

الفقه والمسائل الطبية

(325) قال (1) . نعم يمكن أن° يقال: إن° العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيذاً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا° مع العمل بذلك الشرط ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط(2). أقول: وعليه فلا يبقى فرق بين القولين في النتيجة ظاهراً، فلاحظ، وعلى هذا فيمكن أن يقال: إن° كثيراً من العيوب والآلام المرض المعدية وبعض الآلام المنفرة شروط بنائية في عقد النكاح، بل يستحي الزوج أو الزوجة عن الاعتراف بالزوجة في موارد، لكن هذه المنفردات على قسمين. قسم مما يتفق عليه الزوجان وقسم يخص° بأحدهما هو الآخر، فإن° كلا° من الزوجين يشترط بنائياً وارتكازياً عدم العيب والنقص في الآخر ولا بناء للآخر على اشتراط عدم العيب في نفسه، فلا يثبت الخيار عند التخلف، وهل يصح مثل هذا العقد الذي يشترط أحد الزوجين بنائياً أشياء ولا يقبله الآخر بنائياً؟! والجواب محتاج إلى تأمل. الفائدة الثانية: قضية إطلاق قوله (عليه السلام) : المسلمون عند شروطهم نفوذ الشرط في كل عقد حتّى في عقد النكاح وأزّنه لا بد من الوفاء به، لكن الفقهاء أبطلوا الشرط في عقد النكاح ولم يثبتوا الخيار فيه بالشرط فيه، حتى قال صاحب الجواهر رضي الله عنه : بل لعل° منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه(3)، وعن المحقق الثاني في جامع المقاصد (ج1 ص244): وإنما لم _____ (1) 382 ص المكاسب الطبعة القديمة. (2) ولاحظ ص167 ج2 الشروط للسيد الشهيد محمد° د تقي الخوئي رحمه الله . (3) 149 ص ج29 ولاحظ البحث هناك.