

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

شماره: ۱۱۸



تفريع: لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما قيل: لم يجوز الحكم؛ لأنه حكم للغائب، و لو قيل بالجواز كان حسناً؛ لأنّ حكمها مقصور على الإصلاح أمّا التفرقة فموقوفة على الإذن.<sup>(١)</sup>

لا إشكال في نفوذ الحكم على فرض التوكيل كما عن «المسالك»<sup>(٢)</sup>؛ لأنّ تصرّف الوكيل فيما وكلّ به نافذ مع حضور الموكل وغيبته.

نعم، أشكل في النفوذ مع فرض رفع الشقاق و الخصومة<sup>(٣)</sup>: بانتفاء موضوع التوكيل حينئذٍ على الصلح الراجع للنزاع و الشقاق المفروض ارتفاعهما قبل حكم الحكّمين.

و أمّا بناءً على التحكيم، فعن محكي «المبسوط»<sup>(٤)</sup> و «الوسيلة»<sup>(٥)</sup> عدم جواز الحكم معللاً: بأنّه حكم للغائب لا عليه، و الجائز الثاني لا الأوّل، و في قبالة حكم الماتن بالجواز، واستدلّ بأنّ الحكم مقصور على الإصلاح و التفرقة موقوفة على الإذن.

أمّا عبارة الشيخ في «المبسوط»: «إذا غاب أحد الزوجين بعد التوكيل و لم يفسخ الوكالة كان لو كيّله أن يمضي ما وكلّه فيه؛ لأنّ الغيبة لا تفسخ الوكالة، و إذا قيل على سبيل الحكم لم يكن لهما أن يفصلاً شيئاً، لأنّنا وإن

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٣.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٣٧٠.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٢١٨.

(٤) المبسوط ٤: ٣٤١.

(٥) الوسيلة: ٣٣٣.

أجزنا القضاء على الغائب، فإنما نقضي عليه، فأما يقضى له فلا وهاهنا لكل واحد منها حق له و عليه فلم يجز».

و أشكل في «الجواهر» هنا في النفوذ (بناءً على التوكيل) لو انتفت الخصومة و الشقاق؛ لأن موضوع الوكالة قد انتفى، إلا أن الكلام في موضوع الوكالة و أنه هل رفع الخصومة الواقعية بينهما أو أنه العمل بما يراه التكليف في طريق رفع الخصومة؟

فعلى الأوّل يتم ما أفاده بانتفاء الموضوع فتبطل الوكالة، و أمّا على الثاني فحيث أنه لا يدور مدار الإصلاح الواقعي و أن الحكم لا يعلم بالصلح بينهما، فلا وجه للقول ببطان الوكالة و لا سيما مع استصحاب بقاء الشقاق. ولكن الإشكال في أجزاء الأحكام الظاهرية في أدلة الأجزاء و الشرائط، و قد بحث في الأصول في أن الأحكام الظاهرية هل توجب التوسّع في الموضوع أو أنّها طريق محض؟

فإن قلنا: إن دليل «لا تنقض» يوجب التوسعة في الطهارة المشترطة في الصلاة و أنّها أعم من الطهارة الواقعية و الظاهرية (أي المستصحبة) يتم صلاة من صلّى في اللباس النجس كما عليه المحقق الآخوند رحمته الله<sup>(١)</sup>، وإن يشكل فيه: بأنّه لو استصحب النجاسة و صلّى فيه رجاء ثم بان الطهارة لم يحكم بالبطان مع أن مقتضى القول بالتوسّع بطلان الصلاة).

و بالجملة: مقتضى الاستصحاب في المقام بقاء الشقاق و صحة الوكالة و نفوذ الحكم.

(١) كفاية الأصول: ٢٧٦.

و أمّا بناءً على عدم تمامية الاستصحاب لا تترتب هذه الثمرة، أي إنفاذ حكم الوكيل.

ثمّ إنّ في «الجواهر» أشكال في التفصيل بناءً على التحكيم مستنداً إلى إطلاق أدلّة نفوذ حكم الحكّمين في المقام وإن سلّم الفرق بين القضاء عليه وله، وفي كتاب القضاء يبحث عن الدليل للتفصيل المذكور.

مسألتان: الأولى: ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغاً وإلا كان لهما نقضه.<sup>(١)</sup>

لا إشكال في نفوذ الشرائط السائغة في المقام بمقتضى إطلاق الأدلّة، و أمّا إذا لم يكن الشرط سائغاً فالأقوى بطلان الشرط و بطلان الحكم المبني عليه من الإصلاح.

و أمّا ما أفاده الماتن من أنّ للموكّلين نقضه مشعراً بأنّ لهما الرضا ولهما نقضه فقد أشكل في «الجواهر»: بأنّه غير متصور في الشرط لغير السائغ<sup>(٢)</sup>. و تفصيل الكلام في المقام: أنّ الشروط على ما يستفاد من كلمات بعضهم كالشيخ في «المبسوط»<sup>(٣)</sup> و العلامة و الشهيد في «المسالك»<sup>(٤)</sup> على أقسام.

أمّا الشيخ: «وإذا شرط الحكمان شرطاً نظراً فيه؛ فإن كان ممّا يصلح لزومه في الشرع لزم، وإن كان ممّا لا يلزم مثل أن شرطاً عليه ترك بعض النفقة أو

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٣.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ٢١٩.

(٣) المبسوط ٤: ٣٤١.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٣٧١.

القسم أو شرطاً عليه ألا يسافر بها، فكلّ هذا لا يلزم الوفاء به وإن اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلاً، وإن اختارا أن يطرحا فعلاً».

وهذا التقسيم من الشيخ ثنائي و تبعه ابن البراج<sup>(١)</sup> و أيضاً العلامة في «التحرير» بقوله: «وإذا شرطاً أمراً و جب أن يكون سائغاً، فلو شرطاً ترك بعض النفقة أو القسمة أو أن لا يسافر بها لم يلزم الوفاء به»<sup>(٢)</sup>.

ولكن المستفاد من «المسالك» تقسيم الشروط إلى ثلاثة، و هذا نصّ عبارته: «إذا شرط الحكمان شرطاً نظراً فيه؛ فإن كان مما يصلح لزومه شرعاً لزم، وإن لم يرض الزوجان كما لو شرطاً عليه أن يسكنها في البلد الفلاني، أو المسكن المخصوص أو لا يسكن معها في الدار أمة (أو أمّه) ولو في بيت منفرد، أو لا يسكن معها الضرة في دار واحدة، أو شرطاً عليها أن تؤجّله بالمهر الحال إلى أجل، أو تردّ عليه ما قبضته منه قرضاً و نحو ذلك؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و قد جعل إليهما الحكم وإن كان غير مشروع، كما لو شرطاً عليها ترك بعض حقّها من القسم أو النفقة أو المهر أو عليه أن لا يتسرّى أو لا يتزوَّج عليها أو لا يسافر بها لم يلزم ذلك بلا خلاف، ثمّ إن كان الشرط ممّا للزوجين فيه التصرف - كترك بعض الحق - فلهما نقضه و التزامه تبرّعاً، وإن كان غير مشروع أصلاً - كعدم التزويج و التسرّي - فهو منقوض في نفسه».

فهو في هذه العبارة قد حكم بلزوم التزام الزوجين بما اشترط عليها

(١) المهذب ٢: ٢٦٦.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٥٩٩.

من الشرائط السائغة وإن لم يرض الزوجان (وإن تأمّل بعضهم في ذكر المصداق و المثال).

و أيضاً قال: بنفوذ الشرائط غير السائغة معلقاً على رضاها، و مع عدم الرضا لم يلزم الشرط، و أمّا إذا كان الشرط غير مشروع في نفسه فقد حكم بنقضه.

ثم قال في «المسالك»: «و يمكن أن يريد المصنف بقوله: «كان لهما نقضه» مطلقاً الشامل للجميع الدالّ بمفهومه على أنّ لهما أيضاً التزامه التزام مقتضاه، بأن لا يتزوج ولا يتسرّى تبرّعاً بذلك وإن لم يكن لازماً له بالشرط».

و قال في «الجواهر»: «ولكن لا يخفى عليك ما فيه من النظر في أصل المطلب فضلاً عن بعض الخصوصيات؛ ضرورة لزوم كلّ شرط سائغ عليهما أو على أحدهما؛ لعموم الأدلّة القاضية بكونهما حكيمين و أنّه لا يبطل منه إلاّ الباطل بأصل الشرع، فليس حينئذٍ من الشروط ما لهما الالتزام به و لهما نقضه»<sup>(١)</sup>.

فما يظهر من كلامه التقسيم ثنائياً؛ لأنّ الشرط إمّا سائغ بأصل الشرع وإن كان متوقفاً على الرضا الزوجين، فهو ممّا يجب عليهما الالتزام به و لا يجوز لهما نقضه؛ لإطلاق أدلّة الحكيمين، فالشرط نافذ من دون توقّف على رضا الزوجين.

و إمّا باطل و غير سائغ، فهو غير مشروع و لا يجوز الالتزام به.

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢١٩-٢٢٠.

ولا يخفى ما في هذا الكلام بعد وضوح المرام في معنى الحكمين نعم ، إذا سلّمنا إيكال الأمر منهما إلى الحكمين لفصل الخصومة و رفع الشقاق أو إيكال الأمر إليهما بعد الترافع إلى الحاكم منه فلا يبعد نفوذ الشرط مما كان في نفسه سائغاً و عدم نفوذه و بطلانه مما هو غير مشروع ، بل وبطلان الحكم المبنيّ عليه.

المسألة الثانية : لو منعها شيئاً من حقوقها أو أغارها فبذلت له بدلاً ليخلعها صحّ وليس ذلك إكراهاً<sup>(١)</sup>.

الكلام (في هذه المسألة) في صحّة الخلع إذا منع الزوج زوجته بعض حقوقها أو أغارها بما لا يجرم كتزويجه ثانياً و أنّه هل يكون هذا مصداقاً للإكراه حتّى يقال بعدم الصحّة ، أو ذلك ليس بإكراه؟  
الظاهر من العلامة في «قواعده»<sup>(٢)</sup> و كذا «الجواهر» أنّ البذل للخلع إذا كان مستنداً إلى ترك الزوج بعض الحقوق المستحبّة عليه لا يعدّ إكراهاً وإن قصد بذلك ذلك.

و في «الجواهر» : بل الظاهر عدم الإكراه بترك حقوقها الواجبة عصيانياً لا لإرادة البذل كما جزم به في «المسالك» و إن كان آثماً و قال : «أمّا لو أظهر لها أنّ تركه لأجل البذل كان ذلك إكراهاً ، و أظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل»<sup>(٣)</sup>.

(١) شرائع الإسلام ٢ : ٢٨٤.

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٩٦.

(٣) مسالك الافهام ٨ : ٣٧١.



ثم إنَّ «الجواهر»<sup>(١)</sup> حكم بعدم الإشكال في تحقق الإكراه بالصورتين المذكورتين.

أقول: و من البديهي أن ترك الحقوق الواجبة لإكراهها على البذل ليطلقها مصداق للإكراه، كما أن ترك حقوقها وإظهار أن هذه الأفعال للغاية المذكورة من دون أن يكرهها على البذل من مصاديق الإكراه.

إلا أن الكلام في ما لو ترك حقوقها الواجبة مع القصد المذكور من دون إبراز لقصده أو ترك الحقوق من دون القصد المذكور؟

فقد نسب إلى المشهور حرمة فعل الزوج و كونه آثماً بذلك، ولكن يجوز له أخذ البذل و يصح الصلاق؛ لحصول رضى الزوجة و عدم صدق الإكراه.

وهنا يلزم بيان مفهوم الإكراه و ماهيته حتى يمكننا الحكم بصحة البذل و الطلاق و عدمه في الصورة المذكورة.

فما يستفاد عن كلام الشيخ الأعظم رحمته الله<sup>(٢)</sup>: أن أمر الإكراه و عدمه يدور مدار وجود الرضا من الطرفين في العقد حيث إن مقتضى أدله «لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه»<sup>(٣)</sup> إحراز رضا الغير لا يحل ماله، فالملكه عقده باطل بخلاف المضطر؛ لأنه وإن اضطر بالرضى بالعقد و لكنّه راض به، فعقده بمقتضى العمومات «تجارة عن تراض»<sup>(٤)</sup> و «أوفوا بالعقود»<sup>(٥)</sup>

(١) جواهرالكلام ٣١: ٢٢٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٣) عوالي اللئالي ٢: ١١٣.

(٤) النساء ٤: ٢٩.

### محكوم بالصحة.

و حاصله كما يظهر من كلامه: أن المكره والمضطر يفرقان في استمرار الإكراه في المكره وعدمه في المضطر ولو لأجل احتياجه واضطراره. وأشكل على هذا البيان في «الحاشية»<sup>(٦)</sup> (السيد اليزدي) بما محصله: أنه إن كان الموضوع للحكم بصحة العقد عبارة عن الرضاية الأولية، فهذه غير موجود في فرض الاضطرار (كمن اضطر إلى قطع عضو من أعضائه) وإن كان الموضوع للحكم بالصحة مطلق الرضا أعم من العنوان الأوّل و الثانوي، فهو موجود في فرض الإكراه أيضاً؛ لأنّ المكره أيضاً يتمشى عنه الرضا ويصبر على المكره.

ثم قال: إن مقتضى الأدلة الأولية محكومة العقد من المكره والمضطر بالصحة ولكن مقتضى حديث الرفع: «رفع ما اضطروا عليه و رفع ما استكروا عليه»<sup>(٧)</sup> محكومة عقد المكره بالصحة بخلاف عقد المضطرّ، بل هو على خلاف الامتنان؛ لأنه بناءً عليه ينسدّ باب حصوله إلى المطلوب و هو متوقّف على صحة معاملاته، مع أنّ الامتنان يقتضى في المكره عدم صحة معاملاته لحصول مراده و مطلوبه، و هو الاستخلاص من الإكراه بإتيان صورة المعاملة، فعليه يحكم ببطلانه.

(ولا يخفى أنّ تمامية هذا الفارق موقوف على القول بأنّ الموضوع في الحديث جميع الآثار، وأمّا لو قلنا بعمومك شمول الحديث للأحكام

(٥) المائدة ٥: ١.

(٦) حاشية المكاسب للسيد اليزدي رحمته الله ١: ١١٩.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩ / أبواب جهاد النفس ب ٥٦.

الوضعية كما يظهر من الشيخ في «الرسائل» فيشكل).  
 والحاصل: أن على كلا المسلكين يحكم ببطلان عقد المكره، إلا أنه  
 بناءً على مسلك الشيخ تكفي الرضاية الثانوية الحاصلة في معاملات  
 المضطر، مع أنه بالنسبة إلى المكره يحصل المراد لصورة المعاملة من دون  
 احتياج إلى الرضا الثانوية.

ألا أن المشكلة بقاء حالة الإيذاء وترك الوظائف من الزوج بعد  
 الحكم ببطلان البذل والطلاق المترتب عليه وهذا يفترق مع البيع وغيره من  
 العقود، فلربما ترضى الزوجة مع هذا بالبذل والخلع، وعليه يشكل الحكم  
 ببطلان طلاق الخلع المذكور، فيلزمنا المطالبة بدليل آخر للحكم بالبطلان،  
 ولعله يستفاد مما أفاده «الجواهر» في صحّة البذل والطلاق و عدمه في  
 الصور الأخيرة.

قال: «و أمّا الصورة السابقة» فهي إن لم يكن إكراهاً فقد يقال بجرمة البذل  
 عليه أيضاً؛ لاندراجها في قوله تعالى: ﴿وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ  
 فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَتَعْتَدُوا﴾<sup>(١)</sup>  
 المفسّر بذلك، بل قد يقال بجرمته عليه في الأولى أيضاً، وهي فيما لو ضارّها  
 حتّى بذلت ولم يكن من قصده ذلك؛ لكونه أشبه شيء بعوض المحرّم، بل  
 يمكن اندراجها في الآية أيضاً<sup>(٢)</sup>.

ولكن الإشكال: أن مراده من التفسير لا بدّ وأن يكون ما احتمله بعض أهل  
 التفسير من العمّة دون ما ورد في تفاسير أهل البيت عليهم السلام، بل وردت عنهم

(١) البقرة ٢: ٢٣١.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ٢٢٠.

عليه السلام: أن المراد من الآية إمساك الزوجة و الرجوع إليها بعد الطلاق ليمنع من زواجها بغيره فيعتدي عليها. (١)

و أمّا ما أفاده ذيلاً للبطلان في فرض إيدائها من دون قصد الإكراه و أنّها تبذل له ليخلعها تخلصاً من الإيذاء و الضرب أحياناً، بدعوى: أنّ ذلك عوض المحرّم مضافاً إلى اندراج الصورة في الآية الشريفة أيضاً. فقد اشكل عليه بما مرّ في الصور السابقة: من أنّ دفع المال للخلاص من الظلم لا يكون مصداقاً للإكراه، بل النقل و الإنتقال متحقّق بالرضا و طيب النفس و تشملها «تجارة عن تراض» و لا سيّما في هذه الصورة التي لم يتحقّق الإكراه بالنسبة إلى أصل البذل.

نعم، ما أفاده من أنّ ذلك أشبه شيء بعوض المحرّم ينطبق عليه عنوان «أكل المال بالباطل» و هو منهي بحكم الآية الشريفة: «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» (٢)، فما يدفعه المظلوم و يبذله للاستخلاص من الظلم يكون مصداقاً للعنوان المذكور و محكوماً بالبطلان، فما يترتب عليه من الطلاق المذكور يكون باطلاً، خلافاً لصاحب «الوسيلة» و بعض المحشّين حيث قال بوقوع الطلاق رجعيّاً مدّعياً أنّ الخلع و الطلاق التزامين مستقلّين لا يرتبط عدم الرضا بأحدهما بالآخر. و بعبارة أخرى: أنّه (الالتزام في التزام) فبطلان أحدهما لا يوجب تسرية الحكم إلى الالتزام الآخر.

ولكنّ الإشكال: أنّ ماهيّة الخلع يستلزم وقوع المعاوضة بين البذل من الزوجة و إيقاع الطلاق من الزوج، و هي بمعنى عدم وقوع الطلاق مع

(١) تفسير القمي ١: ٧٦.

(٢) النساء ٤: ٢٩.

بطلان العوض.

مضافاً إلى أن دعوى استقلال الالتزامين هنا غير مفيد، لأن كلاً منهما (أي الزوج و الزوجة) التزم في قبال الالتزام الآخر، والله العالم.  
ثم إن «الجواهر» تصدّى لدفع النقص المحتمل على الحكم المذكور بآية النشوز إن الآية بعد أن فسرت في النصوص بأن المراد منها المرأة التي تخشى الطلاق أو التزويج عليها، أو كان الرجل يكرهها، أو لا تعجبه، أو نحو ذلك مما يؤدّي إلى فراقها، فأسقطت بعض حقوقها لإرادة إمساكها و عدم طلاقها.

و قال: «هذا غير المفروض الذي هو ترك حقوقها الواجبة عليه، فبذلت له مالاً للخلاص من يده و من أسره؛ إذ هي كالمظلوم في يد الظالم فيبذل له للتخلص من ظلمه، فإن ذلك لا ريب في حرمة على الظالم وإن لم يكن قد قصد بالظلم ذلك المبدول.<sup>(١)</sup>

والإيراد على التوجيه المذكور - بأن هذا يوافق معنى (الإعراض) في الآية الشريفة و أمّا النشوز و الشقاق بمعنى ترك بعض الحقوق لها فهو الظلم الذي حكمنا ببطلان البذل في قبالة - مندفع، باحتمال كون المراد من النشوز هو النشوز العرفي بمعنى الإعراض عن الزوجية و ترك بعض الحقوق المستحبة أو أن المراد من الصلح (بعد التحفظ على النشوز بمعناه اللغوي و هو الشقاق و ترك الحقوق و الإيذاء) هو مصالحة على بقاء الزوجية لا على ترك الإيذاء المحرّم، كما يستفاد ذلك من مضامين الروايات، كرواية أبي

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢٢١.

بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قول الله جلّ اسمه: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً﴾: «هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها، فتقول له: أمسكني و لا تطلّقي و أدع لك ما على ظهرك، و أعطيك من مالي و أحللك من يومي و ليلتي فقد طاب ذلك كله»<sup>(١)</sup>.  
و بالمجملة لا تكون آية النشوز بمنزلة المخصّص لدليل حرمة «أكل المال بالباطل» حتى نلتجئ إلى هذه الأجوبة، بل الشارع في مقام التقنين و إراءة الطريق في باب النشوز سلك مسلكاً و يوضح الطريق العرفي المتداول من المصالحة بإغماض الزوجة عمّا أوجبه على الزوج طلباً لبقاء العيش مع زوجها و لا يعدّ ذلك من الأكل بالباطل بعد رضاها، كما لا يعدّ أكل المازّة أو الأكل من بيت الولد أو الوالد من الباطل، و هذه خروج عن الموضوع و لا التخصيص في الحكم.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٥٠ / أبواب القسم و النشوز ب ١١ ح ٣.