

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۷۶

(المسألة الثامنة)

لو ماتت إحداهن بعد إسلامهنّ قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها، فإن اختارها ورث نصيبه منها، وكذا لو متن كلهنّ كان له الاختيار، فاذا اختار أربعا ورثهنّ؛ لأنّ الاختيار ليس استئناف عقد، وإنما هو تعيين لذات العقد الصحيح، ولو مات ومتن، قيل: يبطل الخيار، والوجه استعمال القرعة؛ لأنّ فيهنّ وارثات وموروثات، ولو مات الزوج قبلهنّ كان عليهنّ الاعتداد منه؛ لأنّ منهنّ من تلزمه العدة، ولما لم يحصل الامتياز الزمن العدة احتياطاً بأبعد الأجلين؛ إذ كلّ واحدة يحتمل أن تكون هي الزوجة وأن لا تكون، فالحامل تعتدّ بعدة الوفاة ووضع الحمل، والحائل تعتدّ بأبعد الأجلين من عدة الطلاق والوفاة^(١).

الحكم في مفروض الكلام (وفاة الزوجة أو الزوجات) هو بقاء الاختيار، ويترتب عليه آثاره من الميراث والاعتداد....

ولو قيل: إنّ إسلامه وإسلامهنّ يوجب تحريم الجمع بينهما عليه، فلذلك حرمن عليه بأجمعهنّ، والحليّة محتاجة إلى اختياره، بمعنى: أنّ الاختيار جزء أخير لعلّة الزوجية، ومع أنّ ذلك لم يتحقّق حال حياتها أو حياتهنّ، وبالوفاة لم يبق موضوع للاختيار حتّى تتمّ الزوجية، فالحكم هو البطان. ومثل ذلك ما لو مات أحد المتعاقدين قبل تمام السبب المملّك بالقبول أو

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٨.

القبض، فأجاب عن ذلك الماتن بقوله: لأنّ الاختيار ليس استثناءً عقد جديد حتى يبطل بالموت، وإنما هو تعيين لذات العقد الصحيح.

وأوضحه في «الجواهر»: بأنّ الزوجية متحقّقة في جملتهنّ، والمانع كان هو الكفر وقد زال، غايته زيادتهنّ على العدد المعتبر، والأمر فيه إليه لا إليهنّ، وليس الموت فاسخاً للزوجيّة؛ ولذا يجوز للزوج تغسيل زوجته والنظر إليها، كما أنّ الاختيار ليس مشروطاً بالحياة وإن كان ظاهر قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أمسك أربعاً... وفارق سائرهنّ» الحياة، لكنّه ظهور مورد لا شرط، وحينئذٍ فيتّجه التمسك بالاستصحاب فيما يتحقّق فيه من أفراد ذلك، ويتمّ بعدم القول بالفصل، انتهى كلامه^(١).

ولقد أجاد في تنقيح المبنى للحكم المذكور، حيث إنّ الزوجيّة باقية حسب قاعدة الإقرار، والدليل المانع - أي الكفر - قد زال، والمانع الآخر (الجمع بينهما) مرتفع بتفويض الاختيار والانتخاب إلى الزوج. والمشكلة المحادثة - أي الموت - ليس فاسخاً للعقد الباقي (أي النكاح) لجواز اللمس والنظر للزوج، هذا، مضافاً إلى أنّ الاختيار غير مشروط بالحياة، ودعوى ظهور الدليل في بقاء الحياة مدفوعة بعدم المفهوم له حتى يقال بشرطية الحياة للزوجة حتى يصح ويتمّ الاختيار، وعند الشك يجري استصحاب بقاء الاختيار، فكما أنّ الدليل فوّض إليه الاختيار وأثبت له في حال الحياة من دون نفي الاختيار بحال الوفاة يستصحب الحكم المذكور (صحّة الاختيار) لما بعد الوفاة ويحكم ببقائه.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨٤.

والتقييد المذكور في كلام «الجواهر» بقوله: «بالاستصحاب فيما يتحقق فيه من أفراد ذلك» ناظر إلى إجراء الاستصحاب فيما إذا لم يكن لجريان الاستصحاب مانعاً حال الحياة، كما إذا كان الرجل محجوراً أو صغيراً أو سفياً ومعه وجود المانع؛ لعدم الحالة السابقة، أي كونه ممنوع التصرف ومسلوب الاختيار، فيتمسك بعدم القول بالفصل إلحاقاً له بالموارد المتعارفة.

إلا أن الإشكال عليه: أن أساس استدلاله على عدم فسخية الموت للنكاح جواز اللمس والنظر للتغسيل، وقد حقق في محله أن الدليل الدال على جواز التغسيل (للزوج والزوجة) مورودة بروايات تدل على ممنوعية النظر إلى عورة الميت، مضافاً إلى أن العمدة في مقام التغسيل هو الدليل الخاص، ولا يجوز التمتع بالزوجة بعد وفاتها، وليس هذا بمعنى بقاء الزوجية، بل الزوجية منفسخة بالموت؛ لأن له أن يتزوج مع أختها، أوله التزويج بالرابعة، فهذا يهدم أساس الاستدلال وإن تم الاستظهار من الدليل، وهو قوله ﷺ: «أمسك أربعاً» وعدم تقييده بحال الحياة، هذا، ومع التنزل أن ما اختاره مبني على القول بكون الاختيار كاشفاً عن بقاء الزوجية، وذلك لو أنكرنا الكاشفية مع ضم إنكار الزوجية يستلزم لغوية الاختيار، مع أنه لو قلنا: إن مدلول أدلة الاختيار جعله بمنزلة الشرط المتأخر لتحقيق الزوجية، فلا نحتاج إلى القول بعدم فسخ النكاح بالوفاة والقول بكاشفية الاختيار عن بقاء الزوجية.

وبعبارة أخرى: بعد تمامية الدليل وشموله لما بعد الوفاة وعدم مانعية الموت عن بقاء الاختيار لما بعده فلا كلام في عدم بطلانه من دون احتياج إلى

التمسك بالاستصحاب المبتني على القول بكون الموت غير فاسخ للعقد السابق لحكومة النص الوارد وعمومه وعدم وجود الدليل على الخلاف، بل ولا يبعد الاستئناس بوجود ما دلّ على جواز التجهيز أو الوارثية والموروثة، والله العالم.

قوله عليه السلام: «لو مات و متن قيل: يبطل الخيار».

والظاهر أنه لا خلاف فيه بين من تعرّض له بعدم ثبوت الاختيار لغير الزوج، واحتمال قيام الوارث مقامه قياساً على الخيار في المال ولإطلاق قوله عليه السلام: «ما كان للميت فهو لوارثه» مندفع بأن الاختيار في المقام مبني على الشهوة المختصة بالزوج دون غيره بخلاف المال.

هذا مضافاً إلى أن هذه الرواية غير مذكورة بهذا اللفظ على ما ادّعه في حاشية «الجواهر» بل الموجود في أبواب ولاء ضمان الجريرة هو قوله: «من مات وترك مالاً فلورثته»^(١) أو «فللوارث» ومن الواضح أن الخيار المورث ما هو فيه القيمة والمالية دون الخيار بالنسبة إلى انتخاب الزوجة حتى تكون هي من الورثة؛ ولعله لذلك ذهب المحقق إلى استعمال القرعة، على ما أوضحه في «الجواهر» لتعيين الوارث من بينهما؛ لأنّ فيهنّ وراثات إن مات قبلهنّ ومورثات إن متن قبله، ووراثات ومورثات إن مات بعضهنّ قبله وبعضهنّ بعده ولم يعلم المستحقّ أو المستحقّ عليه مع انحصاره في جملتهنّ، فيستخرج بالقرعة التي هي لكلّ أمر مشكل.

وربما اشكل في ذلك (بما نصّ عليه في «الجواهر»^(٢)): بأنّ القرعة

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٤٧ / أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٣ ح ٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٨٥.

هل يسقط الاختيار مع موت أحد الزوجين ١٢٨٩

لتعيين ما هو معين عند الله مشتبه عندنا في الظاهر، وهو هنا ليس كذلك؛ لأنّ التعيين موكول إلى الزوج لا إلى الله تعالى، وإن كان هو الذي يلهمه الاختيار. ولا يقال: إن الله تعالى يعلم من يختارها منهنّ وإن لم يوجد منه اختيار.

لأننا نقول: إن الله يعلم الأشياء على ما هي عليه، فالمعين في نفسه يعلمه معيّنًا وإن اشتبه علينا، والمجهّم في نفسه يعلمه مجهّمًا، فلا يمكن تخصيص إحداهنّ بالميراث عندنا ولا عند الله.

ومن هنا قيل: إن الوجه الإيقاف حتّى يصطوح ورثتهنّ على التساوي أو التفاوت؛ لأنّ الحقّ منحصر فيهم، وفيهم من يستحقّ ومن لا يستحقّ، ومال إلى ذلك في «المسالك»^(١) تبعاً للكركي^(٢).

وقيل: يقسم بالسوية، فيأخذ وارث كلّ واحدة نصيبها؛ لأنّ البيان غير متوقّع، مع اعتراف الجميع بالإشكال، وأنّه لا مزيّة لإحداهنّ على الأخرى، فأشبهه المال بين المدّعين.

وربّما أشكل ذلك: بأنّه إعطاء غير المستحقّ قطعاً، بخلاف المال بين المدّعين، فإنّ التشريك بينهما محتمل، بخلاف المقام المعلوم فيه عدم الاشتراك.

ويدفع: بمنع اعتبار احتمال التشريك فيما ثبت فيه؛ لاطلاق دليله المبني على إعمال كلّ من الدعويين والبيدين في غير محلّ التعارض وإبطالها فيه، فليس إلاّ الاشتراك بينهما بالنصف إن كانا اثنين.

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٩٣.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٤٧٢.

نعم، ما نحن فيه ليس من ذلك، لاعتراف الجميع بأنَّ المستحق، أربع وعدم الدعوى منهمنَّ بأربع لا غيرهنَّ، كما أنَّه قد يشكل سابقه: بأنَّ في الإيقاف حتَّى يصطلح الجميع تعطيلاً للحقِّ عن أهله المطالبين به، ومثاراً للنزاع الذي لم يعهد من الشارع إهماله، فيتعيَّن القرعة حينئذٍ.

ويدفع إشكالها أولاً: بمنع اعتبار الاشتباه في موضوعها؛ لإطلاق أدلتها من الآية: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَمَنَّهُمْ إِيَّاهُمْ يَكْفُلُ مَزِيماً وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾^(١).

وقوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾^(٢) وأنها غير مأخوذة في موضوعها الاشتباه.

وثانياً: بمنع عدم الاشتباه هنا، فإنه بإسلامه وإسلامهنَّ مثلاً بين منه أربع وبقين أربع في علم الله ولو باختياره المستقبل؛ إذ لا معنى لقيام البيئونة والزوجية في موضوع مبهم في الواقع، بل هو غير متصور نعم، باختياره يكشف أنَّ هذه الأربع هي التي باقية على الزوجية من أول الأمر؛ لأنَّ الاختيار جزء سبب النكاح ولا سبب في الاقتران، وحينئذٍ تكون القرعة في محلها.

ويقوى في النظر: التخيير للحاكم - المعدِّ لحسم مادة النزاع - بين استعمال القرعة في حسمه وبين القسمة على السواء بينهم، ولا يتعيَّن أحدهما، وربما كان ذلك مراد المصنِّف بقريظة ما تسمعه منه - فيما يأتي - لو مات دونهنَّ، حيث قال: «الوجه القرعة أو التشريك» فتأمل جيِّداً.

(١) آل عمران ٣: ٤٤.

(٢) الصافات ٣٧: ١٤١.

نقلنا كلام «الجواهر» بطوله حتى تبين الوجه للحكم بوراثة الزوجات من القرعة أو التقسيم بالسوية أو بالمصالحاة أو عدم تعيين إحداها وتفويض أمرها إلى الحاكم لحسم مادة النزاع.

أقول: من الواضح أن الحكم المذكور مبني على تنقيح المرام في بقاء الزوجية المهمة وتصويرها، فإذا صححنا الزوجية لا بعينها مستدلاً بترتب الآثار عليها كوجوب النفقة والكسوة وعدم جواز التزويج مع الأخت والخامسة، يمكن الحكم بالكية عدّة منهنّ من بينهنّ على النحو الكليّ في المعين، فلا بأس بالحكم بالكية أربعة منهنّ لا بعينها من الميراث، كما أنّ ذلك متصوّر في مالكية الفقراء في نصاب الزكاة وتفويض الانتخاب من بينهم إلى مالك الأثر.

إلا أنّ المشكلة في المقام عدم حياة من بيده الاختيار والانتخاب، بخلاف الفرض السابق، وهو حياة الزوج ووفاء الزوجات، فالحكم بتفويض الاختيار إلى الوصيّ أو الحاكم وإن أمكن في غير المقام؛ لا يكال الأمر من المالك إلى الوصيّ والوكيل حال حياته أو من الشارع إلى الحاكم لإحقاق حقوق الفقراء لولايته عليهم، إلا أنّ ذلك في المقام ممّا لا دليل عليه؛ لأنّ حقّ التعيين والاختيار حكم تعبدي من الشارع وخاصّ بالزوج دون غيره.

فلذلك يشكّل الرجوع إلى قاعدة العدل والانصاف والحكم بتقسيم الميراث بالسوية والصبر والتصالح؛ لعدم تفويض الأمر إلى الحاكم أولاً، وثانياً: بعد الرجوع إلى الحاكم فلأنّ الدعوى لا ترجع إلى ادعاء ملكيتهم لثبوت الزوجية لمورّثهم حتى يستلزم التكاذب في دعواهم ومرجعية

القاعدة المذكورة، بل الكلّ معترف بزوجيّة الأربعة منهنّ له دون أكثر، وليس المقام نظير المدّعين حتّى يكون محكوماً بحكمه، اذن لا مناص من الرجوع إلى القرعة؛ لعدم وجود طريق آخر لحلّ المشكلة وأنها لكلّ أمر مشكل حتّى فيما إذا لم يكن للمشتبه تعيّن واقعي كما في قصّة يونس عليه السلام.

قوله عليه السلام: «ولو مات الزوج قبلهنّ كان عليهنّ الاعتداد

منه...».

وفي «الجواهر»^(١): وإنما اكتفى بالتداخل في العدّتين؛ لأنّ المعتبر عدّة

واحدة والتكليف بالزائد للاشتباه.

وما أفاده الماتن من الحكم واختاره «الجواهر» مبنيّ على أنّ الأربعة منهنّ زوجات ثبوتاً ومات عنهنّ زوجهنّ، فعليهنّ الاعتداد بعدّة الوفاة وغيرهنّ وإن كان الواجب عليهنّ الاعتداد بعدّة الطلاق؛ لمفارقتهنّ عنه بإسلام الزوج، إلّا أنّه حيث لا يعلم الزوجة من بينهنّ فالاحتياط يقتضي الاعتداد بالأكثر، بل وحتّى على غير المدخولة للاشتباه الموجب عليها عدّة الوفاة؛ لعدم وجوب الاعتداد بعدّة الطلاق.

واحتتمل البعض الرجوع إلى القرعة كالمسألة السابقة، والظاهر أنّ الخلاف راجع إلى جريان الاحتياط في أطراف العلم الإجمالي وعدمه؟ المتقيّن من جريانه ما إذا كانت الشبهة في المكلف به دون التكليف؛ لجواز إجراء الأصل المرخّص في حقّ نفسه كواجدي المني في الثوب المشترك، بل وحتّى مع جريان الاستصحاب (أي استصحاب بقاء الزوجية) أيضاً لا يتمّ

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٨٦.

الاحتياط؛ لتعارض الاستصحاب في حق نفسه مع الاستصحاب بالنسبة إلى الغير.

نعم؛ لا يبعد التمسك بأصالة الاحتياط في باب الفروج والدماء. إلا أنه اشكل في كون الحكم التكليفي المراد بين الأشخاص موجباً لإلزام الكل؛ لأن كل واحد يشك في توجه التكليف إلى نفسه فيجوز له إجراء البرائة؛ لأن كل واحد منهم مستقل بالتكليف. وما قيل في تقديم الاستصحاب في الأحكام الوضعية على البرائة والحكم ببطلان العمل حسب ما اقتضاه الاستصحاب موقوف على عدم جريان الأصل الموضوعي الحاكم في المقام، ومعه لا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب.

توضيح ذلك: إن مقتضى جريان البرائة في الشك في التكليف (في المقام) عدم وجوب الاعتداد على الكل، إلا أن الكلام في تحقق علاقة الزوجية بعد إجراء البرائة من العدة؟ وحيث إن مقتضى البرائة لا يكون صحة العقد؛ لأنها لا تقتضي أكثر من نفس التكليف بالنسبة إلى الاعتداد، وأما صحة العقد وتمايمته فلا، بل المحكم جريان استصحاب عدم حصول الزوجية بالنسبة إلى الكل، وهذا نظير ما أفيد من جريان أصالة الصحة في الشبهات الحكمية وتصحيح العقود بعمومات الصحة، وجريان أصالة الفساد في الشبهات الموضوعية؛ لعدم إمكان التمسك بالعمومات المذكورة. وأما الإيراد: فلأن الحكم بجريان الاستصحاب (أي عدم حصول الزوجية) متوقف على عدم وجود الأصل الموضوعي الحاكم، وحيث إن الشك في تحقق الزوجية وعدمه ينشأ من بقاء المرأة في العدة، وقد نفي بقائها

بالبراءة لم يبق وجه لجريان الاستصحاب المذكور والحكم الوضعي على خلاف ما اقتضاه التكليف .

هذا ولكن الحكم بالاحتياط من الماتن وغيره لزومه مبني في باب الفروج والدماء .

وزاد في «الجواهر»: أن مقتضى الحكم باستخراج الوارثات بالقرعة القاضية بكون الزوجات التي فرض بها لزوم الاعتداد عليهنّ بعدة الوفاة والفراق على غيرهنّ .

وأجاب: بأن القرعة خاصّة بباب الإرث، لا أنّها معيّنة للموضوع الذي تجري عليه جميع الأحكام، ولعلّ مراده أن مجرى القرعة وإعمالها هو ما إذا كان الموضوع من المشاكل وأنّها لكلّ أمر مشكل ولا للمشتبه، بمعنى أنّها جارية إذا لم يكن طريق لحلّ المشكلة، ولكن فيما إذا أمكن حلّ الشبهة بالاحتياط أو التخيير فلا وجه لجريان القرعة كما في المقام، وبما ذكرنا سابقاً يظهر مبدأ احتساب عدّة الانفساخ وهو من حين إسلام من سبق إسلامه .