستشهاد بالموارد المذكورة في باب قضاء أمير المؤمنين عليه السلام وغيرها مقرونة بالقرائن المعلومة التي دلّ الدليل على الفسخ ولا الطلاق (في باب العيوب المنصوصة).

وفي المقام إمّا تكون مجملاً أو محمول على التفريق بالفرد الظاهر وهو الطلاق عند المتشرّعة.

وثانياً: استدلّ بموثقة غياث بن ابراهيم، وهي أيضاً غير دالّة على المدعى؛ حيث إنّها تدلّ على أنّ أمير المؤمنين عليه السلام «... يردّ من العسر»، وأين هذا من ثبوت حقّ الخيار للزوجة، وغايتها أنّ للإمام أو الحاكم هو الردّ والفسخ على النهج المتعارف في أمثال المرافعات، مضافاً إلى معارضتها

برواية الكليني «... والرجل لا يردّ من عيب»^(١) الدالّة بإطلاقها للمقام وخروج العيوب المنصوصة.

وثالثاً: بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ وقوله: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ﴾ وإن تنظرّ فيها وقد مرّ الجواب عن الاستدلال بهما بالإشكال في صدق الضرر.

وأما ما أفاده في مقام النفي وردّ القائلين بعدم الخيار: فبالنسبة إلى الأصل والإجماع فنحن نوافقهم.

وأما الآية: فهي ما استدللّ به الإمام عليه السلام في القضية الخاصة في المقام، وهذا كافٍ للتعدّي عن مورد الدين إلى غيره حكماً، فما أفاد في أنّ التعدي من دون نص أو إجماع قياس لا نقول به مندفع، وأما دعوى لزوم الحرج في الأمر بالصبر على الجوع و... وهو منفي كبروياً وصغروياً.

وقد مرّ الإشكال في تحقّق الحرج وأنّه أخصّ عن المدّعي، ومع لزومه لا بأس بالحكم بجواز التفريق مع ما هو المقرّر المعهود في أمثاله، وهذه المسألة مع كونها معمولة في عصر الصدور ولم يدل دليل صريح على ذلك لتفويض الأمر وإيكاله إلى المرأة، فالمرجع هو المقرّر في الشريعة من إيكاله إلى الحاكم مع أنّ غيره من العيوب منصوص في لسان الأدلّة بجواز الفسخ من ناحية الزوج أو الزوجة.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٩ / أبواب العيوب والتدليس ب ١٤ ح ٢.

وبالجملة: نواقفه في عدم لزوم صبر الزوجة على إعياس الزوج
الموجب للحرّج الشديد المحوج، بل لها الرجوع إلى الحاكم، وللحاكم أن
يطلقها بالتفصيل المذكور آنفاً، والله العالم.