

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

**شماره: ۴۷**



مسألة ١٧: يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة، فلو قال: (زوّجتك إحدى بناتي) بطل، وكذا لو قال: (زوّجت بنتي أحد ابنيك) أو (أحد هذين)، وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر، بل وكذا لو عيننا معيناً من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر.

وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دالّ على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهومة، فلا يسعد الصحة، وإن كان الأحوط خلافه، ولا يلزم تميز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفي التميز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: (زوّجتك بنتي الكبرى) ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنيتين لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم.

نعم، إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً، كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان؛ لانصراف الأدلة عن مثله، فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

ما أفاده في صدر المسألة من اشتراط تعيين الزوج والزوجة تارة يكون التعيين على وجه مميز عن الغير بنحو يخرج عن التردد، وتارة يكون على نحو يخرج عن العنوان الكلي.

فعلى الأوّل لا إشكال في اعتبار اشتراط التعيين؛ لأنّ المرّد لا مصداق ولا مطابق له في الخارج.

وأما الثاني أي الكلّي، وإن صحّ الحكم بجواز بيعه وإجارته بعد حصول العلم بالعوضين، إلا أنّ في باب التزويج والنكاح فيما أنّ الاستمتاع يقتضي فاعلاً ومنفعلاً التعيين فقد اشكل الحكم بالصحة، وبهذا علّله العلامة في «التذكرة»<sup>(١)</sup>.

وأورد عليه: بأنّ ذلك لا يقتضي التعيين من أوّل الأمر، ولذا تصح إجارة الكلّي مع أنّ الانتفاع المقصود من الإجارة يتوقف على التعيين. إلا أنّ الزوجية تفترق مع غيرها من العقود؛ لأنّها من الإضافات التي لا يتقوم بغير المعين كالأخوة والأبوة والبنوة، مضافاً إلى عدم إمكان ترتب الأثر على الجامع الكلّي كالمجاعة والإنفاق وغيرهما من الحقوق المتقابلة. وقد استدللّ لذلك مضافاً إلى ماقدّمناه بالإجماع كما نسب إلى «التذكرة»، وادّعى الاتفاق في «كشف اللثام»<sup>(٢)</sup>. واشكل في دعوى الإجماع والاتفاق بعدم كون المسألة معنونة عند القدماء، ولذلك يشكل إحراز الاتصال إلى عصر المعصوم عليه السلام، ويشهد له عدم كونها مطروحة عند أصحاب الأئمة عليهم السلام، مضافاً إلى أنّه محتمل الملاك على الأقل فلا يتم الاستدلال به.

كما أنّ الاستدلال بالآيات كقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾<sup>(٣)</sup> وقوله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(٤)</sup> وغيرهما، بدعوى كونها ظاهرة

(١) تذكرة الفقهاء ٢ (ط. ق): ٥٨٤.

(٢) كشف اللثام ٧: ٤٩.

(٣) النور ٢٤: ٣٢.

(٤) البقرة ٢: ٢٢١.

بتقوم الزوجية بالأفراد الخارجية من الرجال والنساء، ومقتضى انحلال العموم جواز النكاح لكل فرد فرد مثل الإماء والنساء، مشكل .

لأننا وإن سلمنا ظهورها في الموضوعات المعيّنة، إلا أنه لا تدل على اشتراط التعيين على نحو يكون عدمه يوجب بطلان عقد النكاح .

مضافاً إلى أن انحلالية العموم في الآيات لا تدل على أن الموضوع بعد الانحلال هو الفرد المعين؛ لإمكان تعلق العموم ببعض العناوين الكلية بعد الانحلال، كما في باب التجارة عن تراض تعلقها بالجامع كما يتعلق بالفرد، ولذلك لا بأس بأن يكون المراد من قوله: ﴿مَا طَابَ لَكُمْ﴾ هو الجامع، كما يمكن أن يكون هو الفرد نظير قوله: «لا تنقض اليقين بالشك» فكما أن المستصحب يمكن أن يكون شخصاً كذلك يمكن أن يكون كلياً .

هكذا أورد عليه بعض المعاصرين دام ظله .

وأما ما أفاده إيراداً على التمسك بظهور الآيات في المدعى من اشتراط تعيين الزوج والزوجة تام، إلا أنه يمكن الذب عنه: بأن الموضوعات والمتعلقات للأحكام الشرعية ولا سيما في غير الموضوعات المستنبطة ملحوظة على نحو ما يلاحظها العقلاء وبينون عليها، فعلى هذا لا بأس بدعوى أن متعلق الحكم في الآيات المذكورة من الأمر بإنكاح الصالحين من العباد والإماء متعلقه الأفراد الخارجية خاصة دون العناوين الكلية كما أن الانحلال في المقام يقتضي ذلك وإن أمكن انحلال العموم وتعلقه بالعناوين الكلية في غير المقام، مضافاً إلى أن تسلم دعوى الظهور ينافي عدم الدلالة على اشتراط التعيين؛ لأن دليل حجة الظهور في أمثال المقام يدل على نفي

حجية غير الظاهر، فكأنَّ الشرع جعل الحكم بالنسبة إلى هذا المقدار من الموضوع دون غيره.

لا يقال: إنَّ عدم اللغوية وترتب الثمرة كاف لصحة العقد، فإمكان الاستمتاع بعد التعيين يوجب القول بالصحة، ولذلك يحكم بصحة عقد الخاص لعدم اشتراط إمكان الاستمتاع فعلاً، ومع التنزل وتسلم اشتراط إمكان الاستمتاع فعلاً لنفوذ العقد لا نقول ببطان العقد مع عدم إمكان الاستمتاع الفعلي، بل يمكن القول بصحة هذا العقد ونفوذه (أي حصول الزوجية) بعد تعيين الكلِّي كما في مثل بيع الصرف والسلم المحكوم بالصحة وإن كان تحقّق الملكية بعد القبض.

لأنَّه يقال: إنَّ مقتضى القواعد وعدم ردع الشارع تمامية العقد وصحته فيما إذا تعلّق بالكلِّي من دون تعيين طرفيه، وهذا واضح بالنسبة إلى البيع والإجارة ونحوهما، إلاَّ أنَّ إثبات بناء العقلاء على صحّة النكاح والتزويج من دون تعيين طرفي العقد مشكل جداً، بل في باب البيع ونحوه أيضاً لو لم يجرز بناء العقلاء على تصحيح مثل هذه المعاملة يحكم بعدم نقل المال عن ملك المالك إلاَّ بعد التعيين، ولذلك نلتزم بلزوم تعيين الزوجين للحكم بصحة النكاح.

فلذلك لو قال: (زوّجتك إحدى بناتي) بطل، وكذا لو قال: (زوّجت بنتي أحد ابنيك) وكذا لو عيّن كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر، لعدم وجود التطابق بين الإيجاب والقبول، أي أنَّ ما التزم به القابل غير ما التزم به الموجب ولذلك لم تتحقّق المعاهدة.

ثمَّ ألحق بالصور الباطلة ما إذا عيّنا معيّنًا من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر، واستدلّ له بعدم صدق المعاهدة وعدم تحقّقها بالنسبة إلى الشخص المعيّن وعدم كفاية الانطباق الخارجي لتحقّق المعاهدة وصدقها بعد عدم الانطباق بين الالتزامين.

فالاستدلال مبني على لزوم صدق المعاهدة، وفي المقام منتف؛ لعدم التوافق من المتعاقدين على أمر واحد، ولا يكفي التطابق الواقعي الخارجي. فالإيراد عليه بعدم الدليل على توقّف صدق النكاح على صدق عنوان المعاهدة مندفع بما مرّ من أنّ بناء العقلاء في باب النكاح لو لم يكن أهم من المعاملات على الأموال فعلى حدّها ويلتزمون بعقدة النكاح كما التزموا بها في الأموال، بل المعاهدة أساس العقد والعقد مبني عليها.

نعم لا بأس بالحكم بالصحة فيما إذا كان ذلك مع المعاهدة لحصول الالتزام وإن لم يتوافق المبرزان، وفي «الجواهر»: «الظاهر القطع بصحة ذلك كما صرّح به في «كشف اللثام»<sup>(١)</sup> و«المسالك»<sup>(٢)</sup>، وتعدّر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غير قادح»<sup>(٣)</sup>. إلا أن يشكل بأنّ تحقّق المعاهدة من دون تحقّق دالّ من اللفظ والفعل والقريينة غير ممكن، ولعلّه لذلك احتياط في المسألة بتجديد العقد.

ثمَّ إنّ بعد ذلك حكم بعدم لزوم تميّز ذلك المعيّن عندهما حال العقد، بل

(١) كشف اللثام ٧: ٤٩.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٠٧-١٠٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ١٥٩.

يكفي التميّز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك ، فكأنّه أراد أنّ الجهل بالانطباق الخارجي حين العقد لا يضر بصحة العقد ، فعلى هذا لو قال : (زوّجتك ابنتي الكبرى) ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنّتين أو البنات وبعد الرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم ، صحّ هذا العقد .

واستدلّ لذلك بإطلاق الأدلّة من غير الصالح للتقييد - كما في «الجواهر» وتبعه في «المستمسك»<sup>(١)</sup> و«المباني»<sup>(٢)</sup> ، وظاهرهم إطلاق أدلّة النفوذ المقتصر في الخروج عنها على المتيقن إلى العقد على غير المتميز في الواقع ، إلاّ أنّه لو كنّا نحن ومقتضى الإطلاقات المذكورة في باب العقود تمّ ما أفاده من عدم الدليل على اعتبار التميّز في مقام الإثبات ، ولكن قد تقدّم أنّ بناء العقلاء في باب الزواج والنكاح كما أنّه على التميّز الواقعي فكذلك في مقام الإثبات أيضاً ، وإن أمكن القول بترتب آثار الزوجية بعد التميّز الواقعي ورفع الاشتباه في مقام الإثبات . ولعلّه لذلك استدرك في المقام وقال : «إذا كان مميّزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً ، كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به فالأقوى البطلان لانصراف الأدلّة عن مثله» .

فالحكم في المقامين هو الاحتياط ولا سيّما في الصورة الثانية بتجديد العقد مع إرادة البقاء ، والطلاق مع إرادة الفراق ، والله العالم .

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤ : ٣٩٤ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ١٦٣ .