

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۴۴

مسألة ١٠: ذكر بعضهم أنّه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: (زوّجت فلاناً فلانة) وبعد بلوغ الخبر إليه قال: (قبلت) لم يصحّ. وفيه: أنّه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصّحة في الفرض المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة لعدم التخاطب، وإلاّ فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجالس صحّ، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنّه يسمع صوته ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر، فإنّه يصدق عليه المعاقدة^(١).

قد مرّ الكلام في المسألة السابقة من ابتناء الحكم على تمامية الربط بين الالتزامين، فما أفاده العلامة^(٢) مشكل: لعدم الدليل على اتحاد المجلس، واحتمال الاعتبار من توقف العقد على تحقّق الفورية ممّا لا دليل عليه أيضاً، فلا وجه للحكم باتحاد المجلس، كما لا دليل على وجوب الفورية.

مسألة ١١: ويشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود، فلو علّقه على شرط أو مجيء زمان بطل نعم، لو علّقه على أمر محقّق

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٨٨.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٠.

معلوم، كأن يقول: (إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة) مع علمه بأنه يوم الجمعة صحّ، وأمّا مع عدم علمه فمشكل^(١).

ما يظهر من إطلاق عبارة السيّد عليه السلام بطلان العقد مع التعليق على الشرط المتوقع حصوله في المستقبل، أعم من أن يكون مقارناً للعقد أو متأخراً عنه، بمعنى أن يكون الإيقاع في الآن وتحققه موقوف على حصول الشرط في المستقبل (أي أن الزوجية تتحقق مع تحقق الشرط في زمانه). وأمّا المتأخّر يكون بمعنى أن العقد يتحقق في زمان إيقاعه (أي الزوجية حاصلة في الحال مشروطاً بتحقق الشرط في المستقبل).

واستثنى من البطلان في التعليق تعليقه على أمر محقق معلوم مع علمه بتحقيقه في الحال وقال بالصحة فيه، كأن يقول: (إن كان هذا اليوم الجمعة زوجتك) ويعلم بأنّ هذا اليوم يوم الجمعة.

كما يقول بالبطلان أيضاً مع عدم علمه وكان مشكوكاً بأنّ اليوم يوم الجمعة هذا.

وقد ذكر في وجه البطلان مضافاً إلى دعوى الإجماع، بأنّ الإنشاء إيجاد للمنشأ فكما أنّ الإيجاد الحقيقي لا يقبل الإناطة والتعليق كذلك الإنشاء لأنّه إيجاد ادعائي.

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٨٨.

واورد عليه^(١): بأنّ باب الادعاء واسع، حيث إنّ الإنشاء راجع إلى قصد تحقّق الأمر الادعائي والقصد كما يتعلّق بالموضوعات اللحاظية يمكن أن يناط أيضاً بالأمر اللحاظية، فيكون موجوداً في ظرف لحاظ الشرط ومفقوداً في ظرف عدمه، هذا، مضافاً إلى إمكان دعوى أنّ التعليق ليس للإنشاء، بل للمنشأ لأنّ الإنشاء ليس ملحوظاً فلا يكون موضوعاً لإضافة الإناطة بالشرط بخلاف المنشأ، فإنّه الملحوظ وأنّه المعول طرفاً لإضافة الإناطة بالشرط، وحينئذٍ فلامجال للإشكال المذكور.

لا يقال: على هذا يلزم التفكيك بين المنشأ والإنشاء إذا كان المعلق عليه استقبالياً لحصول الإنشاء بالفعل وعدم حصول المنشأ، والتفكيك بينهما كالتفكيك بين الإيجاد والوجود ممتنع؛ لأنّ الإنشاء عين المنشأ، كما أنّ الوجود عين الإيجاد، والاختلاف أنّما هو بالإضافة لا غير، ويمتنع التفكيك بين الشيء ونفسه.

لأنّه يقال: إنّ المنشأ حاصل حين الإنشاء لكنّه معلق لا مطلق، فإذا أنشأ البيع معلقاً على قدوم الحاج فقد حصل البيع المعلق على قدومهم حال الإنشاء، والذي لم يحصل هو البيع المطلق وهو غير المنشأ، ولذلك لم يشكل في صحّة الوصيّة التملكيّة المعلقة على الموت وهكذا التدبير وهو العتق المعلق

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨٠.

على الموت ، والنذر المعلق على الأمر الاستقبالي .

هذا كله مضافاً إلى أنه على مبنى أن الإنشاء هو الإرادة المبرزة على حدّ الإخبار فكما تصحّ تعلّق الإخبار بأمر متأخّر يصحّ إنشاء الأمر المتأخّر أيضاً، فعلى هذا لا مانع من اعتبار الزوجية فعلاً للغد .

وبالجملة : ما ذكر من الأدلة لبطلان التعليق غير كاف للقول بعدم

إمكان هذا النحو من التعليق .

ولعلّه لذلك تمسّك بعضهم كالجواهر^(١) (في بحث بطلان التعليق في العقود والإيقاعات) إلى الأدلة اللفظية، ببيان: أن المستفاد من الأدلة الشرعية ترتّب أثر العقد الشرعي بعد صدور الإيجاب والقبول من الموجب والقابل، وهذا يدلّ على تمامية العقود التي كانت منجّزة ولا معلقة، وحيث إنّ العقود المعلقة غير مؤثّرة ما لم تتحقق المعلق عليه فلا تتم بمقتضى الأدلة المذكورة، والظاهر أنّ في «الجواهر» لم يصرّح بالدليل أو الأدلة المستندة إليها، وأعانه السيّد الخوئي رحمته الله بذكر الدليل في باب النكاح والبيع وغيرهما^(٢) واستند أولاً على صحيحة أبان «فإذا قالت: نعم فقد رضيت وهي امرأتك...»^(٣).

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٥٣ و ٣٤: ١٠٠.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٤٨.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٣ / أبواب المتعة ب ١٨ ح ١.

فإنها ظاهرة في أنّ الزوجية وترتّب الأثر على عقد النكاح أنّما تكون بمجرد قولها «نعم» من دون أن ينتظر تحقّق شيء آخر .

وثانياً: إلى ماورد في شراء الأمة من أنّ البائع إذا أخبر عن استبرائها أو كان البائع امرأة جاز وطؤها، فإنها ظاهرة في أنّ الحكم مترتب على مجرد شرائها وملكيته لبضعها من دون توقف على شيء آخر .

واستدلّ ثالثاً بصحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك، أو بتّ عنك فأنت طالق؟ فقال: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط شرطاً سوى كتاب الله عزّوجلّ لم يجز ذلك عليه ولا له»^(١)، بتوضيح أنّ هذا هو الطلاق الشرطي وبمحض حصول الشرط يتحقّق الطلاق .

فالمحصّل: أنّ هذه النصوص تدلّ على كون الأثر على العقد فعلياً وبمجرد تماميته من دون انتظار لشيء آخر، ومن هنا فيعتبر التنجيز في العقد مراعاة لظهور هذه النصوص .

ولكن الإيراد على الاستدلال بالنصوص المذكورة بمنع تامة ما أفاده صاحب «الجواهر» وكذا السيّد الخوئي عليه السلام حيث إنّ الرواية الأولى واردة في باب المتعة ولا إشكال في أنّ للمتعة خصوصية، كتعيين المدّة والمهر بحيث لولاها لا تقلبت أو بطلت، مع أنّ الدوام ليس كذلك، فلذلك لا مانع من

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٤٤ / أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ب ١٨ ح ١ .

اعتبار التنجيز فيها على نحو يفهم من الدليل بطلان التعليق .

هذا مضافاً إلى دعوى ظهورها في اعتبار التنجيز مخالفة بما ورد في السؤال فيها عن كَيْفِيَّةِ المحرِّمَةِ بقوله: (كيف أقول لها إذا خلوت لها) الدالّ على ترتيب الأثر الفعلي، أي الاستمتاع في الحال وأجابه الإمام عليه السلام بما أجاب، فلا يدلّ الجواب على المفهوم بمعنى أنّ التعليق يوجب البطلان، فلا نبالي بأن نقول إنّ الرواية واردة في الفرد المتعارف من النكاح الانقطاعي أو الدوام فلا تدلّ على حصر الحكم في سائر مصاديقه، هذا مضافاً إلى أنّ السند لا يخلو من الخدشة، وإن عبّر عنها بالصحيحة، لمكان إبراهيم بن فضل الذي قيل فيه: (امامى مجهول)^(١).

وأما الاستدلال بما ورد في شراء الإماء: فهي أجنبية عن المدعى؛ لأنّ المفروض فيها تحقق البيع وحصول الملكية بالبيع المنجز وترتيب آثارها جواباً عن السؤال عن زمان الاستمتاع بالأمة وفرض لزوم الاستبراء في الموطوءة .

وأما رواية الطلاق: فهي مخالفة للقواعد القطعية المسلّمة في باب الطلاق من استشهاد الشاهدين وكونها في الطهر وهكذا، مع أنّ الرواية من هذه الجهات مطلقة فلذلك محمولة على الوكالة، ومع التنزل وتسلم أنّ الرواية من هذه الجهة ساكتة وليست في مقام بيان هذه الجهات، ولكنها على

(١) تنقيح المقال ١: ٢٩/١٦٥.

خلاف المدعى أدلّ، حيث إنّ المذكور فيها جواز إيقاع الطلاق في الحال وإيكال تحقّقه بتحقيق الشرط في المستقبل .

بقي الكلام في الاستدلال بالإجماع المدعى في كلام جماعة من اعتبار التنجيز في العقد حيث قال في «كشف اللثام»: «لا عقد مع التعليق خصوصاً وأمر الفرج شديد، فلو علّقه ولو بأمر المتحقّق... لم يصح»^(١) وتبعه في «الجواهر»^(٢)، والظاهر أنّ هذه الدعوى مأخوذة من العلامة في «التذكرة»^(٣) حيث ذهب إلى اشتراط المجزم في العقود .

ولعلّه لذلك أفتى الشيخ الأعظم في «مكاسبه»^(٤) في مبحث اشتراط التنجيز في البيع باعتباره مستدلاً إلى إجماع الفقهاء على بطلان التعليق في الوكالة، وإلى دعوى الإجماع في خصوص البيع والنكاح، بدعوى أولوية اشتراط التنجيز في العقود المعاوضية بعد ثبوت الإجماع في العقود الإذنية كالوكالة .

وأورد على الشيخ بعدم تمامية الإجماع على الاشتراط التنجيز في عقد الوكالة على نحو الإطلاق كما لا يتمّ في باب البيع والنكاح، وتفصيل الكلام موكول إلى كتاب الوكالة، ولكن المتيقّن عدم تحقّق إجماع في باب البيع

(١) كشف اللثام ٧: ٤٩ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١٤٢ .

(٣) تذكرة الفقهاء ١٥: ١٣ .

(٤) كتاب المكاسب ٣: ١٦٣ .

والنكاح وفي الوكالة على فرض تسلّمه في أحد قسميها، ولا أولوية لها بالنسبة إلى العقود المعاوضيّة؛ لاحتمال خصوصية فيها ليست في غيرها، فلا يتمّ الدليل على بطلان التعليق في العقود، ولا سيّما مع احتمال مدركية الإجماع المدعى والاقتصار على المتيقن منه؛ لأنّه دليل لبيّ لا يمكن التعديّ عن مورده، إلاّ أنّ التعليق في العقود المعاوضيّة ولا سيّما النكاح أمر غير معهود عند العقلاء، بل لا يرون للعقد المعلق على أمر استقبالي اعتباراً فيشكل الحكم بصحّة النكاح كذلك، فحيث إنّه غير متعارف عندهم لاتشملة أدلّة وجوب الوفاء هذا والله العالم.

مسألة ١٢: إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أراد الفراق فالأحوط الطلاق، وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية، وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي، فع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق^(١).

ما أفاده من لزوم الإعادة مع إرادة البقاء ولزوم الطلاق مع إرادة الفراق متين؛ لأنّ المورد من موارد تردّد الأمر بين المتباينين، من ترتّب أحكام الزوجية، كوجب الإنفاق ووجوب الوطاء في كل أربعة أشهر،

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٨٨.

وعدم جواز ترتبها كحرمة الاستمتاع منها، ولا يتخلّص منه إلا من تجديد العقد مع إرادة البقاء للاطمئنان من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها أو إيقاع الطلاق إن أراد الفراق للأمن من المخالفة كذلك ويحصل له اليقين بانتفاء الزوجية بينهما.

وأما إمكان التمسك بأصالة عدم التأثر في الزوجية، أي استصحاب عدم الزوجية مع الشك في وقوع العقد الواقع المخالف للاحتياط، فهو وإن يتم، إلا أنّ مقام التمسك بها خاص بغير موارد العلم الإجمالي كما حقّق في الأصول؛ لأنّ دليل الاستصحاب غير شامل لموارد العلم الإجمالي، إمّا لما أفاده الشيخ عليه السلام من التمسك بأحاديثه «لا تنقص اليقين بالشك» الشامل لكل من أطراف العلم الاجمالي.

وإمّا بما أفاده النائيني عليه السلام من أنّ مرجع الأصل التشريعي إلى الغاء الشك وتقيّده بأنّ المكلف محرز للواقع من ناحية الشارع، ومن الواضح منافاة التعبد بإحراز الحالة السابقة في كلّ من الطرفين مع العلم الإجمالي بانتقاضها في أحدهما فإتّهما لا يجتمعان.

هذا ولا يخفى أنّ الجزم بلزوم الإعادة في إرادة البقاء والاحتياط بإجراء الطلاق في إرادة الفراق يدلّ على أنّ ترتّب أحكام الزوجية في الفرض الأوّل بلحاظ مقام الثبوت مشكل لاحتمال وقوع العقد، فيكون مجرى الاحتياط، كما يمكن أن يكون مجرى الاستصحاب (أي استصحاب

عدم الزوجية) وعلى كلا التقديرين يحتاج إلى العقد الجديد وأما في فرض الثاني (أي إرادة الفراق) فحيث إن الاستصحاب موافق لما أراده؛ لأنه لو كان المورد ثبوتاً مجرى الاستصحاب فلا يحتاج إلى الطلاق، وإن كان المورد ثبوتاً مجرى الاحتياط يستلزم الطلاق، ولعله لذلك أفتى بوجود الاحتياط في الأول، والاحتياط بالطلاق في الثاني. فعلى هذا، القول بصحة التمسك بالأصل المذكور يناه في كون المورد من موارد الاحتياط اللزومي؛ لعدم الجمع بين كون الاحتياط وجوبياً وجريان الأصل النافي فيه.