

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۴۶

مسألة ١٤: لا بأس بعقد السفينه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغة أو أصيلاً مع إجازة الولي، وكذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك^(١).

ما أفاده من عدم البأس بإجراء الصيغة من السفينه وكالة عن الغير أو أصالة مع إجازة الولي تام؛ لعدم الدليل على كونه مسلوب العبارة بالمرّة، وإنما هو محجور عن التصرف في أمواله على نحو الاستقلال، والظاهر أنّ هذا إجماعي.

وهكذا لا بأس بإجراء الصيغة من المكره للغير، ومثّل له في «مباني العروة» بأنّه لو طلب العاقد أجراً على العقد فأكرهه الزوجان أو أحدهما على إجرائه مجاناً أو يأبي الشخص فراراً عن المشاكل المحتملة الآتية، أو لأنّه يطلب المرأة لنفسه ويكره الغير لإجراء العقد وهكذا؛ لعدم شمول حديث الرفع لأمثال المقام لو قلنا بأنّ المرفوع في الحديث رفع المؤاخدة أو العقاب، وأمّا لو قلنا بأنّ المرفوع به جميع الآثار فيشكل التمسك به؛ لأنّه ربّما يستلزم خلاف الامتنان على المكره.

نعم فيما إذا كان العقد لا أثر له بالنسبة الى المكره نفسه بالمرّة يحكم بتأثير العقد وصحة الالتزام من الطرفين وإن كان المجري مكرهاً؛ لأنّ

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٨٩.

المعاقدة إنما هي بين شخصين غيره .

والعمدة في صحة عقد المكره للغير إطلاقات نفوذ العقد بعد عدم اقتضاء حديث الرفع البطلان، هذا وأما بالنسبة إلى الصورة الثانية وهي إكراه إجراء الصيغة لنفسه وإجازته بعد ذلك، فالمشهور صحته بل ادّعي الاتفاق. ونوقش فيه: بأنّ العقد حين وقوعه محكوم بالفساد، فصحتّه بعد ذلك تحتاج إلى الدليل وهو مفقود.

ولا يقاس ذلك بالبيع والنكاح الفضوليين؛ لأنّ العقد حين وقوعه فيهما لا يكون مستنداً إلى من له الأمر والولاية وإنما رضاه بهما وإجازته لهما بعد ذلك يوجب استناد ذلك العقد الواقع سابقاً إليه وانتسابه له من حين الرضا والإجازة فيحكم بصحته بخلاف المكره حيث يستند العقد إليه من حين وقوعه، فيقال: باع فلان داره مكرهاً أو اشترى كذلك، فحيث إنّ العقد من حين وقوعه محكوم بالفساد لعدم شمول أدلّة نفوذ العقود فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل، ولا دليل عليها فيحكم بفساده لا محالة^(١).

وأجيب عنه: بأنّ ما استدللّ به لا يثبت الفساد بنحو الإطلاق وإنما هو يقتضي الفساد مادام كونه مكرهاً (أي الموضوع باقياً) فبإرتفاع الإكراه (الموضوع) حكم بصحته؛ لأنّ أساس الاستدلال للحكم بالفساد مبني على القول بأنّ العقد هو الإيجاب والقبول الحادثين وقد انعدم فلاجمال للحقوق

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٥٦.

الصحة للأمر المعدوم، ولكنّ الأساس باطل حيث إنّ العقد عبارة عن الالتزام بالاعتبار عن الرضا والاختيار، فاذا لم يكن مشمولاً لأدلة النفي للإكراه وعدم الرضا لم يمنع ذلك من الحكم بالصحة بعد ارتفاع العنوان الموجب لانتفاء شمول دليل الفساد له، فتشمله أدلة النفوذ لا محالة .

ونزيد توضيحاً: أنّ دليل الفساد في عقد المكره قاصر عن إثبات الفساد حتّى في فرض الرضا بالعقد بعد ذلك، فإنّ حديث الرفع وارد مورد الامتنان فلا يقتضي إلّا الحكم بفساده مادام الإكراه باقياً، فإذا ارتفع ذلك حكم بصحته؛ لارتفاع المقتضي وكون بقاء الحكم بالبطلان منافياً للامتنان . ولهذا نقول في الأصول في مبحث البرائة بعدم جريان الحكم في مورد الاضطرار فيحكم بصحة عقد المضطر وترتب جميع الأحكام الوضعية عليه، نظراً إلى أنّ الحكم بالبطلان يوجب وقوع المكلف في المشقة الشديدة وهو مناف للامتنان .

لا يقال: سلّمنا ذلك في باب الزواج حيث إنّ الدليل الدال على الفساد حديث نفي الإكراه، إلّا أنّه لا يتم ذلك في باب البيع وأمثاله ممّا يكون الدليل على الفساد قصور دليل الصحة من الأوّل لكونه مقيداً بالتراضي ﴿إلّا أنّ تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) بناءً على كون الاستثناء متّصلاً، فإنّ مقتضاه هو الحكم بالبطلان في كلّ عقد إلّا إذا كان واقعاً عن تراض وحيث إنّ العقد لم

(١) النساء ٤: ٢٩ .

يكن عن تراض حين صدوره يحكم بفساده حتى وإن لحقه الرضا بعده .

فإنه يقال: إن المراد بالتجارة ليس هو اللفظ (أي الإيجاب والقبول) وإنما المراد بها الالتزام بالمبادلة نفساً وهو وإن لم يكن عن الرضا حدوثاً، إلا أنه بقاءً لما كان يصدق عليه التجارة عن تراض حكم بصحته .

ويؤكد ذلك أن المستثنى منه (الأكل بالباطل) بجميع أقسامه باطل، والحال أن هذا الفرد ليس بباطل عند العقلاء جزماً، نظير ما لو غصب متاعاً ثم رضي مالكة، فإنه ينقلب الغصب إلى الأمانة ونحوها .

إذن فالصحيح عدم اختصاص الحكم بالصحة بالنكاح، بل هو عام يشمل البيع ونحوه باعتبار أن قصور العقد إنما هو من جهة الرضا، فاذا تحقق بعده حكم بالصحة نظير تزويج بنت أخت الزوجة أو بنت أخيها من دون إذنها فإنها بعد إذنها ينتفي المانع .

ثم قال: «إن الأمر في المقام دائر بين رفع اليد عن عموم أدلة صحة العقد ونفوذه والالتزام ببطلان عقد المكره مطلقاً، فيكون ذلك تخصيصاً لها، وبين رفع اليد عن إطلاقات تلك الأدلة المقتضية لثبوت الحكم من الأوّل مستمراً، والالتزام بالبطلان مادام الإكراه متحققاً، فيتقدّم الثاني؛ لكونه الموافق للامتنان دون الأوّل .

ثم إن هذا كله مبني على الالتزام بالنقل في الرضا المتأخر، وأن الحكم بالصحة إنما يكون من حين الرضا، كما ذهب إليه الشيخ رحمته الله، وأما بناءً على ما

اخترناه من الكشف فحديث الرفع غير شامل لمثل هذا العقد المتعقب للإجازة من الأول؛ لكونه منافياً للامتنان، وعليه فلاموجب للحكم بالبطلان، بل ينبغي الحكم بصحة العقد من حين وقوعه، غاية الأمر أن الرضا يكون شرطاً متأخراً فيه.

ومن هنا فلا يكون هنا تخصيص ولا تقييد حيث لا حكم بالفساد عند لحوق الرضا واقعاً، وإن حكمنا به قبل لحوق الرضا ظاهراً، انتهى كلامه رفع مقامه^(١).

وحاصله: إن المقتضي لتامة عقد النكاح وصحته موجود والمانع (أي حديث رفع الإكراه) غير شامل لفرض وقوع الإجازة والرضا بعده، مع أنه لا امتنان في رفع هذا الأثر، وأما بالنسبة إلى البيع فقد تخيل عدم تامة المقتضي للصحة، بتوهم أن الآية الشريفة دالة على عدم جواز أكل المال إلا مع رضا المالك، والمفروض وقوع البيع عن إكراه، فليس في مثل ذلك البيع مقتضى للصحة ولحوق الإجازة لا يوجب إيجاد المقتضي في العقد السابق، ولكنه مندفع بأن عقد البيع والتجارة ليس هو اللفظ صرفاً (أي الإيجاب والقبول) بل هو بمعنى الالتزام من الطرفين بمضمون العقد (أي المبادلة) واستقراره، ولا ينافيه الدليل الدال على البطلان إذا حدث عن إكراه لقصور المقتضي للحكم بالصحة بعد لحوق الإجازة والرضا؛ لعدم الإطلاق في الآية

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٥٨.

على نحو يشمل العقد الملحق بالرضا .

وما أفاده مقبول عند العقلاء ؛ لأنهم لا يحكمون ببطلان العقد الواقع عن الإكراه الملحق بالرضا ، ومثل هذا العقد لا يعدّ عندهم مصداقاً للأكل بالباطل ، بل يكون من مصاديق التجارة عن تراض .

واورد عليه أولاً : بعدم الفرق بين عقد النكاح وعقد البيع ونحوه ، بتوضيح : أن ما ذكره فارقاً من وجود الاستثناء في الآية الشريفة وأخذه متصلاً فيكون مخصّصاً أو مقيداً متصلاً ، وهذا يوجب قصور المقتضي ، مع أن في باب النكاح يكون المخصّص هو حديث الرفع ، فيكون هذا مانعاً ولا يؤثر في تمامية المقتضي ، لا يمكن المساعدة معه ؛ لأن الآية واردة في البيع خاصة ولا في سائر العقود ، فتكون الآية بالنسبة إلى أدلة سائر العقود مخصّصاً منفصلة وتكون بمنزلة المانع .

وهذا الإشكال بعد تسلّمه لا يضر بالمدعى ، أي الحكم بصحة العقد المتعقب بالإجازة والرضا من المكروه ، مضافاً إلى أن تخصيص الآية بالبيع مع كونها مصرّحة بالتجارة وهي أعم من البيع ، ممّا لا وجه له .

وثانياً : أن المستفاد من كلامه أن موضوع الصحة والبطلان للعقد في الآية الشريفة هو الصحيح والباطل العرفي ، مع أن الظاهر كون المراد من الصحة والبطلان هو الواقعي الشرعي ، فلذلك لا يمكن الحكم بالصحة شرعاً مع الرضا المتأخّر من باب أن العرف يحكم به . وهذا واضح إلا أن بناء

الشريعة في باب المعاملات ردعه عما يراه العرف صحيحاً، ومع عدم الردع لامانع من الحكم بالصحة مستنداً إلى الصحة عند العقلاء .

وثالثاً: أنه في دوران الأمر في المقام بين رفع اليد عن عموم أدلة صحة العقد والالتزام ببطان عقد المكره (كون الحديث مخصصاً) أو رفع اليد عن إطلاق تلك الأدلة المقتضية لثبوت الحكم من أول الأمر مستمراً والالتزام بالبطان مادام الإكراه متحققاً، قال بتقديم تقييد الإطلاق على تخصيص العام؛ لأنّ القول بتقديم التقييد على التخصيص موافق للامتنان .

وما يمكن أن يورد عليه بتقديم ظهور العموم على الظهور الإطلاقي، بتقريب أنّ الأول مستند إلى الوضع فهو منجز وفعليّ في العموم، مع أنّ الظهور الإطلاقي في الإطلاق واستفادة الشمول منه يحتاج إلى عدم وجود البيان (من مقدّمات الحكمة) ومع وجود العام يمكن دعوى كونه بياناً، فلذلك يقدم ظهور العام على الظهور الإطلاقي؛ لأنّ أصالة العموم رافع لموضوع أصالة الإطلاق .

مندفع بما أفاده المحقق الآخوند عليه السلام من أنّ عدم البيان الذي هو واحد من مقدّمات الحكمة عدم البيان في مقام التخاطب ولا إلى الأبد، فلذلك لو لم يكن بيان في مقام التخاطب ينعقد الظهور للمطلق في إطلاقه وعمومه، فعلى هذا لا فرق في ذلك بين العام والمطلق في الفعلية، ولا وجه لترجيح ظهور

العام على ظهور المطلق، وفي المقام بما أنّ الظهور الإطلاقي موافق للامتنان
يقدم على ظهور العام.

مسألة ١٥: لا يشترط الذكورة في العاقد فيجوز للمرأة
الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة كما يجوز إجرائها لنفسها^(١).
لتامة الأدلة الواردة في كيفية إجراء الصيغة في المتعة مضافاً إلى
إطلاقات أدلة التوكيل من دون تقييد وادعاء عدم الخلاف، خلافاً
للشافعية.

مسألة ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد،
فلو أوجب ثمّ جنّ أو أغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصح، وكذا لو
أوجب ثمّ نام بل لو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر
العقود، والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافاً إلى دعوى
الإجماع وانصراف الأدلة^(٢).

في المسألة جهات على ما فرضه السيّد الخوئي رحمته الله.

الجهة الاولى: اعتبار أهلية القابل للقبول حين الإيجاب.

الجهة الثانية: اعتبار اتّصاف الموجب بالأهلية حين صدور القبول من

القابل.

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٨٩.

(٢) العروة الوثقى ٢: ٦٨٩.

الجهة الثالثة: في اعتبار استمرار أهلية الموجب من حين الإيجاب إلى حين صدور القبول بحيث لا تتوسط بينهما حالة عدم الأهلية له .

أما الجهة الأولى: فقد حكم في «المباني» بعدم اعتبار أهلية القابل للقبول حين وقوع الإيجاب من الموجب، واستدل له بعدم الدليل على هذا الاعتبار، حيث إنَّ عنوان المعاهدة والمعاهدة المعتبرين في العقود إنما يتوقفان على أهلية القابل للقبول حين القبول خاصة ولا يتوقفان على أهليته له حين الإيجاب، فإذا كان القابل حين قبوله أهلاً له صدقت المعاهدة والمعاهدة وإن لم يكن كذلك حال الإيجاب، لأنَّهما ليسا إلا ضمَّ عهد إلى عهد آخر، وعقد التزام إلى نظيره، كعقده أحد المحبلين إلى آخر، وهما صادقان مع أهلية القابل له حين القبول خاصة، فيقال إنَّهما تعاقدتا وتعاهدتا ما لم يرجع الأوَّل عن التزامه . ودعوى اعتبار ما أفاده ﷺ لا من جهة دخله في عنوان المعاهدة والمعاهدة، بل من جهة الإجماع والتعبد، مدفوعة: بأنَّه لا دليل عليها وعهدتها على مدَّعيها، ومن هنا يظهر أنَّه لا وجه لدعوى انصراف الأدلَّة عن مثل هذا العقد، فإنَّه كيف يمكن قبول هذه الدعوى بعد صدق المعاهدة والمعاهدة عليه، بل الحكم كذلك حتَّى ولو كان القابل غير أهل للتخاطب حال الإيجاب كما لو كان مجنوناً أو نائماً لصدق المعاهدة والمعاهدة عليه عند ضمِّه لالتزامه في حال أهليته الى التزام الطرف الأوَّل، ولذلك تشمله

عمومات وإطلاقات أدلة الصحة والنفوذ بعد أن لم يثبت إجماع على الخلاف أو انصراف انتهى ما أفاده في المقام^(١).

والظاهر أنه بصدد دفع ما استدل به الشيخ على اعتبار أهلية كل من الموجب والقابل وقابليتهما للإيقاع حال إيقاع الآخر، بدعوى توقف المعاقدة والمعاهدة على ذلك^(٢)، واستدلّ ردّاً على دعوى الشيخ بفقدان الدليل على اعتبار استمرار هذه الأهلية وصدق العنوانين مع قابليتهما حال إيقاع الإيجاب من الموجب والقبول من القابل وإن لم يكونا بهذه الأهلية حال إيقاع الآخر، وذلك لا يمكن قبول دعوى الانصراف في المقام.

ولزيادة التوضيح لهذا المدعى نتأمل فيما أفاده في «المستمسك» حيث قال: «إن فقدان الأهلية من كلّ منهما حال إنشاء الآخر تارة: يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون والإغماء ونحوهما. وأخرى لوجود ما يمنع من السلطنة على التصرف، كالصبا والسفه والتفليس ونحوها»^(٣).

أمّا الأوّل: فقد استظهر منه البطلان، بدعوى أنّ التخاطب بين المتعاقدين شرط في صدق المعاقدة والمعاهدة.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٥٩.

(٢) كتاب النكاح للشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله: ٢٠.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩١.

ورّد ادّعاء عدم توقف المعاقدة والمعاهدة على التخاطب مستدلاً بأنّ أدلّة النفوذ غير مختصة بذلك، بل المأخوذ موضوعاً لحكم الصحة هو عنوان التجارة والبيع والنكاح، وهي غير موقوفة على التخاطب.

بأنّنا سلّمنا عدم أخذ التخاطب في صيغها إلاّ أنّه مأخوذ في حاقّ معناها، فإنّها معاهدات ومعاقداً بين طرفين، ولا تكون المعاهدة بين اثنين إلاّ إذا كان أحدهما يوحى إلى الآخر ويعاهده وإذا لم يكن أحدهما قابلاً للتخاطب لا يكون قابلاً للعهد معه.

وأما الثاني (فيما لم يمنع من صحّة التخاطب وإنما يمنع من صحّة الإنشاء ونفوذه كالصبا ونحوه) فاستظهر عدم اعتباره إلاّ حال الإنشاء، ففي الصبي إذا صار بالغاً ثمّ قبل صح قبوله، وكذلك المحجور بعد ارتفاع حجره ثمّ قبل، كما إذا صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الإيجاب وقبل القبول لم يضر ذلك في صحّة العقد وإن بقي حال القبول فضلاً عنّا إذا زال قبل القبول، ولا يقاس المورد بما إذا ردّ الموجب الإيجاب قبل القبول؛ لأنّ الرد يمنع من تحقّق المعاقدة بخلاف طروا الحجر عليه فإنّه لا دخل له في المعاهدة بين الطرفين هذا.

ولكن التأمّل في وجه اعتبار أهلية القابل من عدم صدق المعاقدة والمعاهدة يقتضي تخصيص البحث والكلام بما إذا كان لصدق التخاطب تأثير في حصول الأهلية وعدمها وأما فيما إذا كان راجعاً إلى المنع من نفوذ الإنشاء

لعدم السلطنة، فلا دخل له؛ لأنّ في هذا الفرض وإن لم يكن الطرف واجداً لشرائط الصحة الفعلية إلا أنّه واجد للصحة التأهيلية، ولا سيّما بالنسبة إلى الصبي على ما اخترناه واختار المصنف من عدم كونه مسلوب العبارة بالمرّة ومجرّد الاحتياج إلى إجازة الولي أو إذنه لا يوجب بطلان الصيغة الصادرة منه ومن المفلس.

ولذلك لا بأس بالحكم بالصحة في هذه الصورة، فالمحجور مثلاً لو عقد عليه في حال المحجور ثمّ أنفذ الإيجاب الصادر من الطرف الأوّل بعد رفع حجره صحّ العقد؛ لعدم اشتراط عدم المحجورية من القابل حين صدور الإيجاب من الطرف الآخر.

نعم لا يمكن الحكم بالصحة في ما إذا كان القابل غير واجد لشرط الصحة بمعنى عدم نفوذ تصرفاته وتصديه لإجراء القبول.

فالكلام في الفرض الأوّل، فقد حكم السيد الماتن عليه السلام و«المستمسك»^(١) بالبطلان لعدم صدق المعاقدة والمعاهدة؛ لاشتراط صدق التخاطب في تحقّقهما، مع أنّ السيد الخوئي عليه السلام أنكر ذلك^(٢) بدعوى عدم توقف المعاهدة والمعاقدة على أهلية القابل حين إجراء الإيجاب من الموجب، ومع ذلك حكم باعتبار بقاء أهلية الموجب على أهليته حين

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨٩.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٥٩.

صدور القبول مع الطرف الآخر باعتبار أنّ ارتفاع الأهلية يستلزم سقوط التزامه وزواله، وبذلك لا يتحقق عنوان المعاقدة والمعاهدة، فإنّ تحققه يتوقف على انضمام أحد الالتزامين بالآخر، فمع فرض ارتفاع الالتزام من الطرف الأوّل لسقوط الأهلية حين صدور الالتزام من الطرف الآخر لم يكن للالتزام من الطرف الآخر أثر بالمرّة.

فلذلك لو مات الموجب قبل صدور القبول من القابل أو نام أو غفل عن التزامه أو حكم عليه بالحجر لا يمكن الحكم بالصحة؛ لعدم صدق ضمّ الالتزام بالالتزام.

وحكم في الصورة الثالثة من اعتبار أهلية الموجب من حين الإيجاب إلى حين صدور القبول بحيث لا تتوسط بينها حالة عدم الأهلية بإلحاقها بالصورة الأولى من عدم لزوم بقاءه عليها؛ لأنّ توسط عدم الأهلية لا يضر بصدق المعاهدة والمعاقدة، واستشهد لذلك ببناء العقلاء فيما إذا كتب الموجب إلى القابل بالبيع، وأجابه القابل بالقبول بعد مرور أيام، والحال أنّه لا تخلو هذه الحالات من عروض عدم الأهلية كالنوم مثلاً.

والظاهر تامة ما أفاده من التفصيل بين هذه الصور لما حقّق من أنّ العقد ليس مجرد ألفاظ متتالية حادثة، بل العقد بناء والتزام له الاستمرار والاستقرار، وإلا لم يكن معنى للفسخ عند العدول عما بنى عليه، فإذا أجرى

الموجب صيغة الإيجاب فكأنه التزم بعهد وعقد، فإدام باقياً يمكن لحق
التزام آخر به ما لم يحدث حادث وموجب لهدم الالتزام الأوّل كالموت .
وأما دعوى الإجماع وعدم الخلاف ، فالظاهر أنّ المسألة غير معنونة
عند القدماء بهذه المثابه حتّى تتم دعوى الإجماع .
وأما دعوى الانصراف ، فالظاهر أنّه بدوي ، وبعد التأمل يظهر أنّه لا
مانع من صدق عنوان المعاهدة على القبول اللاحق وإن لم يكن القابل في
مخاطباً حين صدور الإيجاب .