

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۶۲

مسألة ٢٦: لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين، هل يجوز إجازة العقد دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس، أو من حيث القلّة والكثرة؟ فيه إشكال، بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية، وهي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر، كما أنّه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط^(١).

أشكل السيّد رحمته الله في تماميّة لحوق الإجازة إذا أمضى المميز العقد دون المهر، ثمّ استظهر عدم الصحة أيضاً فيما إذا عيّن المهر على وجه آخر بأنّ غيره من القلّة إلى الكثرة مثلاً أو من جنس إلى جنس آخر، كما حكم بعدم الصحة فيما إذا اشترط إجازته بشرط غير مذكور في العقد أو إلغاء شرط مذكور في العقد.

وعلّل ذلك في كلمات الأعلام بعدم تطابق الإيجاب والقبول بمعنى أنّ الذي تعلّق به الإجازة غير الذي تعلّق به العقد فلا فائدة في الإجازة؛ لأنّها مصحّحة للعقد الواقع في الخارج وتصحيح الانتساب إلى المميز، فإذا كان المفروض عدم تعلّق الإجازة بما وقع في الخارج بعينه حكم ببطلانه لعدم التطابق، حيث إنّ الإجازة بمنزلة القبول للإيجاب المذكور أولاً، فمع الاختلاف لم يصدق العقد.

وهذا واضح في القبول المترتب على الإيجاب إذا أوجب الموجب أمراً

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٨.

وقبل القابل أمراً آخر فما أوجبه الموجب لم يقبله القابل ، وما قبله القابل لم يوقعه الموجب .

ففي المقام لا يستند العقد الصادر فضولة إلى الأصل ولذلك يغير التطابق بين المجاز والإجازة وهذا جار في جميع الفروض ؛ لأنّ التبديل في مقدار المهر وجنسه وفي الشرط يوجب الاختلاف المعتر عدمه ؛ للزوم التطابق المذكور وفي الصورة الأولى كذلك ؛ لأنّ ما أنشأه الفضول هو النكاح بالمهر المعلوم ، وما قبله المجيز إنما هو طبيعي النكاح فيلزم عدم التطابق .

إلا أنّ ما يظهر من السيّد عليه السلام هو الجزم ببطلان الإجازة في الصورة الثانية وألحق بها الصورة الأخيرة ، مع أنّه تأمّل في الحكم بالنسبة إلى الصورة الأولى ، ولذلك أشكل عليه ^(١) . بأنّ البطلان المذكور لو كان مستنداً إلى عدم التطابق بين الإجازة والمجاز فلا فرق بين الصور المذكورة في المتن ، فكما أنّ إلغاء الشرط أو التغيير في المهر موجبان لعدم التطابق ، فكذلك عدم الإجازة بالنسبة إلى المهر مع إجازة أصل العقد يوجب ذلك أيضاً ؛ لأنّ ذكر المهر في العقد ليس بأقل من الاشتراط بمعنى كون التزامه بالعقد معلّقاً على الالتزام بذلك المهر ، فعلى هذا لا وجه للتوقف في الحكم بالبطلان في الصورة الأولى أيضاً ؛ لأنّ المهر من قبيل الشرط في العقد ، فإجازة العقد دون المهر يكون من الإجازة للعقد بدون الشرط هذا .

نعم ، يمكن أن يوجّه التأمّل في الحكم بالبطلان في الأولى والقول بانحلال العقد فيها بمعنى أنّ العقد تارة يتصور مجرداً عن المهر وتارة يتصور

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ٢٧٣ .

مع المهر، أي انحلال العقد المشروط إلى عقدين: أحدهما: غير مشروط والآخر مشروط، فإذا أجاز العقد الخالي عن المهر فلا مانع من لحوق الإجازة به.

إلا أن هذا الانحلال يجري في الشرط أيضاً، فلذلك لا وجه للتفصيل بين الصور كما صنعه.

هذا مضافاً إلى أن دعوى الانحلالية في العقود ليست على وجه يقبل التفكيك؛ لأنّه خلاف الوجدان في كثير من الموارد؛ إذ لا غرض في المشروط فكيف يصح إنشاء ما ليس بمشروط؟

ولا سيّما إذا قلنا بأنّ مفهوم الشرطية في العقود تعليق العقد على الشرط، فإذا لم يحصل المعلق عليه يكون العقد باطلاً من دون إشكال. نعم، لو كان المراد من الشرط هو الالتزام في الالتزام لا بأس بتسلّم الانحلال ولكن فيما إذا رأى العرف التعدّد بين الشرط والمشروط والعقد الواقع المشروط.

وأما إذا لم يكن مآل الشرط إلى تعدّد المطلوب، بل ولم يقل بأنّه التزام في التزام يشكّل، بل لا يمكن القول بالانحلال، كما فيما نحن فيه؛ لعدم التزام العاقد بشيئين: أحدهما: الزواج على نحو الإطلاق. وثانيهما: الزواج مع المهر الكذائي، بل أوقع العقد مشروطاً ومقيداً.

ولذلك لا فرق بين الصور المتصورة في البطلان من إمضاء العقد دون المهر أو التبديل في جنس المهر أو قلته وكثرته أو تعليق الإجازة مع شرط غير مذكور في العقد أو الغاء ما ذكر فيه من الشرط، والله العالم.

مسألة ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّة، فتبيّن كونه وكيلاً، فالظاهر صحّته ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال فيه، وأمّا إذا أوقعه بعنوان الفضوليّة فتبيّن كونه وليّاً، ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولى عليه إشكال^(١).

لا إشكال في صحّة العقد الصادر منه (في الفرض الأوّل) ولزومه؛ لأنّ المفروض صدوره ممّن له الأهليّة ولم يتوقف على الإجازة المصحّحة؛ لتامية الانتساب، مع أنّه ليس عمل عبادي حتّى يقال بتوقّفه على النيّة، والأمر فيه موقوف على الواقع وهو الصدور ممّن له الأهلية وهو محقّق فيما نحن فيه. وألحق بهذه الصورة ما إذا صدر التوكيل ممّن له الأهلية ولم يبلغه الخبر ثمّ أشكل وتأمّل فيه، ففي هذه الصورة لا يبعد القول بصدور العقد ممّن له الوكالة عن الأصيل (واقعاً)، إلّا أنّ الإشكال في المقام وجود المانع عن القياس بالصورة الأولى؛ لأنّ عقد الوكالة محتاج إلى القبول وهو مفقود فيما نحن فيه، فيشكل تامية الانتساب إلى من له الأهلية لعدم تامية عقد الوكالة.

وما أفيد من أنّ إنشاء الوكالة متضمّن للإذن في المعاملة مندفع بأنّ الإذن بمجرد من دون إيصاله إلى العاقد الفضول لا يخرج عن الفضوليّة كما تقدم في المسألة الثانية والعشرون من عدم كفاية الرضاء الباطني نعم، يفترق المقام مع الرضاء الباطني أو التقديري أنّ في المقام قد أنشاء الإذن باللفظ أو

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٨.

إذا وقع العقد فضولاً فبان وكياً ١٠٠٩

الكتابة مع أنّ الرضا الباطني لا مبرز له، إلا أنّ الإشكال فيها مشترك وهو عدم حصول العلم للفضول بالرضا، سواء كان الأصيل راضياً ولم يبرزه أو أبرزه ولم يصل إلى الفضول.

وأما الفرض الثالث وهو لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً: ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولى عليه إشكال؛ لاحتمال اختصاص نفوذ تصرف الولي بصورة التفاته إلى ذلك، إلا أنّ هذا الاحتمال ضعيف؛ لأنّه مخالف لإطلاق الإذن إذا كانت عرفية كما في الوصي والوكيل وخلاف إطلاق دليلها إذا كانت شرعية، كما في ولاية الأب والمجدّد والسيد (هكذا أفاد « في المستمسك »)^(١).

فعلى هذا لا وجه للتفريق بين الولي والوكيل، فإنّ السلطنة حاصلة لكلّ منهما على الفعل، وتنزيل الولي منزلة المالك المباشر إذا كان ناسياً لملكيته أو غافلاً عنه حين العقد وإيقاعه العقد على أنّه للغير ثمّ بان أنّه له، كما في بيع الولد مال أبيه معتقداً أنّه ملك أبيه ثمّ انكشف موته قبل البيع وانتقال المال بالإرث وعدم الحكم بالصحة لعدم صدق التجارة عن تراض وبيع المال بطيب نفسه، غير تام؛ لمكان الفرق بين الولي والمالك؛ لعدم الحاجة في خروج المال عن ملكية الغير بالولاية إلاّ رضا الولي، كما في الوكالة، وهو حاصل، مع أنّ في الأصيل خروج المال عن ملكه وانتقاله إلى ملك المالك الجديد يشترط فيه رضاه ولذلك يحتاج في المثال المذكور إلى حصول رضاه وطيب نفسه في صحة العقد الصادر منه.

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٠٧.

مسألة ٢٨: إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية، فهل يصح ويلزم أو يتوقف على الإجازة أو لا يصح؟ وجوه، أقواها عدم الصحة؛ لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم. وبعبارة أخرى أوقع العقد متزلاً^(١).

لا إشكال في أن اقتران العقد بعنوان غير واقعيّ وادّعاء كاذب لا يوجب خروج العقد عن ترتب الصحة؛ لعدم القصور في الإنشاء والمنشأ، فصرف البناء على الفضولية من الأصيل مع الالتفات إلى كونه مالكا لا يستلزم القصور في صحة العقد.

وأما إذا علّقه على إجازة نفسه أو على إجازة شخص آخر فهو راجع إلى القول ببطلان التعليق في العقد وعدمه، فعلى القول ببطلان التعليق في العقود ولا سيما في التعليق على أمر غير واقعيّ ومقطوع العدم، كما فيما نحن فيه (لعلمه بعدم احتياج العقد إلى الإجازة) فلا إشكال في بطلانه.

إلا أن الظاهر من تقريب الفرض في المتن عدم التعليق المذكور، بمعنى أنه لا يريد وقوع العقد إن كان فضولياً وعدم وقوعه إن كان لازماً، بل هو في إيقاعه العقد فضولاً بصدد بيان بنائه على أمر قلبي لا يكون ورائه واقع، فلا يكون من مقولة التعليق الباطل.

وبعبارة واضحة: أن صرف إرادة جواز العقد مع كونه مستلزماً للزوم لا

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٨.

إذا وقع الولي العقد فضولاً وهو عالم ١٠١١

يوجب البطلان إلا إذا رجع إلى التعليق ولكن كون المقام صغرى للتعليق محلّ كلام؛ لاحتمال أن يكون المراد من إرادة الجواز هو الجواز في قبال اللزوم، فيكون العقد شرعاً جائزاً مع كونه لازماً شرعاً. وهذا وإن كان غير مقدور له إلا أنه لا يوجب بطلان العقد لعدم مفسديّة شرط الفاسد أو احتمال أن الجواز بمعنى اشتراط الخيار لنفسه أو لغيره بالفسخ والإمضاء، فهو ممّا لا مانع منه في العقود اللازمة نعم، عدم صحّته في عقد النكاح لا يقتضي بطلانه.

وأما احتمال كون الجواز هو الجواز في قبال النفوذ والصحة، بمعنى أنه اشترط عدم نفوذ عقده إلا بالإجازة (كما في الفضولي) فهذا الشرط غير صحيح؛ لعدم قدرته عليه ولكن في كونه مبطلاً للعقد يتوقف على القول بأن الشرط الفاسد مفسد.

نعم، لو رجع إلى التعليق في النكاح يكون باطلاً بلا إشكال. وبالجملة: أن الحق ما قدّمناه من أن إنشاء العقد ممن له الأهليّة كالأصيل أو الوليّ أو الوكيل بقصد الفضوليّة لا يوجب قصور العقد عمّا يعتبر في صحّته، واقتران القصد المذكور (أي الفضوليّة التي لا واقع له) ممّا لا أثر له.

نعم إن كان المراد من القصد المذكور إنشاء أمر زائد على عنوان العقد كعدم ترتب الأثر على العقد إلا بعد الإجازة أو قصد جعل الخيار لنفسه، فهو إن رجع إلى التعليق في العقد فيوجب البطلان وإلا يكون من الشرط الفاسد، والله العالم.

مسألة ٢٩: إذا زوج الصغيرين وليّهما، فقد مرّ أن العقد لازم

عليهما ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه، وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر، وأمّا إذا زوجها الفضوليّان فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليّهما قبله، فإن بلغا وأجاز أثبتت الزوجيّة ويترتب عليها أحكامها من حين العقد؛ لما مرّ من كون الإجازة كاشفة، وإن ردّا أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحّة من حين الصدور، وإن بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجيّة فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم يكن إجازته للطمع في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يجز أو أجاز ولم يحلف لم يدفع، بل يردّ إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف، هذا إذا كان متهماً بأنّ إجازته للرغبة في الإرث، وأمّا إذا لم يكن متهماً بذلك، كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممّا يرث أو نحو ذلك فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف^(١).

قد مرّ الكلام في المسألة الرابعة من هذا الفصل أنّ مقتضى بعض الأدلّة ولا سيّما صحيحة محمد بن مسلم عن الصبي يزوّج الصبيّة، قال: «إن كان أبواهما زوّجا فنعمة جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا»^(٢) جواز عقدهما مع ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ وإن كانت الأدلّة المطلقة تدلّ على ثبوت العقد منهما ولزومه، إلّا أنّ العمدة دعوى الإجماع على عدم ثبوت الخيار

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨.

للصّبية ، فكأنّ المشهور أعرض عن العمل بهذه الرواية وغيرهما من المقيدات فلا أقل من الالتزام بالاحتياط عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ بالطلاق .

فاتّضح أنّ ما أفاده من ثبوت الخيار متفرعاً على لزوم العقد وعدم ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ لا يمكن المساعدة عليه ؛ لأنّ الميراث يترتب على صحّة العقد وثبوت الزوجيّة ولا يتوقف على لزوم العقد كما مرّ .

وفي « الجواهر » : « حتّى على القول بالخيار كما حكى عنه التصريح به ، ضرورة عدم منافاته للتحقّق موجب الإرث الذي هو الزوجية »^(١) .
وبالجملة : لا إشكال في ثبوت الميراث في مفروض الكلام وهو لزوم العقد بمقتضى القواعد والأدلة .

وعمدة الكلام فيما إذا زوّجها الفضوليان ، فالميراث موقوف على إجازتهما بعد البلوغ ، وهذا أيضاً على وفق القاعدة في باب الفضولي ، وبهذا ورد النص أيضاً وهو صحيحة أبي عبيدة المتقدّمة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجها وليّان لهما وهما غير مدركين ، قال : فقال : « النكاح جائز ، أيّهما أدرك كان له الخيار ، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا » ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال : « يجوز عليه ذلك إن هو رضي » قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية ، أترثه ؟ قال : « نعم ، يعزل ميراثها منه حتّى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج ، ثمّ يدفع إليها الميراث

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ٢١٦ .

ونصف المهر»، قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت»، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية»^(١).

فما أفاده السيّد الماتن عليه السلام من توقّف الميراث على البلوغ والحلف فهو موافق للنص المذكور، فلذلك أفتى بعدم ثبوت الميراث مع عدم البلوغ أو عدم الحلف بعده.

ولا يخفى أنّ مورد النص هو موت الزوج وبقاء الزوجة، إلا أنّ الظاهر الإجماع على إلحاق صورة العكس، كما أنّ ظهور النص في لزوم الحلف لدفع التهمة فمع العلم بعدمها كما في المثالين لا وجه للحكم بوجوبه.

مسألة ٣٠: يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية من المهر وحرمة الأمّ والبنت وحرمتها - إن كانت هي الباقية - على الأب و الإبن ونحو ذلك، بل الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرد الإجازة من غير حاجة إلى الحلف، فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهماً لا يرث ولكن يترتب سائر الأحكام^(٢).

ما أفاده من ترتّب آثار الزوجية بعد الإجازة والحلف من لزوم المهر وحرمة الأمّ والبنت محرز على ما هو مقتضى القاعدة وإن أشكل في ذكر البنت؛ لأنّ البنت لا تحرم إلا بعد الدخول بأُمّها، وحيث إنّ مفروض الكلام وقوع الإجازة للعقد بعد وفاتها فلا مجال لتصور الدخول بالأُمّ كي تثبت

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١.

(٢) العروة الوثقى ٢: ٧٠٩.

حرمة البنت، مضافاً إلى أنّ الكلام في الصغيرة، ومعه لا مجال لفرض البنت لها كي يبحث في حرمتها وعدمها، فلذلك حكم بأن ذكر البنت من سهو القلم جزماً.

إلا أنه يمكن دفع الإشكال الأوّل بتصوير الدخول للزوج المراهق، كما يمكن دفع الإشكال الثاني بتصوير الفرض وهو فيما إذا كان العقد واقع في صغرها والإجازة صدرت بعد بلوغها، إلا أنها حملت قبل الإجازة بالزنا أو الشبهة، وكيف كان لا بأس بذكر البنت في المسألة لإمكان تصويرها ثبوتاً. وأمّا الحكم بترتب جميع الآثار بمجرد الإجازة من غير حاجة إلى الحلف فهو على وفق القاعدة، بل وحتى في الميراث، إلا أنّ الإرث موكول إلى الحلف مع كونه متّهماً؛ للنص الوارد في المقام.

مسأله ٣١: الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور، كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير أو كانا بالغين كاملين أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك، ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه - لعدم الحاجة إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده - وبقي الآخر فإنه يعزل حصة الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز، بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين، ولكن الأحوط الإحلاف في الجميع بالنسبة إلى الإرث،

بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً^(١).

الكلام في ترتب أحكام الزوجية ومنها الميراث في غير الصغيرين الذين زوجهما الفضوليان كما أن بعض مصاديقها المذكورة في المتن، فقد حكم السيد عليه السلام بترتب أحكامها إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه وعزل حصّة الميراث إلى أن يردّ أو يجيز من دون حاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث؛ لاختصاص الدليل بالصغيرين.

واحتمل في «المسالك»^(٢) التعدي إلى غيرهما حتى بالنسبة إلى الكاملين الذين زوجهما الفضولي وعدم دخل الصغر؛ لتساوي الصغير والكبير في فضولية العقد.

ثم ذكر احتمال الاختصاص بالصغيرين؛ لأنّ الدليل مشتمل على أحكام يخالف الأصل فيقتصر على مورده، ثمّ قوّى هذا الاحتمال واستنتج بطلان العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته وقبل إجازة الآخر، سواء قلنا إنّ الإجازة جزء السبب أم كاشفة عن سبق النكاح من حين العقد؛ لأنّه بناءً على الأوّل يكون الموت (أي موت أحدهما) قبل تمام السبب مبطل، كما لو مات أحدهما قبل تمام القبول.

وبناء على الثاني، فلأنّ الإجازة وحدها لا يكفي في ثبوت هذا العقد، بل لا بدّ معها من اليمين وقد حصل الموت قبل تمام السبب، وخرج منه ما ورد فيه النص وهو العقد على الصغيرين فيبقى الباقي.

هذا محصل ما أفاده في «المسالك» على ما تحّصه وبَيّنه في

(١) العروة الوثقى ٢: ٧١٠.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٨٢.

«المستمسك»^(١) وهكذا نقل عن «القواعد» بقوله: «وفي انسحاب الحكم في البالغين إذا زوّجها الفضولي إشكال، أقربه البطلان»^(٢).
وفي «جامع المقاصد» استقر به بما ذكر عن «المسالك» ثم قال: «و هو المفتى به»^(٣).

وفي «الحدائق»: «الظاهر أنّه المشهور بينهم، وهو الأنسب بقواعدهم»^(٤).

وأشكل عليه في «المستمسك»^(٥): بعدم تمامية قياس المقام بباب القبول بناءً على كون الإجازة كاشفة بجميع صورها من الحقيقي والحكمي والانتقالي؛ للفرق الواضح بينها وبين القبول؛ لأنّ موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد وتمايمته، فلا يمكن ترتّب مضمونه بخلاف المقام؛ لتامية العقد وانتظار الإجازة، فإذا حصلت ترتّب الأثر فائتها وإن كانت جزء السبب لكن الأثر يثبت قبلها كما أنّ اليمين كذلك مع لزومه (في مثل الميراث والمهر).

نعم مضمون العقد في المقام وهو الزوجية لما امتنع أن يقوم بالمعدوم تعذر ترتّب الأثر على العقد بناءً على النقل؛ لانعدام أحد الزوجين.
وبالجملة: لا بأس بالقول بتعدّي الحكم إلى سائر الصور (أي الحكم بالنسبة إلى الصغيرين إذا زوّجها الفضولي في غيرهما من سائر الصور

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥١٣.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٦.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ١٥٨.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٨٦.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥١٤.

المشتركة) لتحقق لزوم وترتب الأثر بعد البلوغ أو الرشد وصدور الإجازة.

نعم يشكل الحكم بالاحتياج إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين لاختصاص الموجب له بهما، كما عليه الماتن وإن احتاط بالاحتياج إليه في الجميع بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام. وما أفاده غير بعيد؛ لاحتمال كون لزومه بعد بلوغه وكماله من خصوصيات الملحوظة بالنسبة إلى القاصر (وهو أعم من الصباوة والجنون) وذكر الصبي لا موضوعية له.

ولا يخفى أن الاحتياط المذكور خاص بالموارد المذكورة دون مطلق الفضولية.

مسألة ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق إجازة ولا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبناتها وأختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ وبعبارة أخرى: هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان: أقواهما الثاني إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحققها من حين العقد نعم، الأحوط الأوّل لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة نعم، إذا تزوج الأم أو البنت مثلاً ثم حصلت الإجازة كشفت عن بطلان ذلك^(١).

(١) العروة الوثقى ٢: ٧١٠.

والظاهر أنّ المراد من قوله «إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين...» عدم توقفه على أمر من جانبه كالإجازة في الفضولي، لتوقفه على إجازة الأصيل، وإن احتمل أنه بمعنى وجوب الوفاء عليه تكليفاً، وكيف كان فلو باشر الأصيل بعقد وتولّى الفضولي الطرف الآخر للعقد فهل يثبت على الطرف الآخر المباشر تحريم المصاهرات أم لا؟ قولان فقد قوى عدم السيّد الماتن رحمته الله.

مع أنّ الظاهر من النائبي^(١) والشيخ الأعظم رحمته الله^(٢) هو القول الأوّل على ما نسب إليهما السيّد الخوئي رحمته الله^(٣). واستدلّ لذلك بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) بدعوى: أنّه انحلالي بالنسبة إلى طرفي العقد فيجب على الطرف الآخر الالتزام به حتّى ولو لم يجب ذلك على الطرف الآخر بعدم صدور القبول منه.

والظاهر أنّ مبنى الانتساب والاستظهار من الشيخ الأعظم رحمته الله هو ما أفاده في مسألة «ما لو كان العقد بين الأصيل والفضولي... أنّ الذي يستفاد من كلام جماعة وظاهر آخرين عدم جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه». والظاهر أنّ ما اختاره مبتن على القول بالكشف من كون الإجازة شرطاً لكون العقد بنفسه مؤثراً تاماً (على ما بيّنه في المستمسك)^(٥)، فيكون

(١) العروة المحشى ٥: ٦٤٣.

(٢) كتاب النكاح للشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله: ١١٠.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٨٠.

(٤) المائدة ٥: ١.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥١٦.

موضوع وجوب الوفاء نفس العقد غير مقيد بالإجازة، بل حتى لو علم بعدم الإجازة فإن الإجازة شرط لتأثيره، لا لوجوب الوفاء به، ومقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه على الأصيل وحرمة نقضه من جانبه هذا.

مضافاً إلى أن المصرح به في كلام الشيخ هو أن العقد عند المعاهدة والمعاهدة بين الطرفين، بمعنى عدم صدق العقد على الإيجاب من دون القبول، إلا أنه لا يشترط كون الطرفين أصيلاً في العقد ولذلك يصدق العقد بين الفضوليين أو الأصيل والفضولي. ولكن الإشكال في تنفيذ الشارع بالنسبة إلى العقد الواقع من غير الأصيل، وعلى هذا ليس للفضولي إبطال ما عقده، بل الأمر بيد الأصيل من الإجازة والرد.

فلذلك لو التزم الأصيل بالنكاح - فيما نحن فيه - لا يجوز له نكاح أخت المعقودة وأمها وهكذا وعليه العمل بما التزم به.

إلا أن الإشكال فيما أفاده الشيخ الأعظم كما عن السيّد الخوئي أولاً^(١): أن موضوع الأمر بالوفاء والحكم باللزوم إنما هو العقد وهو عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر كما هو الحال في عقد الحبل وشده بآخر، ومع عدم التزام الطرف الآخر لا يصدق العقد فلا يكون موضوعاً للأمر بالوفاء واللزوم الذي هو بمعنى عدم قابليته للنقض والانحلال، وعليه فيكون حاله حال رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول.

مع أن قبول الفضولي لا يعتبر التزاماً كي ينضم إلى التزام الأصيل.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٨٠.

وثانياً: نورد عليه بعد التنزل وتسلم صدق المعاقدة بين الفضولي والأصيل أن الأمر في الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إزام ما هو المشروع لا الإزام بالنسبة إلى كل عقد وإلا يستلزم تصحيح ما لم يشترعه الشارع بالأمر المزبور.

وثالثاً: يتوقف استدلاله على القول بأن الأمر في الآية هو الوجوب التكليفي لا الإرشاد إلى ثبوت مضامين العقود، وإن موضوع الوفاء نفس العقد لا موضوع العقود من البيع والنكاح والإجازة و... لا العقد بلحاظ ترتب موضوعاتها.

وأما ما أفاده المحقق النائيني من تقريب القول الأول - أي عدم جواز تصرف الأصيل فيما النقل عنه - بقوله: «... أنه قد ملك التزامه وانقطعت إضافته عن ماله، فيتعين عليه العمل على طبق التزامه...».

فقد أشكل فيه^(١): بأنه لم يتحصّل لنا معنى معقول للملكية الإلتزام وإن كانت الأعمال قابلة للتملك، وكون العقد بين اثنين يقتضي تملك كل واحد منها التزامه لصاحبه لا معنى له إلا إنشاء مضمون العقد الذي هو التزم به وأن مفاده هو إنشاء مضمونه والإلتزام به.

وبعبارة واضحة: أن الإلتزام ليس متعلقاً للتملك وإنما هو التزم به فليس هو مملوكاً للغير.

هذا مضافاً إلى أن لازم ذلك بقاء الملك بلا مالك، فإن الأصيل لا يملكه حتى صدور الإجازة والقبول.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٨٠.

وكيف كان، لا دليل على لزوم هذا الالتزام وعدم جواز رفع اليد عنه؛ لعدم صدق العقد وإن عبّر عنه بالعقد الفضولي مسامحة، فترتب على ذلك صحة جميع التصرفات المنافية له ونفوذها ويكون ذلك فسخاً فعلياً للإنشاء الأول؛ ومعه لا يبقى أثر القبول اللاحق، ومنه يظهر ما في عبارة السيّد عليه السلام من التعبير باللازم على أحد الطرفين.

هذا ولكن فيه: أنّ نفي صدق العقد في المقام ينافي جميع ما تقدّم منهم ومنه عليه السلام من تصحيح العقد الفضولي بالإجازة وأنها كاشفة؛ لأننا إذا نفينا صدق العقد وأنه كلاً عقد والتعبير مسامحي فيما تلحق الإجازة وتصحيحه. مضافاً إلى أنه لو أنكرنا صدق العقد، فيكون وزان الفضولي وزان سائر مواقع عدم وقوع العقد أصلاً الذي لا يكون الإجازة الصرفة موجبة لانتقال الملكية بين الطرفين وتحقق الزوجية مع القول بلزوم الصيغة، على أنه لا وجه للقول بالكشف بأنحائه في الإجازة، بل وحتى النقل. وما أفاده من استلزام بقاء الملك للمالك يرد على جميع موارد الفضولية. فعلى هذا لا يمكن ردّ كلام النائي عليه السلام بما أفيد إلا بما أورد عليه من «المستمسك» و«المباني» من عدم معقولية تملك الالتزام.

فجواز التصرفات المنافية للإنشاء مبني على عدم تحقق اللزوم بصرف الإيجاب من الأصيل؛ لعدم ثبوت الحكم التكليفي (الأمر بالوفاء) إلا على العقد المشروع وأنّ الأمر في الآية بمعنى إلزام ما هو المشروع ولا الإلزام بالنسبة إلى كلّ عقد.

وبما ذكرنا يظهر النظر فيما أفاده السيّد الماتن بعد أن قوّى عدم ثبوت الحكم على الطرف الأصيل من استثناء صورة العلم بمحصل الإجازة بعد

ذلك الكاشفة عن تحقّقها من حين العقد حيث إنّ الملكية أو الزوجية غير ثابتة بناءً على الكشف الحكمي والانقلابي في الإجازة، فتكون تصرفاته في ملكه قبل تحقّق الإجازة وتأثير الإجازة موقوف على استمرار رضا الأصيل بذلك، مع أنّ التصرف المنافي يكشف عن عدم رضاه فلا تؤثر الإجازة.

وأما الكشف الحقيقي: فعليه أيضاً يكون تأثير الإجازة موقوفة على بقاء الأصيل على التزامه واستمراره عليه إلى حين الإجازة والتصرف المنافي مانعة عن كاشفية الإجازة؛ لفوات محلّها، فلذلك لو تزوّج الأم أو البنت مثلاً ثمّ حصلت الإجازة كشف عن بطلان تلك الإجازة.

وإن كان السيّد أفتى ببطلان العقد على الأمّ أو البنت بناءً على مختاره وهو الكشف الحقيقي، ولكن الظاهر عدم تماميته مختاره حتى بناءً على الكشف الحقيقي؛ لأنّ عقد الأمّ أو البنت مفوّت محلّ لحقوق الإجازة كما قدّمناه وإن كان الاحتياط أولى بناءً على مبناه.

مسألة ٣٣: إذا ردّ المعقود والمعقودة فضولاً للعقد ولم يجزه، لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا؟ لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز وتبين كأن لم يكن، وربما يستشكل في خصوص نكاح أمّ المعقود عليها، وهو في غير محلّه بعد أن لم يتحقق نكاح، ومجرد العقد لا يوجب شيئاً مع أنّه لا فرق بينه وبين نكاح البنت وكون الحرمة في

الأوّل غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق^(١).
 ما أفاده من عدم ترتّب أحكام المصاهرة بعد تحقّق الردّ من المعقود أو
 المعقودة فضولاً سواء كان العقد من الطرف الآخر صادراً من الأصيل أو
 أجازه أو لا، تام؛ لأنّ بالردّ يكون الفضولي كالعدم، فعلى هذا لا مانع من
 نكاح الأمّ المعقود عليها وأختها وبناتها.

واستشكل في خصوص نكاح أمّ العقود عليها (منسوباً إلى العلامة في
 «القواعد»^(٢)) بدعوى: أنّ العقد الفضولي على الأمّ بعد ردّها منها لا يمنع من
 نكاح بنتها؛ لعدم تحقّق الدخول المانع من تزويج البنت وصرف العقد غير
 مانع، إلاّ أنّ العقد الفضولي الواقع بالنسبة إلى البنت بعد ردّ البنت مانع من
 تزويج الأمّ؛ لأنّ الردّ والفسخ ناقض للعقد من حين الفسخ ولا من حين
 العقد فيترتب على العقد آثاره حكماً، ومنها: الحرمة الأبديّة للأمّ البنت
 المعقودة عيها ولم يدخل بها.

نعم، لو قلنا إنّ الفسخ كالإجازة يؤثّر في العقد من حينه بمعنى أنّه لم
 يتحقّق عقد أصلاً ولا نكاح بالمرّة وما صدر من الفضول كالعدم (بعد الردّ)
 فلا فرق بين أن يكون العقد الفضولي على الأمّ أو البنت.
 والظاهر أنّ السيّد أراد بقوله: «... وهو في غير محلّه بعد أن لم يتحقّق
 نكاح و...».

وبالجملة: أنّ مبنى الالتزام بالإشكال بالنسبة إلى الأمّ موقوف على
 القول بكون الفسخ والردّ دافع من جنبه ولا الكاشف عن الفساد.

(١) العروة الوثقى ٢: ٧١١.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٦.

والثاني أصحّ كما عن «كشف اللثام»^(١) واستدلّ بأنّ الإجازة إمّا جزء أو شرط، وعن «الجواهر»: «... من الغريب ما سمعته من احتمال تحريم الأمّ والأب والإين بمجرد صدور العقد فضولاً الذي تعقّبه عدم الإجازة ولو من طرف واحد؛ لاحتمال كون الفسخ من حينه، فإنّه لا يقتضيه أصل ولا قاعدة ولا فتوى، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة بخلافه...»^(٢). فما أفاده السيّد رحمته في غاية القوّة.

مسألة ٣٤: إذا زوجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوجت من آخر ثمّ علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز لفوات محلّ الإجازة، وكذا إذا زوج رجل فضولاً بامرأة وقبل أن يطّلع على ذلك تزوّج أمّها أو بنتها أو أختها ثمّ علم، ودعوى: أنّ الإجازة حيث إنّها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني كما ترى^(٣).

نصّ الشيخ الأعظم رحمته على هذه المسألة في مبحث ثمرات القول بالكشف والنقل^(٤) ومبنى هذا القول هو خيرة المشهور من عدم تأثير الإجازة بعد الرد وفي المقام وإن كان غير ملتفت إلى ذلك، إلّا أنّ الالتزام بالعقد الثاني بمنزلة الالتزام بجميع خصوصياته ولوازمه ومنها كونها زوجة لغيره وعدم كونه زوجاً لها، وهذا ردّ ورفض للعقد السابق وإن لم يكن علم بذلك.

ويمكن أن يوجّه أيضاً ولو بناءً على عدم مانعية الرد عن المحوق

(١) كشف اللثام ٧: ١٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٨.

(٣) العروة الوثقى ٢: ٧١١.

(٤) المكاسب: ١٣٤.

الإجازة، باعتبار أنّ العقد الأوّل يخرج عن قابلية الإجازة والإمضاء بعد العقد الثاني؛ لأنّه بناءً على ما قرّبناه سابقاً أنّ تمامية العقد الفضولي موقوف على تصحيح الانتساب إلى الطرف الأصيل، والانتساب يحصل بعد الإجازة، وأمّا قبلها فلا انتساب، ولذلك لا زوجية في المقام فتكون المرأة مثلاً حين العقد الثاني خلية، فيحكم بصحة العقد الثاني فتصير المرأة ذات بعل ولا يصح لها التزويج ثانياً لفوات المحلّ حتّى بناءً على الكشف الحقيقي؛ لأنّ الكشف الحقيقي مؤثّر فيما إذا كان العقد قابلاً للاستناد إلى المجيز بالإجازة، وحيث لا قابلية في المقام فلا مجال للإجازة كي يقال بكونها كاشفة عن وجود الزوجية في الزمان السابق.

هذا مضافاً إلى أنّ السيّد الماتن رحمته الله علّق على كلام الشيخ (في الحاشية على المكاسب)^(١) وقال بانصراف أدلّة الفضولي عن شمول الفرض، فإنّ لازمه جواز الإجازة ولو بعد خمسين سنة، والحكم ببطلان عقدها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات.

وكيف كان، أنّ الماتن رحمته الله على حقّ في فتواه حتّى بناءً على الكشف الحقيقي؛ لأنّ الإجازة صحيحة ومصحّحة إذا بقي للمجيز السلطان عليها، مع أنّ في المقام خرجت الإجازة عن سلطة المجيز لعدم صحّة التزويج ثانياً لذات البعل وعدم صحّة تزويج الأمّ لمن تزوج بنتها.

وقد مرّ أنّ المدار في السبق واللاحق على الإنشاء لا على المنشأ، ومن الواضح أنّ الإجازة إنشاء لاحق وإن كان المجاز هو العقد السابق والتزويج المتقدّم.

(١) الحاشية على المكاسب للسيّد اليزدي رحمته الله ١: ١٥٣.