

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۲۱

مسألة ١: إذا كان العبد مبعوضاً أو الأمة مبعوضة ففي لحوقهما بالحرّ أو القن إشكال، ومقتضى الإحتياط أن يكون العبد المبعوض كالحرّ بالنسبة إلى الإمام فلا يجوز له الزيادة على أمتين وكالعبد القن بالنسبة إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حرّتين، وأن تكون الأمة المبعوضة كالحرّة بالنسبة إلى العبد وكالأمة بالنسبة إلى الحرّ. بل يمكن أن يقال إنّه بمقتضى القاعدة، بدعوى أنّ المبعوض حرّ وعبد فمن حيث حرّيته لا يجوز له أزيد من أمتين ومن حيث عبديته لا يجوز له أزيد من حرّتين، وكذا بالنسبة إلى الأمة المبعوضة إلا أن يقال: إنّ أخبار الدالة على أنّ الحرّ لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حرّتين منصرفاً إلى الحرّ والعبد الخالصين وكذا في الأمة، فالمبعوض قسم ثالث خارج عن الأخبار، فالمرجع عمومات الأدلّة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء. لكنّه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص وحينئذٍ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصحاب، ومتقاضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما ودعوى تغير الموضوع كما ترى، فتحصل أنّ الأولى الإحتياط الذي ذكرناه أولاً، والأقوى العمل بالاستصحاب وإجراء حكم العبدية والإماء عليهما^(١).

(١) العروة الوثقى المحشى ٥: ٥١٦.

أمّا وجه الإحتياط : فهو مبتن على القول بعدم خروج حكم المبعوض عن حكم الحرّ والعبد، فعلى هنا تكون الإطلاقات الدالّة على جواز النكاح بأربع (على اختلاف مؤداها سواء أكانت من الحرائر أم من الإماء أم ملققة) ساقطة لأننا علمنا للتقييد الإطلاقات المذكورة وتردده بين المتباينين، لأنّ بمقتضى التقييد والتخصيص يكون المبعوض إمّا ممنوع عن التزويج بأكثر من حرّتين (بمقتضى عبديته) وإمّا ممنوع عن التزويج بأكثر من أمتين بمقتضى حرّيته .

فعند هذا (أي العلم بالتخصيص والدوران بين المتباينين) سقط العموم أو الإطلاق لا محالة ولا بدّ من الرجوع إلى الأصل العملي، وهو يقتضي عدم نفوذ العقد في موارد الشك فليس له أن يتزوَّج بأكثر من حرّتين، ولا بأكثر من أمتين فيما إذا كانت الثالثة أمة أيضاً وهذا هو مبنى الإحتياط ومعناه، وهكذا الحال في المبعوضة لأنّ جواز النكاح بالنسبة إليها أيضاً خصّص بأحد الأمرين المتباينين، إمّا بعدم جواز نكاحها من حرّ عنده أمتان، وإمّا لعدم جوازه من عبد عنده حرّتان، فلا يمكن التمسك بالإطلاق، والأصل هو الفساد .

نعم لو قلنا بخروج المبعوض عن عنواني الحرّ والقن، لأنّ الأخبار الدالّة منصرفاً إلى الحرّ والعبد الخالصين، فلأمانع من التمسك بالعمومات والإطلاقات الدالّة على جواز التزويج بأربع لعدم المعارض لها حيث إنّ موضوع أدلّة عدم جواز نكاح أكثر من حرّتين هو العبد وهو ليس بعبد، كما

أنّ موضوع أدلّة عدم جواز نكاح أكثر من أمتين هو الحرّ وهو ليس بحرّ فيجوز للمبعوض التزويج بأكثر من حرّتين كما يجوز له التزويج بأكثر من أمتين .

ثمّ استبعد الماتن هذا الاحتمال ولعلّ الوجه بدوية الإنصراف في المقام أو كون التمسك بالعموم من التمسك به في الشبهة المصدقية (وإن كان السيد لم يره بأساً) .

وقال بمرجعية الاستصحاب ، وإنّ مقتضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما .

وأشكل^(١) عليه بأنّ تفريع الاستصحاب على الالتزام بكون المبعوض قسماً ثالثاً غير واضح ، فإنّه لو قلنا بجريان الاستصحاب فلا بدّ من القول به حتّى بناءً على شمول الأخبار له أيضاً إذ ينتفع به في حلّ العلم الإجمالي الناشئ من شمول الأخبار له ، وبه يثبت له أحكام العبد .

ولكن ظاهر أنّ الاستصحاب متفرع على عدم الالتزام بشمول الأخبار للمقام حيث رجع إلى الاستصحاب في المتن بعد استبعاد الاحتمال المذكور وإيراد الإشكال باستلزامه الأولويّة من الحرّ الخالص .

وكيف كان فقد استشكل^(٢) في جريان الاستصحاب في المقام ، بأنّه استصحاب تعليلي ولا نقول به لأنّه معارض بالاستصحاب التنجيزي ،

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٤٨ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٤٩ .

حيث إنّ استصحاب ترتب أثر الزوجية على عقده على أربع إمّاء حال رقيته، أو عقده إلى حال حرية بعضه، معارض باستصحاب الحرمة وعدم ترتب الأثر على عقده فعلاً فلا يمكن الأخذ به .

توضيح ذلك إنّ الاستصحاب التعليقي يجري فيما إذا كان الموضوع مركباً من جزئين أحدهما حاصل فعلاً والآخر غير حاصل ولكن عند تحقق الجزء الثاني وحصوله يتغيّر وصف الأوّل ويزول. نظير (العنب إذا غلى يجرم) فإنّه لا يمكن إثبات الحرمة للزبيب إذا غلى بالاستصحاب، لأنّه قبل الغليان لم يكن موضوع الحرمة بتمامه متحقّقاً نظراً لفقدان الجزء الثاني، وعند حصوله يزول وصف الجزء الأوّل ويتغيّر، فلامجال للتمسك بمثل هذا الاستصحاب حيث أنّه معارض بالاستصحاب التنجيزي، بحلية الزبيب، ولزيادة التوضيح نقول:

أنّ المحقّق الآخوند رحمته الله (١) التزم بجريان الاستصحاب التعليقي بتقريب: أنّ قوام الاستصحاب من اليقين بالحدوث والشك في البقاء متحقّق في الأمور التعليقية، لأنّ غاية ما يقال في نفيه: أنّ الحكم التعليقي لا وجود له قبل وجود ما علّق عليه، فلا يقين بحدوثه وهذا قول فاسد، لأنّه لا وجود له فعلاً قبل الشرط، لا أنّه لا وجود له أصلاً ولو بنحو التعليق، فإنّ وجود التعليق نحو وجود يكون متعلّقاً لليقين والشك ولذا كان مورداً للخطابات الشرعية من إيجاب وتحريم.

(١) كفاية الاصول: ٤١١.

وخالفه المحقق النائيني رحمته الله (١) ونفى جريان الاستصحاب في الحكم التعليقي بما محصله: إنَّ الحكم له مقامان: مقام الجعل وهو جعل الحكم الكلي على الموضوع الكلي، ومقام المعول وهو الحكم الفعلي الحاصل بمحصل موضوعه باجزائه وقيوده.

والشك في بقاء الحكم بلا حظ مقام الجعل لا ينشأ إلا من قبل الشك في النسخ وعدمه وهو أجنبي عما نحن فيه، ومع عدم الشك في النسخ يعلم ببقاء الجعل والإنشاء ولا رافع له، إذ هو ثابت حتى مع عدم تحقق الموضوع بالمرّة.

أمّا بلحاظ مقام المعول والفعلية، فبالنسبة إلى الحكم التعليقي غير متصوّر لأنّ المفروض عدم الفعلية للحكم لعدم تحقّق كلا جزئي الموضوع فلا يقين بالحدوث وليس للحكم التعليقي مقام آخر يتصوّر جريان الاستصحاب بلحاظه.

وبالجملة: ماله ثبوت فعلي وهو الجعل لاشك فيه، وما هو مورد الشك وهو المعول لا يقين بحدوثه.

فالمتحصّل أنّ الحرمة التقديرية التي ينصب بها العنب قبل الغليان لاحقيقة له سوى الحرمة الفعلية الثابتة على تقدير الغليان التي يتعلّق بها إدراك العقل من الآن ولكنّه ليس بمعنى أنّها ثابتة بثبوت فعلي من جهة، كما هو كذلك في الأمور والتكوينية فإنّه لو فرض أنّ العنب على تقدير الغليان

(١) فوائد الاصول ٤: ٤٦٨.

تكون مسكراً فقبل غليانه يوصف بأنه مسكر، فليست الحرمة الفرضية والتقديرية أمراً وراء الحرمة الفعلية الثابتة في ظرفها.

هذا مضافاً إلى أن المحكوم بالحرمة التعليقية، محكوم بالحلية التنجيزية قبل حصول المعلق عليه بالحرمة، فبعد حصوله يستصحب الحكم التنجيزي فيتحقق التعارض بين الاستصحابين دائماً.

ففي مثال الزبيب إذا حكم بحرمة على تقدير الغليان بواسطة الاستصحاب، يعارض ذلك باستصحاب حلية المنجزة الفعلية المتيقنة قبل الغليان فيكون مقتضاه الحلية بعد الغليان، ومقتضى استصحاب الحرمة التعليقية هو الحرمة بعد الغليان فيتعارضان.

وأما في المقام: فلأن معنى استصحاب جواز عقده على أربع إماء حال الرقية هو ترتب آثار الزوجية عليه، مع أن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب التنجيزي للحال الفعلي له وهو حال حرية بعضه، أي أصالة عدم ترتب الأثر.

وإن أشكل في تمامية المعارضة^(١) بين الاستصحابين، فقد مرّ عدم تمامية المقتضي للاستصحاب التعليقي، فلا بدّ من الاحتياط كما اختاره الماتن أولاً.

مسألة ٢: لو كان عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق وصار حرّاً لم يجز إبقاء الجميع، لأن الاستدامة كالاتداء فلا بدّ من إطلاق

(١) كفاية الاصول: ٤١٢.

الواحدة أو الاثنتين، والظاهر كونه مخيراً بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع، ويحتمل القرعة، والأحوط أن يختار هو القرعة بينهما، ولو أعتقت أمة أو أمتان، فإن اختارت الفسخ - حيث إن العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء - فهو، وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً، والأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى^(١).

تعرض في هذه المسألة لصورتين:

الأولى: صورة إعتاق العبد، الثانية صورة إعتاق الأمة وفي خلالهما تعرض لحكم إسلام الكافر ذات أزيد من أربع.

فقد حكم في الصورة الأولى ببطلان الزايد عن الأربع واستظهر خياره في تعيين المطلقة كما في إسلام الكافر، ثم احتاط الرجوع بالقرعة، أمّا وجه الحكم ببطلان العقد في الزايد عن الأربع فلقياس المقام بباب الكافر الذي أسلم عن الزايد من أربع، حيث ورد في معتبرة عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال: «يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً»^(٢)، وهي بظاهرها تدلّ على ثبوت التخيير له.

إلا أن الإشكال في تعميم الحكم بالنسبة إلى ما نحن فيه ظاهر، لأنّ

(١) العروة الوثقى المحشى ٥: ٥١٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٢٤ / أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٦ ح ١.

الحكم في هذه الرواية وهكذا ما ورد في صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة قال: «يمسك أيتها شاء ويخلى سبيل الأخرى، وقال في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة قال: يخلى سبيل أيتها شاء»^(١)، حكم تعبدى خاص بالدليل على خلاف القاعدة، فلامجال للتعدي عنه إلى سائر الموارد، وذلك لاقتضاء القاعدة في مثله البطلان، حيث إن دليل صحة العقد ونفوذه شامل لكل من العقدين أو العقود في نفسه إلا أنه لما كان الجمع بينهما غير ممكن وكان ترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجح، كان مقتضى القاعدة لطبيعة الحال هو البطلان، على ما هو الحال في جميع موارد عدم إمكان التمسك بالدليل بالنسبة إلى كلا الفردين أو الأفراد (كما لو باع داره لشخص وباع وكيله الدار لآخر مقارناً لبيعه فهما محكوم بالبطلان).

ففي المقام حيث إن العقد وقع صحيحاً ابتداءً (بالنسبة إلى الإماء) ولكن لا يمكن الجمع بينهما بقاءً لا بد من الحكم ببطلان العقد بالنسبة إلى الزايد وصحة العقد بالنسبة إلى غيره، وحيث إنه لانص يدل على التخيير فلا بد من الرجوع إلى القرعة.

وبما ذكر ظهر أن المعين هو القرعة، وهكذا الكلام بالنسبة إلى الصورة الثانية.

وأما الإشكال في إجراء القرعة بأنها شرعت لإزالة التحير والتردد

(١) وسائل الشيعة ٢: ٤٧٨ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٥ ح ١.

وما هو المشكل عندنا مع كونه معيناً في الواقع، والمقام ليس كذلك حيث لا واقع له بعد أن كانت النسبة في الجميع واحدة.

مندفع: لعمومية أدلة القرعة وأنها لرفع الحيرة وإن لم يكن لها واقع، لأن ما ورد في رواية منصور بن حازم قال: سأل بعض أصحابنا أبو عبد الله عليه السلام عن مسألة، فقال: «هذه تخرج في القرعة»، ثم قال: «فأي قضية أعدل من القرعة إذا فوضوا أمرهم إلى الله عز وجل، أليس الله يقول: فساهم فكان من المدحضين»^(١) يدل على عدم اختصاص القرعة بما إذا كان للمشكة واقع وكان المكلف جاهلاً به، لأن أهل السفينة تخيلوا أنه يطلب شخصاً من غير تعيين لسد جوعه لأنه لو كانوا يعملون ارادة الحوت لآخذوا به وألقوه في البحر من دون حاجة إلى القرعة.

وهكذا غيرها من الأدلة.

مسألة ٣: إذا كان عنده أربع وشك في أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض المعين أو غير المعين منهم بعقد الانقطاع، ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال^(٢).

والمسألة ذات قولين أحدهما الجواز ومبناه عدم إحراز موضوع الحرمة حيث إن موضوع الحرمة كونها خامسة لأربع عنده بالعقد، وهو غير محرز، للشك في دوام نكاح بعض التي عنده، ومن هنا فلا يحرز كون التي

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٦١ / أبواب كيفية الحكم ب ١٣ ح ١٧.

(٢) العروة الوثقى المحشى ٥: ٥١٨.

يريد العقد عليها خامسة، ومعه فقطضى الأصل هو الجواز هكذا قرر في «مباني العروة»^(١).

وعن المحقق العراقي^(٢): مجريان الاستصحاب في جواز أصل التزويج. ثانيها المنع، ومنشأه: دعوى اتحاد العقد الدائم والمنقطع حقيقة، بمعنى أنّ كلامهما ينشأ طبيعياً الزواج، إلا أنّ المنقطع يزيد على الدائم وهو جعله إلى وقت معين، وهذا هو الأمر الزائد على اقتضاء أصل العقد وحقيقته، فإذا شكّ في جعل الزائد كان مقتضى الأصل عدم جعله، فالعقد باق بطبعه الأولى وهو الدوام.

وأشكل عليه^(٣): بأنّ الأمور الاعتبارية ليست على وزن الأمور التكوينية في جميع الشؤون حيث إنه ليس لها وجود سوى اعتبار من بيده الاعتبار، ولذلك لا يمكن تنظيرها بالأمور التكوينية التي يقال فيها بكفاية علة الحدوث لبقائها.

فبناءً عليها، فحيث إنّ الزوجية (التي اعتبرها العرف والشرع) تنقسم إلى قسمين موقت وغير موقت، فهي منشأة إما مطلقة وإما مقيدة (غير موقت أو موقت) لعدم معقولية الإهمال في الواقعيات، ففيما إذا دار أمر المنشأ بين المطلق والمقيد لم يكن أحدهما موافقاً للأصل والآخر مخالفاً له، لأنّ كلامهما حادث فلاجمال لإحراز أحدهما بالأصل.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٥٧.

(٢) تعليقة العروة الوثقى المحشى ٥: ٥١٨.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٥٩.

فالمحصّل أنّ القاعدة تقتضي بالالتزام بجواز التزويج بالخامسة ، لعدم إحراز كونها الخامسة الممنوعة منها ، لعدم الدليل أو الأصل المانع في المقام لأن يحرز به كون المشكوك عقداً دائماً .

ثم لا يخفى أنّ هذا التقريب مبدن على القول ، بأنّ الزوجية الدائمة والمنقطعة نوعان وصفان وبينهما الاختلاف ، خلافاً لما في الجواهر حيث قال : بأنّ المنقطعة هي الدائمة واستدلّ له بظهور بعض النصوص فيه .

ولأنّ شرط الأجل في المتعة على جهة الشرطية خارجة عن معنى النكاح ، فع عدم ذكر الأجل أي الشرط لا أثر له (بناء على أنّ الشرط المقدر لا يجري عليه حكم الشرط المذكور) فقصد النكاح حينئذٍ بحالة .

ولكنّه أورد عليه الشيخ الأعظم : بأنّ الذي يظهر من النصوص والفتاوي أنّ الدائم والمنقطع حقيقتان مختلفتان وليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق والمشروط كما يشهد به تعبير الفقهاء بقولهم :

إذا أخل بالأجل ينقلب دائماً^(١) فإنّ التعبير بالانقلاب يدلّ على أنّ الإنشاء الصادر من أوّل الأمر لم يكن مقتضياً للدوام ، ... ويشهد له أيضاً اتفاق النصوص والفتاوى على أنّ المهر ركناً هنا للعقد دون الدائم ، فإنّه يدلّ على أنّ المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسلّط على البضع وتمليك الانتفاع به ، كالأجارة كما ورد من (أنهن مستأجرات)^(٢) وبأنّه لازم القول الأوّل أنّه إذا

(١) كتاب النكاح (للشيخ الأعظم الأنصاري) : ٧٩ .

(٢) وسائل الشريعة ٢١ : ١٨ / أبواب المتعة ب ٤ ح ٢ .

أخلّ بالأجل والمهر معاً انقلب دائماً أيضاً، مع أنّ ظاهر «المسالك»^(١) الإتفاق فيه على البطلان، والخلاف يختصّ بما إذا ذكر المهر وترك ذكر الأجل، بأنّه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر لعدم تمكين الزوجة في الانقطاع وعدم سقوطه بذلك في الدوام.

وأشكل^(٢) عليه بأنّ هذه الوجوه المذكورة لا تدلّ على الاختلاف في الحقيقة لأنّ نتيجة ما أفاده إشكالاً: أنّ مجرد عدم ذكر الأجل ينقلب العقد واماّ فلذلك يحرز موضوع الدوام بالاستصحاب، أي أنّ استصحاب عدم ذكر الأجل عند الشك فيه يحرز كون كلّ واحد من الأربع الموجودة بالفعل دائماً وبه تمّ موضوع الحرمة تزويج الخامسة.

ولكنّ الروايات المذكورة أجنبية عن المدعى، حيث إنّها في مقام بيان الفارق بين العقدين، والأحكام المترتبة على كلّ منهما وإنّ العقد المنقطع هو المنشأ مقيداً في قبال الدائم الذي هو المنشأ على نحو الإطلاق، من دون أن تكون ناظراً إلى بيان حكم تعدي فلا يستفاد منها حكم تعدي بحيث إذا لم يذكر الأجل يصير العقد دائماً.

فعلى هذا لا أثر لإصالة عدم ذكر الأجل لأنّه لا يثبت بها كون المنشأ هو العقد الدائم لأنّ كلا منها مشكوك فيه، فلا مجال لإحراز أحدهما بإصالة عدم ذكر الأجل.

(١) مسالك الأفهام ٧: ٤٤٠.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٥٨.

وبعبارة واضحة: أن التمسك بالاستصحاب عند الشك في انقضاء زوجية بعض التي عنده وزوالها لإثبات الزوجية الدائمة وبالنتيجة لإحراز موضع الحرمة للخامسة غير تام، لأن الشك في بقاء الزوجية وعدمه بعد انقضاء الأجل مسبب عن ضيق المجعول وسعته بمعنى الشك في أن الزوجية المنشأة زوجية محدودة إلى مدة معينة أو مطلقة، فاستصحاب عدم جعل الزوجية بعد تلك المدة من الأول تكون حاكماً على هذا الاستصحاب ومقديماً عليه وبه يحكم بعدم كونها بعد تلك المدة زوجة له كما يقال ذلك في باب الإجارة عند الشك في مدة الاستيجار حيث يحكم بعدم ملكية المستأجر للمنفعة، للاستصحاب.

ومع التنزل فهذا الاستصحاب معارض لاستصحاب المقتضي لإثبات الزوجية الدائمة للأربع فيتعارضان ويتساقطان بالمعارضة فالمرجع هو أصالة الإباحة بالنسبة إلى الخامسة.

