

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۷۴

المقصد الثاني: في كيفية الاختيار

« وهو إمّا بالقول الدالّ على الإمساك كقوله: «اخترك» أو «أمسكتك» أو ما أشبهه، ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأربيع الأول واندفع البواقي. ولو قال لما زاد على الأربيع: اخترت فراقكنّ، اندفعن، وثبت نكاح البواقي. ولو قال لواحدة: طلقتك صحّ نكاحها وطلّقت وكانت من الأربيع، ولو طلق أربعا اندفع البواقي وثبت نكاح المطلّقات ثمّ طلّقن بالطلاق؛ لأنّه لا يواجه به إلاّ الزوجة؛ إذ موضوعه إزالة قيد النكاح.

والظهار والإيلاء ليس لهما دلالة على الاختيار؛ لأنّه قد يواجه به غير الزوجة.

وإمّا بالفعل فمثل أن يطأ؛ إذ ظاهره الاختيار، فلو وطء أربعاً ثبت عقدهنّ واندفع البواقي.

ولو قبّل أو لمس بشهوة يمكن أن يقال: هو اختيار كما هو رجعة في حقّ المطلّقة، وهو يشكل بما يتطرّق إليه من الاحتمال^(١).

قد مرّ أنّه إذا أسلم الذمّي على أكثر من أربيع من الكتابيات وكان العقد دائماً، بقي عقده على الأربيع منهنّ على وجه الإبهام والترديد، فتكون زوجاته أربعاً مردّدة، ويتوقّف تعيينها على اختياره أربعاً منهنّ، فعلى هذا

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٥-٢٩٦.

يكون الاختيار المفوض معيناً ومثبتاً للتعين ولا الزوجية، وقد مرّ الكلام عن ذلك.

والكلام في هذا المبحث في كيفية هذا الاختيار للشك في بعض مصاديقه وصدق انطباق عنوان الاختيار؟ ولذلك انعقد البحث في المقصد الثاني لبيان الكيفية اللازمة للكاشفة عنه.

وهو إمّا باللفظ وإمّا بالفعل، أمّا اللفظ: فهو معلوم بعد وضوحه بالنسبة إلى الصيغ المعيّنة المفهومة الظاهرة، كقوله: «اخترتك، أمسكتك» أو إذا قال لما زاد على الأربع: «اخترت فراقكن»؛ لأنّ الشارع فوض إليه وجعل الخيار له في أن يفسخ عقد من شاءه، فإذا اختار فسخ نكاح البعض ثبت عقد نكاح البواقي من دون لفظ تدل على اختياره بالنسبة إليهنّ.

فيستفاد: ١ - عدم كفاية القصد والنية، بل لا بدّ من القول الصريح أو الكناية المفهومة أو الفعل الدالّ على ذلك، كما سيأتي (من الوطء و...)، ٢ - كما أنّه يظهر عدم صحّة التعليق في القول، كقوله: «اخترتك إن كان كذا» أو التوقيت بالتأخير كقوله: «لغد»؛ لأنّ ذلك يناه في فورية وجوب الاختيار لظاهر الأمر به.

وما أفاده البعض من التعليل بعدم صحّة التعليق في العقد والإيقاع مشكل؛ لأنّ ذلك يستلزم القول بأنّ الاختيار عقد جديد أو إيقاع وإنشاء غير ما كانا عليه من النكاح وهو مندفع بما مرّ من عدم انفساخ النكاح السابق بإسلام الكافر، هذا أولاً.

كيفية اختيار الزوجة لو أسلم على أكثر من العدد السانغ نكاحه..... ١٢٤٧

وثانياً: أنّ ذلك يخالف ظاهر ما ورد من صحة استدامة نكاحهنّ .

وبالجملة: لا وجه لعدم صحّة التعليق إلا ما ذكر، ولعلّ الحكم بجواز إجبار الزوج على الإختيار فوراً في كلمات بعضهم مستند إلى الاستظهار المذكور.

وكيف كان: لا إشكال في وجوب التصريح بالقول أو الكناية المفهمة، إلا أنّ الماتن احتمل ثمّ أيد كفاية إجراء صيغة الطلاق في تحقّق الاختيار معللاً بأنّه: لا طلاق إلا بعد الاختيار وأنّ الطلاق لا يواجه به إلاّ الزوجة؛ إذ موضوعه إزالة قيد النكاح، فالطلاق (كما في «الجواهر»^(١)) جزء مفهوم النكاح، أو لازمه لزوماً بيّناً، فإثباته يستلزم إثباته، ولا ينافيه قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لفيروز الديلمي - وقد أسلم على أختين -: «طَلَّقَ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ»^(٢)؛ لأنّ الطلاق في الرواية بمعنى الفراق وليس بمعناه المصطلح حتّى يستلزم تعيين نكاحها عليه، كما أنّ ظاهر استعماله في غير هذه الرواية، كقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً» محمول على معناه اللغوي ومجرّد باب الإفعال، ويؤيّد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «... وفارق سائرهنّ».

ثمّ قال في «الجواهر»: «نعم، قد يناقش ذلك: بأنّ وقوع الطلاق صحيحاً يستلزم ثبوت النكاح؛ لا أنّ قصد النكاح يستلزم قصد اختيار النكاح؛ ضرورة إمكان قصد معنى الطلاق في الأجنبية وإن لم يقع صحيحاً.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٦١.

(٢) سنن أبي داود ٢: ٢٢٤٣/٢٧٢، سنن ابن ماجه ١: ١٩٥١/٦٢٧.

فدعوى: لزوم قصد الطلاق لقصد النكاح على وجه يتحقق به إنشاء الاختيار محل منع. ومن ذلك يعلم: أنه لو طلق جاهلاً بعدم حاجة فراقهنّ إلى طلاق، فأوقعه بقصد إرادة المفارقة لهنّ وبقاء نكاح غيرهنّ، كان في الحقيقة دالاً على اختيار ما عداهنّ»^(١).

ثم ردّ هذا: بأنّ صرف إنشاء الطلاق يدلّ على اختيار النكاح، ثمّ إنشاء الطلاق باعتبار معلومية عدم طلاق غير الزوجة، فيحكم عليه بحسب ما وقع منه من الطلاق المحمول على الوجه الصحيح المتوقّف صحته على كونه قد اختار نكاحهنّ.

ولكن أشكال بإمكان منع الظهور هنا؛ لإمكان الاشتباه فيه بالاكْتفاء فيه بعلاقة الزوجية، فلا ظهور حينئذٍ على كونه قد اختار قصد النكاح ثمّ قصد الطلاق.

ثمّ أضاف إلى ما قال: إن كان منع تحقّق الاختيار بمجرد الإنشاء باطناً من دون دلالة عليه ولو فعلاً - كما أو ماناً إليه سابقاً (في مبحث ثبوت المهر المسمّى بالدخول وقلنا فيه: إنّ الاختيار هو المبطل له عن غير المختار) وفي مبحث الفضولي - وإن كان الأقوى خلافه، وهكذا عدم اختصاص الدعوى بالطلاق الصحيح، بل ظاهرهم ثبوت الاختيار به وإن كان الطلاق فاسداً لعدم الشاهدين أو الصيغة أو غير ذلك.

بل ظاهر بعض وصريح آخر ثبوته به وإن وقع معلّقاً، فإنّه وإن لم يقع

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٦١.

كيفية اختيار الزوجة لو أسلم على أكثر من العدد السائق نكاحه..... ١٢٤٩
طلاق، لكنّه على كلامهم دالّ بالكناية على الاختيار وليس تعليقه تعليقاً له.
هذا ولكنّ الذي يستفاد من كلماتهم أنّ الاختيار يحصل إمّا بالتصريح
القولّي أو الكنائيّ المفهم مع واجدية اللفظ الكنائيّ للشرائط المعتمدة، ومن
ذلك استعمال ألفاظ الطلاق وإن لم يكن قاصداً لوازمه للتعبّد بأنّ الطلاق إنّما
يتمّ إذا وقع عن نكاح، فاستخدامه واستعماله كاشف تعبدي للفراق عمّا أثبتته
سابقاً؛ ولعلّه لذلك ذهب جماعة إلى ثبوت الاختيار به وإن كان فاسداً، وكذا
التعليق فيه.

ولكن إثبات ما قلناه دونه خرط القتاد، والاحتياط في أمثال المقام
لا يترك؛ للزوم عدم تمامية الدلالة إلا بالقرينة.

ثمّ صرح الماتن بعد تأييد لفظ الطلاق في عداد الألفاظ الدالّة على
الاختيار عدم كون الظهار والإيلاء منها، معللاً: بأنّه قد يواجهه به غير
الزوجة، وأيّده في «الجواهر»^(١) باليقية غير الزوجة بهما، وترتّب الأحكام
الخاصّة لهما لو خوطب بهما الزوجة لا يقتضي الاختيار، وبه فرّقوا بينهما
وبين الطلاق الذي جزء مفهومه النكاح أو لازمه لزوماً بيّناً.

ولكن أشكل: بأنّ المتفاهم من الطلاق إزالة قيد النكاح لا اختياره،
بل ولا تلازم بين معنى اللفظ في نفسه وبين وقوعه، فلذلك لا مانع من وقوع
الطلاق بالأجنبية لحصول المعنى، لكنّه لا يؤثر أثراً، فوقع النكاح حينئذٍ
شرط تأثيره، لأنّ أصل المعنى موقوف على حصول النكاح.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٦١.

فكما أنّ معنى الطلاق لا يتحقّق خارجاً إلاّ في الزوجة فكذلك الظهار والإيلاء وإن كانا لو وقعا بالأجنبية كان لهما معنى صحيح، فلذلك لو حلف على [ترك] وطء الأجنبية فتزوّجها ووطئها كان عليه الكفّارة، ولكنّ ذلك لا يسمّى إيلاءً ولا ظهاراً.

ولعلّه لذلك لم يفرّق الشيخ في «المبسوط»^(١) على المحكي بين الجميع في كونهنّ اختياراً.

أقول: إنّ الكلام فيها هو الكلام في الطلاق في الاحتياج إلى القرينة على الاختيار.

قوله: «وإمّا بالفعل مثل أن يطأها...».

لا إشكال ولا خلاف في صراحة الفعل وألوية اندارجه في قوله ﷺ: «أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ» فمثل الوطء أقوى دليل على الرغبة فيها مع ضمّ حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ولزوم فوروية الاختيار، مضافاً إلى أنّ الوطء يعدّ رجوعاً في الطلاق وفسخاً في خيار البائع.

إلاّ أن يشكل في ذلك: بعدم الدليل الشرعي على كونه اختياراً، فلا بدّ من تقييده بالمتذكّر المنتبه، لا مطلق الوطء.

ولكن الإيراد عليه: أنّ الدليل الشرعي بالنسبة إلى الألفاظ المذكورة الصريحة والكنائية أيضاً مفقود.

(١) المبسوط ٤: ٢٣٧.

كيفية اختيار الزوجة لو أسلم على أكثر من العدد السائق نكاحه..... ١٢٥١

وليس في الدليل الشرعي سوى قوله: «اختر أَيْتَهَنَّ»، أو «أمسك
أربعاً وفارق سائرهنَّ» فالألفاظ والأفعال دلالتها تدور مدار التفاهم
العرفي، وفي مثله دلالة عند العرف على الاختيار، إلا إذا ادّعى عدم خطور
الاختيار في الذهن، أو خطر عليه خلافه، مثل وطء الفراق.
ومّا ذكر ظهر الحال بالنسبة إلى القبلة واللمس.

المقصد الثالث : في مسائل مرتبة على اختلاف الدين

الاولى : إذا تزوج امرأة وبناتها، ثم أسلم بعد الدخول بهما، حرمتا أبداً، وكذا لو كان دخل بالأم، أمّا لو لم يكن دخل بواحدة، بطل عقد الأمّ دون البنت ولا اختيار. وقال الشيخ : له التخيير، والأوّل أشبه .

ولو أسلم عن أمة وبناتها، فإن كان وطأهما حرمتا، وإن كان وطأ إحداهما حرمت الأخرى وإن لم يكن وطأ واحدة تخير .
ولو أسلم عن أختين تخير أيتها شاء ولو كان وطأهما . وكذا لو كان عنده امرأة وعمّتها أو خالتها ولم تجز العمة ولا الخالة الجمع، أمّا لو رضيتا صحّ الجمع، وكذا لو أسلم عن حرّة وأمة^(١).
ففي المقام فروع :

الأوّل : فيما إذا تزوج الكافر امرأة وبناتها دفعة أو ترتيباً، ثم أسلم بعد الدخول بهما، حرمتا عليه أبداً، والظاهر وضوح الحكم لصدق ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾^(٢).
ولا ينافي صحة نكاحهما السابق في دينهم؛ لما مرّ من أنّ الدليل «لكلّ قوم نكاح» لا يكون إمضاءً لما اشتمل على مقتضى الفساد استدامة؛ كنكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً؛ ولذلك ورد الحكم باختيار إحدى الأختين فيمن

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٦.

(٢) النساء ٤: ٢٣.

لو أسلم الكافر عن امرأة وبناتها ١٢٥٣

أسلم عن أختين كانتا تحته .

وهكذا الكلام بالنسبة إلى من دخل بالأُم وحدها؛ للآية الشريفة .
نعم، لو دخل بالبنت وحدها دون الأُم تختص الأُم بالحرمة؛ للآية
الشريفة .

وأما لو لم يكن دخل بواحدة بطل عقد الأُم دون البنت؛ لصدق عنوان
«أمّهات النساء» بالنسبة الأُم، وأما البنت: فلائها ربيبة لم يدخل بأُمها، فلا
مانع من بقاء نكاحها، وحينئذٍ فلا اختيار لتعيين المحللة له وهي البنت في
لسان الدليل .

إلا أن المحكي عن الشيخ في «الخلاف» و«المبسوط» ثبوت الاختيار
للزوج، وقال في المحكي عن «الخلاف»: «إذا جمع بين العقد على الأُم
والبنت في حال الشرك بلفظ واحد، ثم أسلم، كان له إمساك أيتها شاء
 ويفارق الأخرى»^(١).

وفي «المبسوط»: «إن لم يدخل بهما قيل: يتخير في إمساك أيتها
شاء، وقيل: يثبت نكاح البنت، ويقوى في نفسي الأوّل»^(٢).

فإن المفروض في الحكم بالتخير في «مبسوطه» هو ما إذا لم تكونا
مدخولتين، مع أن الحكم في «الخلاف» غير مقيّد بفرض الدخول بهما
وعدمه .

(١) الخلاف ٤: ٣٣١ .

(٢) المبسوط ٤: ٢٢١ .

ووجه كلام الشيخ في «المختلف»^(١) بتوجيهين :

١- «احتجَّ الشيخ: أنَّ المشرك إذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما في نكاح، فإنما يحكم بصحة نكاح من ينضمَّ الاختيار إلى عقدها، ألا ترى أنَّه إذا عقد على عشر دفعة واحدة وأسلم اختار منهنَّ أربعاً، فإذا فعل حكمنا بأنَّ نكاح الأربع وقع صحيحاً ونكاح البواقي وقع باطلاً، بدليل أنَّ نكاح البواقي يزول ولا يجب عليه نصف المهر إن كان قبل الدخول، فإذا كان كذلك فمتى اختار إحداهما، حكمنا بأنَّه هو الصحيح والآخر باطل».

وهذا البيان لتوجيه كلام الشيخ معناه: أنَّ الاختيار والانتخاب من الزوج دخيل في تصحيح النكاح السابق وكاشفيته عن ذلك، أي أنَّ اختياره كاشف بنحو الشرط المتأخَّر عن عدم كون غير المنتخب وغير المختار زوجة، والمختار هو الزوجة وفي المقام وفي فرض اختياره الأمَّ نجزم بالكشف المذكور عن عدم صدق عنوان «أمهات نسائكم» على الأمِّ وصرف كونها معقودة له لا يوجب نشر الحرمة الأبدية.

٢- أنَّ المشرك إذا جمع بين من لا يجوز الجمع بينهما واختار في حال الإسلام، لكان اختياره بمنزلة ابتداء عقد، بدليل أنَّه لا يجوز أن يختار إلا من يجوز له أن يستأنف نكاحها حين الاختيار، وإذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كأنَّه الآن تزوج بها وحدها، فوجب أن يكون له اختيار كلِّ واحدة منها.

(١) مختلف الشيعة ٧: ٨٧.

ثم أجاب العلامة عن الشيخ في «المختلف»: «بأن الذي ذكره إنما يتم في صورة الاختيار في حال الإسلام، وهنا لا يمكن الاختيار في حال الإسلام، فإن الأم حُرمت بمجرد العقد على البنت»^(١).

ولكن «صاحب الجواهر» لم يرتض هذا الجواب مستدلاً؛ بأن ما أفاده العلامة مبني أولاً: على تمامية المقتضي للتحريم ووجوده من الأدلة الدالة على حرمة الجمع بين الأم والبنت من الكتاب والسنة والإجماع. وثانياً: على عدم صلاحية المانع للمانع لما تقرّر في الأصول من أن الكفار مخاطبون بالفروع واشتراكهم مع المسلمين.

مع أن المسألة غير مبنيّة على ذلك وإلا كان المتّجه ما ذكره الشيخ من عدم حرمة إحداهما عليه؛ ضرورة أن المسلم لو عقد على الأم والبنت دفعة لم تحرم إحداهما عليه، بل له استئناف العقد على كلّ منهما، فكذلك الكافر بناءً على الشركة (في التكليف بينهما) بل لو عقد على الأم أولاً ثمّ عقد على البنت بعد ذلك لم تحرم بذلك الأم، إلى غير ذلك من الأحكام التي تترتب على قاعدة الاشتراك المنافية لإطلاق الأصحاب هنا، بل ولصريحه فالأولى الاستدلال بما عرفت^(٢). انتهى كلامه رحمه الله.

توضيح ما أفاده في الجواهر: أن المستند لفتوى الشيخ بثبوت الاختيار مبني على تمامية الاقتضاء في أدلة التحريم بالنسبة إلى الزوج حال كفره وعدم تأثير المانع (أي الكفر) لتكليفهم بالفروع كالأصول، مع أن

(١) مختلف الشيعه ٧: ٨٧.

(٢) جواهر الكلام ٣: ٦٨.

المسألة غير مبتنية على ما أفاده؛ لأنه لو سلمنا هذا الابتناء يتَّجه كلام الشيخ من ثبوت الاختيار؛ لعدم حرمة إحداهما؛ بداهة أن المسلم يجوز له استئناف العقد لو عقد على الأم والبنت دفعه واحدة، فالكافر كذلك بحكم الاشتراك، بل وحتى لو عقد على الأم ثم على البنت.

ولعل مراده من عدم ابتناء المسلمة على ذلك، أن هذه الدعوى من العلامة مصادرة؛ حيث إن الحكم بجرمة الأم بمجرد العقد على البنت هو أصل الدعوى، فإثبات سقوط الاختيار وتعيين زوجية البنت مبنياً عليه عين الدعوى.

فإلى هنا لا بأس من القول بما ادَّعاه الشيخ من ثبوت الاختيار، إلا أن هذا القول مبدن إما على القول بأن الاختيار كاشف عن صحة العقد المختار وبطلان سائر العقود من الابتداء.

وإما على أنه هو المثبت لصحة النكاح وأنه بمنزلة العقد الجديد. إلا أنه قد مرَّ سابقاً أن مدار الحكم في صحة النكاح هو قوله «لكل قوم نكاح» ثم إقرار الشرع عن أنكحتهم من غير استفعال ودخل الاختيار والانتخاب والتفويض من ناحية الشرع ليس معناه كاشفية الاختيار عن صحة ما اختاره وبطلان غير المختار؛ لاستلزام ذلك سقوط المهر بالنسبة إلى غير المختار، مع أنه قد حكم عليه برد المهور لهنّ، مضافاً إلى أن أولاده منهنّ يعدّ أولاد الزنا وعدم كونهم وارثاً مع أنه لم يلزم بذلك. نعم، لا بأس بالقول بأن الاختيار هو المثبت لصحة النكاح إلا أنه مثبت بقاء وليس بمعنى أنه عقد جديد أو بمنزلته؛ لأنه على هذا أيضاً يترتب

لو أسلم الكافر عن امرأة وبنيتها ١٢٥٧

عليه التوالي الفاسدة المذكورة، بل الاختيار إمضاء لصحة النكاح الواقع سابقاً، ولكنّه محدود بما حدّد له في الشريعة حدوداً كعدم كونه من إحدى المحرّمات عيناً أو جمعاً للروايات الواردة المتقدمة؛ لأنّها وإن كانت قد خرجت عن تحت العمومات الدالّة على الحرمة ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾^(١) بالمخصّص «لكلّ قوم نكاح»، ولكن العموم بعد إسلامه يمنعه عن البقاء والاستدامة.

وهذا الدليل مع جميع ما تقدّم فيه البحث والكلام بعد تصديقه وتأبيده، يثبت به منع الجمع والاستدامة بين الأمّ والبنت وهكذا، إلا أنّ سلب الاختيار والانتخاب به مشكل.

كما أنّه قد مرّ أنّ الشك في بقاء الزوجيّة بسبب الإسلام لتبديل الموضوع (الكفر والإسلام) لا وجه له، حيث إنّ الكفر والإسلام من حالات الشخص ولا يوجب تبدّل الموضوع.

ولكن مع ذلك كلّ، يشكل الحكم بجواز اختيار الأمّ؛ لصدق عنوان (أمّ الزوجة) عليها، والله العالم.

(١) النساء ٤: ٢٣.

