

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۱۱۰

المسألة الثانية عشرة: لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وفيه تردد؛ منشأه الالتفات إلى تحقق الزوجية لوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرّق الخيار أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط، ولو شرط في المهر صح العقد والمهر والشرط^(١).
والبحث فيها أمور:

الأوّل: في صحّة شرط الخيار وبطلانه في النكاح؟ وفي «الجواهر»^(٢) نسب إلى المشهور القول ببطلان العقد فضلاً عن الشرط وقال: «بل لا أجد خلافاً في بطلان الشرط، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه»، مستدلاً بعدم قبول عقد النكاح لذلك؛ لأنّ فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار ولحصر فسخه بغيره، ولذا لا تجري فيه الإقالة، بخلاف غيره من عقود المعاوضات، فيكون حينئذٍ اشتراط الخيار فيه منافياً لمقتضاه المستفاد من الأدلّة الشرعية، بل لم يريد بلفظ العقد معنى النكاح مع اشتراطه، ومن هنا كان هذا الشرط مبطلاً للعقد وإن قلنا بأنّ فساد الشرط بالمخالفة للكتاب والسنة لا يبطل النكاح كما عرفت الكلام فيه سابقاً، وبهذا البيان الأخير تعرّض إلى الإشكال في بيان المحقّق الماتن؛ حيث إنّه علّق البطلان في العقد على بطلان الشرط من حيث إنّ الشرط يكشف عن عدم تحقّق النكاح إلّا مقترناً بالشرط وبما أنّ الشرط

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٤.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٠٥.

باطل فالعقد أيضاً باطل ، وهذا يستلزم بطلان العقد بتطرق كل شرط فاسد وباطل ، مع أننا قد حققنا إمكان القول ببطلان الشرط وصحة العقد ، ثم إنه (في الجواهر) صرح بأن الأولى جعل منشأ التردد في أن بطلان هذا الشرط لمخالفته مقتضى العقد أو لكون الشرط غير مشروع ومخالف للكتاب والسنة ؛ لأنه على الأول يتجه بطلان العقد دون الثاني ، اللهم إلا أن يكون مراده ذلك .

فالمتحصّل : أن استدلاله لكون الشرط المذكور موجبا لبطلان العقد بمنافاته لمقتضى العقد ، وعلل المنافاة أولاً : بأن النكاح فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار .

وثانياً : حصر فسخه بغير الخيار ؛ ولذلك لا يجري فيه التقايل .
وأشكل عليه : بأننا لا نسلّم شائبة العبادية فيه ؛ لأن الاختلال بالنية في العبادات يوجب البطلان ، بمعنى : أن النية شرط سقوط الأمر وإجزاء العمل مع أن النكاح لم يتوقّف صحته على القربة بهذا المعنى نعم ، سلّمنا ترتّب الثواب في كثير من التوصلّيات إن وقعت من المكلف بقصد القربة ، بل وحتى في التجارة والزراعة ، ولكن ليس هذا يوجب صيرورة العمل عبادياً بمعنى الأخص ، فإنه إن كان كذلك فلا يصح جعل الخيار في التجارة والبيع .

أقول : ما أفاده ردّاً على «الجواهر» وإن يتم بالنسبة إلى عبادية النكاح بمعناها الأخص ، إلا أن الأحكام غير منحصره في العبادات والمعاملات الخاصة ، بل لنا أحكام يتوقّف عليها نظام المعاش لا يمكن فيها

تصوير تطرّق الخيار لا من حيث كونها عبادة كأبواب الحدود والشهادات ،
فلذلك لا مانع من الحكم بعدم جواز جعل الخيار في شيء مع أنّه لم يكن
عبادة .

وأشكل على التعليل الثاني (حصر الفسخ بغير الخيار وعدم جري
التقاييل): بأنّ الروايات المذكورة غير ظاهرة في الحصر على نحو تكون هذه
الأمر موجبة للفسخ فقط دون غيرها حتّى يحصل من عدم ذكر خيار
الشرط كون هذا الخيار (خيار الشرط) لا يوجب الفسخ ، بل وليس بأيدينا
رواية مشتملة على بيان موجبات الفسخ .

نعم ، سلّمنا بناء العقلاء وسيرتهم على عدم فسخ النكاح بالتقاييل
وموافقة الزوجين أو شرط الخيار ، فبناءً على ذلك لو عدّد الشارع موجبات
الفسخ وذكرها يقتضي الإطلاق المقامي عدم موجبية شيء آخر للفسخ بعد
هذا .

أقول : لا ينقضي تعجّبي مما أفيد (من عدم رواية مشتملة على بيان
موجبات الفسخ وأنّ المذكور غير ظاهر في الحصر) مع وجود الصحاح
المثبتة للخيار مع وجود البرص والجذام والجنون والعفل ونفي الخيار عن
غيرها .

منها : ما رواه الكليني بإسناده التامّة عن رفاعة بن موسى النخّاس
(الثقة) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام

والجنون، وأمّا ما سوى ذلك فلا»^(١) وهكذا غيرها .
 وأمّا ما ادعاه من بناء العقلاء والسيره منهم تصحيحاً لحصر الموجب ،
 ففيه : إنّ اليوم يشكل إحراز مثل هذه السيره والبناء للعقلاء بأجمعهم نعم ، لا
 بأس بدعوى السيره بين المتشرّعة وهي كما ترى .
 نعم ، لا يبعد الالتجاء إلى ما أفاده المحقّق الخوئي رحمته الله^(٢) في شرط الخيار
 وهو أنّه إذا لزم منه التحديد في الملكية فلا يجتمع مع دوام العقد ، فلا يتم .
 وإن أشكل عليه : بأنّ العقد الدائم في قبالة العقد الانقطاعي والتحديد
 في الزمان معناه أنّ ذات العقد فيه اقتضاء الدوام ولا ينافي تحديده من هذه
 الجهة بالشرط ، ولذلك لا مانع من الجمع بين العقد والشرط .
 الاّ أنّه لا يمكن الالتزام بما أفيد ؛ لأنّه من الالتزام بالتناقض بين
 الإنشائين حتّى في العقد الانقطاعي ؛ لأنّه وإن كان محدوداً بالمدة إلاّ أنّ صحّة
 الالتزام بالشرط فيه جواز نقضه قبل المدة ، فكيف في العقد الدائم الذي كان
 في ذاته اقتضاء الدوام ، الاّ أن يقال : بأنّ الإنشاء غير ناظر إلى البقاء ، بل
 اقتضائه الحدوث كما في البيع ينشأ حدوث الملكية ؛ ولذلك نقول ببطلان
 الشرط والعقد إذا خالف حدوث الملكية في البيع للتناقض بين الإنشائين .
 وأمّا إذا لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد حدوثاً ولم يكن الدوام من
 ذاتياته لم يمنع من تمامية العقد كجعل الخيار ، والدوام في العقد هو الدوام

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٧ / أبواب العيوب والتدليس ب ١ ح ٢ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٧٢ .

الاقتضائي المقابل بالانقطاعي، بمعنى: أنه لو لم يحدث حدثاً ومانعاً يكون دائماً بخلاف الانقطاع.

أقول: ومع ذلك كله أن جعل الخيار ينافي الاستقرار المترقب من إحداث البناء المذكور بالعقد وإن قلنا بأن الإنشاء غير ناظر إلى البقاء؛ لوجود الفارق بين إنشاء أمر يترتب من أوله التحديد بالزمان كالإجارة والعقد الانقطاعي والإنشاء المترتب منه الدوام على نحو لا يمكن إزالته إلا لمحدث جديد.

وكيف كان، لا إشكال في بطلان الشرط المذكور؛ لاستلزامه المخالفة لمقتضى العقد مضافاً إلى الإجماع المدعى في الباب، كما لا إشكال في بطلان العقد أيضاً إذا علق على شرط الخيار وعليه المشهور - كما في «الجواهر»^(١) وخالفهم ابن ادريس^(٢) واختص الحكم بالبطلان في الشرط وصرح - فيما حكى عنه - بأنه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل الإجماع على الصحة؛ لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم اختاره الشيخ على عاداته في الكتاب.

وأجابه العلامة - على المحكي - بما حاصله: بأن مقام الشيخ أجل من التقليد معقولاً ومنقولاً: لو صوله إلى أقصى مراتبه كما وصل في المنقول إلى غايته وهو لم يقلد الإمامية فكيف بالعامّة، وأمّا موافقته في الحكم مع العامّة

(١) جواهر الكلام ٣١: ١٠٥.

(٢) السرائر ٢: ٥٧٥.

لا يكون دليلاً على تقليدهم، وعدم ذكر الدليل للحكم لم يكن دليلاً على عدم وجود الدليل عنده، والإشكال عليه ناش من الجهالة.

ولكن «الحدائق» وافق «السرائر» وقال: بذلك يظهر لك قوّة ما ذهب إليه ابن ادريس من صحة العقد وبطلان الشرط، ووجه ما أشار إليه من وجود المقتضى لصحة العقد وهو اجتماع شرائط الصحة فيه؛ لأنّه الفرض وانتفاء المانع؛ إذ ليس الا اشتراط الخيار فيه وإذا كان العقد غير قابل للخيار لغى شرطه ووجب العمل بمقتضى العقد؛ لأصالة الصحة وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة، فإنّ كلاً من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر، وبالغ في ذلك فقال: إنّ لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنّة ولا إجماع، بل الإجماع على الصحة^(١).

وقدمر سابقاً أنّه إن سلّمنا عدم سراية الفساد من الشرط إلى العقد نقول به في موارد الشرائط المخالفة للكتاب والسنّة، ولكنّه لم نقل بذلك في الشرط المخالف لمقتضى العقد ولا سيّما إذا كان مخالفاً للإنشاء (في العقد).

حيث إنّ الشيخ الأعظم رحمته الله^(٢) فصلّ المخالفة لمقتضى العقد وقال: تارة يكون للعقد لوازم التزم بها العرف ولم يردع عنها الشارع وكان الشرط مخالفاً لها، وتارة تكون المخالفة للعقد على الإنشاء منه وما أراد المنشأ

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ١٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩.

بحسب إنشائه من العقد.

ومن الواضح أنّ شرط الخيار من قبيل الثاني؛ حيث إنّ المنشئ أراد بإنشاء النكاح إيجاد العلة الدائمة بين الزوجين منجزاً، مع أنّ الشرط المذكور يوجب تعليق العلة المذكورة فبناءً على هذا يحكم بفساد العقد كالشرط؛ معللاً بما ذكر «الجواهر» من الإجماع والمخالفة لمقتضى العقد.

قوله : لو شرط في المهر صحّ العقد والمهر والشرط .
مستدلاً بأنّ المهر في العقد أمر مستقلّ بنفسه ، ومن ثمّ صحّ إخلاؤه
عنه ، فيندرج اشتراط الخيار فيه حينئذٍ تحت قوله ﷺ : «المؤمنون عند
شروطهم» .
ثمّ أنّه مع الاستمرار وانقضاء المدّة (بعد القول بلزوم ضبط المدّة) لزم
وإن فسّخه ذوالخيار يرجع إلى مهر المثل ، مثلما لو عرى العقد عن المهر وأنما
يجب بالدخول كما مرّ .

المسألة الثالثة عشرة: الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين ولها التصرف فيه قبل القبض على الأثبه، فإذا طلق الزوج عاد إليه النصف وبقي للمرأة النصف .

فلو عفت عما لها (عن مالها) كان الجميع للزوج، وكذا لو عفى الذي بيده عقدة النكاح وهو الولي كالأب والجد للأب، وقيل: أو من توليه المرأة عقدها .

ويجوز للأب والجد للأب أن يعفو عن البعض وليس لهما العفو عن الكل، ولا يجوز لولي الزوج أن يعفو عن حقه إن حصل الطلاق؛ لأنه منسوب لمصلحته ولا غبطة له في العفو، وإذا عفت عن نصفها أو عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو؛ لأنه هبة فلا ينتقل إلا بالقبض .

نعم، لو كان ديناً على الزوج أو تلف في يد الزوجة كفى العفو عن الضامن له؛ لأنه يكون إبراء ولا يفتقر إلى القبول على الأصح، أمّا الذي عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه^(١) .

تعرض في هذه المسألة إلى أمور أربعة :

الأول: في حكم ملكية المهر وأنه هل يملك تمام المهر بالعقد أو أنه يملك

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٤ .

نصفه بالعقد وتوقف ملكية النصف الآخر بالدخول؟

وفي «الجواهر» بل المشهور هو القول الأوّل شهرة عظيمة^(١)، وعن الحلّي: نفي الخلاف فيه^(٢) ولعلّه كذلك، فإنّي لم أجده إلا من المحكي عن الإسكافي؛ لاحتمال إرادته الاستقرار، كما في «كشف اللثام»^(٣) فلا خلاف حينئذٍ أصلاً كما يشهد به ما سمعته من الحلّي، وعليه يمكن دعوى لحوقه بالإجماع.

ولعلّه استظهر الاحتمال المذكور من كلام الإسكافي بأنّه يوجب نصف المهر بالعقد ويجب المهر بالدخول^(٤)، بمعنى: أنّه يأوّل قوله: «ويجب...» على استقرار المهر ولزومه لا بمعنى الثبوت والوجوب؛ لأنّه حاصل بنفس العقد، فعليه لا تكون عبارته مخالفاً للمشهور وكيف كان فتظهر الثمرة بين القولين فيما إذا مات أحد الزوجين أو انفسخ العقد بغير الطلاق فبناءً على القول الأوّل (أي المشهور) يكون المهر كلّهُ للزوجة، وبناءً على القول الثاني لا يكون حظّها منه إلا النصف.

وعلى أيّ فقد استدللّ للقول المشهور بوجوه:

منها: قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(٥) بدعوى: أنّها

(١) جواهر الكلام ٣١: ١٠٧.

(٢) السرائر ٢: ٥٨٥.

(٣) كشف اللثام ٧: ٤٤٨.

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف ٧: ١٧٢.

(٥) النساء ٤: ٤.

تدلّ على وجوب دفعه إليهنّ المقتضي لملكهنّ فضلاً عن ظهور الإضافة في الاختصاص .

وأشكل في تمامية الاستدلال: بأنّ من المحتمل أنّ المقصود من الصّدقات (في الآية) هي المهر الذي أمضى الشارع ملكيته للمرأة لا المهر المنشأ في العقد، فعلى هذا لا تنافي الآية الشريفة القول الأخير وهو النصف من المنشأ قبل الدخول بها .

ولكنّ الاحتمال المذكور وإن كان بمكان من الإمكان، إلا أنّ ظهور الآية في التعبير ﴿صَدَقَاتِهِنَّ﴾ وعلى الأقل انصرافها إلى الصّدق المنشأ في العقد والصّدق الممضى من الشارع؛ لأنّ الحمل على الأخير محتاج إلى الدليل .

منها: أنّ ذلك شأن المعاوضات، كما أنّ المشتري يملك المبيع بالعقد والبائع الثمن به فكذلك النكاح الذي لا ريب في ملك الزوج البضع به المقتضى ملك المرأة المهر به الذي هو عوض عن ذلك في اللفظ والقصد .

وأشكل فيه أيضاً: أنّ ملكية البضع للزوج بسبب العقد وليس هي باقتضاء المعاوضة؛ ولذلك يقال بملكية الزوج للبضع حتّى في مفوضة المهر والبضع، فلا يكون للمعاوضة دخل في المقام .

ويمكن الذبّ عن الإشكال المذكور: بأننا وإن سلّمنا عدم كون المهر عوضاً في عقد النكاح إلاّ أنّه لولا العقد لا وجه للقول باستحقاق الزوج لملكية البضع ولا لملكية الزوجة إلى المسمّى أو المثل، فلا إشكال في أنّ

المقتضي للملكية الزوجين هو العقد المذكور الشبيه بالمعاوضات وإن لم يكن منها .

منها: النصوص الدالة السابقة المعتضدة بالفتاوى على كون النماء المتخلل بين العقد والطلاق لها، وهو مستلزم للملكيتها كرواية عبيد بن زرارة الصحيحة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة على مائة شاة، ثم ساق إليها الغنم، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم، قال: «إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها، وإن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء»^(١)، وهكذا غيرها الدالة على ملكية الزوجة للأصل والنماء بصرف العقد .

ولا يعارضه ما ورد في بعض النصوص كرواية أبي بصير الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة، ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها، قال: «ينظر إلى ما صار إليه عن غلة البستان من يوم تزوجها، فيعطيها نصفه ويعطيها نصف البستان إلا أن تعفو فتقبل منه ويصطلحا على شيء ترضى به منه، فإنه أقرب للتقوى»^(٢) الدالة على ملكية المرأة لنصف الثمرة دون تمامها؛ لقصورها واعتضاد الأول مع تعدده بما عرفت من الشبهة والآية والقاعدة . مع احتمال أن تكون الغلة من زرع يزرعه للرجل وأن يكون الصداق

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٣ / أبواب المهور ب ٣٤ ح ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٠ / أبواب المهور ب ٣٠ ح ١ .

هو البستان دون أشجاره، وعلى التقديرين فليست الغلّة من نماء المهر فيختص بالرجل ويكون الأمر حينئذٍ بدفع النصف محمولاً على الاستحباب، كما يرشد قوله عليه السلام: «فإنّه أقرب للتقوى» أو لأنّه عوض أجره الأرض.

أقول: لا بأس بترجيح الطائفة الاولى بعد تعدّدها وشهرتها وذهاب المشهور إليها إلا أنّ المحامل الأخيرة - من كون الزرع للزوج أو أنّ الصداق هو البستان دون أشجاره والحمل بدفع نصف الثمرة محمول على الاستحباب - محامل بعيدة؛ لأنّ الظاهر من جعل البستان مهراً هو الأرض مع الأشجار مع ثمراتها دون الأرض الخالية إلا بالتصريح، مع أنّه يمكن حملها (على ما نسب إلى المحقق اليزدي) على أنّ الأصالة للثمرة في مثل البستان وليس هو البستان بنفسه، فلذلك حكم بتنصيب الثمرة أيضاً إذا طلقها قبل الدخول، وعلى أيّ لا يمكن مقاومة هذه الرواية مع ما تقدّم من رواية عبيد بن زرارة المتقدّمة الدالّة على ملكية الزوجة بصرف العقد وهكذا غيرها (أي غير رواية أبي بصير) الذي استشهد به للقول الثاني؛ لعدم تمامية دلالتها على المدّعى بعد كونها ذات وجوه متعدّدة.

منها: رواية معلّى بن خنيس^(١)، ومنها: رواية حسن بن محبوب^(٢)،

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٢ / أبواب المهور ب ٢٣ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٢ / أبواب المهور ب ٢٤ ح ١.

ومنها: رواية محمد بن مسلم^(١).

ويؤيد رواية عبيد بن زرارة، ما رواه شهاب بن عبد ربّه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردّها عليه ووهبتها له وقالت: أنا فيك أرغب منّي الألف هي لك فتقبّلها منها، ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال «لا شيء لها وتردّ عليه خمسمائة درهم»^(٢) الظاهرة في مالكية المرأة للألف بالعقد وصحة هبتها له؛ ولذلك يجب على المرأة دفع خمسمائة درهم في الفرض من مالها.

وأيضاً ما ورد في ملكية تمام المهر بموت أحد الزوجين، وإن أشكل فيها بأنّ الموت منصف للمهر كالطلاق وأنها وردت مورد التقيّة، والمسألة خلافية.

وأيضاً ما وردت في جعل العتق مهراً، كقوله: إذا قال الرجل لأمته: أعتقتك وأتزوّجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز.

وأما ما وردت في أنّه يجب المهر بالدخول فهي وإن كانت مشعرة بترجيح القول الثاني كرواية يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج»^(٣).

وأيضاً رواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٨ / أبواب المهور ب ٢٨ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣٠١ / أبواب المهور ب ٤١ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٣٢٠ / أبواب المهور ب ٥٤ ح ٦.

فقال: «إذا دخل بها»^(١)، وهكذا غيرهما، إلا أنها محمولة على الثبوت والاستقرار؛ لظهوره وغلبة استعماله في ذلك أو للجمع - كما في «الجواهر»^(٢) فيكون المراد أنه كالشائع في استعماله في مثل قوله **لَا يَبْعُ**: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا وإذا افترقا وجب البيع»^(٣) وأن معناه خروجه عن التزلزل بالافتراق وثبوت البيع ولزومه.

فالمتحصّل: إن تحقّق الملكية بالنسبة إلى تمام المهر بصرف العقد ممّا لا إشكال فيه مستنداً إلى الشهرة (لا الإجماع) والقاعدة والنصوص الواردة، مضافاً إلى أن الأدلة العامّة الدالّة على تنفيذ العقود والشروط مما يمكن الاستناد إليها للمدعى كما لا يخفى هذا كله فيما يتعلّق بالأمر الأوّل.

وأما الأمر الثاني وهو جواز التصرف فيه قبل القبض على الأشبه، وفي «الجواهر»: الأشهر، بل المشهور، بل لم أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ في محكي الخلاف^(٤)، فمنع منه قبله، ويمكن دعوى لحوقه بالإجماع بل وسبقه^(٥) والظاهر من «الجواهر» تمامية الإجماع منهم (على جواز التصرف) قبل الشيخ وبعده، ثمّ أنه استدللّ لذلك بأمر:

منها: الأصل، والمراد منه ظاهراً هو الأصل العقلائي الدارج بينهم من

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٢٠ / أبواب المهور ب ٥٤ ح ٧.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٠٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٥ / أبواب الخيار ب ١.

(٤) الخلاف ٤: ٣٧٠.

(٥) جواهر الكلام ٣١: ١٠٩.

جواز التصرف تكليفاً وصحته وضعاً بالنسبة إلى المالك في ملكه وإن لم يقبضه مع أنّ الشارع لم يردع عن هذا البناء والأصل .

ومع هذا لا تصل التوبة إلى أصالة الفساد المستفادة من الشيخ للحكم بعدم الصحة (على ما نسب إليه).

منها: عموم تسلّط الناس على أموالهم، بتوضيح: أنّ تقييدها بما بعد القبض مما يحتاج إلى الدليل .

منها: ما دلّ على جواز إبرائها إياه منه وعلى العفو عنه ودفْع الآبق والحبرة كرواية شهاب بن عبد ربّه المتقدّمة آنفاً ورواية محمّد بن مسلم .

وأيضاً ما ورد من الأجر والثواب على تصدّقها لزوجها المهر، وإن أمكن حمل بعضها على ما بعد القبض، وأيضاً ما رواه إسحاق بن عمار قال: سألت جعفر بن محمّد عليه السلام عن قول الله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ قال: «المرأة تعفو عن نصف الصداق»، قلت: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال: «أبوها إذا عفا جاز له...»^(١).

وهكذا بما ورد عن الفضيل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة بألف درهم، فأعطاها عبداً له آبقاً وبرداً حبرة بألف درهم التي أصدقها؟ قال: «إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد»، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال:

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣١٧ / أبواب المهور ب ٥٢ ح ٥.

«لا مهر لها، وتردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها»^(١).

وأما ما يعارضها مما دلّ على النهي عن بيع ما لم يقبض كرواية منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه... فإن لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه»^(٢).
فهي إما محمولة على الكراهة حتى في بابها، مضافاً إلى أنها أخص من المدعى؛ لأنّ موضوعها البيع.

وأما الأمر الثالث: (في كيفية العفو عن النصف بعد الطلاق): وأنه إذا طلق الزوج عاد إليه النصف وبقي للمرأة النصف بلا خلاف كتاباً وسنة وإجماعاً، فلو عفت عما لها كان الجمع للزوج بلا خلاف أيضاً ولا إشكال كتاباً وسنة وإجماعاً إن لم نقل بمخالفة الاسكافي في المسألة السابقة بقسميه، مضافاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» فإذا كان الصداق ديناً أو عيناً وقد تلف في يد الزوج صحّ عفوها بلفظه والإسقاط والإبراء والترك (هذا ما في «الجواهر»^(٣)) ونقل عن «القواعد»^(٤) و«المسالك»^(٥) و«الكشف»^(٦): صحّة العفو بلفظ (الهبة) وعن الأخيرين بلفظ (التملك) ولم

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٢ / أبواب المهور ب ٢٤ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٢ / أبواب السلف ب ١٠ ح ١.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١١٠.

(٤) قواعد الاحكام ٣: ٨٤.

(٥) مسالك الأفهام ٨: ٢٦١.

(٦) كشف اللثام ٧: ٤٠٩.

يحك أحد منهما الخلاف هنا واحتمل أن الصّحة بلفظ التملك والهبة لدلاتها على إسقاط الحق الذي لا يختصّ بلفظ .

ثمّ قال: «ولا إشكال فيه مع إرادة معنى الإبراء منها، وإنما الكلام فيما لو أريد منها معناها لو تعلّقا بالعين على أن يكون الإبراء تبعاً لذلك وكان وجهه: صحة تملك ما في الذمة ممن هو عليه بالهبة؛ لكونه مقبوضاً فيحصل الإبراء باعتبار عدم تصور ملك الإنسان على نفسه بخلاف هبة ما في ذمّة الغير، فإنّه لا يتصوّر قبضه ديناً وتشخيصه بالعين يخرجّه عن الدين الذي هو محلّ البحث انتهى»^(١).

أقول: الظاهر أنّه في مقام بيان كيفية عفو الزوجة عمّا لها من المهر، وأنّه إن كان عيناً أو ديناً فيجوز لها التعبير بلفظ العفو كما يجوز بلفظ «الإبراء والإسقاط والترك والهبة والتملك» وبأحد هذه تبرى ذمة الزوج .

وإنما الكلام في صحته إن كان المقصود من الهبة والتملك معناها الحقيقي؟ ومنشأه الخلاف من الشيخ رحمته الله^(٢) من عدم صحة تملك ما في ذمّة الشخص إلى نفسه إلا بأن يراد من التملك إبراء ذمة المديون مع قبول الزوج، وإن قال في «الجواهر»: بأنّه لا يحتاج إلى القبول؛ لأنّ الإبراء لا يشترط فيه القبول

وقد تعرّض الشيخ إلى هذا الخلاف ذيل مختار العامة في باب الطلاق

(١) جواهر الكلام ٣١: ١١٠ .

(٢) المبسوط ٤: ٣٠٦-٣٠٧ .

وأثَّه قبل الدخول يوجب خيار الزوج في تملك النصف أو الصفح عنه ، وقال بعضهم : «إثَّه يملك أن يملك النصف» بمعنى أن المهر ملك للزوجة حتَّى بعد الطلاق وللزوج أن يملك النصف إن قصده وله أن لا يقصد ملكية النصف الذي له حق التملك له ، وهذا خلاف قول الإمامية القائل بأن الطلاق قبل الدخول مملك للنصف بالنسبة إلى الزوج .

وخالفهم الشيخ رحمته الله ، ببيان : أن الشخص لا يمكنه أن ينتقل حقه إلى من عليه الحق ؛ لأنَّ اللازم عقلاً تعدد (من له الحق) و(من عليه الحق) بخلاف ما إذا كان مالكاً لشيء في ذمَّة الغير ؛ حيث يجوز للدائن تملكه إلى المديون لإمكان تصوير التعدد وحصول الإضافة الجديدة .

وناقشه في «الجواهر»^(١) بأنه لا معنى لملك الكلي في الذمة إلا استحقاقه على من في ذمته ولا معنى معقول أن يكون الشخص مديوناً لنفسه ، فاللازم أن يكون في انتقال الملكية التعدد بين المنتقل عنه والمنتقل إليه .

وكيف كان ، لو قلنا بأنَّ العقلاء يعتبرون التعدد لا فرق بين المقامين (الملك والحق) .

وثمره الخلاف : أنه يجوز هبة ما في الذمَّة بمعنى الإبراء ولا يجوز بمعنى التملك إلا إذا كان المهر عيناً ويريد تملكه أو هبته مشروطاً بالقبول .

(١) جواهر الكلام ٣١ : ١١٠ .

وقد مرَّ أنّ تحقّق الإبراء غير موقف على القبول ممن عليه الدين على خلاف الشيخ حيث الشرط فيه القبول والقبض ولو شأناً، والظاهر أنّه لا دليل عليه .

وصرّح في «الجواهر»: بأنّه لا يفتقر العفو إلى القبول عند المشهور بأيّ لفظ وقع كسائر الإبراءات، واستدلّ لذلك بإطلاق الأدلّة كقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ ورواية زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها ثمّ جعلته من صداقها في حلّ أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: «نعم، إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه»^(١).
نعم إن كان عيناً اعتبر القبول إن كان بلفظ الهبة والتمليك وما يقوم مقامهما .

وإنما الكلام في صحّته بلفظ العفو؟ ففي «المبسوط»^(٢) و«التحرير»^(٣) الصّحّة مستنداً إلى الآية السابقة وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُعْفُونَ قُلِ الْعَفْوُ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ﴾^(٥) بمعنى العطاء كما عن «العين»^(٦) و«المبسوط»^(٧).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٠١ / أبواب المهور ب ٤١ ح ٢ .

(٢) المبسوط ٤: ٣٠٦ .

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٥٧٨ .

(٤) البقرة ٢: ٢١٩ .

(٥) الأعراف ٧: ١٩٩ .

(٦) العين ٢: ٢٥٨ .

(٧) المبسوط ٤: ٣٠٨ .

وبالجملة: أنه نقل عن «التحرير» استعمال (عفوت) بمعنى (أعطيت) فالإعطاء هو التملك والهبة ولا بمعنى الإبراء.

وعن «المسالك»^(١) إنَّ العفو مشترك لفظي بين الإسقاط وهو يستعمل في باب الديون وبين العطاء المستعمل في الأعيان فينتقل به إلى الآخر، واستشهد بعد ذلك بآيتين من القرآن المتقدّمتين، بدعوى: أنَّ الأولى منها ﴿قُلِ الْعَفْوَ﴾ بمعنى: أنَّ عفو المال عما زاد عن الاحتياج ولعدم استعماله فيما يحتاج إليه، وأمَّا الثانية ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ بمعنى إعطاء الميسور، فبما أفاد في «المسالك» اتّضح عدم استعمال العفو في العطاء، بل استعملت في الآية الأولى في فضول المال، وأمَّا العطفية بالنسبة إليه مستفادة من كلمة الإنفاق، ثمَّ أنه بعد النزول واستعماله في العطاء إلاَّ أنَّ معناه المعروف هو الإسقاط والإبراء فلذلك لا يستعمل بمعنى العطاء في باب تملك الأعيان.

وأجاب عن التمسك بالآية ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ الدالّة على جواز التعبير به في الأعيان أيضاً بعد عدم اختصاصه بالديون: أنَّ الآية غير ناظرة إلى حصول الملكية للطرف المقابل (بل هي في مقام بيان فعل صاحب المال وهو الإغراض عن طلبه) فلا يستفاد منها بعد شمول كلمة ﴿يَعْفُونَ﴾ للديون والأعيان لتحقيق الملكية به للمديون، وهو مستفاد من تعبير آخر.

الآن السؤال أن التعبير الآخر الدالّ على تحقق الملكية ما هو؟ وبأيّ نحو تحققت ملكية العين له، فإذا قلنا وسلّمنا عموم الاستعمال للأعيان

والديون فلماذا لا يصح استعماله بالنسبة إلى الأعيان وعدم كفايته بالنسبة إليها (وهذا ما أفاده بعض المعاصرين آخذاً عن «المعالم» من ذهابه إلى جواز استعمال اللفظ في الأعم عن الحقيقة والمجاز) فكانّ الشهيد أراد جواز استعمال كلمة (العفو) في الأعم من الحقيقة (الإسقاط) والمجاز (التمليك والعطاء) إلا أنّه في تمليك الأعيان لا يكتفي بالاستعمال المجازي .
وهذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام «المسالك» و«الجواهر» تبعاً له .

وبقي الكلام في حصول الملكية بالألفاظ الكنائية والمجازية : ما يظهر عنها لزوم استعمال الألفاظ الرائجة في تحقّقها والحقيقية ولا سيّما في تمليك المهر وعدم كفاية اللفظ المجازي ولو كان واضحاً بالقرينة المفهومة ، كما في العفو ، وحيث إنّ غير معروف في مفهوم العطاء وإن كان مشتركاً لفظياً فلا يصح استعماله في المقام التمليك ، والمسألة موكولة إلى تعيين المختار في الكفاية وعدمها والأقوى كفايته مع القرينة الواضحة .