

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«**کتاب النکاح**»

شماره: ۹۲

والعنن: مرض يضعف معه القوة عن نشر العضو، بحيث يعجز عن الإيلاج ويفسخ به، وإن تجدد بعد العقد لكن بشرط أن لا يطاء زوجته ولا غيرها، فلو وطأها ولو مرة ثم عن أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر، وكذا لو وطأها دبراً وعن قبلاً...^(١).

هكذا عرّفه المحقق في «الشرائع»، وفي «القاموس»: من لا يأتي النساء عجزاً ولا يريدهن^(٢)، «مصباح المنير»: لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي النساء^(٣). وهكذا في كلمات بعض آخر من أهل الفقه^(٤): أنه يشترط في صدق العنة تحقق أمرين:

أحدهما: العجز عن إتيانهن لضعف العضو وعدم القدرة على الانتشار.

وثانيهما: عدم إرادة القلبية بالكلية، إلا أن ظاهر كلام المحقق وغيره من الفقهاء إنما هو الأول خاصة. هذا بالنسبة إلى الموضوع. وأما الحكم: فقد أجمع الأصحاب على أنه من العيوب الموجبة لتسلط المرأة على الفسخ (بدعوى الإجماع بقسميه)^(٥).

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣١٩.

(٢) القاموس المحيط ٤: ٣٢٢.

(٣) المصباح المنير ٢: ٤٣٤.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٤٤.

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ٣٢٤.

واستدلّ له بجملة من الأخبار:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «العنّين يتربّصن به سنة، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت وإن شاءت أقامت»^(١).

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن عباد الضبيّ (وفي الفقيه والتهديبين (غياث) بدل (عباد) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في العنّين إذا علم أنّه عنّين لا يأتي النساء فرّق بينهما، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرّق بينهما، والرجل لا يردّ من عيب»^(٢).

منها: صحيحة أبي بصير (المراذي) قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على جماع، أتفارقه؟ قال: «نعم، إن شاءت»^(٣)، وفي حديث آخر: «ينتظر سنة، فإن أتاها وإلا فارقته، فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم»^(٤).

منها: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: أمير المؤمنين عليه السلام: «من أتى امرأة مرّة واحدة ثمّ أخذ عنها فلا خيار لها»^(٥).

منها: رواية إسحاق بن عمّار عن جعفر، عن أبيه أنّ علياً عليه السلام كان يقول: «إذا زوّج الرجل امرأة فوق عليها (وقعة واحدة)، ثمّ أعرض عنها فليس لها الخيار، لتصبر فقد ابتليت، وليس لأُمّهات الأولاد ولا الإماء ما

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣١ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٩ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٢؛ التهديب ٧: ٤٣٠/١٧١٤؛ الاستبصار ٣: ٨٩٦/٢٥٠.

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

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٩ / أبواب العيوب ب ١٤، ذيل حديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣٠ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٤.

لم يمسه من الدهر إلا مرة واحدة خيار»^(١).

منها: رواية أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه، قال: «نعم إن شاءت»^(٢).

منها: رواية الصباح (أيضاً) قال: «إذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه»^(٣).

منها: رواية أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول: «يؤخر العنن سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها وإلا فرّق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها»^(٤).

منها: رواية قرب الإسناد... عن علي عليه السلام: «أنه كان يقضي في العنن أنه يؤجل سنة من يوم ترافعه المرأة»^(٥).

منها: روايه قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتّين دلّس نفسه لامرأة، ما حاله؟ قال: «عليه المهر، ويفرق بيننا إذا علم أنه لا يأتي النساء»^(٦).

واستظهر من هذه الأخبار - بعد ضم بعضها إلى بعض، بحمل مطلقها

-
- (١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣١ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٨.
 - (٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣١ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٦.
 - (٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣١ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٧.
 - (٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣٢ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٩.
 - (٥) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣٢ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ١٢.
 - (٦) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣٢ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ١٣.

على مقيدها ومحملها على مفضلها - أمور (على ما في الحدائق)^(١):

الأول: وجوب تأجيل الرجل سنة، ومبدأه وقت المرافعة إلى الحاكم (وقد نقل الاتفاق على هذا الحكم عن الشهيد الثاني)^(٢) إلا العلامة في «المختلف»^(٣) نقل عن ابن الجنيد، أنه إن كانت العنة متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال، وإن كانت حادثة بعد العقد أُجِّل سنة من يوم ترفعها، ثم احتج له في «المختلف» برواية الضبي ورواية أبي الصباح الكناني الدالتين بإطلاقهما على جواز الفسخ من دون التأجيل سنة، إلا أنه بعد تقييد الإطلاق بالمقيّدات المذكورة، لم يبق وجه للتمسك بالمطلق.

نعم إن استظهر من هذه المقيّدات أنّ التأجيل لأجل حصول العلم بفتوره وضعفه، فلا يبعد دعوى عدم الموضوعيّة للمقدار المذكور (أي السنة) بعد تحقّق العلم بأقلّ من هذا المقدار، وأمّا إن قلنا بأنّ التأجيل لزوال الفتور والضعف وعلاجه، فلا يبعد وجوب إمهاله لتلك المدة (كما هو المستفاد من رواية أبي الصباح الأخرى).

ولعلّ الحكم بجواز الفسخ إن كانت العنة متقدمة على العقد (من دون وجوب التأجيل)، وحصر وجوب التأجيل بما كانت حادثة بعد العقد هو مقتضى الجمع بين الروايات، أي بحمل المطلق منها على العنة المتقدمة والمقيدة على الحادثة، وهذا التوجيه وجيه، بعد أن كان معنى التنافي بين المطلق والمقيد هو التكاذب في ظاهر الدليلين، وهو يتم إذا كان التكليف فيهما

(١) الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٤٥.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ١٣٨.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٢٠٧.

واحدًا، وأمّا إن كان التكليف في أحدهما معلّقاً على شيء وفي الآخر معلّقاً على شيء آخر فلا يتنافيان.

ففي المقام بما أنّ العنة المتقدمة عيب أقدم الرجل معه ودلّس نفسه للمرأة (كما في بعض الألسنة) يمكن تفريقه عمّا إذا نكحها مع سلامة، ثمّ ابتلى بالعجز، وبهذه القرينة لا يبعد تسلّم دعوى ابن الجنيّد.

الثاني: أنّه لو تجددت العنة بعد وطئها ولو مرّة واحدة فإنّه لا فسخ لها. لا إشكال أنّه تارة يتجدد العنة بعد العقد وقبل الوطء، وتارة يكون التجدد بعد الوطء، أمّا في الأوّل، فقد نسب إلى المشهور، بل ادعي الإجماع وعدم الخلاف لثبوت خيار الفسخ، واستند إلى إطلاق الأدلّة، بل لعله الفرد الظاهر المتجدد ولو بالاستصحاب.

وأما في الثاني، فالأشهر - كما في «الجواهر»^(١) - على عدم ثبوت الخيار خلافاً لما نسب إلى ظاهر المفيد^(٢) وابن زهرة^(٣) من تخييرها مدّعياً عليه الإجماع (من ابن زهرة) ولخبر الكنايني، وأيضاً الاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء.

ولا يخفى أنّ المراد من خبر الكنايني هو ما رواه أولاً بإثبات المفارقة والفسخ على نحو الإطلاق، مع أنّه يستلزم طرح خبره الآخر المصرّح بوجود التأخير إلى سنة بعد الترافع إلى الحاكم وغيره كرواية اسحاق بن عمّار والضبي والسكوني.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٢٥.

(٢) المقنعة: ٥٢٠.

(٣) غنية النزوع: ٣٥٤.

ونسب في «الحدائق»^(١) إلى «المسالك»^(٢) الميل إلى هذا القول لضعف الأخبار المذكورة؛ لأنّ الجمع بين الأخبار بجمل المطلق على المقيّد فرع تحقّق المعارضة، وهذه الأخبار تقصّر عن معارضة الأخبار المطلقة التي فيها الصحيح كصحيحة محمد بن مسلم، وتوقف في «المختلف»^(٣) وله وجه، انتهى.

أقول: ما أفاده في «المسالك» بناءً على تسلّم دعواه من ضعف الأخبار فهو تام، إلّا أنّ الروايات بعضها تامة لا ريب فيه كرواية قرب الاسناد ورواية الضبي - على المبني - وهكذا رواية السكوني، فعلى هذا لا بدّ من المعالجة بينها وبين المطلقات الدالّة على ثبوت الخيار على نحو الإطلاق. ولعلّ ذهاب الأشهر بل المشهور إلى سقوط الخيار بعد الوطء ولو مرّة واحدة هو حاصل الجمع بين المطلقات والمقيّدات، بل وبعضهم لم يقتصر إلى وطاء الزوجة المعقودة التي عنّ عنها، بل تعدّى إلى فرض الدخول بغيرها ثمّ عروض العنن فهو مسقط الخيار أيضاً.

وفي «الجواهر»: «إنّ الظاهر اعتبار عدم وطئها ولو مرّة، فلا يسقط خيارها بوطء غيرها بعد عقدها، ثمّ اعتراه العنن بعد الخلوة بها أو قبله، فإنّ النصوص السابقة أنّما أسقطت خيارها بوطئها ولو مرّة، لا مطلق الوطاء، وإن كان القول به لا يخلو من وجه بل قوة»^(٤).

(١) الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٤٦.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ١٠٦.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٢٠٦.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٣٢٧.

ثمّ أنّه رمى قول المفيد بمنافاته لأصالة اللزوم والإجماع المحكي والمقيّبات .

فهل يعتبر ويشترط في سقوط الخيار فعلية الاقتدار على الدخول أو يكفي إمكانه .

وقد حمل رواية اسحاق على ما إذا أعرض الرجل عن زوجته ولا يريد به العنن ، كما أنّ رواية الضبيّ يمكن حملها على ما إذا اتفق الدخول بعد العنن ، مع أنّ المبحوث في مفروض البحث وقوع العنن بعد الدخول وتجّده . وأمّا رواية السكوني فقد يقال : إنّها وإن تدلّ على سقوط الخيار بعد فرض الدخول ولو مرّة ثمّ عنّ عنها ، إلّا أنّها لا يمكن أن تكون مخصّصة للمطلقات الدالّة على ثبوت الخيار في فرض عدم القدرة ؛ لاختلاف الموضوع بين المقامين ، فكأنّ المدّعي يدّعي أنّ الحكم بسقوط الخيار خاص بما إذا كان الدخول حصل بعد العنن ، إلّا أن يكون العنن حدث بعد الدخول تجدّد بعد الوطء .

إلّا أنّ هذه الدعوى وإن سلمت في بعض الرواية المذكورة كرواية الضبيّ ، ولكنّها في رواية السكوني غير تامة ؛ لأنّ إطلاقها شامل للدخول الحادث بعد العنن أو الحادث قبله وبالفعل لا يقدر على وطء المرأة ؛ فلذلك يشكّل الحكم بما ذهب إليه المفيد وغيره من ثبوت الخيار في العنن الحادث بعد الوطء أيضاً .

ثمّ إنّ سيّد المدارك في شرح النافع^(١) بعد ردّه الروايات المقيّدة بضعف

(١) نهاية المرام ١ : ٣٤٦ .

الأسناد وتقوية قول المفيد بدواً قال: «والمسألة محلّ تردّد، وإن كان المصير إلى ما عليه الأكثر من اشتراط حصول العنة قبل الوطاء أولى؛ اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع الوفاق».

وفي «المختلف»^(١) أيضاً بعد أن قوّى قول المفيد بما فيه من دفع الضرر بفوات فائدة النكاح، قال: والأشهر قول الشيخ عملاً بالتمسك بمقتضى العقد اللازم والأخذ بمقتضى رواية إسحاق بن عمار وغياب الضبيّ، فنحن في ذلك من المتوقّفين.

ولكن يمكن الإيراد عليه أولاً: بأنّ صدق الضرر على فوات الفائدة على نحو الإطلاق مشكل.

وثانياً: بعد التنزّل لا تكون القاعدة مشرّعة لحكم الخيار ولا سيّما بعد إمكان دفع الضرر بطريق آخر كالرجوع إلى المحاكم.

وثالثاً: لا وجه لهذه التوجيهات بعد تصريح الدليل «بأنّ المرأة قد ابتليت فلتصبر» فالمحكم ما ذهب إليه الأكثر، وهو عدم الخيار مع تجدد العنة بعد وطئها ولو مرّة، وبذلك يظهر الكلام في الأمر الرابع الذي استظهره «الحدائق»^(٢) من مجموع النصوص، وهو أنّ العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء، سواء كانت هي أو غيرها بعدم صدق العنن عليه إذا أمكنه إتيان النساء وإن عجز ما نسبه إليها، وفي رواية الضبيّ «إذا علم أنّه لا يأتي النساء فرّق بينهما».

وكذا الكلام بالنسبة إلى رضا المرأة بالزوج بعد العلم بالعنن فإنّه لا

(١) جواهر الكلام ٧: ٢٠٦.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٤: ٣٤٦.

خيار لها، والظاهر أنه لا خلاف فيه كما في «الحدائق»، وأيضاً يسقط خيارها لو وطئها دبراً وعنّ قبلاً؛ لارتفاع العنن.
وفي «الجواهر»^(١) ابتنى المسألة على القول بجواز الوطء في الدبر وأنه أحد المأثنتين.

وأما بناءً على عدم جوازه فيشكل اندراجه فيها، فتبقى الإطلاقات المقتضية للخيار حينئذٍ سالمة عن المعارض، بل قد يحتل ذلك على القول بالجواز أيضاً، بدعوى انسياق غيره من نصوص التقييد، فيبقى الإطلاق سالماً....

ثمّ احتمل السقوط على الحرمة أيضاً بدعوى صدق الوقوع والإتيان ونحوهما ممّا يدخل به تحت الحكم الوضعي في نصوص التقييد مؤيداً ذلك بظهور عدم العنن حينئذٍ، والله العالم... انتهى.

أقول: الظاهر أنّ أساس الكلام في صدق العنن وعدمه يدور مدار الاقتدار وعدم ضعف الرجل وفتوره تكويناً ولا تشريعاً، فعلى هذا جواز الوطء في الدبر وعدمه تشريعاً غير دخيل في الكشف عن عننه وعدمه؛ ولذلك لا يكون الحكم مبتنياً عليه كما عليه المحقق الماتن رحمته الله.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٢٧.

قوله: وهل يفسخ بالجبّ؟ فيه تردّد، منشأه التمسك بمقتضى العقد، والأشبهه تسليطها به لتحقق العجز عن الوطء بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء، ولو قدر الحشفة ولو حدث الجبّ لم يفسخ به، وفيه قول آخر.

والظاهر أنّ منشأ الترديد عدم ورود نص فيه بخصوصه كسائر العيوب المتقدّمة وأن مقتضى العقد لزوم النكاح، وفسخه موقوف على دليل من الشارع، إلا أنه استدلّ^(١) على ثبوت الخيار فيه أولاً: بالإجماع.

وثانياً بقاعدة لا ضرر.

وثالثاً: بقانون الأولوية.

ورابعاً: بروايات التدليس.

وخامساً: بشمول صحيحتي الكناي وأبي بصير للمقام.

أمّا الإجماع، فقد ادعى في «الخلاف»^(٢) كما ادعى عدم الخلاف في «المبسوط»^(٣) (بين العامة والخاصة)، وهكذا في «جامع المقاصد»^(٤).

ولكن الإشكال فيه - مضافاً إلى احتمال كونه مدركياً للوجوه المذكورة: - أنه لم يثبت ولم يحرز اتصاله بعصر المعصوم عليه السلام.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٢٨.

(٢) الخلاف ٤: ٣٤٦-٣٤٧.

(٣) المبسوط ٤: ٢٦٤.

(٤) جامع المقاصد ١٣: ٢٢٤.

وأما الضرر فهو وإن كان بديهي إلا أنّ الاستفادة من مجموع الأدلّة والنصوص في باب النكاح عدم جواز فسخه بمجرد طرو الضرر، وإنّ حصر العيوب في أمور معيّنة يكشف عن ذلك، هذا مضافاً إلى إمكان دفعه بطريق آخر.

أما الأولويّة: بدعوى أنّه أعظم من الخصي والعنن؛ لقدرة الإيلاج في الأوّل واحتمال البرء في الثاني، بخلاف المخبوب الذي لم يبق له ما يمكنه الوطء بالكلية.

وفي «المسالك»: ويمكن إثباته من النصوص الدالّة على حكم الخصاء، فإنّه أقوى عيباً منه لقدرة الخصيّ على الجماع في الجملة... بخلاف المخبوب، فإنّه قد انتفى عنه القدرة على الجماع رأساً لعدم الآلة، وكذلك استفادته من العنن لمشاركته له في المعنى والزيادة^(١). وما أفيد في هذا الوجه تام، بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة كما اعتبره المحقّق رحمته الله.

والمناقشة بأنّه موضوع نادر لا يمكن استفادة حكمه من الموضوعات الدارجة ممّا لا وجه لها، ولا سيّما بعد تسليم التعليل في جعل الخيار في العنن والخصي، وهذه العلة بعد تعميمهما في المورد النادر يؤثّر أيضاً. وأما الاستدلال بروايات التدليس، بدعوى: أنّ إخفاء العيب على المرأة يوجب تسليط المرأة على الخيار بعد علمها به في الرجل. وقد مرّ الكلام فيها في مبحث العنن أنّ صرف التدليس وإن أمكن

(١) مسالك الأفهام ٨: ١٠٧.

استفادة التعليل به في بعض النصوص للفسخ، إلا أنّ مواردها خاص بالعيوب المنصوصة التي دلّ الدليل على الخيار فيها، وإن لم يتحقق الخيار بتدليسه أيضاً.

هذا مضافاً إلى أنّ بعض النصوص يكشف منها بطلان العقد وبعضها على تعليل المهر، فيشكل استفادة الخيار من عنوان التدليس على نحو الإطلاق.

وأما الاستدلال لصحيتي أبي بصير والكناني، بدعوى أنّ المنصوص فيها «عدم القدرة على الجماع» موجب للحكم بالفسخ (عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على جماع، أتفارقه، قال: «نعم، إن شئت») ^(١) والمجبوب أيضاً غير قادر عليه فيحكم بشمول الحكم له.

والظاهر أنّ من قال بثبوت الخيار في المقام اعتمد على إطلاق هذه الأخبار المطلقة «وهو لا يقدر على النساء» ^(٢) الشامل للمجبوب.

نعم، اشترط في كلام بعضهم استيعاب الجبّ (كالمحقق الماتن والمحقق الثاني في «جامع المقاصد» ^(٣) وغيرهم من المتأخرين) حيث إنّّه لو بقي معه ما يمكن به الوطاء عليه بهذا المقدار من الغسل والمهر والحدّ ونحوها.

وما أفيد من تقييد الحكم بذلك تام إن كان المستند هو الإطلاقات المذكورة أو قاعدة الأولوية وعدم الضرر، بل وحتى الإجماع؛ لأنّه دليل لبيّ يقتصر على المتيقّن منه وهو غير القادر مطلقاً نعم، يشكل التقييد إذا استند

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

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣١ / أبواب العيوب ب ١٤ ح ٧.

(٣) جامع المقاصد ١٣: ٢٢٣.

إلى التدليس وهو كما ترى .

هذا كله بالنسبة إلى الجبِّ السابق على العقد وأما لو حدث بعد العقد أو بعد الوطء لم يفسخ به كما أفتى به المحقق الماتن ، ووافقه جماعة منهم ابن ادريس^(١) والعلامة في «الإرشاد»^(٢) وموضع من «التحرير»^(٣) ونسب إلى الشيخ في «الخلاف»^(٤) و«المبسوط» ، إلا أن المحكي عن القاضي والعلامة في «التلخيص»^(٥) وموضع آخر من «التحرير»^(٦) : أنها تسلط به حتى لو حدث بعد الوطء فضلا عما قبله ، بل في محكي «المبسوط»^(٧) : نفي الخلاف في بيننا وبين غيرنا ، وعلله في «الجواهر»^(٨) : بقاعدة لا ضرر وشمول الصحيحين .

ثم قال : «ولا ينافي ذلك عدم ثبوت الحكم في العنن والخصاء ؛ ضرورة عدم ملازمة اشتراكه معها في الفسخ في حال ؛ لاشتراكه معها في عدمه في الحال الآخر ؛ لإمكان الاستقلاله بدليل يقتضي اختصاصه بذلك ؛ لنفي الخلاف فيما سمعته من «المبسوط» وغيره» .
ولكن الإشكال في دعوى استقلال الدليل للمجبوب ؛ حيث إن عمدة

(١) السرائر ٢ : ٦١٢ .

(٢) ارشاد الأذهان ٢ : ٢٨ .

(٣) تحر الأحكام ٣ : ٥٣٣ .

(٤) الخلاف ٤ : ٣٤٩ .

(٥) تلخيص المرام : ٢٣٠ .

(٦) تحرير الأحكام ٣ : ٥٣٧ .

(٧) المبسوط ٤ : ٢٥٢ .

(٨) جواهر الكلام ٣٠ : ٣٢٨ .

الدليل المقبول عند الجلل، هو الإطلاق المستفاد من الصحيحين، وقد مرّ تقييده في النصّي والعنن بما إذا لم يظاً ولو مرّة وإلا كانت هي مبتلاة فلتصبر. هذا مضافاً إلى مقتضى أدلّة الخيار سقوطه بالتصرف المسقط كما في المبيع المشتري، فيبقى أصالة اللزم سليمة عن المعارض، بل وحتى قاعدة الضرر، فلذلك لا مانع من القول بالتفصيل بين ما قبل الوطاء وثبوت الخيار وما بعده وسقوطه.

وأما دعوى نفي الخلاف المنسوب إلى الشيخ: فهو موهون بما نسب إليه من عدم الثبوت وإن حدث بعد العقد وقبل الوطاء.

قوله: ولو بان خنثى لم يكن لها الفسخ، وقيل: لها ذلك، وهو تحكّم من إمكان الوطء، ولا يردّ الرجل بعيب غير ذلك. لا إشكال في أنّ المراد منه الزوج؛ لأنّه المبحوث عنه من أوّل الكلام وإن أمكن الحكم بشمول القول بالنسبة إلى الزوجة أيضاً، بمعنى: لو بان الزوج أو الزوجه خنثى لم يكن لهما، الفسخ؛ لأصالة اللزوم. وأمّا ما استدللّ في «الجواهر» ذيل رواية الصبي من أنّه «ليس يردّ الرجل من عيب»^(١) فلا يشمل الزوجة نعم، لا بأس بالاستدلال بما ورد من أنّه كزيادة أصبع أو ثقبه.

ولكن هذا كلّه بالنسبة إلى الخنثى المعلوم حاله بأحد الأمارات كالولادة مثلاً أو ما في بعض الروايات من سبق البول من أحد الفرجين. وأمّا إذا كان مشكلاً، فحيث إنّ لا ينعقد النكاح بين الرجل والخنثى والامراة والخنثى لاشتراط صحة النكاح بوقوعه بين الذكر والأنثى، فعدم تحقق الشرط يقتضي عدم تحقق المشروط (أي النكاح). وكيف كان، فالقول بعدم وقوعه بالنسبة إلى المعلوم كونه رجلاً أو امراة تحكّم بعد فرض إمكان الوطء بل وعن الشيخ^(٢) التصريح بعدم كونه عيباً.

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

(٢) الخلاف ٤: ٣٤٨.

ثم إنَّ المحقِّقَ عليه السلام صرَّحَ بأنَّ غيرَ هذه العيوب المذكورة من الجنون والخصاء والعن والجَبِّ لا يوجب الخيار للمرأة وقال: «ولا يردُّ الرجل بعيب غير ذلك».

وآدعى «الجواهر»^(١) موافقة المشهور له، مضافاً إلى الأصل وحرمة القياس، وقوله عليه السلام في المعتبر: - بوجود من أجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده أو لانجباره بالشهرة بالنسبة إلى ذلك -: «وليس يردُّ الرجل من عيب»^(٢).

وخالف في ذلك القاضي في «المهذب»^(٣) فردّه بالجذام والبرص والعمى، وأبو على بها وبالعرج والزنا^(٤).

ووافقها جماعة من المتأخِّرين في خصوص الجذام والبرص استناداً إلى صحيحة الحلبي «... أمّا يردُّ النكاح من البرص والجذام والجنون والغفل»^(٥).

والأولوية، وقاعدة الضرر بالعدوى ونحوهما.

ونسب إلى العلامة في «المختلف»^(٦) إلحاق البرص والجذام، كما قال

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٣٠.

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

(٣) المهذب ٢: ٢٣١.

(٤) نقله عنه في مختلف الشيعة ٧: ١٨٣ و ١٨٤ و ٢٠٦.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٩ / أبواب العيوب ب ١ ح ٦.

(٦) مختلف الشيعة ٧: ١٩٦.

بذلك كاشف الغطاء في «أنوار الفقاهة»^(١)، ومن المعاصرين السيد الاصفهاني ادعى عدم البعد^(٢).

وهذا وقد استدلل العلامة لداعوه (في «القواعد»^(٣) على ما نسب إليه) برواية المناهي: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد»^(٤) وحيث إنّه مرض مسريّ ولا يكون الطلاق بيد المرأة فيجوز لها الفسخ، إلا أنّ حديث المناهي لا يتمّ سنده، مضافاً إلى أنّ إيجاب التجنّب لا يستلزم جواز الفسخ، بل يمكن الفرار عن المشكلة بالرجوع إلى الحاكم، على أنّه لو قلنا بذلك لكون المرض مسرياً فلا ينحصر الحكم بمورد الجذام، بل يتعدى إلى كل مرض معدّ ولا يقول به الخصم، بل وحتىّ يجوز لها الفسخ بعد الوطء ولم يقل به. ونضف إلى ذلك كلّه أنّ مقتضى الحكم الوضعي في حديث المناهي هو بطلان العقد من رأسه ولا الخيار.

وبما ذكرنا يتّضح الحال في الاستدلال بقاعدة الضرر.

وأما الأولوية المدعاة (المنقولة في كلام «الجواهر» عن بعض المتأخّرين) فلا يعلم المراد منها، فإن كان المراد منها أولوية الجذام والبرص من العيوب المنصوصة (كالجنون والخصاء والعنن والجبّ - على القول به - فهي كما ترى؛ لأنّ الثلاثة الأخيرة راجعة إلى ضعف الرجل وفتوره عن

(١) أنوار الفقاهة: ١٤٨.

(٢) وسيلة النجاة مع حواشي الكلبيّكاني رحمته الله: ٣: ٢٠٣.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٨.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٩ / أبواب أحكام العشرة ب ٢٨ ح ٢.

إتيان النساء وعدم القدرة على الجماع، فلا مناسبة بينها وبين المذام والبرص.

وهكذا الجنون أيضاً لا مناسبة بينه وبين أمثال هذه الأمراض، إلا أن يقال: بأن شدة المرض على نحو لا يمكن لها أن تديم العيش مع الرجل، وهذا يستلزم التعديّة إلى كل الأمراض المسرية، ولا يقال به مع أنه لو سلّمناه في المذوم فلا يمكن تسليمه في المبروص.

وإن كان المراد بالأولوية أنه لو ثبت ذلك في المرأة لثبت في الرجل بالأولوية، فهي من أظهر مصاديق القياس وأن هذه التعاليل العقلية غير صالحة لتأسيس الحكم الشرعي. وكيف كان، فعهدها على مدّعيتها.

بقي الكلام في الاستناد إلى صحيحة الحلبي، بدعوى: شمول إطلاقه للرجل والمرأة، إلا أنه قد مرّ سابقاً أن مورد الخبر إنما هو عيوب المرأة، (أنه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: «لا تردّ وقال: إنما يردّ النكاح من البرص والمذام والجنون والعفل»^(١)) إلا إذا بنينا على استقلال الجواب، فعليه يلزم قراءة الفعل على صيغة المجهول (أنما يُردّ) ولكن من المحتمل قراءته على صيغة المعلوم المشير إلى الرجل، فلا يكون الجواب على نحو المستقلّ، ويؤيد ذلك ذكر «العفل» فإنه عيب خاص بالمرأة، ولا أقلّ من تساوي الاحتمالين ويبطل به الاستدلال.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٩ / أبواب العيوب والتدليس ب ١ ح ٦.