

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

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

**«کتاب النکاح»**

**شماره: ۴۸**



مسألة ١٨: لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة أخذ بما هو المقصود وألغى ما وقع غلطاً مثلاً لو قال: (زوّجتك الكبرى من بناتي فاطمة) وتبين أنّ اسمها (خديجة) صحّ العقد على (خديجة) التي هي الكبرى، ولو قال: (زوّجتك فاطمة وهي الكبرى) فتبين أنّها صغرى صحّ على (فاطمة) لأنّها المقصودة ووصفها بأنّها كبرى وقع غلطاً فيلغى، وكذا لو قال: (زوّجتك هذه وهذه فاطمة) أو (وهي الكبرى) فتبين أنّ اسمها خديجة أو أنّها صغرى، فإنّ المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنّها الكبرى وقع غلطاً فيلغى<sup>(١)</sup>.

الظاهر أنّ الملاك للحكم بالصحة والبطلان هو الأخذ بالصفة الثابتة للزوجة كالكبرى والصغرى، وأمّا الأسماء كالخديجة وفاطمة عناوين غير ثابتة، فعلى هذا لا يعبأ بتقديم الوصف أو الإسم في الحكم بالصحة والبطلان، والتقديم والتأخير يختلف بحسب الذكر الوصف الثابت المفهم المشير إلى المعنون، وبما ذكر يظهر الإشكال فيما يستفاد عن كلام الماتن من جعل المعيار لتقديم الذكر كما هو الظاهر من كلامه، كما يظهر الإشكال في جعل المبنى والمدار على وحدة المطلوب وتعدّده، والقول بالبطلان على الأوّل والصحة على الثاني؛ لأنّ مقتضى الفهم العرفي عدم احتمال تعدّد المطلوب في أمثال هذه المحاورات.

---

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٠.

مسألة ١٩: إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً، فالقول قول مدعى الصحة كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها وكما في سائر العقود، وإن اتفقا الزوج ووليّ الزوجة على أنّهما عيّنا معيّناً وتنازعا فيه أنّها فاطمة أو خديجة، فع عدم البيّنة المرجع التحالف كما في سائر العقود. نعم، هنا صورة واحدة اختلفوا فيها، وهي ما إذا كان لرجل عدّة بنات فزوج واحدة ولم يسمّها عند العقد ولا عيّنها بغير الاسم لكنّه قصدّها معيّنة واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع إلى التحالف الذي هو مقتضى قاعدة الدعاوي، وذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رأهنّ جميعاً، فالقول قول الأب، وما لم يرهنّ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذاء، وهي وإن كانت صحيحة، إلا أنّ إعراض المشهور عنها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو عن قوة، ومع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط، وكيف كان لا يتعدّى عن موردّها<sup>(١)</sup>.

الكلام في هذه المسألة في مقامين:

المقام الأوّل: فيما إذا تنازعا في التعيين.

المقام الثاني: إذا تنازعا في المعين.

أمّا الأوّل: فقد حكم السيّد عليه السلام بتقديم قول مدعى الصحة إلحاقاً لهذه

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٠.

الصورة بموارد النزاع في سائر الشروط عند الاختلاف فيها .  
 واشكل عليه<sup>(١)</sup>: بأن هذه القاعدة جارية فيما إذا شك في إحراز بعض  
 الشروط أو شك في اقتران العقد بمانع من الموانع الشرعية بعد إحراز تمامية  
 أركانه وما يعتبر في أصل تحقّقه .  
 وأمّا مع الشك في تحقّق أركان العقد فلا مجال للتمسك بهذه القاعدة  
 للحكم بالصحة لأنها غير متكفّلة لإثبات موضوع العقد، حيث إنّ المستند  
 للقاعدة المذكور هو السيرة المتشعبة ولم يدلّ عليها دليل لفظي حتّى يمكن  
 الاستناد إلى عمومه وإطلاقه، والمتيقن من السيرة هو البناء على الصحة فيما  
 إذا جرى الشك بالنسبة إلى بعض الشروط أو الموانع، ولم يثبت السيرة  
 والبناء على الصحة في مثل ما إذا شكّ في كون المبيع خللاً أو خمرًا، والأمر  
 بدفع الخلل إلى المشتري ووجوب دفع الثمن على البائع .  
 ففي المقام حيث إنّ الشك في ركن العقد أي التعيين فلا مجال لتقديم قول  
 مدّعي الصحة وإثبات كون المرأة المعيّنة هي الزوجة، بل لا بدّ على المدّعي  
 البيّنة والإثبات على وفق الموازين، كما هو الحال في سائر العقود .  
 وبالجملة: أنّ تعميم الحكم بالنسبة إلى الشروط والموانع والمقومات  
 والأركان محلّ تأمّل، والمتيقن جريانها بالنسبة إلى الشروط والموانع .  
 أقول: إنّ ما أفيد إشكالاً على جريان أصالة الصحة في المقام مبني على  
 ما بيّنه الشيخ الأعظم<sup>(٢)</sup> في جريانها عند الشك في صحّة العقد وفساده قبل  
 استكمال أركانه وانعقاده، وعدم جريانها قبل الاستكمال .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٦٤ .

(٢) فرائد الأصول ٢: ٧٢٤ .

ونقل عن المحقق الثاني<sup>(١)</sup> القول بعدمه مستدلاً بأن نسبة الأصل إلى العقد نسبة الحكم إلى موضوعه؛ لأن مؤداه صحة العقد وموضوعه الشك في الصحة والفساد، وذلك في مرتبة متأخرة عن تحقق العقد كي يتصف بالصحة والبطلان، ومع الشك في تحقق بعض أركان العقد يكون الشك في وجود العقد لا في صحته، فلا مجال لجريان أصالة الصحة، هذا أولاً.

وثانياً: تقديم قول من يدعي وقوع المعاملة على الحر فيما لو ادعى أحدهما بيع العبد والآخر بيع الحر، ولو كانت أصالة الصحة جارية في المقام لما توجهت هذه الفتوى. وأجاب الشيخ عن الأول بأنه لو كان المراد من وجود العقد وجوده الشرعي فهو عين الصحة، إذ العقد غير المؤثر ليس عقداً شرعاً، وإن كان المراد منه وجوده العرفي فهو متحقق مع الشك، بل مع القطع بعدم، إذ العقد الواقع على الحر عقد عرفاً وإن كان فاسداً فالحال لا يختلف بالنسبة إلى جميع الشروط غير العرفية على كلا التقديرين.

وعن الثاني بما قرره المحقق الهمداني في «الحاشية»<sup>(٢)</sup> بأن عدم جريان أصالة الصحة في المورد المذكور ليس من أجل عدم تحقق موضوعها وهو العقد، وإلا يلزم عدم جريانها في ما إذا كان موضوع الدعوى هو الثمن أيضاً، بل لعل الوجه هو أنه بما كان موضوع الأثر هو وقوع البيع على العبد وجريانها لا يثبت كون المبيع هو العبد، فلا أثر لجريانها.

هذا وقد عدل المتأخرون عن تحرير محل النزاع إلى نحو آخر، وهو: أن أصالة الصحة هل يختص جريانها فيما إذا كان الشك في صحة العقد ناشئاً

(١) جامع المقاصد ٥: ٣١٥.

(٢) فوائد الرضوية ٢: ١١٤.

عن الشك في شروط العقد بما هو عقد كالمأضوية والعربية وغيرهما أو يعمّ ما إذا كان الشك ناشئاً عن الشك في شرط شرعي يعتبر في العقد أو المتعاقدين أو العوضين مع إحراز شرائطه العرفية، أو يعمّ ما إذا كان الشك ناشئاً عن الشك في شرط شرعي أو عرفي مع إحراز إنشاء البيع؟ وجوه وأقوال.

ذهب النائي رحمته الله<sup>(١)</sup> إلى الأوّل مستنداً بأنّ معقد الإجماع القولي على أصالة الصحة هو أصالة الصحة في العقود وظاهره تعلّق الصحة والفساد بالعقد بما هو عقد، وذلك أنّما يتحقّق فيما إذا كان الشك في أحد شروط العقد بما هو عقد، أمّا إذا كان الشك في أحد شروط المتعاقدين أو العوضين فالشك في الصحة والفساد لا يتعلّق بالعقد ابتداءً، بل هو يتعلّق بأمر آخر ولازمه تعلّق الشكّ بالعقد، فاتصاف العقد بالصحة حينئذٍ من باب الوصف بحال متعلّق الموصوف، وإلّا فالعقد بما هو لا قصور فيه، وأنّما القصور من جهة المتعلّق أو العاقد.

ودفعه المحقّق الإصفهاني<sup>(٢)</sup> أوّلاً: بأنّ قصور معقد الإجماع غير ضائر بعد قيام السيرة العملية على إمضاء المعاملات المشكوكة، ولو كان منشأ الشك هو الشك في الإخلال بشرط من شروط العوضين أو المتعاقدين.

وثانياً: أنّ دعواه مبتنية على تمامية انعقاد إجماعين قوليين أحدهما في باب العبادات والآخر في باب المعاملات، وأمّا مع انعقاد الإجماع على صحّة كلّ عمل له أثر سواء كان عبادياً أم معاملياً فلا وجه لهذه الدعوى، حيث إنّ الصحة غير مستندة إلى العقد بما هو عقد، بل إلى العمل العبادي أو المعاملي

(١) فوائد الأصول ٤: ٦٥٧.

(٢) نهاية الدراية ٣: ٣١٣ (الطبعة الاولى).

ودخل جميع الشروط في ترتب الأثر على المعاملة بما هي معاملة ظاهر .  
وأما المحقق العراقي<sup>(١)</sup> فقد اختار مذهب الشيخ، أي جريان الأصل عند  
الشك في أي شرط مع إحراز الشروط العرفية للعقد، وملخص ما أفاده بعد  
تمهيد أمرين .

أحدهما: أن الشروط المعتبرة في صحة العقد وتأثيره الفعلي لترتب  
الأثر ليست على نمط واحد .

فمنها: ما يرجع اعتباره إلى دخله في السبب وهو العقد، كالموالاتة بين  
الإيجاب والقبول والماضوية .

ومنها: ما يرجع اعتباره إلى دخله في قابلية المسبب للتحقق، وهذه  
الطائفة بين ما يكون محل المتعاقدين كالبلوغ والعقل و... وبين ما يكون محل  
العوضين كالمعلومية والمالية، وبين ما يكون محل نفس المسبب كعدم الربوية  
والغررية في البيع .

وثانيهما: أن صحة كل شيء بحسبه؛ لكونها بمعنى التمامية، وتامة كل  
شيء أتماهي بلحاظ وفائه بالأثر المرغوب عنه في قبال فاسده الذي لا يكون  
كذلك، فصحة الإيجاب بمعنى أنه لو تعقبه قبول صحيح لحصل أثر العقد .  
وصحة العقد عبارة عن تماميته في نفسه بحيث لو ورد على محل قابل لأثر فيه  
النقل والانتقال وترتب عليه الأثر المرغوب عنه .

فالصحة في العقد عبارة عن مفاد قضية تعليقية لاتجزئية، وهو كونه  
بحيث لو رد على محل قابل لاتصف بالموثريّة الفعلية .

ثم قال: إن الشك في الصحة والفساد إن كان مسبباً عن الشك في

(١) نهاية الأفكار ٤: ٨٢ .



وجود بعض الشروط العرفية لسبب أو المسبب كالشك في التوالي بين الإيجاب والقبول المعتبر عرفاً ومطلق المالية في العوضين، فلا يجري أصالة الصحة في السبب والمسبب؛ لرجوع هذا الشك الى الشك في مجرى أصالة الصحة، مع أنه لا بد من إحراز عنوان موضوعه عرفاً.

وإن كان مسبباً عن الشك في وجود بعض الشروط الشرعية مع إحراز الشروط العرفية، فإن كان الشرط المشكوك فيه من شروط العقد جرت أصالة الصحة في العقد لأنه عقد عرفي مشكوك الصحة والفساد شرعاً، بخلاف ما إذا كان من شروط المسبب، والدليل على ذلك هو السيرة ولزوم اختلال النظام وأنها يقتضيان التعميم لجميع صور الشك مع إحراز عنوان موضوع الصحة عرفاً.

وأما المحقق الخوئي رحمته الله (١) فقد التزم بما التزم به النائبي والمحقق الثاني رحمته الله من اختصاص جريان القاعدة في مورد الشك في شروط العقد دون غيره، إذ اعتبر في جريانها إحراز القابلية الشرعية والعرفية في الفاعل والمورد.

ومستنده: عدم وجود دليل لفظي كي يتمسك بعمومه وإطلاقه، بل الدليل ليس سوى السيرة ولم يحرز قيامها على ترتب آثار الصحيح عند الشك في القابلية، وهو كاف في الحكم بعدم جريان أصالة الصحة، بل المحرز قيامها على عدم ترتيب الآثار، وذكر مثالين لذلك.

أحدهما: ما لو باع زيد دار عمرو مع الاعتراف بكونه دار عمرو، وشك في كونه وكيلاً عن عمرو أولاً....

(١) مصباح الأصول ٣: ٣٢٧ (الطبعة الاولى).

وثانيتها: ما لو طلق زيد زوجة عمرو، وشك في كونه وكيلاً عنه، فإنّ العقلاء لا يرتبون آثار البيع الصحيح والطلاق الصحيح على ماصدر من زيد، وهذا لا يرجع إلا لعدم ترتيب آثار الصحة عند الشك في القابلية. وما أفاده الشيخ من قيام السيرة على ترتيب آثار الصحة على المعاملات الصادرة من الناس في الأسواق، مع عدم إحراز قابلية الفاعل ليس من جهة أصالة الصحة، بل من جهة قاعدة اليد وإحراز القابلية باليد، ولذلك لا تجري أصالة الصحة في المثالين؛ لعدم كونها مورداً لقاعدة اليد.

ونوقش فيما أفاده<sup>(١)</sup>: بقيام السيرة على إجراء أصالة الصحة في الموارد التي لا يكون هناك أصل أو أمارة يستند إليهما، كالشك في البلوغ، أو الرشد، أو في مجهولية العوضين، أو زيادة أحدهما على الآخر في المعاملة الربوية، أو وقوع الطلاق في أيام الطهر، أو حضور عدلين عند إنشائه، وغير ذلك مما لا طريق إلى إثباته من يد أو غيرها، واليد إنما تثبت الملكية، أمّا بلوغ البائع أو رشده فلا تقتضي شيئاً منهما، فلا وجه لما ذكره من أنّ قابلية الفاعل تحرز بقاعدة اليد، مع أنّ الشك لا ينحصر في قابلية الفاعل؛ إذ قد يكون في قابلية المورد.

وما هو المذكور نقضاً لا يثبت مدّعه من عدم إجراء القاعدة على نحو الإطلاق؛ لأنّ استناد العقد أو الإيقاع إلى المالك مما هو مأخوذ في موضوع أصالة الصحة؛ لأنّ مفادها (كما بينه النائيني رحمته الله) مفاد (أوفوا) - أي الحكم - في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> إلى الموضوع. ومن الظاهر أنّه قد أخذ في

(١) منتقى الأصول ٧: ١٠٦.

(٢) المائدة ٥: ١.

موضوع الوفاء استناد العقد إلى المالك، كما أخذ في موضوعه العقد، بحيث لا يكون ما يدل على عدم نفوذ بيع غير المالك مخصصاً لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

فعلى هذا عدم جريان القاعدة إنما هو لأجل عدم إحراز موضوعها وهو العقد المستند إلى المالك لا من جهة قيام السيرة على عدم جريانها عند الشك في القابلية .

مضافاً إلى أن حصول الأثر وترتبته في المثالين موقوف على إحراز استناد العقد أو الإيقاع إلى المالك والزوج، لا من جهة كون الاستناد مأخوذاً في موضوع النفوذ (أي الحكم)، بل من جهة أن المالك يجب عليه تسليم الدار للمشتري عند صدور العقد منه وهكذا الزوج، وأصالة الصحة في العقد الواقع لا تثبت خصوصية استناد العقد إلى المالك كي يجب على المالك ترتيب الآثار، بل هي أجنبية عن المالك .

وبالجملة : عدم جريان أصالة الصحة في المثالين ليس لأجل قيام السيرة على عدم ترتيب الآثار عند الشك في القابلية، بل هو من جهة خصوصية في المقام، فلا يرد النقض بهما .

اذن لا بأس بالالتزام بجريان الأصل المزبور عند الشك في مطلق الشروط الشرعية المعتبرة في القيد أو في غيره مع إحراز الشروط العرفية للعقد؛ لتامة الدليل، وهو السيرة واختلال النظام... وللكلام تنمة موكولة إلى محله .

فالنتيجة: أن ما أفاده السيّد من تقديم قول مدّعي الصحة في المقام لجريانها على نحو الإطلاق وعدم اختصاص مجراها بالشك في الشروط الخارجية حيث إن مقتضى ورودها مورد الامتنان والتسهيل هو الصحيح

حتى في الشك في المقومات .

نعم يمكن الإشكال من جهة أخرى وهي عدم حجّية مثبتات الأصول وعدم ترتّب اللوازم العقلية والعادية عليها، ولذلك فرّع الشيخ الأعظم على هذا من أنّه إذا شكّ في أنّ الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر والخنزير أو العين من أعيان ماله، فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته، بل يحكم بصحّة الشراء وعدم انتقال شيء من تركته إلى البائع؛ لأنّ كون الثمن خلاً أو شاة (مثلاً) ليس مفاد أصالة الصحة، كما أنّه ليس من آثار الصحة شرعاً، بل هو من اللوازم العقلية؛ لأنّ صحّة البيع متوقفة عقلاً على أن يكون الثمن هو هذا فلا تثبت بأصالة الصحة .

واستظهر من هذا البيان عدم جريان القاعدة في الشك في القابلية، بتوضيح؛ أنّه مع القول بجريانها بلا أن يترتب عليها انتقال الثمن إلى المشتري كان جريانها بلا أثر، وإن ترتّب عليها انتقال المثل إلى المشتري بلا انتقال العين من تركته إلى البائع، كان البيع بلا عوض وهو خلاف مفهوم البيع . مضافاً إلى أنّه إن وقع البيع بالخلّ فقد خرج عن ملكه وإن وقع بالخمر فالمبيع ليس ملكه، فإجراء أصالة الصحة وأصالة بقاء العين على ملكيتها للمشتري يستلزم مخالفة العلم الإجمالي المفروض في المقام، وهو عدم ملكية أحد العينين له .

واشكّل عليه<sup>(١)</sup>: بعدم نهوض هذا البيان للمنع من جريان القاعدة؛ لأنّ الحكم بعدم انتقال الخلل لا يستلزم الحكم بوقوع البيع بلا عوض، بل يقتضي عدم ثبوت العين الخاصة ثمناً، بل ثمن المثل ثابت في الذمّة .

(١) منتقى الأصول ٧: ١٢٠ .

وعدم قابلية الأصل للجريان في المقام لأجل وجود المانع، وهو العلم الإجمالي المنجز لأنه في نفسه غير قابل.  
فالنتيجة: يمكن في المقام إجراء القاعدة وعدم ترتب الحكم بزوجية المرأة وعدم وجوب تمكينها وعدم ترتب الآثار من وجوب الإنفاق على الرجل وهكذا.

إلا أن الفائدة في جريانها هي حرمة نكاح الخامسة لو كان العقد المزبور على الرابعة وحرمة التزويج مع أختها وهكذا فيما لم يكن للتعين دخل في ترتب الأحكام، فعلى هذا يمكن توجيه كلام السيد عليه السلام في المقام بتقديم قول مدعي الصحة بما ذكر، والله العالم.  
قوله عليه السلام: وإن اتفقا الزوج....

البحث في المقام الثاني، وهو التنازع في المعين، بأن يدعي كل منهما ما ينكره الآخر، فيكون المقام مقام التداعي، حيث إن الزوج يدعي زوجية من ينكرها وليّ الزوجة وينكر من يدعي الوليّ زوجيتها، وهكذا الولي يدعي زوجية من ينكرها الزوج وزوجيتها وينكر زوجية من يدعيها الزوج، فيتحقق موضوع التحالف مع عدم البيّنة لأحد الطرفين؛ لأنّها مع وجود البيّنة لأحد الطرفين وعدمها للطرف الآخر يؤخذ بها ويقدم قوله، وإلا على كلّ منهما اليمين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر يحكم للحالف وثبت مدعاه، وإن حلفا معاً أو نكلا سقطت الدعوى من الطرفين.  
ففي «الجواهر» قال: إن مقتضى ذلك انفساخ الزوجية وعدم تحقق عقد في البين<sup>(١)</sup>.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ١٥٤.

واشكّل عليه<sup>(١)</sup>: بأنّ إثبات الانفساخ وفرض العقد الواقع كلا عقد مما لا دليل عليه، لأنّنا وإن سلّمنا عدم إمكان إلزام أحدهما بلوازم الزوجية ظاهراً من التمكن والإنفاق، إلا أنّ الحكم بانفساخ العقد مشكّل، فلا بد لكلّ منهما ترتيب آثار الزوجية على نفسه في فرض العلم بصدق مدّعه واقعاً، بمعنى أنّ الزوج لو علم بصدق مدّعه لا يجوز له التزويج بأُمّها أو أختها أو الخامسة وهكذا الزوجة.

ولكن يمكن الإيراد عليه: بأنّ فرض العلم بصدق المدعى من الطرفين أو أحدهما أمر مفروغ، وإلا لم يتحقّق التنازع حتّى ينجزّ بالرجوع إلى الحاكم والتحالف، وبعده لم يقلع مادة الدعوى والتنازع لو قلنا ببقاء آثار الدعوى من الطرفين، فما هو الفائدة بالأمر بالرجوع إلى الحاكم ونفوذ حكمه بعد التحالف، ولعل المراد من الحكم بالانفساخ كونه من آثار حكم الحاكم في أمثال المقام، والله العالم.

قوله ﷺ: نعم، هنا صورة واحدة....

وهي ما إذا كانت المعقودة معينة عند الأب الذي له بنات متعدّدة وقصدواحدة منهنّ معيّنة وأجرى العقد عليها وقبله الزوج ثمّ اختلفا في أنّ المعقودة هي الكبرى أو الصغرى.

ادّعى السيّد الماتن ﷺ ذهاب المشهور إلى التحالف في المقام أيضاً كما نسب إلى جماعة التفصيل فيما إذا كان الزوج رآهنّ جميعاً، فالقول قول الأب وما لو لم يرهنّ فالنكاح باطل مستنداً إلى صحیحة أبي عبيدة الحذاء وهي قوله: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل لكنّ له ثلاث بنات أبكار، فزوج

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٦٥.

إحدهنّ رجلاً ولا يسمّ التي زوّج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنّها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها: «أما تزوّجت منك الصغيرة من بناتك، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: «إن كان الزوج رآهنّ كلهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ فالتقول في ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوّجها إياه عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج لم يرهنّ كلهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ عند عقدة النكاح فالنكاح باطل»<sup>(١)</sup>.

فهذه الرواية كما ترى حاكمة بالتفصيل المذكور في متن المسألة وليس فيها قول بالتحالف، ولا يبعد التسليم لما ادّعاه الجماعة من التفصيل، حيث إنّ المقام خارج عن مفروض التداعي حتى يحكم بالتحالف فيه؛ لأنّ كلاً من الزوج والولي يخبر عمّا في نفسه وما نواه في إيجابه وقبوله من دون أن يكون هناك إنكار لدعوى الآخر، هكذا أفاده في «مباني العروة»<sup>(٢)</sup>.

إلا أنّ السيّد عليه السلام ادّعى إعراض الأصحاب عن الرواية ورمها إلى المخالفة مع القواعد، ثمّ قال بإمكان حملها على بعض المحامل، ولذلك لا يمكن العمل بمضمونها.

واشكّل عليه<sup>(٣)</sup>: بعدم ثبوت الإعراض من المشهور نعم، أعرض عنها في «السرائر»<sup>(٤)</sup> وهو ممن لا يعمل بأخبار الآحاد، وتبعه على ذلك ثاني

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤ / أبواب عقد النكاح ب ١٥ ح ١.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٦٧.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩٩.

(٤) السرائر ٢: ٥٧٣.

الشهيدين في «المسالك»<sup>(١)</sup> و«الروضة»<sup>(٢)</sup> كما قيل ، وهكذا المحقق الثاني<sup>(٣)</sup> .  
 إلا أن المنقول عن العلامة<sup>(٤)</sup> والمحقق<sup>(٥)</sup> العمل بهذه الرواية ، إلا أن العمل منهم كان بعد حملها على ما لا ينافي القواعد ، بدعوى أنها ظاهرة في إيكال التعيين إلى الأب من الرجل وهكذا....

فعلى هذا لم يثبت العمل من القدماء بهذه الرواية كما هي ، كما لا يثبت الإعراض الموهن المسقط عن الحجية .

ولعله لذلك رمى السيّد الخوئي<sup>(٦)</sup> السيّد الماتن عليه السلام بالخلط بين الصورتين في موضوع الرواية والتحالف ، حيث إن الخلاف إذا وقع بين الأب والزوج في المعينة بعد الاتفاق منها على وقوع العقد على واحدة معينة بالاسم أو الوصف أو الإشارة فادعى الزوج أن المعينة هي الصغيرة وادعى الأب أنها هي الكبيرة ، فيكون المقام موضوع التحالف لتحقق التداعي ولم يذكر التفصيل من أحد بين الرؤية لهنّ وعدمها .

وأما إذا لم يكن المعقودة عليها معينة خارجاً بالاسم أو الوصف أو الإشارة للزوج والشهود وأما هي معينة لدى الأب خاصة وإنما قصده الأب وأجرى عليها العقد وقبل الزوج ثم وقع الخلاف بينهما في المعينة ، فقال الأب : زوجتك ابنتي الكبرى ، وقال الزوج : إنما قبلت زوجية الصغرى ، فلم

(١) مسالك الأفهام ٧ : ١٠٥ .

(٢) الروضة البهية ٥ : ١١٢ .

(٣) جامع المقاصد ١٢ : ٨١ .

(٤) قواعد الأحكام ٣ : ١٠ .

(٥) شرائع الإسلام ٢ : ٢١٩ .

(٦) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ١٦٧ .



يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول .

وعلى هذه الصورة قد حملت الرواية في كلام « المباني » ونسب إلى الأصحاب التفصيل المذكور فيها .

ومع ثبوت إعراض المشهور بحكم بالبطلان ؛ لعدم جريان قاعدة الصحة ، وليس فيها قول بالتحالف ؛ لعدم تمامية موضوعه ، حيث إنّ موضوعه فرض وجود مدّعين ومنكرين ، وليس المقام منه كما نقلناه عنه ، فلذلك ذهب إلى الحكم بالتفصيل تعبدًا ورفع اليد عن القاعدة للنص المذكور .

إلاّ أنّه لا يمكن الموافقة مع ما أفاده من نفي موضوعية التحالف في الصحيحة وعدم كونها منكرين لما ادّعاه الآخر ، حيث إنّ الرواية مصرّحة وعلى الأقلّ ظاهرة في التنازع بين الأب والزوج ، حيث قال بالحق الجواباً : « ... فالقول في ذلك قول الأب... » ، ومن هذا الجواب يستفاد أنّ كلاً منهما ينكر دعوى الآخر ، وعلى الأقلّ يمكن حمل المقام على هذه الصورة ، فلذلك دعوى نفي موضوعية التحالف ممّا لا يمكن المساعدة معها ، مضافاً إلى أنّ الأعلام عند التعرض لهذه الرواية لم يحملوها على هذا الفرض .

ومع ذلك لا بأس بالأخذ بمضمون الرواية والتفصيل المذكور فيها بين رؤية البنات وعدمها ، فإنّ الرجل بعد ما رأى البنات وقبل الإيجاب الواقع من ناحية أب البنات ، فكأنّه رضي بالمعقود عليها من ناحية الأب ، فمع الاختلاف يقدّم قول الأب ، بتوضيح أنّ الرؤية أمانة على التفويض والتوكيل ودعواه موافقة للحجة ، ومع عدم الرؤية لا يمكن إحراز رضا الرجل بما نواه الأب وقصده ، فيصير العقد باطلاً ، هكذا وجّهت الرواية في كلام المحقّق فلا تكون الرواية معها مخالفة للقواعد ؛ لأنّ دعوى الرجل بعد

التوكيل محتاجة إلى اليمين .

إلا أن هذا التوجيه غير مرجح على غيره من الاحتمالات من أن الرجل يدعي كون الأب ناوياً للصغيرة مع أن الأب يدعي كونه ناوياً للكبيرة، مع اتفاقهما على إجراء الصيغة من الطرفين على مورد واحد .

وكيف كان لو سلمنا التوجيهات على نحو ترتفع المخالفة مع القاعدة في باب التداعي أو لم نسلم لا مانع من الأخذ بمضمون الرواية والإفتاء بها في موردها، أي الحكم بتامة العقد لو رآهن جميعاً، وبطلانه فيما لم يرهن، وهذا الحكم خاص بباب النكاح ولا يتعدى عن مورد الرواية .

مسألة ٢٠: لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدلة، كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولي الولي وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية، بل أو تمليكية أيضاً<sup>(١)</sup>.

واستدل لذلك بالانصراف في المتن كما استدل في غيره بالإجماع وعدم الولاية على ذلك مضافاً إلى عدم المعلوماتية، وقياساً على صحة البيع والشراء منه .

أمّا الانصراف: فإن كان ناشئاً من عدم صدق عنوان الزوج والزوجة لنقصانه في القابلية وصدق الانسانية، فهو بعد ولوج الروح يتم عليه صدق العنوان كالصغيرة، إلا أن يقال بأن الأدلة الواردة في باب النكاح جواز أو منعاً واردة في الانسان الخارجي، فعلى هذا لا يتم الإطلاق فيها يشمل الحمل كي يدعي انصرافه، مضافاً إلى عدم جريان بناء العقلاء على نكاح الحمل . ولكن الإشكال: أن دعوى الانصراف أو عدم تمامية الإطلاق يدور

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩١ .

مدار صحة مثل هذا العقد عند العقلاء والمجري عليه عندهم ، فإذا لم يتم جريان العقد على الحمل ونكاحه وإنكاحه فلا يحتاج إلى دعوى عدم تمامية الإطلاق أو انصرافه .

كما لا يحتاج إلى عدم ثبوت الولاية للولي . والإشكال عليه بأن ذلك للقصور في المتصرف لا في موضوع التصرف ، وهكذا لا وجه للاستدلال بعدم المعلوماتية بعد إمكان العلم بالحمل في هذه الأزمنة بالآلات الجديدة وأما الإجماع فتحققه مشكل مع التعليل والاسناد بغيره .

وأما الكلام في صحة البيع والشراء منه ولو بتولي الولي ، ففيه : أن جواز الحكم بالبيع والشراء منه بتولي الولي والحاكم إذا خيف على حفظ عين المال أو كان فيهما المنفعة له مما لا إشكال فيه .

كما لا وجه لقياس المقام بباب الوصية حيث اعتبر في الوصية وجود الموصى له والخلاف في كفاية الوجود والحياة في بطن الأم وعدمها ؟ فن قال بالأول يصح الوصية للحمل حتى بالنسبة إلى الوصية التمليلية الموقوفة على القبول ، لكفاية القبول من وليه فضلاً عن الوصية العهدية .

نعم لو قيل باعتبار الوجود خارجاً فلا يمكن تصحيح الوصية للحمل كما لا يخفى .

وكيف كان يفترق المقام عن باب الوصية فإننا وإن صححنا الوصية للحمل مستنداً إلى شمول إطلاقات أدلة الصحة وتامة اعتبار الملكية للحمل عند العقلاء ، ولكن في المقام كما تقدم لا يمكن القول بصحة نكاح الحمل وإنكاحه لعدم تعارف هذا النكاح عند العقلاء ، والله العالم .

مسألة ٢١ : لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر مما يختلف به الرغبات ويكون موجبة لزيادة المهر أو

قلته، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها فلا تجري قاعدة الغرر هنا<sup>(١)</sup>.

قد مرّ اعتبار التعيين في الزوجة على نحو يكون رافعاً للجهالة وأمّا اعتبار العلم بجميع الخصوصيات والأوصاف الموجبة لاختلاف الرغبات ممّا لا دليل عليه، فعلى هذا يصح النكاح حتّى مع الجهل بأوصاف الزوجة بعد تعيينها بالاسم وتشمله إطلاقات أدلّة النكاح، وعليه استقرّت السيرة من دون ردع بل ادّعى صاحب «الجواهر»<sup>(٢)</sup> الضرورة، ويشهد لذلك جعل حق الفسخ بالنسبة إلى بعض العيوب لأنّه يكشف عن صحّة العقد الواقع على الزوج أو الزوجة المعيوبة.

ولا يمكن الاستناد إلى قاعدة الغرر، لأنّها مختصّة بباب البيع لورود الدليل فيه، «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»<sup>(٣)</sup> وما ذكره العلامة من أنّه «نهى النبي ﷺ عن الغرر»<sup>(٤)</sup> على نحو الإطلاق لم ثبت فلا يمكن تعميمها إلى غير البيع من المعاوضات، كما أنّ الاستناد بعموم التعليل في بعض الروايات «... فإنّه من الغرر» لا يتم لعدم الجزم برجوع الضمير إلى البيع بعد احتمال رجوعه إلى المبيع.

هذا مضافاً إلى أنّ التعديّ منها إلى النكاح مع افتراقه ماهوياً لسائر العقود المعاوضية ممّا يمنع عن التمسك بها ولذلك لم يستند إلى هذه القاعدة لثبوت الخيار في المهر فيما إذا تبين زيادته عن مهر المثل أو نقصانه.

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١٥٧.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٥١.