

مجموعه

مباحث خارج فقہ

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۸۸

قوله: وأما أحكامه فثمانية: الأوّل: إذا ذكر الأجل والمهر صحّ العقد، ولو أخلّ بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد، ولو أخلّ بالأجل حسب بطل متعة وانعقد دائماً^(١).

تعرّض في هذه المسألة لصور ثلاثة:

أوّلها: ما إذا ذكر المهر والأجل، فهذا لا إشكال في صحّة العقد متعة؛ لتحققّ المشروط بالشرطين الركنيين.

ثانيهما: ما إذا أخلّ بذكر المهر بعد ذكر الأجل، فقد حكم ببطان العقد من رأسه؛ لانتفاء المشروط عند فقد الشرط، ومن البديهي اشتراط ذكر المهر في صحّة العقد.

ثالثها: ما إذا أخلّ بذكر الأجل فقط دون المهر، فقد حكم ببطان المتعة وصيرورتها دائماً.

وأما الصورة الرابعة غير المذكورة، وهو: عدم ذكر المهر والأجل، فالظاهر هنا أيضاً البطلان ولا الانقلاب إلى الدوام، كما يقتضيه ظاهر الأدلّة المتقدّمة؛ حيث إنّ المذكور فيها الانقلاب عند ترك ذكر الأجل حسب.

إلاّ أنّه يظهر من بعضهم الحكم بالانقلاب فيما إذا تركها كما عن «الإيضاح» حيث قال: «ويلزم القائل بحمله على الدوام مع ترك الأجل

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٦.

حملة عليه مع ترك الأجل والمهر معاً؛ لأنَّ إهمال الأجل يصرفه إلى الدوام ولا يشترط في الدائم ذكر المهر»^(١) ويثبت مهر المثل في الفرض المزبور. ولكنَّ الظاهر أنَّ المسألة مبتنية على القول بأنَّ الاستفادة من ظواهر الأدلَّة والتعبّد بها هل هو الإخلال بالأجل فقط، أو أنَّ في فرض تركها تكون النتيجة هو ترك الأجل حسب، وقد مرَّ الإشكال في تمامية المستند وقصوره، ويشهد ذلك قولهم بالتعبير بالانقلاب ولا البقاء دائماً؛ لتعدّد ماهية العقدين.

(١) إيضاح الفوائد ٣: ١٢٩.

قوله: الثاني: كل شرط يشترط فيه فلا بد أن يقترن (يقترن) بالإيجاب والقبول، ولا حكم لما يذكر قبل العقد وما لم يستعد فيه ولا لما يذكر بعده، ولا يشترط مع ذكره في العقد إعادته بعده، ومن الأصحاب من شرط إعادته بعد العقد، وهو بعيد^(١).

البحث عنه في هذه المسألة - بعد الفراغ عن لزوم الوفاء بكل شرط سائغ مقترن بالإيجاب والقبول ووجوب ترتيب الأثر عليه وهو منشأ للأثر ولو لم يف به لم يف بالعقد - هو أنه هل يعتبر كذلك الشرائط المذكورة قبل العقد؟ وهكذا الشرط الملحق بالعقد؟

واستشكل في المحصر صاحب «الكفاية»^(٢) من حيث عموم «المؤمنون عند شروطهم» إلا مع منع صدق الشرط.

وردّه في «الجواهر»^(٣): بان الشرطية لا يتحقق معناها مع الاستقلال، لظهور إرادة الفرعية، فلا عبرة بالشرط السابق من حيث سبقه لعدم المقتضي للزومه، فما أمرنا بالوفاء به ما يشترطونه به في العقد اللازم. ثم إنه بعد التنزل والقول باقتضاء ذلك اللزوم استدلل لدعواه بروايات خاصة تدل على اعتبار الشرط الواقع قبل عقد النكاح.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٦.

(٢) كفاية الأحكام ٢: ١٧٠.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ١٨٤.

منها: موثقة ابن بكير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»^(١).

منها: موثقة أخرى عنه عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة: «إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا وإنما الشرط بعد النكاح»^(٢).

منها: موثقة ثالثة عنه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجب التزويج، فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح»^(٣).

وقال: إن هذه النصوص وغيرها تدلّ على عدم اعتبار ما كان قبل النكاح من الشرط.

أقول: إن مقتضى التحقيق والتتبع في مظانّه من اللغة «كالقاموس»^(٤) و«تاج العروس»^(٥) و«العين»^(٦) و«جمهرة اللغة»^(٧) و«لسان العرب»^(٨)

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٦ / أبواب المتعة ب ١٩ ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧ / أبواب المتعة ب ١٩ ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٥ / أبواب المتعة ب ١٩ ح ١.

(٤) القاموس المحيط ٢: ٣٨١.

(٥) تاج العروس ٥: ١٦٦.

(٦) العين ٦: ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٧) جمهرة اللغة ٢: ٣٤٢.

(٨) لسان العرب ٢: ٢٩٨.

وغيرها: إنّ الشرط هو إلزام الشيء والتزامه في البيع (كالشريطة) أو في أمر من الأمور، أو ما يوضع ويلتزم في بيع، إلزام الشيء والتزامه، شرط الشيء: شدّه وربطه.

كما أنّ علماء النحو يقول: بأنّ الشرط «وهو ترتيب وقوع أمر على أمر آخر بواسطة أداة ملفوظة».

وعند أهل الكلام: «الشرط في اصطلاح المتكلمين هو ما يتوقّف عليه الشيء، فلا يكون داخلاً فيه ولا مدبراً عنه» وعند أهل الأصول: إنّ المتبادر من الجملة الشرطية: لا بدية الجزاء عند فرض حصول الشرط». «ولا شكّ في دلالتها على ربط الجزاء بالشرط».

وأما الفقهاء: فعن الشيخ الأعظم رحمته الله في باب المعاطاة «... فإنّ الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ»^(١) ذكر هذا الاستدلال في مقام القول بشمول دليل الإمضاء لغير القيد اللفظي «المؤمنون عند شروطهم». وفي باب الشروط قال: إنّ الشرط يطلق في العرف على معينين: أحدهما: المعنى الحدّي مصدر أي شارط الأمر.

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظة أنّه يلزم من وجوده الوجود أو لا، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر^(٢)، وكأنّه رحمته الله أخذه من الشهيد في قواعده: «الشرط لغة: العلامة، وعرفاً: ما يتوقّف عليه

(١) المكاسب ٣: ٥٦ (طج).

(٢) المكاسب ٦: ١٢ - ١٣.

تأثير المؤثر في تأثيره لا في وجوده، ومن خاصيته أنه يلزم من عدمه العدم لا من وجوده الوجود»^(١).

والإيراني رحمته الله: ليس للشرط إلا معنى واحد وهو تقييد أمر بآخر، وتارة يكون واقعياً خارجياً، وقد يكون جعلياً^(٢).

المحقق الإصفهاني رحمته الله: من المبدأ بمعنى اللزوم^(٣).

السيد الخوئي رحمته الله^(٤): أما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط وليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر، وهذا يقتضي تعليق نفس المنشأ والعقد على التزام المشروط عليه بشيء أو تعليق التزامه بالمنشأ والوفاء به على شيء على سبيل قضية مانعة الخلو، فإنهما قد يجتمعان معاً. والمتحصّل من الجميع قولان: ١- الإلزام والالتزام في عقد آخر ٢- الربط والشّد.

فعلى هذا اطلاقه على الشرط الابتدائي وإن كان ممّا لا إشكال فيه بناءً على ما عن أهل اللغة إلا من قيّد منهم بكونه في ضمن عقد آخر، إلا أنّ الظاهر من الاستعمالات العرفية أنّ مفهومه تقييد أمر بأمر آخر. مضافاً إلى أنّ ما يظهر من الفقهاء لعدم صدقه على التعهد الابتدائي؛ إذ

(١) القواعد والفوائد ١: ٦٤.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الإيراني رحمته الله ٢: ٦١.

(٣) حاشية كتاب المكاسب للإصفهاني رحمته الله ٥: ١٠٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٢: ١٤٢.

الربط من المعاني الحرفية القائمة بالغير ما عن السيّد الخوئي رحمته الله «الشرط في اللغة بمعنى الربط بين الشئيين»^(١).

«وإذن فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية؛ لأنّها ليست بشرط في الحقيقة وإنما هو وعد محض».

فما ورد في بعض الروايات من إطلاقه على الشروط الابتدائية كإطلاقه على النذر والعهد أو على الخيار «... وهو بالخيار ثلاثة أيّام إن شرط أو لم يشرط» وعلى النكاح أو الأجل فيه غير ناهض لإثبات المدعى (أي انطباق الشرط على الابتدائي، بمعنى عدم الربط والالتزام في طرف آخر) لمجازية أكثر الاستعمالات المذكورة، مضافاً إلى أنّ مورد النذر والعهد إنّما هو الالتزام المؤكّد بعهد الله، وهو أمر متعارف عرفي يعبر عنه في التعهدات العرفية، كجعل الله وكيفاً أو كفيلاً عن المعاملة وهو غير النذر والعهد المصطلح.

وأما في الخيار، فهو واضح؛ لارتباط العقد به يجعل الشارع وإن لم يكن في إرادة المتعاقدين، وكذلك الأمر في الأجل في النكاح، فهو التزام في ضمن الالتزام العقدي... وهكذا.

وكيف كان فقد اتضح عدم شمول المفهوم للشرط للتعهدات الابتدائية ولذلك فكلّ شرط يشترط قبل العقد لا حكم له، ومع التنزّل فالروايات

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٤٢.

الواردة المتقدمة تدلّ على عدم تأثير الشروط المذكورة قبل عقد النكاح فيه . فما يقال : من أنّ هذه الروايات منافية للمشهور ومنهم المحقق الماتن من أنّه « لا حكم أيضاً لما يذكره بعده » مندفع ؛ لحملها على الشرائط المتّصلة بالعقد على وجه يكون من متعلّقات القبول (كما في «الجواهر»^(١)) أو التأويل في كلمة النكاح وأنّ المراد منه هو الإيجاب والقبول ، كما أوماً إليه موثقة ابن بكير الثالثة حيث صرّحت فيها بوجوب ذكر الشرط الأوّل مجدّداً بعد النكاح ، أي بعد الإيجاب والقبول ... الخ .

وغيرها من الروايات المستندة إليها في «الجواهر» كرواية «فقه الرضا»^(٢) ورواية «البحار»^(٣) .

ومع ذلك « لا يشترط في وجوب الوفاء به مع ذكره في العقد إعادته بعده » كما أفق بذلك المشهور ؛ لنفوذ دليل «المؤمنون عند شروطهم» بذلك .

فما عن محكي الشيخ في «النهاية»^(٤) من شرط إعادته بعد العقد فهو بعيد لعدم الدليل على اعتبار التكرار .

(١) جواهر الكلام ٣٠ : ١٨٤ .

(٢) مستدرک الوسائل ١٤ : ٤٦١ / أبواب المتعة ب ١٤ ح ٢ .

(٣) بحار الأنوار ١٠٠ : ٣٠٤ / ب ٩ ح ١١ .

(٤) النهاية ٢ : ٣٨٣ - ٣٨٤ .

قوله: الثالث: « للبالغة الرشيدة أن تمتع نفسها وليس لوليها اعتراض بكرة كانت أو ثيباً على الأشهر»^(١).
وقد مرّ الكلام في ذلك مفصلاً في العقد الدائم فراجع.

قوله: الرابع: يجوز أن يشترط عليها الإتيان ليلاً أو نهاراً، وأن يشترط المرّة أو المرّات في الزمان المعين^(٢).
وهذا الشرط أيضاً ممّا لا بأس به كما يجوز لها أيضاً الاشتراط، فكلّ شرط سائغ في نفسه غير منافية لمقتضى العقد نافذ ويجب الوفاء به، مضافاً إلى ما رواه ابن أبي عمير عن عمّار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: رجل جاء إلى امرأة، فسأها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوّجك نفسي على أن تلتمس منّي ما شئت من نظر والتماس وتنال منّي ما ينال الرجل من أهله، إلّا أن لا تدخل فرجك في فرجي وتتلدّد بما شئت، فإنّي أخاف الفضيحة، قال: «ليس له إلّا ما اشترط»^(٣).

نعم لا بأس بالالتذاذ بها بخلاف الشرط إذا أسقطت حقّها من

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٦.

(٢) نفس المصدر.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٧٢ / أبواب المتعة ب ٣٦ ح ١.

الشرط، ويدلّ عليه ما رواه الصدوق بإسناده عن اسحاق بن عمار... قال: قلت له: رجل تزوّج بجارية عاتق على أن لا يقتضها، ثمّ أذنت له بعد ذلك، قال: «إذا أذنت له فلا بأس»^(١).

وهذا ظاهر مضافاً إلى أنّ المانع هو الشرط وقد أسقطته والعقد من أصله قد أباح له التمتع بتمامه.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٣ / أبواب المتعة ب ١١ ح ٣.

قوله: الخامس: يجوز العزل للمتمتع ولا يقف على إذنها ويلحق الولد به لو حملت وإن عزل؛ لاحتمال سبق المني من غير تنبّه ولو نفاه عن نفسه انتفى ولم يفتقر إلى اللعان^(١).

لا إشكال في جواز العزل؛ للإجماع بقسميه في المقام وإن كان الأولى الاشتراط عليها لما في بعض الأخبار، من التنصيص بذكر الشرط عند إيقاع العقد «... ولا أطلب ولدك...»^(٢) وقوله عليه السلام: «ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فشدّد في ذلك»^(٣)، وهكذا قوله عليه السلام: «... ويشترط الولد إن أراد...»^(٤) والقول بأنّ العزل موقوف إلى إذنها، مستنداً بما ورد في لزوم اشتراط عدم طلب الولد عند العقد وإن كان غير بعيد، إلا أنّ لسان ما ورد عنهم عليهم السلام «ويشترط الولد إن أراد» يدفعه، فيستنتج أنّ أمر الولد بيد الزوج، الذي هو بمنزلة الموجر وله المطالبة بما أراد. ولا إشكال في الحاق الولد لو حملت وإن عزل؛ لاحتمال سبق البني من غير تنبّه؛ للإجماع بقسميه في «الجواهر»^(٥) وأنّ «الولد للفراش»^(٦) مضافاً

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٤ / أبواب المتعة ب ١٨ ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٦٩ / أبواب المتعة ب ٣٣ ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٧٠ / أبواب المتعة ب ٣٣ ح ٣.

(٥) جواهر الكلام ٣٠: ١٨٧.

(٦) وسائل الشيعة ٢١: ٧٣ / أبواب نكاح العبيد ب ٨٥ ح ٢.

إلى النصوص كصحيحة محمد بن مسلم: رأيت إن حبلت، فقال: «هو ولده»^(١).

وأما لو نفاه عن نفسه وإن لم تعزل انتفى، إلا فبما بينه وبين ربّه المطلع على ما في قلبه ولم يفتقر إلى اللعان مستنداً بعدم الخلاف والإجماع بقمسيه كما في «الجواهر»^(٢) مضافاً إلى النصوص كصحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام... قال: «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها»^(٣)، وهكذا صحيحة عبدالله بن سنان، «لا يلاعن الحرّ الامّة ولا الذمّية ولا التي يتمتع بها»^(٤)؛ لأنّ الحكم المذكور في نفي الولد خاص بالزوجة الدائمة للنص الصريح الوارد في المقام ونفيه عن غيره.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٦٩ / أبواب المتعة ب ٣٣ ح ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ١٨٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٣٠ / كتاب اللعان ب ١٠ ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٤٣٠ / كتاب اللعان ب ١٠ ح ٢.

قوله: السادس: لا يقع بها طلاق وتبين بانتضاء المدّة، ولا يقع بها إيلاء ولا لعان على الأظهر، وفي الظهار تردد، أظهره أنّه يقع^(١).

أمّا الأوّل، وهو عدم وقوع الطلاق فلينبص بذلك في الدليل، وهو صحيحة عمر بن أذينة عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث المتعة - قال: «فإذا انتضى الأجل بانت منه بغير طلاق»^(٢).

والقول بأنّها لا تنافي إمكانه قبل حلول الأجل مندفع برواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة: «ليست من الأربع؛ لأنّها لا تطلق ولا ترث، وإنما هي مستأجرة»^(٣)، وأنّ نفس العقد الانقطاعي بمنزلة الإجارة كما في عدّة روايات، وأيضاً التصريح بأنّ «طلاقها في شرطها»^(٤).

وأمّا الثاني: وهو عدم الإيلاء (أي الحلف على ترك وطء الزوجة زيادة على أربعة أشهر) واستدلّ لذلك بالشهرة وأنّ أحكامه مخالفة للأصل، فيقتصر فيها على موضع اليقين وهو الدائمة، وأنّ الآية الشريفة: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(٥) وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٠٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٧٧ / أبواب المتعة ب ٤٣ ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٧٧ / أبواب المتعة ب ٤٣ ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٧٧ / أبواب المتعة ب ٤٣ ح ٢.

(٥) البقرة ٢: ٢٢٦.

الزوجة، إِلَّا أَنَّ الْآيَةَ الْأَخِيرَةَ ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(١) قرينة على تخصيص الحكم بالقابلية للطلاق وهي الدائمة.

مضافاً إلى أنّ من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء، وفي المنقطة هذا الحكم منتف؛ لعدم استحقاقها إيّاه ولو زاد على الأربعة أشهر.

وأما الثالث؛ وهو الظهار (وهو قول الرجل لزوجته: ظهرك عليّ كظهر أمي أو أختي أو بنتي) فقد تردّد فيه الماتن من حيث إنّ أحكامه على خلاف الأصل، فيقتصر على المتيقّن منه، أي الدائم.

ومن أنّ إطلاق أدلتها وعمومها شاملة له؛ ولذلك حكم الماتن بوقوعه في المتعة وفاقاً للمحكّي عن الأكثر.

وأشكل في «الجواهر»: بأنّه مناف لمرسل ابن الفضال عن الصادق عليه السلام: «لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق»^(٢). واحتمال أنّها من المثل كما ترى، مضافاً إلى أنّ عدم وقوع اللعان والإيلاء عليها ممّا يوميّ أيضاً إلى عدم وقوع الظهار فيها^(٣).

(١) البقرة ٢: ٢٢٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٠٧ / كتاب الظهار ب ٢ ح ٣.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ١٩٠.