

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۳۶

مسألة ١٩: إذا اشترط في عقد العمّة أو الخالة اذنها في تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثمّ لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط، لم يصحّ العقد على إحدى البنّتين، وهل له إجبارهما في الإذن؟ وجهان نعم، إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو الأخت فالظاهر الصحة وإن أظهرتا الكراهة بعد هذا.

لا إشكال في عدم صحة العقد المشروط باذنها إذا لم يأذنا وعصيا في العمل بالشرط؛ لأنّ عصيانهما لا يوجب سقوط اعتبار اذنها في توقّف الحكم بصحة عقد البنّتين إلّا أنّ الكلام في جواز إجبارهما في العمل بالشرط أي الإذن، وعلى القول بالجواز هل يؤثر ذلك في تمامية عقد البنّتين أم لا؟ أمّا الكلام في جواز الإحبار وعدمه فهو مبنيّ على تنقيح المرام في باب الشروط في المعاملات وأنّ الشرط هل يقتضي ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث يكون المشروط له مالكاً على المشروط عليه الفعل المشروط، فعليه يكون الزوج مالكاً على الزوجة (العمّة والخالة) الإذن في العقد، فيكون له المطالبة به ومع امتناعها يكون له الإجبار عليه، ومع التّعذّر يكون له الرجوع إلى الحاكم الشرعي لإستيفاء حقّه بإعمال الولاية، أو لا يقتضي ذلك، بل الشروط وزآنهاوزان سائر التكاليف والأحكام الشرعية يجب على المشروط عليه الالتزام به شرعاً والوفاء به محضاً ولا أكثر نعم، إذا

امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكن مع التّعذر لا يكون للحاكم إجبارها لعدم ولايته على تحصيل الواجبات الشرعية .

ومع ذلك كلّه يشكل الحكم بصحة عقد البنتين مع إجبارهما سواء قلنا بأنّ وزان الشرط وزان الحكم التكليفي أو أنّه من الحقوق الثابتة العقلائية، ولزوم الوفاء بها من مقتضيات العقد، حيث قد عرفت أنّ المعترف في صحّة عقدهما إنّما هو رضا العمّة والحالة ومن البديهي عدم إمكان تحقّق الرضا بالإجبار لتقوّمه بالاختيار، فلا فائدة في جواز الإجبار للحكم بالصحة .

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى صدر المسألة وأن يكون الشرط على نحو شرط الفعل ولا يعبأ بالنقاش في إمكان إحراز الرضا في بعض مصاديق المكره؛ لأنّنا في صحّة العقد ندور مدار إحراز الرضا من الزوجة، ولا يمكن الجمع بين الكراهة والرضا وجداناً بخلاف الاضطرار حيث يمكن الجمع بين الاضطرار والرضا بالوجدان فتأمّل .

وأما الكلام في ذيل المسألة والحكم بصحة العقد إذا اشترط عليهما على نحو شرط النتيجة بأنّ اشترط عليهما في نكاحهما جواز نكاح البنتين عليهما وإن أظهرتا الكراهة بعد هذا، فقد أورد عليه بما قد مرّ منه أنّاً من أنّ اعتبار الإذن حكم شرعي مجعول لهما (للعمة والحالة) يحتاج نقله إلى الغير

إلى الدليل، فما لم يرفعه الشارع لا يمكن رفعه بموافقة المجعول له الحكم أو الحق.

نعم يمكن توجيه الحكم المزبور برجوعه إلى شرط الوكالة عنها في الإذن في ضمن عقدها أو في ضمن عقد لازم آخر، فهنا لا بأس بصحة العقد وإن أظهرت الكراهة لعدم جواز عزل الزوج عن الوكالة وإن كانت من العقود الجائزة؛ لأنهما وقعت شرطاً في ضمن العقد اللازم، ومقتضى لزوم دليل ذلك العقد لزوم الشرط أيضاً.

مسألة ٢٠: إذا تزوّجها من غير إذن، ثمّ أجازتا، صحّ على الأقوى.

في المسألة أقوال، وعمدتها الحكم بالصحة مع حقوق الإجازة، كما قوّاه الماتن والعلامة^(١) وكثير من المتأخرين؛ لتحقق شرطها وهو الإذن، فيشمله دليل الصحة من دون معارض.

وفي المسألة قول بالبطلان، كما هو المنسوب إلى المحقق في «الشرائع»^(٢) و«النافع»^(٣)، مستنداً إلى أنّ العقد الفاقد للإذن منهي، والنهي في المعاملة يقتضي الفساد، هذا أولاً.

وثانياً: أنّ النهي الوارد في لسان الدليل «لاتزوّج ابنة الأخ ولا ابنة

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٢.

(٣) مختصر المنافع ١: ١٧٦.

الأخت على العمّة ولا على الخالة إلاّ باذنها»^(١) يوجب خروج المعقود عليها عن قابلية النكاح .

وثالثاً: الحكم ببطلان النكاح الفاقد للإذن المشترك فيه في رواية علي بن جعفر عليه السلام «فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»^(٢).

رابعاً: ظهور أدلّة اعتبار الإذن في كونها مقارنة للعقد .

وخامساً: أنّ العقد على بنت الأخ والأخت بدون إذن العمّة والخالة معصية لله سبحانه ، فيكون فاسداً لما ورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه في رواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ، فقال : «ذاك إلى سيّده ، إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما» ، قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم من عتبية و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : «إنّه لم يعص الله وإنما عصى سيّده ، فإذا أجازته فهو له جائز»^(٣).

إذ يدل الحديث على أنّه لو عصى الله تعالى كان نكاحه فاسداً ، فتدل على أنّ معصية الله تعالى كليّة موجبة للفساد .

وأشكّل على الجميع في «المستمسك»^(٤) فعلى الأوّل والثاني والثالث

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب ما يجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٧ / أبواب ما يجرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ١١٤ / أبواب نكاح العبيد ب ٢٤ ح ١ .

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٢٠٤ و ٢٠٥ .

بممنوعية اقتضاء الفساد بعد حصول الإذن وهكذا الرابع .

وأشكل على الخامس : بأن الظاهر من معصية الله سبحانه معصيته في نكاح المحرّمات من النساء ، مثل الأصول والفروع لامطلق المعصية ، وإلا كالتعليل غير ظاهر ، فيكون تعدياً ، وهو خلاف الأصل في التعليلات ، على أنّ البناء على تحريم العقد تعدياً بحيث يوجب الإثم لنفسه غير ظاهر من الأدلّة .

بتوضيح : أنّه لا يستفاد من هذا التعليل الكبرى الكليّة المدّعاة ؛ لأنّه يستلزم القول بفساد البيع وقت النداء أو فساد بيع مال المقسم عليه أو المنذور عدم بيعه ، مع أنّه لم يقل به أحد ، فعلى هذا لا يكون التعليل ناظراً إلى أمر تعدي خاص ؛ لأنّه خلاف الأصل في التعليلات .

وبعبارة واضحة : أنّ النهي في المعاملة تارة بداعي بيان مانعية الشيء المنهي عنه أو بداعي مشابهه ، فإنّه يكون دالاً على فساد المعاملة عند الإخلال لدلالة النهي على اعتبار عدم المانع فيها ، فتخلّفه تخلف للشرط المعتبر في صحتها .

وإن كان بداعي الردع والزجر من أجل مبغوضية ما تعلق به النهي ، فعليه إمّا أن يكون عن ذات السبب (أي العقد الإنشائي) أو السبب لإيجاد المعاملة كالنهي عن البيع وقت النداء ، وإمّا أن يكون عن المسبّب ، أي وجود نفس المعاملة كالنهي عن بيع الآبق وما ليس عنده و....

فعلى الأوّل : فالمعروف عدم فساد المعاملة ؛ لعدم ثبوت المنافاة ، بين

مبغوضية العقد وبين إمضاء الشارع لا عقلاً ولا عرفاً بعد كون العقد جامعاً لجميع شروط المعبرة فيه، بل الثابت خلافه، كحرمة الظهار التي لم تناف ترتب الأثر عليه من الفراق.

وعلى الثاني: فقد ذهب عدّة إلى أنّه يقتضي الفساد مستدلاً بأنّ صحة كلّ معاملة مشروطة بتسلّط العاقد عند الشارع على العين، ونفس النهي عن المسبّب يكون معجزاً مولوياً للمكلف عن الفعل ورافعاً للسلطنة عليه، فالشرط المعتر مختل، فيترتب عليه الفساد.

مع أنّ التحقيق رجوع هذا الاستدلال إلى لحاظ اعتبار شرط أو شرائط في المتعاقدين والعوضين والعقد نفسه مثل النهي عن بيع السفية والصغير والمجنون الدالّ على اعتبار العقل والبلوغ في البائع، وكالنهي عن بيع الخمر والميتة والآبق الدالّ على اعتبار إباحة المنع والتمكّن من التصرف. فإنّ هذه تدلّ على فساد المعاملة مع فقدها لرجوعها إلى القسم الأوّل، وهو ما إذا كان النهي بداعي الإرشاد إلى الجزئية أو الشرطية، وقد مرّ. والعمدة بيان عدم ثبوت الملازمة بين النهي وفساد المعاملة وكون النهي معجزاً مولوياً ورافعاً للسلطنة المكلف.

ففي المقام إن قلنا إنّ النهي المذكور في لسان الدليل ناظر إلى أنّ العقد الفاقد للشرط باطل، فلا كلام في بطلانه، إلّا أنّه بعد لحوق الإجازة صار واجداً له؛ لعدم كون النهي ناظراً إلى حكم تعبدي كحرمة نكاح الأمّ والبنت، هذا.

ولا يخفى أنّ ما أفاده نقداً على الإشكالات الأولى يحتاج إلى مزيد من التوضيح حيث اكتفى ببيان كفاية الإذن اللاحق . والظاهر أنّ مراده من نفي دلالة الأدلة الناهية على بطلان العقد وأنها وإن كان النهي تكليفاً مولوياً ولكنه يقتضي الفساد أو أنّ النهي إرشاد إلى البطلان هو أنّ الاستفادة من هذه الأدلة عدم كونها تكليفاً محضاً، بل هي ناظرة إلى الحكم الوضعي أي البطلان، ولكن لا تدلّ على البطلان المحض؛ لجواز النهي عن الفعل فيما إذا لم يمكن ترتب الصحة عليه فعلاً، مع كونه قابلاً لترتب الصحة التأهيلية .

وبعبارة أخرى: لا ينافي النهي بلحاظ الوضع الموجود الحالي مع الحكم بالصحة بعد تحقق الشرط المصحح، وفي المقام لا بأس بحمل النهي الوارد في لسان الأدلة في نكاح بنت الأخ أو الأخت مع عدم تحقق الإذن من العمّة والخالة، ولكن لا مانع من القول بقابلية هذا العقد للصحة بعد لحوق الإذن منها .

وهكذا الحكم بالبطلان في صحيحة علي بن جعفر عليه السلام، فإنها أيضاً دالة على عدم جواز ترتب الأثر على العقد الفاسد للإذن المشروط فيه، ولكنّها لا تدلّ على سلب الشأن للصحة من العقد المذكور، فالرواية ناظرة إلى بطلان الزوجية والنكاح بالنسبة إلى بنت الأخ أو الأخت لمن عقدهما من دون تحصيل الشرط، ومع حصوله فلا وجه لبقاء الحكم .

وبما ذكرنا اتضح أنّ اعتبار الإذن وإن كان من باب الحكم الشرعي ولا لحقّ منها لا يترتب عليه أكثر ممّا قلنا من اعتباره وعدم صحّة العقد من

دون حصوله، ومع حصوله ولو لا حقاً فلا إشكال.

كما اتضح الإيراد على بيان المحقق الخوئي رحمته الله حيث قال توجيهاً للحكم بالبطان، بأن الرضا المتأخر لا يؤثر في البطان الثابت للعقد في حينه نظير ما لو كان المتعاملان جاهلين بالعوضين حين العقد ثم علما بهما، فإن علمهما المتأخر لا يؤثر شيئاً في العقد الذي وقع غير مستكمل للشرائط، ومن ثم كان باطلاً، ولا يقاس بالعقد الفضولي المحكوم بالصحة بعد لحوق الإجازة؛ إذ الفرق بينهما واضح، فإن العقد الفضولي حين استناده (أي حين الإجازة) إلى من له الأمر وانتسابه إليه مستكمل لجميع الشرائط وحين فقدانه للشرائط لم يكن مستنداً إليه، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن العقد حين استناده إلى من له الأمر وانتسابه إليه فاقده لشرط الإذن، فهو في الحال محكوم بالبطان فلا يكون لإكمال الشرائط بعد ذلك أثر؛ لأن انقلاب العقد من البطان إلى الصحة يحتاج إلى الدليل، وهو مفقود.

وهذا الكلام يشمل كل مورد يعتبر في صحته أمر غير متحقق حين العقد ثم يتحقق بعد ذلك كبيع الراهن العين المرتهنة قبل إجازة المرتهن ثم رضاه بعد ذلك وكالتزوج بالبكر مع عدم رضا الأب حين العقد ثم رضاه بعد ذلك، فإنه يحكم في جميعها بالبطان، نظراً إلى أن العقد حين استناده إلى من له الأمر كان محكوماً بالفساد، فلا يؤثر الرضا المتأخر فيه شيئاً؛ لأن الانقلاب يحتاج إلى الدليل.

إلا أن في المقام لا يحيص عن الالتزام بالصحة، نظراً إلى التعليل الوارد

في صحيحة زرارة المتقدمة، فإن مقتضاه هو الالتزام بالصحة في كل مورد كان العقد حلالاً في نفسه ومرخصاً فيه شرعاً، غاية الأمر كان العقد فاقداً لإذن من يعتبر إذنه في صحته شرعاً ثم لحقه الرضا بعد ذلك باعتبار أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى غيره، فإذا أجاز جاز، والحاصل: أن مقتضى القاعدة في المقام وأمثاله البطلان، إلا أن مقتضى التعليل المذكور في الرواية هو الالتزام بالصحة، انتهى كلامه رفع مقامه^(١).

فإن بيانه مشتمل على بيان الفرق بين بيع الفضولي وأمثال المقام، وتوجيه الحكم بالصحة في النكاح المبحوث عنه. أمّا صدر كلامه وإن أمكن تصحيحه بدواً بأن الأمر في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) يشمل المالك فقط، وفي الفضولي في حين الإجازة يصير المالك مخاطباً للأمر في الآية، وفي هذا الزمان يلزم كونه واجداً للشرائط، مع أن في بيع الراهن فحيث إن العقد غير واجد للشرط فيكون باطلاً ولا يؤثر الإجازة في تصحيح العقد الباطل. ولكن الذيل يشكل الموافقة معه؛ لأن ظاهر التعليل في الرواية عدم كون الحكم تعدياً، بل يرشد إلى بيان القاعدة في أمثال المقام وأنها إناطة الجواز بعدم تحقق العصيان لله تعالى، وأمّا عصيان الشرط وعدم الاستئذان فهو ينجّر بلحوق الإذن منها بعد العقد.

مسألة ٢١: إذا تزوج العمّة وابنة الأخ وشك في سبق عقد

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢٩٩.

(٢) المائدة ٥: ١.

العمّة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة، وكذا إذا شك في السابق والاقتران، بناءً على البطلان مع الاقتران.

فقد استدلل للحكم بالصحة بوجهين: أحدهما: أصالة الصحة.

وثانيهما: الاستصحاب.

أمّا الأوّل: لجريان أصل الصحة في العقود عند الشك في صحّتها وفسادها، إلا أنّ الإشكال في تطبيق هذا الأصل للمقام، لأنّها جارية بالنسبة إلى عمل الغير؛ لورود أدلّتها في مورد أفعال الغير كقوله عليه السلام: «ضع أمر أخيك على أحسنه حتّى يأتيك ما يغلبك منه ولا تظنّ بكلمة خرجت من أخيك سوءاً وأنت تجدها في الخير محملاً»^(١).

وكقوله عليه السلام بمحمد بن فضيل: «يا محمد كذب سمعك وبصرك عن أخيك، فإن شهد عندك خمسون قسامة وقال لك قولاً فصدّقه وكذبهم...»^(٢).

وهكذا قوله: «إذا اتّهم المؤمن أخاه انماث الايمان في قلبه كما يناث الملح في الماء»^(٣).

وكذلك الدليل العقلي من لزوم اختلال النظام من ترك المحمل للصحة في أفعال الغير.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٠٢/ أبواب أحكام العشرة ب ١٦١ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٩٥/ أبواب أحكام العشرة ب ١٥٧ ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٠٢/ أبواب أحكام العشرة ب ١٦١ ح ١.

والعمدة هو السيرة والبناء من العقلاء على ترتيب آثار الصحة على العمل الصادر من الغير وعدم الردع عنها من الشارع، فهذه الأدلة على القول بتامية بعضها تدلّ بأجمعها على تصحيح أعمال الغير ولا تدل على تصحيح العمل الصادر من شخص المكلف.

نعم لا بأس بالقول بحملها على قاعدة الفراغ كقوله: «كلّ شيء شك فيه ممّا قد جاوزه ودخل في غيره فليمض عليه»^(١).

وهكذا قوله عليه السلام: «إذا خرجت من شيء ثمّ دخلت في غيره فشكّك ليس بشيء»^(٢) بحملها على تصحيح ماشك في صحّته ولا وجوده.

إلا أنّ جريان هذه القاعدة موقوف على تنقيح القول في أنّ جريانها مختصّة بصورة الشك في الغفلة والذكر حال العمل، أو يعمّ صورة ما إذا علم بالغفلة، بل علم كونه جاهلاً أو ناسياً بالنسبة إلى المسألة واحتمل الإتيان بالمشكوك من باب الاتفاق؟

فإن قلنا بأنّ القاعدة من الأصول التعبدية فمقتضى عموم دليلها هو تعميم جريانها للصورتين؛ للتحقق موضوعها، وهو الشك في الصحّة، كما أنّه لو استدلّ على جريانها برواية الحسين بن أبي العلاء قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخاتم إذا اغتسلت؟ قال: «حوّله من مكانه وقال في الوضوء: تديره، فإن نسيت حتى تقوم في الصلاة فلا أمرك أن تعيد

(١) وسائل الشيعة ٦: ٣١٧/ أبواب الركوع ب ١٣ ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٨: ٢٣٧/ أبواب الخلل ب ٢٣ ح ١.

«الصلاة»^(١) يستفيد ذلك .

ولكن لو نوقش في كونها من الأصول التعبدية وفي دلالة الرواية بكونها أجنبية عن المدعى ، بل لمطلوبية ادارة الخاتم وتحوُّله ، لا باعتبار وصول الماء إلى البشرة ، يشكل الحكم بالتعميم ، بل هي مختصة بصورة الشك والغفلة ، بل المنصوص في الدليل اشتراط الذكر «... هو حين يتوضأ أذكر منه حين يشك»^(٢) .

وكيف كان جريان القاعدة بالنسبة إلى ما نحن فيه مبني على القول بالتعميم ، كما التزم به النائبي^(٣) والسيد الحكيم^(٤) ، وإن خالفه السيد الماتن والمحقق الخوئي ، واحتاط السيد في مبحث التزويج في الإحرام في جريان أصالة الصحة ، وأفتى السيد الخوئي بعدم الجريان .

هذا كله بالنسبة إلى الوجه الأوّل ، وهو جريان أصالة الصحة .

وأما الوجه الثاني - أي الاستصحاب - : فيحكم بمقتضى الاستصحاب بالصحة عند ماشك في دخول ابنة الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة ، فإن مقتضى الاستصحاب عدم كون العمّة أو الخالة زوجة له حين تزوّجه من ابنة الأخ أو ابنة الأخت ، ولا يعارض ذلك بأصالة عدم كون ابنة

(١) وسائل الشيعة ٦: ٤٦٨ / أبواب الوضوء ب ٤١ ح ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ١: ٤٧١ / أبواب الوضوء ب ٤٢ ح ٧ .

(٣) مستمسك العروة ١٤: ٢٠٦ .

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٣٠٠ .

الشك في حصول إذن العمّة والخالة ٥٩٣

الأخ أو الأخت زوجة له حين تزوّجه من العمّة والخالة؛ لأنّها لا تثبت التأخر إلا بالملازمة.

توضيح ذلك: أنّ عقد العمّة والخالة أمر حادث زماني مسبق بالعدم، ومع الشك في أنّ أوان عقد بنت الأخ أو الأخت كون العمّة والخالة معقودين ليستصحب عدم تحقّق عقدهما؟ وهذا من قبيل عدم تحقّق المانع في زمان تحقّق الممنوع، ويندفع المعارضة بعدم حجية أصل المثبت.

