

مُسْتَدْرَكُ
الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

كِتَابُ النِّكَاحِ

مُحَاضِرَاتُ عَمِّ الْجُزْءِ الْعَلِيِّ لِنَبِيِّ اللَّهِ الْعَظِيمِ
السَّيِّدِ ابْنِ الْوَالِدِ الْمُؤَسَّسِ الْمُؤَسَّسِ الْمُؤَسَّسِ

دَامَ ظَلَمُ الْعَالَمِ

الْجُزْءُ الثَّانِي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR



32101 018002400

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

--	--

مباني
العروة الوثقى

كتاب النكاح

تقرير البحث اثر الله العظمى

السيد ابو القاسم الجوني

ناظر طبعة البقا

تأليف

محمد تقى الخوني

الجزء الثاني

2276	2276
.15	.15
.7569	.756
1984	1985
(Jul'2)	Jul'9

طبعة الازاهبي النجف الاشرف

١٤٠٤ - ١٩٨٤ م

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>



32101 018002400

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

مباني
العروة الوثقى
كتاب النكاح
الجزء الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ، والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته محمد وآله
الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى قيام
يوم الدين .

وبعد ؛ فهذا هو الجزء الثاني من كتابنا « مباني العروة الوثقى »
نقدمه للطبع بعون الله وتوفيقه ، وهو يتضمن ما بقي من كتاب النكاح
وكتاب الوصية .

وإني إذ أبتهل إلى العلي القدير في أن يوفقني لطبع ما بقي من
الكتب التي تشرفت بحضور محاضرات سماحة آية الله العظمى سيدنا
الوالد - دام ظله - فيها ، أسأله أن يطيل في عمره ملاذاً للإسلام
والمسلمين والله من وراء القصد . وهو الموفق .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

محمد تقي الخوئي

النجف الأشرف ٢٠ / ع ٢ / ١٤٠٥ هـ

فصل

الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرية مع إذنها (١) .

فصل

(١) على ما هو المعروف والمشهور بين الأصحاب بل أدعي عليه الاجماع في كلمات غير واحد من القدماء والمتأخرين ، نعم نسب الشيخ (قده) إلى جماعة من الأصحاب القول بعدم الجواز ، غير أن صاحب الحدائق (قده) قد إستشكل في ذلك وحمل كلام هؤلاء الجماعة على صورة عدم تمامية شرائط جواز التزوج من الأمة .

وكيف كان فقد إستدل لمذهب المشهور بصحيفة محمد بن إسماعيل ابن بزيع : (قال : سألت أبا الحسن (ع) : هل للرجل أن يتمتع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرة ؟ قال : نعم إذا رضيت الحرة ، قلت : فإن أذنت الحرة يتمتع منها ؟ قال : نعم) (١) ، وهذه الصحيفة وإن كان موردها المتعة إلا أنه لا بد من التعدي إلى العقد الدائم أيضاً لعدم القول بالفصل وغير بعيد أن يكون لإختصاص السؤال بالمتعة من جهة أن اذن الحرة فيها أيسر وأسهل من الاذن في العقد الدائم وبإزاء هذه الصحيفة صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : (قال : تزوج الحرة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل) (٢) وغيرها من الأخبار .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٦ من أبواب المتعة ح ١ :

(٢) الوسائل ١ ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ :

والأحوط (١) إعتبار الشرطين من عدم الطول وخوف العنت وأما مع عدم إذنها فلا يجوز ، وإن قلنا في المسألة المتقدمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين (٢) .

ومقتضى الجمع بينهما حمل الثانية على صورة عدم الاذن من الحرة هذا ولو قطعنا النظر عن معارضة الصحيحتين فإن صحة الحلبي وغيرها من أدلة المنع معارضة بما دل على الجواز في فرض خشية العنت وعدم الطول أو الاضطرار على ما دلت عليه الآية الكريمة والنصوص الكثيرة المتقدمة إذ أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين من كانت عنده حرة وغيره ، كما أن مقتضى إطلاق الصحيحة وغيرها عدم الفرق بين موارد الاضطرار وغيرها وحينئذ فيتعارضان ويسقطان ويكون المرجع هو عمومات الحل ومقتضاها جواز التزوج من الأمة في هذا الحال متعة كان أو دواماً .

فإن قلت : إذن فما الدليل على إعتبار إذن الحرة في جواز لكاح الأمة .

قلت : أن الدليل هو صحة ابن بزيع فإنه إذا اعتبر الإذن في النكاح المنقطع الذي هو أهون حالاً من العقد الدائم - ولا سيما إذا كانت المدة قصيرة جداً - إعتبر الإذن في العقد الدائم بطريق أولى قطعاً .

وبالجملة : فما ذهب إليه المشهور من القول بالجواز مع اذن الحرة هو الصحيح .

(١) بل الأقوى لما تقدم :

(٢) فإن كلاً منها شرط مستقل وله دليله الخاص فلا يلزم من

بل هو باطل (١) . نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى (٢) .

القول بعدم اعتبار أحدهما القول بعدم اعتبار الآخر .

(١) لصحيفة الحلبي المتقدمة .

(٢) كما اختاره جملة من الأصحاب ، بخلافاً للشرايع وغيرها حيث التزموا بالبطلان بل في بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه .
وكيف كان : فالإجماع غير متحقق يقيناً ، والقواعد تقتضي البطلان فإن العقد حين وقوعه لما كان باطلاً فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل .

وقد ذكرنا في مسألة الزوج من بنت الأخ من دون إذن العمه أو بنت الأخت من دون إذن الخالة ثم أذنتا أن العقد الفضولي وإن كان صحيحاً على القاعدة إلا أن ذلك إنما يختص بما إذا كانت إجازة من له الأمر موجبة لاستناد العقد إلى المجير ولا يشمل مثل المقام الذي قد تحقق استناد العقد إلى الرجل في حينه وكانت صحته متوقفة على إذن شخص معين تعبداً ، فإن العقد حينئذٍ إن تسابه لم يكن صحيحاً وليس بعده عقد فلا موجب للحكم بالصحة .

وبعبارة أخرى : إن صحة العقد الفضولي بالإجازة اللاحقة إنما تكون على القاعدة فإن العقد بالإجازة يستند إلى المجير ومن له الأمر فتشمله العمومات الدالة على الصحة وأما إذا كان العقد مستنداً إلى من له الأمر وكان محكوماً بالبطلان فلا تكون إجازة من أعتبرت إجازته تعبداً مصححة له .

نعم ذكرنا هناك أيضاً إن القاعدة وإن كانت تقتضي البطلان ،

إلا أنه لا بد من الخروج عنها في مثل هذه الموارد للتعليل المذكور في صحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع) : (في مملوك تزوج بغير إذن سيده) حيث ورد فيها قوله (ع) : (انه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، فإذا أجازته فهو له جاز) (١) ، فإن مقتضاه هو الحكم بصحة كل عقد لم يشتمل على معصية الله تعالى كالجمع بين الأختين بل كان حلالاً في نفسه غاية الأمر كان فاقداً لأذن من يعتبر إذنه خاصة فيما إذا لحقته الإجازة كالمقام .

والحاصل : إن المقام يلحق بالعقد الفضولي في الحكم بالصحة فيما إذا لحقته الإجازة لكن يفارق أن الحكم في العقد الفضولي للقاعدة في حين أنه في المقام للتعليل المذكور في النص : هذا وربما يستدل للصحة بصحيحة ابن زبير المتقدمة بدعوى إنها مطلقة من حيث تقدم الإذن وتأخره .

إلا أنه مدفوع بان الظاهر من قوله (ع) : (نعم إذا رضيت الحرة) هو اعتبار الإذن في صحة العقد والتمتع بمعنى كونه في مرحلة سابقة على العقد بحيث لا يجوز العقد إلا به فلا تشمل الرضاء المتأخر بالتمتع السابق .

ثم إن الشيخ (قدس) قد حكم في المقام بتخير الحرة بين إمضاء عقد الأمة أو فسخه أو فسح عقد نفسها ، مستدلاً عليه بموثقة سماعة عن أبي عبد الله (ع) : (عن رجل تزوج أمة على حرة فقال : إن شاءت الحرة تقيم مع الأمة أقامت وإن شاءت ذهبت إلى أهلها قال : قلت : فإن لم ترض وذهبت إلى أهلها أله عليها سبيل

بشرط تحقق الشرطين على الأحوط (١) .

إذا لم ترض بالمقام ؟ قال : لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم قلت : فلماذا بها إلى أهلها طلائها ؟ قال : نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثم تنزوج إن شاءت (١) وهذه الموثقة تدل على تخييرها في عقد نفسها وأما تخييرها في عقد الأمة فهو قد ثبت بالأدلة السابقة .

وما أفاده (قدّه) هو الصحيح لو تم متن الرواية ، غير أن الأمر ليس كذلك فإن الكليني (قدّه) قد رواها بعين السند والمتن فيما عدا إختلاف يسير فإنه ذكر في الكافي هكذا : (في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة ولم تعلم الحرة أنه له امرأة قال : إن شاءت الحرة : : الحديث) ، فتكون الموثقة على هذا أجنبية عما نحن فيه وحيث لا يشمل تعدد الروايتين فلا محالة قد وقع الخطأ في إحدى النسختين ، ومن هنا فبعض ترميز نسخة الكليني (قدّه) لكونه (قدّه) أضبب نقلاً من الشيخ (قدّه) فإن أخطاء الشيخ (قدّه) في التهذيب والإستبصار كثيرة ، بل ذكر صاحب الحدائق (قدّه) أنه قل ما توجد فيهما رواية تخلو من الخطأ في السند أو المتن ، وما ذكره (قدّه) وإن كان لا يخلو من مبالغة ومسامحة فإنه ما أكثر الروايات التي تخلو من الخطأ في السند والمتن فيهما ، غير إن وجود الخطأ فيهما ليس بعزيز ، وعلى كل فلا أقل من الإلتزام بتساقطها وحيث فلا يبقى دليل على تخييرها في عقد نفسها .

(١) لبثاته (قدّه) الحكم في أصل المسألة على الاحتياط :

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣ .

ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو إنقطاعيين أو مختلفين (١) ، بل الأقوى عدم الفرق (٢) بين إمكان وطء الحرة وعدمه لمرض ، أو قرن ، أو رتق ، إلا مع عدم الشرطين (٣) . نعم لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرة قابلة للاذن (٤) .

(١) أما بالنسبة إلى عقد الحرة فلاطلاق قوله في صحيحة ابن بزيع : (وله امرأة حرة) وأما بالنسبة إلى عقد الأمة فالنص المذكور وإن كان وارداً في خصوص المتممة إلا أنك قد عرفت أنه لا بد من التعدي عنها إلى عقد الدوام أيضاً للأولوية القطعية .
(٢) لاطلاق الدليل .

(٣) لم يظهر وجه لهذا الاستثناء إذ الكلام إنما هو في فرض تحقق الشرطين وإلا يتعين القول بعدم الجواز جزماً أو احتياطاً على الخلاف .

(٤) نظراً لأنصراف دليل اشتراط إذن الحرة أعني صحيحة ابن بزيع إلى القابلة له - على ما هو الظاهر منها عرفاً - وعليه فيرجع في غيرها إلى عمومات الحل ، ومن هنا يظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة اعتبار إذن العممة والحالة في الزوج من بنت الأخ أو بنت الأخت حيث ذكرنا فيها أنه لا فرق في اعتبار إذنها بين كونها قابلتين للاذن وعدمه .

والوجه في ذلك ، إن لنصوص تلك المسألة دالة على عدم جواز الزوج من بنت الأخ على العممة وبنت الأخت على الحالة على الإطلاق غير أننا قد خرجنا عنه في فرض إذنها لبعض النصوص الخاصة ومن

لصغر أو جنون ، خصوصاً (١) إذا كان عقدها إنقطاعياً
ولكن الأحوط مع ذلك المنع .
وأما العكس - وهو نكاح الحرة على الأمة - فهو جائز
ولازم إذا كانت الحرة عاملة بالحال (٢) .

هنا فإذا فرضنا عدم قابليتها للاذن كانت إطلاقات المنع هي المحكمة
وهذا بخلاف المقام إذ قد عرفت إن مقتضى القاعدة هو الجواز نظراً
لتعارض أدلة المنع مع ما دل على الجواز في فرض الضرورة ، غاية
الأمر إننا قد اعتبرنا إذن الحرة لصحيحة ابن بزيع وحيث قد عرفت
إنها منصرفة إلى فرض قابليتها للاذن فلا محالة يكون المرجع في فرض
عدم قابليتها للاذن هو عمومات الحل والجواز :

(١) لم يظهر وجه للخصوصية ، بعدما تقدم من عدم الفرق بين
كون العقدين دوامين أو إنقطاعيين أو مختلفين ، نعم لا يبعد دعوى
إنصراف الدليل عن بعض أقسام الإنقطاع الذي لا يقصد به الإستمعاع
كالزوج منها لكي نحرم أمها عليه أبدأ ، غير أن هذا لا يختص بالزوجة
الصغيرة أو المجنونة بل يجرى حتى في الزوجة الكبيرة العاقلة .

(٢) لموثقة سماعة المتقدمة بناءً على نسخة الكليني (قد ه) وعلى
فرض سقوطها نتيجة لمعارضتها لنسخة الشيخ (قد ه) تكفيها صحيحة
يحيى الأزرق : (قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت
له امرأة وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها بان له امرأة وليدة فقال :
إن شاءت الحرة أقامت وإن شاءت لم تقم ، قلت : قد أخذت المهر
فتذهب به ؟ قال : نعم بما استحل من فرجها) (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة
وفسوخها ورجوعها إلى أهلها (١) ، والأظهر عدم وجوب
إعلامها بالحال (٢) . فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً
لم يفعل محرماً .

ثم إن صاحب الوسائل (قدّه) قد إقتصر في ذكر إسم راوي
هذه الرواية على : (يحيى بن الأزرق) ، وهو إن كان نتيجة سقط
في النسخ فهو وإلا فهو خلاف أصول نقل الحديث فإن يحيى هذا
مشترك بين يحيى بن حسان الأزرق المجهول ويحيى بن عبد الرحمن
الأزرق الثقة ، مع أن الشيخ (قدّه) قد روى هذه الرواية في
التهذيب عن يحيى بن عبد الرحمن الأزرق ، فالرواية على هذا
صحيحة السند وإن عبر عنها في الجواهر بنجر يحيى بن الأزرق .
(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب وتدل عليه موثقة سماعة
وصحيحة يحيى بن عبد الرحمن الأزرق .

(٢) بلا إشكال ، لعدم الدليل عليه إذ غاية ما دل عليه الدليل
هو ثبوت الخيار لها عند علمها بالحال ، وهذا لا يعني وجوب إعلامها
بذلك كما هو الحال في سائر موارد الخيار في العقود كالعيب والغبن
وما شاكلهما ، بل يمكن إستفادة عدم الوجوب من موثقة سماعة
وصحيحة ابن الأزرق باختيار أن الامام (ع) فيهما لما كان في مقام
البیان فعدم ذكره لوجوب الاعلام يكون دليلاً على عدمه .

ومن الغريب ما حكاه صاحب الجواهر (قدّه) عن الرياض من
أنه قال : (ولو أدخل الحرة على الأمة جاز ولزم علم الحرة بأن
تحتة أمة لإجماعاً ونصوصاً) ثم أشكل عليه بأنه لم نتحقق ذلك ، وذكر

(مسألة ١) : لو نكح الحرة والأمة في عقد واحد مع علم الحرة صحح (١) . ومع جهلها صحح بالنسبة اليها وبطل بالنسبة إلى الأمة (٢) ، الامع اجازتها (٣) . وكذا

ان من الممكن ان يريد الاجماع والنصوص على الحكم الاول اعني الجواز. والظاهر ان نسخته (قدہ) كانت مغلوطة والصحيح اضافة كلمة (مع) بعد قوله (لزوم) كما هو الحال في النسخ المطبوعة من الرياض ، وإلا لكانت العبارة غير مستقيمة جزماً ، إذ ينبغي ان تكون (ولزم اعلام الحرة) لو كان المقصود هو ما ذكره صاحب الجواهر (قدہ): (١) باعتبار ان رضا الحرة بهذا العقد مع علمها بالحال رضا بتزوج الرجل من الامة ، فتشمله أدلة جواز ادخال الامة على الحرة إذا رضيت بذلك .

(٢) لصحيحة أبي عبيدة الخداء عن أبي جعفر (ع) : (قال : مثل أبو جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد قال : اما الحرة فنكاحها جائز وان كان سمي لها مهرأ فهو لها ، واما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما) (١) .

(٣) والوجه فيه بعد اطلاق صحيحة أبي عبيدة المفتضي للبطلان بلا فرق بين علم الحرة وجهلها والاذن وعدمه هو ما ادعاه صاحب الجواهر (قدہ) من الليقين بتقييدها بصورة عدم الاذن والرضا ، وهو غير بعيد ، ولعل منشأ الروايات التي دلت على جواز ادخال الأمة على الحرة باذنها ، فانه إذا جاز ادخالها عليها برضاها جاز

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ، ح ١.

الحال لو تزوجها بعقدين في زمان واحد على الأقوى (١).
 (مسألة ٢) : لا اشكال في جواز نكاح المبعوضة على
 المبعوضة (٢) . واما على الحرة ففيه اشكال . وان كان

الاقتران بطريق أولى .

هذا ويمكن ان يقال في توجيه الحكم ان صحيحة أبي عبيدة
 معارضة للآية الكريمة الدالة على جواز الزوج من الأمة عند عدم
 الطول وخشية العنت ، والنصوص الدالة عليه مع الضرورة ، باعتبار
 ان النسبة بينهما انما هي نسبة العموم والخصوص من وجه ، فيتعارضان
 في مورد الاجتماع حيث ان مقتضى الآية هو الجواز في حين ان
 مقتضى صحيحة أبي عبيدة هو المنع وعليه فان قلنا بترجيح الآية فهو
 والا كان مقتضى تساقطهما هو الرجوع إلى عمومات الجواز .

ومقتضى هذا التقرير وان كان هو الجواز حتى مع عدم رضا الحرة
 الا اننا لما علمنا بان للحرة حقاً على الأمة كما يظهر ذلك مما دل على
 تخير الحرة في عقد نفسها إذا دخلت هي على الأمة وفي عقد الأمة
 إذا دخلت الأمة عليها ، كان تخيرها عند الجمع بينهما في عقد واحد
 في عقد نفسها أو عقد الأمة مما لا ينبغي الشك فيه اذ ان الجمع بينهما
 لا يقصر عن دخولها على الأمة أو للعكس ، غير ان الاحتمال الأول
 - اعني تخيرها في عقد نفسها - لما كان مخالفاً لصريح صحيحة أبي عبيدة
 تعين الثاني لا محالة فيحكم حينئذ بالبطلان لو لم تجز الحرة للعقد .

(١) وذلك للقطع بعدم خصوصية وحدة العقد في الحكم وانما

العبرة باقتران التزويجين .

(٢) من دون اعتبار لاذنها لعدم شمول الأدلة لها باعتبار عدم

لا يبعد جوازه (١) لان الممنوع نكاح الامة على الحرة ولا يصدق الامة على المبعضة ، وان كان لا يصدق أنها حرة أيضاً (٢) .

(مسألة ٣) : اذا تزوج الامة على الحرة فماتت الحرة أو طلقها أو وهب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة (٣) بل لا بد من العقد على الامة جديداً إذا أراد .
(مسألة ٤) : إذا كان تحتها حرة فطلقها طلاقاً بائناً

صدق الحرة عليها :

(١) لعمومات الحل بعد عدم شمول ادلة المنع لها لما ذكر في المتن :

(٢) لكونها ملفقة منها .

(٣) لانه حينما حدث ورقع في الخارج لم يكن مشمولاً لأدلة

لزوم الوفاء بالعقد والصحة باعتبار انه يعتبر فيها اذن الحرة وهو لم يتحقق بحسب الفرض ، وبعد انقطاع عصمة الحرة لم يكن هناك عقد جديد كي يحكم بصحتها ، وحيث ان الانقلاب غير معقول فلا بد من الحكم ببطلانه

وبعبارة اخرى : أن ادلة اللزوم والصحة ناظرة إلى امضاء العقد من حين وقوعه وحيث ان العقد في المقام لم يكن مشمولاً لها من ذلك الحين لعدم تحقق الأذن فشمولها له بعد ذلك يحتاج إلى الدليل . نظير ما يذكر في علم البائع والمشتري بالثمن بعد العقد مع جهاتها به في حينه وحيث ان الدليل في المقام منحصر فيما دل على اعتبار اذن الحرة وهو لم يتحقق ففتضى القاعدة هو البطلان .

يجوز له نكاح الامة في عدتها (١) . واما اذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال ، وان كان لا يبعد الجواز ، لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (٢) .

(مسألة ٥) : اذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي ، فعلى النقل لا يكون من نكاح الامة على الحرة فلا مانع منه (٣) ،

(١) لانقطاع عصمتها ، ومعه فلا يصدق عليه انه ادخل أمة على امراته الحرة فلا تشمله نصوص المنع .

(٢) سواء أفلنا بان المعتدة رجعية زوجة حقيقة ام قلنا بانها في حكم الزوجة وذلك لظهور قوله في صحيحة ابن بزيع المتقدمة : (وله امرأة حرة) في كونه ذا زوجة حرة باعتباره ونظره وحيث ان المطلقة رجعية ليست كذلك وان كانت زوجة بحكم الشارع كانت الصحيحة قاصرة الشمول عن مثلها .

وبعبارة اخرى : ان المطلقة رجعية وان كانت زوجة بحكم الشارع إلا ان سؤال الراوي في صحيحة ابن بزيع منصرف عنها ولا يشملها وحينئذ فمقتضى العمومات هو الجواز .

هذا كله فيما إذا لم يرجع الزوج بالزوجة في اثناء العدة وإلا فلا ينبغي الشك في صدق انه تزوج من أمة وله امرأة حرة فان الرجوع لا يحدث زوجية جديدة حتى في اعتبار الزوج ونظره وانما هو ابطال للطلاق وازالة لاثره وحينئذ فيتمين اعتبار اذن الحرة لا محالة .
(٢) نظر التأخر زوجة الحرة عن زوجة الأمة - بحسب الفرض - فلا تشمله

وعلى الكشف مشكل (١) .

(مسألة ٦) : اذا عقد على حرة وعقد وكيله له على
أمة وشك في السابق منها لا يبعد صحتها (٢) . وان لم
تجز الحرة .

ادلة اعتبار اذن الحرة في نكاح الأمة .

(١) والظاهر هو التفصيل نظير ما تقدم في مسألة الجمع بين العمة
وبنت الأخ أو الخالة وبنت الأخت ، فانه بناءً على للكشف الحكمي
لا يلغى الاشكال في عدم اعتبار اذن الحرة باعتبار ان استناد زوجيتها
اليه انما يكون من حين الاجازة وان ترتبت الآثار والاحكام من
حين وقوع العقد تبعاً إلا ان ذلك لا يعتبر من النزويج بالحرة قبل
الأمة ، وحينئذ فيكون الحال على هذا كالفول بالنقل ، واما بناءً على
الكشف الحقيقي بمعنى انكشاف استناد العقد اليه من حينه بحيث تكون
الاجازة كالبينة فلا يلغى الاشكال في صدق عنوان ادخال الأمة على
الحرة ، نظراً لكون زوجية الحرة على هذا موجودة قبل زوجية الأمة
وسابقة عليها فلا بد من اعتبار اذنها للنصوص المتقدمة ، واما بناءً على
الانقلاب فلا تخلو المسألة من اشكال باعتبار أن زوجية الحرة وان
كانت سابقة على زوجية الأمة إلا انها لما كانت سابقة من حين الاجازة
بمعنى انها من حين الاجازة تصبح كذلك وكان ظاهر صحيحة
ابن بزيع كونها سابقة على زوجية الأمة في حين وقوع العقد على
الأمة فلا تشمل هذه الصحيحة ، وحينئذ فلا يخلو الحكم من اشكال :
(٢) اما عقد الحرة فلكونه صحيحاً على كل حال سواء أكان
سابقاً أم لاحقاً إذ المنوع انما هو ادخال الامة على الحرة واما

ادخال الحرة على الأمة فلا اشكال فيه ومن هنا فيحكم بصحة عقد الحرة لا محالة ، واما عقد الأمة فلأن الممنوع انما هو ادخالها على الحرة بمعنى ان تكون عنده حين التزوج من الأمة زوجة حرة وحيث انه مشكوك فيستصحب عدمه الى حين التزوج من الامة ولا يعارض ذلك باستصحاب عدم التزوج من الأمة الى حين التزوج من الحرة لعدم الأثر له في المقام لانه لا يثبت تأخر عقد الامة إلا باللازمة فهكون من الاصول المثبتة . هذا ولكن الصحيح ان يقال بان للمسألة صوراً : فقد يفرض ان الحرة لا تفسخ عقد نفسها ولا ترضى بعقد الامة أيضاً وقد يفرض انها تأذن في عقد الأمة لكنها تفسخ عقد نفسها وثالثة يفرض انها تفسخ عقد نفسها وعقد الأمة معاً . فان الحكم يختلف باختلاف هذه الفروض ففي الفرضين الاولين يحكم بصحة العقدين معاً لاستصحاب عدم التزوج بالحرة الى حين التزوج من الأمة في الفرض الاول فلا تشملها نصوص المنع عن ادخال الامة على الحرة ، ولا استصحاب عدم التزوج من الأمة الى حين التزوج من الحرة في الفرض الثاني فلا تشملها ادلة ثبوت الخيار للحرة فيما اذا ادخلت على الأمة ، واما في الفرض الثالث فلا مجال للحكم بصحتها معاً للعلم الاجمالي ببطلان احد العقدين في الواقع فانه لو كان عقد الأمة هو المتأخر كان نكاحها باطلا لعدم اذن الحرة وان كان عقدها هو المتقدم كان عقد الحرة باطلا لفسخها نكاح نفسها وحينئذ فلا بد من التخلص من المشكلة اما من طلاق الزوجة الواقعية فتتفصلان منه معاً واما من الرجوع إلى القرعة لتعيين الزوجة منهما عن الأجنبية نظراً لكونها لكل امر مشكل وهذا منه .

والاحوط طلاق الامة مع عدم اجازة الحرة (١) .
 (مسألة ٧) : لو شرط في عقد الحرة ان تأذن في
 نكاح الامة عليها صح (٢) ، ولكن اذا لم تأذن لم يصح (٣)
 بخلاف ما اذا شرط عليها ان يكون له نكاح الامة (٤) .

- (١) ولعله (قداه) ناظر إلى خصوص الفرض الثالث ، ومعه
 فقد عرفت ان له طريقاً آخر غير الطلاق .
 (٢) لعموم ما دل على نفوذ للشرط .
 (٣) فان شرطية اذنها لا تسقط بمصيانها لأمر الوفاء بالشرط .
 (٤) باعتبار ان مرجعه إلى توكيل الزوج في الأذن ، وقد عرفت
 فيما تقدم ان الوكالة إذا كانت شرطاً في عقد لازم كانت لازمة ولا
 يصح عزله عنها ، وحينئذ فيكون اذنه بمنزلة اذن الزوجة الحرة حتى
 ولو لم ترض هي بذلك .

فصل

في نكاح العبيد والاماء

(مسألة ١) : أمر تزويج العبد والأمة بيد السيد ،
 فيجوز له تزويجها ولو من غير رضاها ، أو اجبارهما (١)

فصل

في نكاح العبيد والاماء

(١) بلا خلاف ولا اشكال فيه وتدل عليه عدة من الآيات
 الكريمة والنصوص الشريفة فقد قال تعالى : (وانكحوا الاي منكم
 والصالحين من عبادكم وامائكم) (١) فانه بعد الفراغ عن انه ليس
 للعبد والأمة شيء من الامر يكون الخطاب في الآية متوجها الى المولى
 لا محالة فتدل على جواز تزويجه لهما ، وقال تعالى : (فانكحوهن
 باذن اهلهن) (٢) حيث يستفاد منها ان امر تزويجهما بيد المولى فله
 ان يزوجهما وله ان يمتنع عن ذلك ، وقال تعالى : (ضرب الله

(١) النور : ٣٢ .

(٢) النساء : ٢٥ .

على ذلك . ولا يجوز لها العقد على نفسها من غير اذنه (١) كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما (٢) كذلك حتى لو كان لهما أب حر . بل يكون ايقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً (٣) إذا كان ذلك بقصد ترتيب الاثر . ولولا

مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء (١) فانها دالة على ان المملوك سواء في ذلك العبد والأمة ليس له من الامر شيء ومن هنا فلا يترتب على ما يقوم به من معاملات وغيرها ومنها النكاح أي أثر .

واما النصوص فهي متضاربة وكثيرة بل في بعضها التصريح بأنه ليس له النكاح والطلاق ، وان من تزوج بالأمة من دون اذن سيدها كان زانياً . ويدل عليه ما ورد من ان طلاق الأمة بيد المولى إذا زوجها من العبد ويهد الحر إذا زوجها منه .

وعلى كل حال الحكم مما لا خلاف فيه بينهم وتدل عليه الآيات الكريمة والنصوص المتضاربة بل ومع غض النظر عن ذلك تقتضيه القاعدة فان العبد والأمة لما كانا قابلين للتزويج ولم يكن لهما من الأمر شيء كان أمر ذلك بيد المولى لا محالة .

(١) وبقتضيه ما تقدم .

(٢) لما تقدم أيضاً .

(٣) وهو مني على ما اختاره جماعة في محله من ثبوت الحرمة لمقدمة الحرام إذا كان بقصد ترتيب الحرام عابها نظير حرمة المقدمة التوالميدية ، إلا اننا قد ذكرنا هناك انه لا دليل على هذا المدعى بالمرّة إذ ان قصد الاتيان بالحرام انما يدخل في نية المعصية وهو نوع من

مع اجازة المولى . نعم لو كان ذلك بتوقع الاجازة منه فالظاهر عدم حرمة لانه ليس تصرفاً في مال الغير عرفاً (١) كبيع الفضولي مال غيره . وأما عقدهما على نفسيهما من غير اذن المولى ، ومن غيرهما (٢) بتوقع الاجازة فقد يقال بحرمة (٣) لسلب قدرتهما وان

التجري وقد عرفت انه لا دليل على حرمة وان كان فيه نوع طغيان وتعد على حق المولى ، فان مجرد ذلك لا يقتضي الحكم بالحرمة التشريعية حتى ولو قلنا باستحقاق المكلف للعقاب على ذلك إذ لا يلزم منه ان يكون الفعل حراماً .

والحاصل : ان المقام داخل في التجري وقد عرفت انه ليس بحرام سواء أتى بالمقدمة أم لم يأت بها .

(١) فلا تشمله ادلة عدم جواز التصرف في مال الغير .

(٢) العبارة لا تخلو من تشويش والظاهر ان موضع هذه العبارة

انما هو بعد قوله (قد ه) (نعم لو كان ذلك) .

(٣) اختاره صاحب الجواهر (قد ه) ولعله لكونه تصرفاً منهما

في نفسيهما فتشملة ادلة حرمة التصرف في مال الغير : وفيه : ان

سلب القدرة انما يكون منشأ للحكم الوضعي أعني عدم نفوذ العقد

وصحته واما الحكم التكليفي فلا مجال لاستفادته منه فيكون حال هذا

التلفظ حال سائر تلفظاته وتكلماته .

هذا مضافاً إلى دلالة صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) :

(في مملوك تزوج بغير اذن مولاه أعاص لله ؟ قال : عاص لمولاه

قلت : حرام هو ؟ قال : ما أزعم انه حرام وقل له لا يفعل إلا

لم يكونا مسلوبين العبارة لكنه مشكل لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك وكذا لو باشر احدهما العقد للغير باذنه أو فضولة ، فانه ليس بحرام (١) على الاقوى وان قيل بكونه حراماً (٢) .

(مسألة ٢) : لو تزوج العبد من غير اذن المولى وقف على اجازته ، فان اجاز صح (٣) .

باذن مولاه (١) صريحاً على عدم الحرمة .

(١) لما تقدم .

(٢) اختاره صاحب الجواهر (قدّه) أيضاً .

(٣) على ما ذهب اليه الاكثر من الاصحاب ، بل لم ينسب الخلاف فيه إلا إلى ابن ادريس (قدّه) حيث التزم بالبطان نظراً إلى ان النصوص الواردة في المقام اخبار آحاد وهو لا يلتزم بحجيتها والقاعدة تقتضي البطلان لان العقد حين وقوعه لم يكن صحيحاً لفقدان اذن المولى فصحته بعد ذلك بالاجازة المتأخرة تحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

إلا ان ما أفاده (قدّه) لا يمكن المساعدة عليه لجملة من النصوص الصحيحة الدالة على الصحة صريحاً كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) عن أبيه عن آبائه عن علي (ع) : (انه أتاه رجل بعبد فقال : ان عبدي تزوج بغير اذني فقال (علي) (ع) : لسيدة . : فرق بينهما ، فقال السيد لعبد : يا عدو الله طلق ، فقال له (ع) كيف قلت له ؟ قال : قلت له ا طلق ، فقال علي (ع)

(١) الوسائل ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

وكذا الامة على الاقوى (١) .

للعبد : اما الآن فان شئت فطلق وان شئت فامسك ، فقال السيد :
 بأمر المؤمنين أمر كان بهدي فجعلمته بيد خيري ، قال : ذلك لأنك
 حين قلت له : طلق أقررت له بالنكاح (١) ، وصحيحة معاوية
 ابن وهب قال : (جاء رجل إلى أبي عبد الله (ع) فقال : اني
 كنت مملوكاً لقوم ، واني تزوجت امرأة حرة بغير اذن موالي ثم
 اعتقوني بعد ذلك ، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له :
 أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟ فقال : نعم
 وسكتوا عني ولم يغيروا علي ، قال : فقال : سكتوهم عنك بعد
 علمهم اقرار منهم ، اثبت على نكاحك الاول (٢) وصحيحة
 الحسن بن زياد الطائي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : (اني كنت
 رجلاً مملوكاً فزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فأجدد
 النكاح ؟ قال : فقال : علموا أنك تزوجت ؟ قلت : نعم قد علموا
 فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً . قال : ذلك اقرار منهم أنت على
 نكاحك (٣) إلى غير ذلك من النصوص الدالة على صحة العقد
 عند لحوق الاجازة .

(١) خلافاً لما ذهب اليه صاحب الحدائق (قده) حيث فصل
 بين العبد والامة فالنكاح بصحة عقد العبد إذا لحقته الاجازة بخلاف
 الامة فان عقدها لا يصح حتى وان لحقته الاجازة ، بدعوى : ان

-
- (١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .
 (٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .
 (٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ٣ .

النصوص كلها واردة في العبد خاصة فتبقى الأمة مشمولة للقاعدة المتضمنة للبطلان .

وما افاده (قده) انما يتم او انحصرت لنصوص صحة عقد العبد عند لحوق الاجازة بما تقدم فانه حينئذ يمكنه ان يقال بان القاعدة لما كانت تقتضي البطلان وكانت نصوص الصحة مختصة بالعبد كان مقتضى الصناعة الحكم بالبطلان في عقد الأمة لعدم الدليل على خروجها عن القاعدة ، إلا ان الأمر ليس كذلك فان في نصوص الصحة ما يقتضي التمدي من العبد إلى الأمة ويدل على شمول الحكم لها أيضاً كصحيفة زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : (سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك إلى سيده ان شاء اجازته وان شاء فرق بينها . قلت أصلحك الله ان الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي وأصحابها يقولون : ان أصل النكاح فاسد ولا تحمل اجازة السيد له فقال أبو جعفر (ع) : انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازته فهو له جائز) (١) وصحيحته الأخرى عنه (ع) أيضاً قال : (سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير اذنه فدخل بها ثم اطلم على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء اجاز نكاحها فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا ان يكون احتدى فأصدقها صدقاتاً كثيراً ، وان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول ، فقلت لأبي جعفر (ع) : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر (ع) انما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح

في عدة واشباهه (١) .
 فان التعليل المذكور فيهما يدل على عدم اختصاص الحكم بالعبد بل يجري في الأمة على حد جريانه في العبد لجرىان التعليل المذكور بعينه فيها فيقال ان نكاح الأمة في نفسه ليس بمحرم كتزوجها من أخيها مثلاً وليست هي عاصية لله تبارك وتعالى وإنما هي عاصية لسيدتها فاذا أجاز جاز . هذا مضافاً إلى ما ذكره الفقهاء في غير واحد من الأبواب الفقهية من أن الحكم إذا تعلق بعنوان اشتقائي ولم تكن هناك قرينة على الاختصاص عم الرجل والمرأة كالأحكام الثابتة للمجرم والمسافر والحاضر والمصائب والبيعتين وصاحب الحيوان وغيرها فإنه لا قائل باختصاصها بالرجل بل لم يتأقش في عمومها أحد حتى صاحب الحدائق (قده) ، وحيث ان المقام من هذا القبيل باعتبار ان المملوك المذكور في صحيحتي زرارة عنوان اشتقائي جامع بين العبد والأمة فلا وجه للتفريق بينهما في الحكم ولا ينافي هذا ما دل على ان التزوج من الأمة بغير اذن مولاه زناً ، فإنه مما لا اشكال فيه ولا يختص بالأمة بل يجري في جانب العبد أيضاً فإنه وان لم يرد فيه هذا التعبير بخصوصه إلا انه قد ورد في جملة من النصوص ما يلازمه قهراً نظير ما دل على عدم جواز تزوج العبد من غير اذن مولاه فان لازمه بطلان العقد ولازم البطلان هو كون الواقعة زناً ، وما دل على ان نكاحه من غير اذن سيده باطل ومردود ، وكذا ما دل على ان الحرة إذا زوجت نفسها من العبد بغير اذن مولاه فقد أباحت نفسها وليس لها صداق ، فإنه ظاهر في كون الفعل زناً ، وإلا فلا وجه للحكم

بعدم استحقاقها للصداق ، غير انه مخلص بحالة ما قبل اجازة المولى بمعنى كون النكاح في نفسه كذلك ما لم تلحقه الاجازة ، واما بعد الاجازة فليس الأمر كذلك بل يحكم بصحة عقدهما فلا يكون الفعل زناً لا محالة .

وأما ما استشهد به صاحب الجدائق (قدس) لمدهاء من ان عدم ذكر الأمة في ضمن كلام الامام (ع) مشعر بعدم جريان الحكم فيها ، مندفع بأن ما صدر منه (ع) لم يكن لبيان الحكم ابتداءً كي يكون لما قيل وجه وانما كان في مقام الجواب عن السؤال الموجه اليه (ع) وحيث ان الامثلة كانت مختصة بالعبد فلا مجال للاستفادة ما ذكر من عدم التعرض إلى ذكرها في الاجوبة .

ثم انه ربما يستدل على الصحة في المقام بعموم قوله تعالى : (فانكحوهن باذن اهلن) بدعوى ان مقتضاه عدم الفرق بين الاذن السابق على العقد واللاحق له .

إلا انه بعيد جداً إذ الظاهر من هذه الآية الكريمة هو ترتب النكاح على الاذن بحيث يكون النكاح صادراً ومسبباً عنه ، فاذا لم يكن العقد كذلك فالاذن المتأخر لا يقبله فيجعله نكاحاً عن الاذن .

وبعبارة اخرى ؛ ان المعتبر في الحلية إذا كان كلاً من النكاح والاذن مستقلاً عن الآخر لكان لما ذكر وجه وان لم يكن يتخلو من الاشكال أيضاً ، إلا ان الأمر ليس كذلك حيث ان المعتبر فيها انما هو صدور النكاح المتفرع والمترتب على الاذن فلا وجه للحكم بصحة النكاح الصادر عن غير الاذن وان لحقه بعد ذلك ، إذ الاذن المتأخر لا يقبل النكاح السابق عن وصف كونه من غير اذن إلى كونه صادراً عن الإذن .

اذن ؛ فالصحيح في المقام هو التمسك بما ذكرناه لاثبات المدعى .

والاجازة كاشفة (١) . ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها ، أو لا بل على الوجه المحرم .

(١) وذلك فلأن النقل وان كان ممكناً في نفسه ، بل قد وقع في بعض الموارد كبيع الصرف والسلم فيما إذا تأخر القبض عن العقد حيث يكون البيع في زمان والملكية في زمان آخر ، وكذا كل ما هو مشروط بالقبض كالهبة والوقف على جهة معينة إذا تأخر القبض عن العقد ، إلا ان الدليل لا يساعد عليه ، باعتبار ان الاجازة والإمضاء انما تتعلقان بالعقد الذي وقع في حينه ، ومن هنا فيكون الحكم بالملكية من حين الاجازة على خلاف الإمضاء ودليل النفوذ ، فيحتاج إلى دليل خاص وحيث انه مفقود فلا مجال للالتزام به .

بل هو مناف لظاهر صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الاخير ، فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني . فقال : خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري ، فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال أبوه : ارسل ابني فقال : لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه) (١) .

فانها ظاهرة في الكشف والحكم بالصحة من حين صدور العقد وإلا لكان على المشتري ان يدفع لسيدها الأول مهر أمثالها نظراً لوطنه أمة الغير شبهة ، والمحال انه (ع) لم يتعرض لذلك .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب لكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

وصريح صحيحة أبي عبيدة الحذاء قال : (سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين ؟ قال : فقال : النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا ان يكونا قد أدركا ورضيا ، قلت : فان أدرك احدهما قبل الآخر ؟ قال : يجوز عليه ذلك ان هو رضي . قلت : فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أثرته ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر الحديث) (١) .

فانها صريحة في الكشف إذ لولاه لم يكن مجال للحكم بعزل نصيب البنت حتى تدرك ، لانه وبمجرد موت احد الطرفين لا يبقى مجال للحكم بالزوجية فانها من الزوجية بين الحي والميت وهو باطل جزماً . عل ان القول بالنقل لا يتم في العقود المتقيدة بالزمان كالأجارة ونكاح المتعة كما لو آجر الفضولي الدار شهراً أو تزوج من الأمة شهراً ولم يجز المالك إلا بعد انقضاء نصفه ، فانه لو كانت الاجازة نافذة لكانت الملكية أو الزوجية في خصوص النصف الباقي من الشهر أي من حين الاجازة إلى انقضاء الشهر والحال ان المنشأ انها هو الملكية والزوجية شهراً كاملاً فيرد عليه ان ما انشأ لم يمض وما امضي لم ينشأ فكيف يمكن الانزام بصحته .

والحاصل : ان النقل وان كان ممكناً في نفسه إلا أن دليل الامضاء والنفوذ لا يساعد عليه باعتبار ان ظاهره امضاء ما وقع ، ومن هنا .

فلا بد من الالتزام بالكشف غير ان الاقوال في الكشف لما كانت مختلفة فمنهم من يقول بالكشف الحقيقي ومنهم من يقول بالكشف الانتزاعي ومنهم من يقول بالكشف الحكمي فلا بد من تحقيق الحال لمعرفة الصحيح منها ، ومن هنا فنقول :

أما الكشف الحقيقي فهو وان كان ممكناً في نفسه بحيث تكون الاجازة شرطاً متأخراً ، إلا انه لا دليل عليه أيضاً فان ظاهر الأدلة انها هو اعتبار نفس الرضا والاجازة لا اعتبار تعقبها ، وحيث ان من الواضح انها لم يكونا موجودين حال العقد ولم يكن العقد عن الرضا فلا وجه للحكم بالصحة وان كان متعقباً بهما ، بل ان القول به على خلاف ظاهر دليل الجواز فان ظاهره انما هو كون الجواز متفرعاً على الرضا ، لانه إذا أجاز العقد انكشف الجواز السابق ، ومن هنا فلا مجال للالتزام بهذا القول .

وأما الكشف الانتزاعي بمعنى انقلاب العقد بعد الاجازة وثبوت الجواز من السابق ، فهو مضافاً إلى انه لا دليل عليه ، غير معقول في نفسه لان الشيء لا ينقلب عما وقع عليه والزمان المدوم لا يمكن ايجاده ثانياً بلا فرق بين الأمور التكوينية والأمر الاعتبارية فانه محال فيهما معاً .

ومن هنا فيتعين القول بالكشف الحكمي فيحكم بنفوذ العقد من حينه من الآن :

ولتوضيحه نقول : ان الشيء قد يكون موجوداً بالوجود الحقيقي الذي لا يختلف باختلاف الانظار وقد يكون موجوداً بالوجود الاعتباري كالأحكام الوضعية والتكليفية والاول ينقسم إلى قسمين فان الموجود بالوجود الحقيقي قد يكون موجوداً في الخارج كالأعيان وقد يكون

موجوداً في النفس خاصة كمتعلق العلم فانه موجود حقيقة غير ان وعاء وجوده انما هو النفس دون الخارج .

والفرق بين الوجود الاعتباري والوجود الذهني هو ان الاول موجود في الخارج فانه يتعلق بما هو موجود في الخارج لكن بالوجود الفرضي ، في حين ان الثاني لا وجود له في الخارج بل ينحصر وجوده في الذهن خاصة فان العلم لا يتعلق بما هو في الخارج وانما يتعلق بصورته الحاضرة في الذهن كما هو واضح .

وأما الفرق بينهما وبين الوجود الخارجي الحقيقي فهو كامن في ان الثاني لا ينفك عن الموجود في الخارج إلا بالأعتبار ، فاذا كان الوجود موجوداً فالماهية موجودة أيضاً كما انه لو كانت الماهية موجودة كان الوجود موجوداً لا محالة وهذا بخلاف الوجود الذهني والوجود الاعتباري فانهما من الممكن ان يتعلقا بامر سابق كموت زيد قبل شهر أو بأمر متأخر كطلوع الشمس غداً ، وان كان التعبير بتعلق الوجود الذهني بالامر السابق أو اللاحق لا يخلو من مسامحة باعتبار انه انما يتعلق بالصورة الذهنية وهي موجودة بالفعل غاية الأمر ان الصورة صورة لامر متقدم أو متأخر لكنه مع ذلك يعبر بما تقدم فيقال ان العلم متعلق بمتقدم أو متأخر ، وهذا بخلاف الاعتبار حيث انه يتعلق بالمتقدم أو المتأخر حقيقة فيبيع المالك داره من قبل شهر أو بعد شهر من دون ان يكون في تعلقه بهما أي محذور ، نعم انهما غير ممضيين شرعاً لعدم جواز التعليق في البيع أو غيره غير ان ذلك لا يعني عدم صحة تعلقه بهما .

إذا اتضح ذلك يظهر انه لا مانع في المقام من تعلق الاعتبار - الاجازة - بالملكية السابقة من الآن فانه من الاعتبار المتعلق بالامر

المتقدم وقد عرفت انه لا مانع منه ، لكن لا على نحو الانقلاب أو الشرط المتأخر فيحكم بالصحة حينئذ نظير تعلقه بالأمر المتأخر كما هو الحال في متعلق الاعتبار في التدبير والوصية حيث ان متعلقه انما هو الجرية والملكية بعد موت المالك .

وبعبارة اخرى : ان الأمور الاعتبارية قوامها باعتبار من بيده الأمر وإيس لها واقع سوى الجعل والاعتبار ، وهو امر خفيف المؤنة فيصح تعلقه بأمر متقدم أو متأخر على حد جواز تعلقه بأمر موجود بالفعل وعليه فاذا اعتبر من بيده الأمر ترتب عليه آثاره لا محالة .

ومن هنا : فاذا كان هذا النوع من الاعتبار ممكناً في نفسه كان مقتضى ادلة صحة العقد الفضولي والادلة الخاصة هو صحته ، باعتبار ان الاجازة إذا تعلقت بما انشئ سابقاً استند ذلك المنشأ من حين الاجازة إلى المجيز بمعنى ان العقد الواقع قبل سنة مثلاً يستند اليه من حين الاجازة وبذلك فتشمله ادلة نفوذ العقد ويكون مقتضاها الحكم من الآن بصحة العقد السابق من حينه ، هذا مضافاً إلى دلالة قوله (ع) في صحيحة زرارة المتقدمة : (وان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول) وقوله (ع) في صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة أيضاً : (اثبت على نكاحك الاول) على ذلك باعتبار ان ظاهرهما الحكم بصحة النكاح الاول من الآن .

ومما يدل على ان الملكية ونحوها من الامور الاعتبارية ليست من الاعراض الخارجية ولا واقع لها سوى الاعتبار انها تتعلق بالكلي كما هو الحال في موارد بيع الكلي ، مع انه غير قابل لان يكون معروضاً لعرض خارجي ، وتعلق بالمعدوم كما هو الحال في تعاقب الايدي فان المالك إذا رجع على احدهم بعد تلف العين كان له الرجوع على من

بعده وهكذا إلى ان يستقر الضمان على من تلفت العين عنده ، ومن الواضح ان ذلك ليس إلا لتملك من رجع عليه المالك للعين التالفة بعد دفع بدلها فيكون مالكا للمعدوم ومن هنا يصح له الرجوع على من بعده ، بل ان من الممكن انشاء الملكية للمعدومين وتمليكهم من حين الانشاء كما هو الحال في الوقف الدرري والوصية بالنسبة إلى البطون المتأخرة وغير الموجودة حين الانشاء ، فان انشاء الملكية متحقق من الآن في حين أن المالك معدوم .

وبالجملة : فليست الملكية عرضاً خارجياً تحتاج في قيامها إلى موضوع خارجي ، بل هي وجود في مقابل الوجودات الخارجية والوجودات الذهنية على ما تقدم بيانه .

اذن : فلا محيص - بمقتضى ظهورات الأدلة - عن الالتزام بما ذكرناه من الكشف الحكمي فيقال : ان العقد بعد الاجازة يكون صحيحاً من الاول بمعنى اعتبار المرأة من حين الاجازة زوجة للرجل من حين وقوع العقد .

هذا وقد يورد على ما اخترناه بوجهين :

الاول : ان العبرة في التضاد لما كانت بزمان المعتبر لازمان الاعتبار لم يعقل ان يكون المبيع في البيع الفضولي ملكاً للمالك قبل الاجازة وملكاً للمشتري بعدها في زمان واحد - واعني زمان صدور العقد - وان كان الاعتبار في زمانين . وعلى هذا الاماس كان امتناع ثبوت حكمين مختلفين الوجوب والحرمة للخروج من الدار المغصوبة فانه لا يعقل ان يحكم بحرمة ذلك التصرف حال الدخول ثم يحكم بوجوبه حين الخروج فان الفعل الواحد لا يتصف بلحاظ زمان واحد إلا باحدهما واما اتصافه بهما معاً فهو ممنوع حتى واو كان زمان

الاعتبارين مختلفاً .

وفيه : انه انما يتم في الاحكام الشرعية التكليفية باعتبار انها انما تنشأ من المصالح أو المفساد الكامنة في متعلقاتها ، فانه يمتنع ان يكون الشيء الواحد محبوباً ومبغوضاً في زمان واحد حتى وان اختلف زمان الحكم ومن هنا حكمنا بعدم جواز اجتماع الوجوب والحرمة للخروج من الدار المغصوبة فانه لا يمكن ان يكون محبوباً ومبغوضاً في آن واحد . واما بالنسبة إلى الاحكام الوضعية الاعتبارية فلا يتم ما ذكر حيث تكون المصلحة في نفس الاعتبار ، فانه لا مانع من الاعتبارين إذا اختلف زمانهما ، فيعتبر في يوم السبت - مثلاً - ملكية زيد لشيء معين في يوم الاثنين ثم يعتبر في يوم الاحد ملكية عمرو لذلك الشيء في يوم الاثنين أيضاً ، من دون أي محذور فيه ما دامت المصلحة قائمة في الاعتبار ، بل لو لم يكن هناك تنافٍ في الأثر لقلنا بجواز اعتبار ملكية شيء واحد لشخصين على نحو الاستقلال في زمان واحد :

الثاني : ان ما ذكر انما يتم في الاحكام المجعولة على نحو القضايا الخارجية ، ولا يتم في الاعتبارات المجعولة بنحو القضايا الحقيقية لان هذه الاعتبارات موجودة باجمعها في آن واحد هو أول الشريعة المقدسة وحيث ان الاعتبارات الشرعية من هذا القبيل فلازم القول بالكشف بالمعنى الذي ذكر اعني اعتبار الملكية للمالك قبل الأجازة واعتبارها للمشتري بعدها من حين صدور العقد ، هو اجتماع هذين الاعتبارين في زمان واحد هو اول الشريعة المقدسة ، وهو محال .

وفيه : ان الأنشاء في هذه الاعتبارات وان كان ازلياً وثابتاً مع بدء الشريعة المقدسة ، إلا ان فعليتها انما تكون بعد تحقق موضوعاتها في الخارج إذ قبله لا يتجاوز الاعتبار مرحلة الانشاء ومن هنا فحفت

ان احد الاعتبارين كانت فعلية قبل الاجازة في حين ان فعلية الاعتبار الثاني وهو اعتبار الملكية للمشتري انشائي محض يتوقف بلوغه مرحلة الفعلية على اجازة المالك فلا يكون هناك أي تنافٍ بين هذين الاعتبارين. ثم ان الكشف الحكمي بالمعنى الذي اخترناه غير الكشف الحكمي الذي ذهب اليه شيخنا الاعظم (قده) والفرق بينهما يكمن في انه (قده) يرى اتحاد زمان الاعتبار والمعتبر بمعنى كونهما معاً بعد الاجازة غاية الأمر ان انما ترتب من حين العقد ، في حين انا نرى اختلاف زمانهما فان الاعتبار انما يكون حين الاجازة ، واما المعتبر فهو متقدم عليه وثابت حين العقد فان ما ذهب اليه (قده) خلاف ظاهر الأدلة ولا دليل يساعد عليه. اذن : فما اخترناه هو الصحيح الموافق لظاهر الأدلة والدوق العرفي. ويرتّب على هذا انه لو واقعها العبد فأولدها ثم أجاز المولى لم يحكم بكون الواقعة زناً ولا يحد لذلك ، إذ يفرض من الآن ان الواقعة انما كانت واقعة للزوجة لا للمرأة الاجنبية وان كانت في وقتها كذلك لا محالة ويتفرع على ذلك ترتب جميع آثار الوطء الصحيح من التوارث بينهما وما شاكله عليه .

وكذا الحال فيما لو أجاز المالك العقد الفرضي بعد مضي مدة من وقوعه فانه يحكم من الآن بصحة العقد السابق وتملك المشتري للمبيع من ذلك الحين ويتفرع عليه جميع آثار الملكية الصحيحة ومنها جواز مطالبة المشتري للمالك باجرة مثل المنافع التي استوفاه من العين في الفترة ما بين العقد والأجازة .

فالمتحصل من جميع ما تقدم : ان القول بالكشف الحكمي لما كان ممكناً في نفسه وكان يساعد عليه دليل نفوذ العقد وبعض الأدلة الخاصة تعين القول به ، دون سائر الاقوال من النقل أو الكشف الحقيقي أو

ولا يضره النهي ، لانه متعلق بأمر خارج متحد (١) .
والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الأجازة ،

الأنقلابي أو الحكمي بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأعظم (قد ه) لما
عرفت من انها بين ما هو ممتنع في نفسه وما لا يساعد عليه الدليل .
(١) لما اختاره (قد ه) من ان وجوب المقدمة أو حرمتها لما
هو لعنوان المقدمة ، فيكون النهي في المقام متعلقاً بأمر خارج اعني
عنوان المقدمة فلا يؤثر شيئاً ، نظير ما التزم به (قد ه) في باب الوضوء
فما إذا كانت له غايتان احدهما واجبة والاخرى مستحبة وكان الوضوء
مقدمة لهما من ثبوت الحكمين معاً للوضوء فيلتزم بكونه واجباً ومستحباً
بالفعل لانه من اجتماع الحكمين في عنوانين يتحدان خارجاً وهو (قد ه)
ممن يرى جواز ذلك بل يرى جواز اجتماع الامر والنهي إذا تعلقا
بعنوانين وان كانا منطبقين على شيء واحد في الخارج ، فيحكم بكون
الوضوء واجباً بما هو مقدمة للواجب ومستحباً بما هو مقدمة للمستحب
ففي المقام يقال : ان العقد بما هو تزويج في نفسه فهو مباح وبما
هو مقدمة للحرام حيث اتى به بقصد التوصل إلى الحرام فهو حرام
فيكون متعلق النهي أمراً خارجاً عن التزويج فيحكم بصحته لا بحاله .
غير انك لما عرفت في باب الوضوء ان الصحيح ان عنوان المقدمة
انما هي من العناوين التعليلية لامن الجهات التقييدية كانت هذه
المسألة أجنبية بالمرّة عن مسألة اجتماع الامر والنهي بعنوانين ، إذ
البحث المعروف في جواز الاجتماع وعدمه انما هو فيما إذا تعلق الامر
بعنوان وتعلق النهي بعنوان آخر غيره وكانت بين العنوانين نسبة العموم
والخصوص من وجه كما هو الحال في مثال الغصب والصلاة ، ولا يجري فيما نحن

فيه باعتبار ان مفهوم المقدمة بما هو غير متصف باي وصف ،
والملازمة - بناءً على القول بها - انها هي بين الواجب أو الحرام وما
هو مقدمة له بالحمل الشائع ، فيكون عنوان المقدمة وتوقف الواجب
أو الحرام على شيء علة لوجوب ذات ذلك الشيء أو حرمة لا علة
وجوبه أو حرمة بعنوان المقدمة ، وهذا ما يصطلح عليه بالجهة
التعليلية لوجوب ذات المقدمة أو حرمتها .

وعلى هذا فيكون الوضوء بعنوان واحد واجباً ومستحباً لهذين فيما
أنه مقدمة للواجب يكون واجباً وبما انه مقدمة للمستحب يكون مستحباً
وهو غير ممكن حتى عند من يرى جواز اجتماع الامر والنهي فان
القائل به انها يرى ذلك فيما إذا تعدد العنوان ، واما إذا اتحد العنوان
غاية ما هناك ان سبب الوجوب والحرمة كان متعدداً فلا قائل بالجواز
على الاطلاق .

وعلى هذا الامام ذكرنا في مسألة الوضوء ان ما أفاده الماتن (قده)
من الحكم بالوجوب والاستحباب غير تام في نفسه ولا يمكن المساعدة عليه .
ومن هنا يظهر الحال في المقام فان عنوان المقدمة لما كان من
الجهات التعليلية كان معروض الحرمة - على القول بها - انها هو ذات
المقدمة اعني الزويج لا محالة وعليه فلا يكون النهي متعلقاً بأمر خارج عنه .
فما أفاده (قده) ضعيف جداً ولا مجال للمساعدة عليه .

ثم ان لشيخنا المحقق (قده) في المقام كلاماً حاصله ان الوجوب
أو الحرمة انما يتعلق بعنوان المقدمة وهو جهة تقييدية ولذا يعتبر في
انصاف المقدمة بهما قصد التوصل بها إلى ذي المقدمة .

وقد ذكر (قده) في وجه ذلك ان انقسام الجهة إلى التعليلية
والتقييدية انما يخصص بالاحكام الشرعية فان الجهة ان كانت في مرحلة

سابقة عن الحكم وكانت علة لتعلق الحكم بالشيء كانت جهة تعليلية ،
واما ان كانت في مرحلة متأخرة في الرتبة عن الحكم كانت جهة
تقييدية ، واما الاحكام العقلية فليست فيها جهات تعليلية مغايرة
للجهات التقييدية وانما الجهات التعليلية فيها هي بعينها جهات تقييدية
سواء في ذلك الاحكام العقلية النظرية والاحكام العقلية العملية ، فاذا
ادرك العقل بان وجود زيد - مثلاً - وعدم وجوده لا يجتمعان باعتبار
ان لازمه اجتماع التقيضين فهي جهة تعليلية بمعنى ان استحالة اجتماع
وجود زيد وعدمه معلول لاستحالة اجتماع التقيضين لانطباقه على المورد ،
وكذا الحال في كل قضية ممنوعة بحكم العقل ، فان استحالة اجتماع
التقيضين اساس لها لرجوعها اليها لاحالة ، ومن هنا فتكون الجهة
التعليلية تقييدية بالضرورة . وهكذا الامر في الاحكام العملية فان
حكم العقل بحسن ضرب اليتيم والمصلحته باعتبار انه احسان له
وعدل في حقه انما يرجع الى حكم العقل بحسن العدل والاحسان ،
لانطباقه عليه ، فالجهة التعليلية فيه ترجع الى الجهة التقييدية نظراً
لرجوع حكم العقل بحسن الضرب والتأديب الى حكمه بحسن الاحسان
والعدل ، وكذا الكلام في حكمه بقبح ضرب اليتيم للتأديب لكونه
ظلماً فانه انما يرجع الى حكمه بقبح الظلم فتكون الجهة التعليلية في
القضية هي بعينها الجهة التقييدية ، وهاتان القضيتان اعني حسن العدل
والاحسان وقبح الظلم هما الاساس لكل مورد بحكم العقل بحسن
شيء أو قبحه .

اذن ، فليست في الاحكام العقلية جهات تعليلية تغاير الجهات
التقييدية وانما الجهات التعليلية هي بعينها جهات تقييدية كما ان الجهات
التقييدية هي بعينها جهات تعليلية .

ومن هنا ؛ فيما ان وجوب المقدمة انما هو بحكم العقل كان الوجوب ثابتا لها بما هي مقدمة وعليه فلا بد من قصد التوصل نظراً إلى ان العنوان هو متعلق الوجوب أو الحرمة ؛ وما أفاده (قده) وان كان تاماً وصحيحاً في نفسه إذ ليست في الاحكام العقلية جهات تعليلية تغاير الجهات التقييدية إلا ان تطبيقه لهذا الكلام على المقام مما لا يمكن المساعدة عليه والسر في ذلك ان وجوب المقدمة - على القول به - انما هو شرعي لاعقلي وانما العقل يدرك الملازمة بين الوجوبين بمعنى انه يدرك استحالة انفكاك وجوب ذي المقدمة شرعاً عن وجوب المقدمة كذلك ، واما نفس الوجوب فهو شرعي محض .

وبعبارة اخرى : ان العقل انما يدرك الملازمة واستحالة الانفكاك بين الوجوبين الشرعيين خاصة واما نفس الوجوب فهو شرعي وليس مما يحكم به العقل ، ومن هنا فيكون عنوان المقدمة جهة تعليلية للوجوب الشرعي بمعنى ان الترتب وتوقف الواجب عليها المعبر عنه بعنوان المقدمة حلة لايجاب ذات المقدمة شرعاً .

وعليه فلا يكون هذا من مصاديق ما أفاده (قده) من ان الجهات التعليلية هي بعينها جهات تقييدية في الاحكام العقلية . وكيف كان فالصحيح في التعليل ان يقال . ان النهي التكليفي عن المعاملات لا يقضي فسادها ، إذ لا ملازمة بين حرمة المعاملة وعدم نفوذها بل قد تكون محرمة وفي نفس الحين تكون نافذة كما هو الحال في النهي عن البيع وقت النداء ، فانه محرم وصحيح باعتبار ان النهي والمبغوضية لا ينافيان الأمضاء لعدم اعتبار القرية فيها كالعبادات كي يقال بان المبغوض لا يصح التقرب به ، هذا والذي

فلا تنفع الاجازة بعد الرد (١) ، وهل يشترط في تأثيرها عدم

يهون الخطب اننا لم نلتزم بالحرمة في المقام اصلاً ، وقد عرفت انه من مصاديق التجري وهو غير محرم ، اذن فلا مجال للبحث في حرمة المقدمة سواء أقصد بها التوصل إلى امضاء المولى أم قصد ترقيب الاثر عليه سواء أذن المولى أم لم يأذن .

(١) على ما هو المعروف والمشهور بين الاصحاب بل ادعى الشيخ الانصاري (قدّه) الاجماع عليه : وقد هلاوا ذلك بانه كرد البائع وعدوله الفاصل بين ايجابه وقبول المشتري حيث يمنع من تأثير قبول المشتري بلا كلام .

الا ان ما ذكره لا يخلو من الاشكال بل المنع وذلك فلأن من غير المحتمل ان يكون الاجماع في المقام اجماعاً تعديلاً يكشف عن رأي المعصوم (ع) بل من الواضح ان مستنده انما هو استظهار كون المقام من قبيل رجوع البائع قبل قبول المشتري وحيث ان بين المسألتين بوناً بعيداً فلا مجال للالتزام بما ذكره .

والوجه فيه : ان الموجب إذا رجع عن ايجابه قبل القبول لم يتحقق مفهوم العقد لأنه عبارة عن ضم التزام إلى التزام وربط تعهد بآخر فاذا فرض ارتفاع التزام البائع بالرجوع أو الموت أو الجنون لم يكن للقبول أثر باعتبار انه ليس هناك التزام آخر يضم هذا الالتزام اليه ويربط بينهما ، فلا يتم مفهوم العقد ، واين هذا من المقام الذي ليس هناك أي التزام من المولى وانتساب للعقد اليه قبل الرد وبعده كي يقال ان الرد قد أبطل أثره ، بل الرد وعدمه في المقام سيان حيث لا أثر له بالمرّة ، فان العقد لم يكن منتسباً اليه قبل الرد وكذا الحال بعده ، كما انه لم يكن قبل الرد التزام من المولى وكذلك الحال بعده :

بل وكذا الحال لو اعتبرنا رضا المشتري بالمعاملة حين الايجاب
ايضاً على ما ذهب اليه الشيخ (قده) - وان لم نرتضه في محله -
وذلك لان المفروض ان للعقد قد وجد في ظرفه واجداً لجميع الشرائط
هذا استناده إلى المولى فتى أجاز استند العقد اليه ، وليس هذا قبولاً
وانما هو اسناد للعقد الواقع اليه بعد ان لم يكن كذلك ومن هنا فلا
يكون الرد قاطعاً ومانعاً من لحوق الاجازة من المولى :

والحاصل : ان ما ذكروه مضافاً إلى انه لا دليل عليه مخالف
لأطلاقات النصوص المتقدمة والقاعدة المقتضية لصحة العقد الفصولي ،
إذ ليس في المقام مانع من نفوذ العقد غير عدم اذن المولى ومحصية
العبد له ، فاذا أجاز المولى ارتفع هذا المانع وجاز لعدم مقتضي للبطان
بعد اقتضاء القاعدة للصحة .

هذا كله مضافاً إلى دلالة صحيحة مجد بن قيس عن أبي جعفر (ع)
قال : (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل
فولدت منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الأخير فقال :
هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال : خذ وليدتك وابنها .
فناشده المشتري ، فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى يتفلسد
لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال أبوه : أرسل ابني ، فقال :
لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول
أجاز بيع ابنه) (١) ، صريحاً على المدعى ، فان المخاصمة والمطالبة
أظهر أفراد الرد ومع ذلك فقد حكم (ع) بصحة العقد بعد الاجازة .
وبالجملة : فما ذكروه من مانعية الرد للاجازة مما لا يمكن المساعدة
عليه ، بل الادلة العامة والخاصة على خلافه ، فالمتعين هو القول

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١٠ .

سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد أولاً ؟ وجهان . أقواهما : الثاني (١) .

(مسألة ٣) : لو باشر المولى تزويج عبده أو اجبره على التزويج فالمهران لم يعين في عين يكون في ذمة المولى (٢) ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه وهل له ذلك قهراً عليه ؟ فيه اشكال (٣) كما اذا استدان

ينفذ للعقد عند اجازة المولى سواء أصدر منه رد قبلها أم لم يصدره (١) لأطلاقات الأدلة حيث ان مقتضاها نفوذ العقد بالأجازة مطلقاً سواء أكان هناك نهي سابق ام لم يكن ، وما ذكر من مانعية الرد فهو على تقدير الالتزام به انما يختص بالانشاء ولا يشمل مجرد الكرامة النفسانية ، كما هو الحال في الاجازة أيضاً حيث ان مجرد رضا المولى لا ينفع في الحكم بصحة العقد واستناده إلى اجازة المولى . (٢) بلا اشكال ولا خلاف في الحكم بالنسبة إلى الفرض الاول ، واما الفرض الثاني فالحكم كما أفاده (قده) لما يأتي من انه في حكم مباشرة المولى للعقد إذ ليس له فرض شيء في ذمة العبد .

(٣) بل منع ، فان غاية ما ثبت بالدليل انما هو جواز تصرف المولى في عين العبد ومنافعه وامواله - ان كانت - واما التصرف في ذمته فلا دليل عليه ، بل هو مقطوع البطلان كما هو الحال في الاستدانة أو الشراء في ذمة العبد فانه لو كان جائزاً لامكن للمولى ان يصبح من اثرى الأثرياء بالاستدانة أو الشراء في ذمة العبد ثم عتق العبد فيقتبع به دون المولى ، والحال انه مما لا ينبغي الشك في بطلانه .

على ان يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه . وأمالو
 اذن له في التزويج فان عين كون المهر في ذمته ، أو ذمة
 العبد أو في عين معين تعين (١) . وان اطلق ففي كونه
 في ذمته أو في ذمة العبد مع ضمانه له وتعهده اداءه عنه ، أو كونه في
 كسب العبد وجوه . اقواها : الاول (٢) . لان الاذن
 في الشيء اذن في لوازمه . وكون المهر عليه - بعد عدم قدرة
 العبد على شيء وكونه كلاً على مولاه (٣) -

(١) بلا خلاف أو اشكال فيه .

(٢) وذلك فلان القول الثاني وان كان ممكناً إلا انه لا دليل عليه
 والقول الثالث لا وجه له بالمرّة ، فان كسب العبد لما كان من جملة
 اموال المولى لم تكن خصوصية فيه بالذات .

وبعبارة اخرى ان المهر ان كان على المولى فلا موجب لتعيينه
 في مال خاص من امواله وان لم يكن عليه فلا موجب لأخذه من
 كسب للعبد الذي هو من جملة امواله ، فانه لا دليل على خروجه منها .
 اذن : فيتعين القول الأول الذي عليه القرينة العرفية التي ذكرها
 المانن (قدّه) .

(٣) ان كان (قدّه) يشير بذلك إلى الآية الكريمة التي تضمنت
 هذا التعبير فلا يخفى انها غير واردة في العبد وانما هي واردة في
 الأبكم ، قال الله تعالى : (وضرب الله مثلاً رجلين احدهما أبكم
 لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أبنا يوجهه لا بات بنجر هل

من لوازم الاذن في التزويج عرفاً (١) . وكذا الحال في النفقة (٢) . ويدل عليه ايضاً في المهر رواية علي بن أبي حمزة (٣) ،

يستوي هو ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم (١) بل لم يرد في شيء من النصوص ان العبد كل على مولاه ، بل الأمر قد يكون بالعكس من ذلك تماماً كما إذا كان للعبد كسوباً وكان المولى عاجزاً لا عمل له :

(١) كما هو أظهر من أن يخفى ، وهذه القرينة لا تخص بالمولى والعبد وإنما قائمة في الاذن لكل من كان عبداً للأذن بالشراء لنفسه كالأب والأبن فإن الظاهر من اذنه هو كون الثمن عليه .

ثم لو فرضنا عدم تمامية هذه القرينة فالمتعين هو الالتزام بان المهر في ذمة العبد من دون ان يكون للمولى دخل فيه مطلقاً فلا يضمن شيئاً على الإطلاق ، بل يكون اذنه هذا من باب رفع المانع من قبله خاصة نظير اذن العمه أو الخالة في الزوج من بنت الأخ أو الأخت حيث لا يمتثل ان يكون اذنها مستلزماً لثبوت المهر عليهما .

وبذلك فيكون الحال في المقام كسائر موارد ضمانات العبد الثابتة نتيجة اتلافه بشيء أو غيره - باستثناء القتل وقصاص الجروح حيث ان له احكاماً خاصة - فانه يتيسر به بعد العتق من دون ان يكون المولى ملزماً بشيء على الإطلاق على ما تقتضيه القاعدة .

(٢) فان الكلام فيها كالكلام في المهر بلا اختلاف بينهما .

(٣) عن أبي الحسن (ع) : (في رجل يزوج مملوكاً له امرأة

وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (١) . ولو تزوج العبيد من غير اذن مولاه ثم أجاز فقي كونه كالاذن السابق في كون المهر على المولى ، أو بتعهده ، أولاً ، وجهان . ويمكن الفرق بين مالو جعل المهر في ذمته فلا دخل له بالمولى (٢) وان أجاز العقد . أو في مال معين من المولى

حرة على مائة درهم ثم انه باعه قبل ان يدخل عليها ، فقال : يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها ، انها هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده (١) .

إلا انها ساوقة سنداً باعتبار ان علي بن أبي حمزة هذا هو البطائني الكذاب المعروف .

(١) قال : (سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل اذن لعبيده في تزويج امرأة فنزوجهما ثم ان العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من موالي العبد ، فقال : ليس لها على مولاه نفقة وقد بانث عصمتها منه . . . الحديث) (٢) :

وهي واضحة الدلالة على المدعى حيث ان ظاهرهما ان نفقة زوجة العبد على مولاه مالم يأبق فتسقط لانتهاء عصمتها .

(٢) لان الاجازة لما كانت اجازة للعقد السابق بجميع خصوصياته وكان مقتضى العقد السابق كون المهر في ذمة العبد كان المهر على العبد لا محالة يتبع به بعد العتق من دون ان يكون للمولى دخل فيه ،

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

أو في ذمته فيكون كما عين (١)

نظير ما لو أذن المولى قبل العقد في تزوج العبد على ان يكون المهر في ذمته ، حيث لا يقوم اذنه حينئذ إلا بدور رفع المانع من قبله كما عرفت .

ولكن مع ذلك فقد قيل بان المهر على المولى لان ذمة العبد بعينها ذمة المولى ، كما قيل بان القرينة الخارجية بان العبد لا يقدر على شيء قائمة على تعهده بالمهر عند الاذن .

إلا انه لا يمكن المساعدة عليها وذلك : اما الاول : فلأن ما ذكر من ان ذمة العبد غير مغايرة لذمة المولى فهو مما لا اساس له ، بل للعبد ذمة مغايرة لذمة المولى ولذا لو أجاز المولى ان يتزوج العبد مع كون المهر في ذمته صح العقد وكان المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق ، بل قد عرفت ان ذمة العبد تنشغل بالضمانات الناتجة عن الانلاف بلا خلاف فيه كما انه لو أقر بشيء قبل اقراره وتبع به بعد العتق من دون ان تنشغل ذمة المولى بشيء ، فما ذكر من ان العبد لا ذمة له لا يمكن المساعدة عليه ولا دليل يعضده :

وأما الثاني : فلأن القرينة لانجري في المقام ، لان الاجازة انما هي اجازة للعقد السابق بجموع خصوصياته وبكيفية التي وقع عليها ، وحيث انه قد اشتمل على كون المهر في ذمة العبد فلا مبرر للقول بتعهد المولى به ، على انه لو فرضنا ثبوت التعهد فلا ينفع ذلك في التزام المولى به لما يأتي قريباً .

(١) بلا خلاف ولا اشكال لما عرفت من ان الاجازة انها تتعلق بالعقد السابق بجموع خصوصياته ، فبمبني ما عينه للعبد لا محالة ،

ج ٢) المناقشة في كون المهر - مع الاطلاق - على المولى باجازته (- ٥١ -

أو أطلق ، فيكون على المولى (١)

ويكون حاله حال الاذن السابق في النزويج مع كون المهر في ذمة المولى أو عيناً معينة من امواله .

(١) للمقارنة العرفية التي تقدمت ، فيكون حال الاجازة اللاحقة في هذا الفرض - ال الاذن السابق في فرض الاطلاق وعدم تعيين شيء بخصوصه .

إلا ان للمناقشة في هذا مجالاً وذلك فلأن الدمم لما كانت مختلفة ولم يمكن جعل المهر على ذمة مجهولة انصرف عدم التعيين إلى ذمة العبد نفسه لأنه طرف المعاملة والمعاقدة ، ومن هنا فحيث ان الاجازة متعلقة بما وقع واجازة للعقد المتقدم وكان ما وقع عبارة عن تزوج العبد مع كون المهر في ذمته - وان لم يذكر ذلك بالتصريح - فحال هذه الاجازة حال الاذن السابق في العقد مع التصريح بكون المهر في ذمة العبد ، ولا تجري القرينة العرفية المتقدمة في المقام .

على اننا لو فرضنا جريانها في المقام بل او فرضنا تصريح المولى عند الاجازة بتعهده بشبوت المهر في ذمته فلا يخرج ذلك عن كونه وعداً محضاً لا دليل على الزامه به ، حيث لا موجب لانتقال المهر من ذمة العبد إلى ذمة المولى وفراغ ذمة العبد به .

اللهم إلا ان يضممه المولى عند الاجازة بالضمان الشرعي ، فان الحق حينئذ ينتقل إلى ذمة المولى بلا اشكال .

نعم - في فرض عدم الضمان - لو قامت القرينة على ان اقدام العبد على هذا النزويج اقدام على ان يكون المهر في ذمة المولى كما لو علمت المرأة بان العاقد عبد لا يملك شيئاً ، فلا بأس بالقول بان

ثم ان المولى اذا اذن فتارة يعين مقدار المهر ، وتارة يعمم ، وتارة يطلق ، فعلى الاولين : لا اشكال . وعلى الاخير : ينصرف للمتعرف (١) . واذا تعدى وقف على اجازته (٢) .

المهر عند الاجازة يكون في ذمة المولى للقريئة المتقدمة حيث ان الاذن فيه اذن في كون المهر في ذمته ، وبهذه القريئة يرفع اليد عن انصراف الأطلاق إلى كون المهر في ذمة العبد .

(١) خارجاً بالنسبة إلى تزويج العبد من المرأة التي تناسبه ، والوجه في ذلك بعدما ذكرنا في باب الاطلاق ان المطلق شامل للفرد النادر أيضاً على حد شموله للفرد الشايع ، هو ما ذكرناه في باب الوكالة والاستعارة من ان الملاك الأصلي والواقعي انما هو الرضا الباطني للموكل والمعبر والآذن دون اللفظ فانه انما يعتبر لكشفه عن الرضا الباطني لا غير . فبهذا الحاظ لا بد من الاقتصار على الفرد المتعارف لان الاذن لا يكشف إلا عن الرضا الباطني بالتصرف المتعارف كاللبس فيما يلبس والمطالعة في الكتاب ، ولا يكشف عن غير المتعارف كفروش ما يلبس أو مد فرجة الحائط بالكتاب أو البيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء باكثر منه .

ومن هنا فالاذن في المقام ينصرف إلى الفرد المتعارف دون غيره لعدم كاشفية اللفظ عن الرضا الباطني بغيره :

(٢) لان ما وقع لم يأذن فيه وما اذن فيه لم يقع لكونه مقيداً بالمعين أو المتعارف .

وقيل : يكون الزائد في ذمته يتبع به بعد العتق (١) .
وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة ، فإنه ان لم يعين
ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعفة .
فان تعدى وقف على اجازته (٢) .

(١) وفيه انه لا موجب للتفكيك بين ما اذن المالك فيه والزائد ،
لما عرفت من ان ما اذن فيه لم يقع وما وقع لم يأذن فيه ، فالصحيح
هو القول بالتوقف على الاجازة .

(٢) كل ذلك لما تقدم من ان ما وقع لم يأذن فيه المولى وما
اذن فيه لم يقع .

ثم ان في المقام فرعين يرتبطان بمسألة المهر لم يتعرض اليهما
الماتن (قده) ولا بأس بالتعرض اليهما : -

الأول ، لو أطلق المولى الأذن فتزوج العبد من دون مهر ، كان
مهر المثل عند الدخول بها على المولى دون العبد لما تقدم من ان اذنه
في التزويج التزام منه بالمهر للقربة العرفية فانها قائمة على كون المهر
عليه عند اذنه في التزويج وان كان ثبوته بالدخول بها .

الثاني ، لو تزوج العبد باذن المولى وبعد الدخول بها ظهر فساده
لكون المرأة ذات بعل أو ذات عدة أو غير ذلك مع عدم علمها
بالحال حين العقد كان مهر المثل على المولى لأنه باذنه في التزويج قد التزم
بالمهر فاذا ظهر بطلان العقد ثبت في ذمته مهر المثل بدلاً من المسمى .
وأما لو تزوج العبد من غير اذن المولى ودخل بها ثم ظهر الفساد
فان كانت المرأة حاملة بالحال فلا تستحق شيئاً لانها بغية ولا مهر لبغي

ففي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : قال رسول الله (ص) (ايما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير اذن مواليه فقد اباحت نفسها ولا صداق لها) (١) .

وهي وان كانت مطلقة إلا انه لا بد من تقييدها بصورة علم المرأة لقوله (ع) : (فقد اباحت نفسها) فانها خير قرينة على اختصاصها بصورة العلم ، وان كانت المرأة جاهلة بالحال كما لو تخيلت حرية به أو أخبرها العبد بذلك فصدقته استحققت المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق لكونه حين العبودية غير قابل لأداء المهر باعتبار انه وما في يده لمولاه من دون ان يكون للمولى دخل فيه لعدم اذنه في ذلك . ثم هل المهر الثابت في ذمة العبد هو المسمى في العقد أم مهر المثل ؟

ذكر الفقهاء في أبواب متفرقة من الفقه كالبيع والاجارة ونحوهما ان فساد العقد يوجب الانتقال إلى ثمن المثل ان كانت المعاملة بيعاً واجارة المثل ان كانت اجارة أو ما شاكلها باعتبار ان المشتري أو المستأجر انما اقدم على قبض العين أو المنفعة بالضمان لا مجاناً فاذا لم يسلم المسمى لعدم امضاء العقد من قبل الشارع ثبت عليه المثل إذ لا يلزم مال المسلم هدراً ، وعلى هذا الاماس ذكروا ان ما يضمن بصحيحه يضمن بقامده .

غير انا قد ذكرنا في محله ان ما ذكر لا يمكن المساعدة عليه باطلاقه بل لا بد من التفصيل في المقام وذلك لان بطلان العقد قد يكون من جهة عدم اهلية من سلطه على المال لذلك كما هو الحال في بيع الغاصب أو الوكيل مع اشتباهه في متعلق الوكالة نظير ما لو وكله شخص في

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣ .

يبيع داره فباع الوكيل. وكانه خطأ فقيه ينتقل إلى ثمن المثل بلا خلاف لما ذكره من ان المشتري لم يقدم على قبض المال مجاناً وانما أقدم على قبضه مع كون ضمانه عليه فاذا لم يسلم المسمى ينتقل إلى ثمن المثل لا محالة حيث لا يذهب مال المسلم هدرأ .

واخرى يكون البطلان من جهة ايقاع من له السلطنة على المال العقد فاسداً - بلا فرق بين كونه عالماً بذلك أو جاهلاً - ، ففيه قد يفرض ان المسمى اكثر من ثمن المثل وقد يفرض تساويهما وقد يفرض زيادة ثمن المثل عن المسمى ففي الأول لا يجب على المشتري دفع المسمى بلا اشكال باعتبار ان ما أوجبه لم يمض شرعاً فدمته غير مشغولة به ، لكنته حيث أتلف مال الغير مع الضمان فلا بد من ان يخرج عن عهده إذ لا يذهب مال المسلم هدرأ ، وتعيّن عليه دفع ثمن المثل لا محالة ، وكذا الحال في الفرض الثاني .

وأما الفرض الثالث فلا وجه لما ذكره اكثر الفقهاء - باطلاق كلامهم - من الانتهاء إلى ثمن المثل .

والوجه فيه ، ان المالك لما أقدم على الغاء احترام ماله بالنسبة إلى الزائد وسلط المشتري على تلفه بالمقدار المعين كان مفوتاً لاحترام ماله فلا يجب على المشتري الزائد ولا يجري في المقام ما ذكر من ان مال المسلم لا يذهب هدرأ لانه انما يختص بما إذا لم يكن المالك ملغياً لاحترام ماله ، فيتعين حينئذ دفع المسمى خاصة ومن المطمئن به قوياً ان السيرة العقلانية قائمة على ذلك .

وهذا الكلام بعينه يجري في المقام فان الحرة إذا أقدمت على الزواج بمهر دون مهر امثالها فلا مقتضي الانتهاء إلى مهر المثل عند ظهور فساد العقد لانها هي التي ألغت احترام ما تستحقه من المهر بالنسبة

(مسألة ٤) : مهر الامة المزوجة للمولى (١) ،

إلى الزائد ، وهذا الحكم مضافاً إلى كونه على طبق القاعدة يدل عليه صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : (سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير اذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء أجاز نكاحهما ، فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا ان يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً . . . الحديث) (١) ، فانها واضحة الدلالة على ثبوت المهر المسمى عند ظهور البطلان ما لم يكن العبد معتدياً فيه ومن الواضح ان فرض عدم الاعتداء كما يشمل تساوي المهرين يشمل كون مهر المسمى أقل من مهر المثل .

والماتن (قده) قد تعرض لهذا الفرع في المسألة الثالثة عشرة من هذا الفصل ، لكن الاولى تقديمه إلى المقام لشدة المناسبة .

(١) لان المهر وان لم يكن عوضاً في النكاح ولذا يصح من دونه إلا انه شبيه به لان اعتباره انما هو من جهة تمكن الزوج من الانتفاع بالمرأة والاستمتاع بها المعبر عنه بملكية البضع ، ومن هنا فحيث ان هذه المنافع مملوكة للمولى بلا اشكال يتبع ملكيته للامة نفسها كان عوضه له لا محالة .

ومما يؤكد ذلك معتبرة أبي بصير عن أحدهما (ع) : (في رجل زهج مملوكة له من رجل حر على اربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم واخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل ان تكون المائتان المؤخرة على الزوج ؟ قال : ان كان

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

سواء كان هو المباشر ، أو هي باذنه ، أو بأجازته . ونفقتها على الزوج (١) ،

الزوج دخل بها وهي معه ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره (١) .

فانها من حيث السند معتبرة لان سعدان بن مسلم المذكور في سندها وان لم يرد فيه توثيق في كتب الرجال إلا انه مذكور في اسناد كامل الزيارات وتفسير علي بن ابراهيم ، ومن حيث الدلالة واضحة بـل صريحة في ان المهر للمولى .

نعم انها تضمنت سقوط المؤجل من المهر بالدخول بها وهي مسألة خلافية لاختلاف الأخبار فيها حيث دلت جملة منها على السقوط في حين دلت جملة اخرى منها على عدمه ، إلا انها خارجة عن محل كلامنا وميأتي الحديث عنها في محلها انشاء الله .

(١) بلا اشكال فيه على ما استفاد من قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن) (٢) وجملة من النصوص المعتمدة ، فاذا وجبت على الزوج - وضماً - كانت المرأة غنية باعتبار كونها مالكة لها في ذمته فلا يجب على المولى الانفاق عليها لان وجوبها عليه تكليفي محض فلا يجب مع غناها .

نعم او سقطت بالنشوز - كما ذهب اليه المشهور أو بخروجها من داره وانفصالها عنه - كما اخترناه - وجبت نفقتها على المولى لكونها فقيرة حينئذ .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

(٢) البقرة : ٢٣٢ .

الا إذا منعها مولاه عن التمكين لزوجها أو اشترط كونها عليه (١) . وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج (٢) والمشهور ان للمولى ان يستخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلاً ولا بأس به ، بل يستفاد من بعض الاخبار (٣) ولو اشترط غير ذلك فهذا على شرطها (٤) .

(١) فينفذ لعموم المؤمنون عند شروطهم ، هذا إذا كان الشرط شرط الفعل بمعنى اشتراط كون ادائها عايه ، واما لو كان الشرط بنحو شرط النتيجة اعني اشتراط ثبوتها عليه فلا .

(٢) لانها بالتزويج لا تخرج عن ملكه ، بل تبقى مملوكة له كما كانت ، فيكون مقتضى القواعد جواز استخدامها للمولى متى شاء في غير الاستمتاع إذا لم يكن منافياً لحق الزوج حيث انه قد ملكه هذه المنفعة فلا يجوز له التصرف فيه أو تفويته عليه :

(٣) وهو ما رواه في الجعفریات قال : اخبرنا عبدالله اخبرنا محمد حدثني موسى قال حدثنا أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن ابيه عن علي (ع) انه قال : (إذا تزوج الحر الامة نخدم اهلها نهاراً وتأتي زوجها ليلاً وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك به وان حالوا بينه وبين امرأته فلا نفقة لهم عليه) (١) إلا ان سند الكتاب غير موثق وان أصر الشيخ النوري (قدس) على صحته غير انه لا دليل عليه ومن هنا فلا وجه لما ذكر بل لابد من الالتزام بالجواز مطلقاً ما لم يكن منافياً لحق الزوج ، وعدم الجواز كذلك عند منافاته له .

(٤) لعموم وجوب الوفاء بالشرط .

ولو أراد زوجها ان يسافر بها هل له ذلك من دون اذن السيد ؟ قد يقال : ليس له ، بخلاف ما اذا أراد السيد ان يسافر بها فانه يجوز له من دون اذن الزوج والاقوى العكس (١) ،

(١) بل الاقوى هو القول بعدم الجواز لكل منهما ، وذلك لاستلزام سفر كل منهما بها تفويت الحق الثابت للآخر فسفر المولى بها يستلزم تفويت حق الزوج كما ان سفر الزوج بها يستلزم تفويت حق المولى في استخدامها ، فلا يجوز ذلك لكل منهما إلا باذن الآخر بل لو خالف الزوج ضمن المنافع القائمة للمولى .
ثم في فرض تعارضهما فهل تجب على الامة اطاعة زوجها ام تجب عليها طاعة مولاها ؟

الصحيح هو أن يقال : ان المقام لما كان من مصاديق النزاحم حيث لا يمكن الامة الجمع بين السفر وعدمه فلا بد من القول بالتخيير ان لم يكن هناك مرجح لاحد الطرفين ، لكن من غير البعيد ان يقال بترجيح حق المولى لانه أقوى باعتبار كونه مالكا للمعين والمنفعة بخلاف الزوج حيث لا يملك إلا منفعة الاستمتاع ، وبكفيينا في تقديم حق المولى احتمال الأقوائية فانه منجز في باب النزاحم على ما بين في محله .

وبعبارة اخرى نقول : ان الامة لما لم يمكنها الجمع بين حق المولى وحق الزوج حيث يأمر احدهما بالسفر والآخر بالبقاء ، وقع النزاحم بين الامرين لا محالة باعتبار ان كلا منهما مشروط بالقدره ، ومقتضاه

لان للسيد اذا اذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية ،
والرجال قوامون على النساء (١) . واما العبد المأذون في
التزويج فامر به بيب مولاة فلو منعه من الاستمتاع يجب
عليه طاعته ، إلا ما كان واجباً عليه من الوطاء في كل
أربعة أشهر (٢) ومن حق القسم .

(مسألة ٥) : إذا اذن المولى للأمة في التزويج وجعل
المهر لها صحح على الاقوى من ملكية العبد والأمة (٣) ،

هو التخيير ما لم يحتمل أهمية احدهما والا قدم ما احتمل أهميته، وحيث في
المقام يحتمل أهمية أمر المولى لكونه مالكا للعين وجميع منافعها باستثناء
منفعة الاستمتاع ، تعين عليها اطاعته لا محالة .

(١) الظاهر ان هذه الآية الكريمة اجنبية عن محل الكلام فانها
واردة في ان الرجل يقوم ظهر المرأة ووجوب اطاعته عليها ، ومن
الواضح ان هذا لا ينافي وجوب اطاعة المولى عليها أبضاً .

(٢) فلا يجب اطاعته لمخالفته لأمر الله تبارك وتعالى ، ولا طاعة
لمخلوق في معصية الخالق .

(٣) الكلام تارة في امكان ملكيتهما واخرى في وقوعه خارجاً
والدليل عليه .

اما المقام الأول ، فلا ينبغي الشك فيه ، فان الملكية اما هي من
الامور الاعتبارية وقائمة بالاعتبار وهو سهل المؤنسة ، فللشخص ان
يعتبر ما يشاء مادام يترتب عليه الأثر - كي لا يكون لغواً - واما من
تقوم به الملكية ويكون مالكا فلا دليل على اعتبار كونه حراً ، بل

وان كان للمولى ان يتملك ما ملكاه . بل الاقوى كونه مالكاً لها ولما لها ملكية طولية (١) .

يمكن ان يكون جماداً كالوقف على المسجد وما شاكله .
وأما المقام الثاني : فيمكن الاستدلال على وقوعه بجملة من النصوص
المعتبرة كاتي دلت على نفي الزكاة في مال العبد ، فانه ظاهر في
كون العبد مالكاً غاية الأمر ان امواله مستثناة من حكم الزكاة وإلا
فلو لم يكن العبد مالكاً لم يكن وجه لنفي الحكم عنه لكونه مالبة
بانتفاء الموضوع ، والتي دلت على ان العبد لا يرث ولا يورث فان
الحكم بانه لا يورث ظاهر في انه يملك إلا ان امواله لا تنتقل بموته
إلى ورثته ، وإلا فلو لم يكن له مال لعدم قابليته للملكية لم يكن
وجه للقول بانه لا يورث ، والتي دلت على ان العبد ليس له التصرف
في امواله من دون اذن سيده كصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبد الله
عنه السلام قال : لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا اعطاء من
ماله إلا باذن مولاه (١) . فانها تدل وبكمال الصراحة على ان العبد
بملك غاية الأمر انه محجور عليه وليس له التصرف إلا باذن مولاه .
(١) إذ لا محذور فيه عقلاً نظراً إلى ان الملكية من الامور الاعتبارية
فلا يأتي فيها التضاد أو التناقض أو التماثل لانها انما تختص بالامور
التكوينية الموجودة في الخارج ، فلا مانع من اعتبار شيء واعتبار
عدمه في آن واحد عقلاً غاية الأمر انه يكون لغواً ولا يصدر من
الحكيم إذا لم يكن له أثر وإلا فلا لغوية فيه أيضاً كما هو الحال في
اعتبار وكيلين أو متولين مستقلين بحيث يعمل كل منهما منفرداً عن الآخر .

هذا بشكل عام وأما في خصوص الملكية فاعتبارها لشخصين كل منهما مستقلاً عن الآخر لغو محض لأن مقتضى اعتبار ملكية زيد له هو جواز تصرفه فيه كيف يشاء وانتقاله إلى ورثته بعد موته في حين ان مقتضى اعتبار ملكية عمرو له هو عدم جواز تصرف زيد فيه في حياته وعدم انتقاله إلى ورثته بعد وفاته وكذا العكس فيكون لغواً محضاً ، ومن هنا فقد ذكرنا في باب الجمع بين الاحكام الظاهرية والواقعية ، انه لا استحالة في الجمع بين الحكيمين مطلقاً سواء اكانا معاً واقعيين أم كانا ظاهريين أم كان احدهما واقعياً والآخر ظاهرياً غاية الأمر ان الاول لغو لا يصدر من الحكيم . لاسيما إذا قلنا بقعية الاحكام للمصالح والمفاسد في متعلقاتها فانه حينئذ لا يمكن الجمع بينهما أيضاً حيث لا يمكن ان يكون الشيء الواحد واجداً للمصلحة الراجحة والمفسدة الراجحة في آن واحد . واما الثاني فهو كالأول في اللغوية حيث لا يمكن للمكلف امتثالهما في الخارج واما الثالث فلا محذور فيه اصلاً إذ انهما لا يصلان معاً إلى المكلف اصلاً فاذا وصل الاول ارتفع موضوع الثاني ، وإذا وصلت النوبة إلى العمل بالثاني فلا بد من فرض عدم الاول ومن هنا فلا يكون جعلها معاً لغواً فضلاً عن كونه ممنوعاً عقلاً :

والحاصل : انه لا محذور عقلاً من اعتبار ملكية شيء لشخصين مستقلين في نفسه مع كون احدهما في عرض الآخر فضلاً عن كون ملكية المولى طولية ، نعم هو عبث ولغو فلا يصدر من الحكيم ، غير ان هذا غير الامتناع العقلي كما لا يخفى .

وأما بالنسبة إلى خصوص العبد ومولاه فاعتبار ملكية شيء واحد لكل منهما مستقلاً في عرض الآخر فضافاً إلى انه لا يصطدم باي

محذور عقلي لا يأتي فيه محذور اللغوية لان العبد ممنوع من التصرف ولا يورث فلا يأتي فيه ما ذكر من ان اعتبار الملكية له يقتضي جواز تصرفه فيه كيف يشاء وانتقاله إلى ورثته بعد موته ، إذ انه لا يقدر على شيء :

إلا انه لا دليل عليه ، بل ربما يتنافى ما دل على جواز هبة المولى لعبده شيئاً فان مفهومها انما هو رفع اليد عن الملكية وسلب مالكيته عن شيء وجعلها لآخر فانه لا ينسجم مع كون المولى مالكاً لذلك الشيء في عرض ملكية للعبد أيضاً ، إذ انه انما يكون حينئذٍ من اضافة مالك إلى مالك لا سلب الملكية عن شخص وجعلها لآخر ، بل وربما يتنافى ما دل على نفي الزكاة عن مال العبد ، فان المال لو كان مملوكاً للمولى أيضاً لوجب فيه الزكاة من هذه الجهة وهو يتنافى مع الحكم بانه لا زكاة فيه :

وبالجملة : فالالتزام بملكية المولى للمال في عرض ملكية للعبد له مضافاً إلى انه لا دليل عليه ، يتأفوه بعض النصوص الواردة في أبواب متفرقة من الفقه .

اذن : فالصحيح هو الالتزام بما ذكره الماتن (قده) من ملكية المولى للمال ملكية طوايية بمعنى ان المال مملوك للعبد اولاً وبالذات غاية الأمر ان المولى يملكه أيضاً باعتبار ملكيته للمالك المال أعني العبد فهو مملوك له بالتبع لا بالأصل ، فان هذا الالتزام لا محذور فيه اصلاً وتدل عليه صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) انه قال : (في المملوك ما دام عبداً فانه وماله لاهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا ان يشاء سيده) (١) وصحيحة اصحاق بن عمار

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : (ما تقول في رجل يهب لعبده الف درهم أو أقل أو أكثر ، فيقول : حلاني من ضربني إياك ومن كل ما كان مني إليك وما أخفك وأرهبتك فيحمله ويجمله في حل رغبة فيما أعطاه ، ثم إن المولى بعد أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى ، أحلال هي ؟ فقال : لا فقلت له : أليس العبد وماله لمولاه ؟ فقال : ليس هذا ذلك ، ثم قال (ع) : قل له فليردها عليه ، فإنه لا يحل له ، فإنه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والفصاحص يوم القيامة (١) . فان قول اصحاق (أليس العبد وماله لمولاه) واجابة الامام (ع) عنه بأنه (ليس هذا ذلك) ظاهر الدلالة في ان ملكية المولى للعبد ومن ثم لما يملكه من الأمور أمر مفروغ عنه .

والحاصل : ان العبد مالك لأمواله أولاً وبالذات ، ومولاه مالك لتلك الاموال لكن يتبع ملكيته للعبد نفسه ، فلكية المال المعين معتبرة مرتين تارة للعبد بالذات واخرى للمولى يتبع ملكيته للعبد ، وقد عرفت انه لا محذور في هذين الاعتبارين مادامت هناك مصلحة فيه . هذا مضافاً إلى دلالة صحيحتي محمد بن قيس واصحاق بن عمار على ما ذكرناه .

نعم لا بد من استثناء صورة واحدة من هذا الحكم حيث لا يملك المولى فيها مال العبد يتبع ملكيته له وهي ما لو اعطى المولى شيئاً لعبده في قبالة ان يحمله مما اعتدى عليه ، فراراً من العقاب الاخروي ، وذلك لصريح صحيحه اصحاق بن عمار المتقدمة فيملك العبد هذا المال مستقلاً ومن دون ان يملكه المولى بالملكية الطولية .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩ من أبواب بيع الحيوان ح ٣ .

(مسألة ٦) : لو كان العبد أو الأمة للمالكين أو أكثر
توقف صحة النكاح على اذن الجميع أو اجازتهم (١) .
ولو كانا مبعضين توقف على اذنهما واذن المالك (٢) .
وليس له اجبارهما حينئذٍ (٣) .
(مسألة ٧) : اذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤)

(١) لما تقدم في المالك المتحد ، إذ لا فرق بين المتحد والمتعدد
فانهم جميعاً يملكونه ولكل منهم حصة فيه ، فلا يصح التزويج من
دون اذن المالك أو اجازته .

(٢) اما اعتبار اذنها فللحفاظ الجزء الحر حيث لا سلطنة للمولى
عليه ، واما اعتبار اذن المالك فللحفاظ الجزء المملوك حيث يكون
التصرف فيه بغير اذنه تعدياً على سلطانه وتصرفاً في ماله بغير رضاه .
(٣) لعدم السلطنة على جزئها الحر .

(٤) الروايات الواردة في المقام أربع احداها واردة في شراء
الحرة زوجها العبد وهي رواية سعيد بن يسار قال : سألت أبا عبد الله
عليه السلام (عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتره هل يبطل
نكاحه ؟ قال : نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء) (١) إلا انها
ضعيفة السند من جهة ان شيخ الكليني (قده) أبا العباس محمد بن جعفر
لم يرد فيه توثيق .

وثلاث منها واردة في الأثر هي : -

١ - صحيحة عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله (ع)

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والأماح ٢ .

يقول (في رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب في زوج امه ، ثم مات الولد أثرته أمه ؟ قال : نعم ، قلت : فاذا ورثته كيف يصنع وهو زوجها ؟ قال : تفارقه وليس له عليها ميبيل وهو عبدا) (١) .

ثم ان صاحب الوسائل (قدّه) قد جعل كلمة « وهو عبدا » بين قوسين وجعل عليها حرف (خ) اشارة إلى انها نسخة غير انا عند مراجعتنا إلى المصدر وجدنا ان الكلمة ثابتة فيه من غير الأشارة إلى كونها نسخة ، فما فعله (قدّه) لعله من سهو القلم .

٢ - صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : (قضى أمير المؤمنين (ع) في سرية رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فانكحها عبده ثم توفي سيدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من ابيه ثم توفي ولدها فورث زوجها من ولدها ، فجاءا يختلفان يقول للرجل : امرأتي ولا اطلقها ، وتقول المرأة عبدي لا يجامعني ، فقالت المرأة : يا أمير المؤمنين ان سيدي تسراني فولدني ولدأ ثم اعتزاني فانكحني من عبده هذا ، فلما حضرت سيدي ال وفاة اعتقني عند موته وانا زوجة هذا وانه صار مملوكاً لولدي الذي ولدته من سيدي ، وان ولدي مات ثم ورثته هل يصلح له ان يطأني ؟ فقال لها : هل جامعك منذ صار عبدك وانت طائفة ؟ قالت : لا يا أمير المؤمنين ، قال : لو كنت فعلت لرجعتك اذهبي فانه عبدك ليس له عليك ميبيل ان شئت أن تبيعي وان شئت ان ترقي ، وان شئت ان تعتقي) (٢) .

٣ - معتبرة اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) قال : (في

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣ .

وتستحق المهر ان كان ذلك بعد الدخول (١) . واما ان كان قبله ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه ، أو ثبوت تمامه وجوه مبنية على انه بطلان أو انفساخ (٢) . ثم هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أولا؟ وعلى السقوط كلاً اذا

امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته ، قال : ليس بينهما نكاح (١) : وهذه النصوص وان كانت واردة في تملكها له بالأرث ، إلا ان الظاهر من الصحيحتين الاوليين هو ان انفساخ الزوجية انما هو من جهة عدم اجتماع الزوجية والعبودية مطلقاً وان الرجل الذي هو عبد للمرأة وليس له عليها سبيل لا يصلح ان يكون زوجاً لها ويقوم ظهرها من دون ان يكون لسبب العبودية خصوصية ومن هنا فيتم ما ذكره الماتن (قده) وان كانت الرواية الواردة في شرائها لزوجها ضعيفة السند : (١) بلا اشكال فيه ولا خلاف ، لاستقراره بالدخول بعد ان كان العقد صحيحاً ، فلا موجب لسقوط بعضه فضلاً عن تمامه .

(٢) وذلك لان ارتفاع العقد عند طرو ما يوجب زواله بعد الحكم بصحته انما يكون على نحوين : -

الاول : زواله على نحو تقدير انه لم يكن ، فيفرض العقد حين طرو الرافع كأنه لم يقع في الخارج ولم يكن في حينه كما هو الحال في موارد الفسخ بالخيار .

الثاني : زواله من حين طرو العذر وبطلانه عند تحقق السبب كما هو الحال في الطلاق .

أما على النحو الأول : فلا يجب على احد المتعاقدين شيء للاخر لارتفاع العقد وفرضه كأن لم يكن ، وفي حكم الفسخ الانفساخ اعني حكم الشارع به وان لم يكن هناك فسخ من المتعاقدين كما هو الحال في باب التداعي فاذا ادعى البائع ان المبيع كان داراً وادعى المشتري انه كان بستاناً حكم بالانفساخ ، وفرض العقد كأن لم يكن من الاول .
ففي المقام لو فرض الانفساخ فليس للزوجة شيء من المهر لانه مأخوذ في ضمن العقد وهو قد فرض كأن لم يكن ، فلا موجب لثبوته مجرداً عنه ، سواء أكان الفسخ من قبله أو من قبلها .

نعم في خصوص ما لو فسخت المرأة العقد لظهور الرجل عينياً تستحق عليه نصف المهر ، للنص - على ما سيأتي بيانه - وإلا فقتضى القاعدة عدم استحقاقها شيئاً لفرض العقد غير واقع في الخارج .

وأما على النحو الثاني ، كما لو عرض البطلان نتيجة لارتضاع ابن الزوج من ام الزوجة فانه يبطل النكاح حيث لا ينكح أبو المرضع في اولاد صاحب اللبن أو المرضعة ، لكنه لا يعد فسخاً ورفعاً للعقد من الأول وفرضه كأن لم يكن وانما هو حكم بانه كالعدم من الآن .

وعلى هذا فتستحق المرأة في هذا التقدير المهر لكنها هل تستحقه بتمامه أو تستحق نصفه خاصة خلاف بين الاصحاب فمنهم من ذهب إلى الأول ومنهم من اختار الثاني .

والصحيح هو الاول والوجه فيه ان سقوط المهر كلاً أو بعضاً بعد ثبوته بالعقد وملكية الزوجة له على الزوج أو سيده يحتاج إلى الدليل ، وإلا فقتضى اطلاق ادلته هو ثبوته تماماً في ذمته ، وحيث لا دليل في المقام فلا مجال للمصير اليه .

نعم دلت الآية الكريمة وبجملته من النصوص على سقوط النصف في

الطلاق كما ورد النص في ابراء الرجل لزوجته المنقطة قبل ان يدخل بها ، كما ان ذلك هو الصحيح عندنا في الموت أيضاً للنص الصحيح وان خالف فيه جماعة فالزموا بثبوت التام أو قول بالتفصيل بين موت الزوج وموت الزوجة .

وأما في غير هذه الموارد من موارد بطلان العقد وارتفاعه بقاءً فحيث لا دليل على سقوط شيء من المهر فلا وجه للقول به بل اللازم هو الالتزام بثبوت تمامه .

ثم انه يظهر من كلمات بعضهم التفصيل في المقام بالقول بان سبب البطلان ان كان هو الزوج وجب عليه دفع تمام المهر اليها وان كانت هي للزوجة سقط المهر اجمع وان كانا هما معاً انتصف المهر فيسقط نصفه ويجب عليه دفع النصف الآخر اليها :

ولم نعرف لهذا القول وجهاً غير دعوى استناد التفويت إلى من هو سبب البطلان فيضمنه للآخر .

إلا انها مما لا يمكن المساعدة عليها وذلك لان الزوجية ليست من المالبات كي تضمن عند تفويتها ، ولذا لو قتل شخص زوجة احد لم يضمن مضافاً إلى دينها عوض الزوجية ، وكذا لو تصدى الغير للبطلان وسبب فيه كما لو تصدت ام الزوجة لارضاع الطفل عمداً فحرمت المرأة على زوجها ، فلا يحتمل ثبوت المهر عليها مع انها هي التي فوتت الزوجية وأبطلتها .

والحاصل : ان في موارد الفسخ أو الأفساخ لا يثبت للزوجة شيء من المهر بالمرّة عمداً مورد الفسخ نتيجة لعفن الزوج حيث يثبت لها نصف المهر ، واما في موارد البطلان ففي غير الموارد التي دل الدليل على سقوط النصف كالموت والطلاق والابراء ، لا يسقط من

اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة السيد بطول الشراء ،
للزوم خلو البيع عن العوض (١) . نعم لا بأس به اذا كان

المهر ولا جزء من الألف فضلاً عن نصفه ، بل تستحق تمام ما سمي
في العقد .

(١) لانفساخ الزوجية بمجرد شراء الزوجة زوجها فيرجع المهر
إلى السيد لا محالة وبذلك لا يتحقق مفهوم البيع الذي هو عبارة عن
مبادلة مال بمال لان تملك العبد حينئذ يكون بلا عوض ، وليس
هذا تخصيصاً في ادلة البيع أو شراء الزوجة زوجها وانما هو خروج
عنها بالتخصص ، حيث لا يتحقق فيه مفهوم البيع والشراء .

وقد خالف في ذلك شيخنا الاستاذ (قده) حيث التزم بالصحة
بدعوى ان سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد وإلا فالزوجية
قبل ذلك ثابتة والمهر لازم للمولى وهي تملكه بلا خلاف وانما يعرض
البطلان في مرتبة متأخرة عن الشراء ومن هنا فحيث ان المرأة تملك
المهر في رتبة الشراء فلا وجه للحكم بالبطلان لعدم خلو البيع عن العوض .
وقد اشكل عليه في بعض الكلمات بانه لا فرق في البطلان بين
ان يكون في مرتبة متقدمة عن الشراء أو يكون في مرتبة لاحقة له
فان سقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء في
الرتبة اللاحقة فيلزم نفس المدور المذكور في المتن .

ولكنه مندفع بانه : لا موجب للحكم ببطلان البيع فيما إذا كان
سقوط المهر في مرحلة متأخرة عنه ، بل لا بد من الحكم بالصحة
ولزوم دفع بدل المهر إلى السيد على الزوجة ، نظراً لتلف نفس المهر
حكماً بانتقاله إلى البائع في مرحلة سابقة عن انفساخ العقد ، كما هو

الحال في سائر موارد الفسخ أو الانفساخ بعد تلف العوض حقيقة أو حكماً بالانتقال اللازم عن ملكه .

ففي المقام يقال : ان الزوجة حينما اشترت زوجها كانت مالكة للمهر فصح البيع لتامة الشروط ، وحينما حكم ببطلان الزوجية في مرحلة متأخرة عن الشراء وجب عليها ارجاع المهر الى من كان المهر عليه وحيث انه تلف لانتقاله عنها لزمها دفع بدله ، كما هو الحال في جميع موارد تأخر الفسخ عن تلف احد العوضين ، ولا موجب لدعوى البطلان في المقام .

غير ان هذا لا يعني تامة ما أفاده شيخنا الاستاذ (قده) فانه مما لا يمكن المساعدة عليه .

وذلك لما ذكرناه في كتاب الصلاة عند تعرض المصنّف (قده) لما إذا نسي المصلي التسليم حتى صدر منه الحدث ، من الحكم بالصحة بالنظر إلى ان دليل لا تعاد شامل للتسليم أيضاً حيث انه ليس من الخمسة المستثناة ، فيدل على سقوط جزئته عند النسيان كما هو الحال في سائر اجزاء الصلاة التي لا تعاد منها ، ومن هنا يكون الحدث بعد الفراغ من الصلاة لا محالة لسقوط جزئية التسليم ، فيحكم بالصحة فيه : وما قبل : من ان الخروج عن الصلاة لما كان معلولاً للحدث وفي مرتبة متأخرة عنه ، كان الحدث في مرتبة سابقة عن الخروج وهي حالة الصلاة ، ومن هنا فلا يحيص عن الحكم بالبطلان .

مدفوع : بما ذكرناه في مبحث للترتب ومبحث الواجب المشروط من المباحث الأصولية من ان نسبة الاحكام الشرعية إلى تمام موضوعاتها انا هي نسبة المعلول إلى العلة التامة في التكوينيةات فهما مختلفان رتبة ومتحدان من حيث الزمان حيث لا يفصل بينهما أي فاصل زماني ،

الشراء بعد الدخول ، لاستقرار المهر حينئذ (١) . وعن
 للعلامة في القواعد : البطلان اذا اشترته بالمهر الذي في ذمة
 العبد وان كان بعد الدخول ، لان تملكها له يستلزم براءة
 ذمته من المهر ، فيخلو البيع عن العوض . وهو مبني على
 عدم صحة ملكية المولى في ذمة العبد . ويمكن منع عدم
 الصحة (٢) . مع انه لا يجتمع ملكيتها له ولما في ذمته ،

ومن هنا فزمان الحدث هو بعينه زمان الخروج من الصلاة وان كان
 الثاني متأخراً في الرتبة عن الاول ، إلا انه لا عبرة بذلك وانا العبرة
 بالزمان وحيث انه لازمان يقع فيه الحدث مغايراً لزمان الخروج عن
 الصلاة بحيث يصدر منه الحدث وهو في الصلاة ، فلا موجب
 للحكم بالبطلان .

فان هذا الكلام يجري بعينه في المقام فيقال ان الزوجة في زمان
 انتقال العبد إلى ملكها لم تكن مالكة للمهر لانتقاله في ذلك الزمان
 إلى ملك من كان عليه المهر ، وان كانا مختلفان في الرتبة ، وعلى
 هذا فليس هناك زمان ينتقل فيه المهر إلى البائع كي ينتقل العبد إلى
 ملك الزوجة وتحصل به مبادلة المال بالمال ، كي يحكم بالصحة ، بل
 لا يحيص عن الالتزام بالبطلان لخلو البيع عن العوض وعدم تحقق
 مبادلة بالمال .

(١) بلا خلاف فيه . حيث يكون ملكاً طلقاً لها تفعل به ما تشاء
 فاذا اشترت به العبد من مولاه حكم بصحة البيع وبه يسقط ما في ذمة
 المولى كما هو الحال في الشراء من المدين .

(٢) بل قد عرفت انه هو الصحيح ، فانه يضمن ما يتلفه من

بل ينتقل ما في ذمته إلى المولى بالبيع (١) حين انتقال
العبد اليها ،

(مسألة ٨) : الولد بين المملوكين رق (٢) ، سواء

اموال المولى بلا خلاف ، فيتبع به بعد العتق :

(١) ثمناً و عوضاً لانتقاله هو إلى الزوجة :

(٢) بلا اشكال ولا خلاف فيه بين المسلمين قاطبة ، فإنه لئاء

لها فيتبعها في الرقية .

وتدل عليه - مضافاً إلى السيرة القطعية المنصلة بعهد المعصومين (ع)
فان المسلمين كانوا يملكون للعبيد والأماء وكانوا يملكون اولادهم
أيضاً من غير ردع أو زجر - جملة من النصوص المعتبرة للدالة على
حرية المولود من ابوين احدهما حر ، فان هذه الاسئلة والاجوبة انما
تكشف عن وضوح مملوكية المولود من المملوكين لدى السائل ،
ويؤيد ذلك خبر أبي هارون المكفوف : (قال : قال لي أبو عبد الله (ع) :
أيسرك ان يكون لك قائد ؟ قلت : نعم ، فأعطاني ثلاثين ديناراً ،
وقال : اشتر خادماً كسومياً فاشتراه ، فلما ان حج دخل عليه فقال
له : كيف رأيت قائدك يا أبا هارون ؟ قال : خيراً ، فاعطاه خمسة
وعشرين ديناراً وقال له : اشتر له جارياً شبانية فان اولادهم فراه
فاشتريت جارياً شبانية فزوجتها منه فأصبحت ثلاث بنات فأهديت
واحدة منهن إلى بعض ولد أبي عبد الله (ع) وأرجو ان يجعل ثوابي
منها الجنة وبقيت ثنتان ما يسرنني بهن ألوف) (١) .

غير ان هذه الرواية لا تخلو من الاشكال في السند .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

كان عن تزويج مأذون فيه ، أو مجاز ، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة (١) أو عن زناً منها أو من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أو عند أحدهما (٢) واما اذا كان احد الابوين حراً فالولد حر اذا كان عن عقد صحيح (٣) ،

(١) بلا خلاف فيه ، فانه نهاء لها وينتسب شرعاً اليها فيكون رقاً لا محالة كما هو الحال في التزويج الصحيح .

(٢) كل ذلك لكونه نهاءً لهما فلا يتصف بالحرية مع كونهما رقيقين بل يتبعهما في العبودية لا محالة .

(٣) اما إذا كانت الأم حرة فلا اشكال ولا خلاف في حرية الولد وتدل عليه مضافاً إلى السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) جملة من النصوص الصحيحة الدالة باطلاقها أو نصها على المدعى كصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (ع) قال : (في العبد تكون تحته الحرية ، قال : ولده أحرار فان أعنت المملوك لحق بأبيه) (١) وغيرها من النصوص التي يأتي ذكرها .

وأما لو كان الأب حراً وكانت الأم أمة ، فالمشهور شهرة عظيمة بل ادعى عليه الإجماع انه يلحق بالأب في الحرية ولا عبرة بعبودية الأم ، وقد دلت على ذلك جملة من النصوص الصحيحة كمتبرة جميل ابن دراج قال : (سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد ، قال : يلحق الولد بأبيه ، قلت : فعبد تزوج حرة ، قال :

(١) الوسائل ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣.

يلحق الولد بأمه (١) . وهيرها من الاخبار .
ولكن قد خالف في ذلك ابن الجنييد فالتزم بتبعية الولد للأم في
الرقية إلا إذا اشترط حرمته ، وامتدك عليه بعدة روايات معتبرة
كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) (في رجل زوج أمته من
رجل وشرط عليه ان ما ولدت من ولد فهو حر فطلقها زوجها أو
مات عنها فزوجها من رجل آخر ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها
ما جعل ذلك إلا للأول وهو في الآخر بالخيار ان شاء أعتق وان شاء
أمسك) (٢) .

وهذه المعتبرة كما تراها صريحة في حقوق الولد بالأمة في صورة
عدم الاشتراط .

ومن هنا فيقع التعارض بينها وبين النصوص المتقدمة التي دلت
على تبعية الولد للأب - في هذا الفرض - صراحة ، وحيث لا مجال
لحملها على صورة الاشتراط نظراً إلى ان الظاهر منها انه (ع) انما
هو في مقام بهان تبعية الولد للأب من حيث حرية الأب بحمد ذاتها
ومع قطع النظر عن جهة اخرى كالاشتراط ، يتعين حمل صحيحة الحلبي
على التقيية - إذ ينسب إلى العامة القول بالحق إلى الأم - وإلا فلا
محيص عن الانزام بسقوط الطائفتين معاً للتعارض ويكون المرجع حيثئذ
هو عمومات أو اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الشريفة المثبتة
للاحكام التكليفية والوضعية حيث ان مقتضاها ثبوت هذه الاحكام
لجميع المكلفين من دون توقف على اذن احد أو رضاه ، إلا انه قد
خصص بالدليل المنفصل بالمملوك حيث لا يقدر على شيء ولا يلد له في

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢.

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١٣.

جميع تصرفاته من اذن موله ، ولما كان امر المخصص يدور بين الاقل والاكثر إذ لا يعلم ان الخارج هل هو خصوص المتولد من المملوكين أو ما يعم المولود من الحر والمملوكة فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن والرجوع في المشكوك إلى العام - حيث ان الشبهة حكيمية - .

وإذا ثبت وجوب التكليف عليه من دون تقييد باذن احد ثبت عدم رقبته بالدلالة الالتزامية - وقد ذكرنا في المباحث الاصولية ان الدلالات الالتزامية حجة في الامارات - فان المولود يولد من دون ان يكون تحت سلطان احد أو يكون تكليفه متوقفاً على اذن احد ، على ما تقتضيه اطلاقات وعمومات الكتاب والسنة في الاحكام التكليفية والوضعية .

ومن هنا يمكن ان يقال انه لا حاجة في الترجيح إلى القول بان ما دل على اللقوق بالحر في المقام مخالف للعمامة بخلاف معتبرة الحلبي حيث انها موافقة لهم - على ما نسب اليهم ذلك - فان ما دل على اللقوق بالحر موافق للكتاب فيترجح على الطائفة الثانية من دون ان تصل النوبة إلى المرجح الثاني اعني مخالفة العمامة .

ومع قطع النظر عن هذين المرجحين واطلاقات وعمومات الكتاب والسنة ، فالمرجع بعد تساقط الطائفتين انما هو اصالة الحرية ومعنى هذا الاصل هو ما ذكرناه في مبحث البرائة من المباحث الاصولية من جريان الاستصحاب بالنسبة إلى مقام الجعل أيضاً فيما إذا تردد الحكم بين الزامي وغيره - سواء في ذلك الوضعي والتكليفي - الراجع إلى التردد في الاطلاق والتقييد ، إذ الذي يحتاج إلى الجعل انما هو الالتزام والتقييد دون الاباحة والترخيص فانهما ثابتان في غير ما أمر

أو شبهة مع العقد أو مجردة (١) حتى فيما لو دلست الامة نفسها بدعواها الحرية فتزوجها حر على الاقوى وان كان يجب

الله بفعله أو نهى عنه ، بالعقل والآيات والنصوص ، فان اليشر مطلق العنان في تصرفاته يفعل ما يريد ويترك ما يشاء غير ما أمر به المولى عزوجل ، ومن هنا فاذا شككنا في جعل التقييد كان لنا التمسك بالأصل لنفيه .

وعليه فحيث ان مرجع الرقية إلى التقييد بخلاف الحرية حيث ان مرجعها إلى الاطلاق ، كان المرجع عند الشك في جعلها لفرء هو أصالة العدم ولا يعارض ذلك باصالة عدم جعل الحرية حيث لا اثر لهذا الجعل بالمرءة . فيحكم بخرية هذا المولود لا محالة .

اذن ، فالصحيح هو ما ذهب اليه المشهور بل كاد ان يكون اجماعاً من حقوق الولد بالحر من الوالدين سواء أكان هو الأب أم كان الأم . (١) فان الحر المشتبه إذا كان هو الزوج فلا اشكال في حقوق الولد به وتدل عليه مضافاً إلى أصالة الحرية ، جملة من النصوص المعتبرة كالتي وردت فيمن تزوج امرأة ادعت الحرية فأولدها ثم انكشف كونها امة حيث حكم (ع) بتبعية الولد للأب في الحرية والتي وردت فيمن يشتري الامة من السوق فيستولدها ثم يظهر كونها مغبوبة ولم يجز مالكتها البيع ، فحكم الامام (ع) بخرية الولد أيضاً . فان هذه النصوص تدل على تبعية الولد للأب الحر وحرية فيما إذا كان هو المشتبه في الوطاء .

وأما إذا كان الاشتباه من جانب الأم الحرة فالمشهور والمعروف بينهم هو الحكم بتبعية الولد لها في الحرية ، وقد تخالف في ذلك

الشيخ المفيد (قده) في المقنعة ووافق عليه الشيخ الطوسي (قده) حيث انه (قده) قد أورد كلام المفيد (قده) وذكر رواية تدل عليه من دون ان يعلق عليه بشيء ، فيظهر منه الرضا بما ذكر في المتن وهذه الرواية هي رواية العلاء بن رزبن عن أبي عبد الله (ع) (قال : في رجل دبر غلاماً له فابق الغلام ففضى الى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم انه عبد فولد له اولاد وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد فما ترى ؟ فقال : العبد وولده لورثة الميت ، قلت : أليس قد دبر العبد ؟ قال : انه لما ابق هدم تدبيره ورجع رقاً) .

إلا ان هذه الرواية مضطربة السند إلى حد لم يعهد لها مثيل في الروايات على الاطلاق ، فان الشيخ (قده) قد ذكرها في التهذيب في موردين احدهما في باب العقود على الاماء وقد ورد السند هكذا (البزوفري عن احمد بن ادريس عن الحسين (الحسن) بن أبي عبد الله ابن أبي المغيرة (عن ابن أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزبن) وثانيهما في باب التدبير وقد ورد السند هكذا (البزوفري عن احمد بن ادريس عن الحسن بن علي عن أبي عبد الله (عبد الله) بن المغيرة (أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزبن) هذا بحسب الطبعة القديمة ، واما الطبعة الحديثة فقد ورد في المورد الاول هكذا (البزوفري عن احمد بن ادريس عن الحسن بن أبي عبد الله بن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزبن) (١) واما المورد الثاني فقد ورد فيه (البزوفري عن احمد بن ادريس عن الحسن بن علي بن عبد الله بن المغيرة عن

الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين (١) . وقد ذكرها صاحب الوافي (قده) أيضاً في موردن ففي باب النكاح رواها عن (البرزوفري عن القمي عن الحسن بن أبي عبدالله عن ابن المغيرة عن ابن فضال عن العلاء بن رزين) من دون تعرض لاختلاف النسخ ، واما في باب التدبير فقد ذكر ان في اكثر النسخ (الحسين بن علي أبي عبدالله بن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) إلا ان في بعضها الحسن بدلاً عن الحسين كما ان في بعضها (الحسين ابن علي عن أبي عبدالله بن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) ثم استظهر بعد ذلك كله ان الصحيح هو ماورد في المورد الثاني من الطبعة الحديثة للتهذيب .

ثم ان صاحب الوسائل (قده) قد رواها أيضاً في موردن فقد رواها في أبواب التدبير عن (محمد بن الحسن عن البرزوفري عن احمد بن ادريس عن الحسين بن علي عن عبدالله بن المغيرة عن الحسن ابن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) (٢) كما رواها في أبواب نكاح العبيد والاماء عن (محمد بن الحسن عن البرزوفري عن الحسين ابن أبي عبدالله عن ابن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) (٣) ، من دون ان يتعرض إلى اختلاف النسخ في كلا موردن .

ثم لا يخفى ان السند في المورد الثاني من الوسائل لا يخلو من سقط فان البرزوفري لا يمكنه ان يروي عن الحسين بن أبي عبدالله

(١) التهذيب : ج ٨ ص ٢٦٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٦ باب ١٠ من أبواب التدبير ، ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

مباشرة ومن دون واسطة لاختلاف طبقتيهما ، ومن هنا فن المظمن به
سقوط (احمد بن ادريس) من القلم أو الطبع .

وعلى هذا : فالرواية ساقطة من حيث السند ولا مجال للاعتماد عليها .
ومنه يظهر الحال فيما ذكره صاحب الحدائق (قده) من ان المشهور
وان ذهبوا إلى تبعية الولد لاشرف ابويه وهو الام في المقام لكونها
حرة إلا ان الرواية المعتبرة لما كانت واردة في خصوص هذا المورد
ودالة على الحاقهم بابيه العبد فلا بد من تخصيص القاعدة .

فان هذه الرواية غير معتبرة - كما عرفت - على انه لو فرض
تمامية سندها فهي مبتلاة بالمعارض وهو صحيح محمد بن مسلم قال :
سألت أبا عبدالله (ع) : (عن مملوك لرجل أبق منه فأتى أرضاً
فذكر لهم انه حر من رهط بني فلان وانه تزوج امرأة من أهل تلك
الارض فأولدها اولاداً ، وان المرأة ماتت وتركت في يده مالاً وضيعة
وولدها ، ثم ان سيده بعد أتى تلك الارض فأخذ العبد وجميع ما في
يديه وأذن له العبد بالرق . فقال : أما العبد فعبيده ، وأما المال
والضيعة فانه لولد المرأة الميتة لا يرث عبد حراً ، قلت فان لم يكن
للمرأة يوم ماتت ولد ولا وارث لمن يكون المال والضيعة التي تركتها
في يد العبد؟ فقال : يكون جميع ما تركت لامام المسلمين خاصة (١)
فانها واردة في محل النزاع وصريحة في حرية الولد .

فلو تم سند تلك الرواية لكانت معارضة بهذه الرواية فتسقطان
معاً لا محالة ويكون المرجع حينئذ هو عمومات ما دل على تبعية الولد
لأشرف ابويه ، واصالة الحرية .

ومن الغريب ان الشيخ (قده) وصاحب الحدائق (قده) لم

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب العيوب والتدليس ، ح ٣ .

عليه حينئذ دفع قيمة الولد الى مولاها (١) . واما اذا كان عن عقد بلا اذن مع العلم من الحر بفساد العقد ، أو عن زناً من الحر منها ، فالولد رق (٢) ،

يلتفتا الى هذه الرواية عند تمسكها برواية العلاء بن رزين ، مع تضلعهما في الاخبار .

(١) وسيأتي الحديث في هذا الفرع والذي سبقه في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل انشاء الله :

(٢) فان الحر الزاني ان كان هو الأب ، كان للولد رقاً لكن لا لما قيل من انتفاء الانتساب عنه شرعاً فيلحق بالأم المملوكة فيكون رقاً لا محالة ، فانه مردود بانه لم يعثر في شيء من الاخبار المعتمدة منها وغير المعتمدة ما يدل على انتفاء النسب بين الزاني أو الزانية وللولد ، إذ غاية ما ورد في النصوص انها هو نفى التوارث بينهما ومن الواضح انه لا يدل على انتفاء النسب ، فانه ثابت في القاتل والكافر والحال انه لا قاتل بانتفاء النسب بينهما .

وأما قوله (ص) : (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فهو اجنبي عن محل الكلام بالمرة فان مورده انما هو حالة الشك وفرض عدم العلم فلا يشمل ما اذا علم تكون الولد من ماء الزاني ، حيث لا يلحق الولد بالزوج بلا خلاف :

ومن هنا كان التزامنا بترتب جميع احكام الأبوة والبنوة - عند الأثر - عليهما ، فلا يجوز للزاني ان يتزوج من البنت المخلوقة - من مائه .

بل لجملة من النصوص المعتبرة التي دلت على الحكم بالصرحة ،
كصحيحة سماعة قال : سألته (عن مملوكة قوم أنت قبيلة غير قبيلتها
واخبرتهم انها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له ، قال : ولده
مملوكون إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان انها حرة فلا يملك
ولده ويكونون احراراً) (١) .

وهي وان كانت تشمل باطلاقها صورة الوطاء شبهة أيضاً ، إلا
انه لايد من تقييد الاطلاق بغير فرض الشبهة وذلك للنصوص المعتبرة
المتقدمة الدالة على لحوق الولد بالحر إذا كان مشتبهاً ، وبذلك تكون
الرواية دالة على لحوق الاولاد بالأمة في فرض الزنا وان كان ابوهم حراً
وصحيحة عاصم بن حميد عن أبي عبد الله (ع) : (في رجل
ظن اهله أنه قد مات أو قتل فنكحت امرأته وتزوجت سرية فولدت
كل واحدة منهما من زوجها ثم جاء الزوج الاول وجاء مولى السرية
فقضى في ذلك ان يأخذ الاول امرأته فهو احق بها ويأخذ السيد
سريته وولدها إلا ان يأخذ رضاه من الثمن ثمن الولد) (٢) .
ومثلها صحيحة محمد بن قيس عنه (ع) (٣) .

فانهما ظاهرتان في الزنا حيث انهما واردتان فيمن ظن موت
الرجل فتزوج بامرأته أو جاريتها المسراة ، ومن الواضح ان الظن
لا يغني شيئاً فيكون الفعل زناً لا محالة .

ومعتبرة حريز عن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله (ع) :
(أمة أبقت من مواليتها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت انها حرة

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ باب ٦ من أبواب الغصب ، ح ١ .

فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها فظفر بها مولاهما بعد ذلك وقد ولدت اولاداً ، قال : ان أقام البينة الزوج على انه تزوجها على انها حرة أعتق ولدها ، وذهب اقوم بآمتهم ، وان لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده (١) .

وهذه الرواية معتبرة سنداً باعتبار ان عبد الله بن يحيى المذكور في سندها من جملة رواة تفسير علي بن ابراهيم ، وليس هو الكاهلي كما توهمه بعضهم .

نعم ذكر الكليني (قده) في الكافي هذه الرواية بعين هذا المتن والسند إلا ان فيه عبدالله بن بحر بدل عبد الله بن يحيى وهو ممن لم يوثق ، وحيث ان الكليني اضبط نقلاً بشكل اعتبار هذه الرواية معتبرة من جهة السند .

وخبر علي بن حديد عن بعض أصحابه عن احدهما (ع) (في رجل أقر على نفسه بالسه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب ، قال : ترد الجارية والولد على المغصوب إذا أقر بذلك الغاصب) (٢) .

والحاصل : ان الصحيح في المقام وان كان هو ما ذهب اليه المشهور من عدم لحوق الولد بابيه الحر ، إلا ان الوجه فيه لم يكن ما ذكروه من عدم الانتساب اليه شرعاً ، فانك قد عرفت بطلانه ، وانما كان هو النصوص المعتبرة الواردة في المقام .

ومن هنا يظهر اندفاع توهم : ان الولد لما كان مولوداً من الحر كان مقتضى اصالة الحرية وما دل على عدم استرقاق من كان احد

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٦١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

ثم اذا كان المملوك كان للمالك واحد فالولد له (١) . وان كان كل منها للمالك فالولد بين المالكين بالسوية (٢) ،

ابويه حرأ هو الحكم بحريته ، فانه في غاية الفساد ، فان النصوص التي تقدمت تمنع من الرجوع إلى الاصل وتخصص عمومات ما دل على عدم استرقاق من كان أحد ابويه حرأ .

وان كان الحر الزاني هي الام فقد يقال بان الولد مملوك للمالك الاب - العبد - ، لكنه مدفوع بانه لا اساس له سوى ما ذكرناه من دعوى ارتفاع النسب بالزنا ، فهو حينئذ لا يكون ولدأ للحرية ، فيتبع أباه في الرقية لاحالة ، لكنك قد عرفت فسادها حيث لا دليل عليها بالمرّة ومن هنا فالقول بتبعيته للأم هو المتعين فانه نماء لها وارجل ليس إلا لقاحاً وبدل عليه ما دل على انه لا يسترق من كان أحد ابويه حرأ ، ومع التنزل عنه تكفيينا اطلاقات وعمومات الكتاب والسنة المقتضية للحرية ، حيث لا دليل على رقيته والشبهة حكمية ، ومع الاغماض عنها فاصالة الحرية هي المحكمة .

(١) بلا خلاف ولا اشكال لكونه نماءً للملكه سواء أقلنا بتبعيته لابيه أم قلنا بتبعيته لأمه .

(٢) لانعلم لذلك وجهاً صحيحاً - كما اعترف به غير واحد من الاصحاب - فان المولود انما هو نماء المرأة ، والرجل لا يقوم إلا بدور اللقاح كما هو الحال في سائر الحيوانات حيث يعد المولود نتاجاً للأنثى من دون ان يكون للذكر فيه نصيب إلا قيامه بدور اللقاح . وما يقال من ان الانسان غير الحيوان حيث ان النسب مقصود في الآدميين فيلاحظ اب المولود ، بخلاف الحيوانات .

مدفوع : بانه لا أثر لذلك اعني ملاحظة النسب في كون النتاج نتاجاً للأم ، فان لحاظ اللقاح لبعض الاغراض لا يوجب انقلاب النتاج والنماء عن كونه نماءً لها خاصة إلى كونه نماءً مشتركاً لهما على ان النسب مقصود في بعض الحيوانات كالحياول العربية وبعض اصناف البقر ومع ذلك فلا يخرج المولود عن كونه نتاجاً للأم .

وبعبارة اخرى نقول : انه سواء أفلنا بان منشأ تولد المولود هو مني الأب خاصة وان الام لا تقوم إلا بدور المحل المناسب لتربيته وتطوره ام قلنا انه هو مني الام خاصة وان الأب لا يقوم إلا بدور اللقاح ، ام قلنا انه هو المنيان معاً ، فالولد لا يخرج عن كونه نتاجاً للأم خاصة ، وذلك فلأن المني كما انه ليس بمال ليس بمملوك لأخذ إذ هو فضلة كسائر الفضلات وليس هو كالحلب المملوك حيث يقبعه الزرع في الملكية فان البون بينهما بعيد ، فاحدهما مملوك والآخر فضلة غير مملوكة لاحد سواء فيه الحر والعبد ، ومن هنا فيكون النماء من نتاج الام حيث انها التي تربي - وبحسب الطبيعة التي خلقها الله تعالى والسر الذي أودعه فيها - مني الزوج أو منيها أو منيها معاً ، وتطوي به المراحل حتى يخرج خلفاً آخر ، فيكون تابعاً لها في الملكية حيث تكون رفاً ، نظير ما هو الحال في سائر الحيوانات .

ولولا هذا الذي ذكرناه من تبعية الولد لأمه وكونه نتاجاً لها لم يكن وجه لاتفاقهم على ان العبد إذا زنى بامة فحملت منه كان الولد لمولاهما سواء أكانت هي زانية أيضاً أم لم تكن ، إذ لم يرد في النصوص ولا خبر ضعيف يدل عليه .

نعم ورد ذلك في الحر إلا انه لا مجال لقياس العبد عليه حيث ان الحر مالك لجميع تصرفاته ، فاذا أقدم على الفاء احترام ماله

لم يكن ماله بعد ذلك محترماً فويلحق الولد بالأمة ، وهو بخلاف العبد فإنه لا يملك شيئاً فلو كان منه مملوكاً وكان الولد من نتاجه أو نتاجهما معاً لكان ينبغي القول باختصاص مولاه أو اشتراكه مع مولى الأمة في الولد ، حيث لا يتأتى هنا القول بأنه قد أقدم على الغاء احترام ماله. هذا ويمكن الاستدلال على تبعية الولد للام وكونه من نتاجها بطوائف من الاخبار .

منها : ما ورد في المولود من فجور الحر بالأمة حيث دلت على كونه رقاً للملكها وقد تقدمت جملة منها فإنه إنما يتم بناءً على ما ذكرناه من كون الولد نتاجاً للأم وإلا لم يكن وجه لكونه بتمامه رقاً للمالك الأمة ، بل كان ينبغي ان يكون نصفه حراً ونصفه الآخر مملوكاً له . ومنها : ما دل على ان الامة إذا دلست نفسها وادعت الحرية فتزوجها حر كان الاولاد احراراً وكان على الاب ان يدفع قيمته الى مولاه يوم سقط حياً ، كصحيفة سماعة قال : سألت أبا عبد الله (ع) : (عن مملوكة اتت قوماً وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدأ ثم ان مولاهم أتاهم فأقام عندهم البيعة انها مملوكة واقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاهم هي وولدها ، وعلى مولاهم ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه) (١) .

فإنه لو كان الولد نتاجاً للابوين لكان ينبغي ان يدفع إلى مولاهم نصف قيمته خاصة بالحكم بضمانه لتمام القيمة دليل على كونه من نتاج الامة خاصة .

ومنها : ما دل على ان حمل المدبرة ان كان بعد التدبير فهو مدبر كالأُم وإلا فلا يتبع الأم في التدبير كموثقة عثمان بن عيسى الكلبي عن أبي الحسن الاول (ع) قال : (سأته عن امرأة دبرت جارية

لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المواودة هي مدبرة أو غير مدبرة ، فقال لي : متى كان الحمل بالمدبرة ؟ أقبل ما دبرت أو بعدما دبرت ؟ فقلت : لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً ، فقال : ان كانت المرأة دبرت وبها حمل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق ، وان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير امه (١) ، وكذلك ما ورد في اولاد المدبرة بعد التدبير كصحيحة أبان بن تغلب قال : سألت أبا عبد الله (ع) (عن رجل دبر مملوكته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه اولاداً ثم مات زوجها وترك اولاده منها ، قال : اولاده منها كهيشتها فاذا مات الذي دبر أمهم فهم احرار) (٢) .

وعنوان الرجل في هذه الرواية وان كان اعم من الحر والمملوك إلا انه لا بد من حمله على المملوك إذ لو كان الأب حراً لم يكن وجه للسؤال عن كون الاولاد مدبرين ام لا ، لكونهم حينئذ احراراً تبعاً لاشرف ابويهم ، وعلى هذا فالرواية غير شاملة في نفسها لما إذا كان الزوج حراً ، وعلى فرض شمولها له فهو خارج بما دل من المنصوص على حرية الولد إذا كان احد ابويه حراً .

ومن هنا فقد اطلق صاحب الشرائع (قده) حيث ذكر أن المدبرة لو حملت بمملوك سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهة كان مدبراً ولم يقيده بما إذا كان المملوك متولداً من عبد له فيعم الحكم ما إذا كان من عبد لغيره ، ونعم ما صنع .

وعلى كل : فمقتضى اطلاق هذه الرواية ان الولد يكون للمالك الامة ويكون مدبراً بتبعها سواء أكان الاب مملوكاً له أم كان مملوكاً

(١) الوسائل : ج ١٦ باب ٥ من أبواب التدبير ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٦ باب ٥ من أبواب التدبير ح ١ .

الا اذا اشترطا للتفاوت أو الاختصاص باحدهما (١) ،

أغيره ، بل ان اطلاق رواية الحمل يشمل ما إذا كان الزوج حراً وكان التزويج فاسداً ، فيلحق الولد بأمه ويكون مدبراً ، وهو يدل على كونه من نتائجها خاصة .

اذن : فالصحيح هو ما ذهب اليه أبو الصلاح وجماعة من تهمة الولد لأمه فيكون رقاً لملكها - على ما تقتضيه القواعد - .

(١) وكأنه لعموم قوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم)

حيث ان مقتضاه نفوذ كل شرط لا يخالف الكتاب أو السنة .

إلا انه لا يمكن المساعدة على ذلك والوجه فيه ما بيناه في مبحث الشروط مفصلاً من ان دليل نفوذ الشرط ليس بمشروع بحيث يقتضي شرعية ما هو غير مشروع ، وان غاية ما يقتضيه هو الزام المؤمن بالوفاء بما هو مشروع في نفسه ومع قطع النظر عن الاشتراط بحيث يكون للمشروط عليه ان يفعله من دون الاشتراط ، واما ما ليس للمكلف ان يفعله فلا أثر لأشراطه ولا يقتضي ذلك لزومه ونفوذه ، باعتبار انه شرط مخالف للكتاب والسنة ومستلزم لتغيير حكم الله تبارك وتعالى ، وحيث ان المقام من هذا القبيل باعتبار ان الولد حينما يولد مملوك للمالك الام خاصة - على ما اخترناه - أو مشترك بينه وبين مولى العبد - على ما اخترناه - كان اشتراط الزيادة أو الاختصاص مخالفاً لكتاب الله وسنة نبيه (ص) .

والحاصل : ان كل امر لم يكن مع قطع النظر عن الشرط مشروعاً

لا يتصف نتيجة الشرط بالمشروعية ، ولا يلزم العمل به .

وعلى هذا الاماس لم يلزم فقيه بصحة هذا الاشتراط في غير النكاح

من العقود اللازمة كأن يبيع داره وبشروط في ضمنه على المشتري ان يكون نتاج مملوكيه له ، على نحو شرط النتيجة لكونه شرطاً مخالفاً لكتاب الله وصنة نبيه (ص) .

نعم لو كان امر النتيجة مما للمشتري عليه ان يفعله قبل الشرط ولم يكن لتحققه سبب خاص ، صح اشراطه ولزم ، كما لو اشترى داراً واشترط في ضمن العقد ان يكون جميع اثاث البيت له ، حيث لا مانع منه لانه لا يحتاج إلا إلى الاعتبار النفسي وابرازه في الخارج ببرز والمفروض تحققها معاً بالعقد .

وبالجملة ، فكل امر كان للمكلف ان ينشأ بالفعل أو فعل كان له ان يفعله كذلك ولم يكن له سبب خاص ، يصح اشراطه ويلزم به ، وأما ما ليس للمكلف ان يفعله أو ينشأ بالفعل أو كان متوقفاً على سبب معين فلا مجال لاشراطه لكونه مخالفاً للكتاب والسنة .

ثم ان بطلان شرط النتيجة يتوقف على ان يكون للدليل الحكم اطلاق يشمل فرض الاشرط أيضاً فانه حينئذ يكون اشراط خلافه مخالفاً للكتاب والسنة ، وأما إذا لم يكن للدليل الحكم اطلاق يشمل فرض الاشرط وانما كان مقيداً بفرض عدم الاشرط كما هو الحال في الارث في الزوجية المنقطة فلا يكون اشراطه مخالفاً للكتاب :

ومن هنا يظهر انه لو التزمنا بما ذهب اليه ابن الجنيد من رقيمة المولود من حر وأمة إلا إذا اشترط حرية ، لم يكن هذا الاشرط مخالفاً للكتاب أو السنة ، إذ لو عملنا بالنصوص التي اسفلد بها على هذا المدعى ، لم يبق هناك اطلاق للكتاب والسنة يقتضي الرقيمة حتى في فرض الاشرط .

هذا اذا كان للعقد باذن المالكين (١) أو مع عدم الاذن من واحد منهما (٢) .

- (١) فيكون الولد مشتركاً بينهما لوحدة النسبة - على ما اختاروه - ومملوكاً لمالك الأم خاصة - على ما اخترناه - :
- (٢) ما ذكره (قده) لم يظهر له وجه ، إذ قد تقدم في جملة من النصوص المتقدمة التصريح بان المملوك إذا تزوج بغير اذن مولاه كان زانياً ، فلا ينسجم حكمه (قده) هذا مع ما يذكره (قده) صريحاً في ذيل هذه المسألة وعليه اجماع الاصحاب من ان العبد إذا كان زانياً لحق المولود بالأمه سواء أكانت هي زانية أيضاً ، ام لم تكن :
- ومن هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) بعد ذلك من اشتراك المولدين فيه فهما إذا كان النكاح عن اذن من احدهما خاصة .
- ومن غير البعيد انه (قده) يريد بذلك فرض الشبهة وعدم العلم بفساد العقد لاعتقادهما معاً الاذن أو اعتقادهما عدم اعتباره فانه حينئذ يتم ما ذكره (قده) من الحاق الفرض بالزواج الصحيح وعليه فان كانت الشبهة من الطرفين كان الولد مشتركاً بينهما - على ما اختاروه - ومالك الامه - على ما اخترناه - وان كان للشبهة من احدهما خاصة وكان الآخر مأذوناً كان الولد لمالك المشتبه باعتبار ان الاذن يقتضي تنازل الآذن عن حقه واقدامه على فوات الولد منه باعتبار ان الاذن في التزويج مطلقاً يستلزم جواز تزويج المملوك من الحر فينقصد الولد حراً ، فيكون حال هذا الفرع كصورة اشتراط احد المولدين - وهو في المقام من لم يأذن - الاختصاص بالولد .
- غير انك قد عرفت انه لا اثر لاشتراط الاختصاص نظراً لكونه

وأما إذا كان بالاذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك (١). ولكن المشهور أن الولد حينئذ لمن لم يأذن . ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الاذن ، بحيث يستفاد منه إسقاط حق نائية الولد حيث أن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرة ، والا فلا وجه له . وكذا لو كان للوطء شبهة (٢) منها سواء كان مع العقد أو شبهة مجردة ، فإن الولد مشترك (٣) . وأما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة سواء كان من طرفها شبهة أو زنا (٤)

من شرط النتيجة ، فيكون الاذن من أحدهما مثله بطريق أولى باعتبار أنه لا يملك الولد حين الاذن وأنا سيملكه حين التولد . وكيف كان : فالعبارة لا تخلو من تشويش وغموض ، وإن ذكرت في كلمات غيره أيضاً .

- (١) ظهر الحال فيه مما تقدم فراجع .
- (٢) بلا خلاف فيه بينهم حيث يجري على المولود من الشبهة أحكام المولود من الزواج الصحيح .
- (٣) على ما اختاروه ، ومختص بمالك الأمة على ما اخترناه .
- (٤) وهو أنها يتم على ما اخترناه من تبعية المولود للاب وأما على ما اختاره الماتن تبعاً للمشهور من الاشتراك فلا وجه له بل لا بد من الحكم باشتراك المالكين في المولود ، فإن زنا العبد لا يوجب سقوط حق المولى عن نمائه وأما النص الوارد في زنا الحر بالامة وإن الولد

(مسألة ٩) : اذا كان احد الابوين حرّاً فالولد حر (١)
لا يصح اشتراط رقيته على الاقوى (٢) في ضمن عقد

حينئذٍ للمالك الامة فلا يمكن التعدي عن موضوعه إلى العبد ولا سيما
مع وضوح الفارق بينهما فان الزاني إذا كان حرّاً فقد اقدم على الغاء
احترام مائه وأما العبد فليس له ذلك فانه هو ونهائه مملوك لغيره .
(١) بلحمة من النصوص المعتمدة ، على ما تقدم بيانها مفصلاً .

(٢) خلافاً للمشهور حيث التزموا بصحة الشرط ونفوذ مستدلين
له تارة بعمومات ادلة نفوذ للشرط كقوله (ص) : (المؤمنون عند
شروطهم) واخرى برواية ابراهيم بن هاشم عن أبي جعفر عن أبي سعيد
(أبي سعد) عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : (لو أن
رجلاً دبر جارية ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته وولدها
مدبرين ، كما لو ان رجلاً أتى قوماً فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد
لهم مماليك) (١) .

بدعوى انها وان كانت مطلقة من حيث الاشتراط وعدمه الا انه لا بد
من الحمل على صورة الاشتراط جمعاً بينها وبين ما دل على حرية
المتولد من ابوين احدهما حر .

غير ان الصحيح هو ما ذهب اليه الماتن (قده) فان الاستدلال
بالعمومات لا يمكن المساعدة عليه لما عرفته من انها ليست مشرعة
وانما هي تقتضي نفوذ الشرط المشروع خاصة ، فلا توجب لزوم
الحكم المخالف للكتاب والسنة .

ولو نزلنا عن ذلك وقلنا بصحة شرط النتيجة ، فلا مجال للقول

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١٠ .

بلزوم الشرط في المقام وذلك لان دليل لزوم الوفاء بالشرط انما يقضي اثبات لزوم الوفاء بالنسبة الى المشروط عليه بحيث يلزمه ما لم يكن لازماً له ، واما اثبات لزوم الوفاء بالنسبة الى الاجنبي عنه فلا دليل عليه ، ومن هنا فحيث ان الحرية من صفات المولود وقائمة به وليست هي من الاحكام المتوجهة الى المشروط عليه فلا مجال للقول بلزوم اشتراط عدمها .

واما الرواية فالكلام فيها في مقامين ، السند والدلالة :
 اما المقام الاول : فلا يخفى انها ضعيفة من حيث السند باعتبار ان المكفي بأبي جعفر مشترك بين كثيرين والمعروف منهم هو احمد بن محمد بن عيسى وهو ثقة ، إلا انه لم يعهد ولا في رواية واحدة رواية ابراهيم بن هاشم عنه ، على ان لابراهيم بن هاشم رواية عن أبي جعفر عن أبي بصير مباشرة ، مع ان من غير المحتمل رواية احمد بن محمد ابن عيسى عن أبي بصير بلا واسطة .

ومن هنا فليس (أبو جعفر) في المقام هو احمد بن محمد بن عيسى وحيث لا يدري من هو فلا يمكن الاعتماد عليها ، واحتمال كونه هو احمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي ، في غاية للضعف لانه وان كان يكنى بهذه الكنية - على اشكال - فان النجاشي (قده) قد كناه بأبي جعفر ثم ذكر انه قيل ان كنيته (أبو علي) ، إلا ان الظاهر انه غير معروف بهذه الكنية - على ما يظهر مما ذكره النجاشي - على انه لو فرض اشتهاره بذلك ، فلانعهد في النصوص رواية يرد في سندها عنوان أبي جعفر ويراد به البزنطي ، وهذا يعني انه وان كان مشتهراً في غير النصوص بذلك إلا انه لم يعرف في النصوص بذلك وانما يعبر عنه بالبزنطي واحمد بن محمد بن أبي نصر وغير ذلك من العناوين .

للتزويج فضلاً عن عقد خارج لازم . ولا يضر بالعقد اذا كان في ضمن عقد خارج (١) . واما ان كان في ضمن عقد التزويج فبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والاقوى عدمه (٢) . ويحتمل الفساد وان لم نقل به في

هذا كله من جهة ومن جهة اخرى فان أبا سعيد أو أبا سعد - على ما في بعض النسخ - مجهول ولم يرد فيه توثيق ، ومن هنا فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند .

وأما المقام الثاني : فالرواية اجنبية بحسب للدلالة عن محل الكلام لانها كالصريحة - ان لم تكن صريحة بالفعل - في ان تبعية الولد للام اما هي من جهة مملوكية الام ، بحيث تكون رقية الولد ناشئة من نفس رقية الام مع قطع النظر عن سائر الجهات على الاطلاق ، فلا تكون دليلاً على اقتضاء الاشرط لرقيته - على ما هو محل الكلام - فلو تم سند هذه الرواية لكانت من النصوص الدالة على مدعى ابن الجنييد من الحكم برقية الولد اذا كانت امه مملوكة وان كان ابوه حراً ، ولا تربط بما نحن فيه بشيء .

ومن هنا : فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه الماتن (قدہ) وغيره من الغاء هذا الشرط واعتباره كالمعدم ، لكونه مخالفاً للكتاب والسنة ، وان ذهب المشهور إلى خلافه .

(١) كما لو زوج المولى أمته من حر من غير اشتراط ثم باعه شيئاً واشترط عليه ان يكون الولد رقاً له ، فانه حينئذ لا مجال للقول بسرابة فساد الشرط إلى عقد التزويج الذي وقع مطلقاً ومن غير تقييد .

(٢) باعتبار ان الشرط اجنبي عن العقد ولا يوجب تقييده بوجه

سائر العقود اذا كان له

فلا مجال لان يقال : ان المنشأ لما كان هو المقيد كان فاسداً بفساد القيد إذ الدليل على الصحة منحصر بعموماتها كقوله تعالى : (أو فوا بالعقود) فاذا لم يمض المقيد شرعاً لفساد القيد وغير المقيد لم ينشأ ، فلا يحيص عن الحكم بفساده .

وذلك لما ذكرناه في مجله من ان للشروط في باب العقود لا تكون قيداً لها ، ولا يكون العقد مقيداً بالشرط كي يكون فساد للشرط موجباً لفساد العقد نفسه ، فان للشرط في باب العقود معنى غير ما يذكر في الفلسفة أو في باب الاحكام حيث يفسر في الأول بجزء العلة وفي الثاني بالقيد للموضوع أو متعلق الحكم ، وقد تقدم ذلك مفصلاً .

وملخصه : ان معنى الشرط في العقد لا يخلو من احد معنيين على نحو منع الخلو - فانهما قد يجتمعان - وهما : -

اولاً : تعليق العقد على التزام الطرف الآخر بشيء ، بحيث يكون المنشأ هو الحصاة المقيدة بالتزام الطرف الآخر ، وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والايقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار ، فان فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى - اعني تعليق المنشأ على التزام الآخر - إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي نذكره للشرط ، ومن هنا فلا محالة يكون نفس الالتزام قيداً للمنشأ دون المتزم به ، فلو قالت المرأة زوجتك نفسي على ان لا تخرجني من هذا البلد - مثلاً - فقبل الرجل اصل الزواج من دون التزام بالشرط ، بطل العقد ، لان ما أنشأته المرأة انما هي الزوجية المقيدة بالالتزام ، فاذا لم يلتزم الزوج بذلك انتهى المقيد كلياً وحكم ببطلان العقد ، لعدم تحقق ما علق الانشاء عليه .

وقد عرفت في محله ان مثل هذا التعليق لا يضر بصحة العقد ،
لكونه تعليقاً على امر حاصل ومعلوم بالفعل ، نعم لو فرضنا تعليق
الزوجية على نفس السكنى في البلد المعين دون الالتزام به لكان من
التعليق الباطل .

ثانياً : تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج
ووجوده ، وهذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط امراً خارجاً عن
ارادة المشروط عليه واختياره ، كما هو الحال في اشتراط الكتابة في
العقد عند شرائه ، فان مثل هذه الشروط لا يمكن ان يرجع إلى المعنى
الاول إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هو خارج عن اختياره ،
فالعقد غير معلق على شيء وانما المعلق هو الالتزام بالعقد بحيث لو
لم يوجد فلا التزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه ، وهو ما يعبر
عنه بالخيار :

هذا وقد يجتمع المعنيان في عقد واحد كما لو اشترى قماشاً واشترط
على البائع ان يخيطه ، فان اصل العقد معلق على التزام البائع بالخياطة
كما ان التزامه بالعقد معلق على تحقق الخياطة في الخارج ، فيكون
المورد مجعماً لكلا المعنيين .

إذا عرفت هذا كله يتضح لك ان فساد الشرط لا يوجب فساد
العقد إذ على المعنى الاول يكون العقد مقيداً بالالتزام والمفروض انه
قد تحقق من قبل الطرف الآخر فلا وجه للقول بفساد انشاء العقد ،
وعلى المعنى الثاني فالعقد اجنبي عن جعل الخيار للشارط وان كان
الاول ظرفاً للثاني بمعنى انه انما يجعل في ضمن الاول ، وعليه فاذا
فرض فساد الثاني بحكم الشارع لكونه مخالفاً للكتاب والسنة ، لم
يكن وجه للقول ببطلان الاول ، لانه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود ،

بل المستفاد من بعض النصوص خلافه .

وهذه النصوص عديدة ، ومنها ما هو صريح في عدم فساد العقد بفساد الشرط ، ومنها ما هو ظاهر الدلالة فيه كصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (ع) قال : سمعته يقول : (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عزوجل) (١) ، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : أنه سئل عن رجل قال لامرأته : (ان تزوجت عليك أو بت عنك فانت طالق ، فقال : ان رسول الله (ص) قال : من شرط شرطاً سوى كتاب الله عزوجل لم يجز ذلك عليه ولا له) (٢) .

وهما ظاهرتان في إلغاء الشرط خاصة وانه يفرض كالعدم ، إذ لو كان اصل العقد فاسداً لم يكن وجه لنفي نفوذ الشرط خاصة حيث لا موضوع له مع فساد العقد .

وأوضح منهما صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : (انه قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي واشترطت عليه ان يبيدها الجماع والطلاق ، قال : خالفت السنة ووليت حقاً ليست باهله ، فقضى ان عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة) (٣) وصحيحته الاخرى عنه (ع) أيضاً انه قال : (قضى علي (ع) في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق ، فقضى في ذلك ان شرط الله قبيل شرطكم

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ، ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٥ باب ١٣ من أبواب المهور ، ح ١ .

الشرط جاهلاً بفساده ، لان في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار (١) ، بخلاف المقام حيث انه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح (٢) . نعم مع العلم بالفساد لا فرق ، إذ لا خيار في سائر العقود ايضاً .

فان شاء وفي لها بالشرط ، وان شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها (١) . وهذه كما تراها صريحة في صحة العقد وبطلان الشرط خاصة :

(١) وهو غريب منه (قده) ، إذ لا قائل بشبوت الخيار عند تخلف الشرط للفساد ، وانما هو فرع امضاء الشارع للشرط ، فاذا لم يكن كذلك فلا يفرق الحال فيه بين النكاح وغيره .

(٢) على ما هو المشهور شهرة عظيمة ، بل ان اشتراطه مبطل للعقد حتى وان لم نقل باقتضاء فساد مطلق الشرط لفساد العقد :

والوجه في ذلك ان جعل الخيار في العقد لا ينفك عن تقييد العقد بزمان فسخ من له الخيار ، فيكون المنشأ محدوداً بعدم الفسخ لا محالة إذ أن اطلاق المنشأ لما قبل الفسخ وبعده كالأعمال ممنوع فانه بعد الفسخ يرجع كل شيء إلى مالكة ، وحيث ان النكاح إما ابدى وإما موقت مع لابدية تعيين للوقت - على ما دلت عليه النصوص - فلا مجال للالتزام بالصحة في المقام نظراً لعدم معلومية وقت الفسخ ، بل ان اصل تحققه غير محرز ، فان من له الخيار قد يفسخ وقد لا يفسخ بالمرة . وهذه خصوصية في النكاح توجب فساد العقد عند اشتراط الخيار فيه ، نظير فساد البيع عند اشتراط امر مجهول لكونه حريراً ، وليس هذا من باب اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد ، إذ النزاع في كبرى اقتضاء فساد

(١) الواسائل ١ ج ١٥ باب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ، ح ٢ .

(مسألة ١٠) : اذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاهما
 حرم عليه وطؤها (١) ، وان كان بتوقع الاجازة (٢)
 وحينئذ فان اجاز المولى كشف عن صحته ، على الاقوى
 من كون الاجازة كاشفة (٣) .

الشرط لفساد العقد انما هو في العقد الجامع لجميع شرائط الصحة
 فلا يشمل مثل المقام حيث ان الفساد من ناحية عدم تعيين الوقت
 أو الغرر .

(١) بلا خلاف فيه ، ولا يختص الحكم بالمقام بل يعم كل عقد
 يتوقف على اجازة من له الاجازة سواء أكان هو السيد أم كان غيره
 كالزوج ببنت الاخ أو بنت الاخت قبل اجازة العمة أو الخالة أو
 التزوج بالبكر قبل إذن أبيها .

(٢) إذ لا أثر لمجرد توقعها ، وانما المعتبر في الحل هو تحققها
 في الخارج .

(٣) هذا إذا التزمنا بالكشف الحقيقي - كما اختاره المانن (قده) -
 حيث ينكشف صحة العقد من حين وقوعه وكون الوطاء حلالاً في
 حينه ، وان كان حراماً ظاهراً لامتصاص عدم تحقق سبب الزوجية
 في فرض الشك في حقوق الأجازة . ولذا يحكم بتعزيره ، وأما إذا
 علم حين الوطاء بان المولى سيجيزه بعد ذلك وقد تحققت الاجازة
 بالفعل لم يثبت حتى التعزير حيث يعلم بمحصول الزوجية فلا يكون في
 الفعل مخالفة للحكم الواقعي أو الظاهري :

واما إذا التزمنا بالكشف الحكمي - كما اخترناه - فالأمة محكومة
 بعدم الزوجية إلى ما قبل الاجازة وعندها يحكم بكونها زوجة من حين

وعليه المهر ، والولد حر (١) . ولا يحد حد الزنا وان كان عالماً بالتحريم ، بل يعزر ، وان كان عالماً بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة (٢) وعدم التعزير أيضاً . وان لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج . ويحد حينئذ حد الزنا اذا كان عالماً بالحكم ، ولم يكن مشتبهاً من جهة اخرى وعليه المهر بالدخول ، وان كانت الامة

العقد ، ومن هنا فلا فرق بين العالم بلحوق الاجازة والشاك فيه ، فيحكم بكونه زانياً مطلقاً باعتبار انه قد وطأ أجنبية من غير استحقاق أو شبهة ومن ثم فيحد حد الزنا :

نعم لو لحقت الاجازة قبل اجراء الحد سقط لا محالة ، إذ بهما تجري عليه احكام الزوجية فلا يعتبر الوطء السابق فعلاً زناً وان كان كذلك إلى ما قبل الاجازة ، إلا ان هذا لا يعني سقوط التعزير أيضاً فان الحرمة والمبغوضية لا تنقلبان بالاجازة إلى الاباحة ومن هنا فيعزر على فعله حتى مع علمه بلحوق الاجازة ، بل وحتى مع تحققها في الخارج أيضاً .

(١) لانكشاف صحة العقد من حينه فيكون والدأ للحر فيحكم بحريته من هذه الجهة .

(٢) بل الظاهر هو التحريم ، فان الفعل - على ما اخترناه من الكشف الحكمي - مجرم قبل تحقق الاجازة في الخارج واقعاً ولا يتأفيه الحكم بحليته بعد الاجازة ، إذ لا مانع من اعتبارين لامرين متضادين أو متناقضين في زمانين مختلفين - كما عرفته مفصلاً - وكذلك الحال في التعزير إلا إذا فرض كونه مشتبهاً .

أيضاً عالمة على الاقوى (١) . وفي كونه المسمى ، أو مهر المثل ، أو العشر ان كانت بكراً ونصفه ان كانت ثيباً . وجوه ، بل أقوال ، أقواها الاخير (٢) .

(١) وهو مناقض لما تقدم منه (قدّه) في المسألة الخامسة عشرة من فصل عدم جواز التزويج في عدة الغير ، حيث اختار هناك عدم استحقاق مولاها للمهر فيما إذا كانت الأمة عالمة ، وقد عرفت انه الصحيح ، فإذ ذكره (قدّه) هنا مضافاً إلى كونه غير تام في نفسه مناقض لما تقدم منه (قدّه) .

(٢) وذلك فلأن الاول لا وجه له مطلقاً بعد فرض فساد العقد، والثاني وان كان على طبق القاعدة ، إلا انه انما يتم فيما إذا لم يكن دليل على الخلاف وحيث ان النصوص الخاصة دالة على القول الاخير فلا مجال للعمل بمقتضى القاعدة وليست من هذه النصوص صحيحة الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (ع) : (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها امة قد دلست نفسها له قال : ان كان الذي زوجها اياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد ، قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : ان وجد مما اعطاها شيئاً فليأخذه ، وان لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على ولها بما اخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكراً : وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها) (١) :

بدعوى انها لا تختص بالتدليس بل تعم - وبمقتضى التعليل المذكور في ذيلها - كل مورد يستحل الرجل فرج الامة .

فانه مدفوع : بانها واردة في الوطاء بعقد صحيح غاية الامر ان للزوج حق الفسخ من جهة التدليس ، فلا مجال للتعدي عن موردها إلى فرض الزنا الذي هو محل الكلام .

ولا صحيحة الفضيل بن يسار قال : قلت لأبي عبدالله (ع) : (جعلت فداك ان بعض اصحابنا قد روى عنك انك قلت : إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريتة فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جاريتة له نفهسة وهي بكر أحل لأخيه ما دون فرجها ، أله أن يقتضها ؟ قال : لا ، ليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبلتة منها لم يحل له سوى ذلك ، قلت : رأيت ان احل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقترضها ، قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فان فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكراً ، وان لم تكن فنصف عشر قيمتها) (١) .

فانها واردة في مورد خاص وليس فيها تعليل كي يتعدى به ، ومن هنا فاثبات حكمها في مورد الزنا يحتاج إلى الدليل .
وانما هي صحيحة طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) قال : (إذا اغتصب أمة فاقترضها فعليه عشر قيمتها ، وان كانت حرة فعليه الصداق) (٢) . فانها واردة في البكر وواضحة دلالة ، وصحيحة عبدالله بن مسان قال : سألت أبا عبدالله (ع) : (عن رجل اشترى جاريتة حبلى ولم يعلم بحملها فوطأها ، قال : يردها على

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ باب ٣٩ من أبواب احكام الزنا ، ح ٥ .

ويكون الولد لمولى الامة (١) . واما إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً من جهة اخرى فلا يحد . ويكون الولد حراً (٢) . نعم ذكر بعضهم : ان عليه قيمته يوم سقط حياً . ولكن لا دليل عليه في المقام (٣) . ودعوى : انه تفويت لمنفعة الامة . كما ترى ،

الذي ابتاعها منه ويرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها (١) . وموردها وان كان وطء ما يملكه الانسان لا الزنا إلا ان التعليل المذكور في ذيلها اعني قوله (ع) : (لنكاحه اياها) يدل على اقتضاء مطلق النكاح وطبيعته لثبوت نصف العشر في الشيب التي هي موردها باعتبار ان الحبل لا يكون غالباً إلا بالوطء ، وعلى فرض تسليم اطلاقها فهي مخصصة بالنصوص الدالة على ثبوت العشر بتامه عند وطء الباكر .

اذن : فالنتيجة في المقام هو القول بثبوت تمام العشر عند زنا الحر بالامة البكر لصحيفة طلحة بن زيد ، ونصفه عند الزنا بالشيب لصحيفة عبدالله بن سنان .

(١) وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً في المسألة الثامنة من هذا الفصل ، حيث قد عرفت ان فرض زنا الاب مستثنى من عموم حرية الولد فيما إذا كان احد ابويه حراً .

(٢) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، وقد تقدم الكلام فيه أيضاً . (٣) ما افاده (قده) غريب منه ، إذ الروايات الواردة في تدليس الامة نفسها وتزوجها بدعوى الحرية ، غير قاصرة الشمول للمقام ،

كموثقة سماحة قال : سألت أبا عبد الله (ع) (عن مملوكة أنت قوماً وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدأ ثم ان مولايها أتاهم فأقام عندهم البيئنة انها مملوكة وأقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولايها هي وولدها ، وعلى مولايها ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمة يوم يصير اليه) (١) .

إذ من الظاهر انه لا اعتبار بالخصوصيات المذكورة فيها من التندليس وغيره في الحكم ، وانما المدار على جهل الزوج بالحرمه سواء أكان ذلك ناشئاً من جهله بالموضوع أم جهله بالحكم خاصة فيشمل الحكم كلتا صورتين وان كان موردها هو الأول خاصة .

ومما يؤكد ذلك قوله (ع) في ذيل الصحيحة في جواب السؤال عما لو امتنع الأب عن السعي في ثمن ولده : (فعلى الامام ان يفنديه ولا يملك ولد حر) فانه واضح الدلالة على عدم اختصاص الحكم بفرض الشبهة الموضوعية وان العبرة انما هي بكون الوطاء شبهة بحيث ينتسب الولد اليه شرعاً ويتصف بكونه ولدأ للحر من دون فرق بين ان يكون ذلك من جهة التندليس أو من جهة اخرى غيره ، ومن هنا فيحكم بحرية الولد مع لزوم دفع قيمته إلى مولايها جمعاً بين الحقين .

ومع قطع النظر عن ذلك فمن البعيد جداً ان يكون حكم الجهل بالحكم لاسياً إذا كان عن تقصير أهون من حكم الجهل بالموضوع فيجب في الثاني مضافاً إلى دفع العشر أو نصفه ، قيمة الولد في حين يكون الولد له في الاول من دون دفع شيء .

وكيف كان : فما ذكره جماعة من المحققين من وجوب دفع قيمة الولد يوم يسقط حياً الذي هو يوم يصير الولد إلى أبيه لمولايها هو

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٥ .

اذ التفويت انها جاء من قبل حكم الشارع بالحرية . وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولد ، بل مقتضى القاعدة (١) قيمة يوم الانعقاد لانه انعقد حراً ، فيكون التفويت في ذلك الوقت .

(مسألة ١١) : إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يردده أيضاً حتى مات ، فهل يصح اجازة وارثه له ، أم لا ؟ وجهان ، اقواهما العدم ، لانها على فرضها كاشفة ، ولا يمكن الكشف هنا ، لان المفروض انها كانت للمورث وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك (٢) .

الصحيح ، على ما تقتضيه نصوص التدلّيس :

(١) لكن العمل بها يتوقف على عدم النص ، وحيث قد عرفت وجوده فلا مجال للعمل بها .

(٢) الكلام تارة يقع في غير النكاح من العقود كالبيع ونحوه واخرى في النكاح بخصوصه .

اما المقام الاول : فقد يفرض ان العقد قد صدر ممن قد انتقل اليه المال بعد ذلك وقد يفرض صدوره من غيره .

اما الفرض الاول : كما لو باع الوارث المنحصر مالا لمورثه في حياته ثم مات مورثه فانتقل المال إلى البائع فالاقوال فيه مختلفة حيث ذهب جماعة إلى النفوذ مطلقاً وذهب آخرون إلى العدم مطلقاً وفصل ثالث بين الاجازة بعد الملك فيحكم بالنفوذ وعدمها فيحكم بالبطلان .

وقد تقدم منا في محله من مباحث المكاسب اختيار القول الاخير

إذ لا أثر لرضاه بالبيع في ذلك الحين فلا يكون مشمولاً للدليل المستثنى في قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض) فإذا ملكه ورضي به بعد ذلك كان مصداقاً للمستثنى والعمدة في صحة هذا العقد ماورد في الزكاة من ان المالك إذا باع تمام النصاب بعد تعلق الزكاة به وقبل اخراجها وجب على المشتري ادؤها ويرجع به على البائع ، إلا إذا أخرجها المالك الاول بعد البيع من ماله الخاص فانه حينئذ لا يجب على المشتري شيء ويصح البيع ، فان من الواضح ان مورد هذه الروايات انما هو بيع شيء لم يملكه - اعني حصة الزكاة - ثم ملكه بعد ذلك بالأداء من ماله الخاص ، فتكون دليلاً على صحة مثل هذا البيع .

وأما الفرض الثاني : كما لو باع ثالث مال المورث فضولة فمات المورث قبل ان يمضيه أو يردده فانتقل المال إلى وارثه فاجاز العقد فهل يحكم بالصحة أم لا ؟

فيه خلاف اختار الماتن (قده) الثاني باعتبار ان الاجازة كاشفة والكشف غير معقول في المقام ، واختار جماعة الاول .

وقد تعرض شيخنا الانصاري (قده) إلى هذه المسألة مفصلاً واختار فيها الصحة ، وقد اجاب عما ذكره الماتن (قده) بان الكشف انما يكون في الزمان القابل لا مطلقاً ومن هنا فعند الاجازة ينكشف انتقال المال إلى المشتري من حين انتقاله إلى ملك المالك الثاني .

وما افاده (قده) هو الصحيح ، وليس المقام من قبيل من باع شيئاً ثم ملك فان الفرق بينهما واضح ، ومن هنا فيحكم بصحته عند اجازة المالك الثاني له ، وتفصيل الكلام في محله .

واما المقام الثاني : فلا يخفى انه لا مجال للالتزام بالصحة فيه ،

(مسألة ١٢) : اذا دلست امة فادعت انها حرة فتزوجها حر ودخل بها ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقة (١) . وعليه المهر لسيدها وهو العشر ونصف العشر على الاقوي (٢) ، لا المسمي ، ولا مهر المثل . وان

وان قلنا بها في غيره من العقود الفضولية هـ
والوجه فيه : ان الصحة في غير النكاح لم تكن تحتاج الى الدليل الخاص وانما كانت على وفق القاعدة حيث ان العقد كان مستجعماً للشرائط غير الانتساب فاذا اجاز من له الامر والولاية استند العقد اليه وحكم بصحته ، بخلاف النكاح حيث ان مقتضى القاعدة فيه هو البطلان غاية الأمر اننا التزمنا بالصحة فيه لقوله (ع) : (انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز) ولما كان هذا التعليل لا يشمل المقام نظراً الى ان الحر حتماً تزوج بالامة كان العقد باطلاً لكونها عاصية لسيدها وهو لم يجز حتى مات وانتقلت هي عن ملكه الى ملك غيره ، والمالك الجديد ليس له صلاحية اجازة العقد المتقدم لانها لم تكن عاصية له حين العقد باعتبار انه لم يكن مولاه ، ومن هنا فيحكم بالبطلان لا محالة حتى وان قلنا بصحة البيع ونحوه .
(١) بلا خلاف فيه ولا اشكال .

(٢) وقد تقدم الحديث فيه مفصلاً حيث قد عرفت انه مقتضى صحیحة الوليد بن صبيح وموثقة سماعة المتقدمتين .

ثم ان الحكم مما لا اشكال فيه فيما اذا كانت الامة جاهلة بالحال ومشتبهة أيضاً ، واما اذا كانت عالمة بالحال فربما يتوقف في ثبوتها لما تقدم من انه لا مهر لبغي ، إذ قد عرفت ان هذا التعبير وان لم

كان أعطاها المهر استرد منها ان كان موجوداً ، وُالا تبعت به بعد العتق (١) .

يرد في شيء من النصوص المروية عن طرفنا ، إلا ان مضمونه قد ورد في جملة من النصوص المعتبرة كالتى دلت على ان اجرة الفاجرة سمحت . إلا انه مدفوع : بان المهر الذى يثبت بالنقاء الختانين كالتمبير بالاجر ظاهر في المسمى أو المثل فيما إذا لم يكن هناك تعمين ومن الواضح انه لا منافاة بين نفي هذا وبين ثبوت العشر أو نصفه بحكم تعبدى ولامر خاص هو استحلال الرجل للفرج أمة الغير ووطؤها بعنوان انه حلال له .

ومع الاغماض عن هذا فلا ينبغي الشك في ان حمل هذه النصوص على فرض كون الامة مشتبهة أيضاً ، حمل على فرد نادر جداً باعتبار انها واردة في التى تدلس نفسها ، وعجز العبد والامة عن كل شيء وعدم جواز تزوجها بغير اذن مولاهما ليس من الامور التى تخفى على احد إلا للشاذ ولذا ضرب الله به مثلاً فانه انما يكشف عن وضوح ذلك لدى الكل ، ومن هنا فتكون الرواية شاملة لمورد علمها أيضاً فيثبت الحكم من ناحية النص الصحيح .

(١) على ما تقتضيه القواعد ، فانها هي التى أنلفت المال ، فيثبت في ذمتها ما دامت مملوكة وعليها الاداء بعد الانعتاق غير أن رواية صحيحة واردة في المقام قد دلت على التفصيل بين ما إذا كان الذى زوجها اياه ممن له ولاية عليها وبين ما إذا كان الذى زوجها اياه غيره حيث يرجع في الأول على وليها في حين لا شيء له في الثانى .

وهذه الصحيحة هي ما رواه الوايد بن صبيح عن أبى عبدالله (ع)

ولو جاءت بولد ففي كونه حرراً أو رقاً لمولاها قولان (١)
 فعن المشهور : أنه رق ولكن يجب على الاب فكاه بدفع
 قيمة يوم سقط حياً وان لم يكن عنده ما يفكاه به سعى في
 قيمته ، وان أبي وجب على الامام (ع) دفعها من سهم
 الرقاب أو من مطلق بيت المال .

(في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له قال :
 ان كان الذي زوجها اياه من غير موالها فالنكاح فاسد ، قلت :
 فكيف يصنع بالمهر الذي اخذت منه ؟ قال : ان وجد مما اعطاها
 شيئاً فليأخذه وان لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وان كان زوجها اياه ولي
 لها ارنج على ولها بما اخذت منه) (١) .

فان مقتضاها عدم ثبوت شيء في ذمتها عند تلف المسمى في يدها
 مطلقاً سواء في ذلك زمان الرقية وبعده ، وحيث انها صححة السند
 فلا محيص من العمل بها ورفع اليد عما تقتضيه القاعدة ، وان كان
 للقول به مشهوراً بين الفقهاء بل ارسلوه ارصال المسلمات .

(١) وللصحيح هو التفصيل بين اقامة الزوج للبينة على قيام البينة
 على حريتها حين تزوجه منها فيحكم بكون ولده احراراً وعدمه فيحكم
 بكونهم مملوكين لمولاها ، لكن لا على نحو الملك المطلق كما هو الحال
 في سائر ارقائه وعبيده وانما على نحو الملك المنزول وغير المستقر حيث
 لا يجوز له بيعهم ولا غيره من التصرفات بل يجب عليه دفعهم إلى
 آبيهم وله مطالبة بقيمتهم يوم سقطوا احياءاً ، فيكون ملكه لهم أشبه
 الاشياء بملك الرجل احد عموديه أو محارمه من النساء ، حيث ان ملكيته

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

لهم لا تكون مستقرة فلا يجوز له المعاملة عليهم ببيع أو غيره ، وإنما
 يعتقدون عليه بمجرد دخولهم في ملكه أنا ما :

والوجه فيما اخترناه هو النصوص الواردة في المقام ، فإن بعضها
 صريح الدلالة في رقيتهم مطلقاً كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع)
 قال : (قضى أمير المؤمنين (ع) في المرأة إذا أتت قوماً فخبرتهم
 انها حرة فتزوجها احدهم واصدقها صدق الحرة ثم جاء سيدها ،
 فقال : ترد اليه وولدها عبيد) (١) ، وصحيحة الوليد بن صبيح
 المنتدمة حيث ورد في ذيلها (قلت : فان جاءت منه بولد ؟ قال ؛
 اولادها منه احرار إذا كان النكاح بغير اذن الموالي) (٢) .

إذ ان حمل هذه الجملة على الخبرية لا يستقيم ، باعتبار ان مراده (ع)
 منها لو كان بيان حرية الولد لما كان هناك حاجة إلى ذكر الشرطية
 اعني قوله (ع) : (إذا كان النكاح بغير اذن الموالي) على ان هذه
 الشرطية مما لا يمكن الالتزام بها في نفسها نظراً إلى ان مفهومها هو
 رقية الاولاد إذا كان النكاح باذن موالدها ، وهو فاسد قطعاً :

فن هنا يتعين حملها على الاستفهام الاستنكاري فتكون هذه الصحيحة
 موافقة في المدلول لصحيحة محمد بن قيس .

وعلى كل ؛ فلا يهمنا كون الجملة خبرية أو استفهامية لانها معاً
 مقيدتان بموثقة سماعة قال : سألته (عن مملوكة قوم أنت قبيلة هير
 قبيلاتها وأخبرتهم انها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له ، قال :
 ولده مملوكون إلا ان يقيم البينة أنه شهد له شاهدان انها حرة فلا

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٤ .

(٢) الوسائل ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

يملك ولده ويكوون احراراً) (١) .

فانها تفيد صحیحة محمد بن قيس بما إذا لم يكن للزوج بيعة على حریتها عند تزوجه منها كما تفيد صحیحة الوليد بن صبيح على التقديرين فنقيد بما قيدت به صحیحة محمد بن قيس لو حملت الجملة على الاستفهامية في حين تفيد بخلافه أعني ما او كانت للزوج بيعة لو حملت على الخبرية. ثم ان ظاهر المملوكية - في فرض عدم قيام البيعة - وان كان هو الرق المطلق بحيث لمولاهما ان يتصرف فيهم كيف يشاء ، إلا ان موثقة سماعة الثانية تدل على انه ليس لمولاهما هذا الاختيار وان رقيتهم انها هي غير مستقرة فلا بد له من دفعهم إلى أبيهم ومطالبتهم بشمنهم ، فان لم يكن لأبيه ما يأخذهم به كان عليه السعي فان ابى فعلى الامام ان يفتديه :

وهذه الموثقة هي ما رواها سماعة قال : سألت أبا عبد الله (ع) (عن مملوكة أنت قوماً وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدأ ثم ان مولاهما أناهم فأقام عندهم البيعة انها مملوكة واقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاهما هي وولدها وعلى مولاهما ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه ، قلت : فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنته به ؟ قال : يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده قلت : فان أبى الاب أن يسعى في ثمن ابنته ، قال : فعلى الامام ان يفتديه ولا يملك ولد حر) (٢) .

والاحتمالات في هذه الموثقة ثلاثة : -

الاول : ان تحمل على صورة قيام البيعة لدى الزوج حين التزويج

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٥ .

على كونها حرة .

الثاني : ان تحمل على صورة عدم قيام البينة على حربتها لديه :
الثالث : ان تحمل على ما يعم كلتا الصورتين .

والاحتمال الاول مندفع بانه مضافاً إلى امتلزامه للتقييد بغير موجب
تقييد بفرد نادر جداً ، وخلاف ظاهر صدرها ، إذ الظاهر منه ان
اقدام الرجل على التزويج منها كان مستنداً ومتهرباً على زعمها الحرية
واخبارها بذلك .

على ان هذا الاحتمال غير سليم في نفسه فانه لو قامت البينة على
حربتها فلا مجال لتسليمها إلى مدعي مالكيته حتى ولو أقام البينة ،
فان البيتين تتعارضان وتتساقطان حيث لا مرجح لاعداهما على الاخرى
ومعه فلا مجال لتسليمها اليه .

ودعوى : ان اقرارها بعصبة بيته المدعي ويجعل الترجيح لها .
مدفوعة : بانه منافع لحق الزوج واقرار في حقه فلا يسمع نظير
اقرار المرأة بعد التزويج انها ذات بعل .
واما الاحتمال الاخير ففيه ان الحكم لو كان عاماً لبطلت فائدة
التفصيل بين قيام البينة وعدمه في صححة سماعة الاولى وكان لغواً .
اذن : فيتمين الاحتمال الثاني وهو الذي استظهرناه ، ويساعد عليه
ظاهر صدرها حيث قد عرفت ان ظاهره هو الاعتماد على اخبارها
دون البينة .

والحاصل : فالصحيح في المقام هو التفصيل بين وجود البينة للاب
فيكون ولده احراراً ، وعدمه فيكونون أرقاء لكن لا على نحو الرق
المطلق بل تكون رقيتهم رقة غير مستقرة ، فيجب على مولاها ان
يدفعهم إلى ابيهم وله ان يأخذ ثمنهم منه فان لم يكن له ما يأخذ ابنه

والأقوى كونه حرّاً (١) ، كما في سائر موارد اشتباه الحر حيث انه لا اشكال في كون الولد حرّاً ، فلا خصوصية لهذه الصورة . والاختبار الدالة على رقيته منزلة على ان للمولى اخذه ليتسلم القيمة (٢) ، جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حرّاً . وعلى هذا القول ايضاً يجب عليه ما ذكر من دفع للقيمة ، أو السعي ، أو دفع الامام (ع) ، لموثقة سماعة . هذا كله إذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرة وأما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رق (٣) ، لانه من زناً حينئذ ، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت ان مولها أعتقها . ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان ، فان الوطء حينئذ ايضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية (٤) .

به كان عليه السعي فان أبي كان على الامام دفع قيمتهم وفكهم .

(١) بل الأقوى هو التفصيل كما عرفت .

(٢) وهو في غاية البعد ، فانه انما يتم في خصوص ما دل على ان لمولها ان يأخذهم ، ولا يتم فيما ورد فيه التصريح بكونهم أرقاء وعبيد كصحيحة محمد بن قيس المتقدمة إذ لا مجال لحملها على اخذه لهم مقدمة لاستلام قيمتهم .

(٣) بلا خلاف فيه ولا اشكال ، إذ يكون الفعل حينئذ زناً فيجري

عليه جميع احكام الزنا من اجراء الحد وكون الولد رقاً لما لكها .

(٤) ولعدم حجية قول المملوك ومن هنا فيكون الفعل زناً فيجري

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها ،
لاصالة الحرية (١) . فلو تبين الخلاف لم يحكم برقيسة

عليه جميع احكامه .

نعم لا بد من تقييد ذلك بما إذا لم تحصل شبهة في البين ، وإلا
- كما لو اعتقد حجية قولها - فلا وجه لاجراء احكام الزنا عليه .

ولعل - والله للعالم - على هذا الفرض - اعني الاستناد إلى قولها
في العتق من دون حصول قطع أو قيام بيينة - تحمل موثقة زرارة قال :
قلت لأبي عبدالله (ع) : (أمة أبتت من مواليتها فأنت قبيلة هير
قبيلتها فأدعت انها حرة فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها فظفر بها
مولاهها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً ، قال : ان اقام البيينة الزوج على
انه تزوجها على انها حرة أعتق ولدها ، وذهب القوم بأمتهم ، وان
لم يقم البيينة أوجع ظهره واسترق ولده) (١) .

فانها تحمل على علم الرجل الذي وثب عليها برقيتها قبل ذلك ،
ولزوجه منها من دون قيام بيينة على حريتها أو حصول قطع من دعواها
وإلا فالحكم باجراء الحد عليه ورقية اولاده بلا موجب .

(١) الاستفادة من صحیحة عبدالله بن مسنان قال : سمعت أبا عبدالله
(عليه السلام) يقول : (كان علي بن أبي طالب (ع) يقول :
الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من
عبد أو أمة ، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً) (٢) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣.

(٢) الوسائل : ج ١٦ باب ٢٩ من أبواب العتق ، ح ١ .

الولد . وكذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها (١) .
 (مسألة ١٣) : اذا تزوج عبيد بجرة من دون اذن مولاه ولا اجازته كان النكاح باطلاً (٢) ، فلا تستحق مهرأ (٣) ولا نفقة (٤) بل الظاهر انها تحدد حد الزنا (٥) اذا كانت عالمة بالحال ، وانه لا يجوز لها ذلك . نعم لو كان ذلك لها بتوقع الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبيهة في حقها لم تحدد . كما انه كذلك إذا علمت بمجيء الاجازة (٦) . واما اذا كان بتوقع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدد مع عدم حصولها بخلاف ما اذا حصلت ، فانها تعزز حينئذ ، لما كان تجريبها (٧)

- (١) أو حصول القطع له بصدقها ، لاستناده حينئذ إلى الحجة الشرعية .
- (٢) بلا خلاف فيه ، على ما تقدم بيانه مفصلاً .
- (٣) لكونها زانية ولا مهر لبهي .
- (٤) لانها فرع الزوجية ومع فرض بطلانها فلا موضوع لها .
- (٥) لعدم ادلتها .
- (٦) وقد تقدم الاشكال فيه في المسألة العاشرة فراجع :
- (٧) بناء على ما اختاره (قدس) من الكشف الحقيقي ، فانها كانت معتقدة بالحرمة وأقدمت على الفعل مع جهلها بالحياة ، واما بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمي تعزز لارتكابها المحرم الواقعي حيث ان للفعل انها يتصف بالحلية من حين الاجازة وإلا فهو قبلها حرام واقعاً ، وقد عرفت فيما تقدم من الكلام في المسألة العاشرة انه

وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (١) .

لا مانع من اعتبار الحرمة لفعل في زمان واعتبار الحلية له في زمان آخر .
 (١) فيه اشكال بل منع ، فان قاعدة الثمانية غير ثابتة في جانب الاب إذ قد عرفت ان الولد من نتاج الام خاصة وان الاب لا يقوم إلا بدور اللقاح ، وعلى تقدير ثبوتها فلا وجه لتفصيله (قدس) بين الزنا المقرون بالعقد الفاسد - للذي هو محل كلامنا في هذه المسألة - وبين الزنا المجرد عنه - الذي هو موضوع المسألة الآتية - فان الوجه في الحاق الولد بالاب في المقام ان كان هو نفي انتساب الولد إلى للزاني من الابوين - وهو في الفرض الام - فيكون نهاءً للآخر - أي الأب - قهراً ، فهو بعينه جار في الزنا المجرد عن العقد الفاسد فلا بد من الحكم بلحوقه بالأب كما صرح به في المسألة الثامنة ، وان كان هو رواية العلا بن رزين عن أبي عبد الله : عليه السلام قال (في رجل دبر غلاماً له فأبى الغلام فضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم انه عبد فولد له أولاد وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره ، فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد فما ترى ؟ فقال : العبد وولده لورثة الميت ، قلت : أليس قد دبر العبد ؟ قال : انه لما أبى هدم تدبيره ورجع رقاً) (١) - على ما يظهر ذلك من صاحب الجواهر (قدس) - حيث دلت على لحوق الولد بالعبد في العقد الفاسد فيبقى غيره اعني فرض عدم وجود العقد خلالها من الدليل فلا يلحق الولد به .

فهي مضافاً إلى كونها مضطربة السند إلى حد لم يعهد لها مثيل في مجموع النصوص - على ما عرفت - تقتضي عدم الفرق بين علمها بالحال وجهلها به ، إذ ان موردها ان لم يكن هو فرض جهل المرأة ، كما يظهر

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ج ١ .

مع كونه مشتبهاً ، بل مع كونه زانياً ايضاً ، لقاعدة
النائية بعد عدم لحوقه بالحرية . وأما إذا كانت جاهلة
بالحال فلا حد . والولد حر (١) . وتستحق عليه المهر ،
يتبع به بعد العتق (٢) .

(مسألة ١٤) : إذا زنى العبد بجمرة من غير عقد فالولد

حر (٣) ،

ذلك من قوله (ولم يعلمهم انه عبد) فلا أقل من شمولها له ،
وحيث فلا وجه للتفصيل بين علم المرأة وجهلها بل ينبغي الحكم بلحوق
الولد بأبيه - في فرض وجود العقد الفاسد - مطلقاً مع انه (قد)
قد حكم بجمرية الولد في فرض جهل المرأة .

والحاصل : ان كلام الماتن (قد) هنا مضافاً إلى عدم التثامه
مع ما ذكره هو (قد) في المسألة الثامنة ، غير تام في نفسه .

فالصحيح هو ما ذكرناه في المسألة الثامنة من تبعية الولد لأمه
مطلقاً سواء أكانت عاملة بالحال أو جاهلة فان الولد من ناتها ولا
دليل على نفى النسب بين الزاني وبين المولود منه شرعاً ، إذ غاية
ما دل عليه الدليل هو نفى التوارث ومن الواضح انه لا يقتضي
نفى الانتساب .

(١) لانساب الولد اليها شرعاً - حيثئذ - بلا خلاف أو اشكال

فيتبعها في الحرية لكونها أشرف أبويه .

(٢) لعدم امكان الاستيفاء منه في حال الرقية :

(٣) على ما تقدم بيانه في المسألة الثامنة .

وان كانت الحرة ايضاً زانية . ففرق (١) بين الزنا المجرد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا ان الولد لمولى العبد .

(مسألة ١٥) : اذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٢) وان كانت هي ايضاً زانية . وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فان الولد لمولاها (٣) .

(مسألة ١٦) : يجوز للمولى تحليل أمته لعبيده (٤) .

(١) لكنك قد عرفت انه لا وجه للتفريق :

(٢) تقدم الكلام في هذا الفرع ، في المسألة الثامنة وقد عرفت ان عموم ادلة حرية المتولد من حر ومماوك وان كان يقتضي حرية الولد هذا ، إلا ان مقتضى بعض النصوص المتبعة الواردة في خصوص هذا الفرض هو رقيته ، فتكون مخصصة للعمومات لا محالة .

(٣) بلا خلاف فيه بينهم ، إلا أنه انما يتم بناءً على ما اخترناه من كون الولد من نساء الام خاصة . وأما بناءً على ما ذهب اليه المشهور واختاره المانن (قده) من كونه نساءً للعبد والامة فاللازم هو الحكم بكونه مشتركاً بين موليهما ، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة الثامنة .

وكيف كان : فاجماعهم هنا على كون الولد لمولاها خاصة ، خير مؤيد لما اخترناه من كونه من نساء الام فقط .

(٤) على ما هو المشهور بينهم ، وقد خالفت فيه بعضهم مستدلاً عليه :-
أولاً : بان التحليل نوع من التملك والعبد غير قابل لأن يملك.
وثانياً : بصحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي (ع) :

(أنه مثل عن المملوك يحل له ان يطاء الامة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ؟ قال : لا يحل له) (١) .
وفي الاستدلال بهما نظر .

أما الأول : فلأن التحليل ليس بتمليك ولا تزويج وانما هو اباحة يشبه العارية في غير مورد التحليل ، وبذلك يكون مخصصاً لقوله تعالى : (والذين هم المفلوجون حافظون لإيمانهم على ازواجهم أو ما ملكت ايماهم فانهم غير ملومين) (٢) .

على انه لا دليل على عدم اهلية العبد للملك بل الدليل ثابت على خلافه ، غاية الأمر أنه محجور عليه حيث لا يجوز له التصرف إلا باذن مولاه .

وأما الثاني : فلمعارضتها بما ورد في تفريق المولى بين العبد وزوجته الامة من أنه بأمره بالاعتزال وتعتد من العبد ثم له ان يطاها بعد ذلك ان شاء ، وان شاء ردها إلى العبد بغير تزويج كصحيفة محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله عزوجل : (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت ايماكم) قال : هو ان يأمر الرجل عبده وتخته أمته ، فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يجسها عنه حتى تحيض ثم يمسه ، فاذا حاضت بعد مسه اياها ردها عليه بغير نكاح) (٣) . فانها ظاهرة في كون ردها اليه بالتحليل إذ ان النكاح الاول قد بطل بأمره باعتزالها والذي هو بمنزلة الطلاق والمفروض انه لا نكاح جديد ، فينحصر الامر بالتحليل لا محالة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

(٢) المؤمنون : الآية ٥ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

وبذلك تنساقطان ويكون المرجع بعد ذلك هو اطلاقات ما دل على جواز التحليل من غير تقييد .

هذا وقد حمل بعض الاصحاب صحيحة علي بن يقطين على النقية وهو غير بعيد باعتبار ان العامة لا يرون جواز التحليل مطلقاً . ثم ان في المقام رواية تتضمن التفصيل بين تعيين المحللة وعدمه ، هي رواية الفضول مولى راشد قال : قلت لأبي عبدالله (ع) (لمولاي في يدي مال ، فسألته ان يحل لي ما اشترى من الجواري ، فقال : ان كان يحل لي ان أحل لك فهو لك حلال ، فقال : ان أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال وان قال : اشترى منهن ما شئت فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما بأمرك ، إلا جارية يراها فيقول : هي لك حلال ، وان كان لك أنت مال فاشترى من مالك ما بدا لك) (١) .

فربما يقال : انه وجه جمع بين صحيحة علي بن يقطين وبين ما دل على الجواز ، فتحمل الاولى على عدم التعمين وتحمل الثانية على فرض تعيين المحللة .

إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه ، نظراً إلى ان هذا الجمع بعيد في نفسه لمخالفته لظاهر صحيحة علي بن يقطين ، مع كون الرواية ضعيفة الإسناد - وان عبر عنها في بعض الكلمات بالصحيحة - فان تفصيل مجهول ولم يرد فيه توثيق فلا مجال للاعتماد عليها ، حتى وان كان الراوي عنه هو ابن أبي عمير ، لما قد عرفت هير مرة من انه لا مجال للقول بوثاقة كل من يروي عنه ابن أبي عمير فانه هير ثابت بل الثابت في بعض الموارد خلافه .

وكذا يجوز ان ينكحه اياها (١) . والاقوى انه حينئذ
نكاح لا تحليل (٢) . كما ان الاقوى كفاية ان يقول له :
(أنكحتك فلانة) ، ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد (٣)

(١) بلا خلاف فيه بينهم وتدل عليه جملة من النصوص المتبعة
كصحيحه علي بن يقطين المتقدمة حيث ان ظاهرها المفروغية عن
جواز التزويج ومشروعيته .

(٢) وتشهد له جملة من النصوص كصحيحه علي بن يقطين
المتقدمة ، وما ورد في طلاق العبد وأنه ليس له ان يطلق زوجته إذا
كانت مملوكة لمولاه ، أو الواردة في كيفية نكاح المولى عبده من أمته
وغيرها فانها باجمعا ظاهرة في ثبوت النكاح والتزويج في العبد على
حد ثبوته في الاحرار .

وقد ذهب بعض إلى الثاني مستدلاً عليه بما دل على جواز تفريق
المولى بينهما بالأمر بالاعتزال حيث يظهر منه أنه تحليل إذ لو كان
تزوياً حقيقة لما ارتفع إلا بالطلاق .

وفيه : ان الزوجية من الامور التعبدية الاعتبارية التي امرها بيد
الشارع ، فلا محذور في التعبد بارتفاعها بالامر بالاعتزال كالطلاق .

(٣) على ما تقتضيه القاعدة ، إذ للعقد انها هو عبارة عن ربط
التزام بالتزام آخر وهو في غير المقام واضح حيث يعتبر الانشاء والابراز
من كل من الطرفين لعدم كفاية مجرد الرضا القلبي في صدق العقد ،
لانه انما يصدق فيما إذا كان كل من الالتزامين مرزاً في الخارج وإلا
فلا يصدق عقد الالتزامين وربط احدهما بالآخر كما هو واضح ، وأما
في المقام فالزوجية وان كانت قائمة بالعبد والأمة إلا انها لما كانا

لاطلاق الاخبار (١) ،

بالنظر إلى مملوكيتهما غير قادرين على شيء بحيث لم يكن لرضاها أو عدمه أثر ، بل امرهما بيد المولى يتصرف كيف يشاء ، فلا حاجة إلى وجود التزامين في المقام لان المولى شخص واحد فيكفي التزامه خاصة. ومن هنا فيكون المقام من الايقاع لا للعقد كي يحتاج إلى التزام آخر يرتبط مع التزامه .

ومجرد قيام الزوجية في العبد والأمة لا يعني كونهما طرفي العقد كي يعتبر قبولهما ، بل الانشاء ليس له الا طرف واحد هو المولى فيكون التزامه بزوجية العبد لها التزاماً منه بزوجية الامة له أيضاً ، وعليه فيكتفي بمجرد انشائه من دون حاجة إلى القبول منه أو من العبد .

(١) كصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : (سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ، ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه ولا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك) (١) .

وصحيفته الأخرى عنه (ع) أيضاً : (في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمة فيريد ان يجمع بينهما أينكحه نكاحاً أو يجزيه ان يقول قد أنكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد ؟ قال : نعم ، ولو مدأ وقد رأيت يبعطي الدرهم) (٢) .

وعبدالله بن محمد المذكور في سند هذه الرواية والذي يروي عنه محمد بن يحيى هو عبدالله أخو محمد بن عيسى الملقب ببنان وهو ثقة ، فالرواية معتبرة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١.

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٣.

وصحيفة الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : (الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يقول : قد انكحتك فلانة ويهطئها ماشاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدأ من طعام أو درهماً أو نحو ذلك) (١) : فان هذه الروايات المعتبرة ظاهرة وواضحة الدلالة على كفاية انشاء المولى ومن غير حاجة إلى اعتبار القبول .

هذا وقد ناقش صاحب الجواهر في دلالة هذه الروايات بوجهين : الاول : انها واردة لبيان كيفية قيام المولى مقام العبد في الانشاء وليس لها نظر إلى ما به تمام العقد ، فلا تدل على كفاية انشاء المولى خاصة في تحقق التزويج .

وفيه : انه خلاف ظاهر هذه الروايات ولا سيما صحيفة محمد بن مسلم الثانية حيث ان الظاهر منها هو كونها في مقام بيان تمام العقد لا خصوص قيام المولى في الانشاء مقام العبد .

الثاني : ما عن كشف اللثام من ان الاكتفاء بقوله (انكحتك فلانة) ليس من جهة عدم اعتبار القبول في نكاح العبد والامة بحيث يكون تخصيصاً في ادلة اعتبار الايجاب والقبول في التزويج ، وانما هو من جهة دلالة قول المولى هذا على قبوله أيضاً فيكون انشاؤه ايجاباً وقبولاً في آن واحد .

وفيه : انه ان اريد بدلالة انشاء المولى على القبول استكشاف رضاه من طرف الأمة أيضاً فهو تام إلا انك قد عرفت ان مجرد الرضا لا يكفي بل لابد من ابرازه وانشائه ، وان اريد به ان انشاء انشاء من طرف العبد والامة معاً فهو مما لا يمكن المساعدة عليه لانه من استعمال اللفظ في اكثر من معنى - الايجاب والقبول - وهو وان كان

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

ولان الأمر بيده ، فإيجابه مغن عن القبول . بل لا يبعد ان يكون الامر كذلك في سائر المقامات (١) ، مثل الولي والوكيل عن الطرفين .

ممكنا إلا انه خلاف الاستعمال العرفي بلا اشكال بل يعد من الاغلاط .
فالصحيح : هو ما اخترناه من كفاية مجرد انشاء المولى من غير حاجة إلى القبول منه أو من العبد .

(١) بل هو في غاية البعد فان الفرق بين المقام وسائر المقامات واضح ، ففي المقام حيث لا يوجد هناك التزام ينضم إلى التزام آخر باعتبار ان طرف العقد منحصر بالمولى خاصة إذ العبد والامة مملوكان لا أثر لرضاهما وعدمه ، يكتفى بانشائه ولا يعتبر في صحته قبوله أو قبول العبد ، وهذا بخلاف سائر المقامات كالبيع والاجارة وما شاكلهما حيث لا يوجد مورد يخلو من الالتزامين فان لكل من الطرفين - البائع والمشتري - التزاماً مستقلاً عن التزام الآخر غاية الامر انهما لا يقومان بانفسهما بابرار التزامهما وانما يقوم الوكيل عنهما بهذا الدور فبنشأ وبه يبرز التزام موكله الاول - البائع - ثم يقبل وبه يبرز التزام موكله الثاني - المشتري - ، ولا يمكن له ان يبرز بانشائه الاول كلا الاعتبارين والالتزامين معاً لانه من استعمال اللفظ في اكثر من معنى وهو على تقدير القول بامكانه ، مخالف للسيرة العرفية في مقام الاستعمال قطعاً بل لا يبعد عده من الاغلاط .

ومن هنا يظهر الحال في الولي أيضاً إذ الالتزام في الحقيقة قائم بالمولى عليهما والعقد بينهما غاية الامر انه حيث لا عبرة بالانشائهما مباشرة ، يقوم الولي مقامهما في الابرار والانشاء .

وكذا اذا وكل غيره في للتزويج (١) ، فيكفي قبول الوكيل :
« أنكحت أمة موكلي لعبد فلان » ، أو « أنكحت عبد
موكلي أمته » . واما لو اذن للعبد والامة في للتزويج بينهما
فالظاهر الحاجة الى الايجاب والقبول (٢) .
(مسألة ١٧) : اذا اراد المولى التفريق بينهما لا حاجة
الى الطلاق ، بل يكفي أمره اياهما بالمفارقة (٣) .

فالولي انما يلتزم من قبل المولى عليه في حين ان السيد انما
يلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد أو الأمة .
فالفرق بين المقامين واضح ومعه لا مجال للتعدي عن مورد تزويج
المولى أمته من عبده إلى مثل مورد الوكالة من قبل الطرفين أو الولاية
عليهما ، بل لا بد فيهما من ضم قبوله إلى ايجابه كي يكون بذلك مبرزاً
لالتزام الطرف الآخر أيضاً .

(١) لان الوكيل كالاصيل وفعله فعله ، من دون فرق بين ان يكون
الوكيل عبده أو أمته اللذين يراد تزويجها أو غيرها ويكون انشاء
الوكيل انشاءً للسيد فيكفي به ولا يحتاج إلى القبول .
(٢) إذ الظاهر من هذا الاذن كونه قائماً بهما معاً بحيث يكون
كل منهما مأذوناً فيما يخصه ويرتبط به فتكون الامة مأذونة في الايجاب
والعبد مأذوناً في القبول ومن هنا فلا بد من صدور الصيغة منهما معاً .
ولا يقاس هذا بتوكيل السيد لشخص واحد حيث ينزل الوكيل
متزلة السيد ويكتفى بانشائه خاصة فان الفرق بينهما لا يكاد يخفى .
(٣) وتدل عليه جملة من النصوص المعتبرة الدالة على ان امره
بالاعتزال طلاق للأمة ، كصحيحة محمد بن مسلم التي تقدمت في
المسألة السابقة ، وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي ابراهيم (ع)

ولا يبعد جواز الطلاق ايضاً (١) بان يأمر عبده بطلاقها وان كان لا يخلو من اشكال ايضاً .

قال : (سألته عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقاً من العبد ؟ فقال : نعم لان طلاق المولى هو طلاقها ولا طلاق للعبد إلا باذن مواليه) (١) .
فانها اصرح الروايات الدالة على ان نزع المولى للأمة وعزلها عن العبد طلاق لها .

(١) وتفصيل للكلام ان يقال : ان المطلق ان كان هو المولى فلا اشكال في صحته لان العبد والامة لا يملكان من الأمر شيئاً وانما امرهما بيد المولى .

وتدل عليه مضافاً إلى اطلاقات ادلة الطلاق ، صحيحة عبدالرحمن ابن الحجاج المتقدمة وصحيحة زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام) قالوا : (المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، أفشيء الطلاق) (٢) .
فان هاتين الروايتين وغيرهما تدلان وبكل وضوح على ان امر الطلاق انما هو بيد المولى دون العبد .

نعم في قبال هذه الروايات هناك رواية قد يتوهم دلالتها على كون امر الطلاق بيد للعبد وهي رواية محمد بن عيسى عن علي بن سليمان قال : كتبت اليه : (رجل له غلام وجارية زوج غلامه جاريته ثم

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه ، ح ١ .

وقع عليها سيدها هل يجب في ذلك شيء ؟ قال : لا ينبغي له ان
يمسها حتى يطلقها الغلام (١) .

الا ان من غير الخفي ان هذه الرواية في نفسها ومع قطع النظر
عن معارضتها للصحاح المتضافرة والموافقة للكتاب الكريم ، لا يمكن
الاعتماد عليها وذلك فلان عنوان الغلام وان كان يطلق على العبد إلا
ان من الواضح انه من باب التطبيق لا الوضع فان الغلام غير
موضوع للعبد بل يطلق على الشاب والخدم أيضاً ، وعليه فليس في
الرواية ظهور في كون الزوج عبداً ، ومن هنا فمن الممكن حملها على
كون الزوج حراً فلا تكون هذه الرواية دالة على خلاف ما دلت
عليه النصوص المعتبرة :

على ان هذه الرواية لا تخلو من الاشكال في السند وذلك فلأن
المسمى بعلي بن سليمان في الرواة كثير غير ان الثقة منهم منحصر
بعلي بن سليمان الزراري الذي وثقه النجاشي (قده) ، واما غيره
فلم يرد فيه توثيق ولا مدح ومن هنا فحيث ان الراوي عنه في المقام
هو محمد بن عيسى وهو من اصحاب الرضا (ع) فمن البعيد جداً
ان يكون علي بن سليمان هو الزراري صاحب المكاتبات والتوقيعات
لاختلاف الطبقة والفصل الزمني الكثير :

اذن فعلي بن سليمان هنا اما هو ابن داود واما هو ابن رشيد
الذي روى عنهما محمد بن عيسى في غير هذا المورد ايضاً ، وحيث
انهما لم تثبت وثاقتهما فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند ايضاً.
ومع التنزل عن ذلك كله فلا بد من رفع اليد عنها لمعارضتها
للنصوص الصحيحة والموافقة للكتاب الكريم :

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٥٠.

وكذا الحال فيما إذا وكل المولى غيره في الطلاق .
وان كان المطلق هو العبد بامر المولى فان كان امره على نحو التوكيل
فلا ينبغي الاشكال في صحته إذ المطلق حينئذ هو المولى في الحقيقة
وان كان على نحو ارجاع الامر اليه فربما يستشكل في صحته بان
العبد لما كان عاجزاً وغير قادر على شيء لقوله تعالى : (ضرب الله
مثلاً هبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) ، لا ينقلب إلى القدرة باذن
المولى ، فان الاذن غير قابل لجعل من ليس بقادر قادراً ، نظير
ما يذكر في اذن الولي للصبي في المعاملة حيث ان اذنه لا يصحح المعاملة .
الا انه مدفوع : بان الآية المباركة ظاهرة في عدم استقلال المملوك
في شيء بحيث يكون امره فعلاً أو تركاً بيده فلا تدل على عجزه
وعدم قدرته على الفعل حتى مع اذن المولى .

ولو سلمنا عمومها فالروايات الصحيحة الدالة على عدم جواز
نكاح العبد أو طلاقه الا باذن مولاه أو بغير اذن مولاه - على اختلاف
التعابير - مخصصة لها ، فيكون الحاصل اختصاص عدم الجواز
بصورة عدم اذن المولى ، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة
وصحيحة شعيب بن يعقوب المقرئ في عن أبي عبد الله (ع) قال :
(سئل وانا عنده اسمع عن طلاق العبد ، قال ليس له طلاق ولا
نكاح ، اما لسمع الله تعالى يقول : « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء »
قال : لا يقدر على طلاق ولا نكاح الا باذن مولاه) (١) .

والحاصل : ان عجز العبد عن الطلاق كعجزه عن النكاح فكما
لا يجوز للعبد ان يستقل بالنكاح لا يجوز له ان يستقل بالطلاق ، بل
لابد من اذن المولى فيهما فاذا اذن صحح طلاقه كما يصح نكاحه بلا خلاف

(١) الوصائل ج ١ ص ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

(مسألة ١٨) : إذا زوج عبده أمته يستحب (١) ان يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا . بل هو الاحوط وتملك الامة ذلك بناءً على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره .

فيه ولا اشكال .

(١) بل يجب عليه ، لعدم وجود قرينة صالحة لصرف الاوامر الواردة في المقام عن ظاهرها .

وما ذكر في وجه الاستحباب من التمسك باصالة عدم الوجوب نارة وبعدم تصور استحقاق المولى لنفسه على نفسه شيئاً باعتبار ان مهر الامة مملوك لمولاه اخرى .

مدفوع بان الاصل لا مجال للتمسك به مع وجود النصوص الصحيحة الآمرة باعطائها شيئاً والظاهرة في الوجوب :

والثاني يدفعه انه لو تم فلا يختص بالوجوب بل يجري حتى مع القول بالاستحباب أيضاً ، فانه كما لا يمكن تصور وجوب المحال لا يمكن تصور استحبابه .

على اننا لو التزمنا بملكية العبد أو الامة فلا موضوع للاشكال في المقام إذ المولى حينئذ لا يستحق على نفسه شيئاً وانما الامة تستحق على مولاه ، وتملك ما اعطاها المولى تتصرف فيه كيف شاءت ، وكذا الحال لو قلنا بعدم ملكيتها فان عدم الملكية لا يلزم القول بعدم وجوب اعطائها شيئاً في الخارج بحيث يجعل بعض امواله تحت سلطنتها تتصرف فيه باختيارها ، بل من الممكن القول بعدم ملكيتها ووجوب تسليطها على بعض ماله .

(مسألة ١٩) : إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة
فلهم الامر أيضاً بالمفارقة بدون الطلاق (١) .

اذن : فليس هناك ما يوجب رفع اليد عن ظهور النصوص في
اللزوم وحملها على الاستحباب .

وأما ما في بعض الكلمات من ان القائلين بالوجوب انما ذهبوا اليه
بدعوى كون ما يعطيها المولى مهراً لها ، والحال انه ليس في الاخبار
ظهور فيه فيكون المدعى بلا دليل والدليل لا يساعد على المدعى .

ففيه : ان ما نسب إلى القائل بالوجوب لم يعرف له وجه ، إذ
لا ملازمة بين الوجوب وبين عدم كونه مهراً ، فمن الممكن للقول
بعدم كونه مهراً - كما يساعد عليه ظاهر النصوص والحكم بجواز تأخيره
إلى بعد العقد - والقول بوجوب الاعطاء نظير المنعة الثابتة بالتزوج
من دون مهر ثم الطلاق قبل الدخول فانها لازمة والحال انها ليست بمهر .
وبعبارة اخرى : ان مجرد عدم دلالة الروايات على كون المعطى
لها مهراً ، لا ينافي دلالتها على وجوب الاعطاء ولزومه :

والحاصل : ان رفع اليد عن ظهور الروايات في الوجوب بمجرد
فتوى جماعة من الاصحاب بالاستحباب لا وجه له .

(١) بلا خلاف فيه ، لكونه حقاً من حقوق المولى فينتقلان إلى
وارثه باعتبار قيامه مقامه بما عليهما من الحق .

وتدل عليه جملة من النصوص الواردة في ان أمر المولى بالاعتزال
طلاق لها المتضمنة للتعليل أو الاستشهاد بقوله تعالى : (عبداً مملوكاً
لا يقدر على شيء) حيث ان الظاهر منها ان الحكم انها هو من احكام
المولوية والعبودية من دون وجود خصوصية لكونه هو المزوج لهما

والظاهر كفاية أمر أحدهم في ذلك (١) .

وعدمه ومن هنا يثبت الحكم حتى ولو انتقلا اليه بغير الارث كالشراء ونحوه .
(١) وهو لا يتخلو من اشكال بل منع لانهم شركاء فيهما لان المالك
انما هو مجموع الورثة لا كل منهم مستقلاً ، وعليه فكما لا يجوز للشريك
الاستقلال في التزويج والطلاق اتفاقاً لا يجوز له الامر بالاعتزال ولا
يتحقق بذلك لو صدر منه الطلاق .

وبعبارة اخرى نقول : ان الطلاق أو الامر بالاعتزال انما هو
من صلاحيات المالك وامره بيده وحيث ان كل واحد من الورثة
ليس هو المالك وانما هو نصف المالك على تقدير كونهما اثنين ،
فليس له الطلاق أو الامر بالاعتزال مستقلاً ومع قطع النظر عن
سائر الورثة .

نعم ربما يقال : ان احد الورثة إذا نهى العبد عن الوطء وأمره
بالاعتزال حرم عليه وطؤها بلا خلاف لكونه احد الشركاء فاذا حرم
عليه وطؤها انفسخت الزوجية لاحالة للملازمة بينهما ، على ما بين
ذلك في محله عند التعرض لبطلان العقد على المحارم النسبية أو السببية .
وفيه : انه ليس للمولى نهى العبد عن الوطء دائماً وعلى الاطلاق
وانما له النهي عن غير الوطء الواجب شرعاً ، فاذا وجب عليه الوطء
لمرور أربعة أشهر عن وطئه السابق فليس له النهي ولا يجب عليه
امتناله حتى ولو كانت الأمة مملوكة له أيضاً ، ومن الواضح انه
لا مجال لدعوى الملازمة بين النهي الموقت وبطلان النكاح .

على أنه لو فرضنا أن للمولى النهي المطلق فلا مجال للقول بايجاب
الحرمة الناشئة منه لزوال الزوجية باعتبار ان الحرمة التي توجب زوال الزوجية انما

(مسألة ٢٠) : إذا زوج الامة غير مولاها من حر
 فاولدها جاهلاً بكونها لغيره ، عليه العشر أو نصف العشر
 لمولاها ، وقيمة الولد (١) ويرجع بها على ذلك الغير (٢)
 لانه كان مغروراً من قبله .

هي الحرمة الذاتية كحرمة المحارم النسبية مثل الأم والأخت وأما
 الحرمة العارضية والتي تزول بزوال العارض كالحرمة الناشئة من الحيض
 أو المرض فلا توجب زوالها وحيث ان الحرمة في المقام من هذا القبيل
 لانها عارضة نتيجة لنهي المولى وتزول برجوع المولى عنه فلا توجب
 بطلان النكاح وزوال الزوجية .

(١) وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل.
 (٢) وفيه اشكال بل منع فان قاعدة الغرور لا دليل عليها .
 وما ذكره بعضهم من انها مستفادة من النبوي (المغرور يرجع
 على من غره) والتي قد عمل بها المشهور في جملة من الموارد .
 ففيه انه لم يثبت كون الجملة المتقدمة رواية ليدعى انجبار ضعفها
 بعمل المشهور ، وعلى تقدير ثبوتها فلم يثبت كونها هي المستند في
 عمل المشهور ، على ان الأنجبار بعمل المشهور غير ثابت في نفسه :
 نعم ورد في جملة من النصوص ضمان شاهد الزور إذا عدل عن
 شهادته بعد تلف المال إذا كانت الشهادة في غير ما يوجب الحد وإلا
 فالأقتصاص منه :

إلا ان هذا حكم تعبدى ولم يظهر كون الوجه فيه هو الغرور بل
 ثبوته في غير مورد الغرور أيضاً يدل على العدم فانه لو رجع الشاهد

عن شهادته لظهور اشتباهه وتبين الخطأ له فإنه يضمن بنسبته إلى عدد الشهود المعتبر في القضية المال فيما إذا كانت الشهادة على غير ما يوجب الحد وإلا فالدية ، والحال انه ليس فيه أي غرور ، فيكشف ذلك عن ان الحكم ليس من هذه الجهة وإنما هو من جهة فرض الشارع المقدس للشاهد هو المتلف فيضمن وان لم يكن هو المباشر لأقوائية السبب عن المباشر حينئذ .

ثم انه قد يستدل على الحكم بروايات ثلاث : -

الاولى : خبر رفاعة بن موسى قال : سألت أبا عبد الله (ع)
 « إلى ان قال ، : (وسألته عن البرصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها
 وان المهر على الذي زوجها وانما صار المهر عليه لأنه دلستها ولو
 ان رجلاً تزوج امرأة وزوجها اياه رجل لا يعرف دخيلة امرها لم
 يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها) (١) .

بدعوى ، ان الاستفادة من التعليل اعني قوله (ع) : (لانه دلستها)
 عموم الحكم لجميع موارد التدليس وعدم اختصاصه بموردها .
 وفيه : ان اصل الحكم في مورد الرواية وان كان مسلماً لدلالة
 جملة من النصوص المعتبرة عليه ، إلا انه لا مجال للتعدي عن موردها
 إلى غيره لقصورها دلالة وسنداً .

أما الاول فلأن غاية ما تفهيمه هو الرجوع على الذي قيد دلس
 بالمهر خاصة ، وأما الرجوع بكل ما يخسره الزوج نتيجة للزواج
 والتدليس فلا دلالة لها عليه ، وحيث ان كلامنا في المقام انما هو في
 قيمة الولد لا المهر تكون الرواية اجنبية عن محل الكلام ولا تصلح للاستدلال .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ، ح ٢ .

وأما الثاني : فلكونها ضعيفة سنداً لوقوع سهل بن زياد في طريقه وهو ممن لم تثبت وثاقته .

الثانية : رواية اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبدالله (ع) ١ (عن رجل نظر إلى امرأة فاعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان فأنى أباهما فكان زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد انها غير ابنته وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على مواليتها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه) (١) .

ولا بأس بدلائنها على المدعى فان قوله (ع) : (كما غر الرجل وخدعه) بمنزلة التعليل وكأنه (ع) قال : (لانه غار وخادع للرجل) فيمكن التعدي عن موردها ، إلا انها ضعيفة من حيث السند لوقوع محمد بن سنان في طريقها وهو ممن لم تثبت وثاقته لتمام عرض الروايات الواردة في توثيقه بما اشتمل على ذمه وجرحه .

الثالثة : صححة جميل بن دراج عن أبي عبدالله (ع) : (في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال : ياخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه) (٢) . وهي وان كانت واضحة الدلالة على رجوع مالك الأمة على المشتري بالجارية وقيمة الولد وضمان البائع لقيمة الولد ، إلا انها واردة في خصوص البيع فالتعدي عن موردها يحتاج إلى الدليل لاسيما وان مقتضاها رجوع المشتري على البائع عند رجوع المالك عليه

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٧ من أبواب العيوب والتدليس ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٥ .

كما إذا غرتة الامه بتدليسها ودعواها الحرية تضمن للقيمة (١) وتتبع به بعد العتق . وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها .

(مسألة ٢١) : لو تزوج أمة بين شريكين باذنها ثم اشترى حصة احدهما أو بعضها ، أو بعضاً من حصة كل منهما بطل نكاحه ، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٢) .

مطلقاً حتى واو لم يكن البائع غاراً له كما لو كان للبائع جاهلاً بالحال أيضاً فمن المحتمل قوياً ان يكون ثبوت الضمان عليه من جهة ترتب يده عليها الموجب للضمان ، فتكون الرواية أجنبية عن محل الكلام فلا بد من الافتقار على موردها ولا مجال للتعدي عنه إلى غيره . والحاصل : ان ما أفاده المانن (قدّه) من رجوع الزوج على الذي زوجه الأمة بقيمة الولد لا دليل عليه لعدم ثبوت قاعدة الغرور مطلقاً وضعف الروايات التي استدلت بها على المدعى سنداً أو دلالة .

(١) ظهر الحال فيه مما تقدم هنا وفي المسألة الثانية عشرة ، ومنه يظهر الحال فيما ذكره (قدّه) بعد ذلك .

(٢) على ما هو المشهور شهرة عظيمة ، بل كاد ان يكون اجماعاً فان البضع لا يتبع فلا يجوز له ان يستحلها بالملكية والزوجة بحيث يكونان معاً سبباً لحليتها .

ويدل عليه قوله تعالى : (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين) (١) .

فان مقتضاها انحصار سبب جواز الوطاء باحد الامرين التزويج أو ملك اليمين وقد اضيف اليها التحليل بمقتضى النصوص الخاصة ، فتبقى الملفقة منها خارجة عنها لانها ليست بزوجية ولا ملك يمين .

والنصوص للدالة على ان المولى إذا اراد أن يتزوج أمته كان عليه ان يعقدها ثم يتزوجها بما يتفقان عليه من المهر أو يجعل عقدها مهرها . وموثقة سماعة الواردة في خصوص المقام - اعني شراء الزوج لبعض حصه احدهما - قال : (سألته عن رجلين بينهما أمة تزوجها من رجل ثم ان الرجل اشترى بعض السهمين ، فقال : حرمت عليه باشرائه اياها وذلك ان بيعها طلاقها إلا ان يشترىها من جميعهم) (١) . فانها صريحة في عدم جواز وطئها لا بالزوجية لارتفاعها ولا بملك

اليمين لعدم استقلاله في ملكيتها وكونها مشتركة بينه وبين غيره : وكيف كان : فالحكم مما لا خلاف فيه بين الاصحاب إلا ما نسب إلى الشيخ (قده) من الالتزام بالجواز إذا رضي الشريك بالعقد ، وقد تبعه على ذلك القاضي قال في النهاية على ما حكاه عنه في الجواهر ما لفظه : إذا تزوج الرجل أمة بين شريكين ثم اشترى نصيب احدهما حرمت عليه إلا ان يشترى النصف الآخر أو يرضى مالك نصيبها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفاً انتهى :

والذي يظهر من عبارته (قده) ان المراد بالعقد انما هو عقد التزويج الذي كان قبل البيع .

غير ان صاحب الجواهر (قده) قد نقل عن المحقق (قده) ان (أو) المذكور في الجملة من غلط النسخ والصحيح هو (الواو) فيكون المراد بالعقد هو شراء الزوج للنصف الآخر ، لكنه (قده)

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

وكذا لو كانت لو واحد واشترى بعضها (١) . وهل يجوز له وطؤها إذا حللها الشريك ؟ قولان ، أقواهما : نعم ، للنص (٢) .

استبعد ذلك إلا أنه اعتبره أقرب من الاحتمال الاول نظراً إلى أن رضا الشريك بعقد التزويج لا أثر له فإن الزوجية إذا أمكن اجتماعها مع الملك فلا حاجة إلى رضاه لوقوع العقد في وقته صحيحاً ، وأما إذا لم يمكن اجتماعها فلا أثر لرضاه ، فإنه لا يجعل الممتنع ممكناً فذكر لا يمكن نسبه إلى من له ادنى معرفة بالفقه فضلاً عن شيخ الطائفة (قدّه) .

ثم احتمل (قدّه) أن يكون المراد به هو عقد التحليل فتكون الحلية من هذه الجهة .

وعلى كل حال ، فلو ثبت ما نسب إلى الشيخ (قدّه) من جواز وطئه لها برضا الشريك بعقد النكاح السابق ، فهو مما لا يمكن المساعدة عليه ، لعدم الدليل ، بل لدلالة موثقة سماعة المتقدمة باطلاقها على خلافه .

(١) لما تقدم من عدم جواز التبويض في البضع :

(٢) وهو صحيح بحديث بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : سألته عن جارية بين رجلين درأها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هو له حلال ، وإيها مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مدبراً ، قلت : رأيت أن أراد الباقي منها أن يمسه أله ذلك ؟ قال : لا إلا أن يثبت عتقها ويتزوجها برضى منها مثل ما أراد ، قلت له : أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منها ؟ قال :

وكذا لا يجوز وطء من بعضه حر اذا اشترى نصيب الرقية
لا بالعقد ، ولا بالتحليل منها (١) . نعم لو هايها فالاقوى
جواز للتمتع بها في الزمان للذي لها ، عملاً بالنص

بلى ، فقلت : فان هي جعلت مولاها في حل من فرجها وأحلت له
ذلك ؟ قال : لا يجوز له ذلك ، قلت : لم لا يجوز لها ذلك كما اجزت
للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال : ان
الحرمة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحمله ، ولكن لها من نفسها يوم
وللذي دبرها يوم ، فان أحب ان يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي
تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر (١) .

وهذه الرواية صحيحة سنداً وصرحة دلالة وقد عمل بها جماعة
من الاصحاب فلا موجب لرفع اليد عنها بدعوى اعراض الاصحاب
أو غيرها .

ومن الممكن حمل كلام الشيخ (قدّه) على هذا المعنى - كما ذكره
صاحب الجواهر (قدّه) - .

ومن هنا يظهر انه لا مجال للتمسك بالقاعدة لاثبات الحرمة بدعوى
ان الملقق من التحليل والملك لا يشمل شيء من اسباب الحل المذكورة
في الآبة والنصوص ، فيبقى على اصل المنع ، فانه مردود بان الصحيحة
مخصصة لعموم الحرمة .

(١) على ما صرحت به صحيحة محمد بن قيس المتقدمة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

الصحيح (١) ، وان كان الاحوط خلافه .

(١) وهو صحيح محمد بن قيس المتقدم ، حيث ورد في ذهابها التصريح بجواز التمتع بها في اليوم الذي تملك فيه نفسها فوتمين العمل بها ورفع اليد عن القاعدة المقتضية لعدم قابلية سبب الحماية للتبعيض على ما هو ظاهر الآية الكريمة وجملة من النصوص .

فصل في الطوارئ

وهي العتق والبيع والطلاق :
 اما العتق : فاذا اعتقت الامة المزوجة كان لها فسخ
 نكاحها إذا كانت تحت عبد (١)

فصل في الطوارئ

(١) بلا خلاف ولا اشكال فيه بين الاصحاب ، وتدل عليه جملة
 من النصوص المعتمدة كصحيفة الحلبي قال : (سألت أبا عبد الله (ع)
 عن امة كانت تحت عبد فاعتقت الامة ، قال : امرها بيدها ان شاءت
 تركت نفسها مع زوجها ، وان شاءت نزع نفسها منه ، قال :
 وذكر ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة واعتقتها
 فخيرها رسول الله (ص) وقال : ان شاءت ان تفر عند زوجها
 وان شاءت فارقته . . . الحديث) (١) .

وصحيفة محمد بن مسلم قال : (سألت أبا عبد الله (ع) عن
 المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق ، فقال : تخير فان شاءت اقامت
 على زوجها ، وان شاءت فارقته) (٢) .

(١) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢.

(٢) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٧.

بل مطلقاً وان كانت تحت حر على الاقوى (١) .

وموثقة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) ؛ (انه كان لبريرة زوج عبد ، فلما اعتقت قال لها النبي (ص) : اختاري) (١) وغيرها من الاخبار .

(١) واستدل له بجملة من النصوص تدل على المدعى بالصرحة أو بالاطلاق منها : رواية أبي الصباح الكتاني عن أبي عبد الله (ع) : (قال ايما امرأة اعتقت فامرها بيدها ان شأت اقامت معه وان شأت فارقت) (٢) .

فانها باطلاقها تدل على ثبوت الخيار للمعتقة سواء أكان زوجها عبداً أم حراً ، ولا تنافي بين هذه الرواية والروايات المتقدمة ، حيث ان تلك الروايات وان كان موردها العبد إلا انه لا دلالة فيها على اختصاص الحكم بما إذا كان زوجها عبداً ونفي الحكم عن غيره ، وتكون غاية دلالتها هو ثبوت الحكم فيما إذا كان زوجها عبداً من دون تعرض للنفي عن غيره فلا تعارض ما دل على ثبوت الخيار للمعتقة مطلقاً حتى وان كان زوجها حراً .

لكن هذه الرواية ضعيفة من حيث السند - وان عبر عنها في الجواهر بالصحيحة وكذا نقل في الحقائق عن الشهيد (قده) في المسالك - إذ ان محمد بن الفضيل الواقع في سندها مشترك بين الثقة وغير الثقة ، ولم يثبت كونه محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة وان اصر الاردبيلي (قده) في جامع الرواة عليه .

(١) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٩ .

(٢) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٨ .

ومنها : رواية عبد الله بن بكير عن بعض اصحابنا عن أبي عبد الله (ع) (في رجل حر نكح امة مملوكة ثم اعتقت قبل ان يطلقها ، قال : هي املك ببضعها) (١) .

وهي وان كانت صريحة في المدعى ، إلا انها مرسلة لا مجال للاعتقاد عليها .

ومنها : رواية محمد بن آدم عن الرضا (ع) انه قال : (إذا اعتقت الامة ولها زوج خبرت ان كانت تحت عبد أو حر) (٢) . وهي وان كانت صريحة في المدعى أيضاً ، إلا انها ضعيفة السند من جهتين ، فانها مرسلة لعدم ذكر الواسطة بين الشيخ (قده) ومحمد بن آدم الذي هو من اصحاب الرضا (ع) ، على ان محمد بن آدم نفسه لم يثبت ثبوته .

ومنها : رواية زيد الشحام عن أبي عبد الله (ع) : (قال : إذا اعتقت الامة ولها زوج خبرت ان كانت تحت عبد أو حر) (٢) . وهي ضعيفة السند من جهة ان أبا جميلة المفضل بن صالح ممن ضعفه النجاشي فلا مجال للاعتقاد عليها .

اذن : فجميع الروايات الدالة على ثبوت الخيار للمعتقة فيما إذا كان زوجها حراً ضعيفة السند ولا مجال للاعتقاد عليها ، ومن هنا فيتمين الاقتصار في الحكم بثبوت الخيار على خصوص مورد الروايات المعتبرة اعني ما لو كان زوجها عبداً ، فان التعمد عنه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود - كما عرفت - ومقتضى اطلاقات ادلة نفوذ العقد

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١٣ .

والامضاء هو بقاء الزوجية وعدم ثبوت الخيار عند عتقها فيما إذا كان زوجها حراً .

والحاصل : ان ما ذهب اليه المائتين (قده) وغيره من عموم الحكم لما إذا كان زوجها حراً مشكل جداً بل ممنوع .

ثم هل يثبت الخيار لها لو اعتقت هي وزوجها معاً ام لا ؟
الظاهر هو الثبوت وذلك : لأن القاعدة وان كانت تقتضي عدم الخيار لها باعتبار انه ليس في المقام زمان تكون الزوجة فيه حرة والزوج عبداً ، فانها يعتقان في زمان واحد ويتصفان معاً بالحرية ، ومن هنا فلا تشمله نصوص الخيار لاختصاصها - على ما عرفت - بما إذا اعتقت الزوجة وكان الزوج عبداً وهو غير صادق في المقام ، إلا ان صحبة عبد الله بن سنان دالة على ثبوت الخيار لها في الفرض قال (سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إذا اعتقت مملوكيك رجلاً وامرأته فليس بينهما نكاح وقال : ان احببت ان يكون زوجها كان ذلك بصداق) (١) .

فانها دالة على ثبوت الخيار للامة المعتقة حتى ولو اعتق زوجها معها فن هنا فلا يحصى عن رفع اليد عن القاعدة والالتزام بما تضمنته النص الصحيح .

نعم اورد صاحب الحدائق على الاستدلال بهذا النص بانه دال على بطلان النكاح بينها عند انعاقها معاً وارتفاع الزوجية قهراً .
إلا انه مدفوع : بالقطع بعدم بطلان الزوجية في الفرض فانه لا يخلو اما من اللاحق بصورة كون الزوج حين عتقها عبداً ، واما باللاحق بصورة كونه حراً فيثبت لها الخيار في الاول اجماعاً ، وفي

الثاني على ما ذهب اليه المشهور وعلى ما اخترناه فلا خيار لها ، وأما الحكم بالبطلان قهراً فلا وجه له ولم ينسب القول به إلى احد ، ومجرد التعبير بأنه ليس بينهما نكاح لا يقتضي ذلك ، فإنه قد ورد نظير ذلك في تأخير المشتري للثمن حيث ذكر (ع) انه لا يبيع بينهما ، والحال انه لم يحتمل احد الحكم بالبطلان ، وانما التزموا بثبوت الخيار للمبائع خاصة .
والحاصل : انه لا بد من حمل التعبير في الصحیحة بـ (فليس بينهما نكاح) على نفي لزوم للعقد السابق وثبوت الخيار لها ، دون بطلان اصل العقد .

ويدل على ما ذكرناه امران : -

الاول ، قوله (ع) : (وان احبت ان يكون زوجها كان ذلك بصداق) فإنه ظاهر في ثبوت الخيار لها ، وإلا فلو كان النكاح باطلا لم تكن محبتها خاصة كافية في ثبوت الجواز بل كان يلغى تعليق الحكم على محبتها معاً والتراضي من الطرفين ، فكفاية محبتها خاصة انما تكشف عن كون المراد بقوله (ع) : (ليس بينهما نكاح) هو نفي اللزوم وثبوت الخيار لها .

الثاني : ذيل الحديث حيث ورد فيه : (قال : سألته عن الرجل يتكح عبده امته ثم يمتقها تخير فيه ام لا ؟ قال : نعم تخير فيه إذا اعتقت) (١) .

فان سؤال ابن سنان عن عتقها وحدها بعد مباحه لحكم عتقها معاً شاهد على فهمه لثبوت الخيار لها عند عتقها معاً بحيث كان السؤال الثاني عن اختصاص الحكم بصورة عتقها معاً أو عمومه لعتقها خاصة أيضاً .

(١) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

ثم لو شرط المولى عليها عدم فسخ النكاح بعد عتقها فلا شك ولا اشكال في نفوذه لكونه امرأ صائغاً فيشملة عموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط ، بلا فرق بين ان يكون الاشتراط في ضمن العتق أو في ضمن عقد لازم غيره وسواءني من المصنف (قد ه) التعرض له في المسألة العاشرة من هذا الفصل .

نعم لو اشترط عليها ان لا يكون لها خيار ، فقد يقال بالبطلان لكونه شرطاً على خلاف السنة وشرط الله قبل شرطهم .

الا انه مدفوع بان صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن رجل كان له اب مملوك وكانت لابي ه امرأة مكاتبه قد ادت بعض ما عليها ، فقال لها ابن العبد : هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على أبي إذا انت ملكت نفسك ؟ قالت : نعم فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك . قال : لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم) (١) دالة صريحاً على الجواز ، فينكشف من ذلك ان سلب الخيار عنها ليس من الحكم المخالف لحكم الله على الاطلاق وانما هو مخالف في خصوص فرض عدم اشتراطه في ضمن العقد نظير اشتراط الارث في عقد المتعة ونذر الاحرام قبل الميقات ، فانه بادلة جوازه بالاشتراط أو النذر يفهم ان عدم مشروعيته مختص من الاول بصورة عدم الاشتراط أو النذر ، وإلا فع الاشتراط أو النذر فشرع من الاول .

وحيث ان الرواية صحيحة من حيث السند وواضحة دلالة فلا يحصى عن العمل بها والحكم بمقتضاها ، وان كان مقتضى القاعده

(١) الوسائل : ج ١٦ باب ١١ من أبواب المكاتبه ، ح ١ .

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع (١) .
 نعم الحكم مخصوص بما إذا اعتق كلها ، فلا خيار لها مع
 عتق بعضها على الاقوى (٢) . نعم إذا اعتق البعض
 الآخر أيضاً - ولو بعد مدة - كان لها الخيار (٣) .

(مسألة ١) : إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام
 المهر (٤) وهل لمولاها أو لها ؟ تابع للجعل في العقد فان
 جعل لها فلها والا فله (٥) ولمولاها في الصورة الاولى تملكه
 كما في سائر الموارد ، إذ له تملك مال مملوكه بناءً على
 القول بالملكية ، لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها وأما بعد

هو البطان .

(١) لاطلاق الادلة ، حيث لم يرد في شيء منها التقييد بالدوام ،
 فما عن بعضهم من القول باختصاص الحكم به لوجه له ، لاسيما مع
 التعبير في صحیحة الحلبي بان امرها بيدها .

(٢) فان موضوع النصوص هو الامة المعتقة وهو غير صادق على
 البعض لانها مملوكة في الجملة ، بل ان قوله (ع) : (امرها بيدها)
 يدل على اختصاص الحكم بالتي قد اعتق كلها باعتبار ان امر البعض
 ليس بيدها كما هو واضح .

(٣) لشمول النصوص لها ، فان امرها بعد انعتاق البعض الآخر بيدها .

(٤) بلاخلاف فيه بين الاصحاب وتدل عليه جملة من النصوص المعتبرة :

(٥) وقد تقدم الحديث فيه مفصلاً في المسألة الرابعة والخامسة من

الفصل المتقدم فراجع .

انعتاقها فليس له ذلك (١) وان كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً ، وجوه اقواها الأخير (٢) . وان كان مقتضى الفسخ الاول (٣)

(١) فان سلطانه على مالها انما يختص بما إذا كانت مملوكة له فاذا خرجت عن ملكه فليس له سلطان عليها أو على اموالها كما هو واضح

(٢) وقد تقدم الكلام في نظير هذا الفرع في المسألة السابعة من الفصل السابق فيما إذا ملكت المرأة زوجها قبل الدخول بها وقد عرفت ان القول بسقوط المهر كلاً لا وجه له إذ لا دليل على كون المانع الطارئ من الملك فسخاً للعقد بحيث يرتفع من الاول ويفرض كأن لم يكن ، كما لا دليل على التنصيف وسقوط نصف المهر فان الزوجة بمجرد العقد تملك تمام المهر ، وسقوط النصف في الطلاق كان للدليل الخاص فالتمدي عنه إلى غيره من موارد ارتفاع الزوجية لا وجه له وقياس محض .

وهذا الكلام بعينه يجري في المقام ، فانه لا دليل على كون بطلان الزوجية بنزع الامة نفسها منه فسخاً للعقد كي يبطل اصل المهر ، ودليل التنصيف مختص بالطلاق ولا مجال للتمدي عنه ، فن هنا يكون الصحيح هو ما اختاره الماتن (قدّه) من ثبوت تمام المهر وعدم سقوط شيء منه على الاطلاق .

(٣) في غير العن ، وأما فيه فقد دل الدليل الخاص على ثبوت نصف المهر ، خلافاً لما تقتضيه القاعدة .

وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ ، لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة ، والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له .

(مسألة ٢) : إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها ، وان جعل للمولى أو اطلق ، ففي كونه لها أو له قولان ، اقواهما : الثاني ، لانه ثابت بالعقد (١) وان كان يستقر بالدخول ، والمفروض انها كانت امة حين العقد (٢) .

(مسألة ٣) : لو كان نكاحها بالتفويض ، فان كان بتفويض المهر فالظاهر ان حاله حال ما إذا عين في العقد (٣) وان كان بتفويض البضع فان كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين (٤)

(١) على الاصح ، كما تقتضيه جملة من النصوص .
 (٢) فيكون المهر للمولى لا محالة . نعم إذا قلنا ان المهر انما يثبت بالدخول كان المهر لها قهراً لان المولى قبل الدخول لم يكن مالكاً لشيء . وحين الدخول فهي حرة تملك ما يثبت به ، إلا ان هذا المبني لا يمكن المساعدة عليه بوجه .

(٣) فان جعل المهر لها كان لها وان جعل للمولى أو اطلق فهو له .
 (٤) الظاهر ان (الواو) من غلط النساخ أو سهو القلم والصحيح هو (او) حيث يكفي كل من الدخول أو التعيين في ثبوت حكم

فحالها حال ما إذا عين حال العقد (١) وان كان قبيل الدخول فالظاهر ان المهر لها (٢) لانه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينه .

(مسألة ٤) : اذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر ان الخيار باق (٣) فان اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ ، وان اختارت البقاء بقي له حق الرجوع ، ثم إذا اختارت الفسخ لا تعدد العدة ، بل يكفيها عدة واحدة (٤)

المهر المعين في اصل العقد للمقام .

(١) بلا خلاف فيه فيكون المهر لها أو له على اختلاف الجعل في العقد.
(٢) فيما إذا تحقق الدخول بعد الانعتاق وقبل الفراق .
وأما إذا لم يتحقق الدخول بعد الانعتاق فلا شيء على الزوج لها ولا للسيد ، لان التعيين لم يحصل - بحسب الفرض - والدخول لم يتحقق ، والمهر اما يثبت بالتعيين أو الدخول فاذا لم يتحققا كان حكم النزاع حكم الفسخ في عدم ثبوت شيء بالمرّة .

(٣) وهو بناء على ما اخترناه من كون المطلقة رجعية زوجة حقيقة ، حيث انها لا ترتفع إلا بالطلاق وانقضاء العدة نظير باب العلم حيث لا يحصل الملك إلا بالعقد والقبض ، واضح .

وأما بناء على ما ذهب اليه المشهور فللاجماع على ثبوت جميع احكام الزوجة لها أو للاولوية القطعية - على ما ذكر في بعض الكلمات - فان الزوجة المعتقة إذا جاز لها فسخ نكاحها المستقر جاز لها فسخ نكاحها المنزل بطريق اولي .

(٤) الظاهر ان المراد من العبارة ليس هو تعدد العدة ومن ثم تداخلها

ولكن عليها تتميمها عدة الحرة (١) وان كانت العدة بائنة

بحيث تصبحان عدة واحدة ، وانما هو ثبوت عدة واحدة لها هي عدة الطلاق خاصة غاية الامر انها تنقلب من عدة الامة الى عدة الحرة . والوجه فيما ذكرناه عدم الدليل على ثبوت العدة للفسخ إذا كان في اثناء العدة ، وحينئذ فلا وجه لتمدد العدة كي يبحث في تداخلها وعدمه ، وانما السبب منحصر في الطلاق فتثبت عدة واحدة خاصة . وذلك لان ثبوت العدة اما من جهة الدخول والتقاء الختانين - على ما دل عليه النص الصحيح - مطلقاً حتى ولو كان الوطاء شبهة وإما من جهة خصوص ما ورد في الفسخ بالعبء بعد دخوله بها مع عدم علمه بالعبء ، والاول لا يقتضي إلا العدة الاولى فان الزوجة تعتد من دخول الزوج وهو لا يوجب إلا عدة واحدة هي التي بدأتها عند الطلاق ، وأما الثاني فهو لا يقتضي ثبوت عدة اخرى نظراً إلى ان موردها هو الفسخ وهي زوجة غير معتدة فلا تشمل المقام اعني الفسخ وهي في اثناء عدة الطلاق ، ومن هنا فلا يبقى دليل على ثبوت عدة ثانية كي يبحث في تداخلها وعدمه .

(١) لما دل على ان المطلقة رجعية إذا اعتقت اثناء عدتها انقلبت عدتها عدة حرة (١) .

وهذه النصوص وان لم تكن تشمل على التصريح بكون العدة التي اعتقت الامة فيها عدة رجعية إلا ان القرينة قائمة على ارادتها . وكيف كان فالحكم متسالم عليه ولا خلاف فيه .

(١) راجع الوسائل : ج ١٥ باب ٥٠ من أبواب العدد .

فلا خيار لها على الاقوى (١) .
(مسألة ٥) : لا يحتاج فسخها إلى اذن الحاكم (٢) .
(مسألة ٦) : الخيار على الفور على الاحوط (٣) فوراً عرفياً
نعم لو كانت جاهلة بالعتق ، أو بالخيار ، أو بالفورية
جاز لها الفسخ بعد العلم ولا يضره التأخير حينئذ .

(١) وظاهره وجود قول بثبوت الخيار لها في الفرض ، إلا ان
الامر ليس كذلك حيث لا قائل بثبوت الخيار لها في الفرض مطلقاً ،
بل لا وجه متحصل للقول بثبوتها فانه انما يفهد اختيار المرأة في بقائها
على الزوجية أو نزع نفسها منه والاول لا معنى له لفرض انفصالها عنه
بالطلاق البائن والثاني تحصيل للحاصل .

والظاهر ان قوله (قده) : (على الاقوى) من سهو قلمه الشريف .
وكيف كان فعدم ثبوت الخيار لها عند عتقها وفسخها للزوجية
في فترة العدة البائنة مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، بل ارسله صاحب
الجواهر (قده) ارسال المسلمات .

(٢) بلا خلاف فيه بيننا ، فانه من حقوقها نظير اعتبار اذنها في
التزويج من بنت اخيها أو اختها ولا دخل للحاكم فيه . نعم نسب ذلك
إلى بعض الشافعية ، لكن وجهه غير واضح .

(٣) اشبهه الاجماع على الفورية - على ما ادعي في بعض الكلمات -
لكن الاظهر عدم الاعتبار وذلك لا للتمسك باستصحاب حكم المخصص
الزماني في الازمنة المتأخرة فيما إذا لم يكن للدليل الاول عموم أو
اطلاق من حيث الزمان ، بل للتمسك بعموم المخصص اعني قوله (ع) :

(مسألة ٧) : ان كانت صببية أو مجنونة فالاقوى ان وليها يتولى خيارها (١) .

(فان امرها بيدها) في الزمان المشكوك ، فانه مقدم على عموم الدليل الاول فيعمل به من دون ان يكون هناك مجال للمتمسك بالاستصحاب كما هو واضح .

اذن : فان ثبت هناك اجماع تعديدي على الفورية فهو - لكنه في حيز المنع جداً - وإلا فالمتعين هو الرجوع إلى عموم المخصص أو اطلاقه ومقتضاه ثبوت الخيار لها مطلقاً ومن غير تقييد بالزمان الاول .

(١) خلافاً لما يظهر من جماعة من الاصحاب ، بل يظهر من كلمات بعضهم انه لا خلاف في عدم ثبوت الخيار للمولى .

وكيف كان فالذي ينبغي ان يقال في المقام هو التفصيل بين ما اذا لم يترتب على عدم الفسخ مفسدة أو فوات مصلحة لها وبين ما اذا ترتب على ذلك فوات مصلحة أو مفسدة .

ففي الصورة الاولى : لا يثبت خيار المولى كما لو كان جنون الزوجة ادوارياً وكان زمان افاقتها قريباً أو كانت الصبية قريبة البلوغ فانه لا بد من انتظار رشدها أو بلوغها من دون ان يكون لوليها الخيار لعدم الدليل على ذلك ، لان المولى انما جعل ولهاً للحفاظ على مصالح المولى عليه ودفع المفاسد عنه ، فاذا فرض عدمهما فلا وجه لاثبات الولاية عليها في المقام .

والظاهر ان الماتن وكل من حكم بثبوت الولاية عليهما في المقام غير ناظر إلى هذه الصورة .

وأما الصورة الثانية : فالاقوى فيها ثبوت الولاية له .

(مسألة ٨) : لا يجب على الزوج اعلامها بالعتق أو بالخيار اذا لم تعلم بل يجوز له اخفاء الامر عليها (١) .
 (مسألة ٩) : ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين ان يكون هو المباشر لتزويجها أو اذنها فاختارت هي زوجاً برضاها ، ولكن يمكن دعوى انصراف الاخبار

والوجه في ذلك انه وان لم يرد نص يدل على ثبوت الولاية في المقام بخصوصه ، إلا ان حق المسلم في ماله ودمه وعرضه لما كان محرماً إذ لا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم - على ما في صحيحة يزيد الكناسي (١) - ولا يصلح ذهاب حق احد - على ما في صحيحة الحلبي (٢) - كان لا بد من تداركها ، وحيث ان من الواضح ان الحق العرضي لا يقل حرمة عن الحق المالي وقد ورد فيه ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه فلا بد من احترامه ، ولما كان صاحب الحق عاجزاً عن استيفائه وغير قادر عليه لصغر أو جنون كان من مقتضى طبيعة الحال انتقاله إلى الولي خاصة إذ ليس لكل مسلم القيام بتحصيله بلا خلاف .

والجاصل انه وان لم يرد في هذه الصورة نص خاص يدل على ثبوت الولاية لوليها إلا ان في الادلة العامة ما يكفي .

(١) لعدم الدليل على الوجوب فيكون مقتضى الاصل هو لعدم :

(١) الوسائل : ج ١٨ باب ٦ من أبواب مقدمات الحدود واحكامها

العامة ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ باب ٤ من أبواب الشهادات ، ح ١ .

إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها (١) .
 (مسألة ١٠) : لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها
 فالظاهر صحته (٢) .

(١) ولم يعلم وجه لهذا الانصراف فان المذكور في بعض روايات
 المقام وان كانت الامة المزوجة من قبل المولى إلا ان الموضوع في
 جملة منها هو الامة المزوجة من دون تعيين لمن هو المزوج لها وقد
 حكم الامام (ع) فيها بثبوت الخيار لها بعنوان ان امرها اصبح
 بيدها . ومن الواضح انه صادق في فرض تزويجها هي على حد صدقه
 في فرض تزويج المولى لها .

ثم لو سلم الانصراف فلا يخفى انه بدوي لا يلتفت اليه .
 اذن : فالصحيح هو ما اختاره المشهور من عدم الفرق بين الفرضين .
 (٢) تقدم الكلام فيه في ذيل التعليقة الثانية من هذا الفصل وقد
 عرفت ان الشرط سواء أكان شرط فعل ام كان شرط نتيجة نافذ
 وصحيح ، فلا يجوز لها الفسخ بعد ذلك .

نعم لو كان الشرط شرط عدم الفسخ وخالف الشرط واركتبت
 محرماً نفذ فسخها ، باعتبار ان الاشتراط لا يوجب سلب القدرة على
 الفعل وانما يوجب لزوم الوفاء به تكليفاً خاصة .

ثم هل يعتبر رضا الامة بالشرط ام لا ؟ فيه خلاف منشأ الاختلاف
 في جواز جعل المولى ذمة مملوكه مشغولة بشيء يتبع به بعد العتق
 كأن يستدين على ذمة العبد ، وقد تقدم الكلام في هذا الفرع وقد
 عرفت انه ليس للمولى مثل هذه الولاية ، وانما له التصرف في نفس
 المملوك أو ما يتعلق به من المنافع خاصة . وعليه فقضى القاعدة في

(مسألة ١١) : لو اعتق العبد لا خيار له (١)

المقام هو اعتبار رضا الامة بالشرط كي تدخل بذلك تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) ، فيصبح الشرط لازماً .

نعم نسب إلى العلامة (قده) التفصيل بين اشتراط الخدمة وغيرها فاعتبر رضا المملوك في الثاني دون الاول . وهو متين ، فان العتق مع اشتراط الخدمة يكون من عتق العين مسلوبة المنفعة فان كلامها مملوك له فلا يعتبر رضاه بالشرط ، نظير وقف العين مسلوبة المنفعة وهذا بخلاف اشتراط غيرها كالمال حيث لا يكون مملوكاً له .

هذا ويدلنا على عدم اعتبار رضا المملوك في اشتراط الخدمة عليه صحیح ابان بن عثمان عن أبي عبدالله (ع) قال : سألته عن رجل قال غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة . قال : هو حر وعليه العمالة ، قلت : ان ابن أبي لؤلؤ يزعم انه حر وليس عليه شيء قال : كذب ان علياً (ع) اعتق ابا نيروز وعياضاً ورباحاً وعليهم عمالة كذا وكذا سنة ولهم رزقهم وكسوتهم بالمعروف في تلك السنين (١) .

فانها مطلقة من حيث جعل المولى الخدمة عليه ومن دون تقييد برضا المملوك ، فتكون دليلاً على ما ذكرناه .

(١) لفقدان الدليل ، على انه لم يفت من العبد شيء حيث انه اذا لم يرض ببقاء الامة زوجة له فله التخلص بالطلاق من دون ان يتوقف دفع مذمة كون زوجته امة على ثبوت الخيار له والفسخ :

وما نسب إلى بعضهم من القول بثبوت الخيار له فيما إذا استمرت للكرامة إلى حالة الاختيار .

(١) الوسائل : ج ١٦ باب ١٠ من أبواب العتق ، ح ٣ .

ولا لزوجته (١) .

(مسألة ١٢) : لو كان عند العبد حرة وامتان فاعتقت

احدى الامتين فهل لها الخيار اولا ؟ وجهان (٢) وعلى

مدفوع بان الاكراه في زمن العبودية لا تقتضي الفساد لانه اكراه
بالحق لا الباطل ، والاكراه في زمن الحرية لو تحقق فهو يقتضي
البطلان لا الخيار .

(١) فان الامر فيها اوضح اذ لم يفت عليها شيء بل زيد في
مقامها وشرفها حيث اصبحت زوجة للحر .

هذا مضافاً إلى دلالة معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) :
(في العبد يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة قال ؛ فقال ؛ لا يرجم
حتى يواقع الحرة بعدما يعتق ، قلت : فلا حرة الخيار عليه إذا اعتق ؟
قال : لا ، قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الاول) (١) هـ
ورواية علي بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع) : (في رجل زوج
ام ولد له من عبد فاعتق العبد بعدما دخل بها هل يكون لها الخيار ؟
قال : لا ، قد تزوجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حراً احق
ان ترضى به) (٢) .

وكيف كان فالحكم مما لا خلاف فيه .

(٢) اظهرهما الاول لعموم ادلة الخيار - على ما اعترف به (قده)
في المسألة الثانية من فصل عدم جواز الزيادة على الاربع في العقد الدائم .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢ .

الاول : ان اختارت البقاء ، فهل يشبث للزوج التخيير
أو يبطل نكاحها ؟ وجهان (١) وكذا إذا كان عنده ثلاث (٢)
أو اربع اماء فاعتقت احداها (٣) . ولو اعتق في هذا

(١) اما احتمال البطلان فهو ضعيف جداً ولا وجه له بعد الحكم
بصحته ، إذ الممنوع انا هو الجمع بينهما لا الزوج بكل واحدة منهن
على حدة ، وأما احتمال التخيير فقد عرفت فيما تقدم ان دليبه يختص
باسلام المجوسي على سبع زوجات ولا مجال للتعدي عنه . فن هنا فلا
يحص عن الالتزام بالقرعة ، فانها لكل امر مشكل ، والمقام منه .
ولا يقاس ذلك بالزوج بالاختين أو حرتين وامة في زمان واحد
حيث يحكم فيه بالبطلان ، فان مقتضى الصحة في المثالين من الاول
قاصر بخلاف المقام حيث لا مانع من زوجية كل واحدة منهن مستقلا
وانا المانع في الجمع بينهما خاصة .

(٢) وذكره من سهو القلم حيث لا مانع من الجمع بين الحرة
والامتنين ، ويحتمل ان يكون في العبارة سقط ويكون الصحيح (فاعتقت
اثنان منهن) كما ذكره (قده) في المسألة الثانية من
فصل عدم جواز الزيادة على الأربع في العقد الدائم ، وحينئذ فيكون
المثال من مصاديق المقام حيث انه إذا اعتقت اثنان من الاماء الثلاث
كان من الجمع بين حرتين وامة وهو غير جائز على ما تقدم ، أو
اعتقت امة من الاربع حيث يكون من الجمع بين الحرة وثلاث اماء .
(٣) احتمال البطلان في المقام مناف لما ذكره (قده) في المسألة
الثانية من فصل عدم جواز الزيادة على الاربع في العقد الدائم .
حيث بنى فيها على عموم ادلة الخيار لها ، واحتمل فيها القرعة وقد

الفرض جميعهن دفعة ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره
يكون التخيير للباقيات ، أو التخيير من الاول للزوجات ،
فإن اخترن البقاء فله التخيير ، أو يبطل نكاح الجميع ،
وجوه (١) .

عرفت ان القول بها هو المتعين والصحيح ، لاحتياج التعدي عن
مورد النص الدال على التخيير إلى غيره إلى الدليل وهو مفقود .
(١) ظهر الحال فيه مما تقدم .

فصل في العقد واحكامه

(مسألة ١) : يشترط في النكاح الصيغة ، بمعنى
الايجاب والقبول اللفظيين (١) فلا يكفي التراضي الباطني

فصل في العقد واحكامه

(١) وهو مما لا خلاف فيه ، بل عليه اجماع علماء المسلمين - حل
ما في كلمات بمضموم - .

وامتدل عليه شيخنا الاعظم (قدس) بانه الفارق بين السفاح
والنكاح إذ الاول - بحسب الغالب - يقع بالتراضي بين الطرفين ،
فاذا كان هو بوحده كافياً ولم يعتبر اللفظ لم يبق فارق بينه وبين النكاح .
وما افاده يعد غريباً منه (قدس) فان الفارق بين للنكاح والسفاح
لا يكمن في اللفظ فانه اجنبي عن ذلك إذ قد يكون السفاح مع اللفظ
وقد يكون النكاح بغيره .

وانما الفرق بينها يكمن في ان النكاح امر اعتباري حيث يعتبر
للرجل المرأة زوجة له وتعتبر المرأة الرجل زوجاً لها ، في حين ان
السفاح هو الوطء الخارجي المجرد عن اعتبار الزوجية بينها .

نعم يمكن الاستدلال عليه بجملة من النصوص الدالة على اعتبار
اللفظ في المتعة ، بل يظهر من بعضها (١) مفروغية اعتباره لدى
السائل ، وانها السؤل عن كفياته وخصوصياته ، فانه إذا كان اعتباره

(١) راجع الوسائل : ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة .

ولا الايجاب والقبول الفعليين ، وان يكون الايجاب بلفظ
النكاح أو التزويج على الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في
النكاح الدائم (١)

في المتعة معلوماً ومفروغاً عنه فاعتباره في الدوام يكون بطريق اولي.
على ان في بعض هذه النصوص انها : (إذا قالت نعم فقد رضيت
وهي امرأتك وانت اولي الناس بهما) وهو ظاهر الدلالة في عدم
كفاية الرضا الباطني واعتبار اللفظ بحيث لولا قولها : (نعم) لما
تحققت الزوجية ولما كان للرجل اولي الناس بها .

هذا كله مضافاً إلى صحیحة بريد المعجلي قال : (سألت أبا جعفر (ع)
عن قول الله عزوجل : « واخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فقال : الميثاق
هو الكلمة التي عقد بها النكاح ، واما قوله : « غليظاً » فهو ماء
الرجل بفضيه اليها) (١) .

فانها واضحة الدلالة على اعتبار التلغظ وعدم كفاية مجرد الرضا
الباطني بل واظهاره بغير اللفظ المعين .

وكيف كان : فاعتبار الصيغة في انشاء النكاح وعدم كفاية
المعاطة بما لا خلاف فيه بينهم ولا اشكال .

(١) وذلك فلأن المذكور في النصوص الدالة على اعتبار اللفظ إنما
هو التزويج ومشتقاته ، لكن حيث علمنا انه لا خصوصية لهذا اللفظ بعينه
جاز استعمال لفظ النكاح في انشاء العقد الدائم لوروده في جملة من الآيات
الكريمة والنصوص الشريفة ، وأما لفظ المتعة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١ من أبواب النكاح واولياء العقد ، ح ٤.

فلا ينبغي الاشكال في صحة انشاء العقد المنقطع به فانه حقيقة فيه ،
واما انشاء العقد الدائم به فلا يخلو من اشكال بل منع ، حيث لم
نظفر بآية أو رواية قد استعمل فيها هذا اللفظ في الزواج الدائم
فيكون استعماله فيه استعمالاً مجازياً لا محالة . ومن هنا فالافتقار به في
انشائه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

وبعبارة اخرى : ان استعمال لفظ المتعة في الزواج الدائم وان
كان صحيحاً - على نحو المجاز - إلا ان كفايته في انشائه - بعد اعتبار
لفظ خاص فيه - يحتاج إلى الدليل ، والماتن (قدمه) وغيره ممن
يلتزم بالكفاية في المقام ، لا يكتفون بالاستعمالات المجازية في انشاء
العقد حتى مع نصب القرينة عليه في غير المقام كالبيع والاجارة ،
لعدم الدليل عليه .

وبالجملة : فلو كنا نحن ولم يكن دليل على اعتبار لفظ خاص
لكان حال النكاح حال العقود التي يكتفى في انشائها بكل مبرز ، إلا
ان مقتضى هذه الادلة هو الاقتصار على لفظ خاص ، والمذكور فيها
وان كان هو التزويج إلا اننا قد تعدينا عنه إلى لفظ النكاح أيضاً
للقطع ، واما غيره فالتعدي اليه يحتاج إلى الدليل وحيث انه مفقود ،
فالاحوط لزوماً - ان لم يكن الأقوى - هو الاقتصار في انشاء النكاح
الدائم على لفظي الزواج والنكاح خاصة .

نعم في بعض الكلمات الاستدلال على جواز انشاء النكاح الدائم به
بما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الاجل نسياناً .
وفيه : انه لم ترد ولا رواية واحدة تدل على انقلاب العقد المنقطع
دائماً في فرض النسيان فان الاخبار خالية عن ذلك بالمرّة ، وانما
ورد ذلك في بعض كلمات الاصحاب .

نعم وردت جملة من النصوص تدل على انقلاب المنقطع دائماً فيما إذا تعمد ترك الاجل (١) - على ما ورد التصريح بذلك في بعضها حيث ورد فيها : (اني استحي ان اذكر شرط الايام) - ، إلا انها اجنبية عن جواز انشاء النكاح الدائم بلفظ التمتع فانها ناظرة إلى خصوصية ذكر الاجل وعدمه خاصة من دون ان يكون لها نظر إلى بقية الشرائط المعتبرة في العقد الدائم .

وعلى هذا فهي انها تتضمن الانقلاب عند عدم ذكر الاجل فيما إذا كان العقد قابلاً لان يكون زواجاً دائماً ، فاذا لم يكن العقد كذلك فلا يوجب ترك الاجل عمداً أو نسياناً انقلابه دائماً كما لو كانت لديه اربع زوجات دائيات فتزوج بالخامسة متعة ولم يذكر الاجل أو تزوج بالكتابية متعة ومن دون ذكر الاجل - بناءً على عدم جواز تزوج الكتابية بالعقد الدائم - أو تزوج بالبكر كذلك من دون اذن ايها - بناءً على اختصاص اعتبار الاذن في نكاح البكر دائماً وعدم اعتباره في المتعة ، كما هو احد الاقوال في المسألة - فانه حينئذ لا مجال للقول بالانقلاب وشمول تلك الاخبار لها ، فانها انها تنظر إلى خصوص العقد القابل للانقلاب وليس لها نظر إلى فقدان شرط معتبر في النكاح الدائم . ومن هنا يظهر ما في استدلال شيخنا الاعظم (قده) على عدم اعتبار الماضوية في الصيغة بهذه الروايات حيث ورد فيها : (اتزوجك) وهو بضميمة انقلابه إلى النكاح الدائم عند عدم ذكر الاجل ، يدل على امكان انشاء النكاح الدائم بغير صيغة الماضي ، وعدم اعتبارها فيه . إذ برد عليه ما قد عرفت من ان هذه النصوص ليست بصدد بيان جميع الشرائط المعتبرة في النكاح الدائم .

(١) راجع الوسائل ج ١٤ باب ٢٠ من أبواب المتعة .

وان كان لا يبعد (١) كفايته مع الاتيان بما يدل على ارادة الدوام ، ويشترط العربية مع التمكن منها (٢)

والحاصل : انه لا يجوز انشاء العقد اندائم بلفظ المتعة لعدم الدليل عليه بعد ان كان استعماله فيه مجازياً ، ولا اقل من كون ما ذكرناه هو الاحوط .

(١) قد عرفت انه بعيد ، ولا يساعد عليه دليل .

(٢) على ما هو المعروف بينهم وامتنل له .

اولاً : بما في كلمات المحقق الثاني (قدّه) - من عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن منه .

وفيه : انه من غرائب ما صدر منه (قدّه) ، فان العقد من الامور القائمة بالنفس لا اللفظ ، وانما اللفظ هو المبرز خاصة . ومن هنا فكما ان للعرب عقوداً فلغيرهم عقود أيضاً ، وقوله تعالى : (اوفوا بالعقود) خطاب لهم ولغيرهم على حد سواء ، وليست للعربية دخل في مفهوم العقد .

ثم لو كان مفهوم العقد متقوماً بالعربية لم يكن وجه للفرق بين القدرة عليها وعدمها فانه ليس لهما دخل في المفهوم ، وانما هما يرتبطان بمقام التكليف خاصة ، حيث يصح مع القدرة ويقبح بدونه . فما افاده (قدّه) لا يمكن المساعدة عليه .

ثانياً : ان العقد بالعربية هو القدر المتيقن من العقد الصحيح لورودها في القرآن الكريم والسنة النصوص الشريفة ، وكفاية غيرها تحتاج إلى الدليل وهو مفقود ومقتضى الاصل هو الفساد .
وفيه : ان القرآن الكريم قد نزل بالعربية ، والنصوص كانت

ولو بالتوكيل على الاحوط . نعم مع عدم التمكن منها
ولو بالتوكيل على الاحوط يكفي غيرها من الالسنه (١)
إذا اتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج .

- خطاباً وجواباً - لاسئلة وجهها اناس يتكلمون بالعربية اليهم (ع)
فن هنا يكون من الطبيعي ان لا ترد فيهما صيغة غير عربية ، وهذا
لا يدل على الاختصاص بها .

ثم ان عمومات النكاح ومطلقاته كقوله تعالى : (وانكحوا الايامى
منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) وقوله (ص) : (النكاح سننى)
تمنع من الرجوع إلى الاصل والتمسك بالقدر المتيقن .

والحاصل : ان مقتضى عمومات النكاح ومطلقاته هو الاكتفاء
بغير العربية في انشاء النكاح وان كان الاحوط الاقتصار عليها مع الامكان.
(١) واستدل عليه في بعض الكلمات بما ورد في طلاق الاخرس
من كفاية وضع القناع على راسها ، بدعوى ان المستفاد منها هو
كفاية غير اللفظ العربي عند العجز عنه مطلقاً .

إلا انه واضح الفساد باعتبار ان هذه النصوص واردة في خصوص
طلاق الاخرس فالتعدي عنه إلى كل عاجز غيره يحتاج إلى الدليل
وهو مفقود ، ولذا لم يلتزم المشهور بهذا الحكم في العاجز عن
التكلم من غير الاخرس ، كالوارم لسانه إلى حد يمنعه من التكلم .

ومن هنا فقد استشكل صاحب المستند فيه ، واستظهر عدم كفاية
الانشاء بغير العربية حتى مع العجز عنها .

إلا انه لا يمكن المساعدة عليه للقطع بعدم امكان الالتزام بتعطيل
النكاح الذي عليه نظام العالم ، فلا مجال للقول بتعطيل النكاح في

والاحوط اعتبار المازوية (١)

البقاع التي لا يعلمون العربية من العالم ، وبقاء الرجال والنساء من غير تزويج بحيث ينحصر امر المقاربة بالزنا ، لاسيما مع ماورد في جملة من النصوص من ان المرأة لا تبقى معطلة .

والحاصل : انه بناء على اعتبار العربية في انشاء النكاح - وقد عرفت ما فيه - فهو انما يختص بحالة القدرة على الانشاء بالعربية ولو بالتوكيل فيه ، واما مع العجز عنها فقتضى عمومات النكاح واطلاقه السليمة عن المعارض هو الاكتفاء في انشائه باي لغة كانت .

(١) كما ذهب اليه المشهور من الاصحاب ، واستدل عليه :

تارة : بانه القدر المتيقن من العمد الصحيح .

واخرى : بان صيغة الماضي صريحة في الانشاء بخلاف غيرها .
وفيهما معاً نظر : فان الاول يدفعه أن مجرد كونها القدر المتيقن لا يقتضي لزوم الاقتصار عليها في مقام الانشاء ، ورفع اليد عن المطلقات والعمومات .

على ان مقتضى النصوص الواردة في كيفية عقد المتعة والمتضمنة انشاءها بغير صيغة الماضي هو جواز انشاء العقد الدائم بغير صيغة الماضي وعدم انحصاره بها ، لوضوح عدم الفرق بين العقد المنقطع والعقد الدائم .

ومن هنا يظهر الجواب عن الثاني فان مجرد كونها صريحة فيه لا يكفي في لزوم الاقتصار عليها والقول بعدم كفاية غيرها ، إذ يكفي ظهور غيرها فيه ، حيث لا تعتبر الصراحة كما يؤكد ماورد في المتعة من الانشاء بغيرها .

وان كان الاقوى عدمه (١) فيكفي المستقبل والجملة
الخبرية كأن يقول : (ازوجك) أو (انا مزوجك فلانة)
كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول وان كان الاقوى
جواز العكس أيضاً (٢) .

على ان دعوى كون صيغة الماضي صريحة في الانشاء ، باطلة من
اساسها ، فانها مشتركة بينه وبين الاخبار ولا بد في التعيين من القرينة .
ومن هنا فهي لا تختلف عن غيرها من هذه الجهة ، وليست هي
صريحة فيه - كما ادعت - .

اذن : فالصحيح هو ما ذهب اليه جملة من الاصحاب من جواز
الانشاء بغيرها .

(١) على ما اختاره جملة من الاصحاب وامتظهرناه .

(٢) فهقول الرجل : (اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه (ص))

... الخ) فتقول المرأة : (زوجتك نفسي) ، وبدلنا عليه عدم
الدليل على اعتبار تقدم الايجاب على القبول ، بعد صدق العقد والمعاقدة
مع العكس أيضاً ، إذ لا يعتبر في مفهومه كون الايجاب متقدماً
على القبول .

هذا مضافاً إلى اطلاقات ادلة النكاح ، وما ورد في بيان كيفية
صيغة المتعة من ان يقول الرجل لها : (اتزوجك متعة على كتاب
الله تعالى وسنة نبيه (ص)) لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً
(إلى ان قال) فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى

وكذا الاحوط ان يكون الايجاب من جانب للزوجة
والقبول من جانب الزوج وان كان الاقوى جواز للعكس (١)

الناس بها (١) .

فان موردها ليس هو قيام الرجل بدور الايجاب والانشاء وقيام
المرأة بدور القبول - كما توهمه بعضهم - وانما موردها تقديم القبول
على الايجاب فان صيغة (اتزوجك) من باب التفعّل فلا يكون انشاءً
وانما يكون قبولا متقدماً ، ومن هنا فقد مثل المحقق (قدّه) في
الشرائع لتقديم القبول على الايجاب بما إذا قال الرجل : (تزوجت)
فقالت المرأة : (زوجتك نفسي) . فلا فرق بين التعبير بـ (اتزوجك)
و (قبلت) فان المفاد فيهما واحد تماماً من دون أي فارق باستثناء
ان القبول في الاول مستفاد من الهيئة في حين انه في الثاني مستفاد
من المادة .

ثم ان هذا كله فيما إذا كان القبول المتقدم بلفظ (اتزوجك)
وما شابهه ، واما إذا كان بلفظ (قبلت) أو (رضيت) فان لم
يذكر المتعلق فلا اشكال في عدم كفايته في انشاء الزوجية ، وان
ذكر المتعلق فالظاهر انه لا مانع من الالتزام بصحته وكفايته لما عرفت
من انه لا فرق بين صيغة (قبلت) وصيغة (اتزوجك) إلا ان
القبول في الاول مستفاد من المادة في حين انه في الثاني مستفاد من
الهيئة ، فيكون حاله حاله .

(١) وذلك لكون الزوجية من المفاهيم المتضايقة المتشابهة الطرفين
بحيث يكون المضاف إلى كل منهما عين المضاف إلى الآخر نظير

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة ، ح ١ .

الاخوة المضافة إلى الطرفين على حد سواء فكما ان هذا اخ لذلك فذلك اخ لهذا بلا اختلاف في النسبة وليست هي كالأبوة والبنوة ، ومن هنا فكما ان الرجل زوج للمرأة هي زوج له ، كما استعمل ذلك في جملة من الآيات الكريمة قال تعالى : (وقلنا يا آدم اسكن انت وزوجك الجنة) (١) ، وقال تعالى : (ولستم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) (٢) ، وقال تعالى : (يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراهما جميلاً) (٣) ، وقال تعالى : (يا ايها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن) (٤) ، وقال تعالى : (واذا تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه امسك عليك زوجك) (٥) وقال تعالى : (يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك) (٦) ، إلى غير ذلك من الآيات .

فالزوجة مفهوم في مقابل الفردية وهي عبارة عن انضمام احدهما إلى الآخر مع وحدة علاقتها اليهما .
وعليه : فكل منهما انشاؤها واعتبار الآخر زوجاً له أولها ، فاذا تحققت ذلك من احدهما وتحقق القبول من الآخر صدق العقد والمعاهدة ومن ثمَّ شملته ادلة الزوم .

(١) البقرة : ٣٦ .

(٢) النساء : ١٢ .

(٣) الاحزاب : ٢٨ .

(٤) الاحزاب : ٥٩ .

(٥) الاحزاب : ٣٧ .

(٦) الاحزاب : ٥٠ .

وان يكون للقبول بلفظ : (قبلت) ولا يبعد كفاية (رضيت) (١) ولا يشترط ذكر المتعلقات (٢) فيجوز الاقتصار على لفظ : (قبلت) من دون ان يقول : (قبلت للنكاح لنفسي أو لموكلي بالمهر المعلوم) والاقوى

والحاصل : انه لا موجب للقول بلزوم كون الايجاب من الزوجة خاصة والقبول منه ، فانه لا دليل عليه وان كان هو الغالب خارجاً . (١) بل الاقوى كفايته لعدم الدليل على اعتبار لفظ معين في القبول أو وجود خصوصية له ، ومقتضى الاطلاقات الاكتفاء بكل لفظ يدل على رضاه بالزوجية كي تصدق به المعاقدة والمعاهدة . وما يدل على ما ذكرناه الصحيحة الواردة في المتعة : (فاذا قالت نعم فقد رضيت) فانها دالة على جواز القبول بلفظ : (اتزوجك) على ما تقدم الحديث فيها .

(٢) إذ العبرة بمعلومية المتعلقات وهي تحصل بذكرها في ضمن ايجاب الزوجة ولا حاجة إلى اعادتها في ضمن القبول ثانياً . وتدل عليه الصحيحة المتقدمة الواردة في المتعة حيث حكم (ع) بتحقق الزوجية بمجرد قولها : (نعم) متفرعاً على قول الزوج : (اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) . . . الخ) فانه سواء جعلنا قولها : (نعم) قبولاً كما ذهب اليه بعضهم أو ايجاباً كما اخترناه فهي دالة على عدم ذكر المتعلقات ، اما على ما ذكره فواضح ، واما على ما اخترناه فلعدم الفرق بين الايجاب والقبول من هذه الناحية حيث ان العبرة انها هي بالمعلومية فاذا جاز عدم ذكر المتعلقات في الايجاب لتحقق المعلومية من جهة اخرى جاز عدم ذكرها في القبول أيضاً .

كفاية الاتيان بلفظ الامر (١) كأن يقول : (زوجني فلانة)
فقال : (زوجتكها) وان كان الاحوط خلافه .

(١) كما ذهب اليه جماعة ، والمبنى فيه احد امرين : -
الاول : دعوى ان الامر بالتزويج من قبل الزوج قبول منه ،
وبذلك فيكون من مصاديق المبحث المتقدم اعني تقدم قبول الزوج
على ايجاب المرأة - على ما صرح به بعضهم في ذلك المبحث حيث
ذكر الامر بالتزويج مثلاً له . - .

وفيه : انه بعيد عن المتفاهم العرفي جداً ، فان الامر انها هو انشاء
لطلب التزويج وهو وان كان يكشف عن رضاه به إلا انه غير انشائه
لاعتبار الزوجية والتزويج ، ولا ظهور له فيه ، ومن هنا فلا مجال للاكتفاء
به في المعاقدة .

وبعبارة اخرى : ان الامر بالتزويج وان كان دالاً على الرضا
الباطني به ، إلا انه لا يجدي شيئاً ما لم يستتبع ابرازه بمبرز دال
بظاهره عليه ، وهو غير حاصل في المقام فان الامر به غير انشائه
للقبول كما هو واضح .

الثاني : دعوى ان امره لها أو لغيرها لما كان توكيلاً في التزويج ،
كفى ايجابها خاصة لما تقدم من ان الايجاب والقبول إذا كان لشخص
واحد بالولاية أو الوكالة أو بالتفريق بينهما وبين الاصاله كفى
الايجاب من دون ان تكون هناك حاجة إلى القبول .

وفيه : انه قد تقدمت في محله المناقشة في الكبرى ، لانه من
قبيل استعمال اللفظ في اكثر من معنى وهو على تقدير امكانه خلاف
الظاهر في مقام الاستعمال بل يعد من الاغلاط .

على ان في كون المقام من صغريات هذه الكبرى اشكالا ،
وذلك فلان الامر بالتزويج لا يعد - عرفاً - توكيلاً لها فيما هو فعله
وانما الظاهر منه انه طلب لما هو فعلها خاصة ، نظير ما لو قال :
هيني ما عندك ، فانه لا يعتبر توكيلاً له في قبول الهبة أو قبضه ،
كي يقال بكفاية ايجابها عن القبول .

ولا يرد علينا انا التزمنا بان الزوجية من الامور المتضايقة المتشابهة
الطرفين فهكون امره لها امراً بانشاء ذلك الامر الواحد .

إذ يرد عليه ان كون الزوجية من الامور المتضايقة المتشابهة الطرفين
والنسبة وان كان تاماً إلا ان الظاهر العرفي من الامر ليس لا طلب
ما هو فعلها خاصة فلا يعتبر توكيلاً أو قبولاً فيما هو فعله .

ومن هنا فيشكل ما افاده (قدّه) تبعاً لجماعة من كفاية الاثيان
بلفظ الامر .

وأما النص الذي استدل به على الكفاية اعني صحيحة مجد بن مسلم
عن أبي جعفر (ع) قال : (جاءت امرأة إلى النبي (ص) فقالت:
زوجني ، فقال رسول الله (ص) : من لذه ؟ فقال رجل فقال :
انا يا رسول الله (ص) زوجنيها ، فقال ما تعطيهما ؟ فقال مالي شيء ،
قال : لا ، فاعادت فاعاد رسول الله (ص) الكلام فلم يقم احد
غير الرجل ثم اعادت فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة :
أنحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم ، قال : قد زوجتمكها على
ما تحسن من القرآن فعلمها اياه) (١) .

بدعوى : انه لم يرد في شيء من طرق هذه الصحيحة قبول الرجل
بعد ايجاب النبي (ص) فيكشف ذلك عن الاكتفاء بامرّه بالتزوج

(١) الوسائل : ج ١٥ باب ٣ من أبواب المهور ، ح ١ .

(مسألة ٢) : الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة مع قصد الإنشاء وان تمكن من التوكيل على الأقوى (١) .

المتقدم على الإيجاب .

فلاستدلال به مشكل : فان دعوى كون امر الرجل توكيلاً للنبي (ص) بعيدة ، لأنه وبحسب المفاهيم العرفي ليس لإطباء في التزويج . وابعدها منها دعوى كونه قبولاً متقدماً وإنشاء التزويج ، إذ ليس للمطلب ظهور في التزويج لاسيما في المقام حيث فصلت جملة عديدة صدرت من النبي (ص) واجوبة صدرت من الرجل بين امره والإيجاب ، والحال ان المعروف والمشهور بين الاصحاب اعتبار التوالي بين الإيجاب والقبول .

على ان المهر انما ذكر في الإيجاب خاصة ولم يكن له في الامر ذكر ، فلا يمكن جعله قبولاً سابقاً لاستلزامه عدم تطابقه مع الإيجاب . ومن هنا : فاما ان تحمل هذه الصحيحة على ان الراوي لم يكن بصدد بيان جميع الخصوصيات وانما هو بصدد بيان جهة خاصة هي عدم لزوم كون المهر درهماً أو ديناراً بل يكفي كونه قرآناً ولذا لم يذكر قبول الرجل ، أو يقال بان ذلك من خصوصيات النبي (ص) حيث يكفي بإيجابه خاصة ولا يعتبر فيه القبول مع رضا الرجل أو حتى مع عدمه لولايته (ص) العامة ، ومعه فلا مجال للتعدي عنه (ص) والاستدلال بها على الجواز في غير إيجابه (ص) .

وعلى كل : فما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعدة عليه ، ولا اقل من كون خلافه هو الاحوط لزوماً .

(١) بل لم يظهر الخلاف فيه من احد ، واستدل عليه بان دليل

اعتبار اللفظ لما كان هو التسالم بين المسلمين وهو دليل لبي فلا بد من
الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو غير الأخرس ، واما هو فيكتفى
بإشارته لاطلاقات ادلة النكاح وعموماته .

إلا ان لازم ذلك عدم اختصاص الحكم بالأخرس ، بل لابد من
الالتزام بعمومه لكل عاجز عن التكلم سواء أكان ذلك بالأصالة وهو
المسمى بالأخرس ام كان لعارض كالمقطوع لسانه

نعم لو كان اعتبار اللفظ مستفاداً من الادلة اللفظية - كما استظهرناه -
كان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين القادر على التكلم والعاجز عنه
مطلقاً ، إذ الاحكام الوضعية لا تختلف بالقدرة وعدمها ، وحينئذ فلا بد
من التماس دليل على صحة عقد الأخرس بالإشارة .

ويدل عليه ما ورد في طلاق الأخرس من الاكتفاء بالكتابة أو
الإشارة على النحو الذي يعرف به سائر افعاله ومقاصده مثل حبه أو
كراهته (١) ، فانه إذا جاز الطلاق بالإشارة جاز النكاح بها بطريق
اولى إذ الطلاق اشد حالاً من النكاح ، وما ورد في قراءته في الصلاة
أو تشهده أو تلييته وما اشبه ذلك - على حد التعبير الوارد في معتبرة
مسعدة بن صدقة - من انها بتحريك لسانه وإشارته باصبعه (٢) ،
ومن الواضح ان المراد مما اشبه ذلك هو كل ما يعتبر فيه التلفظ شرعاً ،
ومن هنا تكون هذه الروايات شاملة للمقام ودالة على المدعى اعني
جواز انشاء الأخرس للنكاح بإشارته .

غير ان مقتضى هذه النصوص لزوم اضافة تحريك اللسان إلى

(١) راجع للومائل : ج ١٥ باب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق

وشرائطه ، ح ١ .

(٢) راجع الرسائل : ج ٤ باب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة .

- (مسألة ٣) : لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة (١) .
- (مسألة ٤) : لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول في
 للفاظ المتعلقة (٢) فلو قال : (انكحتك فلانة) فقال :
 (قبلت التزويج) ، أو بالعكس كفى ، وكذا لو قال :
 (على المهر المعلوم) فقال الآخر : (على الصداق المعلوم)
 وهكذا في سائر المتعلقةات .
- (مسألة ٥) : يكفي على الاقوى في الايجاب لفظ
 (نعم) (٣) بعد الاستفهام ، كما اذا قال : (زوجتني

الاشارة باصبعه وعدم الاكتفاء بالاشارة المجردة ، كما ورد ذلك في
 معتبرة مسعدة بن صدقة المتقدمة ويظهر من روايات الطلاق حيث
 قيد الحكم بكون ابرازه للنكاح بالاشارة كإبراز مسرر مقاصده واموره
 ومن الواضح ان المتعارف عند الاخرس في مقام بيان مقاصده هو
 تحريك لسانه مضافاً إلى الاشارة باصبعه أو يده أو غيرها ، ومن هنا
 فلا محيص عن اشتراط تحريك اللسان في انشاء الاخرس للنكاح بالاشارة .
 (١) لعدم الدليل على الاكتفاء بها ، بعدما دل على اعتبار اللفظ
 في الانشاء .

- (٢) وذلك لعدم الدليل على اعتبار تطابق الايجاب والقبول من
 حيث المادة ، إذ ان دليل اعتبار اللفظ لا يقتضي إلا لزوم كون الدال
 على انشاء التزويج لفظاً ، واما اتحادهما من حيث المادة فلا دليل
 عليه ومقتضى الاطلاق كفاية غير المتطابق أيضاً .
- (٣) الاكتفاء بـ (نعم) في مقام الايجاب في حد نفسه مما لا ينبغي

فلانة بكذا ؟) فقال : (نعم) فقال الاول : (قبلت)
لكن الاحوط عدم الاكتفاء .

(مسألة ٦) : اذا لحن في الصيغة ، فان كان مغيراً
للمعنى لم يكف (١) ، وان لم يكن مغيراً فلا بأس به إذا
كان في المتعلقات (٢) ، وان كان في نفس اللفظين - كأن
يقول : (جوزتك) بدل (زوجتك) - فالاحوط عدم
الاكتفاء به (٣) وكذا اللحن في الاعراب .

الاشكال فيه ، إذ تدل عليه - مضافاً إلى ما تقدم من ان المعتبر في
اللفظ كونه مبرزاً للاعتبار بنظر العرف من دون وجود خصوصية
للفظ معين - صحيحة ابان بن تغلب المتقدمة حيث ورد فيها : (فاذا
قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك) بناءً على ما تقدم بيانه مفصلاً
من ان كلمة (نعم) ايجاب منها ، حيث لا يمكن ان تكون كلمة
(اتزوجك) هو الايجاب .

نعم ما افاده (قده) من كفايته في جواب الاستفهام مشكل
جداً حيث ان جواب الاستفهام انما يكون اخباراً لا انشاءً ، فاستعماله
في مكانه يكون من الانشاء بالمجاز المستنكر وغير المعهود والمتعارف
لدى العرف ، ومن هنا فلا مجال للاكتفاء به .

(١) لعدم صلاحيته لابرز المعنى والاعتبار النفساني ، بحسب
المتفاهم العرفي .

(٢) لكونه مبرزاً للاعتبار لدى العرف .

(٣) وان كان الاقوى الاكتفاء به ، إذ العبرة انما هي بكون

(مسألة ٧) : يشترط قصد الانشاء في اجراء الصيغة (١).

اللفظ مفهماً ومبرزاً للاعتبار بنظر العرف من دون ان يكون لوازين اللغة والاعراب دخل ، فاذا كان اللفظ كذلك صح انشاء العقد به وان كان غلطاً بحسب اللغة .

ومن هنا يظهر الفرق بين انشاء العقود والقراءة في الصلاة ، فان المعتبر في الثاني هو اللفظ الخاص النازل من الله تبارك وتعالى فاذا وقع فيه تحريف لم يجز لعدم كونه النازل منه تعالى ، وهذا بخلاف العقود حيث لا يعتبر فيها لفظ خاص وانما المعتبر فيها هو اللفظ المفهم للمعنى والمبرز للاعتبار بنظر العرف .

ومن هنا فالظاهر هو الاكتفاء بالمحون حتى ولو كان الغلط في نفس اللفظين فيما اذا كان اللحن نوعياً بحيث يكون مبرزاً للاعتبار بنظر العرف ، نعم ان الاحتياط في عدم الاكتفاء به .
ومما تقدم يظهر الحال في اللحن في الاعراب ، فان الحال فيه ما تقدم .

(١) وذلك لان الالفاظ لصيغة العقد اما ان لا يستعملها في معنى بحيث يكون قصده ايجاد اللفظ خاصة ، وانما ان يكون قصده في استعمالها الاخبار عن ما مضى أو عن ما يأتي ، وانما ان يكون قصده في استعمالها انشاء الزوجية ، ولا رابع لهذه الاحتمالات .

والاولان لا يتحقق بهما عنوان التزويج لخلو الاول من ارادة المعنى ، وقصد الاخبار في الثاني ، فينحصر امر الانشاء في الثالث لا محالة ولا يختص هذا بباب النكاح بل يجري في انشاء جميع العقود بلا اختلاف بينها .

(مسألة ٨) : لا يشترط في المجري للصيغة ان يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً (١) بان يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول ، بل يكفي علمه اجمالاً بان معنى هذه الصيغة انشاء النكاح والتزويج ، لكن الاحوط العلم التفصيلي .

(مسألة ٩) : يشترط الموالاتة بين الايجاب والقبول (٢) وتكفي العرفية منها ، فلا يضر الفصل في الجملة ، بحيث يصدق معه ان هذا قبول لذلك الايجاب ، كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها . وان كثرت .

(١) لان المعاقدة انها تتقوم بالاعتبار النفساني وبارازه ببرز في الخارج ، فاذا كان المجري للصيغة عالماً بانها تبرز هذا الاعتبار النفساني ، كفى ذلك وان لم يكن عالماً بخصوصياتها ، واعلم اكثر العرب فضلاً عن غيرهم لا يدركون ذلك ، بل غاية ما يدركونه انها هو معنى الجملة من حيث المجموع ، دون كل جزء جزء هيئة ومادة .

(٢) على ما ذكره غير واحد من الاصحاب ، وذكروا ان الاصل في ذلك انها هو ارتباط المستثنى بالمستثنى منه حيث انه اذا فصل بينهما لم يكن احدهما مرتباً بالآخر ، ومن ثم فلا يعدان جملة واحدة فلو قال اللفظ بالشهادة (لا اله) ثم ذكر بعد فصل طويل (لا اله) لما اعتبر ذلك شهادة بوحداية الله تبارك وتعالى ، بل يحكم بكفره لنفي الاله وكذا الحال في الاقرار فلو اقر لشخص بمائة دينار مثلاً وبعد فصل طويل استثنى منه خمسين ، فانه يؤخذ باقراره الاول

ويعتبر استثناء الخمسين من الانكار فلا يلتفت اليه ، ولا يختص هذا بباب الاستثناء ، بل يجري في كل امرين مرتبطين كالقرينة وذيها . والعقود حيث تتركب من الايجاب والقبول فلا بد من عدم الفصل بينهما كي تتحقق المعاقدة والمعاهدة .

وما افادوه بالنسبة الى الاستثناء والقرينة وذيها واضح فان المتكلم إذا فرغ من كلامه ولم ينصب قرينة على مراده انعقد لكلامه ظهور لا محالة . فيؤخذ بمقتضى ظهور كلامه وعلى هذا الاساس كان ما ذكرناه في محله من ان القرينة المنفصلة لا توجب خلاً في ظهور الكلام ورفعها ، وانما توجب رفع حجية الظهور خاصة .

إلا ان هذا لا يجري في محل كلامنا ، فان المعاقدة ليست هي بين اللفظين كي يقال انها معنى واحد قائم بهما فلا بد من ارتباطهما ، وانما هي قائمة بين الالتزامين والاعتبارين النفسين ، واطلاقتها على اللفظين انما هو باعتبار ابرازهما للاعتبارين :

ومن هنا : فلا عبرة بالفصل بين اللفظين وعدمه ، وانما العبرة بارتباط الالتزامين ، فاذا كان الالتزام الاول باقياً على حاله من دون ان يعرض الملتزم عنه إلى حين تحقق الالتزام من الثاني بحيث تحقق الارتباط بين الالتزامين صححت المعاقدة حتى ولو كان الفصل بين اللفظين طويلاً .

نعم لو اعرض الطرف الاول عن التزامه قبل التزام الطرف الآخر لم يكن لالتزامه بعد ذلك اثر لعدم تحقق الارتباط بينهما فانه حين وجود الالتزام من الاول لم يكن الالتزام من الثاني متحققاً وحين تحقق الالتزام من الثاني لم يكن التزام الاول موجوداً .

وبعبارة اخرى : ان اعتبار التوالي من حيث الزمان لا دليل عليه

(مسألة ١٠) : ذكر بعضهم انه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول فلو كان القابل غائباً عن المجلس ، فقال الموجب : (زوجت فلانا فلانة) وبعد بلوغ الخبر اليه قال : (قبلت) لم يصح ، وفيه انه لا دليل على اعتباره (١) من حيث هو ، وعدم الصحة في الفرض المذكور انما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة لعدم التخاطب ، والا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح ، كما اذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول : (قبلت) بلا فصل مضر فانه يصدق عليه المعاقدة (٢) .

(مسألة ١١) : ويشترط فيه التنجيز (٣) كما في سائر العقود ، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل . نعم

ولا عبرة به ، وانما العبرة بصدق المعاقدة ، ولما كانت هي قائمة بين الالتزامين كفى تحقق الثاني في حين بقاء الاول وقبل رفع اليد عنه ، حيث يتحقق الارتباط بينهما .

(١) كما يظهر ذلك جلياً مما تقدم في المسألة السابقة .

(٢) بل قد عرفت ان صدق المعاقدة لا يتوقف على عدم الفصل بين الايجاب والقبول وانما يكفي تحقق الالتزام من الطرف الآخر في زمن وجود الالتزام من الاول :

(٣) وتفصيل الكلام ان يقال : ان التعليق قد يكون على امر

لو علقه على امر محقق معلوم - كأن يقول : (ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة) مع علمه بانسه يوم الجمعة - صح واما مع عدم علمه فمشكل .

يكون انشاء ذلك العقد معلقاً عليه قهراً سواء أذكره المنشيء أم لم يذكره كالزوجية في الطلاق والملكية في البيع ، فهو لا يضر بالانشاء جزماً فان وجوده وعدمه سيان .

وقد يكون على امر معلوم الحصول فعلاً أو معلوم الحصول المستقبل لكن على نحو الواجب المشروط بالشروط المتأخر كما او علق الزوجية على حصول النهار غداً ، وهو كاسابق لا يضر بصحة العقد ووجوده كعدمه ، فان اعتبار الزوجية حاصل من دون تعليق على شيء باعتبار ان المعلق عليه حاصل ومعلوم بالوجدان ، ولا يمتثل بتحقيق الاجماع المدعى على البطلان فيه .

وقد يكون على امر معلوم العدم أو مشكوك العدم مع كونه حين الانشاء معدوماً واقعاً ، وفيه لا ينفى انشك في بطلانه سواء اعتبرنا التنجيز ام لم نعتبره ، لعدم تحقق المعلق عليه على الثاني .

وقد يكون على امر متأخر معلوم الحصول في المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشروط المقارن بحيث تكون الزوجية أو الملكية من حين حصول المعلق عليه ، وهذا هو الذي قد ادعي في الكلمات التسالم على عدم صحته ، بعد استثناء الوصية والتدبير منه حيث لا تحصل الملكية فيهما إلا متأخراً عن الانشاء وبعد الموت .

هذا وقد يتوهم ان الاجارة المتأخرة بان يؤجر الانسان فعلاً داره من بعد شهر - مثلاً - من هذا القبيل .

إلا انه واضح الفساد فان الاجارة بالنسبة إلى المنافع الآتية انما هي اشبه شيء بالواجب المعلق ، حيث ان التملك فيها انما يكون من الآن غاية الامر ان متعلق الملكية والمملوك متأخر عن الانشاء زماناً . وقد يكون على امر مشكوك الحصول سواء أكان امراً فعلياً ام متأخراً ، وقد حكم الاصحاب فيه بالبطلان أيضاً بلا فرق بين ان يكون التعلق من قبيل الشرط المتأخر أو الشرط المقارن :

هذا وقد ذكر في وجه البطلان في الاول : ان الوجود والايجاد وان كانا امرين متغايرين بحسب الاعتبار ، لكنهما في الواقع امر واحد وحقيقة واحدة وان الاختلاف بينهما انما ينشأ من حيث اضافة هذا الأمر الواحد فانه ان اضيف إلى الماهية عبر عنه بالوجود ، وان اضيف إلى الفاعل عبر عنه بالايجاد ، فاختلافهما انما هو بالاعتبار خاصة ، وإلا فهما عنوانان لشيء واحد ومتحدان واقعاً :

ومن هنا فلا مجال للفصل بينهما بحيث يقال بتحقق الایجاد دون تحقق الوجود ، فانه امر ممتنع لاستلزامه الخلف .

وفيه : مضافاً إلى انه لو تم فهو انما يختص بالامور الحقيقية ولا يأتي في شيء من الامور الاعتبارية التي منها المقام حيث ان الامر فيها سهل المؤنة فلا مانع من اعتبار الایجاد بالفعل والوجود متأخراً عنه ، انه مبني على كون الانشاء ايجاداً للمعنى باللفظ ، لكنك قد عرفت بطلانه مفصلاً في المباحث الاصولية ، وان الانشاء انما هو ابراز لما في النفس على حد الاخبار - وان اختلفا في قصد الحكاية وعدمه - وعليه فكما يصح تعلق الاخبار بامر متأخر يصح انشاء الامر المتأخر أيضاً ، فيعتبر بالفعل الزوجية غداً ، وهو امر معقول ويمكن ، وادل دلائل على امكانه هو وقوعه في الخارج كما هو الحال

في الوصية والتدبير على ما عرفت .

هذا بالنسبة إلى البطلان في التعليق على امر متأخر معلوم الحصول على نحو الشرط المقارن ، وأما بالنسبة إلى البطلان في التعليق على امر مشكوك الحصول فقد قيل في وجهه بان الاجناد لما كان هو الوجود هينته في الحقيقة ، فلا معنى للتعليق فيه فان الشيء اما هو موجود وإما هو معدوم ولا يمكن فرضه موجوداً على تقدير وغير موجود على تقدير .

وبعبارة اخرى : انه لا وجه لاجناد القيام - مثلاً - على تقدير دون تقدير وانما هو اما متحقق على كل تقدير وإما غير متحقق كذلك إلا ان جوابه قد ظهر مما تقدم ، إذ لا اجناد في المقام كي يرد ما قيل ، وانما هو ابراز للاعتبار النفساني ، وهو كما يتعلق بامر على كل تقدير يتعلق بامر على تقدير دون تقدير فيكون المعتبر هو الحصاة الخاصة ، وهو متحقق في الاخبار أيضاً فترى انه يخبر عن طلوع الشمس فيما إذا كانت الساعة السادسة صباحاً - مثلاً - .

ومن هنا : فما ذكر من الدليل لا يكفي في القول بعدم امكان هذا النحو من التعليق، واقضائه للبطلان بل لا بد في اثباته من التماس دليل غيره. هذا ويمكن ان يستدل على اعتبار هذا الشرط ، مضافاً إلى دعوى الاجماع على اعتباره - وهو ليس ببعيد - ان مقتضى اصالة الفساد وعدم نفوذ العقد بعد كونه مثل هذا العقد المعلق غير متعارف لدى عامة الناس بل كونه مستنكراً لديهم ، ودعوى انصراف ادلة العقود إلى المتعارف فلا تشمله ، هو اعتباره في الصحة .

ولو اغمضنا النظر عن ذلك فيمكن الاستدلال عليه بجملة من النصوص الواردة في النكاح والبيع وغيرهما من العقود الظاهرة في لابدية

ترتب اثر العقد عليه بالفعل وبلا فصل إلا ما خرج بالدليل كبيع
الصرف حيث يتوقف ترتيب الاثر عليه فيه على القبض .

وهذه النصوص كقوله (ع) في صحيحة ابان بن تغلب :
(فاذا قالت ، نعم فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى الناس بها) (١)
فانها ظاهرة في ان الزوجية وترتب الاثر على عقد النكاح انما
يكون بمجرد قولها : (نعم) من دون ان ينتظر تحقق شيء آخر .
وما ورد في شراء الامة من ان البائع إذا اخبر عن استبرائها أو
كان البائع امرأة جاز وطؤها (٢) .

فانها ظاهرة في ان الحكم مترتب على مجرد شرائها وملكيته لبضعها
من دون توقف على شيء آخر . ولا يبعد ان يدل عليه قوله (ع)
في صحيحة الحلبي الواردة فيمن قال لامرأته ان تزوجت عليك أو
بت عنك فانت طالق : (ان رسول الله (ص) قال : من شرط
شرطاً سوى كتاب الله عزوجل لم يجز ذلك عليه ولا له) (٣) إذ من غير
البعيد ان يكون المراد به هو الطلاق الشرطي ، بحيث تشترط المرأة
الطلاق عند تحقق الشرط ، لا توكيلها في الطلاق بحيث يكون أمر
الطلاق بيده غاية الامر تكون المرأة وكيلة عنه في اجرائه .

والحاصل : ان المستفاد من هذه النصوص كون ترتيب الاثر على
العقد فعلياً وبمجرد تماميته من دون انتظار لشيء آخر ، ومن هنا
فيعتبر التنجيز في العقود مراعاة لظهور النصوص المتقدمة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب الحيوان .

(٣) الوسائل : ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ،

(مسألة ١٢) : اذا اوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فان اراد البقاء فاللازم الاعادة على الوجه الصحيح (١) ، وان اراد الفراق فالاحوط الطلاق (٢) وان كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير

وكيف كان فاعتبار التنجيز متسالم بين الاصحاب ، لكن من غير الخفي ان اعتباره انما يختص بالعقود المعاوضة وما يشبهها ، وأما العقود الاذنية كالوكالة وما شابهها فالظاهر انه لا مانع من تعليقها على الامور الفعلية والآتية معلومة الحصول أو مشكوكته كاشتراط الزوجة الوكالة في الطلاق عند تزوج الرجل بغيرها أو التوكيل في بيع الدار إذا صادف له السفر أو غير ذلك من القيود ، فانه امر متعارف بل واقع في الخارج كثيراً ولا يعتبر من المستنكرات لدى العرف فترى ان الصديق يقول لصديقه اذا مسافر غداً - مثلاً - فان لم ارجع إلى شهر فانت وكيلي في بيع داري وما شا كل ذلك . ولعل الوجه فيه ان الوكالة لا تحتاج إلا إلى رضا المالك خاصة ، وهو متحقق مع التعليق على حد تحققه مع التنجيز . ولا نظن فضلاً عن القطع قيام الاجماع على بطلانه ، بل قد صرح المحقق القمي (قدس) في جامع الشتات بصحة التوكيل المعلق في طلاق زوجته ونسب ذلك إلى السبزواري والملا احمد ، والظاهر انه الاردبيلي (قدس) .

- (١) إذ ليس لها ترتيب آثار الزوجة ما لم يحرزا الصحة ، فراراً من الوقوع في المخالفة الاحتمالية من غير عذر .
 (٢) كي يحصل اليقين بانتفاء الزوجية بينهما .

في الزوجية (١) وان كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي ، فمع ارادة البقاء الاحوط الاستحبابي اعادته على الوجه المعلوم صحته ، ومع ارادة الفراق فاللازم الطلاق .
(مسألة ١٣) : يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل ، سواء كان عاقداً لنفسه ، أو لغيره وكالة ، أو ولاية . أو فضولاً . فلا اعتبار بعقد الصبي (٢) .

(١) ما افاده (قده) ينافي كون الاحتياط لزومياً فان الاحتياط قد يكون حكماً ظاهرياً للمجتهد ، كما في موارد العلم الاجمالي أو موارد الشبهة قبل الفحص ، وفيها لا يمكن الرجوع إلى اصالة العدم ، لاخصاصها بغيرهما فالرجوع اليها والتمسك بها يخرج المورد عن كونه من موارد الاحتياط اللزومي وقد لا يكون الاحتياط كذلك بان يعلم المجتهد بالحكم إلا انه لا يريد ابداءه واطهاره للناس لمازج خارجي كحفظ المصالح العامة أو ماشابهه ، وحينئذ فتكون وظيفة العامي هو الاحتياط لا محالة لتنجز الواقع في حقه باعتبار انه يعلم بالتكاليف اجمالاً أيضاً ، ولا طريق له إلى فتوى المجتهد - كما هو المفروض - وليس له الرجوع إلى اصالة عدم تأثير العقد ، باعتبار ان اجراء الاصول في الشبهات الحكمية انها هو من وظيفة المجتهد خاصة .

ومن هنا : فينحصر امر الفراق بينها بالطلاق لا غير ، لعدم انسجام التمسك بالاصل مع كونه من موارد الاحتياط اللزومي ، من دون ان يمكن الجمع بينهما .

(٢) بلا خلاف ولا اشكال فيه إذا كان مستقلاً في التصرف .

وتدل عليه - مضافاً إلى قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا للنكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) (١) حيث جعل الله سبحانه الغاية في دفع المال إلى الصبي بلوغه والرشد ومن الواضح ان مقتضاه عدم جواز دفع امواله اليه قبل البلوغ حتى ولو كان رشيداً ، وعدم جواز تصرفاته فيها - ما ورد في بعض النصوص من ان وضع القلم على الصبي انها يكون بعد احتلامه وبلوغه ، حيث ان مقتضاه كون عمله قبل ذلك كلاعمل فلا يلزم بشيء كما لا يؤخذ على شيء منها كموثقة عمار الساباطي عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : إذا اتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك) (٢) .

ومعتبرة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال : (سأله أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ اشده . قال : وما اشده ؟ قال : احتلامه) (٣) . وهذه الرواية رواها صاحب الوسائل (قده) عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون ذكر ابن سنان غير انه من سهو القلم أو السقط في الاستنساخ قطعاً والصحيح ما ذكرناه على ما هو المثلث في المصدر اعني كتاب الخصال . وكيف كان : فالرواية معتبرة فان أبا الحسين هذا هو آدم بن المتوكل الثقة ، وهي دالة على توقف جواز امر الغلام ومضيه على كون صدوره حال البلوغ فلو لم يكن كذلك فلا ينفذ ولا عبرة به .

(١) النساء : ٦ .

(٢) الوسائل : ج ١ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ، ح ١٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ باب ٢ من أبواب احكام الحجر ، ح ٥ .

ثم ان مقتضى اطلاقات هذه النصوص وادلة رفع القلم عدم الفرق في الحكم بين كون الفعل الصادر منه على نحو الاستقلال باذن من الولي وعدمه ، فيحكم فيها معاً بالبطلان ، ولعله متسالم عليه بينهم . هذا كله في فرض استقلاله بالتصرف ، وأما إذا كان الصبي مجرباً للصيغة خاصة ، بان كان العقد بين الولي والطرف الآخر الكامل فهل يحكم ببطلانه ام لا ؟

قد يقال بالاول بدعوى ان المستفاد من النصوص ان الصبي مسلوب العبارة وانها كاللفظ الصادر من الحيوان .

إلا ان الظاهر هو الثاني ، إذ ليس في المقام ما يدل على سلب عبارة الصبي ، فان النصوص المستدل بها كلها واردة فيما هو امر للصبي نفسه فلا تشمل ما إذا كان الامر للولي والبالغ غاية الامر كان الصبي مجرباً للصيغة خاصة . نعم ورد في بعض النصوص المعتبرة كصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) ؛ (عمد الصبي وخطأه واحد) (١) فقد يقال بانها تدل على كون الصبي مسلوب العبارة وانه لا يترتب على فعله أي اثر .

وهذا المضمون وان كان مذبلاً في بعض النصوص بقوله (ع) : (تحمله العاقلة) وهو ظاهر في اختصاصه بموارد الجنائيات ولا تشمل المقام ، إلا ان بعضها الآخر لما كان خالياً عن هذا الذيل كان مقتضى اطلاقه عموم الحكم لغير مورد الجناية من افعال الصبي ، ولا وجه للقول بتقييد الاطلاق بما تقدم إذ لا منافاة بينهما :

لكنه مدفوع : بان المذكور في هذه النصوص انها هو : (عمد الصبي وخطأه واحد) لان (عمد الصبي لا عمد) وبينهما بون بعيد

ولا المجنون ولو كان ادوارياً حال جنونه (١) وان اجاز وليه

الثاني ظاهر في المدعى بخلاف الاول حيث ان ظاهره ان حكم عمل غير الصبي إذا كان ينقسم بلحاظ العمد والخطأ فهو متحد بلحاظ الصبي دائماً وعليه فيختص للنص بالجنايات لا محالة ، لكن لان باب التقييد وانما من جهة ان اختلاف حكم العمد والخطأ في غير الصبيان انما يختص بالجنايات وإما غيرها فليس للخطائي منها اثر كي يقال انها واحد بالنسبة إلى الصبي .

على انه لا مجال للمساعدة على هذا النص باطلاقه ، فان لازمه عدم قدح التكلم العمدي والاكل العمدي في صلاة الصبي وصيامه وهو مما لا يمكن الالتزام به .

اذن فهذه الروايات ناظرة إلى الجنايات خاصة ، ولا تعم المقام ومن هنا فالصحيح هو الحكم بصحة عقد الصبي فيما إذا كان دوره منحصراً في اجراء الصيغة خاصة .

ومما يؤيد ذلك رواية ابراهيم ابن أبي يحيى عن أبي عبد الله (ع)؛ قال : تزوج رسول الله (ص) ام سلمة ، زوجها اياه عمر بن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم (١) .

وهي وان كانت دالة على ان الصبي غير مسلوب العبارة ، إلا اننا قد جعلناها مؤيدة لما تقدم نظراً لضعف سندها بـ (سلمة بن الخطاب) حيث لم يرد فيه توثيق .

(١) بلا خلاف فيه لعدم تحقق القصد منه اصلاً حيث لا يلتفت

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٦ من أبواب عقد النكاح واولياء

أو اجاز هو بعد بلوغه أو افاقته على المشهور، بل لا خلاف فيه لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل (١) لعدم الدليل على سلب عبارته اذا كان عارفاً بالعربية ، وعلم قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا ، وكذا اذا كان لنفسه باذن الولي ، أو اجازته ، أو اجاز

إلا إلى اللفظ ، وأما المعنى الانشائي له فلا التفت له الهه ، فيكون حاله حال سائر الحيوانات حيث لم يصدر منه عقد ، وعلى تقدير تحقق القصد منه فلا ينبغي الشك في انصراف ادلة نفوذ العقود عنه إذ العقلاء انما يعاملون معه معاملة الحيوان نظير الصبي غير المميز فلا يترتب على عقده اثر .

(١) بل منع ، إذ غاية ما يستفاد من النصوص المتقدمة ان عقد الصبي لا يكون نافذاً بالنسبة إلى نفسه ، وأما بالنسبة إلى غيره فلا دليل على عدم نفوذه بعد فرض انه ليس مسلوب العبارة فانه حينئذ ليس من امر الصبي الوكيل بل العقد مستند إلى الموكل حقيقة فيكون الامر امره ، ومعها فقنضى عمومات ادلة الوفاء بالعقد نفوذه .

وبعبارة اخرى نقول : انه لا دليل على اعتبار البلوغ في الوكيل بل يجوز ان يكون صبياً إذا كان مميزاً عاقلاً ، والروايات الواردة في المقام غير شاملة للمورد ، إذ الصبي حينئذ غير مأخوذ بالعقد والما المأخوذ به هو الموكل خاصة فان الامر امره والعقد عقده فتشمله عمومات الوفاء بالعقد .

هو بعد البلوغ (١) . وكذا لا اعتبار بعقد السكران فلا يصح ولو مع الاجازة بعد الافاقة (٢) . واما عقد السكرى إذا اجازت بعد الافاقة ففيه قولان ، فالمشهور انه كذلك وذهب جماعة إلى الصحة (٣)

(١) إذ البطلان في المقام ليس بمعنى الغائه كلية ، وانما هو بمعنى عدم التأثير مادام متصفاً بكونه عقد الصبي ، فاذا ارتفع الوصف وانتهى المانع بالبلوغ والاجازة فلا مانع من الالتزام بصحته كما هو الحال في عقد المكره .

وكذا الحال لو اجازه الولي ، لاضافة العقد حينئذ اليه فيكون كأنه هو العاقد نظير اجازة المولى لعقد عبده أو المالك لعقد القضيولى . (٢) ومحل الكلام هو الفاقد للشعور والعقل بحيث يكون مجنوناً مؤقتاً وبالعارض ، فانه حينئذ يحكم ببطلان عقده لعدم تحقق قصد المعنى والاعتبار منه ، وعلى تقدير تحققه فالعقلاء لا يعتبرون ذلك ولا يرتبون عليه اثرآ لانه هذيان نظير تكلم النائم . ومن هنا فلا تشمله ادلة نفوذ العقود لا بصرفها عنه جزماً .

وعليه : فحيث يعتبر هذا العقد كالعقد كالتفريط فلا تنفعه حقوق الاجازة بعد ذلك لانها انما تنفع فيما إذا لم يكن العقد قاصراً في نفسه ، بحيث يكون مستجمعاً لجميع شرائط الصحة عدا صدوره ممن له الامر . وكيف كان فالحكم لا ينبغي الاشكال فيه وان كان يظهر من المحقق وصاحب الجواهر (قدمهما) وجود الخلاف فيه بين الاصحاب .

(٣) كالشيخ واتباعه وصاحب الحدائق وصاحب الوسائل .

مستندين الى صحيحة ابن بزيع (١) ولا بأس بالعمل بها (٢) وان كان الاحوط خلافه ، لامكان حملها (٣) على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها الى ما تقول ، مع ان المشهور لم يعملوا بها ، وحملوها على محامل ، فلا يترك الاحتياط (مسألة ١٤) : لا بأس بعقد السفية إذا كان وكيلاً عن الغير في اجراء الصيغة (٤)

(١) قال : (سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ثم افاقت فانكرت ذلك ، ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه ، فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج ، أحلال هو لها ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟ فقال : إذا اقامت معه بعدما افاقت فهو رضا منها . قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟ قال : نعم) (١) .

(٢) بل هو متمين ، وان كان مضمونها مخالفاً للقاعدة ، فانها من حيث السند صحيحة ومن حيث الدلالة واضحة ، ولم يثبت اعراض الاصحاب عنها كي يقال بانه موجب لطرحتها . فقد عمل بها جماعة - كما عرفت - .

(٣) ما ذكر من المحامل خلاف الفهم العربي فلا يصار اليها إلا بالدليل وهو مفقود .

(٤) فان الحجر عليه انما يختص بتصرفاته في امواله على نحو

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٤ من أبواب عقد النكاح واوليائه

المقد ، ح ١ .

أو اصيلاً مع اجازة الولي (١) وكذا لا بأس بعقد المكره على اجراء الصيغة للغير (٢) أو لنفسه إذا اجاز بعد ذلك (٣).

الاستقلال ، وليس بمسلوب العبارة قطعاً .

(١) لما عرفت من اختصاص الحجر عليه بصورة الاستقلال .
(٢) كما لو طلب العاقد اجراً على العقد فاكرهه الزوجان أو احدهما على اجرائه مجاناً .

والوجه فيه : اطلاقات نفوذ العقد بعد عدم شمول حديث نفي الاكراه له ، باعتبار ان العقد لا اثر له بالنسبة إلى المكره نفسه بالمرّة إذ المعاقدة انما هي بين شخصين غيره ، فيحكم بتأثير العقد وصحة الالتزام من الطرفين وان كان المجري للصيغة مكرهاً .

(٣) على ما هو المعروف والمشهور بينهم ، وقد ناقش فيه بعضهم بان العقد لما كان حين وقوعه محكوماً بالفساد فصحته بعد ذلك يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

ولا يقاس ذلك بالبيع والنكاح الفضوليين ، فان العقد حين وقوعه فيهما لا يكون مستنداً إلى من له الامر والولاية ، وانما رضاه بهما واجازته لهما بعد ذلك يوجب استناد ذلك العقد الواقع سابقاً اليه وانتسابه له من حين الرضا والاجازة فيحكم بصحته ، وهذا بخلاف المكره حيث يستند العقد اليه من حين وقوعه فيقال باع فلان داره مكرهاً أو اشترى كذلك .

ومن هنا فاذا كان العقد المنتسب اليه حين وقوعه محكوماً بالفساد فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل ، وحيث لا دليل عليها في المقام يحكم بفساده لا محالة .

وقيه : ان دليل الفساد في المقام لا يدل عليه بنحو الاطلاق وانما هو يقتضيه ما دام الموضوع - اعني كون العاقد مكرهاً - موجوداً ، فاذا ارتفع هذا العنوان وانتفى هذا الموضوع حكم بصحة العقد لا محالة إذ العقد ليس هو الايجاب والقبول كي يقال انه امر حادث وقد انعدم فلا مجال للحكم بصحته ، وانما هو الالتزام بالاعتبار عن الرضا والاختيار فاذا لم يكن ذلك مشمولاً لعموم ادلة نفوذ العقد ابتداءً ، لكونه مشمولاً لادالة فساد عقد المكره ، لم يمنع ذلك من الحكم بصحته استمراراً بعد ارتفاع العنوان الموجب لانتفاء شمول دليل الفساد له ، فتشملة ادلة النفوذ لا محالة .

توضيح ذلك : ان دليل الفساد في عقد المكره قاصر عن اثبات الفساد حتى في فرض الرضا بالعقد بعد ذلك ، فان حديث الرفع وارد مورد الامتنان فلا يقتضي الا الحكم بفساده ما دام الاكراه باقياً ، فاذا ارتفع ذلك حكم بصحته لارتفاع المقتضي وكون بقاء الحكم بالبطلان منافياً للامتنان .

ولاجل هذا ذكرنا في محله ان هذا الحكم لا يجري في مورد الاضطرار ، فيحكم بصحة عقد المضطر وترتب جميع الاحكام الوضعية عليه ، نظراً الى ان الحكم بالبطلان لحديث الرفع موجب لوقوع المكلف في المشقة الشديدة ، وهو مناف للامتنان .

لا يقال : ان هذا الكلام وان تم في الزواج ونحوه حيث كان الدليل على فساده في صورة الاكراه هو حديث نفى الاكراه ، إلا انه لا يتم في مثل البيع ونحوه مما يكون الدليل على فساده قصور دليل الصحة من الاول لكونه مقيداً بالتراضي - على ما دلت عليه الآية المباركة بناءً على كون الاستثناء فيها متصلاً - فان مقتضاه هو الحكم ببطلان

كل عقد إلا الذي كان عن تراض ، وحيث ان للعقد في المقام لم يكن عن تراض حين صدوره يحكم بفساده حتى وان رضي به بعد ذلك . فانه يقال : ان المراد بالتجارة ليس هو اللفظ - الايجاب والقبول - وانما المراد بها الالتزام بالمبادلة نفساً ، وهو وان لم يكن عن الرضا حدوثاً إلا انه بقاءً لما كان يصدق عليه التجارة عن تراض ، حكم بصحته . ويؤكد ذلك : ان المستشفى منه - اكل المال بالباطل - بجميع اقسامه باطل والحال ان هذا الفرد ليس يبطل عند العقلاء جزماً ، نظير ما لو غصب متاعاً ثم رضي مالكه ، فانه ينقلب الغصب إلى الامانة ونحوها :

اذن : فالصحيح في المقام ان الحكم بالصحة لا يختص بالزواج ونحوه ، بل هو عام لمثل البيع أيضاً ، باعتبار ان قصور العقد انما هو من جهة الرضا خاصة فاذا تحقق بعد ذلك حكم بصحته نظير الزوج بنت اخت الزوجة أو بنت اخيها من دون اذنها ، فانها لو اذنت حكم بصحة العقد - كما تقدم - لانقضاء المانع .

وبعبارة اخرى : ان الامر في المقام دائر بين رفع اليد عن عموم ادلة صحة العقد ونفوذه والالتزام ببطلان عقد المكره مطلقاً ، فيكون ذلك تخصيصاً لها ، وبين رفع اليد عن اطلاقات تلك الادلة المقنضية لثبوت الحكم من الاول مستمراً ، والالتزام بالبطلان مادام الاكراه متحققاً ، فيتقدم الثاني لكونه الموافق للامتنان دون الاول .

ثم ان هذا كله مبني على الالتزام بالنقل في الرضا المتأخر ، وان الحكم بالصحة انما يكون من حين الرضا - كما ذهب اليه الشيخ (قده) - واما بناءً على ما اخترناه من الكشف ، فحديث الرفع غير شامل لمثل هذا العقد المتعقب للاجازه من الاول ، لكونه منافياً للامتنان .

(مسألة ١٥) : لا يشترط الذكورة في العاقد ، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في اجراء الصيغة (١) كما يجوز اجراؤها لنفسها (٢) .

(مسألة ١٦) : يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية إلى تمام العقد (٣) ، فلو أوجب ثم جن أو اغمي عليه قبل

وعليه فلا موجب للحكم بالبطلان بل ينبغي الحكم بصحة للعقد من حين وقوعه غاية الامر ان الرضا يكون شرطاً متأخراً فيه .
ومن هنا فلا يكون في المقام تخصيص ولا تقييد حيث لا حكم بالفساد - عند لحوق الرضا - واقعاً وان حكمتنا به - قبل لحوق الرضا - ظاهراً .

(١) لاطلاقات ادلة التوكيل ، حيث لا دليل على اعتبار الرجولية في الوكيل .

(٢) ويدل عليه - مضافاً إلى عمومات واطلاقات ادلة النكاح - قوله (ع) في صحيحة ابان بن تغلب : (فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى الناس بها) (١) :

(٣) الكلام في هذه المسألة يقع في جهات : -

الجهة الاولى : فيما ذكره شيخنا الانصاري (قدس) من اعتبار اهلية القابل للقبول حين الايجاب .

الجهة الثانية : في اعتبار انصاف الموجب بالاهلية حين صدور القبول من القابل .

مجيء القبول لم يصح ، وكذا لو أوجب ثم نام ، بل أو غفل عن العقد بالمرّة وكذا الحال في سائر العقود .
والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة ، مضافاً إلى دعوى
الاجماع وانصراف الأدلة .

الجهة الثالثة : في اعتبار استمرار اهلية الموجب من حين الايجاب
إلى حين صدور القبول بحيث لا تتوسط بينهما حالة عدم الاهلية له .
أما الجهة الاولى : فما افاده (قده) مما لا دليل عليه ، لان
عنواني المعاهدة والمعاقدة المعتبرين في العقود انها يتوقفان على اهلية
القابل للقبول حين القبول خاصة ولا يتوقفان على اهليته له حين
الايجاب ، فانه إذا كان القابل حينه اهلاً له صدقت المعاهدة والمعاقدة
وان لم يكن كذلك حال الايجاب ، لانها ليسا إلا ضم عهد إلى عهد آخر
وعقد الزام إلى نظيره كعقدة احد الحبلين إلى آخر وهما صادقان مع
اهلية القابل له حين القبول خاصة أيضاً ، فيقال انها تعاقدت وتعاهدت
مالم يرجع الاول عن التزامه .

ودعوى : اعتبار ما افاده (قده) لامن جهة دخله في عنوان
المعاهدة والمعاقدة ، بل من جهة الاجماع أو التعبد :
مدفوعة : بانه لا دليل عليها وعهدتها على مدعيها .

ومن هنا يظهر انه لا وجه لدعوى انصراف الأدلة عن مثل هذا
العقد ، فانه كيف يمكن قبول هذه الدعوى بعد صدق المعاهدة
والمعاقدة عليه - كما عرفت - .

بل الحكم كذلك حتى ولو كان القابل لغير اهل للتخاطب حال

الإيجاب كما لو كان مجنوناً أو نائماً ، لصدق المعاقدة والمعاهدة عليه عند ضمه لالتزامه في حال اهليته إلى التزام الطرف الأول ، وبذلك تشمله عمومات وإطلاقات أدلة الصحة والنفوذ بعد أن لم يثبت إجماع على الخلاف أو انصراف .

والحاصل ، أنه تكفي اهلية القابل عند القبول خاصة وإن لم يكن كذلك عند الإيجاب لصدق المعاهدة والمعاقدة ، وعدم الدليل على اعتبارها حال الإيجاب .

وأما الجهة الثانية : فالظاهر أنه لا ينبغي الأشكال في اعتبار بقاء الموجب على اهليته حين صدور القبول من الطرف الآخر ، باعتبار أن ارتفاع اهليته يستلزم سقوط التزامه وزواله وبه لا يتحقق عنوان المعاهدة والمعاقدة ، فإن تحققه - كما عرفت - يتوقف على انضمام أحد الالتزامين بالآخر ، فإذا فرض ارتفاع التزام الطرف الأول نتيجة عدم اهليته له حين صدور الالتزام من الآخر لم يكن لالتزام الآخر أثر بالمرة : ومن هنا فإذا مات الموجب قبل صدور القبول ممن له القبول لم تصدق المعاقدة ولم يكن لقبوله بعد ذلك أثر .

بل الحال كذلك لو نام الموجب أو غفل عن التزامه بالكيفية أو حكم عليه بالحجر ، لعدم تحقق المعاهدة نظراً لعدم انضمام أحد الالتزامين إلى الآخر .

وأما الجهة الثالثة ، فالظاهر أنه كالاول في عدم الدليل على اعتباره ، فإن توسط حالة عدم الأهلية بين حالي الأهلية في حين الإيجاب والقبول لا يضر بصدق المعاقدة والمعاهدة . إذ العبرة في صدقها إنما هي بانضمام أحد الالتزامين إلى الآخر - كما عرفت - وحيث أن هذا متحقق في المقام نظراً لبقاء التزام الموجب بعد حالة

(مسألة ١٧) : يشترط تعيين الزوج والزوجة (١)

عدم الاهلية وحين القبول ، فلا وجه للقول بعدم صدق المعاقدة مع وجود الحالة المتخللة .

هذا ومما يعضد ما ذكرناه السيرة العقلائية خارجاً حيث نرى انهم يلتزمون بصحة البيع أو الهبة أو ماشاكلهما من العقود حتى مع تخلل حالة عدم الاهلية للموجب بين حالتي اهليته حين الايجاب واهليته حين القبول كما لو كان البائع في بلد والمشتري في آخر فكتب اليه بالبيع أو ماشاكله ، فانه يلتزم بالصحة فيه فيما إذا تعقب القبول ممن له ذلك ، والحال انه لا تخلو هذه الحالات من عروض عدم الاهلية للموجب ولا اقل من النوم .

نعم في مثل الجنون لا يبعد القول بانه مزيل للالتزام فلا يؤثر القبول في الصحة بعد ذلك ، وذلك لان المجنون لا التزام له وعلى فرض وجوده فهو في حكم العدم بلا خلاف : فلا ينفع فيه القبول المتأخر . ثم ان الظاهر ان الاغماء ملحق بالنوم دون الجنون ، فانه نوم حقيقة غاية الامر انه مرتبة قوية منه . وعليه فيحكم بصحة العقد عند القبول بعد ذلك لبقاء الالتزام الاول .

والحاصل : ان طرو ما يزيل الاهلية عن الموجب قبل تحقق القبول لا يؤثر شيئاً في صحة العقد عند تحقق القبول فيما إذا فرض بقاء الالتزام الاول وعدم زواله بعد زوال الامر الطارىء .

نعم لو فرض ارتفاع الالتزام الاول نتيجة طرو ما يزيل الاهلية لم يكن للقبول المتأخر اثر في صحة العقد .

(١) بلا خلاف فيه ، والوجه فيه : ان الزوجية انما تقوم بالافراد

على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو للوصف الموجب له أو الإشارة ، فلو قال : (زوجتك احدى بناتي) بطل (١) وكذا لو قال : (زوجت بنتي احد ابنيك) أو (احد هذين) . وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر (٢) بل وكذا لو عيننا معيناً من غير معاهدة بينهما ، بل من باب الاتفاق صار ما قصده احدهما عين ما قصده الآخر (٣).

الخارجية من الرجال والنساء كما يظهر ذلك من جملة من الآيات الكريمة كقوله تعالى : (وانكحوا الايى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) (١) وقوله : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٢) ، وغيرها فان مقتضى انحلال العموم فيها جواز النكاح لكل فرد من الاماء والنساء ، وكذلك النصوص والسيرة العقلائية :

(١) لعدم وجود تعيين حتى في الواقع وعلم الله ، والجامع بينهما وان كان موجوداً إلا انه لا يصلح لترتب آثار الزوجية عليه كوجوب المجامعة في كل اربعة اشهر أو الانفاق وما شاكلهما .

(٢) لعدم تحقق المعاهدة ، إذ لم ينضم التزام الموجب إلى التزام القابل ، لعدم التطابق بينهما نظراً لتعلق كل منهما بغير ما تعلق به الآخر . (٣) والوجه فيه يظهر مما تقدم ، إذ لم ينضم الالتزام من احدهما إلى الالتزام من الآخر لعدم التطابق بينهما نظراً لاعتقادهما خلاف ذلك ومن هنا فلا تتحقق المعاهدة بالنسبة إلى الشخص المعين ، ويجرد

(١) النور : ٣٢ .

(٢) النساء : ٣ .

واما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو قرينة خارجية مفهومة فلا يبعد للصحة (١) وان كان الاحوط خلافه . ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد (٢) بل يكفي التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك ، كما إذا قال : (زوجتك بنتي الكبرى) ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين ، لكن بالرجوع إلى للدفتري يحصل له العلم . نعم إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً - كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ، ولم يمكنه العلم به - فالاقوى البطلان لانصراف

الانطباق الخارجى لا يكفي في تحقق المعاهدة وصدقها بحد عدم الانطباق بين الاعتقادين والالتزامين .

(١) بل لم يظهر وجه للبطلان في المقام ، فان العبرة في صحة العقد - كما عرفت غير مرة - انما هي بانضمام احد الالتزامين بالآخر ووقوعهما لشخص واحد مع ابراز ذلك بمبرز من دون اعتبار لاتحاد المبرزين . وهذا المعنى لما كان متحققاً في المقام حيث ان كلا من الالتزامين مرتبط ومنضم إلى الآخر وهما معاً لشخص واحد ، غاية الامر ان المبرز لكل من الالتزامين يختلف عن المبرز للآخر حكم بصحته فان ذلك غير ضائر - حتى مع عدم القرينة - بعد علمهما بالاتحاد ، فلا وجه لتوهم البطلان فيه بالمرّة .

(٢) لاطلاق الادلة - على ما سيأتي توضيحه في التعليقة الآتية - .

الادلة عن مثله (١) فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف .

(مسألة ١٨) : لو اختلف الاسم وللوصف أو احدهما مع الإشارة ، اخذ بما هو المقصود (٢) والغني ما وقع غلطاً مثلاً لو قال : (زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة) وتبين ان اسمها خديجة ، صح للعقد على خديجة التي هي للكبرى

(١) لم يظهر لنا وجه ذلك ، فان المرأة معينة واقماً والعقد واجد لجميع شروط الصحة المعتبرة فيه ، ولا دليل على اعتبار للتمييز في مقام الاثبات ، فانه لا قائل ببطلان العقد فيما إذا حصل الاشتباه في الزوجة أو الزوج فور تمامية العقد بعدما كان معيناً بالذات ، كما لو دخلت المرأة بعد العقد إلى مكان فيه اقرانها ثم ادعت كل واحدة منهن انها هي المعقود عليها ، بل لا يعرف لذلك موجب بعد ان كان مقتضى اطلاقات الادلة هو الصحة ، إذ لم يرد على شيء منها تقييد بالمعلومية في مقام الاثبات .

نعم لا بد من رفع الاشتباه وتعيين المعقود عليها لترتب آثار الزوجية عليه إذ الجامع لا يصلح لذلك ، وحيث ان الترجيح بلا مرجح لا مجال للقول به يتعين المصير إلى القرعة لانها لكل امرٍ مشكل وما نحن فيه منه .

(٢) لانه الملاك في تطابق الالتزامين وعدمه ، فاذا اتحد صح العقد ، لتحقق المعاهدة من دون ان يؤثر الاشتباه في الاسم أو الوصف أو الإشارة في الصحة .

ولو قال : (زوجتك فاطمة وهي الكبرى) فتبين انها صغرى ، صح على فاطمة ، لانها المقصود ، ووصفها بانها كبرى وقع غلطاً فيلغى . وكذالو قال : (زوجتك هذه وهي فاطمة) أو (وهي الكبرى) فتبين ان اسمها خديجة أو انها صغرى ، فان المقصود تزويج المشار اليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بانها الكبرى وقع غلطاً فيلغى .

(مسألة ١٩) : إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدعي الصحة (١) كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها ، وكما في سائر العقود .

(١) والدليل عليها هو اصاله للصحة في العبادات والمعاملات ، خير انه قد تقدم الكلام في هذا الاصل في المباحث الاصولية وبعض المباحث الفقهية المتقدمة مفصلاً ، وقد عرفت - بما لا مزيد عليه - ان هذا الاصل لم يدل عليه دليل لفظي من الكتاب أو السنة وانما الدلول عليه منحصر بسيرة المشرعة المتصلة بعهد المعصومين (ع) ومن هنا وقع الشك في ضيق هذه القاعدة وسعتها بحسب الموارد ، لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن فيها وهو ما إذا كان الشك في الصحة والبطلان من جهة عدم احراز بعض الشروط أو الشك في اقرانه بمانع من الموانع الشرعية ، بعد احراز اركان العقد وما يعتبر في اصل تحققه : وأما مع الشك في تحقق الاركان نفسها فلا مجال للحكم بالصحة تمسكاً باصاله للصحة لعدم ثبوت السيرة والبناء على الصحة في مثل

وان اتفقا الزوج وولي الزوجة على انها عيناً معيناً وتنازعا فيه انها فاطمة أو خديجة ، فمع عدم البينة المرجع التحالف (١)

المقام كما لو شككنا في كون المبيع خلاً أو خمرأ ، فانه لا تنفع اصالة الصحة في اثبات كونه خلاً ومن ثم الزام البائع بدفع الخلل .
وعلى هذا ففي المقام حيث ان الشك في ركن من اركان العقد اعني التعيين فلا مجال لتقديم قول الزوج واثبات كون المرأة المعينة هي الزوجة تمسكاً باصالة الصحة ، بل لا بد على مدعي الزوجية والتعيين من البينة والاثبات على وفق الموازين المبينة في مباحث القضاء .
ومن هنا يظهر الحال في سائر العقود غير النكاح فان الحال فيها هو الحال فيه .

(١) فان كلاً منهما يدعي شيئاً وينكر ما يدعيه الآخر فالزوج - مثلاً - يدعي زوجية فاطمة وينكر زوجية خديجة التي يدعيها ووليها والولي يدعي زوجية خديجة وينكر زوجية فاطمة التي يدعيها الزوج فيكون المقام من التداعي ، ومقتضى القاعدة فيه انه ان كانت لاحدهما بينة اخذ ببينته وقدم قوله وان لم يكن لهما بينة وصلت النوبة إلى التحالف فان حلف احدهما خاصة ثبت مدعاه ، وان حلفا معاً أو نكلا معاً سقطت الدعويان لعدم المرجح ،

وهذا كله مما لا اشكال فيه ، انما الاشكال فيما افاده صاحب الجواهر (قنه) - وادعى عليه الاجماع - من انفساخ الزوجية في فرض حلفهما معاً أو نكولهما كذلك ، وكأنه لم يكن عقد في البين فان اثبات ذلك مشكل جداً فانه وان لم يكن لاحدهما الزام الآخر بلوازم الزوجية ظاهراً فليس للزوج الزام المرأة التي يدعي زوجيتها

كما في سائر العقود . نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها وهي ما إذا كان لرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند العقد ، ولا عينها بغير الاسم ، لكنه قصدها معينة واختلفا فيها ، فالمشهور على الرجوع إلى التحالف (١) الذي هو مقتضى قاعدة الدعاوي . وذهب جماعة إلى

بالتسكين ، كما انه ليس للمرأة الاخرى الزام الزوج بالنفقة وما شاكلها من لوازم الزوجية .

إلا ان ذلك كله لا يعني انفساخ الزوجية واقعاً - على ما هو ظاهر كلماتهم - فانه لا دليل عليه بالمرّة .

ومن هنا فلا بد لكل منهما من ترتيب آثار الزوجية على نفسه في فرض العلم بصدق مدعاه واقعاً ، فلو كان الزوج عالماً بصدق مدعاه من زوجية المرأة المعينة له واقعاً ، فلا بد من معاملتها معاملة الزوجة فليس له ان يتزوج بامها أو اختها أو الخامسة - وان لم يمكنه اثبات مدعاه ظاهراً - وهكذا بالنسبة إلى المرأة التي تدعي زوجيتها للرجل : وهذا الحكم لا يختص بباب النكاح بل يجري في جميع أبواب العقود . نعم في خصوص البيع قد يستدل على الانفساخ الواقعي بالنبوي : (إذا اختلف المتبايعان تراداً) إلا انها نبوية لم تثبت من طرفنا الخاصة فلا تصلح للاستدلال ، على انها غير مختصة بالاختلاف من هذه الجهة ، بل هي مطلقة وهذا مما لا يمكن الالتزام به .

(١) الظاهر ان الامر قد اشتبه على الماتن (قده) فان في المقام

مسألتيّن تشبه احدهما الاخرى لكنهما تختلفان في الحكم .

اولاهما : ما إذا وقع الخلاف بين الزوج والاب في المعينة بعد اتفاقهما على وقوع العقد على واحدة معينة بالاسم أو الوصف أو الإشارة فادعى الزوج ان المعينة كانت هي الصغيرة وادعى الاب انها هي الكبيرة ، وفيها لاخلاف ولا اشكال بينهم في الرجوع إلى التحالف ، كما لو كان الخلاف مع غير الاب من الاولياء ، حيث ان المقام من باب التداعي - كما هو واضح - ولم يذكر في المقام قول بالتفصيل بين رؤيته لمن وعدمها - فيما نعلم - بل ولم ينسب الخلاف في ذلك إلى احد :

ثانيتها : ان لا تكون المعقودة عليها معينة - بحسب الخارج - بالاسم أو الوصف أو الإشارة بالنسبة إلى الزوج والشهود ، وانما تكون هي معينة لدى الاب خاصة حيث قصد هو واحدة بعينها فاجرى العقد عليها وقبل الزوج ذلك ، ثم وقع الخلاف بينهما فقال الاب انما زوجتك ابني الكبرى وقال الزوج انما قبلت زوجية بنتك الصغرى ومن ثم لم يحصل التطابق بين الايجاب والقبول .

وفيها فالاصحاب على قولين : التفصيل بين رؤية الزوج لمن اجمع فيكون القول قول الاب ، وعدمها فيحكم ببطلان النكاح لصحيحة أبي عبيدة الخداء . والبطلان تمسكاً بالقاعدة حيث عرفت ان اصابة الصحة لا اثر لها في مثل المقام ، بعد اطراح صحيحة أبي عبيدة بدعوى اعراض الاصحاب عنها أو لكونها من اخبار الآحاد - كما عن ابن ادريس - . وليس فيها قول بالتحالف لاحد على الاطلاق ، بل لا موضوع له في المقام ، فانه انما يكون في فرض وجود مدعين ومنكرين وليس المقام منه فان كلاً منهما انما يخبر عما في نفسه وما نواه في ايجابه أو قبوله ، من دون ان يكون هناك انكار لدعوى الآخر .

التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الاب ، وما لم يرهن فالنكاح باطل . ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الخذاء (١) وهي وان كانت صحيحة إلا ان اعراض

فما افاده (قدہ) من ذهاب المشهور في المسألة إلى التحالف من خلط هذه المسألة بالمسألة السابقة ،

وكيف كان ، فالصحيح في هذه المسألة هو القول الاول اعني التفصيل بين رؤيته لمن وعدمها ، فان رواية الخذاء صحيحة منذاً وواضحة دلالة وقد عمل بها جملة من الاصحاب كالشيخ واتباعه والعلامة والمحقق بل نسب في الرياض العمل بها إلى الاكثر ، وحملها على بعض المحامل تعسف محض .

فالمتعين هو الحكم بالتفصيل تعبداً ورفع اليد عن القاعدة للنص .
 (١) قال : (سألت أبا جعفر (ع) : عن رجل كن له ثلاث بنات ابكار فزوج احداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود ، وقد كان الزوج فرض لها صداقها ، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة ، فقال الزوج لايبها : انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك . قال : فقال أبو جعفر (ع) ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الاب ، وعلى الاب فيما بينه وبين الله ان يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى ان يزوجها اياه عند عقدة النكاح ، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٥ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ١ .

المشهور عنها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد مع امكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها . فقول المشهور لا يخلو عن قوة (١) ومع ذلك الاحوط مراعاة الاحتياط . وكيف كان لا يتعدى عن موردها .

(مسألة ٢٠) : لا يصح نكاح الحمل وانكاحه وان علم ذكوريته أو انوثيته ، وذلك لانصراف الادلة (٢) . كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولي الولي ، وان قلنا بصحة الوصية له عهدية ، بل أو تمليكية أيضاً (٣) .

(١) قد عرفت ان في القوة اشكالاً بل منعاً ومع ذلك فلاحتياط في محله .

(٢) الصحيح في التعليل ان يقال : ان ادلة المقام لا اطلاق لها يشمل الحمل فان الآيات الكريمة والنصوص الواردة في النكاح جوازاً ومنعاً ، واردة في الانسان الخارجي اعني ما هو بالفعل متصف بالانسانية كالرجل والمرأة والصغير والبالغ والعبء والامة ، ومن الواضح عدم صدق شيء من هذه العناوين على الحمل .

اذن : فليس هناك اطلاق يشمل الحمل كي يدعى انصرافه عنه . ومن هنا فيحكم بالبطلان لعدم الدليل عليه من الكتاب أو السنة وعدم جريان بناء العقلاء على انكاح الحمل .

(٣) فانه لا يمكن قياس التزويج بالوصية حيث ان المعتبر في الوصية لما كان هو وجود الموصى له ، وقع الخلاف بينهم في كفاية الوجود في بطن الام حلاً ، وعدمها واعتبار وجوده في الخارج فمنهم من ذهب إلى الاول لاطلاقات ادلة

(مسألة ٢١) : لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة باوصاف الآخر (١) مما يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته ، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل باوصافها . فلا تجري قاعدة الغرر هنا (٢).

للصحة ومنهم من ذهب إلى الثاني لاعتبار كون المالك انساناً خارجياً فلا ينفع كونه حملاً ، وهذا بخلاف التزويج حيث قد عرفت أن ادلة النكاح قاصرة الشمول للحمل نكاحاً وانكاحاً .

ثم ان الفرق بين الوصية العهدية والتمليلية في الاثر انها يظهر فيما إذا حكمنا ببطلانها ، ففي الاول يحكم بلزوم صرف المبلغ الموصى به في اقرب الامور بالفعل المعين وذلك لعدم انتقاله إلى ملك الورثة حيث ان الارث انها يكون بعد الوصية ، بل يبقى على ملك الميت بحكم قانون الوصية فاذا لم يمكن صرفه في المورد المعين صرف في اقرب الموارد بالقياس اليه وهذا بخلاف الثانية حيث يرجع الموصى به إلى الورثة نظراً لبطلان التملك الذي حققه الميت فلم يكن قد خرج عن ملكه بذلك التصرف وحيث انه لم يبقه في ملكه ولم يجبسه لنفسه لعدم وجود وصية اخرى ، يكون حاله حال سائر امواله ينتقل على حد باقي امواله إلى ورثته .

(١) بلا خلاف فيه ولا اشكال بين الاصحاب ، بل ادعى في الجواهر الضرورة عليه ، وتدل عليه السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (عليهم السلام) فانها قائمة على الجواز من دون ردع .

(٢) هذه القاعدة ثابتة في البيع بلا خلاف فيه ، سواء تم النبوي

المشهور : (نهى النبي عن بيع الغرر) ام لم يتم ، واما شمولها لغيره من المعاملات فهو مورد بحث وكلام بين الاصحاب ولا دليل عليه سوى ما ذكره العلامة (قده) في التذكرة من ان النبي (ص) نهى عن الغرر ، لكنه لم يثبت .

وكيف كان : فلا مجال للتعدي إلى النكاح ، لانه ليس من العقود المعاوضية التي يراد منها تبديل الاعيان مع الاحتفاظ على المالبية ، وانما هو علاقة خاصة قائمة بين الرجل المعين والمرأة المعينة ، ولذا يصح العقد من غير مهر على الاطلاق . نعم يثبت مهر المثل عند الدخول بها ، إلا انه غير العقد فانه يصح من دونه .

وعلى هذا الاساس لم يلتزم احد بثبوت الخيار في المهر له أو لها فيما إذا تبين زيادة المسمى عن مهر المثل أو نقصانه عنه ، بدعوى الغبن.

فصل

في مسائل متفرقة

(الأولى) : لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس للعقد فلو شرطه بطل (١) وفي بطلان العقد

فصل

في مسائل متفرقة

(١) بلا خلاف فيه بل ادعي عليه الاجماع في كلمات غير واحد من الاصحاب وقد نسب إلى بعض القول بجوازه ، إلا انه لم يعرف قائله . وبدل عليه :

اولاً : ان جعل الخيار انما يصح فيما إذا كان اللزوم من حقوق المتماقدين أو احدهما ، وأما إذا كان ذلك من الاحكام الشرعية فليس لها اشتراط الخيار لانه من تغيير الحكم الشرعي وامره بيد الشارع وليس للمكلف فيه صلاحية نفياً أو اثباتاً نظير اشتراط اللزوم في العقود الجائزة . وحيث ان اللزوم في النكاح من الاحكام الشرعية ، فان الزواج مستمر إلى تحقق ما يرفقه من الموت أو الطلاق أو انقضاء المدة

به قولان ، المشهور انه باطل وعن ابن ادريس : انه لا يبطل ببطلان للشرط المذكور . ولا يخلو قوله عن قوة (١)

أو الإبراء في العقد المنقطع ، فلا يرتفع باسئراط الخيار فيه ، والذي يكشف عن كون اللزوم في النكاح من الاحكام ، انه لو كان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحة الاقالة فيه - كما هو الحال في البيع - والحال انها غير جائزة فيه بلا خلاف .

وثانياً : ان جعل الخيار لما كان يرجع إلى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ لامتناع الإهمال وعدم معقولية الاطلاق والشمول لما بعد الفسخ - على ما تقدم بيانه مفصلاً في كتاب البيع - كانت الزوجية مقيدة وموقنة بقبل الفسخ لا محالة ، وإذا كانت كذلك حكم ببطلانه لان تحديد الاجل بنحو لا يقبل الزيادة والنقصان من اركان العقد المنقطع ، وهو مفقود - في المقام - بحسب الفرض حيث ان تاريخ الفسخ مجهول .

وبعبارة اخرى : ان عقد الزواج لا يخلو - بحسب ما استفاد من الأدلة - من قسمين ، دائم ومنقطع ولا ثالث لهما ، والاول غير متصور في المقام لاستلزام جعل الخيار التقييد ، والثاني يقتضي البطلان لفقده ركناً من اركانه وهو تحديد الاجل بنحو لا يقبل الزيادة أو النقصان .

(١) في القوة اشكال بل منع والصحيح ما ذهب اليه المشهور ، والوجه فيه يظهر مما تقدم في الوجه الثاني من وجهي بطلان الشرط نفسه ، فان الزوجية - حينئذ - ليست بدائمة لمكان جعل الخيار وليس الاجل فيها محدوداً بمحد معلوم ومضبوط فيحكم بفسادها ، نظير

إذ لا فرق (١) بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه ، مع ان المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد . ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد ، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة ، كما ترى . واما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه (٢) ولكن لا بد من تعيين مدته (٣) وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد

مالو قالت : (زوجتك نفسي إلى مجيء ولدي من السفر) .

(١) الفرق بين النكاح وغيره يظهر مما قدمناه ، فان هذا الشرط موجب لبطلانه من جهة استلزامه لفقد ركن من اركان العقد، وهذا لا يأتي في سائر العقود حيث قد عرفت - فيما تقدم - انه انما يرجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على العقد على وجود الشرط وتحققه فلا يوجب فساد فساد العقد .

(٢) بلا خلاف فيه . والوجه فيه : ان المهر ليس بركن في العقد

ولذا يصح من دونه ابتداءً ، فلا محذور في جعل الخيار فيه .

(٣) لم يظهر لنا وجه هذا الاشتراط ، فانه لا فرق بين النكاح وغيره من العقود حيث يصح جعل الخيار فيه من غير اشتراط لتعيين المدة :

نعم يعتبر فيه ان لا يكون مجهولاً مطلقاً ومبهماً من جميع الوجوه بان يجعل لنفسه الخيار في ساعة ما فقط من غير تعيين لتلك الساعة ، فانه يبطل لعدم قابليته للجعل باعتبار انه لا واقع له ولا تعيين حتى في علم الله سبحانه . وأما لو كان معيناً نوع تعيين ولو بعمله إلى الابد وما داما حين فلا مانع من الالتزام بصحته من دون اعتبار لتحديد

بلا ذكر المهر ، فيرجع إلى مهر المثل (١) . هذا في للعقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر . واما في المتعة حيث انها لا تصح بلا مهر ، فاشترط الخيار في المهر فيها مشكل (٢) .
(الثانية) : إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها ، حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع ويترتب جميع آثار الزوجية بينهما ، لان الحق لا يعدو هما (٣) ولقاعدة الاقرار (٤) . وإذا مات احدهما ورثه الآخر ، ولا فرق في ذلك بين كونها بلديين معروفين أو غريبين .

زماناً بحد معين ومضبوط .

ولعل هذا هو مقصود الماتن (قده) في المقام .

(١) فيما إذا دخل بها ولم يتراضيا على مسمى غير الاول .

(٢) بل ممنوع ، لان مرجعه إلى دوران العقد بين وجود المهر فيه وخلوه عنه ، وهو موجب للبطلان فيه لاعتبار ذكر المهر والاجل فيه اجماعاً .

(٣) كما تفتضيه السيرة العقلانية القطعية من جميع الطوائف والمذاهب بلا خلاف فيه كما هو الحال في دعوى النسب .

(٤) التمسك بهذه القاعدة لاثبات الزوجية في المقام غير واضح فانها انما تختص بما يكون على المقر ويعتبر ضرراً عليه ، ولا تشمل ما لا يكون كذلك أو يكون فيه نفع له . ومن هنا فحيث ان للزوجية نوعين من الاثر ما يكون على الزوج أو الزوجة وما يكون لهما بالقياس

وأما إذا ادعى أحدهما الزوجية وانكر الآخر فيجري عليها قواعد الدعوى ، فإن كان للمدعي بينة والا فيحلف المنكر أو يرد اليمين ، فيحلف المدعي ويحكم له بالزوجية . وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر (١)

إلى الآخر ، فلا مجال لاثباتها بالاقرار ، وإنما يثبت باقرارها ما يكون عليها خاصة من دون ما يكون لها ، فباقرار الزوج يثبت منعه من الزوج بامها واختها وبناتها وتلزمه نفقتها إلى غير ذلك مما يكون عليه من الآثار وأما جواز وطئه لها فلا يثبت باقراره لأنه ليس من الاقرار على نفسه . وهكذا بالنسبة إلى الزوجة فإنه إنما يؤثر في منعها من الزوج بغيره والسفر أو الخروج بغير اذنه ويلزمها تمكينه من نفسها إلى غير ذلك من الآثار التي تكون عليها وأما ما يكون لها من الآثار كالدخول عليه من غير سائر أو مطالبتها له بالنفقة فلا يمكن اثباتها بهذه القاعدة .

والحاصل : أنه لا مجال لاثبات عنوان الزوجية بالاقرار حيث أنه يشتمل على ما يكون للمقر ، وإذا لم يثبت ذلك فلا مجال لترتيب جميع الآثار كالارث ونحوه عليه ، وإنما يثبت به خصوص ما يكون على المقر . ومن هنا : فالصحيح في اثبات الزوجية في المقام هو الاستدلال بان الحق لا يعدوهما على ما تقتضيه السيرة العقلانية في التزويج والنسب . (١) فإن حكم الحاكم لا يبدل من الواقع شيئاً - على ما تدل عليه جملة من النصوص - فلا يكون غير الزوج - بموجب حكم الحاكم - زوجاً ولا غير الزوجة زوجة ، وإنما القضاء لفصل الخصومة ظاهراً مع بقاء الواقع على حاله .

لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه وبين الله (١) . وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما ، لكن المدعي مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه (٢) فليس له ان كان هو الرجل تزويج الخامسة ، ولا ام المنكحة ولا بنتها مع الدخول بها ، ولا بنت اخيها أو اختها إلا برضاها ، ويجب عليه ايصال المهر اليها (٣) . نعم لا يجب عليه نفقتها ، لنشوزها بالانكار (٤) وان كانت هي المدعية

(١) لما عرفت في التعليقة المنقدمة من ان حكم الحاكم لا يغير ولا يبدل من الواقع شيئاً .

(٢) فانه نافذ في حقه وان لم يتمكن من اثباته خارجاً .

(٣) في العبارة مساعمة أو غفلة واضحة ، فان الزوج غير ملزم بالمهر بموجب اقراره ، لان اقراره بكونه مديناً للمرأة بالمهر معارض باقرارها بعدم استحقاق شيء عليه ، وبذلك يسقط الاقراران ولا يثبت عليه شيء .

نعم لو علم الرجل فيما بينه وبين الله ثبوت الزوجية وصدق مدعاه وجب عليه ايصال المهر اليها ، باعتبار انها مالكة له بالعقد ، إلا ان هذا غير الثبوت بالاقرار - كما هو اوضح من ان يخفى - .

والحاصل : ان ذكر وجوب ايصال المهر في عداد ما يلزم الرجل باقراره مما لا يمكن المساعدة عليه ، فانه غير ملزم به بمجرد الاقرار وان كان يجب عليه ذلك إذا علم فيما بينه وبين الله بزوجيتها له .

(٤) حيث ان المستفاد من جملة من النصوص ان الملاك في ثبوت

لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها (١) ولو بان يقول
 (هي طالق ان كانت زوجتي (٢) ولا يجوز لها السفر
 من دون اذنه (٣) ، وكذا كل ما يتوقف على اذنه . ولو
 رجع المنكر إلى الاقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجية بينهما ؟
 فيه قولان ، والاقوى : السماع (٤) إذا اظهر عذراً

النفقة انها هو كون المرأة في بيت الزوج وتحت سلطانه ، فاذا خرجت
 عن ذلك - ولو بانكارها للزوجية - لم تستحق النفقة .

(١) أو طلقها الحاكم الشرعي بعد رفعها لامرها اليه وامتناع الرجل
 عن الطلاق وذلك لكونه ممنوعاً عن الانفاق والمرأة لا تبقى بلا زوج
 - على ما ورد في بعض النصوص - ،

(٢) إذ قد عرفت فيما تقدم ان مثل هذا التعليق لا يضر بصحة العقد.
 (٣) فيه اشكال بل منع فان عدم جواز ذلك للزوجة انها هر من
 جهة مزاحته لحق - ولذا فلو لم تكن هناك مزاحمة لحقه كما لو كان
 مسافراً لم يتوقف جواز سفر المرأة على اذنه - وحيث انه لا مزاحمة في
 المقام باعتبار ان الرجل لا يرى حقاً لنفسه فيها ، فلا وجه للحكم
 بتوقف جوازه على اذنه .

ومما تقدم يظهر الحال فيما افاده (قدّه) بعد هذا من عدم جواز
 كل ما يتوقف على اذنه بالنسبة اليها .

(٤) في اطلاقه اشكال بل منع ، فان الاقرار بعد الانكار وان
 كان مسموعاً باعتبار انه حجة مطلقاً فيتقدم على حكم الحاكم والبينة .
 إلا ان ذلك لا يعني ثبوت الزوجية بجميع ما لها من الآثار في المقام

لانكاره ولم يكن متهماً وان كان ذلك بعد الحلف وكذا المدعي إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه (١). نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد اقامة البينة منه على دعواه (٢) إلا إذا كذبت البينة أيضاً نفسها .

وانما يثبت به خصوص الآثار التي تكون عليه دون ما يكون له نظراً إلى انه بانكاره الاول قد اعترف بعدم استحقاقه على الآخر ، فاذا رجع عن انكاره كان ذلك بالنسبة إلى ما اعترف بعدم استحقاقه رجوعاً عن الانكار وادعاءً محضاً فلا يسمع - كما هو مقرر في باب القضاء - بلا فرق بين ان يكون قد اظهر علماً ، وان يكون متهماً ام لا . نعم لو قامت القرينة الخارجية على ان انكاره الاول كان صورياً من دون ان يكون له واقف ففي قبول اقراره بعد ذلك خلاف بينهم وقد تقدم مثله في مدعي الاقرار مواطاة .

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم ، فان ادعاء الرجل - مثلاً - لزوجته امرأة يشتمل على اعتراف منه بعدم جواز تزوجه من امها واختها وبناتها - إذا كان قد دخل بها - . ومعها كيف يمكن ان يقال بجواز ذلك بمجرد انكاره ورجوعه عن اعترافه فان الاقرار حجة عليه في جميع التقادير ولا مجال لرفع اليد عنه . وهكذا بالنسبة إلى المرأة لو كانت هي المدعية .

فالصحيح هو التفصيل بين ما يكون عليه وما يكون له فيثبت الاول خاصة لان الاقرار حجة على جميع التقادير ، دون الثاني لكونه دعوى بعد الاقرار فلا اثر له ولا يسمع .

(٢) ظهر مما تقدم انه لا فرق في الحكم بين رجوعه قبل اقامة البينة

(الثالثة) : إذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر ، لم تسمع دعواه ، إلا بالبينة (١) نعم له مع عدمها على كل منها اليمين (٢). فان وجه الدعوى

وبعدها فان سماعه انها يختص بما يكون عليه دون ماله .
 (١) على ما تقتضيه اطلاقات وعمومات القضاء ، فان مقتضاها عدم قبول قول المدعي من غير بيينة لاسيما بعد كون المرأة مصدقة في دعواها - كما دلت عليه جملة من النصوص - مضافاً إلى مكاتبة الحسين بن سعيد الواردة في خصوص المقام انه كتب اليه يسأله :
 (عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج ؟ فقالت لا ، فتزوجها ثم ان رجلاً اتاه فقال : هي امرأتي فانكرت المرأة ذلك ، ما يلزم الزوج ؟ فقال : هي امرأته إلا ان يقيم البيينة (١).
 (٢) وللنظر في ذلك مجال واسع فان للظاهر من مكاتبة الحسين بن سعيد المتقدمة ان القضاء في المقام منحصر بالبينة بحيث لا يمكن الحكم بزوجيتها للمدعي إلا بها .

والوجه فيه : انه لا مجال لوصول النوبة في المقام إلى اليمين ، إذ الزوج ليس منكرأ لما يدعيه الآخر كي يتوجه اليه اليمين ، فانه لا يدعي إلا زوجية المرأة له استناداً إلى العقد عليها والمحكوم بالصحة بحسب الظاهر لدعواها خلوها من البعل مع كونها مصدقة في ذلك شرعاً ، ومن دون ان ينفي ما يدعيه الآخر واقعاً .

(١) الوسائل ، ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ،

على الامرأة فانكرت وحلفت سقط دعواه عليها (١) وان نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج وتبقي على زوجية الزوج مع عدمها (٢) سواء

ومن هنا فليس هو بمنكر كي يلزمه الحلف بمقتضى قواعد القضاء بل يكفي في ترتيب آثار الزوجية عليها مجرد جهله بالحال والواقع كما هو مفروض الكلام .

وكذا الحال بالنسبة إلى المرأة ، فان اليمين انها يتوجه على المنكر فيما إذا كان لاعترافه اثر بحيث او اقر لكان اقراره مسموعاً ، فاذا لم يكن كذلك فلا وجه لتحليفه عند الانكار وحيث انه لا اثر لاعتراف المرأة في المقام - على ما سيأتي بيانه - فلا معنى لتكليفها باليمين عند انكارها .

وبعبارة اخرى : ان المرأة في المقام لو لم تحلف ورددت اليمين إلى المدعي فحلف لم يكن للحاكم المحكم بزوجيتها للمدعي نظراً لكونها زوجة للغير ظاهراً فلا يسمع اقرارها المنافي لذلك ، وبهذا الملاك ليس للحاكم تحليفها باعتبار انه ليس لها الاقرار بذلك .

والحاصل : ان مثل هذه الدعوى لا تنفصل إلا بالبينة ، فان اقامها المدعي فهو وإلا فلا اثر لاقرارها أو يمينها .

ومن هنا يظهر الحال فيما رتبته (قده) من الفروع على هذا الحكم: (١) يظهر من عبارته (قده) هذه وما يأتي في جانب النزاع مع الزوج ان في المقام دعويين احدهما متوجهة نحو الزوج والاخرى نحو الزوجة ، وان لكل دعوى حكمها . إلا ان الحال في ذلك يظهر مما تقدم في التعليقة المتقدمة .

(٢) أي عدم البينة للمدعي .

كان عالماً بكذب المدعي أولاً ، وان اخبر ثقة واحدا بصدق المدعي ، وان كان الاحوط حينئذ طلاقها (١) فيبقى النزاع بينه وبين الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبة اليه أيضاً ، وان نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجة إذا كان ذلك بعد ان حلف في الدعوى على الزوجة بعد الرد عليه ، وان كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجه الدعوى اولاً عليه .

(١) استدل عليه في الكلمات بموثقة سماعة قال : (سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة ، أو غير ثقة فقال : ان هذه امرأتي وليست لي بينة ، فقال : ان كان ثقة فلا يقربها وان كان غير ثقة فلا يقبل منه) (١) .

إلا ان هذه الموثقة اجنبية عن محل الكلام ولا دلالة لها على المدعى فانها انما تتضمن ازوم المفارقة فيما إذا كان المدعي هو ثقة والحال ان المدعى استحباب الطلاق فيما إذا كان للمدعي شاهد ثقة . وكيف كان : فهذه الرواية وان كانت موثقة من حيث السند إلا انه لا بد من رد علمها إلى اهله ، وذلك للقطع ببطلان مضمونها إذ المراد من قوله (ع) : (فلا يقربها) ان كان هو ترتب جميع آثار الزوجية عليها ما عدا وطئها فمقطوع البطلان من جهة استلزامه

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

والحاصل : ان هذه الدعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة ان جلفا سقط دعواه عليهما ، وان نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه ، وان حلف احدهما دون الآخر فلكل حكمه ، فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه ، والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعي أو نكلت ورد الحاكم عليه فحلف وان كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج ، الا انه لو طلقها أو مات عنها ردت اليه ، سواء قلنا ان اليمين المردودة بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة ، أو قسم ثالث نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج اشكال (١)

الامر بترك الواجب اعني وطئها كل اربعة اشهر مرة ، وان كان هو بطلان الزوجية وتقديم قول المدعي - كما يشهد له قوله (ع) في فرض عدم كون المخبر ثقة : (فلا يقبل منه) فمقتوع البطلان من جهة ان الدعاوي لا تثبت إلا بالبينة أو اليمين ، إذ القضاء لا يكون إلا بهما - كما تدل عليه جملة من النصوص - فلا فرق بين كون المدعي ثقة وعدمه .

والحاصل : انه لا مجال للمساعدة على ظاهر الرواية ، ولا بد من رد علمها إلى اهله للقطع ببطلانه : ولاجل هذا حملها غير واحد من الاصحاب على الاستحباب ، ولا بأس به احتياطاً ورجاءاً .

(١) يظهر الحال فيه أيضاً مما تقدم في توجه اليمين عليهما وقبول اقرارها .

خصوصاً ان قلنا انه بمنزلة الاقرار أو البيينة . هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعي ، واما إذا صدقته واقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج (١) ولكنها مأخوذة باقرارها ، فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى (٢) بل ولا مهر المثل اذا دخل بها ، لانها بغية بمقتضى اقرارها الا ان تظهر عذراً في ذلك وترد على المدعي بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك .

(١) لكونها اقراراً واعترافاً في حق الغير فلا يسمع ولا يشته به بطلان الزوجية المحكومة بالصحة ظاهراً .

(٢) ان كان المراد بذلك انه ليس للمرأة مطالبة الزوج بالمهر والنفقة ، فهو صحيح ولا بأس به ، واما إذا كان المراد به عدم ثبوت المهر والنفقة واقعاً بحيث يكون للزوج الامتناع عن اعطائها ذلك - كما هو ظاهر عبارته (قدّه) - فهو في غاية الاشكال ولا يمكن المساعدة عليه بوجه .

والسر فيه : أن الزوج حينئذ يعلم اجمالاً بجرمة الوطء أو وجوب دفع النفقة والمهر ، وهو يمنع من وطئها من دون المهر والنفقة ، لاستلزامه المخالفة القطعية والقطع بارتكابه المحرم . ومن هنا فلا يجوز له وطؤها إلا بدفع المهر والنفقة .

نعم لا اثر لهذا العلم الاجمالي من جهة بطلان العقد وعدم جواز وطئها ، إذ المفروض ان العقد محكوم بالصحة ظاهراً ، فيجوز له وطؤها غيبة الامر انه ملزم بدفع المهر والنفقة اليها وان لم يكن لها

(الرابعة) : إذا ادعى رجل زوجية امرأة وانكرت فهل يجوز لها ان تتزوج من غيره قبل تهامية الدعوى مع الاول وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها ، أولا الا بعد فراغها من المدعي ؟ وجهان ، من انها قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها ، ومن تعلق حق المدعي بها ، وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعي . مع ان ذلك تفويت حق المدعي اذا ردت الحلف عليه وحلف ، فانه ليس حجة على غيرها (١) وهو الزوج . ويحتمل التفصيل (٢) بين ما إذا طال الدعوى فيجوز ، للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة ، والظاهر الوجه الاول (٣) . وحينئذ فان اقام المدعي بينة وحكم له

هي المطالبة بهما .

والحاصل : ان المرأة حينئذ انما لا تستحق المطالبة بهما ، وإلا فالزوج ملزم بتسليمهما اليها فراراً من المخالفة القطعية للمعلوم اجمالاً .
 (١) لكونه اقراراً في حق الغير فلا يسمع ، فان اليمين المردودة انما تؤثر بالنسبة إلى المنكر خاصة ولا تراحم حق الغير .
 (٢) الظاهر ان مفروض كلامهم فيما إذا لم يكن الرجل ماطلاً وممتنعاً من القضاء بحيث تطول الدعوى ، وإلا فلا ينبغي الشك في الجواز ، فان المرأة لا تبقى معطلة وبلازواج على ما دلت عليه النصوص .
 (٣) لبطلان الوجوه التي استدلت بها على المنع : فان مانعية الوجه

بها كشف عن فساد العقد عليها ، وان لم يكن له بينة وحلفت بقاء على زوجيتها ، وان ردت اليمين على المدعي وحلف ففيه وجهان (١) من كشف كونها زوجة للمدعي

الاول والثاني مصادرة على المدعي فانها اول الكلام وعين محل النزاع والوجه الثالث لم يظهر له معنى محصل ، فان دعوى المدعي لا تسقط بالتزويج جزماً بل له التراجع إلى الحاكم حتى بعد تزويجها من غيره : نعم تزويجها من غيره يوجب عجزه عن اثبات مدعاه فيما إذا لم تكن له بينة - لانه حينئذ ليس له احلافها - على ما اخبرناه - باعتبار ان توجه اليمين فرع قبول الاقرار ، فاذا لم يكن اقرارها مسموحاً لم يكن معنى لتوجه اليمين ايها . وكذا بناءً على ما اختاره المانن (قده) من توجه اليمين اليها ، فانها ان حلفت انفسخت دعواه وان نكلت وردت اليمين اليه فحلف لم يقتض ذلك بطلان الزوجية الثابتة ظاهراً لانه من قبيل الاقرار في حق الغير .

إلا ان ذلك لا محذور فيه ، لعدم الدليل على عدم جواز تعجيز المدعي عن اثبات دعواه وكون الدعوى مانعاً من تصرف المكلف في ماله أو نفسه .

ومن هنا : فالظاهر انه لا مانع من تزويجها من غيره وتزوج الغير منها نظراً إلى حجية قولها في كونها خلية - كما دلت عليه جملة من النصوص - فيصح وان اوجب ذلك عجز المدعي عن اثبات مدعاه باليمين المردودة .

(١) قد عرفت فيما تقدم انه لا وجه لتوجه اليمين عليها كما لا اثر

لحلف المدعي بعد ردها اليمين عليه :

فيبطل للعقد عليها ، ومن ان اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج ، وهذا هو الاوجه ، فيشمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها ، فانها حينئذ ترد على المدعي . والمسألة سيالة تجري في دعوى الاملاك وغيره أيضاً (١) والله أعلم .

(١) الا ان بين الزوجية وغيرها فرقاً واضحاً ، فان في غير الزوجية يمكن للمدعي - عند عدم البينة - اثبات دعواه باليمين المردودة ، وهذا بخلاف الحال في الزوجية حيث قد عرفت انه لا مجال لاثباتها بها . ومن هنا : فلو فرضنا ان من بيده الدار - مثلاً - قد باعه ، حكم بصحته لقاعدة الهد .

الا ان ذلك لا يوجب سقوط دعوى المدعي بل له الترافع لدى الحاكم وحينئذ فان اقام بينة على مدعاه ، حكم ببطلان البيع لظهور عدم كون البائع مالئكاً ، وإلا كان له احلاف المنكر - البائع - فان حلف سقطت دعواه وإلا كان له رد اليمين على المدعي ، فان حلف كان اثره تغريم البائع قيمة الدار لاثلازه عليه فيكون ضامناً له ، دون شخص العين المبعة إذ لا اثر لاعترافه بالنسبة اليها لكونه من الاعتراف في حق الغير - المشتري - . وهذا بخلاف الزوجية حيث لا اثر لاعتراف المنكر - المرأة - بالنسبة إلى الزوجية الفعلية - سواء أكان الاعتراف صريحاً ام من جهة ردها اليمين على المدعي - لكونه اعترافاً في حق الغير فلا يسمم :

نعم ذكر ان اثره يظهر فيما لو مات الزوج الظاهري أو طلقها

(الخامسة) : اذا ادعى رجل زوجية امرأة فانكرت وادعت زوجيته امرأة اخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك للرجل مع الأمراة الاولى - كما إذا كانت اخت الاولى أو امها أو بنتها - فهناك دعويان ، احدهما : من الرجل على الامراة ، والثانية : من الامراة الاخرى على ذلك الرجل وحينئذ فاما ان لا يكون هناك بيينة لواحد من المدعين ، أو يكون لاحدهما دون الآخر أو لكليهما ، فعلى الاول : يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين ، فان حلفا سقطت للدعويان (١) وكذا ان نكلا وحلف كل من المدعين اليمين المرودة (٢) وان حلف احدهما ونكل الآخر

حيث ترجع إلى المدعي ، إلا ان ذلك مسألة أخرى غير ما نحن فيه ، بخلاف الاموال حيث يسمع فيها اقرار المنكر وفي حكمه حلف المدعي عند رده عليه لكن لا اثر له بالنسبة إلى العين المنتقلة إلى الغير ، وانما يثبت له بذلك المثل أو القيمة .

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء .

(٢) وذلك لانه لو نكل الرجل عن اداء اليمين وردها إلى المدعي - المرأة التي ادعت زوجيتها له - فحلف ونكلت المرأة الاولى - التي ادعى للرجل زوجيتها - عن اداء اليمين وردها إلى المدعي - الرجل - فحلف ، كان مقتضى القاعدة ثبوت مدعى كل من المدعين ، لكن في خصوص المقام لما لم يمكن للجمع بينها لاستلزامه الجمع بين الاختين

أو الام والبنات وهو ممنوع ، ولم يكن مرجح لاحدى الزوجيتين على الاخرى تعين تساقطها لا محالة :

فان قلت : ان حلف المدعي الاول اليمين المردودة عليه بمنع من رد المنكر الثاني اليمين على المدعي الآخر ، فان الرجل - مثلاً - بعد ادائه لليمين المردودة من المرأة التي بدعي هو زوجيتها لم يكن له رد اليمين المتوجه اليها نتيجة لانكاره دعوى المرأة الثانية التي تدعي هي زوجيتها له ، وذلك لأنه لا اثر لهذه اليمين المردودة غير تساقط الدعويين . ومن الواضح انه لا معنى للحلف من اجل تساقط الدعويين .

وعلى هذا : فلا تصل التوبة في المقام إلى التساقط بل تثبت الدعوى الاولى خاصة وهي ما يدعيه الرجل - في المثال - دون الثانية :

قلت : ان هذه الدعوى من البعد بمكان ، فان نسبة الادلة - الدالة على ان للمدعي في فرض عدم البينة ، احلاف المنكر وله رد اليمين عليه - اليها سواء وشمولها لكلتا الدعويين على حد واحد ، ومجرد تقدم احدهما زماناً لا يوجب سقوط الحكم بالنسبة إلى الدعوى المتأخرة بل الحكم ثابت لها حتى وان كانت نتيجة ذلك هو التساقط ، فان كلاً من الدعويين مورد للحكم ومشمول للدليل ، لكن حيث لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح احدهما على الاخرى ، تعين الالتزام بتساقطها .

ونظير المقام ما لو ادعى اثنان مالا في يد ثالث ، فان اقامة احدهما البينة قبل الآخر لا يوجب سقوط دعواه ولا يمنعه من اقامة البينة ، وليس ذلك إلا لكون حجية البينة بالنسبة اليهما على حد سواء ، فلا وجه لان يقال بتقديم الدعوى الاولى على الثانية ، لأنه بلا مرجح إذ لا اثر لمجرد سبق الزماني ، بل تسمعان معاً وتعارضان ولنتيجة لذلك تساقطان لا محالة .

وحلف مدعيه لليمين المرودة سقطت دعوى الاول وثبت مدعي الثاني (١) وعلى الثاني - وهو ما إذا كان لاحدهما بيينة - يثبت مدعى من له البيينة . وهل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده ؟ قد يدعى القطع بالثاني لان كل دعوى لا بد فيها من البيينة أو الحلف ، ولكن لا يبعد تقوية الوجه الاول ، لان البيينة حجة شرعية وإذا ثبت بها زوجية احدى امرأتين لا يمكن معه زوجية الاخرى ، لان المفروض عدم امكان الجمع بين امرأتين ، فلازم ثبوت زوجية احدهما بالامارة الشرعية عدم زوجية الاخرى (٢) ، وعلى الثالث فاما ان

والحاصل : ان ما افاده الماتن (قده) في المقام من التسايط هو الصحيح :

(١) على ما تقتضيه قواعد النضاء ، فان دعوى الاول تسقط نتيجة لعدم البيينة - كما هو المفروض - واداء المنكر اليمين على خلافها ، ودعوى الثاني تثبت نتيجة لاداء المدعي اليمين المرودة عليه من قبل المنكر .

(٢) والامارات الشرعية حجة في لوازمها سواء أكان الشاهد والمخبر ملتفتاً إلى الملازمة ام لم يكن .

هذا وقد يقال ؛ ان حجية البيينة بالنسبة إلى الدعوى الثانية مبنية على الالتزام بحجية البيينة من المنكر أيضاً - كما ذهب اليه جماعة من الاصحاب واستظهرناه في محله باعتبار ان قولهم (ع) ؛ (واليمين

يكون البينتان مطلقتين ، أو مؤرختين متقاربتين ، أو تاريخ
احدهما اسبق من الاخرى ، فعلى الاولين تتساقطان ويكون
كما لو لم يكن بينة اصلا (١) وعلى الثالث ترجح الاسبق (٢)
إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك للتاريخ إلى زمان الثانية
وان لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامرأتان
الام والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت ، بخلاف الاختين والام والبنيت
مع تقدم تاريخ الام ، لأمكان صحة العقدين ، بان طلق
الاولى وعقد على الثانية في الاختين ، وطلق الام مع عدم

على المدعى عليه) لا يعني عدم قبول البينة منه ، بل انما يعني انه
ليس مطالباً بها كالمدعي ، وانما هو مطالب باليمين خاصة ، والا فلو
اقام هو البينة باختياره فهي مسموعة لاطلاقات ادلة حجتها . واما
بناءً على عدم قبولها منه - كما عليه المشهور - فلا مجال لقبولها بالنسبة
اليها ، بل لا بد من الرجوع إلى يمين المنكر أو اليمين المردودة منه
على المدعي .

وفيه : ان المقام ليس من مصاديق النزاع المتقدم ، فان البينة
هذه ليست بينة للمنكر كي يبحث في حجتها وعدمها وانما هي بينة
خارجية قامت على عدم مشروعية زوجية المرأة الثانية له فلا تسمع
دعواها من هذه الجهة سواء أقلنا بحجية بينة المنكر ام لم نقل ،

(١) لعدم امكان الجمع بينهما لعارضهما وتكاذبهما ، وعدم
وجود مرجح لاحدهما على الاخرى .

(٢) والذي ينبغي ان يقال في المقام : ان البينتين قد شهدان

بالعقد المجرد خاصة من دون تعرض لاستمرار الزوجية وعدمه وقد تشهدان بالزوجية الفعالية بان تشهد الاولى بالزوجية حدوداً واستمراراً وتشهد الثانية بها فعلاً ، ففي الفرض الاول حيث لا تعارض بينهما لامكان صدقهما معاً بان يكون الرجل قد تزوج من احدى الاختين اولاً ثم طلقها وتزوج من الثانية ، فلا محالة ترجح الثانية لاصالة الصحة من دون معارض لها ، وبذلك فيترتب على تلك المرأة جميع آثار الزوجية كما هو واضح .

إلا ان هذا انما يتم في غير الام والبنات إذا كان عقد البنت هو الاسبق بحسب البيئة ، وأما في هذا الفرض فيحكم بفساد للعقد الثاني نظراً لخروج المرأة الثانية - الام - عن قابليتها للزوجية لذلك الرجل بمجرد العقد على المرأة الاولى - البنت - فترجح البيئة الاولى ، بل لا اثر للبيئة الثانية باعتبار ان العقد الثاني قد وقع على المرأة المحرمة ابدأ وفي الفرض الثاني تسقط البيئتان بالنسبة إلى الزوجية الفعلية نظراً لتعارضهما وتكاذبهما وعدم امكان الجمع بينهما ، وأما بالنسبة إلى الزمان السابق فحيث انه لا تنافي ولا تكاذب بينهما حيث ان احدهما تشهد بالزوجية في ذلك الزمان خاصة دون الاخرى ، يتعين العمل بمقتضاها فتثبت زوجية تلك الاخت في ذلك الزمان . وعليه فعند الشك في بقائها واستمرارها إلى الزمان الحالي يستصحب بقاؤها لامحالة وبه تثبت زوجية تلك الاخت دون الثانية .

والحاصل : ان زوجية احدى الاختين وان ثبتت في المقام ، إلا ان ذلك ليس من اجل ترجح بيئتها على بيئة الاخرى ، لما قد عرفت من سقوطهما بالتعارض بالنسبة إلى الزمان الفعلي ، وإنما هو من جهة ثبوت زوجية تلك المرأة في الزمان السابق بالبيئة من غير معارض ،

الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان هذا ولكن وردت رواية (١) تدل على تقديم بينة الرجل

ومن ثم استصحابها إلى زمان الشك .

لكن هذا أيضاً إنما يتم في غير الام والبنت مع كون عقد البنت هو السابق ، وأما فيه فلا ، نظراً لمعارضة البينة الثانية للاولى حدوثاً وبقاءً ، فانه كما لا يمكن الجمع بين الزوجية الفعلية للام مع الزوجية الفعلية للبنت لا يمكن الجمع بين زوجية الام فعلاً وزوجية البنت سابقاً . ومن هنا تكون بينة زوجية الام فعلاً معارضة لبينة زوجية البنت فعلاً وفي السابق أيضاً ، لعدم امكان اجتماعهما فينتهي الأمر إلى التساقط لا محالة ، وبذلك يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى من المسألة اعني عدم وجود البينة لكلتا الدعويين ،

ومثله في الحكم ما لو شهدت البينة الاولى بحدوث الزوجية للبنت في السابق وشهدت البينة الثانية بالزوجية الفعلية للام ، وذلك لعدم امكان الجمع بينهما كما عرفت فينتهي الأمر إلى التساقط لا محالة .

نعم في غير هذه الصورة اعني الام والبنت مع سبق عقد الثانية من فروض شهادة احدى البينتين بالحدوث خاصة وشهادة الأخرى بالزوجية الفعلية ، ترجح البينة الثانية لا محالة لعدم المعارضة والمنافاة بينهما فيحكم بثبوت الزوجية الفعلية للتي شهدت البينة لها بذلك ، ولا يعارضه استصحاب زوجية الاولى بعد ثبوتها بالبينة في السابق ، لسقوط الاستصحاب بالبينة الدالة على ثبوت الزوجية الفعلية للثانية .

ومما ذكرنا كله يتضح الحال في الفروع التي ذكرها الماتن (قده)

بعد هذا .

(١) وهي مارواها محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه

إلا مع سبق بينة الامرأة المدعية أو الدخول بها في الاختين وقد عمل بها المشهور في خصوص الاختين ، ومنهم من تعدى إلى الام وال بنت أيضاً . ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل ، لمخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض المحامل التي لا تخالف للقواعد .

وعن علي بن محمد القاساني عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود عن عيسى بن يونس عن الازاعي عن الزهري عن علي بن الحسين (ع) (في رجل ادعى على امرأة انه تزوجها بولي وشهود ، وانكرت المرأة ذلك ، فاقامت اخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة انه تزوجها بولي وشهود ولم يوقتا وقتاً ، فكتب : ان البينة بينة الرجل ولا تقبل بينة المرأة . لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأة ، وتريد اختها فساد النكاح ، فلا تصدق ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها) (١) .

وقد رواها الشيخ (قدّه) باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن علي بن محمد عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود عن عبد الوهاب ابن عبد الحميد عن أبي عبد الله (ع) (٢) :

إلا ان هذه الرواية بطريقها ضعيفة سنداً ، فان علي بن محمد القاساني

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٢ من أبواب عقد النكاح واوله

العقد ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم واحكام

الدعوى ح ١٣ .

(السادسة) : إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها باذن المولى ، فان اشتراها للمولى بقي نكاحها على حاله (١) ،

من ضعفه الشيخ (قده) ، ومجد بن القاسم مشترك بين الثقة والضعيف وعيسى بن يونس لم يوثق ، والاوزاعي والزهرى ضعيفان ، وعبد الوهاب ابن عبد الحميد لم يرد فيه توثيق .

ومن هنا فمثل هذه الرواية لا يمكن الاعتماد عليها بوجه ، لكن لا من جهة مخالفتها للقاعدة - كما افاده الماتن (قده) - فانه لا مانع من تخصيص القاعدة ، حيث انها ليست من الاحكام العقلية كي لا تقبل التخصيص ، وانا من جهة ضعفها سنداً .

ودعوى انجبارها بعمل المشهور . فقد عرفت عدم اهمتها كبرى غير مرة .

هذا مضافاً إلى اختصاص الرواية بالاختين ، فلا مجال للتعمد عنها بعد كونها مخالفة للقاعدة .

(١) هذا الحكم ذكره غير واحد منهم المحقق (قدس سره) في الشرايع ولم يذكر صاحب الجواهر (قدس سره) في شرحه خلافاً من احد وعلل ذلك بالاصل وارسله بعضهم ارسال المسلمات إلا ان في ذلك اشكالا بل منعاً وذلك لما اجمعوا عليه بغير خلاف بينهم في باب الطوارئ من ان بيع الامة بمنزلة الطلاق بل هو طلاق لها - على ما دلت عليه جملة من النصوص المعتبرة - من دون ان يستثنى منه هذه الصورة اعني شراء العبد زوجته لمولاه . فان معه كيف يمكن ان يقال بقي على نكاحها ، بل لا بد ان يقال ان مولاه الجديد بالخيار فان اجاز فهو وإلا انفسخ لا محالة .

والحاصل : ان ما افاده (قدّه) في المقام - بل نسب ذلك إلى الاصحاب ، لا يجتمع مع ما ذكر في باب للطوارئ ولا يمكن المساعدة عليه .

ثم ان صاحب الجواهر (قدّه) بعد ان اختار في هذه المسألة بقاء النكاح على حاله (١) ذكر في مسألة ما لو بيعت الامة المزوجة (٢) ما ملخصه ان فيها وجهين : بطلان النكاح لكون بيعها طلاقاً لها حقيقة فهحصل الفراق بينها وبين الزوج غاية الامر ان للمشتري ارجاع الزوجية فيكون نظير رجوع الزوج بزوجه المطلقة في اثناء العدة - بناءً على مسلك المشهور من انه ارجاع للزوجية بعد ارتفاعها - وبقاء النكاح مع ثبوت حق الفصل بينهما للمشتري .

ثم ذكر (قدّه) ان الوجه الاول هو الاقوى - ان لم يثبت اجماع على خلافه - باعتبار انه هو الذي تقتضيه النصوص المعتبرة الدالة على ان صفقتها طلاقها ، بل حسنة حسن بن زياد قال : (سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية يطأها فبلغه ان لها زوجاً قال : يطأها فان بيعها طلاقها ، وذلك انها لا يقدران على شيء من امرها إذا بيعا) (٣) ، وصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما (ع) : (قال : طلاق الامة بيعها أو بيع زوجها وقال في الرجل يزوج امته رجلاً حراً ثم يبيعها ، قال : هو فراق بينهما إلا ان يشاء المشتري ان يدهما) (٤) كالصريحين في المدعى .

(١) الجواهر ج ٢٩ ص ١٦٨ .

(٢) الجواهر ج ٣٠ ص ٢٦٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ٢ .

(٤) الوسائل ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

ولا اشكال في جواز وطئها (١) . وان اشتراها لنفسه
بطل نكاحها (٢) وحلت له بالملك - على الاقوى من ملكية

اقول : ان ما افاده (قده) وان كان مناقضاً لما افاده اولاً ،
إلا انه هو الصحيح حيث لم يثبت اجماع على الخلاف :
ثم كان عليه (قده) التنبيه على رواية معتبرة معارضة لما تقدم
من النصوص حيث تدل بالصراحة على الوجه الثاني ، وهي صحيحة
علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن
رجل نحته مملوكة بين رجلين فقال احدهما : قد بدالي ان اترع جاريتي
منك وابع نصيبي فباعه ، فقال المشتري : اريد ان اقبض جاريتي ،
هل تحرم على الزوج ؟ قال : إذا اشتراها غير الذي كان انكحها
ايه فان الطلاق بيده ان شاء فرق بينهما وان شاء تركها معه ، فهي
حلال لزوجها وهما على نكاحهما حتى ينزعها المشتري ... الحديث) (١)
وهذه الرواية وان كانت صحيحة سنداً وواضحة دلالة ، إلا انها
لما كانت معارضة للنصوص الصحيحة الصريحة والمستفيضة ، فلا بد من
رد علمها إلى أهله حيث لا يمكن حمل هذه على محمل آخر لصراحتها ،
ولا رفع اليد عن تلك الروايات لصحة سندها واستفاضتها .
(١) يظهر الحال فيه مما تقدم .

(٢) بلا خلاف فيه بينهم ، إلا ان المسند فيه ليس هو علم
اجتماع الزوجية والملكية المستفاد من الآية الكريمة والنصوص المعتمدة
- على ما ذكر في بعض الكلمات - كي يرد عليه بان استحالة الجمع

العبد - . وهل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الاذن من المولى أولاً؟ وجهان : اقواهما : ذلك (١) لان الاذن للسابق انما كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك (٢) فيحتاج إلى الاذن الجديد . ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى فان اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقي الزوجية (٣)

لا تقتضي حلوث الملك وزوال الزوجية ، إذ من الممكن الحكم بالعكس باعتبار ان صحة البيع تحتاج إلى الدليل ومع عدمه يكون البناء على بطلان البيع وبقاء الزوجية عملاً بالاستصحاب اولى .

وانما المستند فيه ما اشرنا اليه في التعليقة السابقة من ان بيع الامة بعضاً أو كلاً طلاق لها ، على ما تدل عليه جملة من النصوص المعتبرة ومنها ما هو وارد في خصوص المقام كوثيقة سماعة قال : (سألته عن رجلين بينهما امة فزواجهما من رجل اشترى بعض السهمين ، فقال : حرمت عليه باشرائه اياها وذلك ان بيعها طلاقها إلا ان يشترىها من جميعهم) (١) .

(١) ما افاده (قدّه) وان كان متيناً في نفسه ، إلا ان الظاهر كفاية الاذن في الشراء لنفسه عن ذلك فلا يحتاج إلى اذن آخر في الوطء ، وذلك لأن الاذن في الشراء لنفسه اذن منه في الانتفاع بها بما هو المتعارف بمقتضى الفهم العرفي ومناسبات الحكم والموضوع .
(٢) لتحقق الطلاق بمجرد البيع - كما عرفت - .
(٣) تقدم ما فيه فلا نعيد .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ٢١٥١ .

وان اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية . وكذا ان اشتراها في الذمة ، لانصرافه إلى ذمة نفسه (١) . وفي الحاجة إلى الاذن الجديد وعدمها ، الوجهان .
 (السابعة) : يجوز تزويج امرأة تدعي انها خلية من الزوج من غير فحص (٢) مع عدم حصول العلم بقولها ،

(١) حيث لم تقم قرينة على الخلاف ، فان كونه في ذمة الغير يحتاج إلى مؤنة زائدة وخلاف ظاهر الشراء .

(٢) على ما هو المعروف والمشهور بينهم ، بل لم يظهر الخلاف فيه من احد ، وتدلنا عليه - مضافاً إلى السيرة القطعية حيث يتزوج الرجل الغريب في غير بلده ، معتمداً على دعواها انها خلية من غير فحص من دون ان يظهر التوقف في صحة عقده من احد - معتبرة ميسر قال : (قلت لأبي عبد الله (ع) : القى المرأة بانفلاة التي ليس فيها احد ، فاقول لها : ألك زوج ؟ فتقول : لا ، فاتزوجها ؟ قال : نعم هي المصدقة على نفسها (١) .

ويؤيده خبر محمد بن عبد الله الأشعري قال : (قلت للرضا (ع) : الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه ان لها زوجاً ، فقال : وما عليه ؟ أرايت لو سألتها البينة كان يجحد من يشهد ان ليس لها زوج) (٢) . وهي بحسب الدلالة وان كانت لا بأس بها ، إلا انها من حيث

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٥ من أبواب عقد النكاح واوليائه

العقد ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١٠ من أبواب المتعة ح ٣ :

بل وكذا إذا لم تدع ذلك (١) ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو اجابت إذا دعيت إليه بل الظاهر ذلك وان علم كونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته (٢) . نعم لو كانت متهمة في دعواها فالاحوط الفحص عن حالها (٣) ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن أو باخبار مخبرين ، وان لم يحصل العلم بقولها . ويجوز للوكيل ان يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم ، ولكن الاحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمة .

السند ضعيفة حيث ان محمد بن عبد الله الاشعري لم يوثق ، ومن هنا جعلناها مؤيدة .

(١) للسيرة ومعتبر ميسر المتقدمين ، إذ لا فرق في كونها مصدقة على نفسها بين قولها وعملها فان دعوتها للرجل أو اجابتها له اخبار منها بخلوها عن البعل والمانع .

(٢) ظهر وجهه مما تقدم ، حيث لم يرد تقييد لاطلاق قوله (ع) في معتبرة ميسر : (هي المصدقة على نفسها) وكذا السيرة فان الرجال يتزوجون من الثيبات من غير فحص مع ظهور الثيبوبة في سبق الزوجية غالباً .

(٣) بل مقتضى صحيحة أبي مريم عن أبي جعفر (ع) : (انه

(الثامنة) : إذا ادعت امرأة انها خلية فتزوجها رجل
ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (١)

سئل عن المتعة ، فقال : ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم
انهم كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن ، فاسألوا عنهن (١) هو
وجوب الفحص .

فانها صحيحة سنداً وواضحة دلالة ومقتضى القاعدة تخصيص
مادل على انها مصدقة على نفسها بغير صورة التهمة .
إلا ان المشهور لم يذهبوا إلى ذلك والتزموا باستحباب الفحص
عند التهمة ، وهو الصحيح .

والوجه فيه ان المراد بالتهمة وعدم المأمونية في رواية أبي مریم
ليست هي التهمة الشخصية بمعنى ان تكون المرأة المعينة التي يريد
الرجل تزوجها متهمة وغير مأمونة كما هو واضح ، وانما المراد بها
هي التهمة النوعية نظراً لفساد وكثرة الفجور ، ومن هنا
فحيث ان هذه التهمة كانت موجودة في عصر الامام أبي عبدالله (ع)
اكثر مما كانت عليه في زمان أبي جعفر (ع) - كما يشهد لذلك لعدم
الفساد وتكثره يوماً بعد يوم - ومع ذلك فقد حکم (ع) لميسر
بجواز الزوج من غير فحص ، فلا بد من حمل صحيحة أبي مریم على
الاستحباب جمعاً بينهما .

ومن هنا يظهر الحال فيما افاده المائتين (قده) بعد هذا من الفروع.
(١) فان المستفاد من النصوص المتقدمة انما هو حجية اخبارها

نعم لو اقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (١) وان لم يكن هناك زوج معين ، بل شهدت بانها ذات بعل على وجه الاجمال .

(التاسعة) : إذا وكلا وكيلا في اجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان (٢) إلا ان يحصل لهما العلم بايقاعه . ولا يكفي الظن بذلك ، وان حصل من اخبار مخبر بذلك ، وان كان ثقة (٣) .

بالنسبة إلى جواز التزويج ، وأما بالنسبة إلى ابطال زوجية محكومة بالصحة ظاهراً فلا دليل على حجية اخبارها فيه ، بل مقتضى كونه اقراراً في حق الغير عدم السماع .

نعم اخبارها هذا حجة بالنسبة إلى نفسها ، فلا تستحق المطالبة بالمهر والنفقة لاعترافها بكونها بغيه ، وان وجب على الزوج دفعهما اليها للعلم الاجمالي بوجوديهما أو حرمة الوطء - على ما تقدم بيانه مفصلاً في المسألة الثالثة من هذا الفصل فراجع .

(١) عملاً بادلة حجية الهيئة المحكمة في المقام من غير معارض .
(٢) لاحتمال عدم وقوعه لنسيان أو غيره ، وحيث لم يحرز وقوعها فلا مجال لترتيب آثارها .

(٣) على خلاف بينهم منشأ الخلاف في ان الاصل هل هو حجية خبر الثقة في الموضوعات إلا ما حرج بالدليل ، أو عدمها إلا ما حرج بالدليل ؟

وقد عرفت في الابحاث الماضية ان الصحيح هو الاول ، باعتبار

ان السيرة العقلانية - التي هي عمدة الدليل على حجية خبر الثقة - قائمة على الحجية في الشبهات الموضوعية والحكمية على حد سواء ، من دون ان يرد دليل على خلاف ذلك .

وأما خبر مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله (ع) قال : (سمعته يقول : كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة ، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه ، أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك وهي اختك أو رضيعتك ، والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به الدينة) (١) .

فليس المراد بالبينة فيها هو المعنى الاصطلاحي في باب القضاء من الشاهدين أو الاربعة الشهداء أو الشاهد واليمين ، وانما المراد بها مطلق ما يتبين به الامر ويتضح به الحال ، وذلك لوضوح انه لا ينحصر طريق الاستبانة بشهادة عدلين أو اربعة عدول ، فان التبين يحصل بالاقرار وقول ذي اليد والاستصحاب ونحوها ، فلا دليل على اختلاف الحال في الشبهات الموضوعية عن الشبهات الحكمية ، باعتبار التعدد في الاولى دون الثانية .

والحاصل : ان الصحيح هو كفاية اخبار الثقة الواحد وان لم يكن وكهلاً لان الاصل حجية خبره إلا ما ثبت بالدليل - كما هو الحال في باب القضاء - .

(١) الوسائل : ج ١٢ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ .

نعم لو اخبر الوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة (١) بل
مطلقاً (٢) لان قول الوكيل حجة فيما وكل فيه .

(١) بلا اشكال فيه ، للاولوية بعد ان كان قول غيره حجة .
(٢) كما ذهب اليه جماعة باعتبار انه من مصاديق القاعدة المعروفة
(من ملك شيئاً ملك الاقرار به) والمدعى عليها الاجماع ، بل ارسلها
جماعة ارسال المسلمات . إلا ان اثباتها بالاجماع التعبدي - على اطلاقها
وكليتها - بعيد غاية البعد ، فان جملة من الاصحاب لم يتعرض اليها ،
بل لم تذكر في كلمات من تقدم على الشيخ (قده) ، على ان الصبي
مالك للوصية لكن لا يسمع اقراره بها .

فالذي ينبغي ان يقال : ان ما يكون اقراراً على النفس لا حاجة
في اثبات حجته إلى هذه القاعدة ، فانه يكفيها فيه ما دل على للوذ
الاقرار على النفس ، من غير حاجة إلى اثبات الاجماع ونحوه .
وهكذا الحال بالنسبة إلى ما كان الاقرار بنفسه مصداقاً للانشاء
كما لو اخبر من له الفسخ بالفسخ أو اخبر الزوج في اثناء العدة عن الرجوع
بزوجته ، فانه خارج عن محل الكلام أيضاً ، حيث ان هذا الاخبار
بنفسه يعتبر فسخاً ورجوعاً لأنه يبرز الاعتبار النفساني من غير حاجة
إلى ثبوت رجوع سابق .

هذا وقد نسب شيخنا الانصاري (قده) في رسالته في قاعدة
من ملك ، إلى الشهيد (قده) انه استشكل في سماع اخبار للزوج
عن الرجوع في اثناء العدة ، لكننا لم نعرف لذلك وجهاً :
وأما في غير هذين الموردین فالظاهر هو السماع أيضاً ، لكن لا لما

ذكروه بل للسيرة القطعية على عدم مطالبة الوكيل بالاثبات إذا اخبر
عن العمل بوظيفته . فانه تسمع دعواه ويقبل قوله من دون ان
يطلب بالبينة .

ومن هنا يظهر الحال في الاولياء ، فانه تسمع دعواهم في ما لهم
الولاية من دون ان يطلبوا بالاثبات .

فصل

في اولياء العقد

وهم الأب والجد من طرف الاب (١) : بمعنى اب
الاب فصاعداً فلا يندرج فيه اب ام الأب (٢) وللوصي

فصل

في اولياء العقد

(١) ثبوت الولاية لها وللوصي والسيد والحاكم في الجملة من
القطعيات التي لا ينبغي الشك فيها ، وتدل عليه من النصوص جملة
متضافرة نتعرض اليها في ضمن المسائل القادمة .

(٢) ويقتضيه - مضافاً إلى اصالة عدم ثبوت ولاية لاحد على غيره
إلا من خرج بالدليل ، باعتبار ان نفوذ العقد يحتاج إلى الدليل وإلا
فهو محكوم بالبطلان - مفهوم صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع)
(في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : ان كان ابواهما اللذان
زوجاهما فنعم . . .) (١) فان مقتضاه انحصار الولاية فيهما وعدم

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ١.

لاحدهما مع فقد الآخر ، والسيد بالنسبة إلى مملوكه ،
والحاكم . ولا ولاية للام (١) ولا الجدة من قبلها ، ولو
من قبل ام الأب ،

ثبوتها لغيرهما على الاطلاق :

وكيف كان فالحكم مما لا خلاف فيه إلا ما ينسب إلى ابن الجنيد (قده)
من الالتزام بثبوت الولاية له أيضاً مستدلاً ببعض النصوص الواردة
في ولاية الام وسترعف الحال فيها عند التعرض لها في التعليقة الآتية.
(١) كما يقتضيه الاصل ، بل الاجماع المحكي في كلمات غير واحد
حيث لم يخالف فيه إلا ابن الجنيد وقد يستدل له برواية ابراهيم بن
ميمون عن أبي عبد الله (ع) : (قال : إذا كانت الجارية بين
ابويها فليس لها مع ابويها امر وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلا
برضا منها) (١) ، حيث ان ظاهرها عدم اختصاص الولاية للاب
وثبوتها للام أيضاً :

إلا انه مندفع بانها مضافاً إلى معارضتها للروايات الصحيحة
المستفيضة الدالة بمجموعها على دوران امر الجارية بين ان يكون بيدها
مستقلة أو يكون بيد ابويها مستقلاً أو يكون بيدهما معاً ، حيث ان
المستفاد منها انه ليس للام من امرها شيء ، لا دلالة لها على افراد
الام في الولاية عايتها بل غاية ما تدل ثبوت الولاية لها منضمة إلى الاب
وهو مخالف للاجماع المحقق القائم على استقلال الاب في الولاية

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ج ٣ .

ولا الأخ (١) ،

وعدم وجود ضمنية في ولايته .

والذي يهون الخطب ان هذه الرواية ضعيفة سنداً - وان عبر عنها في بعض الكلمات بالوثيقة - فان ابراهيم بن ميمون لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق فالرواية ساوقة من هذه الجهة ولا تصلح للاستناد اليها .

(١) بلا خلاف فيه وبقتضيه الاصل . نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألت عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأى هؤلاء عدا فقد جاز) (١) ، وقد عبر عنها بالخبر وهو مشعر بضعف سندها ثم ناقشها بلزوم تأويلها أو حملها على التقيية حيث ذهب العامة إلى ثبوت الولاية له عند عدم الاب .

إلا انه قد ورد التعبير عنها في كلمات بعضهم بالصحيحة ، والصحيح هو ما يظهر من كلام صاحب الجواهر (قده) فان هذه الرواية ضعيفة فان احمد بن محمد بن عيسى يرويها عن البرقي أو غيره وحيث لم يعرف ذلك الغير تكون الرواية ضعيفة .

وكيف كان ؛ فلا اثر لهذا النص بالخصوص إذ قد ورد مضمونها في جملة كبيرة من الاخبار المعتبرة (٢) بل في بعضها التصريح بثبوت

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٤ .

(٢) راجع الوسائل : ج ١٥ باب ٥٢ من أبواب المهور .

الولاية له ، غير ان هذه الروايات - على كثرتها - لا بد من تأويلها والتصرف فيها بحملها على ما إذا كان الاخ وكيلاً عنها أو الغائبا وحملها على التيقية للاجماع والقطع بعدم ثبوت الولاية له عليها ، إذ كيف يمكن ان تكون للاخ ولاية عليها ، ولو في خصوص فرض عدم وجود الاب مع عدم ذهاب احد منا إلى ذلك على الاطلاق . فان فرض تصدي الاخ لشؤون اخته خارجاً ليس بفرض نادر ، والحال انه لم يذهب إلى ثبوت الولاية له احد من الاصحاب . ومن هنا فهذه الروايات مقطوعة البطلان .

على ان في المقام روايتين صحيحتين تدلان على عدم ثبوت الولاية للاخ: احدهما : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : (مثل عن رجل يريد ان يزوج اخته قال : يؤامرها فان سكنت فهو اقرارها وان ابت لازوجها) (١) .

ثالثتهما : صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) : (في رجل يريد ان يزوج اخته ، قال : يؤامرها فان سكنت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها ، فان قالت : زوجني فلاناً زوجها ممن ترضى) (٢) .

فان تلك الروايات معارضة لهاتين الصحيحتين ولو لم نقل بترجيح هاتين فلا اقل من التساقط بالمعارضة والرجوع إلى مفهوم صحيحة

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ج ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٧ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ١ .

وللعلم (١) ، والخال (٢) واولادهم .
 (مسألة ١) : تثبت ولاية الأب والجد على الصغيرين (٣)

محمد بن مسلم المتقدمة الدال على عدم ثبوت الولاية لغير الاب عدا
 من خرج بالدليل ، أو الاصل المقتضي للفساد .

(١) وبقتضيه - مضافاً إلى الاصل ومفهوم صحيحة محمد بن مسلم
 المتقدمة - خصوص رواية محمد بن الحسن الاشعري قال : (كتب
 بعض بني عمي إلى أبي جعفر الثاني (ع) : ما تقول في صبية زوجها
 عمها فلما كبرت ابت التزويج ؟ فكتب لي ! لا نكره على ذلك والامر
 امرها) (١) .

وهذه الرواية وان عبر عنها في الجواهر بالصحيحة إلا انها ضعيفة
 السند ، فان محمد بن الحسن الاشعري انما هو محمد بن الحسن بن
 خالد الاشعري المعروف بـ (الشنبولة) وهو ممن لم يرد فيه وثيق .
 (٢) اجماعاً كما يقتضيه الاصل ومفهوم صحيحة محمد بن مسلم
 المتقدمة ، ومنه يظهر الحال في اولادهم .

(٣) بلا اشكال ، والروايات الدالة على ثبوتها مستفيضة ، بل
 لاختلاف فيه إلا ما ينسب إلى ابن أبي عقيل من انكار ولاية الجسد ،
 وكأنه استند في ذلك إلى النصوص الدالة على حصر الولاية في الاب
 إلا انه لا بد من رفع اليد عن هذه الروايات وذلك للنصوص
 الكثيرة الدالة صريحاً على نفوذ عقد الجسد على ابنه - اعني والد البنت -

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء

والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ (١) ، بل والمنفصل على
الاقوى (٢)

وانه يقدم انكاح الجد للبت على انكاح الاب لها ، فانها تقتضي
اولوية ولاية الجد على ولاية الاب كما لا يخفى .
والحاصل : ان انكار ولاية الجد بعد الاثبات إلى هذه النصوص
ليس في محله ولا يمكن المساعدة عليه .

(١) بلا خلاف فيه بينهم بل قد حكي عليه الاتفاق والاجماع .
(٢) وفاقاً للمحقق في الشرايع وصاحب الجواهر وشيخنا الاعظم
في رسالة النكاح ، وهو الصحيح لعدم الفرق في الجنون بين المتصل
بالبلوغ والمنفصل عنه فان حالهما واحد من حيث ثبوت الولاية فالدليل
المقتضي لثبوتها في الاول هو بعينه يقتضي ثبوتها في الثاني .

اللهم إلا ان يثبت اجماع على الخلاف ، لكنه - وبالمعنى المعتبر
اعني كشفه عن رأي المعصوم (ع) - غير ثابت جزماً وذلك لكونه
معلوم المدرك فان الاصحاب انا للزموا بثبوتها عند اتصال المجنون
بالبلوغ من جهة التمسك باستصحاب بقاء الولاية باعتبار انها كانت
ثابتة قبل البلوغ جزماً فاذا شك حين البلوغ في ارتفاعها كان مقتضى
الاستصحاب هو الحكم باستمرارها ، وهذا بخلاف صورة الانفصال
حيث ان الولاية قد ارتفعت بالبلوغ بقاءً غاية الامر انه يشك في ثبوتها
بعد ذلك نتيجة اطرو الجنون فلا مجال للتمسك بالاستصحاب .

لكن لا يخفى ما في هذا الاستصحاب من خلل فانه من استصحاب
الحكم الكلي وقد تقدم في محله عدم جريانه مطلقاً ، على انه يعتبر في

الاستصحاب اتحاد القضيتين المتيقنة والمشكوكة ، ولا ينبغي الشك في فقدان هذا الشرط في المقام فان الصغر والكبر كالحضر والسفر موضوعان مختلفان بنظر العرف . ومن هنا فلو فرضنا ثبوت حكم للصغر للكبر أو الحضر للسفر فليس ذلك من استمرار ذلك الحكم وبقائه وانما هو حكم آخر مماثل للحكم الاول .

وبعبارة اخرى ، ان الولاية المسببة عن الصغر قد زالت جزماً وانما الشك في ثبوت ولاية جديدة لاجل الجنون ومن هنا فان قام الدليل على ثبوتها فهي ولاية جديدة غير الولاية الاولى فلا يفرق الحال فيها بين ما كان متصلاً بالصغر وما كان منفصلاً عنه ، وان لم يقم الدليل عليها فلا تثبت في كلتا الحالتين أيضاً .

هذا وقد استدل شيخنا الاعظم (قده) على ثبوتها بنحو الاطلاق بما رواه زرارة عن أبي جعفر (ع) : (قال : إذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعق وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها) (١) حيث ان من الواضح ان المجنونة من اظهر مصاديق التي لا تملك امرها .

والظاهر انه لا وجه للمناقشة في دلالتها من جهة انها لم تتعرض لاثبات من هو وليها وهل هو ابوها أو جدها أو الحاكم ؟ وذلك لان الظاهر من كلمة وليها هو من يتصدى لامورها وشؤونها في غير النكاح . ومن هنا فاحتمال كونه الحاكم بعيد جداً - كما استبعده شيخنا الاعظم (قده) أيضاً - على ان الظاهر من اضافة الولي الى الضمير

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

العائد لها ارادة الولي المختص بها ومن الواضح انه انما هو الاب والجد لانهما اللذان يختصان بادارة شؤونها ، وأما الحاكم فليس بولي مختص لها . وعلى هذا فالمناقشة في دلالة النص غير وجيهة .

نعم الرواية ضعيفة سنداً من جهة ان علي بن اسماعيل الميثمي وان كان ممدوحاً من حيث انه من اجلاء المتكلمين بل الظاهر انه اول من كتب في الامامة ، إلا انه لم يرد فيه توثيق من حيث الرواية . هذا والذي ينبغي ان يقال : ان السيرة القطعية قائمة على قيام الاب والجد بادارة شؤون المجنون والمجنونة في النكاح وغيره من دون ان يثبت عن ذلك ردع .

ومن هنا فمكون ولاية النكاح لهما حتى وان ثبت كون الحاكم ولياً لمن لاولي له .

على انه لم تثبت ولاية للحاكم إلا في الامور الحسبية التي ينبغي تحققها في الخارج وتقتضي الحاجة والضرورة وجودها وذلك من باب ان الحاكم هو القدر المتيقن ، وأما غيرها من الامور كتزويج المجنونة فلا موجب للقول بثبوت ولاية الحاكم له . ومن هنا فاذا انتفت ولاية الحاكم ثبتت الولاية للاب والجد للمقطع واليقين بانحصار الامر فيهما حيث انها ليست لغيرهما جزءاً .

هذا كله مضافاً إلى قوله تعالى : (إلا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (١) .

فان هذه الآية الكريمة وبملاحظة النصوص الكثيرة الواردة في تفسير الذي بيده عقدة النكاح بالاب والجد والاخ ظاهرة الدلالة

في ثبوت الولاية لهم عليها بقول مطلق . نعم خرج الاخ بالدليل الخاص والاجماع وخرجت الثيب المملكة امرها الباقي بالنص فبقي بما في ذلك المجنونة تحت الاطلاق .

ثم ان الاصحاب وان ذكروا خلو النصوص من حكم المسألة ، وهو كذلك ان اريد بها النصوص الخاصة اعني ما هو وارد في الفرض بالذات ، إلا ان في النصوص ما يمكن الاستدلال به على المدعى كصححة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : (في الجارية يزوجها ابوها بغير رضاه منها ، قال : ليس لها مع ابيها امر إذا انكحها جاز نكاحه وان كانت كارهة) (١) .

وصحيفة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن الرجل هل يصلح له ان يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ليس يكون للولد امر إلا ان تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فنلك لا يجوز نكاحها إلا ان تستأمر) (٢) وغيرهما مما دل على نفوذ عقد الاب على ابنته أو الوالد على ولده ، فان مقتضى اطلاقها نفوذ عقده عليهما على الاطلاق إلا ما خرج بالدليل كالبنات الثيب والولد البالغ الرشيد ، وحيث انه لا دليل على خروج الصغيرة أو المجنونة والصغير أو المجنون فمقتضى الاطلاق ثبوت الولاية عليهم .

واوضح من كل هذه دلالة ما ورد في باب الطلاق من ان الولي بمنزلة السلطان كصحيفة أبي خالد القمط قال : (قلت لأبي عبد الله (ع) :

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٨ :

الرجل الاحق الداهب العقل يجوز طلاق وليه عليه ؟ قال : ولم لا يطلق هو ؟ قلت : لا يؤمن ان طلق هو ان يقول غداً لم اطلق ، أو لا يحسن ان يطلق ، قال : ما ارى وليه إلا بمنزلة السلطان (١) أو ما دل على انه بمنزلة الامام (ع) كروايته عنه (ع) أيضاً : (في طلاق المعتوه قال : يطلق عنه وليه فاني اراه بمنزلة الامام عليه) (٢) أو ما دل على ان الولي إذا طلقها ثلاثاً اعتدت وبانت منه بوحدة كرواية شهاب بن عبدربه قال : (قال أبو عبد الله (ع) : المعتوه الذي لا يحسن ان يطلق يطلق عنه وليه على السنة ، قلت : فطلقها ثلاثاً في مقعد ، قال : ترد إلى السنة فإذا مضت ثلاثة اشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بوحدة) (٣) .

فانه لا ينبغي الشك في كون المراد بالولي في هذه النصوص هو الاب والجد في الدرجة الاولى باعتبار انهما اللدان يقومان بسائر شؤونه وفي مرحلة سابقة على اسلطان والامام (ع) : وإذا ثبتت الولاية لهما في الطلاق ثبتت في النكاح اما بالاولوية القطعية حيث ان امر الطلاق اعظم ولذا ثبتت الولاية لهما على الصغير في النكاح في حين لم تثبت لهما ذلك في الطلاق ، أو تمسكاً بقوله (ع) : (ما ارى وليه إلا بمنزلة السلطان) فانه ظاهر في كونه من باب

(١) الوسائل : ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق

وشرائطه ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق

وشرائطه ح ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق

وشرائطه ح ٢ .

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد ، ولا على البالغة الرشيدة
إذا كانت ثيباً (١) واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة
على اقوال وهي : استقلال الولي (٢) .

تطبيق الكبرى على الصغرى وجعل ما للسلطان من صلاحيات في مثل
هذه القضية له وحيث ان السلطان - الذي هو الامام المعصوم - ولي
بقول مطلق ومن غير اختصاص بالنكاح ، يكون الاب أيضاً ولياً
عليه كذلك .

اذن : فما افاده صاحب الجواهر (قده) من ثبوت الولاية للاب
والجد على المجنون والمجنونة بقول مطلق سواء اتصل جنونهما ببلوغهما
ام انفصل هو الصحيح .

(١) بلا خلاف فيه وفيما قبله بل الحكم مما تسالم عليه الاصحاب
عدا ما نسب إلى ابن أبي عقيل من اثبات الولاية لهما على الثيب ،
غير انه مما لا شاهد له من النصوص مطلقاً ، بل الاخبار المستفيضة
دالة على الخلاف .

(٢) كما اختاره جملة من الاصحاب ، واصر عليه صاحب الحدائق (قده)
وتدل عليه نصوص كثيرة صحيحة السند .

منها : صحيحة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع) :
(قال : لا تستأمر الجارية التي بين ابويها إذا اراد ابوها ان يزوجها
هو انظر لها ، وأما الثيب فانها تستأذن وان كانت بين ابويها إذا
ارادا ان يزوجها) (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

ومنها : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال . (سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها امر ؟ فقال : ليس لها مع أبيها امر ما لم تنيب) (١) .

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : (قال ا لتستأمر الجارية إذا كانت بين أبيها ليس لها مع الاب امر ، وقال : يستأمرها كل احد ما عدا الاب) (٢) :

ومنها : صحيحة اخرى للحلي عن أبي عبد الله (ع) ا (في الجارية يزوجهها ابوها بغير رضاه منها ، قال : ليس لها مع أبيها امر إذا انكحها جاز نكاحه وان كانت كارهة) (٣) .

والموضوع في هاتين الصحيحتين وان كانت هي الجارية وهي نعم البكر والنيب ، إلا انها بعد التخصيص بما دل على لزوم استئذان النيب فمختصان بالبكر لا محالة .

ومنها : صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن الرجل هل يصلح له ان يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ، ليس يكون للولد امر إلا ان تكون امرأة قد دخل بها

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ١١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ٧ .

قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا ان تستأمر (١) .
 إلى غير ذلك من النصوص الصحيحة الدالة على استقلال الولي بالامر .
 وهذه النصوص لو لم يكن لها معارض لتعين العمل بها والالتزام بمضمونها .
 إلا ان في المقام معتبرين تدلان على لزوم استشارة البكر وعدم
 استقلال الاب في امرها . وهاتان المعتبرتان هما :

اولاً : معتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : (قال
 تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها) (٢) .

ثانياً : معتبرة صفوان قال : (استشار عبد الرحمن موسى بن
 جعفر (ع) في تزويج ابنته لابن اخيه فقال : افعل ويكون ذلك
 برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً . قال : واستشار خالد بن داود
 موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال : افعل
 ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً) (٣) .

ومن هنا فلا بد من الرجوع إلى ما تقتضيه قواعد المعارضة ،
 وحيث ان هاتين المعتبرتين توافقان الكتاب - باعتبار ان مقتضى
 اطلاقاته عدم اعتبار اذن غير المرأة في العقد عليها ونفوذ عقدها
 مستقلة - وتوافقان المشهور من الجمهور - فان المنسوب إلى الشافعي
 واحمد ومالك القول باستقلال الاب - ترجحان على تلك الروايات

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

المقدح ٨ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٢ من أبواب عقد النكاح واولياء

المقدح ١٠ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

المقدح ٢ .

مع كثرتها وحينئذ فلا بد من حمل تلك على التقيّة أو عدم استقلال
 البكر في الزواج واشتراط انضمام اذن الاب إلى رضاها .
 ثم لو فرضنا عدم رجحان هاتين الروايتين على ما دل على استقلال
 الاب والتزمنا بتساقطها جميعاً نتيجة المعارضة فلا يخفى ان مقتضى
 الاصل هو عدم نفوذ تصرف احد بالنسبة إلى غيره ، وعليه فلا بد
 من اعتبار رضاها معاً ، اما رضا الاب فلما دل عليه من غير معارض
 وأما رضاها فللقاعدة والاصل .

والحاصل : ان الروايات التي استدلت بها على استقلال الاب على
 طوائف ثلاث : -

الاولى : ما تدل على اعتبار رضا الاب فقط ومن دون تعرض
 لاعتبار رضاها نفياً أو اثباتاً وهذه الطائفة لا يمكنها معارضة المعترتين
 المتقدمتين - معتبرة منصور بن حازم ومعتبرة صفوان - لامكان الجمع
 بينهما بالقول باشتراكهما في الامر واعتبار رضاها معاً .

الثانية : ما تعارض المعترتين السابقتين بالاطلاق وهي ما تضمنت
 نفي الامر عنها وانه ليس لها مع ابيها امر فانه اعم من نفي استقلالها
 في الامر ونفي مشاركتها فيه ، وهي أيضاً قابلة للجمع مع المعترتين
 بالالتزام باشتراكهما في الامر وتقييد اطلاق هذه النصوص ، ولا يبعد
 دعوى ظهور بعض هذه الروايات في نفي استقلالها كما يظهر ذلك من
 مقابلتها للشيب التي لها الامر كله وتنصرف في نفسها بما شاءت مستقلة .

الثالثة : ما دلت على استقلال الاب صريحاً كصحيفة الحلبي الدالة
 على جواز انكاحه لها وان كانت هي كارهة ، وهذه الطائفة وان
 كانت تعارض المعترتين المتقدمتين ، إلا انها ليست من الكثرة بحيث
 يقطع بصدورها منهم (ع) .

واستقلالها (١)

ومن هنا فنقدم هاتان المعتبرتان على هذه الطائفة نظراً لموافقتهما للكتاب والسنة ومخالفتهما للمشهور من العامة .

ونتيجة ذلك اشتراك البنت وابيها في الامر وهدم استقلال كل منهما فيه نظراً للطائفة الاولى وللثانية الدالتين على اعتبار اذن الاب ، والمعتبرتين الظاهرتين في الاشتراك - كما يظهر ذلك من التعبير بالحفظ والنصيب - والصريحيتين في اعتبار اذنها .

(١) على ما هو المشهور والمعروف بين القدماء والمتأخرين ، بل ادعي عليه الاجماع في كلمات السهيد المرتضى . ويقترضه من الادلة العامة اطلاقات الآيات والنصوص الواردة في النكاح فان العقد انما هو الصيغة التي تقع بين الرجل والمرأة فيجب الوفاء به سواء أرضي الاب أو الجدا لم يرضيا بذلك ، كما يقترضه اطلاق قوله تعالى : (واحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك اطلاق ما دل على جواز نكاح المرأة بعد انقضاء عدتها فان مقتضاه عدم اعتبار اذن الولي من غير فرق في ذلك بين البكر والثيب ، وما ورد في معتبرة ميسرة من جواز الزوج من المرأة التي تدعي خلوها من البعل (١) .

فهذه الاطلاقات وغيرها تقتضي استقلال البنت مطلقاً في امرها بحيث لو كنا نحن وهذه الآيات والنصوص ولم يكن هناك نص خاص يقتضي الخلاف لكان القول باستقلالها هو المتعين .

وأما النصوص الخاصة فقد استدل بجملة منها على استقلال البكر في امرها .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

إلا ان هذه النصوص لا تخلو باجمعها من الضعف في الدلالة أو السند .

منها : صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر (ع) : (قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز) (١) . فان المراد بالمولى عليها هي من لها ولي عن غير النكاح قطعاً ، إذ لو كان المراد به الولاية في النكاح لكان الحمل ضرورياً ولم تكن هناك حاجة إلى بيانه فان من لا ولاية عليه في للنكاح نكاحه جائز بغير اذن الولي .

إلا ان المناقشة في الاستدلال بهذه الصحيحة تكاد ان تكون واضحة فان الموضوع فيها هي الجارية وهي اعم من البكر والشيب ، ومن هنا فلا تكون هذه الصحيحة صريحة في المدعى ومن النصوص الخاصة للمقام ، وانما هي مطلقة فيكون حالها حال الآيات والنصوص المتقدمة لا تصلح لمعارضة ما دل على اعتبار اذن الولي - لو تمت دلالة وسنداً - .

ومنها : رواية زرارة عن أبي جعفر (ع) : (قال : إذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بامر وليها) .

إلا انها مطلقة كالصحيحة المتقدمة فحالها حالها . هذا وقد يقال بانها ضعيفة سنداً من جهة جهالة طريق الشيخ إلى علي بن اسماعيل . ولكنه لا يتم فان طريق الصدوق إليه صحيح وطريق الشيخ إلى

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء

العقد ح ١ .

كتب الصدوق وروايته صحيح فيكون طريق الشيخ اليه صحيحاً
لا محالة .

نعم الرواية ضعيفة لعدم توثيق علي بن ابراهيم الميثمي نفسه كما تقدم .
ومنها : رواية سعدان بن مسلم قال : (قال أبو عبدالله (ع) :
لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن وليها) (١) .
وهي وان كانت صريحة دلالة ، إلا انها ضعيفة لكن لا من جهة
ان سعدان لم يرد فيه توثيق - كما افاده صاحب الحدائق (قدّه) -
فانه ممن وقع في اسناد كامل الزيارات وتفسير علي بن ابراهيم وقد
عرفت ان المختار هو وثيقة كل من يقع في اسناد هذين للكتابين ،
وانما من جهة ان هذه الرواية قد رويت بطريقتين : -

الاول : ما رواه الشيخ (قدّه) باسناده عن محمد بن علي بن محبوب
عن العباس - وهو العباس بن معروف - عن سعدان بن مسلم عن
أبي عبد الله (ع) .

الثاني : ما رواه الشيخ (قدّه) باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى
عن العباس بن معروف عن سعدان بن مسلم عن رجل عن أبي عبدالله (ع) (٢) .
وحيث ان من المقطوع به ان للنص رواية واحدة وان سعدان لم
يروها للعباس بن معروف مرة عن الامام (ع) مباشرة واخرى عن
رجل عنه (ع) ، وكذا الحال بالنسبة إلى العباس بالقياس إلى
محمد بن علي بن محبوب ومحمد بن احمد بن يحيى ، كانت هذه الرواية غير
محزنة السند لعدم احراز كونها مسندة لا مرسله فتسقط عن الحجية لا محالة .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

للعقد ح ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨ .

على اننا لو فرضنا تمامية هذه الرواية سنداً ، فهي رواية شاذة لا يمكنها معارضة الاخبار الكثيرة جداً بحيث تكاد تبلغ حد التواتر الدالة على اعتبار رضا الاب في الجملة - استملاً أو اشتراكاً - للعزم بصدورها ولو بعضاً منهم (ع) .

ومنها : معتبرة أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) : (قال : الجارية البكر التي لها الاب لا تزوج إلا باذن ابها ، وقال : إذا كانت مالكة لامرها تزوجت متى ما شاءت) (١) بدعوى حمل الجملة الاولى على الصغيرة والثانية على البالغة الرشيدة .

إلا ان في الاستدلال بها ما لا يخفى فان الموضوع فيها ليس هو الجارية فقط ومن غير قيد ، وانما هو الجارية البكر وهو مما يكشف عن وجود خصوصية للبكار ، ومن هنا فلا يمكن حمل الجملة الاولى على خصوص الصغيرة وحمل الجملة الثانية على البالغة لانه يستلزم لغاى خصوصية البكار باعتبار ان امر للصبية بيد ابها سواء أكانت باكراً ام ثيباً .

وعلى هذا الاساس فلا بد من حمل الجملة الثانية اما على فرض موت الاب أو ثوب البنت بعد ذلك .

ومنها : معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) : (قال : تزوج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لامرها ، فان شاءت جعلت ولياً) (٢) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٨ .

والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الاول دون الثاني (١) ،

وفيهما : انه لو سلمنا صحة حمل قوله (ع) : (مالكة لامرها) على البالغة ، فدالاتها على المدعى انها هي بالاطلاق ، ومن هنا فيكون حالها حال الاخبار المطلقة المتقدمة انها يصح الاستدلال بها لو لم يثبت مخصص .

هذه هي الاخبار التي يمكن الاستدلال بها على المدعى ، وقد عرفت انها جميعاً لا تخلو من الضعف في الدلالة أو السند أو هما معاً . نعم هي موافقة للكتاب وعمومات السنة حيث قد عرفت ان مقتضاها نفوذ العقد مطلقاً وعدم ثبوت سلطنة لاحد على غيره . إلا ان ذلك لا يكفي في المصير إلى هذا القول لو ثبت هناك ما يدل على سائر الاقوال .

وقد ظهر لك الحال فيما تقدم في التعليقة السابقة وسنزيد ذلك وضوحاً فيما يأتي انشاء الله .

(١) تمسكاً باطلاقات ادلة النكاح المنقطع ، بعد فرض انصراف مادل على اعتبار رضا الاب إلى العقد الدائم .

وفيه : ما لا يخفى ، فان دعوى الانصراف في غير محلها ، فان المنفعة نوع وقسم من النكاح يجري عليها جميع الاحكام الثابتة لعنوان الزواج كحرمة الام أو البنت في فرض الدخول وحرمتها هي بالزنا بها وهي ذات البعل أو الزوج بها في اثناء العدة مع الدخول أو العلم بالحال .

على انه لو سلم ذلك ففي المقام معتبران تدلان على اعتبار اذن

الاب في خصوص المتعة وهما : -

اولاً : صحيحة البرنطي عن الرضا (ع) : (قال ا البكر لا تزوج متعة إلا باذن ابها) (١) .

ثانياً : صحيحة أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) : (قال : العذراء التي لها اب لا تزوج متعة إلا باذن ابها) (٢) .

ومن هنا : يكون حكم المتعة حكم الزواج الدائم في اعتبار رضا الاب .

نعم في خصوص المتعة دلت روايتان على جوازها من غير اذن

الاب فيما إذا اشترط عدم الدخول وهما : -

اولاً : رواية الحلبي قال : (سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين ابوها بلا اذن ابوها ، قال : لأبأس ما لم يقتض ما هناك لتعتف بذلك) (٣) .

ثانياً : رواية أبي سعيد القمط عن رواه قال : (قلت لأبي

عبد الله (ع) : جارية بكر بين ابوها تدعوني إلى نفسها سرّاً من

ابوها افعل ذلك ؟ قال : نعم اتق موضع الفرج ، قال : قلت :

وان رضيت بذلك ، قال : وان رضيت فإنه عار على الابكار) (٤) .

وهاتان الروايتان لو تمتا سنداً فلا محيص عن الالتزام بمضمونهما

لعدم المعارض لهما وبذلك فتكونان مخصصتين لما دل على اعتبار

اذن الاب في تزويج البكر .

إلا انهما ضعيفتان سنداً ولا تصلحان للاعتقاد عليهما ، وذلك اما

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ١٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٩ .

(٤) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨ .

والتشريك بمعنى : اعتبار اذنيها معاً (١) والمسألة مشكلة ، فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستيذان منها .

الدانية فلوقوع محمد بن سنان في الطريق مضافاً إلى ارسالها . وأما الأولى فقد ذكرها (الشيخ باسناده عن أبي سعيد) وقد ذكر (قده) في الفهرست ان أبا سعيد له كتاب الطهارة ثم ذكر طريقه إليه ، غير انه لم يذكر انه من هو بالذات ، ومن هنا فتكون الرواية ضعيفة من حيث جهالة أبي سعيد ، على ان طريقه (قده) إليه ضعيف بأبي المفضل ثم او فرضنا ان المراد بأبي سعيد هو أبو سعيد القمط فلم يعلم طريق الشيخ (قده) إليه وذلك لان المعروف من أبي سعيد هو خالد بن سعيد القمط وهو وان كان من الثقات إلا ان الشيخ (قده) لم يذكر طريقه إليه بعنوانه - ولعله غفلة منه (قده) - وانما ذكر طريقه إلى أبي سعيد وقد عرفت ضعفه .

(١) هذا القول هو المتعين في المقام لما فيه من الجمع بين للنصوص للواردة ، ولخصوص ظهور قوله (ع) في معتبرة صفوان : (فان لها في نفسها نصيباً) أو (فان لها في نفسها حظاً) فانها ظاهران في عدم استقلالها وكون بعض الأمر خاصة لها .

هذا كله مضافاً إلى صحيحة زرارة بن اعين قال : (سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لا ينتقض النكاح إلا الاب) (١) ، وصحيحة

(١) الوسائل ؛ ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء

محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : قال : لا ينقض النكاح إلا الأب (١).
فانه وبعد الالتفات إلى انه انما يكون بالنسبة إلى الامر المبرم ،
وان المقصود من العقد المبرم في المقام لا يمكن ان يكون العقد الصحيح
بالفعل لانه غير قابل للنقض مطلقاً إذ ليس لاحد الخيار في فسخ
النكاح الصحيح جزماً واجمأً من المسلمين قطبة ، لا بد من الحمل
على الابرام الشاني والصحة التأهلية أي ما يكون صادراً من اهله وواقعاً
في محله بحيث له قابلية الاتمام والصحة عند استكمال سائر الشروط المعتمدة.
واستعمال الابرام في هذا المعنى ثابت في غير هذا المورد أيضاً فقد
ورد في أبواب الصلاة ان من اجهر في موضع الاخفات أو اخفت
في موضع الجهر فقد نقض صلاته ، فان من الواضح انه ليس المقصود
بذلك هو نقض الصلاة المحكومة بالصحة بالفعل .

وعلى هذا الاماس تدل هاتان المعتبرتان على اشتراك الامر في
التزويج بين البنت وايها لانحصار موردهما في تزوج البكر بغير اذن
ايها وذلك لان الثيب ليس لايها نقض عقدها مطلقاً وعقد للصبيبة
محكوم بالبطلان وان اذن الأب ، فان العقد محكوم بالصحة حينئذ
لأنه صادر من اهله وواقع في محله غاية الامر ان الصحة هذه شأنية
وتأهلية متوقفة على رضا الأب ، فان رضي به صحح بالفعل ، وإلا
انقضت الصحة الشأنية أيضاً .

ثم ان مما يدلنا على ان المراد بالنقض في هاتين المعتبرتين هو
ما يقابل الابرام الشاني لا الابرام الحقيقي اطلاقهما الشامل للولد والبنت
البكر والثيب ، إذ لو كان المراد به الثاني لكان مقتضاه ان للاب ان

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح واولايباء

ينقض كل عقد صحيح وتام صادر من ابنه أو بنته البكر والثيب وهو مقطوع البطلان ولا موجب لحملها على خصوص البكر إذ لا قربنة تساعد عليه ، وهذا بخلاف ما لو كان المراد به الاول فانها حينئذ تختصان بالبكر ولا تعان الولد والثيب لكون عقدهما محكوماً بالصحة والايام الفعلين .

والحاصل : ان الصحيح في الاستدلال على الاشتراك هو التمسك بهاتين الصحيحتين المتضمنتين لحق الأب في نقض العقد ، وموثقة صلوان : وأما صحيحة منصور بن حازم فلا تصلح للاستدلال بها على المدعى لكونها مطلقة فتقيد بقوله (ع) في صحيحة محمد بن مسلم : (يستأمرها كل احد عدا الأب) .

ثم ان المعروف والمشهور بينهم عدم اختصاص الولاية على البنت الهاكر بالأب وثبوتها للجد أيضاً وعلى هذا الاساس حكوا بصحة عقدها لو اذن الجد في ذلك ، غير ان بعضهم ذهب إلى اختصاصها بالأب فقط وعدم ثبوتها للجد .

وكان الوجه في ذلك عدم ورود ذكر للجد في شيء من روايات المقام على اختلاف السننها عدا ما ورد في نسخة من التهذيب من اضافته إلى ذيل قوله (ع) : (لا ينقض النكاح إلا الأب) في صحيحة زرارة بن اعين المتقدمة ، إلا انها نسخة لم تثبت .

لكن الظاهر ان الصحيح هو ما ذهب اليه المشهور ، إذ لا يبعد دعوى ان المراد بالأب ما يعم الأب بلا واسطة والأب مع الواسطة . والذي يدلنا على ذلك جملة من الروايات المعتمدة الدالة على ثبوت الولاية للجد في كل مورد اثبتت للاب معللاً ذلك بان فعل الجد نافذ على الاب ، وبذلك تكون حاكمة على ادلة اعتبار اذن الاب في نكاح

ولو تزوجت من دون اذن الأب أو زوجها الأب من دون اذنها وجب (١) اما اجازة الآخر أو للفراق بالطلاق

البكر ، وهي كثيرة :

منها ١ معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (ع) ١ (قال ١ إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، قال : ولابنة أيضاً ان يزوجها ، فان هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد اولى بنكاحها (١) . فانها وباطلاقها تشمل الصغيرة والكبيرة البكر .

ومنها ١ صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن رجل اتاه رجلاً يخطبان ابنته فهوى ان يزوج احدهما وهوى أبوه الآخر أيها احق ان ينكح ؟ قال ١ الذي هوى للجد احق بالجارية لانها واباما للجد) (٢) .

ومنها ١ معتبرة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع) ١ (قال : ان الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز) (٣) .

ومقتضى اطلاقها وان كان الجواز على الاطلاق إلا انها وبقرينة الروايات السابقة تحمل على الجواز على الاب خاصة .

وهي باطلاقها نعم الصغيرة والكبيرة البكر .

(١) احتياطاً ، فراراً من الوقوع في الحرام .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ٨ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ح ٤ .

نعم إذا عضلها الولي أي : منعها من التزويج بالكفو ، سقط اعتبار اذنه (١) .

(١) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، بل ادعي عليه الاجماع في كلمات غير واحد ، وقد يستدل له بقوله تعالى : (فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف) (١) .
إلا ان فساده اوضح من ان يخفى فان الموضوع في هذه الآية الكريمة انها هي المطلقات المدخول بهن كما يشهد لذلك قوله تعالى في صدرها : (وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن) .
ومن هنا فتكون الآية الكريمة اجنبية عن محل كلامنا بالكلية ، فان موضوعها عدم جواز منع المطلقة المدخول بها من التزوج بغير زوجها الاول أو الرجوع اليه بعد العدة واین هذا من عدم ثبوت الولاية للأب على ابنته البكر في فرض عضلها ومنعها من التزويج بالكفو . فالصحيح في الاستدلال هو التمسك :

اولاً : بمناسبة الحكم والموضوع فان الاستفادة من جملة من النصوص ان ولاية الاب ثابتة لها لاهليها ومن الواضح ان هذا انما يقتضي النظر في امرها ومراعاة مصلحتها في كل ما يقوم به لها .
ثانياً : ماورد في المرأة إذا طلقها زوجها طلاقاً صحيحاً على وفق مذهبه وباطلاً عندها كتطليقها ثلاثاً من جواز تزوج الغير لها معللاً ذلك بانها لا تبقى معطلة ولا تترك بلا زوج ، حيث يعلم من هذا التعليل عدم ثبوت الولاية للأب بمعنى منعها من التزويج بالمرأة

واما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً (١)

باعتبار ان المرأة لا تبقى معطلة ولا تترك بلا زوج .

ثالثاً : صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (ع) ان رسول الله (ص) قال لرجل : انت ومالك لايبك ثم قال أبو جعفر (ع) ما احب ان يأخذ من مال ابنته إلا ما احتاج اليه مما لا يبد منه ان الله لا يحب الفساد (١) . فان تحديد ولاية الاب إذا ثبت في المال ثبت في العرض بطريق اولي فلا يكون للاب منعها عن التزويج بالمرأة لأنه فيه الفساد والله لا يحب الفساد .

رابعاً : دليل في الحرج - إذا فرضنا ان في بقائها كذلك حرجاً - فان هذا الدليل يرفع في هذه الحالة اعتبار اذن الاب والجد على نحو الاستقلال أو الاشتراك .

وتقريب ذلك : ان المستفاد من اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الشريفة ان امر الزواج انما هو بيد المرأة نفسها ومن دون ان يكون للاب أو الجد دخل فيه ، وقد رفعنا اليد عن ذلك لما دل على اعتبار رضاهما فان هذه النصوص تقيد تلك الاطلاقات لاحالة ، لكن هذه النصوص لما كانت هي نفسها مقيدة بغير فرض الحرج لدليل نفي الحرج كان المقيد للمطلقات هو خصوص ما لم يكن اعتبار اذنه حرجياً : (١) والمراد به هو من ورد النهي عن التزويج بهم ولو بنحو الكراهة كشارب الخمر وتارك الصلاة والمتجاهر بالفسق ، وليس المراد به من يفقد الكفاءة المعتبرة شرعاً في صحة النكاح كالاسلام إذا كانت المرأة مسلمة ، إذ انها لا يبد منها وبدونها يحكم ببطلان

فلا يكون عضلاً (١) . بل وكذا لو منعها من التزويج
 بغير الكفو عرفاً (٢) ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم
 وان كان كفواً شرعياً . وكذا لو منعها من التزويج بكفو
 معين مع وجود كفو آخر (٣) وكذا يسقط اعتبار اذنه
 اذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها الى التزويج (٤)
 (مسألة ٢) : إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء - من
 وثبة ونحوها - فحكمها حكم البكر (٥) ،

العقد سواء اذن الاب ام لم يأذن كانت البنت بكراً ام ثيباً .
 وليس هذا الفرض محلاً للخلاف من حيث كونه عضلاً وعدمه
 وسقوط ولاية الاب والعقد وعدمه .

(١) لشمول ادلة الولاية باطلاقها لهذا الفرض أيضاً .
 (٢) لاطلاقات ادلة اعتبار اذن الاب وولايته ، وعدم ما يقتضي الخلاف .
 (٣) لشمول اطلاق ادلة اعتبار اذنه لهذه الصورة أيضاً .
 (٤) بلا خلاف فيه ويقتضيه ما دل على سقوط ولاية الاب عند
 العضل فانه بحكمه .

(٥) محتملات المراد بالبكارة ثلاثة ؛ -

الاول ؛ - من لم تذهب عذرتها

الثاني ؛ من لم تزوج .

الثالث ؛ من لم يدخل بها .

والروايات الواردة في المقام على كثرتها لم تتعرض الى معنى البكر
 والشهب بهذين العنوانين والذي يظهر من اللغة ويساعد عليه العرف

واما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه اشكال (١) ولا يبعد

ان البكر هي التي لم يدخل بها ، وهو المستفاد من قوله تعالى : (اذا
انشأناهن انشاءً فجعلناهن ابكاراً) (١) بضميمة قوله تعالى : (فيهن
قاصرات الطرف لم يطمثهن اذن قبلهم ولا جان) (٢) .
فان من الواضح ان الآية الثانية ناظرة للاولى وبصدد تفسير ما ورد
فيها من وصف حور العجنة بالابكار - كما يظهر ذلك جلياً من الآيات
المتقدمة والمتأخرة عن الآيتين المذكورين - .

هذا كله مضافاً إلى صراحة صحيحة علي بن جعفر عن أخيه
موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن الرجل هل يصلح له ان
يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ليس يكون للولد امر إلا ان تكون
امراً قد دخل بها قبل ذلك ، فتلك لا يجوز نكاحها إلا ان تستأمر) (٣)
في ان المرأة التي لا تحتاج إلى اذن ابيها في صحة النكاح انها هي التي دخل
بها : ومن هنا فتكون هذه الرواية شارحة للنصوص الكثيرة الدالة
على احتياج البكر إلى اذن ابيها في نكاحها .

وعلى هذا الاساس يظهر صحة ما افاده المائنان (قده) من ان
البكارة إذا ذهب بغير الوطاء ، فتحكمها حكم البكر .

(١) بعدما عرفت ان المراد بالبكر هي من لم يدخل بها يقع

(١) الواقعة : ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) الرحمن : ٥٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واوليائه

الكلام في انه هل لا يعتبر اذن الاب في نكاح مطلق الثيب أو انه يختص بالتي دخل بها دخولاً شرعياً صحيحاً؟ مقتضى اطلاق صحیحة علي بن جعفر المتقدمة هو الاول ، فانه (ع) لم يعتبر في اعتبار استئثار المرأة إلا الدخول بها من غير تعرض لاعتبار كون ذلك عن زواج صحیح .

إلا ان هناك عدة روايات قد يستدل بها على الثاني :

منها : صحیحة الحلبي عن ابي عبدالله (ع) انه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها ؛ (قال : هي املك بنفسها تولى امرها من شاءت إذا كان كفواً بعد ان يكون قد نكحت رجلاً قبله) (١) .

ومنها : رواية عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال ؛ (سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الثيب تخطب إلى نفسها ؟ قال ؛ نعم هي املك بنفسها تولى امرها من شاءت إذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله (٢) وغيرهما من الاخبار .

إلا ان الاخبار الواردة بهذا المضمون جميعاً باستثناء صحیحة الحلبي ضعيفة الاسناد فان رواية عبد الرحمن بن أبي عبدالله ضعيفة بالقاسم الذي يروي عن ابان فانه مشترك بين الثقة وغيره ؛ وأما صحیحة الحلبي فهي قاصرة من حيث الدلالة ، فانه (ع) ليس بصدد بيان القضية الشرطية وان النكاح معتبر في كونها املك بنفسها وانما هو (ع) بصدد تكرار الموضوع المسؤول عنه - اعني

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ح ١٢ .

اللاحق بدعوى ان المتبادر من البكر من لم تزوج (١) وعليه فاذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل ان يدخل بها لا يلحقها حكم البكر (٢) ومراعاة الاحتياط اولى .
(مسألة ٣) : لا يشترط في ولاية الجمد حياة الاب ولا موته (٣)

الثيب - بلسان ذكر الوصف الغالب ، باعتبار ان للثيبوبة غالباً ما تكون بالنكاح ، فيكون المعنى ان المرأة املك بنفسها إذا كانت ثيبة ، ومن هنا فلا تكون للرواية دلالة في تقييد الثيبوبة بالتي زالت عدرتها بالدخول بها بالنكاح الصحيح ، بل التقييد بعد الروايات المطلقة وتصريح صحبحة علي بن جعفر باعتبار الدخول خاصة بعيد جداً .

(١) ما افاده (قده) مذكور في رواية واحدة خاصة هي رواية ابراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله (ع) : (قال : إذا كانت الحاربة بين ابويها فليس لها مع ابويها امر وإذا كانت قد تزوجت لم زوجها إلا برضا منها) (١) .

إلا انها مضافاً إلى ضعف سندها بابراهيم بن ميمون - مطلقة لا تصلح لمعارضة صحبحة علي بن جعفر المتقدمة ، بل المتعين رفع الهد عن اطلاقها وحملها على الغالب في الزواج حيث يستتبع الدخول بها .
(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم .

(٣) لاطلاقات الادلة الدالة على ولاية الجمد في النكاح ، فاليها

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء

وان كان موردها جميعاً فرض وجود الاب ، إلا ان المتفاهم العرفي منها ثبوت الولاية لكل من الاب والجد على نحو الاطلاق ومن دون تقييد ولاية كل منهما بفرض وجود الآخر أو عدمه ، فان مجرد فرض وجود الاب لا يوجب تقييداً في اطلاق جعل الولاية له .

فقي صحیحة محمد بن مسلم عن احدهما (ع) : (قال : إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، ولابنه أيضاً ان يزوجه ، فقلت : فان هوى ابوها رجلاً وجمها رجلاً فقال : الجد اولى بنكاحها) (١) . ومن الواضح ان مقتضى اطلاقها كون ولاية الجد مطلقة وغير مقيدة بوجود الاب ، وان فرض ذلك في فرض وجوده . ومثلها معتبرة عبيد بن زرارة المتقدمة (٢) فان الاستفادة منها ثبوت الولاية للجد على حد ثبوتها للاب بل كونها اقوى من ولاية الاب . ولعل الاوضح منها دلالة صحیحة علي بن جعفر المتقدمة أيضاً (٣) المتضمنة لعليل الحكم بكون انكاح الجد للبتت مقدماً على انكاح الاب بقوله : (لانها واباها للجد) إذ من الواضح انه ليس المراد كون مجموعهما بما هو مجموع للجد ، وانما المراد كون كل منهما على حدة ومستقلاً له ، ومقتضى هذا ثبوت الولاية المطلقة للجد على البنت سواء أكان الاب موجوداً ام كان ميتاً .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ٧ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ٨ .

والقول بتوقف ولايته على بقاء الاب - كما اختاره جماعة -
ضعيف (١) .

ثم انه قد يتمسك لاثبات الحكم بالمقام بالاستصحاب بدعوى ان
الولاية كانت ثابتة للجد في حياة الاب فعند الشك في ثبوتها بعده
يستصحب بقاؤها :

الا انه مدفوع بما تقدم غير مرة من عدم جريان الاستصحاب في
الاحكام الكلية .

على انه لا يتم إلا فيما إذا كانت هناك حالة سابقة متينة فلا يتم
في مثل ما لو كانت البنت حين موت ابيها حاملاً في بطن امها .

(١) نسب القول به إلى جملة من الاصحاب ، واستدل عليه بصحيفة
الفضل بن عبد الملك المتقدمة عن أبي عبد الله (ع) : (قال :
ان الجدة إذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً وكان الجدة مرضياً جازاً) (١)
فان مقتضى مفهوم الشرط عدم ثبوت الولاية له عند عدم الاب ،
وإلا لكان الشرط لغواً .

الا ان للمناقشة في ذلك مجالاً ، فان الظاهر عدم ثبوت المفهوم
لهذا الشرط وذلك لان المصرح به في جملة من الروايات المعتبرة ان
المراد بالجواز في المقام هو الجواز على الاب بمعنى : انه ليس له
معارضة الجدة ونقض انكاحه لها .

ومن هنا : يكون ذكر الشرطية في هذه الصحيفة من قبيل القضايا
التي تساق لبيان وجود الموضوع ، فانه إذا لم يكن الاب موجوداً

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

واضعف منه القول بتوقفها على موته (١) - كما اختاره بعض العامة - .

(مسألة ٤) : لأخيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها ، بل هو لازم عليها (٢) ،

لم يكن موضوع لمعارضة الجد ، وكون ولاية الجد نافذاً في حقه . وإذا لم يكن للشرطية مفهوم كانت المطلقات سالمة عن المعارض والمقيد .
اذن : فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه المشهور واختاره الماتن (قدّه) من ثبوت الولاية للجد مطلقاً .

(١) فإنه باطل جزماً ، لدلالة جملة كبيرة من النصوص على ثبوت الولاية له في حياة الأب ، بل وكون ولايته أقوى من ولاية الأب ولذا يتقدم انكاحه على انكاح الأب ما لم يكن انكاح الأب اسبق زماناً من انكاحه .
(٢) وبقضيه - مضافاً إلى اطلاقات ما دل على نفوذ عقد الاب والجد - خصوص صحيحه عبد الله بن الصلت قال : (سألت أبا عبد الله (ع) : عن الجارية الصغيرة يزوجه ابوها ، لها امر إذا بلغت ؟ قال : لا ، ليس لها مع أبيها امر) (١) ،

وصحيحه علي بن يقطين قال : (سألت أبا الحسن (ع) : تزوج الجارية وهي بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام وهو ابن ثلاث سنين وما ادنى حد ذلك الذي يزوجان فيه ، فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها ؟ قال : لا بأس بذلك إذا رضي ابوها أو وليها) (٢)

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء

للعقد ، ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ٧ .

إلى غيرهما من النصوص التي تكاد تبلغ حد التظافر .

إلا ان بازائها روايتين : -

الاولى : رواية يزيد الكناسي قال : (قلت لأبي جعفر (ع) : متى يجوز للاب ان يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال : إذا جازت تسم سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسم سنين) (١) .

إلا ان هذه الرواية لا يمكن العمل بها من جهة بُعد التفصيل المذكور فيها فانه لا يحتمل ثبوت الخيار لتي زوجها الاب قبل تسم سنين وعدم ثبوته لتي زوجها بعد ذلك مع معارضتها للنصوص الكثيرة الدالة على نفوذ انكاح الاب وانه ليس لها من الامر شيء .

وفي مقام حل المعارضة لا ينبغي الشك في تقدم تلك عليها ، على انها ضعيفة السند فان المذكور في نسخ الوسائل بريد الكناسي وهو ضعيف والمذكور في نسخ التهذيب والاستبصار وان كان يزيد الكناسي إلا انه لم يثبت توثيقه أيضاً ، وذلك لان النجاشي (قده) ذكر يزيد أبا خالد القمط ووصفه بانه كوفي ووثقه ، والشيخ (قده) ذكر يزيد الكناسي في كتابه الرجال وافاد انه ينتسب إلى كناسة محلة في الكوفة ، من دون ان يذكر له توثيقاً ، لكنه (قده) لم يتعرض للذكر يزيد أبي خالد القمط لافي الفهرست ولا في الرجال ، وهو مما يوجب الاطمئنان بان يزيد الكناسي هو يزيد أبو خالد القمط ، وحينئذ فينتفع توثيق النجاشي ليزيد أبي خالد القمط في اثبات وثاقة يزيد الكناسي غير ان ذلك معارض بان البرقي للذي هو اقدم من الشيخ واعرف منه بالرجال لقرب عهده إلى الرواة ذكر العنوانين معاً فقد ترجم

(١) الوسائل ج ١٤ باء ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد ، ح ٩ .

يزيد الكناسي ويزيد أبا خالد القباط كلاً على حدة ، وهو انما يكشف عن عدم اتحاد الرجلين : وعلى هذا الاساس فلا تنفع وثيقة يزيد أبي خالد القباط في اثبات وثيقة يزيد الكناسي .

وعليه فتكون الرواية ماقطة عن الاعتبار سنداً .

الثانية : صحيحة مجد بن مسلم قال : (سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يزوج الصبية ، قال : ان كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخهار إذا ادركا) (١) .

وهي كما ترى واضحة للدلالة بل صريحة للدلالة في عدم لزوم العقد الصادر من الولي ، وثبوت الخيار لها بعد البلوغ فان حمل الخيار على الطلاق - كما افاده الشيخ (قدس) - بعيد غايته ، ولا وجه للمصير اليه :

ومن هنا فهي صالحة لتقييد ما تقدم من النصوص الدالة على نفوذ عقد الاب أو الجد بغير هذا الفرض اعني ما لو كان كل من الزوجين صغيراً . الا انه لم يعلم قائل به من فقهاثنا ، وعليه فان تم اجماع على عدم ثبوت الخيار لها فهو وبه يتعين رفع اليد عن هذه الصحيحة ورد علمها إلى اهله ، وإلا فيتعين العمل بها حيث قد عرفت مراراً ان اعراض المشهور عن الرواية المعبرة لا يوجب وهنها وسقوطها عن الحجية .

وحينئذ فلا اقل من الالتزام بالاحتياط بالطلاق عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء

وكذا للصغير على الاقوى (١) .

(١) وهو المشهور والمعروف بين الاصحاب ، ويدل عليه جملة من النصوص المعتبرة كصحيفة الحلبي قال : (قلت لأبي عبدالله (ع) الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : اما تزويجه فهو صحيح ، واما طلاقه فهنبغي ان نحبس امرأته حتى يدرك . . .) (١) ، وصحيفة عبيد بن زرارة قال : (سألت أبا عبد الله (ع) : عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال : ان كان لابنه مال فعليه المهر وان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر ضمن أو لم يضمن) (٢) فان تفصيله (ع) في المهر دال على المفروضية عن صحة النكاح ، وصحيفة الفضل بن الملك قال : (سألت أبا عبدالله (ع) : عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال : لا بأس) (٣) وغيرها من النصوص المعتبرة ، فان مقتضى اطلاق الصحيفة في هذه النصوص هو النفوذ حتى بعد بلوغ الطفل وفسخه للمقد :

ودعوى : ان الصحة لا تنافي عدم اللزوم وثبوت الخيار نظراً إلى ان موضوع الخيار هو العقد المحكوم بالصحة إذ لا مجال للبحث عن الخيار في العقد المحكوم بالبطلان .

مدفوعة : بان موضوع الخيار انما هو نفس الصحة ، وعدم الخيار مستفاد من اطلاقها لا منها بنفسها فلا يكون هناك أي محذور .

(١) الوسائل ج ٢٧ باب ١١ من أبواب ميراث الازواج ، ح ٤ :

(٢) الوسائل ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهر ، ح ١ .

(٣) الوسائل ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهور ، ح ٢ .

والقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف .

ثم ان هذه النصوص وان كانت باجمها واردة في الاب ، إلا انه لا بد من التعدي إلى الجد وذلك لما ذكرناه في اثبات الولاية للجد على البنت الباكر فان تلك الوجوه تأتي بعينها في المقام .

(١) نسب هذا القول إلى الشيخ وابن البراج وابن حزة وابن ادريس (قد هم) وذكر في وجهه - مضافاً إلى التمسك بصحيفة محمد بن مسلم وخبر يزيد الكناسي المتقدمين - ان الحال في الابن يختلف عن البنت من حيث احتمال تطرق الضرر عليها ، فان الابن يجب عليه بدل المهر والنفقة دون مقابل بخلاف البنت حيث انها تأخذها دون ان تخسر شيئاً ، ومن هنا لا بد من جعل الخيار لابن لسكي يتمكن من دفع الضرر عن نفسه دون البنت حيث انها ليست بحاجة اليه .

وفيه : ان ما ذكره لا يرجع إلى محصل فانه وجه اعتياري صرف لا يمكن اثبات الحكم الشرعي به ، على ان النكاح وان كان من الامور الاعتبارية إلا انه اشبه الامور بالمعاوضة ، ومن هنا فلا يكون بدل الرجل للمهر والنفقة بازاء لا شيء فانه انما يملك الزوجية بازاء ما يبذله كما ان المرأة لا تحصل عليها بازاء لا شيء فانها انما تفقد حريتها وتكون تحت سيطرة الغير وفي حيالته بازاء ما تقبضه ، فكل منهما يحصل على شيء ويفقد بازائه شيئاً .

وعليه فان كان في المقام خيار وجب ان يشبث لهما وان لم يكن فهو غير ثابت لهما أيضاً .

وأما خبر يزيد الكناسي فقد عرفت الحال فيه فلا نعيد .

نعم صحيفة محمد بن مسلم دالة على ثبوت الخيار وبذلك تكون مقهدة

وكذا لا خيار للمجنون بعد افاقته (١) .
(مسألة ٥) : يشترط في صحة تزويج الاب والجد
ونفوذه عدم المفسدة (٢) . والا يكون العقد فضولياً

لما تقدم من المطلقات .
إلا انها وكما عرفت تختص بما إذا كان الزوجان معاً صغيرين فلا
تشمل ما لو زوج الاب الصغير من المرأة البالغة .
(١) يظهر الحال فيه مما تقدم ، فان مقتضى اطلاق صحة العقد
المصادر من وليه ونفوذه هو عدم ثبوت الخيار له بعد افاقته .
(٢) اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلى احد :
وبدلنا عليه - مضافاً إلى عموم صحیحة أبي حمزة الثمالي المتقدمة
المتضمنة لقوله تعالى : (ان الله لا يحب الفساد) حيث ان مقتضاه
عدم الفرق بين المال والنكاح ، وقوله (ع) في صحیحة الفضل بن
عبد الملك المتقدمة أيضاً : (وكان الجد مرضياً) حيث ان ظاهر
التقييد وبملاحظة مناسبات الحكم والموضوع هو اعتباره مرضياً
بلحاظ تصرفاته الصادرة تجاه البنت ، وإلا فكونه مرضياً بالنسبة إلى
سائر تصرفاته اجنبي عن ولايته على البنت .
وصحیحة عبید بن زرارة قال : (قلت لأبي عبد الله (ع) ا
الجارية يريد ابوها ان يزوجهما من رجل ويريد جدما ان يزوجهما من
رجل آخر ، فقال : الجد اولى بذلك ما لم يكن مضاراً) (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

كالأجنبي ، ويحتمل عدم الصحة بالاجازة ايضاً (١) ،

فان التقييد بعدم كونه مضاراً انما يدل على عدم ثبوت الولاية للجد إذا كان في مقام الاضرار بها - دليل نفي الضرر فانه وبمحكم كونه حاكماً على جميع الادلة يقتضي نفي جعل الولاية للاب والجد فيما إذا كان في انكاحهما لها ضرر عليها . وبذلك فتختص ولايتهما عليها وعلى الصبي بفرض عدم المسددة لا محالة .

والوجه فيه : هو اعتبار وجود مجيز حال العقد في الحكم بصحة العقد للفضولي - على ما ذكره الماتن (قده) في المسألة الآتية - وحيث ان الصبي والصبية - فيما نحن فيه - ليسا اهلين للاجازة والامضاء حين صدور العقد فيحكم ببطلانه من رأس لا محالة .

إلا ان هذا الكلام مبني على عدم الالتزام بكون صحة العقد الفضولي بعد لحوق الاجازة على القاعدة ، واختيار كونها نتيجة للنصوص الخاصة الدالة عليها . فانه حينئذ يمكن ان يقال بان النصوص الخاصة وباجمعها واردة في فرض وجود المجيز فلا وجه للتعدي منه إلى فرض عدم وجوده .

لكنك قد عرفت منا مراراً عدم تمامية هذا المبني وكون صحة العقد الفضولي بعد لحوق الاجازة على القاعدة ، باعتبار ان الاجازة توجب انتساب الامر الاعتباري الصادر من الغير إلى المجيز من حينها فيكون العقد من ذلك الحين عقداً له ومن هنا فتشمله ادلة وجوب الوفاء بالعقود .

وعلى هذا الاساس فلا وجه لاعتبار وجود مجيز حال العقد ، فانه يكفي في الحكم بصحته كون المجيز اهلاً لها في حينها ، ومن دون ان

بل الاحوط مراعاة المصلحة (١) ، بل يشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان احدهما اصلح من الآخر بحسب الشرف أو من اجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختار الاب غير الاصلح لتشهي نفسه (٢) .

(مسألة ٦) : لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج

الصغير بأزيد منه ، فان كان هناك مصلحة تقتضي ذلك يكون لاهليته حين صدور العقد وعدمه دخل في الصحة أو الفساد .
(١) نسب القول باعتبارها في الولاية على مال الطفل إلى المشهور من الاصحاب واستدلوا عليه بقوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي احسن) (١) .

وذكر الشيخ (قده) انها وان لم تكن تشمل الاب باعتبار انه مع وجوده لا يكون ابنه يتيماً ، إلا انها تشمل الجد وحوالته فيثبت الحكم للاب بالقطع بعدم الفصل :

إلا اننا لم نرتض هذا القول في محله ، وعلى تقدير القول به فلا نقول به في النكاح وذلك لاطلاقات الادلة الواردة في المقام السالمة عن المقيد حيث لم يرد في شيء من النصوص اعتبار وجود المصلحة في انكاح الاب أو الجد .

نعم الاحتياط في محله حتى وان كان الظاهر عدم الاعتبار :
(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم ، فان مقتضى اطلاقات الادلة السالمة من المقيد والشاملة للفرض هو الحكم بالصحة والنفوذ .

صح العقد والمهر ولزم (١) وإلا ففي صحة العقد وبطلان
المهر والرجوع إلى مهر المثل ، أو بطلان العقد أيضاً
قولان (٢) اقواهما : الثاني . والمراد من البطلان عدم

نعم الاحتياط على كل حال حسن :

(١) لاطلاقات الولاية السالمة عن المقيد .

(٢) بل اقوال ثلاثة ، ثالثها ما نسب إلى الشيخ (قدّه) من

الحكم بالصحة فيها معاً وكان الوجه فيه اطلاقات ادلة الولاية .

إلا ان ضعفه اظهر من ان يخفى ولعله لذلك اهمل الماتن (قدّه)

ذكره ، فان ادلة الولاية قاصرة عن شمول ما كان فيه ضرر ومفسدة
على المولى عليه - كما عرفت في المسألة السابقة - .

وأما القول الاول فهو منسوب إلى شيخنا الاعظم (قدّه) بدعوى:

ان العقد الصادر من الولي انما ينحل إلى امرين : التزويج والمهر

وحيث ان للضرر في الثاني خاصة بحكم ببطلانه مع بقاء التزويج على
حاله وحيث ان فينتقل إلى مهر المثل لا محالة .

وفيه : انه انما يتم فيما إذا كان المنشأ هو التزويج المطلق وحيث

ان الامر ليس كذلك باعتبار ان المنشأ انما هو التزويج المقيد بالمقدار

المعين من المهر فلا يحيص عن الحكم ببطلان التزويج أيضاً لما فيه

من الضرر على المولى عليه وسقوط ولاية الزوج لكونه مضاراً :

على ان لازم ما افاده (قدّه) من بطلان المهر عدم التطابق بين

الايجاب والقبول - حتى ولو قلنا بتعدد الانشاء - فان الزوج انما قبل

العقد بالمهر المعين ولم يقبل التزويج الخالي عن المهر ، وهذا نظير

النفوذ بمعنى : توقفه على اجازتها بعد البلوغ ، ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناءً على اعتبار وجود المجيز في الحال (١) .

(مسألة ٧) : لا يصح نكاح السفه المبذر (٢) إلا باذن الولي (٣)

ان ينشأ البائع ببيع شيء ويقبل المشتري شراء شيء آخر . وحيث ان تطابق الايجاب والقبول في المعلق معتبر في صحة العقد بلا خلاف كان فقهه في المقام موجباً للبطلان .

ومن هنا فالصحيح هو ما اختاره الماتن (قده) من الحكم ببطلانها مما وفاقاً لكثير من الاصحاب .

ثم لا يخفى ان محل البحث في تزويج الولي للصغير باكثر من مهر المثل انها هو فيما إذا كان للصغير مال حيث يكون المهر حينئذ عليه ، لا ما إذا لم يكن له مال لان المهر حينئذ على الاب ومعه لا مجال للحكم بالبطلان لعدم ترتب أي ضرر على الطفل .

(١) وقد عرفت ما فيه مفصلاً في المسألة السابقة فلا نعيد :

(٢) المراد بالقيود ان كان من لا يعرف مصالحه ومفاسده فهو قيد

توضيحي ، وان كان غير ذلك فلا دليل عليه ولا نعلم لاعتباره وجهاً :

(٣) استدلل عليه في بعض الكلمات : بان الزواج لما كان من

الامور المالية لاستلزامه ثبوت المهر والنفقة على الزوج وكان السفه

ممنوعاً من التصرفات المالية - بلا خلاف - كان اللازم الحكم بالفساد

في المقام .

وفيه : مضافاً إلى اختصاصه بالولد دون البنت ، انه انما يتم فيما إذا كان المهر عيناً معينة من امواله الموجودة بالفعل دون ما إذا كان كلياً في الدمة ، فانه لا اجماع على منعه منه أيضاً .

على انه قد يفرض كون المهر من غيره ومن دون أي تصرف في شيء من امواله . وأما وجوب الانفاق فهو حكم شرعي متلوع على الزوج . وليس من مصاديق التصرف المالي فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبة اليه .

ومن هنا فالصحيح في الاستدلال هو التمسك بالنسبة إلى منع الولد بصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (ع) قال : (سأله أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ اشده . قال : وما اشده ؟ قال : احتلامه . قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو اقل أو اكثر ولم يحتلم ، قال : إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره إلا ان يكون سقيهاً أو ضعيفاً) (١) .

وهذه الرواية وان رواها صاحب الوسائل (قده) عن أبي الحسين الخادم ببيع الأولو عن أبي عبد الله (ع) مباشرة إلا ان الصحيح وساطة عبد الله بن سنان في البين ، على ما هو المذكور في الخصال ، ولعل عدم ذكره في الوسائل من سهو القلم عند النسخ . وكيف كان فهي واضحة الدلالة على عدم جواز امر السفهه وبقاء الولاية عليه .

وأما بالنسبة إلى منع البنت في التمسك بصحيحة الفضلاء المتقدمة عن أبي جعفر (ع) : (قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٢ من أبواب الحجر ، ح ٥ .

وعليه ان يعين المهر والمرأة (١) ولو تزوج بدون اذنه وقف على اجازته فان رأى المصلحة واجاز صح ، ولا يحتاج إلى اعادة الصيغة ، لانه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة (٢) ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء للصيغة ومباشرته لنفسه بعد اذن الولي .

(مسألة ٨) : اذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشده له بالنسبة إلى امر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الامهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كاسفيه في الماليات في الحاجة إلى اذن الولي (٣) ، وان لم ار من تعرض له .

السفية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جاز (١) .
حيث قيد (ع) استقلالها في النكاح بعد بلوغها - المعبر عنه بملك الامر - بعدم كونها سفية :

(١) على ما يقتضيه قانون الولاية ، فان معناها رجوع الزواج بتمام شؤله ومقتضياته إلى نظره .

(٢) فانه لا قصور في انشائه وانما القصور في النفوذ خاصة :

(٣) كما يقتضيه قوله (ع) في صحبة الفضلاء المتقدمة: (غير

السفية ولا المولى عليها) إذ المتيقن منها وبملاحظة خصوصية المورد

(١) الوصائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ١ .

(مسألة ٩) : كل من الاب والجد مستقل في الولاية (١)
فلا يلزم الاشتراك ، ولا الاستئذان من الآخر ، فايهما

- اعني كون الصحيحة واردة في الزواج - هو السلفية فيه . وإذا
ثبت الحكم بالنسبة إلى السلفية ثبت في السلفية بالقطع بعدم الفرق بينهما .
ويؤيده اطلاق صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة .

(١) بلا خلاف فيه ، ويفتضيه اطلاق النصوص :

نعم لصاحب الجواهر (قده) عبارة ربما تشعر بتوقفه فيه حيث
قال في شرح قول المحقق (قده) : (فن سبق عقده صح) بناءاً
على استقلال كل منهما بالولاية .

غير ان مما يقطع به انه ليس مراده (قده) منها اشترك الاب
والجد في الولاية بمعنى اعتبار رضاها معاً وذلك لاختياره (قده)
بعد اسطر من هذه العبارة تقديم انكاح الجد لها على انكاح الاب
فيما لو اوقعاه دفعة مدعيماً الاجماع عليه . فانه واضح الدلالة على عدم
اختياره (قده) القول باشتراكهما معاً في الولاية . وانما مراده (قده)
منها هو الاحتراز عن تزويج البكر حيث ان كلا منهما يشترك حينئذ
في الولاية معها من دون ان يكون له حق الاستقلال .

وعلى هذا فهكون معنى ما افاده (قده) هو : ان السابق في
ايقاع العقد انما يكون له اثر فيما إذا كانت المولى عليها صغيرة أو
كانت كبيرة بكرأ وقلنا باستقلال الاب والجد في انكاحها . واما إذا
قلنا باعتبار استئذائها باعتبار ان لها في نفسها نصيباً فلا اثر للسبق بل
الخيار لها تجيز من العقدين ما شاءت .

سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر (١) ،
ولو زوج كل منهما من شخص ، فان علم السابق منهما فهو
المقدم ولغي الآخر . وان علم التقارن قدم عقد الجدة (٢)
وكذا إذا جهل التاريخان . واما إذا علم تاريخ

(١) اجماعاً ومن غير الخلاف فيه وتدل عليه جملة من النصوص
المتقدمة كصحيحة عبيد بن زرارة وغيرها فراجع .

(٢) وتدل عليه مضافاً إلى التسالم وعدم الخلاف فيه عدة من
النصوص المعتبرة للدالة على تقديم عقد الجدة كصحيحة هشام بن سالم
ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع) ، (قال : إذا زوج الأب
والجدة كان تزويج الاول ، فان كان جميعاً في حال واحدة فالجدة
اولى) (١) .

وصحيحة عبيد بن زرارة قال : (قلت لأبي عبد الله (ع) ا
الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ويريد جدتها ان يزوجه من
رجل آخر . فقال : الجدة اولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن
الإب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجدة (٢) .

فان مقتضى قوله (ع) : (ان لم يكن الاب زوجها قبله) هو
تقديم عقد الجدة في فرض التقارن نظراً لعدم صدق ما اعتبر في تقديم

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ٢ .

احدهما دون الآخر ، فان كان المعلوم تاريخ عقد الجد
 قدم أيضاً وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمال
 تقدمه (١) لكن الاظهر تقديم عقد الجد لان الاستفادة من
 خبر عبيد بن زرارة اولوية الجد ما لم يكن الاب زوجها
 قبله ، فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً (٢) وما لم
 يعلم ذلك يكون عقد الجد اولى .

فتحصل : ان للالزام تقديم عقد الجد في جميع للصور
 إلا في صورة معلومية سبق عقد الاب .

عقد الاب فتكون مقيدة لادلة ولاية الاب لا محالة . وبها نخرج عن
 القاعدة المقتضية للبطلان حيث ان الجمع بينها غير ممكن وترجيح
 احدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح :

(١) لاصالة عدم وقوع العقد من الجد إلى حين وقوع للعقد من
 الاب فيحكم بصحته لعدم المعارض .

(٢) وتوضيح ذلك : ان مقتضى صححة عبيد بن زرارة هو
 تقديم عقد الجد مطلقاً ومن دون فرق بين جميع الصور باستثناء ما إذا
 كان عقد الاب سابقاً ، فان هذه الصورة هي المستثناة من ولاية الجد
 ونفوذ عقده وخارجة منها خاصة .

ومن هنا ففي جميع هذه الصور يجري استصحاب عدم سبق عقد
 الاب على عقد الجد من غير فرق بين العلم بالتاريخ أو الجهل به
 والقول بجرى ان الاستصحاب في معلوم التاريخ وعدمه ، ولا يعارضه
 استصحاب عدم وقوع العقد من الجد إلى زمان وقوع العقد من الاب

ولو تشاح الاب والجرد فاختار كل منهما واحداً قدم اختيار الجرد (١)

لانه لا يثبت السبق .

وبعبارة اخرى نقول : ان صحبة عبيد وان لم تكن تتضمن لفظ السبق وانا المذكور فيها عنوان القبلية - فما افاده الماتن (قد ه) لا يخلو من التسامح في التعبير - ومع ذلك فالمراد به ليس هو تقديم عقد الجرد ما لم يسبقه عقد الاب بمعنى لحوق عقد الجرد له كي يتمسك باستصحاب عدم وقوعه الى حونه ، فانه غير معتبر جزءاً ولذا يحكم بصحة عقد الاب حتى ولو لم يقع عقد من الجرد بالمرة مع انه لم يتحقق السبق بهذا المعنى لعدم تحقق اللوق فانها من العناوين المتضاربة لا يمكن تحقق احدهما من دون تحقق الآخر . وانا المراد منها الحكم بصحة عقد الجرد على الاطلاق ما لم يكن عقد الاب سابقاً عليه - كما يظهر ذلك من الالتفات الى ان الكلام انما هو في المزاحمة - وحيث ان هذا العنوان عنوان وجودي فلا يمكن احرازه باستصحاب عدم عقد الجرد الى زمان عقد الاب .

ومن هنا فيحكم بصحة عقد الجرد في جميع هذه الصور لعدم احراز شرط تقديم عقد الاب .

وبالجملة : ان المعتبر في تقديم عقد الجرد قيد عدمي فيمكن احرازه عند الشك فيه بالاصل وهو بخلاف القيد المعتبر في تقديم عقد الاب فانه وجودي فلا ينفع في احرازه التمسك باستصحاب عدم تقدم عقد الجرد عليه فانه لا يثبت كون عقده قبل عقد الجرد .

(١) وتدل عليه صحبة محمد بن مسلم عن احدهما (ع) : (قال

ولو يادر الاب فعقد ، فهل يكون باطلاً أو يصحح ؟ وجهان بل قولان (١) من كونه سابقاً فيجب تقديمه ومن ان لازم اولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه . والاحوط مراعاة

إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه أيضاً ان يزوجها . فقلت : فان هوى ابوها رجلاً وجدها رجلاً ، فقال : الجد اولى (بنكاحها) (١) وقوله (ع) في صحيحة عبيد الله بن زرارة : (فان هوى ابوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد اولى بنكاحها) (٢) ومعتبرته الثانية المتقدمة .

(١) كما يظهر من صاحب الجواهر (قدّه) حيث ذكر بعد القول بالصحة انه : (قد يقال ببطلان عقده حينئذ) فانه ظاهر في كونه قولاً وان كان نادراً :

وكيف كان . فالصحيح هو الثاني : والوجه فيه ، ان اولوية عقد الجد في هذه الموارد - كما دلت عليه النصوص المعتبرة - ليست هي بمعنى الافضلية وانما هي بمعنى ثبوت الولاية له دون الاب ، ومن هنا فتكون هذه النصوص مقيدة لادلة ولاية الاب بغير فرض هوى الجد رجلاً آخر . ومعه فلا مجال للقول بالصحة في المقام .

ومنه يظهر الحال في التمسك باطلاق صحيحة هشام بن سالم

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ١ :

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح ولولياء

العقد ، ح ٧ .

الاحتياط . ولو تشاح الجد الاسفل والاعلى هل يجري
عليهما حكم الاب والجد او لا ؟ وجهان ، اوجهها : للثاني
لانها ليسا اباً و جدّاً بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على
تقديم الجد على الاب (١) .

ومحمد بن حكيم ، فانه لا مجال للتمسك به بعد ثبوت المقيد له .
وأما حمل الاولوية على الاولوية الاستحبابية أو الوجوبية التكليفية
فهو على خلاف الظاهر جدّاً ، كما يشهد له ورود عين هذا التعبير في
فرض تقارن عقديهما .

والحاصل : ان هذا للقول وان كان نادراً بل لم يعلم للقاتل به إلا
انه هو المتعين بحسب الأدلة والنصوص .

(١) الا انه قد يشكل على ما افاده (قده) بان النصوص الواردة
في المقام وان كانت كلها تختص بالاب والجد ، غير ان مقتضى التعليل
المذكور في روايتين هو التعدي إلى الجد الاسفل مع الجد الاعلى هـ
وهاتان الروايتان هما ١ -

اولاً : رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) : (قال
اني لدات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على ابيه
فقال : اصلح الله الامير ان أبي زوج ابنتي بغير اذني ، فقال زياد
لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فقالوا :
نكاحه باطل . قال : ثم اقبل عليّ فقال : ما تقول يا أبا عبد الله ،
فلما سألتني اقبلت على الذين اجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون
انتم عن رسول الله (ص) ان رجلاً جاء يستعديه على ابيه في مثل

هذا ، فقال له رسول الله (ص) : انت ومالك لايبك ؟ قالوا : بلى ، فقلت لهم : كيف يكون هذا وهو ماله لايبه ولا يجوز نكاحه قال : فأخذ بقولهم وترك قولي (١) :

فان التعليل بقوله (ص) : (انت ومالك - بفتح السلام كما يقتضيه استشهاده (ع) بهذه الكلمة في النكاح - لايبك) يقتضي عدم اختصاص الحكم بالاب بسلا واسطة مع الجدة وعموم الحكم للجدة الاسفل مع الجدة الاعلى فانه وماله له .

ثانياً : صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال : (سألته عن رجل اذاه رجلان يخطبان ابنته فهوى ان يزوج احدهما وهوى ابوه الآخر أيها احق ان ينكح ؟ قال : الذي هوى الجدة احق بالجارية لانها واباها للجدة (٢) .

فانها وبعموم التعليل تدل على ثبوت الحكم للجدين الاسفل والاعلى .
لكن في الاستدلال بكلتا الروايتين نظر : -

اما الاولى : فهي مضافاً إلى ضعف سندها بسهل بن زياد ، لا دلالة فيها على تقدم هوى الجدة على هوى الاب عند التشاح أو عقد الجدة على عقده عند التقارن ، بل غايبة دلالتها هو ثبوت الولاية للجدة وان له ان يفعل كل ما كان للأب ان يفعله . ومن هنا فلا يمكن التمسك بهذه الرواية لاثبات المدعى .

وأما الثانية : فهي لو تمت دلالتها فانها تدل على تقديم هوى

(١) الوسائل ١ ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ٨ .

الجد الأعلى على هوى الجد الأدنى . واما تقديم عقد الأعلى على عقد الأدنى في فرض التقارن فلا دلالة لها عليه : على ان دلالتها على الأول محل نظر أيضاً وذلك لما ذكرناه فيما تقدم من ان محل الكلام انما هو في فرض استقلال الاب والجد في الولاية كما هو الحال في الولاية على الصغيرة ، واما الكبيرة الرشيدة فالامر بيدها تختار من العقدين ما شاءت .

نعم يأتي قريباً انشاء الله انه يستحب لها ان ترضى بما رضى به الجد ، وحيث ان الظاهر ان مورد هذه الصحيحة هو فرض كونها كبيرة - كما يظهر ذلك من قول السائل : (رجلان يخطبان ابنته) فان ذلك انما يكون بالنسبة إلى الكبيرة هالباً - تكون الصحيحة اجنبية عن محل الكلام .

ومما يؤيد ما ذكرناه انه (ع) انما حكم باحقية الرجل الذي هو اه الجد ولم يحكم باحقية الجد نفسه ، فانه انما ينسجم مع ما ذكرناه من استحباب الرضا بما رضى به الجد ، من دون ان يكون له دلالة على سلب الولاية عن الاب .

ومن هنا فلا مجال للتمسك بهذه الصحيحة لاثبات تقدم عقد الجد على عقد الاب عند التشاح فضلاً عن التعدي منهما إلى الجد الأعلى مع الجد الأدنى .

اذن : فالصحيح في المقام هو ما اختاره الملائن (قدس) من اختصاص الحكمين بالاب بلا واسطة مع الجد وعدم ثبوته في الجدين الأعلى والأدنى .

(مسألة ١٠) : لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب . سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ اولا ، لانه خلاف المصلحة (١) . نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه ان لم يكن من للعيوب المجوزة للفسخ ، وان كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو افاقتـه ، وعدمه لان المفروض اقدم الولي مع علمه به . وجهان ، أوجهها : الاول ، لاطلاق ادلة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله (٢)

(١) في التعبير مسامحة واضحة والمراد به وجود المفسدة كما يقتضيه مناسبة الحكم والموضوع .

(٢) استشكل فيه بعضهم بان علم الولي والوكيل لما كان بمنزلة علم المولى عليه والموكل ، خرج المورد عن منصرف ادلة الخيار . وفيه : ان التوكيل أو الولاية لا يقتضيان إلا كون الفعل الصادر من الوكيل أو الولي بمنزلة الفعل الصادر من الموكل أو المولى عليه وأما كون علمهما بمنزلة علمها فهو مما لا يمكن اثباته بدليل ، ولا موجب لتقييد المطلقات الدالة على ثبوت الخيار عند ظهور العيوب المعينة . نعم في خصوص ما إذا اشترى الوكيل أو الولي بأغلى عن ثمن المثل لمصلحة تقتضي صحة العقد ، يمكن القول بعدم ثبوت خيار الغبن للمولى عليه والموكل ، وذلك لان منشأ هذا الخيار النما هو الاشتراط الضمني بمبادلة كل من المتبايعين ماله بما يساويه في المالية من الآخر . ومن الواضح ان هذا الشرط الضمني يتوقف على الجهل

وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه ، وغاية ما تفيد المصلحة انها هو صحة للعقد ، فتبقى ادلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضاً من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق . وهل له اسقاطه ام لا ؟ مشكل (١) الا ان يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك (٢) واما اذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلا بعد للعقد ، فان كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا اشكال في ثبوت الخيار له (٣) وللمولى عليه ان لم يفسخ ، وللمولى عليه فقط إذا لم يعلم به الى ان بلغ أو افاق . وان كان

بالغبن إذ مع العلم به لا يمكن القول باشتراط التساوي في المالية . إلا ان هذا اجنبي عن محل الكلام فان عدم ثبوت الخيار فيه انما هو من جهة فقد المقتضي اعني الاشتراط الضمني بالتساوي في المالية فلا يمكن التعدي إلى المقام حيث ان تقييد المطلقات يحتاج إلى الدليل ولا دليل على كون علم الولي بمنزلة علم المولى عليه .

(١) لا وجه للاشتكال بل ينبغي الجزم بعدم الثبوت فيما إذا لم يكن هناك مصلحة ملزمة وذلك لما فيه من لهويت حق الصغير والافساد في امره .

(٢) وحيثئذ فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الولاية له ، فانه من الامور الراجعة إلى المولى عليه فيكون له التصرف فيه :

(٣) لعدم المقتضي لسقوطه وتقييد اطلاقات ادلة الخيار .

من العيوب الآخر فلا خيار للولي (١) وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان ، اوجهها : ذلك لانه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج . بل يمكن ان يقال : ان العقد فضولي حينئذ لانه صحيح وله الخيار (٢) .

(مسألة ١١) : مملوك المملوك كالمملوك في كون امر

(١) بما هو عاقد ومزوج للصغير أو المجنون ، وذلك لعدم ثبوته للزوج إذا كان هو المباشر للعقد فلا يثبت لمن هو فرع له : إلا ان هذا لا ينافي ثبوته له من جهة ثبوته للمولى عليه باعتبار ان العقد الواقع خارجاً على خلاف مصلحته - لو قبل به - :

(٢) والذي ينبغي ان يقال : ان العقد إذا كان خالياً عن المفسدة بالنسبة إلى الصغير - وان لم تكن فيه مصلحة له أيضاً - فلا بد من الحكم بصحته من دون ثبوت الخيار للولي أو المولى عليه ، اما الصحة فلما عرفت من كفاية عدم وجود المفسدة في الحكم بها . وأما عدم ثبوت الخيار فلاختصاص ادلتها بعيوب معينة .

وأما إذا كان فيه مفسدة له فيلبي الحكم بالبطلان رأساً ، ولا وجه للحكم بالصحة وثبوت الخيار .

والحاصل : انه لا وجه للجمع بين الحكم بالصحة وثبوت الخيار في المقام ، فان الصحة متوقفة على عدم المفسدة ومعه يكون العقد نافذاً من دون ان يكون لاحد الخيار فيه وأما مع وجود المفسدة فالعقد فضولي وغير محكوم بالصحة إلا مع التعقب بالاجازة .

تزويجه بيد المولى (١) .

(مسألة ١٢) : للوصي ان يزوج المجنون المحتاج الى

الزواج (٢) ،

(١) سواء التزما بقبالية العبد للملك - كما هو المختار - ام قلنا بعدمها .
والوجه فيه : ان المولى مالك للعبد ولما يملكه فلا يجوز نكاحه
من غير اذنه . وقد تقدم البحث في هذه المسألة مفصلاً في نكاح
العبيد والاماء فراجع .

(٢) بلا خلاف فيه في الجملة ، وثقتضيه اطلاقات ادلة نفوذ
الوصية كقوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت ان ترك
خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين فن بدله
بعد ما سمعه فانما ائمه على اللذين يبدلونه ان الله سميع علم فن خاف
من موص جنفاً أو ائماً فاصلح بينهم فلا ائمه عليه ان الله غفور رحيم (١) .
فان صدرها وان كان يقتضي نفوذ الوصية المالية خاصة بالنسبة
الى خصوص الوالدين والاقربين ، إلا ان الاستفادة من قوله تعالى :
(فن خاف من موص جنفاً أو ائماً . . .) نفوذها مطلقاً ولزوم
العمل بمقتضاها دائماً باستثناء ما خرج اعني ما كان فيها جنف أو ائمه
أو ضرر على للوارث - على ما دلت عليه النصوص - فانه لا يجب
العمل بها . ومن هنا فتكون الآية المباركة شاملة للوصية بالمجنون ،
فيجب العمل على وفق الوصية لان في مخالفتها تبديلاً لها فيكون
ائمه على اللذين يبدلونه .

وتوهم : ان الآية المباركة وجميع النصوص الواردة في الاستدلال بها مختصة بالوصية المالية فلا دلائل على نفوذ الوصية في نكاح المجنون أو المجنونة .

مدفوع : بان صدر الآية الكريمة وان كان موردها الوصية بالمال إلا انه غير ضار باطلاق الآية المباركة على انه يكفي في اثبات عدم اختصاص نفوذ الوصية بالامور المالية ما دل على نفوذ الوصية بالمضاربة بمال اليتيم مع انه وصية بالانجار لا المال كصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) ا (انه مثل عن رجل اوصى الى رجل بولده ويمال لهم واذن عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون الريح بيته وبيتهم . فقال ا لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي) (١) .

وقريب منها خبر خالد الطويل (٢) . فان مقتضى عموم التعليل بقوله (ع) : (ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي) نفوذ الوصية بكل ما كان للاب في حياته .

ويؤيد ما ذكرناه ما ورد في تفسير من بيده عقدة النكاح حيث اشتملت جملة منها على الوصي أيضاً ، فان المراد به وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع هو من اوصى اليه بالنكاح دون من كان وصياً في ادارة شؤونه العامة .

وبالجملة : لا ينبغي الاشكال في نفوذ الوصية بالنكاح بالنسبة إلى المجنون .

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا ، ح ٢ .

بل الصغير أيضاً لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء عين الزوجة أو الزوج أو اطلق . ولا فرق بين ان يكون

ثم ان الحكم بنفوذ الوصية مطلقاً انها يتم في المقام بناءً على ما اخترناه من عدم اختصاص ولاية الاب أو الجدة على المجنون بما إذا كان المجنون متصلاً بالصغير . وأما لو قلنا بذلك كان اللازم اختصاص نفوذ الوصية بذلك الفرض أيضاً وعدم تمامته في المجنون المنفصل إذ ليس للاب أو الجدة الايباء لغيره بما ليس له .

(١) اما مع النص عليه فيقتضيه جميع الوجوه المتقدمة في المجنون من الآية المباركة وصحيفة محمد بن مسلم وما ورد فيمن بيده عقد النكاح . إلا انه قد يستدل على عدم النفوذ في المقام بصحيتين هما : -
اولاً : صحيفة ابن بزيغ قال : (سأله رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة والبنات صغيرة فعهد احد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج : فلما ان مات قال الآخر : اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : أي الزوجين احب اليك الأول أو الآخر ؟ قالت : الآخر ، ثم ان الاخ الثاني مات والآخر الاول ابن اكبر من الابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري ايها احب اليك الزوج الاول أو الزوج الآخر ، فقال : الرواية فيها انها للزوج الاخير ، وذلك انها قد كالت ادركت حين زوجها وليس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراكها) (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء

العقد ، ح ١ .

وفيه : انها اجنبية عن محل الكلام إذ لم يفرض فيها كون الوصي وصياً في التزويج ، فلا تعارض ما تقدم لما عرفت من ورودها ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع في التزويج ، بل لا بد من حملها على الوصي في غير النكاح كادارة شؤونها العامة - كما هو الغالب في الوصية - .
ثانياً : صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : (في للوصي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ قال : ان كان ابواهما اللذان زوجها فنعيم) (١) .
فانها وباطلاقها تدل على نفي التوارث فيما إذا زوجها الوصي وعدم التوارث يدل على بطلان النكاح .

وفيه : ان المتفاهم العرفي من هذه الصحيحة انه لا خصوصية للابوين جزماً وانما ذكرهما من جهة انها اظهر مصداق للولي ولذا يثبت التوارث - بلا خلاف - فيما إذا زوجها الجد أو الوكيل باعتبار ان فعله فعل الموكل .

ومن هنا : فليس فيها أي دلالة على بطلان العقد الصادر من غير الابوين ، وانما هي دالة على اعتبار صدور العقد ممن بيده الامر سواء أكان هو الاب ام غيره .

اذن : فلا مناص من الالتزام بنفوذ نكاح الوصي فيما إذا كان الاب قد نص عليه بالخصوص .

وأما مع عدم النص عليه بخصوصه فان كانت الوصاية اجنبية عن الصغير وخارجة عن شؤونه كما لو اوصى لشخص بصرف ثلثه أو تكفيته ودفته - فلا ينبغي الاشكال في عدم ثبوت وصاية للوصي على الطفل مطلقاً لاني النكاح ولا في غيره ، إذ لا يحتمل ان يكون هذا

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح واولياء

مصدافاً للوصي المذكور في عداد من بيده عقدة النكاح .
وان كانت الوصاية راجعة إلى الطفل فان لم تكن هناك مصلحة
ملزمة للزواج ولو لامر غير الحاجة اليه فلا شك في عدم ثبوت
الولاية له على النكاح ، لعدم المقتضي له : ولعل صحبة ابن زبيح
المتقدمة محمولة على هذه الصورة :

وان كانت هناك مصلحة ملزمة له كما لو توقف حفظ حياته أو
حياتها على التزويج ، فالذي ذهب اليه المشهور واختاره الماتن (قده)
- كما يأتي التصريح به في المسألة القادمة - هو ثبوت للولاية للحاكم
الشرعي إذ لا دليل على ثبوتها للوصي .

إلا انه مشكل باعتبار ان ولاية الحاكم لم تثبت بدليل لفظي خاص
كي يؤخذ باطلاقه في مثل هذه الصور ، فان التمسك بالنبوي (السلطان
ولي من لا ولي له) أو معتبرة أبي خديجة لاثباتها لا يخلو من اشكال
بل منع فان الاول مضافاً إلى كونه رواية نبوية مختص بالسلطان وهو
الامام المصوم (ع) فلا مجال للتعدي عنه إلى الحاكم ، والثاني وارد
في الترافع والقضاء وان قضاءه نافذ وحكمه لا يجوز نقضه ، فالتعدي
عنه إلى مثل الولاية على اليتيم والمجنون يحتاج إلى دليل .

وانا هي ثابتة له من باب انه القدر المتيقن ممن يجوز له التصدي
له ، إذ لا احتمال لثبوتها لغيره دونه . وإذا كان الامر كذلك
فلا مجال لثبوتها في المقام لاحتمال ثبوتها للوصي فان نفس هذا الاحتمال
يكفي في نفيها عن الحاكم إذ به يخرج عن كونه القدر المتيقن .

وبعبارة اخرى : ان تزويج اليتيم أو المجنون في فرض وجود
مصلحة ملزمة لها ، لما كان مما لا بد من وقوعه خارجاً ، وكان لا بد
من تصدي شخص معين له ، ثبتت الولاية للحاكم - في فرض عدم

وصياً من قبل الاب أو من قبل الجد ، لكن بشرط عدم وجود الآخر (١) وإلا فالامر اليه .

(مسألة ١٣) : للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له (٢) من الاب والجد والوصي بشرط الحاجة اليه أو قضاء

وجود الوصي - لكونه هو القدر المتيقن بمن له التصدي للتزويج .
واما مع فرض وجود الوصي فحيث لا يكون الحاكم هو القدر المتيقن فلا مجال للقول بثبوتها له .

وعلى هذا : فقتضى الاحتياط هو الجمع بين رضا الحاكم والوصي فان الامر لا يعدوهما .

ومن هنا يظهر الحال في المجنون فان الكلام فيه عين الكلام في الصنير فان التفاصيل المتقدمة من النص على النكاح وعدمه ووجود مصلحة ملزمة وعدمه كلها آتية فيه أيضاً .

(١) بلا خلاف فيه بينهم ، بل وعليه التسالم ويقتضيه قوله تعالى :
(فن خاف من موص جنفاً أو اثمأ) فان مقتضاه عدم نفوذ الوصية التي فيها اثم أو جنف ، وحيث ان في نفوذ هذه الوصية جنفاً على الولي الآخر فلا يثبت .

وبعبارة اخرى ، ان وصية الولي انما تنفذ بالنسبة إلى المولى عليه فانه الذي يلزم بما فعله الوصي واما بالنسبة إلى الولي الآخر فلا دليل على نفوذها ، بل تقييد ولايته بما إذا لم يسبقه الوصي تعد عليه وجنف في حقه فلا تنفذ .

(٢) قد عرفت الحال في هذه المسألة وما يمكن ان يستدل به

المصلحة اللازمة للمراعاة .

(مسألة ١٤) : يستحب للمرأة المالكة أمرها ان تستأذن
اباها أو جدها (١) وان لم يكونا فتوكل أخاها وان تعدد
اختارت الاكبر .

ومناقشته في ذيل المسألة السابقة فلا نعيد .

(١) لا يخفى اختصاص مورد الكلام بالثيب وعدم شموله للبكر
لانها لا تملك أمرها لما عرفت من اعتبار انضمام رضا ابيها أو جدها
إلى رضاها .

نعم لو قلنا باستقلالها في النكاح فلا بأس في القول باستحباب
استئذانها لها وذلك لما ورد من ان البكر لا تزوج إلا باذن ابيها ،
فان ظاهره توقف صحة عقدتها عليه ، فاذا فرض رفع اليد عن هذا
الظهور تعين حملها على الاستحباب لا محالة :

وكيف كان : ففي مورد الكلام لا يمكن اثبات استحباب الاستئذان
بمعنائه الخاص نظراً لعدم الدليل عليه . ودعوى : ان الروايات الدالة
على اعتبار استئذانها إذا سقطت عن ظهورها في الوجوب حملت على
الاستحباب لا محالة :

مدفوعة ؛ بانه لم يرد في المقام ولا رواية واحدة تدل على اعتبار
استئذان الثيب لابيها في النكاح كي تحمل على الاستحباب بعد رفع
اليد عن ظهورها في الوجوب .

نعم ورد ذلك في البكر وقد عملنا بظاهرها - كما عرفت فيما تقدم -
كما وردت روايات مطلقة تدل على اعتبار استئذان الجارية من غير

(مسألة ١٥) : ورد في الاخبار ان اذن البكر سكوتها عند العرض عليها وافتي به العلماء لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك (١).

تقييد بالبكر أو الثيب . إلا انها محمولة على البكر جمعاً بين الاخبار وبعد تقييدها لوجه لحمل الامر على الاستحباب :

وأما الاستدلال على المدعى برواية سعيد بن اسماعيل عن ابيه قال : (سألت الرضا (ع) عن رجل تزوج ببكر أو ثيب لا يعلم ابرها ولا احد من قراباتها ، ولكن تجعل المرأة وكيلاً فيزوجها من غير علمهم . قال : لا يكون ذا) (١) . فردود بانها اجنبية عما نحن فيه ، فانها دالة على وجوب الاعلام ولذا لم يذكر فيها الاب خاصة وانا ذكر الاقرباء أيضاً فلا دلالة لها على استحباب الاستئذان .

وبعبارة اخرى : ان الرواية دالة على وجوب الاعلام واعتباره في صحة النكاح فلا بد من حملها على التقية للهاب العامة اليه ووضوح عدم اعتباره عندنا . وعلى كل تقدير فهي اجنبية عن محل الكلام .

نعم لا بأس باثبات الاستحباب في المقام من جهة كون الاستئذان من اظهر مصاديق احترام الاب والجد وتجليها ، إلا انه حينئذ لا يختص الحكم بالمدكورين في المتن بل يعم مثل الام والعم بل وكل كبير للأسرة .

(١) ذكر صاحب الجواهر (قده) في المقام صوراً : - سكوتها مقروناً بقرائن تدل على رضاها بالعقد جزماً أو اطمئناناً ، والشك في رضاها مع عدم وجود قرينة تدل على رضاها أو عدمه ، وقهاام قرينة

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء

ظنية تدل على رضاها ، وقيام قرينة تدل على عدم رضاها بالعقد جزماً أو اطمئناناً ، وقيام قرينة ظنية تدل على عدم رضاها به ، وقيام القرينتين معاً . وقد حكم (قده) بالصحة في الصور للثلاث الاولى والبطلان في الثلاث الباقية .

أما الصحة في الاولى والبطلان في الرابعة فوجهها واضح فانهما خارجتان عن مورد النص بلا اشكال اما الاولى فلان العبرة انها هي باحراز رضاها كهفت اتفق وبأي مبرز كان من دون حاجة إلى بوان ان سكوتها رضاها ، وأما الثانية فلان للسكوت في النصوص منزل منزلة الاذن اللفظي في كونه كاشفاً عن الرضا الباطني وامارة عليه . ومن هنا فلا يبقى مجال لحمل النصوص على بيان حكم تعبدي ولا تكون الرواية شاملة للفرض إذ مع العلم بعدم الكشف وعدم رضاها لا اثر للسكوت كما لا اثر لاذنها الصريح .

وبعبارة اخرى : ان النصوص انادات على تنزيل السكوت منزلة الاذن اللفظي في كونه امارة كاشفة عن الرضا الباطني ، ولم تدل على تنزيهه منزلة الرضا نفسه كي يكون حكماً تعبدياً ويكون له موضوعية بحيث يكتفى به حتى مع العلم بعدم الرضا ، وحينئذ فحوت انه مع العلم بعدم الرضا يسقط عن الكاشفية فلا وجه للاستناد اليه والاكتفاء به . وأما التفصيل في باقي الصور فلم يظهر له وجه .

والذي يظهر بالتأمل في هذه النصوص ان السكوت انها هو منزل منزلة الاذن الذي هو امارة وكاشف عن الرضا الباطني ولذا عرفت خروج فرض الاطمئنان بعدم رضاها قلباً ، ومن هنا تكون حجبية السكوت على حد حجبية الاذن الصريح وحيث انه حجة مالم يعلم عدم رضاها يكون الأمر في السكوت كذلك أيضاً من غير فرق

(مسألة ١٦) : يشترط في ولاية الاولياء المذكورين البلوغ والعقل والحرية والاسلام إذا كان المولى عليه مسلماً فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما (١) من عبد أو أمة ، بل الولاية حينئذ لوليها . وكذا مع فساد عقلها (٢) بجنون (٣) أو اغماء أو نحوه (٤)

بين قيام الظن بالوفاق أو الخلاف وعدمه ، فان الامارات كاشفة كشفاً نوعياً وحجة بقول مطلق ما لم يحصل العلم بالخلاف - على ما هو محرم في محله - .

(١) بلا خلاف فيه ، للحجر عليها في التصرف فيما يملكه ، فتكون الولاية لوليها لا محالة :

(٢) العبارة لا تخلو من قصور ، فان ظاهرها رجوع الضمير إلى الصغير والصغيرة إلا انه غير مراد جزماً فان الجنون مانع عرضي فلا يكون له اثر مع وجود المانع الذاتي اعني الصغير ، بل المراد به المالكان الكبير والكبيرة إذا عرض عليهما الجنون - كما يشهد له عدم تعرضه (قده) لحكهما بعد ذلك - .

(٣) لانه محجور عليه فيكون تصرفه بمنزلة العدم وحينئذ فتنقل ولايةه إلى وليه لا محالة .

ثم كان عليه (قده) ان يذكر اعتبار الرشد ، فان السفه محجور عليه في التصرفات المالية أيضاً :

(٤) كالسكر .

ثم ان المراد بنفي الولاية ان كان عدم الولاية من باب السالبة

وكذا لا ولاية للاب والجد مع جنونها ونحوه (١) .

بإنتفاء الموضوع باعتبار ان الولاية عبارة عن التسلط والتمكن من التصرف في ماله أو مال غيره وهو يتوقف على الشعور والادراك فهو واضح إلا ان مقتضاه نفى الولاية عن النائم والغافل أيضاً لعدم تمكنهما من التصرف لعدم الشعور وقصورهما عن التصرف . وان كان عدم الولاية بمعنى سلبها عنهما وانتقالها إلى غيرهما كما هو الحال في الصغير والمجنون - على ما هو ظاهر العبارة - فلا يمكن اثباته بدليل . ومن هنا فلو اغمى على رجل لم يكن لآبيه أو الحاكم التصرف في امواله بالبيع والشراء وغيرهما .

نعم لو كالت فترة نومه أو اغمائه طويلاً إلى حد لم يتمكن معه من التصرف في ماله وكان المال في معرض التلف ثبتت الولاية عليه حسبة لان مال المسلم محترم ويجب حفظه : إلا انه اجنبي عن انتقال الولاية بالاغماء إلى غيره .

والخلاصة : ان ما افاده (قده) من نفى الولاية عن المغمى عليه ومن هو بحكمه وانتقالها إلى غيره غير تام ولا يمكن اثباته بدليل .

(١) الكلام في هذا الفرع يقع في مقامين : -

الأول : في ولايتهما على الصغير والصغيرة :

الثاني : في اعتبار اذنيهما في نكاح الباكر :

اما المقام الأول : فلا ينبغي الشك في عدم ثبوتها لهما ، فانهما إذا كانا محجورين عن التصرف في انفسهما واموالهما فهما اولى بالحجر عن التصرف في نفس الغير وماله .

ويؤكد ذلك - مضافاً إلى انصراف جملة من النصوص الواردة

وان جن احدهما دون الآخر فالولاية للآخر (١) وكذا

في المقام إلى غير المجنون - قوله (ع) في صحبحة الفضل بن عبد الملك المتقدمة : (وكان الجلد مرضياً) .

وكذا ما ورد في لزوم المهر للاب إذا لم يكن للولد مال ، فانها مختصة بالعاقل لا محالة فان المجنون لا يلزمه شيء فلا معنى لكون المهر عليه في حياته وخروجه من تركته بعد وفاته .

وأما المقام الثاني . فلا اشكال في سقوط الولاية عنهما ، وانما الاشكال في استقلال البكر في تزويج نفسها أو وجوب انتظارها افاقة الأب من جنونه - إذا كان ادوارياً - أو اغمائه أو سكره - بناءً على سقوط ولايته في هاتين الحالتين - .

الظاهر هو الثاني فان جملة من النصوص الواردة في اعتبار اذن الولي وان كانت قاصرة الشمول لمثلها باعتبار انها لا ولي لها . إلا ان بعضها الآخر وهي التي وردت بلسان اعتبار استئذان الأب غير قاصر الشمول لها ، فان استئذانها منه ممكن وذلك بالانتظار يسيراً حتى يفيق مما هو فيه ، كما هو الحال في سائر موارد الاعذار غير المجنون والاعماء كالنوم والحبس وغيرها :

نعم لو كانت المدة طويلة بحيث يستلزم الانتظار تضررها فلا بأس بالقول باستقلالها حينئذ إلا انه انما يتم في الجنون حيث يمكن فرض كونه اطباقياً دون الاعماء والسكر حيث لا يمكن فرض طول المدة فيهما فيجب عليها الانتظار لا محالة .

(١) لعموم دليل ولايته السالم عن المعارض .

لا ولاية للمملوك ولو مبعوضاً على ولده حرّاً أو عبداً (١)
بل الولاية في الاول للحاكم (٢) وفي الثاني لمولاه وكذا
لا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم (٣) .

(١) اما مع حرية الولد فلان العبد حتى ولو كان مبعوضاً فهو
لا يقدر على شيء وممنوع من التصرف في نفسه فضلاً عن غيره ،
وأما مع رقيته فالامر اوضح فان امره بيد مولاه وليس للاب ولاية
عليه حتى ولو كان حرّاً . فان ولايته انها هي بلحاظ ولده الصغير أو
بنته البكر وبالنسبة اليهما خاصة وأما بالنسبة إلى مالكهما فدليل ولايته
قاصر الشمول له :

(٢) تقدم الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل وقد
عرفت ان الولد إذا كان كبيراً فهو مستقل في امره بفعل ما يشاء ،
وأما إذا كان صغيراً فلا ولاية للحاكم عليه إلا فيما تقتضيه المصلحة الملزمة
ويعلم من الشارع وجوب التصدي اليه وتحقيقه ، وأما في غير ذلك
فلا دليل على ولاية الحاكم عليه .

(٣) بلا خلاف فيه بل للظاهر من كلامهم انه من الواضحات
المتسالم عليها .

وقد استدل عليه في بعض الكلمات بجملة من الآيات الكريمة
والنصوص الشرعية كقوله تعالى : (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلاً) (١) وقوله (ص) : (الاسلام يعا ولا يعلى عليه) (٢) :

(١) النساء : ١٤١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ باب ١ من أبواب موانع الارث ، ح ١١ .

فتكون للجد اذا كان مسلماً (١) وللحاكم اذا كان كافراً
أيضاً (٢) والاقوى (٣) ثبوت ولايته على ولده الكافر .

وقد تعرض شيخنا الاعظم (قده) إلى مناقشة دلالة هذه النصوص
مفصلاً ولقد اجاد (قده) فيما افاد ، فان السبيل المنفي في الآية
المباركة انها هو الحججة لا التسلط عليه ولذا يثبت للكافر السلطنة على
اجيره المسلم حيث يجب عليه تنفيذ ما استأجره عليه ، وعلو الاسلام
لا يستلزم عدم ثبوت للولاية للكافر على المسلم .

فالعمدة في الاستدلال امران :

الاول : الصراف الادلة ، فان المفاهيم العرفي منها كون الولاية
من جهة احترامهم واداء حقوقهم فلا تشمل الكافر الذي يجب عدم
موادته والابتعاد عنه :

الثاني : قاعدة الالتزام ، فان الكفار وبحسب ما هو معلوم من
الخارج لا يلتزمون بجواز انكاح الصغير مطلقاً كما لا يلتزمون بالولاية على
بناتهم الابكار ووقف نكاحهن على اذنهم ، وحينئذ فقضى هذه
القاعدة سقوط الولاية عنه والالتزام بصحة نكاحها من غير اذنه :

(١) لعدم ادلة ولايته .

(٢) قد عرفت الكلام في ولاية الحاكم فلا نعيد .

(٣) وهو انها يتم فيما إذا كان للزوج مسلماً وكان المستند في نفي
ولاية الكافر على ولده المسلم قوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلاً) أو قوله (ص) : (الاسلام يعلو ولا يعلى
عليه) فانه حينئذ يمكن ان يقال بثبوت ولايته عليه لعدم شمول
الدليلين له . وأما إذا كان الزوج كافراً أو كان المستند في نفيها عنه

ولا يصح تزويج الولي في حال احرامه أو احرام المولى عليه (١) سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل (٢) .

انصراف ادلة الولاية عن الكافر أو قاعدة الالتزام - كما عرفت انه هو الصحيح - ففيما افاده (قدّه) اشكال بل منع فان الزوج إذا كان كافراً لم يعتبر في نكاحهما شيء من شرائط الاسلام من اذن الاب أو غيره فان لكل قوم نكاحاً وكذا لو كان مسلماً ولكن كان المستند في النفي ما اخترناه ، فان مقتضاه هو الحكم بالصحة سواء أرضي الاب ام لم يرض لعدم الولاية له بمقتضى انصراف الادلة وقاعدة الالتزام فانهما شاملان للمقام أيضاً .

(١) لان تصرفه مقيد بكونه مشروعاً فاذا لم يكن كذلك لكون الولي أو المولى عليه محرماً لم يكن له ولاية عليه وحكم ببطلانه لما دل على ان المحرم لا يتزوج ولا يزوج . وليس هذا لقصور في ولايته وانما القصور في الفعل الصادر منه فهو نظير تزويج الخامسة أو ذات البعل .

(٢) سواء أكان التوكيل في حال الاحرام ام كان في حال احلاله مع وقوع العقد في حال الاحرام :

وامتدل عليه : بان الوكيل نائب عن الموكل وفعله فعلة لانتسابه اليه حقيقة . ومن هنا فاذا صدر العقد من الوكيل في زمان لم يكن الموكل أهلاً له لكونه محرماً حكماً ببطلانه لانتساب العقد اليه وهو محررم . وقد اورد عليه : بانه لا يتم فيها إذا كان التوكيل قبل الاحرام إذ لم يصدر من الموكل بعد احرامه ما هو حرام بالنسبة اليه ، ومجرد انتساب العقد اليه في ذلك الحال لا يقتضي بطلانه ،

نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليقوع للعقد بعد الاحلال (١).
 (مسألة ١٧) : يجب على اللوكيل في التزويج ان
 لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر
 الخصوصيات ، والا كان فضولياً (٢) موقوفاً على الاجازة

إلا انه مدفوع : بان العبرة في البطلان انما هي في انتساب العقد
 اليه في حال كونه محرماً وحيث انه لا اشكال فيه في المقام إذ لا انتساب
 اليه قبل الاحرام ، حكم ببطلانه لا عمالة ، ولذا لا يحتمل الحكم بالصحة
 في فرض اختصاص الوكالة بحالة الاحرام :

لكن الظاهر عدم تمامية ما استدك به على المدعى في كلا الفرضين
 وذلك لان فعل الوكيل انما يكون فعل الموكل فيما إذا كان العقد
 والوكالة صحيحة فانه حينئذ ينتسب كل ما يصدر من الوكيل إلى
 الموكل حقيقة ، واما إذا كانت الوكالة باطله كما هو الحال في المقام
 باعتبار انه ليس لاحد التوكيل فيما ليس له القيام به مباشرة فلا معنى
 لانتساب فعل الغير اليه حقيقة واعتباره فعلاً له .

والحاصل : ان بطلان العقد في المقام ليس من جهة ان فعل الوكيل فعل
 الموكل حقيقة وهو محرّم ، وانما هو لاجل بطلان الوكالة وكون من
 صدر منه العقد اجنبياً بالمرّة باعتبار ان الولي لما لم يكن له القيام
 بالعقد في ذلك الحال مباشرة لم يكن له تفويضه إلى غيره .

(١) لعمومات الادلة السالمة عن المخصص أو المعارض .

(٢) لان ما وكله فيه لم يقع في الخارج وما وقع منه لم يكن وكيلاً فيه .

ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (١) من سائر الجهات ، ومع التعدي يصير فضولياً (٢) ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له ان يزوجه من نفسه للانصراف عنه (٣) . نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم أو الاطلاق جاز . ومع التصريح فاولى بالجواز . ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق والجواز مع العموم ، بل قد يقال : بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه لرواية عمار (٤)

(١) لانصراف التوكيل عرفاً إلى ما فيه مصلحة للموكل هـ

(٢) لما تقدم .

(٣) فان التزويج وبحسب الفهم العرفي غير التزوج فان الاول

ظاهر في الانكاح من الغير ومن هنا فلا يشمل التوكيل فيه الوكيل نفسه.

(٤) قال : (سألت أبا الحسن (ع) : عن امرأة تكون في

اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها ، أيجل لها ان توكل رجلاً

يريد ان يتزوجها تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال :

لا ، قلت له جعلت فداك وان كانت ايماً ؟ قال : وان كانت ايماً .

قلت : فان وكلت غيره بتزويجها منه ؟ قال : نعم (١) .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ١٠ من أبواب عقد النكاح واولها

العقد ، ح ٤ .

المحمولة على الكراهة (١) أو غيرها من المحامل .

(١) وهو بعيد جداً ، فالصحيح ان يقال ان الموثقة اجنبية عن محل الكلام بالمرّة فانها غير ناظرة إلى توكيل الزوج في اجراء العقد وانما هي ناظرة إلى اعتبار الاشهاد في الزواج والسؤال عن كفاية شهادة الزوج في المقام فهو نظير ما ورد في القلف بالزنا من السؤال عن عد الزوج في جملة الشهود وحيث ان هذا مما لا يقول به احد منا فلا بد من حملها على التقيّة لذهاب العامة اليه .

وبعبارة اخرى نقول : ان المشهور بين فقهاء العامة اعتبار حضور شاهدين حال الزواج وقد ذهب بعضهم إلى كفاية حضورهما حال الزفاف وان لم يكونا حاضرين حال العقد ، واعتبر بعضهم كونهما غير الزوج والزوجة وذكر بعضهم انه لا بأس بكون احدهما هو الوكيل .
وأما عندنا فالاشهاد غير معتبر في صحة النكاح اجماعاً ، نعم هو معتبر في الطلاق ولا يجوز ان يكون الزوج هو احد الشاهدين ، واما الوكيل فقد ذكر في المسالك وجهين كفايته لاطلاق ادلة اعتبار الشاهدين غير الزوج والزوجة ، وعدمها لكونه نائباً مناب الزوج فثبت له ما ثبت له .

إذا عرفت ذلك فنقول : ان هذه الموثقة لما كانت دالة على عدم كفاية شهادة الزوج الوكيل في النكاح باعتبار ان قوله (ع) : (لا) متعلق بالتوكيل بجميع شؤونه وخصوصياته فلا بد من حملها على التقيّة إذ قد عرفت عدم اعتبار الاشهاد في النكاح عندنا بلا خلاف والما هو معتبر عندهم خاصة :

ثم ان صاحب المسالك (قدّه) قد رمى الرواية بضعفت السند .

(مسألة ١٨) : الاقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الاجازة (١) سواء كان فضولياً من احد الطرفين أو كليهما كان المعقود له صغيراً أو كبيراً . حرراً أو عبداً .

وهو مبني على اعتبار الايمان بالمعنى الاخص في الرواة في صحة الرواية وهو مما لا نقول به بل ولا يلزم به هو (قده) أيضاً ، وإلا فرواة الرواية ثقات جميعاً ولا خدشة في احد منهم .

ومما تقدم يظهر الاشكال فيما افاده صاحب الوسائل (قده) في المقام حيث اخذ (قده) في عنوان الباب الذي ذكر فيه هذه الرواية : (ولا يجوز ان يتولى طرفي العقد) .

فانه مضافاً إلى كونه اخص من المدعى إذ النسبة بين توامه للعقد وكوله وكهلاً عنها انها هي العموم والخصوص من وجه فان من الممكن ان يوكل هو غيره في القبول عنه فلا يكون متولياً لطرفي العقد ، مردود بان الرواية غير ناظرة إلى المنع عن كونه موجباً قابلاً وانما هي ناظرة إلى التوكيل مع جعله شاهداً للعقد :

والحاصل : ان الصحوح في المقام هو ما ذهب اليه الماتن (قده) من جواز توكيلها للرجل الذي يريد تزوجها ، بل لا مانع من توليه لطرفي العقد كما هو الحال فيما إذا كان ولياً على الطرفين لعدم الدليل على المنع منه .

(١) وتقتضيه - مضافاً إلى القاعدة باعتبار ان مقتضى عومات الوفاء بالعقد هو انهاؤه وعدم جواز نقضه ، وهو شامل للفضولي نظراً لعدم اعتبار مقارنة الالتزام للعقد في صدقه بل هو صادق حتى مع

تأخر الالتزام عنه ، فانه يوجب انتسابه اليه ومن ثم يجب عليه الوفاء به ولا يجوز له نقضه - النصوص الواردة في المقام كصحيفة أبي عبيدة قال : (سألت أبا جعفر (ع) : عن غلام وجارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين . قال : فقال : النكاح جائز ابها ادرك كان له الخيار فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا ان تكونا قد ادركا ورضيا قلت : فان ادرك احدهما قبل الآخر ؟ قال يجوز عليه ذلك ان هو رضى قلت : فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أثره ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أثرها الزوج المدرك ؟ قال : لا لان لها الخيار إذا ادركت . قلت : فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية) (١) .

فان صدرها الدال على صحة النكاح إذا تعقبته الاجازة بعد البلوغ وارد في الفضولي حيث ان المراد بالوليين هو من يتولى امرهما عرفاً دون الولي الشرعي كما يشهد له ذيل الصحيفة حيث انه (ع) حكم بلزوم العقد على للصغير أو للصغيرة وعدم ثبوت الخيار لهما لو كان للعقد صادراً من ابويهما .

ويؤنده ما دل على صحة نكاح العبد إذا تعقبه اذن المولى معللاً ذلك بـ (انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز) فانه وان كان وارداً في العبد إلا انه دال على عدم اعتبار مقارنة الرضا

(١) للوسائل : ج ١٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج ، ح ١ .

والمراد بالفضولي هو العقد الصادر من غير الولي والوكيل (١) سواء كان قريباً كالإخ والعمة والخال وغيرهم أو اجنبياً. وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي . ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل كما إذا وقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل . ولا يعتبر في الاجازة الفورية (٢) سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به واردة التروي ، أو عدمها أيضاً .

للعقد وكفاية الرضا المتأخر إذا كان العقد في نفسه مشروعاً .
 (١) والجامع له ، هو العقد الصادر ممن ليس له ولاية أو سلطنة عليه.
 (٢) فإن الاجازة بمنزلة انشاء العقد ممن له ذلك ، لانها انما توجب اسناد العقد الصادر اليه فيكون حكمها حكمه له ذلك في أي زمان شاء ولا يلزمه التعجيل كما لا يلزمه الانشاء لو لم يكن هناك عقد فضولي ولا وجه لقياس المقام بالخيارات الثابتة للبايع أو المشتري حيث يلزم فيها بالفورية فان العقد في مواردنا تام غاية الامر ان لاحدهما أو كليهما حق الفسخ ، وهذا بخلاف المقام فان العقد غير تام ولا يجب عليه اتمامه وانما له ذلك إذا شاء :

هذا مضافاً إلى صحيحته محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال :
 (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت

منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال : خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال ابوه : ارسل ابني فقال : لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سهد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه (١). فانها واضحة الدلالة في عدم لزوم الفورية وانه لا محذور في الفصل بين الاجازة والعقد وان كان كثيراً :

ثم لو زوجت المرأة نفسها من رجل فضولة فهل يلزمه الامضاء أو الرد فوراً ، أو يثبت لها الفسخ كي لا تتضرر المرأة ببقائها معطلة أو لا هذا ولا ذاك ؟ اقوال مبنيّة على الالتزام بلزوم العقد الواقع بين الاصل والفضولي بالقياس إلى الاول ، بحيث لا يكون له التصرف على خلاف ما التزم به - كما التزم به شيخنا الاعظم (قدّه) - .

الا انه قد تقدم منا في مباحث المكاسب عدم تمامية هذا المبني باعتبار ان العقد متقوم بطرفين وحيث انه لم يتحقق الالتزام من الطرف الآخر فلم يصدق العقد ومن ثم فلا تشمله ادلة اللزوم فهو نظير بيع البائع للمبيع قبل قبول المشتري من غيره .
ومن هنا فلا يكون في تأخير الاجازة أي ضرر عليها باعتبار ان لها الزوج من غيره .

ثم على تقدير تمامية هذا المبني فلا يمكن الحكم بلزوم الفورية والزام الرجل بالاجازة أو الرد لدليل نفي الضرر ، فان تضرر المرأة

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء

نعم لا تصح الاجازة بعد الرد (١) .

نتيجة الفعلها لا يوجب توجه تكليف إلى الرجل بعد ان لم يكن قد صدر منه أي فعل ولم يكن هو سبباً في تضررها . كما لا موجب للالتزام بثبوت الفسخ لها فانه لا يرد النكاح إلا بأمر معينه ليس ما نحن فيه منها .

على ان تضررها قد نشأ من اقدامها فالفعل هي التي اقدمت على ذلك واضرت بنفسها وليس ناشئاً من الحكم الشرعي فلا موجب لرفع ضررها بالالتزام بالفسخ .

وقد تقدم بيان هذا مفصلاً في الاستدلال على خيار الغبن بدليل نفى الضرر ، حيث قد عرفت انه غير شامل له باعتبار ان الضرر انما هو في نفس المعاملة لا الحكم بالازوم : وشموله له يعني اثبات ما يتدارك به الضرر والحال ان دلائل نفى الضرر قاصر عن افادة هذا المعنى .

والذي يهون الخطب ان مبنى هذا القول غير تام من اساسه كما عرفت .

(١) ذهب إليه جملة من الأصحاب منهم شيخنا الاستاذ (قدس) بدعوى ان الاجازة والرد ضدان ، فهما ضدان أيهما سبق لم يبق مجالاً للآخر : في حين ذهب آخرون إلى خلافه منهم الماتن (قدس) في المسألة الرابعة من باب الوصية حيث افاد بان القول بعدم نفوذ الاجازة بعد الرد مشكل ان لم يكن اجماع خصوصاً في الفصولي :

وكيف كان فقد استدلل على القول الاول بامور : -

الاول : الاجماع - ويظهر من المصنف (قدس) التمسك به في

باب الوصية . -

وفيه : انه ضعيف جداً ، إذ لم يتعرض لهذا الفرع - فسيما نعلم - قبل الشهيد (قدس) احد من الأصحاب ومعه كيف يمكن دعوى الاجماع عليه ، على اننا لو سلمنا ذلك فلا مجال لأثبات كونه اجماعاً تعبدياً اذ من الممكن استناد المجمعين إلى ما يأتي من الوجوه :

الثاني : دعوى ان الاجازة في العقد الفضولي بمنزلة القبول في سائر العقود ، فان استناد العقد اليه وتمايمته انما يكون بها . ومن هنا فكما ان الرد قبل القبول مانع من القبول المتأخر عنه فكذلك الرد في العقد الفضولي يمنع من حقوق الاجازة وصحتها .

وفيه : ان الرد الذي يكون مانعاً من حقوق القبول انما هو رد الموجب ورفع يده عما التزم به فانه حينئذ لا يبقى مجال لصدق العقد بالتزام الآخر إذ ليس هناك التزام ينضم اليه التزام القابل ليصدق معه المعاهدة والمعاقدة .

وأما رد القابل مع بقاء التزام الموجب على حاله فلا دليل على مانعيته وعدم اتصال القبول بالايجاب . لأنه لم يحدث بذلك شيئاً فان هاية ما يفيد انما هو اظهار عدم رضاه بالعقد . ومن الواضح انه يرتفع بالقبول المتأخر من دون ان يضر ذلك بصدق المعاهدة والمعاقدة .

ولو تنزلنا عن ذلك فالفرق بين الاجازة والقبول أوضح من ان يخفى ، فان الاجازة ليست قبولاً وانما هي استناد للقبول المتحقق من الفضولي من غير فصل بينه وبين الايجاب اليه . ومن هنا فلا يزداد الرد اللاحق عن النهي السابق على العقد حيث لا يؤثر في صحته شيئاً بعد ابرازه لرضاه من غير فصل بينه وبين الايجاب :

الثالث : ان الفضولي بانشائه للايجاب او القبول يحدث حقاً لمن

كما لا يجوز الرد بعد الاجازة (١) فمعها يلزم العقد .
(مسألة ١٩) : لا يشترط في الاجازة لفظ خاص ،
بل يقع بكل ما دل على انشاء الرضا بذلك للعقد (٢) .

قام مقامه في ماله من حيث الاجازة أو الرد . ومن هنا فاذا لم يكن
رد الولي مسقطاً للعقد عن قابلية الاجازة كان ذلك منافياً لقوله (ص) :
(الناس مسلطون على أموالهم) :

وفيه : ان هذه الرواية ثبوتية لم تثبت ، على أنها ليست مشرعة
ولا تقتضي تشريع السلطنة للمالك على قطع العلقة الموجودة على تقدير
ثبوتها : وانما هي دالة على عدم حجب المالك عن التصرف المشروع
في ماله أو نفسه ، هذا مضافاً إلى ان الفضولي لم يحدث في المال
شيئاً وانما احدث عقداً قابلاً للاجازة والرد ، والا فلو كان تصرفاً
في المال لكان اللازم الحكم ببطلانه رأساً لمنافاته لسلطنة المالك .
اذن : فهذه النبوية اجنبية عن المقام بالكلية ولا علاقة لها به .

ومما تقدم يظهر انه لا دليل على عدم تأثير الاجازة بعد الرد ،
بل من غير البعيد دعوى دلالة صحوحة عهد بن قيس المتقدمة على
جوازه ، فانها تضمنت الحكم بنهوض اجازة المالك الاول بعد رده
أولاً .

(١) بلا خلاف فيه بينهم ، فان العقد بالاجازة ينتسب إلى المجيز
حقيقة ومن هنا تشمله ادلة لزوم العقد . فوحتاج فسخه بعد ذلك إلى
الدليل ، كما هو الحال فيما لو كان هو المباشر للعقد .
(٢) إذ لا يعتبر فيها إلا ما يكشف عن اسناد المجيز للعقد السابق

بل تقع بالفعل الدال عليه (١) .

إلى نفسه واقراره به : فإنه يكفي في الحكم بصحة ذلك العقد من دون ان تكون خصوصية في الكاشف . ومن هنا فلا يعتبر فيها اللفظ فضلاً عن صيغة معينة ، حتى ولو قلنا باعتبار اللفظ الصريح في العقد بدعوى ان العقد لا يصدق الا به فان العبرة في الاجازة انما هي بانكشاف رضاه كيف اتفق كما هو واضح :

(١) وقد ذهب جماعة إلى اعتبار اللفظ فيها تارة بدعوى انها بمنزلة العقد الجديد واخرى بدعوى ان الاستقراء يقتضي اعتبار اللفظ فيما يقتضي لزوم .

إلا ان للتأمل في كلا هذين الوجهين مجالاً : -

اما الأول فهو مصادرة على المدعى فان الاجازة ليست عقداً ولا هي بمنزلة وإنما هي ابراز للرضا به .
وبعبارة اخرى ان قياس الاجازة بالعقود قياس مع الفارق .
فإنها ليست بعقد وإنما هي موجبة لاستناد العقد السابق اليه ، ومن هنا فاعتبار اللفظ في العقود - لو قيل به - لا يقتضي اعتباره في الاجازة أيضاً .

وأما الثاني فهو غير ثابت ولا دليل عليه وقد ذكرنا في محله ان الاظهر لزوم المعاطاة والحال انها خالية من اللفظ .

على ان الاستقراء ليس بحجة فإنه ليس من الادلة الشرعية .
اذن : فلا دليل على اعتبار اللفظ في الاجازة وإنما العبرة باستناد العقد السابق اليه كيف اتفق وإن كان ذلك بالفعل أيضاً .
هذا بل يمكن استفادة ما ذكرناه من بعض النصوص كالتي دلت

(مسألة ٢٠) : يشترط في المجيز علمه بان له ان لا يلتزم بذلك العقد (١) فلو اعتقد لزوم للعقد عليه فرضي به لم يكف في الاجازة .

على ان سكوت البكر اقرارها اذ لا يبعد دعوى اطلاقها لفرض للفضولي أيضاً . ويؤيده ما ورد في تزويج العبد من غير اذن مولاه حيث حكم (عليه السلام) بأن سكوت المولى بعد علمه اقرار منه (١) . وكيف كان : فالعمدة في المقام عدم الدليل على اعتبار اللفظ . (١) الظاهر انه لا دليل على هذا الاشرط اذ العبرة انما هي باستناد العقد السابق اليه . ومن هنا فيكون الحال في اعتقاد لزوم للعقد كالحال فيما ذكره (قده) بعد ذلك من اعتقاد لزوم الاجازة فان اجازته إذا لم تكن من جهة رضاه بالعقد بان كان من جهة رضاه بحكم الله سبحانه وتعالى وإن كان هو كارهاً له فلا أثر لها لأنه في الحقيقة لم يجز العقد فان ما رضي به - اعني حكم الله سبحانه - غير متحقق في الخارج وما هو متحقق في الخارج - اعني العقد - لم يجزه . نعم إذا كانت اجازته من جهة رضايته بالعقد واقماً ومع قطع النظر عن كونه لازماً او غير لازم وإن كان هو يعتقد لزومه فهي نافذة ومؤثرة باعتبار انها غير مقيدة به .

والحاصل : ان العبرة في نفوذ الاجازة وصحتها انما هي باستناد العقد السابق بها اليه ، واما اعتقاد اللزوم وعدمه فهو اجنبي بنام

(١) راجع الوسائل : ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد

والامام .

نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فاجاز فان كان على وجه التقييد لم يكف (١) وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً (٢) .

(مسألة ٢١) : الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه (٣) فيجب ترتيب الآثار من حينه .

(مسألة ٢٢) : للرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية (٤) فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد إلا انه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة ، بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به ، إلا انه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على

معنى الكلمة عنها :

- (١) لانتفاء المقيد بانتفاء القيد لا محالة .
- (٢) فإن تختلف الداعي لا يؤثر شيئاً .
- (٣) تقدم الكلام فيه مفصلاً في المسألة الثانية من فصل نكاح العبيد والاماء فلا نعبد .

(٤) بلا خلاف فيه بين الاصحاب . فان الرضا الباطني وإن كان كافياً في حل التصرفات الخارجية التكوينية نظير الاكل وما شاكله كما يدل عليه السيرة العملية القطعية ، الا ان كفايته في انتساب العقد اليه لم يدل عليها دليل . ومن هنا فلا تشمله عمومات الوفاء بالعقد .

رضاه فالظاهر انه فضولي (١) فله ان لا يجيز .

(١) على ما هو المشهور بين الاصحاب باعتبار ان الذي يخرج للعقد عن الفضولية اما هو الاذن السابق أو الرضا المتأخر ولا شيء منها متحقق في المقام .

الأ ان الشيخ الأعظم (قدّه) لم يرض ذلك حيث ذهب إلى كفايته في خروج العقد عن الفضولية واستند فيه إلى ظواهر كلمات الفقهاء وجملة من النصوص فانهم حكموا بعدم كفاية السكوت معلين ذلك بأنه أحسن من الرضا فانه إنما يكشف عن ان العبرة في صحة العقد إنما هي بالرضا وان السكوت إنما لا ينفع لعدم كشفه عن الرضا .

كما يقتضيه جملة من النصوص كالتالي دلت على ان رضا البكر صحتها وما دل على نفوذ عقد العبد إذا علم به المولى وسكت وما ورد في السكرى إذا زوجت نفسها ثم افاقت واقامت معه كان ذلك رضا منها بالعقد وما ورد في الخيار من أنه إذا علم بالعيب وسكت كان رضا منه به .

على اننا لو قلنا بعدم اعتبار اللفظ وكفاية الفعل - كما هو الصحيح - فن البعيد جداً ان يقال بوجود موضوعية للفعل في الحكم بالصحة وانما العبرة بالمنكشف اعني الرضا .

الا ان ما افاده (قدّه) لا يمكن المساعدة عليه وذلك أما كلمات الفقهاء فهي ليست بحجة ما لم تبلغ الاجماع ، على ان النسبة بين السكوت والرضا انما هي التباين فان السكوت من الافعال الخارجية في حين ان الرضا صفة نفسية . ومن هنا فلا يمكن ان يكون المراد من قولهم

ان السكوت أهم من الرضا كون السكوت أهم من نفس الرضا وانما المراد به كونه أهم منه كشفاً بمعنى انه قد يكون كاشفاً كما هو الحال في البكر وقد لا يكون كذلك . وعليه فلا دلالة فيه على كفاية نفس الرضا في الحكم بالصحة بل الأمر على العكس من ذلك تماماً حيث انه يدل على اعتبار المبرز والكاشف في الحكم نظراً لأن السكوت أهم من الرضا كشفاً .

وأما النصوص : فأما ما دل على ان سكوت البكر اقرارها فالاستدلال به غير واضح إذ لم يرد في شيء منها ان سكوتها رضاها كي يقال انها دالة على كفاية الرضا وانما الوارد ان سكوتها اقرارها او أن اذنها صماتها ومن الواضح ان التعبير بالاقرار أو الاذن دال على اعتبار المبرز والكاشف وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني .

على اننا لو سلمنا ورود التعبير بالرضا في هذه النصوص فهي لا تقتضي كفاية مجرد الرضا الباطني اذ يرد حينئذ ما تقدم من أنه لا يمكن حمل الرضا على الفعل الخارجي بل لابد من كون المراد ان السكوت أهم من الرضا كشفاً .

وعاين فتكون هذه الروايات دالة على ان العبرة والملاك إنما هو بالرضا مع الكاشف ، وعدم كفاية الرضا الباطني المجرد .

ومن هنا يظهر الحال فيما دل على ان سكوت لثا لى مع علمه بعقد العبد اقرار منه ، فانه دال على اعتبار الاقرار ولا دلالة فيه على كفاية الرضا الباطني ، على ان احتياج نكاح العبد إلى اجازة المولى لجنبني عن الفضولي تماماً فان العبد طرف للعقد حقيقة وهو ينتسب إليه حين صدوره بلا أي حناية ظلية الأمر لن صحته متوقفة شرهاً على اجازة للمولى وهذا نظير اعتبار اذن الزوجة في التزوج من بنت أخيها أو أختها ،

(مسألة ٢٣) : إذا كان كارهاً حال العقد إلا انه لم يصدر منه رد له (١) فالظاهر صحته بالاجازة (٢) نعم لو

بخلاف عقد الفضولي حيث ان انتساب العقد اليه انما يكون بالاجازة ومن هنا فلا مجال للاستدلال بهذه النصوص في المقام .
وأما التمسك بما ورد في الخيار وعقد السكرى فيرد عليه انهما خارجان عن الفضولي موضوعاً فان العقد في مورد الخيار صحيح ومستند اليه حقيقة غاية الأمر ان له رفعه أو الالتزام به وكذا الحال في السكرى فان العقد منتسب اليها واقعاً غاية الأمر انه لا يحكم بصحته إلا بعد اجازتها فكفاية الرضا الباطني فيهما لا تقتضي كفايته في الفضولي أيضاً ، على ان كفايته فيهما أيضاً محل منع وذلك لما تقدم من ان الرضا أمر باطني فلا يمكن حمله على الفعل الخارجي الا باعتبار كاشفيته وكونه امضاء عملياً .

اذن : فما أفاده شيخنا الأعظم (قده) خير تام ولا مجال للمساعدة على شيء منه . ومن هنا فالحق في المقام هو ما ذهب اليه المانن (قده) من عدم كفاية الرضا الباطني واعتبار المبرز له في الخارج نظراً لعدم استناد العقد اليه بدونه .

(١) بل حتى ولو صدر منه رد ، فانه لا أثر له على ما عرفته في المسألة الثامنة عشرة من هذا الفصل .

(٢) اما بناءً على ما اخترناه من عدم تأثير الرد بعد العقد فالأمر أوضح فان الكراهية قبل العقد لا تزيد عن الرد اللاحق له ، وأما بناءً على ما ذهب اليه المانن (قده) من منع الرد اللاحق عن لحوق

استؤذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك اوقع للفضولي العقد
 يشكك صحته بالاجازة لأنه بمنزلة الرد بعده ويحتمل صحته (١)
 بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد ، فليس بأدون
 من عقد المكره الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا ، وان
 كان لا يخلو ذلك أيضاً من اشكال (٢) .

الاجازة به فالأمر كذلك أيضاً فان العمدة في الدليل على منع الرد
 لللاحق إنما كانت دعوى سلطنة المالك على اسقاط قابلية العقد عن
 لحقوق الاجازة به وهي لا تجري في المقام لأن الرد إنما يتوسط بين
 العقد والاجازة . ومن هنا فقد يقال انه يوجب الانقطاع ، وأما مع
 الكراهة السابقة أو المقارنة فليس هناك ما يوجب الانقطاع إذ ليس
 هناك عقد في حينها ومن هنا فلو تحققت الاجازة بعد ذلك كانت هي
 ملحقة بالعقد مباشرة :

(١) هذا الاحتمال هو المتعين اذ يجري فيه ما تقدم في الفرع السابق
 بعينه فانه لم يصدر من المالك ما يوجب قطع الاجازة عن العقد فان
 النهي لا يزيد العقد ما كان يقتضيه قبل ذلك من عدم التأثير نظراً
 لكونه فضولياً :

(٢) إلا أنه ضعيف جداً والصحيح هو الالتزام بالصحة - على ما
 هو المشهور بينهم - وذلك امام مقارنة الرضا للاكراه فالأمر واضح
 لأن التجارة حينئذ تجارة عن تراض والاقدام عليها اقدم مع الرضا
 فانه للذي يدعوه نحو الفعل والاكراه ليس إلا داعياً آخر منضمماً إلى
 الداعي الاول .

وأما مع تأخره عنه فلأن العقد حين صدوره لم يكن فاقداً لشيء غير الرضا فإذا لحقه حكم بصحته .

وما استدل به لبطلان عقد المكره - من قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة من تراض) بناءً على كون المراد بالتراضي هو ما يقابل الإكراه لا ما يقابل القصد ، وحديث نفى الإكراه - فغير شامل للمقام .

أما الأول فلأن المعلوم ان المراد بالتجارة ليس هو مجرد اللفظ والانشاء الذي يوجد في الخارج وينعدم ، فإنه ليس إلا مبرزاً لها في الخارج ، وإنما المراد بها هو المنشأ والمعتبر في الخارج .

ومن هنا فحيث ان للتجارة بهذا المعنى بقاء واستمراراً فلا مانع من القول - بعد لحوق الرضا بها - انها تجارة عن تراض .

وأما الثاني فلان حديث الرفع إنما هو وارد في مقام الامتنان - كما هو معلوم - ومن هنا فلا بد في الحكم بالرفع من ملاحظة ما يقتضيه الامتنان ولذا لا يحكم بفساد بيع المضطر ، وحيث انه في المقام إنما يقتضي رفع الحكم حدوداً لا استمراراً وبقاءً فلا محالة يختص الرفع به دون البقاء لأن رفعه ينافي الامتنان .

والحاصل : ان الامتنان إنما يكون في رفع الحكم ما دام الإكراه باقياً ، وأما رفعه بعد ارتفاع الإكراه ورضا المكره به فليس فيه أي امتنان عليه وبذلك يظهر ان صحة عقد المكره لا تتوقف على الاجازة بل يكفي فيها مجرد الرضا الباطني .

ثم هل يكفي مجرد الرضا الباطني للمولى في الحكم بصحة نكاح العبد ونهوضه أم لا ؟

اختار شيخنا الأعظم (قدّه) الأول حتى بناءً على القول باحتبار الاذن في نفوذ نكاح الفضولي وذلك لما يستفاد من صحیححة زرارة

الواردة في نفوذ عقد العبد إذا لحقه اذن المولى معللاً ذلك بقوله (عليه السلام) : (انه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، فإذا اجازته فهو له جائز) (١) ، من ان العبرة في عدم النفوذ انما هي معصية السيد ، وحيث ان مع الرضا الباطني للمولى وعلم للعبد به لا يكون حاصياً له ، يحكم بصحة عقده من دون حاجة إلى الاجازة .
 إلا ان ما افاده (قدس) لا يمكن المساعدة عليه وذلك لأن المستفاد من قوله تعالى : (فالكحوهن باذن أهلهن) (٢) والنصوص الكثيرة اعتبار اذن المولى في نفوذ نكاح المملوك وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني فيه .

وأما الصحيحة المتقدمة فالمراد بالعصيان فيها ليس هو العصيان التكليفي اعني المخالفة في التكليف وارتكابه المحرم - على ما صرح بذلك في بعض النصوص - وإنما المراد به صدور العقد عن عدم الاذن وتصرف العبد في نفسه من غير اذن المولى ولذا اعتبر (ع) في جوازه اجازة المولى ولم يقل إذا رضي فهو له جائز .

اذن : فالمستفاد من الآية الكريمة والنصوص الكثيرة لاسيما ذيل هذه الصحيحة اعتبار الاذن والاجازة في الحكم بالصحة ونفوذ العقد وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني .

ومن هنا فيكون الحال في تزويج العبد من غير اذن مولاه كالحال في نكاح الفضولي وان كان بينهما فرق من حيث انتساب للعقد وعدمه .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء : ح ١

(٢) النساء : ٢٥ .

(مسألة ٢٤) : لا يشترط في الفضولي قصد للفضولية (١) ولا الالتفات إلى ذلك . فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً ووقع العقد ، فتبين خلافه يكون من الفضولي (٢) ويصح بالاجازة (٣) .

(مسألة ٢٥) : لو قال في مقام اجراء الصيغة : (زوجت

(١) إذ لا خصوصية لعنوان الفضولية كي يعتبر قصده فان العبرة إنما هي بالواقع والملاك في صحة العقد إنما هو باستناد العقد بالاجازة إلى المجيز وأما العاقد فهو اجنبي عنه ولا يقوم إلا بدور انشاء للعقد والتلفظ بالصيغة .

(٢) لعدم إنتساب العقد إلى من له الأمر .

(٣) لاستناده إليه حينئذ فتشمله عمومات الوفاء بالعقد ، ولا أثر لما قصده الفضولي ، بل ربما يستفاد ذلك من صحبة أبي عبيدة المتقدمة في المسألة الثامنة عشرة من هذا الفصل حيث حكم (ع) بصحة نكاح الغلام والجارية غير المدركين اللذين زوجها وليهما إذا ادركا واجازا العقد : حيث ان المراد بالولي فيها ليس هو الولي الشرعي جزماً فانه (ع) قد حكم في ذيلها بنفوذ نكاحها إذا كان المزوج لها هو الأب ، وإنما المراد به الولي العرفي كالأخ والعم ، فان مقتضى اطلاق الحكم بالصحة حينئذ هو الحكم بالصحة سواء اعتقد للعاقد ولايته ونفوذ عقده ام اعتقد كونه فضولياً . بل لا يبعد ان يكون الغالب في هؤلاء اعتقاد ولايتهم على القصر ونفوذ تصرفاتهم في حقهم .

موكلتي فلانة) مثلاً ، مع انه لم يكن وكيلاً عنها فهل يصح ويقبل الاجازة ، ام لا ؟ للظاهر للصحة (١) . نعم لو لم يذكر لفظ : (فلانة) ونحوه ، كأن يقول : (زوجت موكلتي) وكان من قصده امرأة معينة ، مع عدم كونه وكيلاً عنها ، يشكل صحته بالاجازة (٢) .

(١) فان كلمة (موكلتي) بعد ذكر اسمها تكون زائدة لا محالة حيث ان العقد يتعلق حينئذ بما ذكر من الأسم .

(٢) فان الزويج إنما وقع بعنوان الموكلة وحيث انه ليس وكيلاً عنها ولم يذكر اسمها فيحكم بفساده لا محالة .

ثم انه ربما يعلى ذلك بأنه من قبيل العقد بالمجازات البعيدة إذ لم يقع العقد عليها صريحاً ولا ظاهراً ولا دليل على صحة العقد بها . إلا انه مدفوع بان الذي ذكره الأصحاب في باب العقود من اعتبار كون اللفظ صريحاً أو ظاهراً إنما هو في مفاهيم العقود نفسها لا متعلقاتها ، فلو قال وهبتك الدار وقصد به البيع لم يصح لعدم ظهوره فيه فضلاً عن الصراحة ، وأما بالنسبة إلى المتعلقات فلا يعتبر ذلك فيه لعدم الدليل عليه .

على ان المقام ليس من الانشاء بالمجاز فضلاً عن كونه من المجازات البعيدة ، فان اللفظ (موكلتي) مستعمل في معناه الحقيقي هاية الأمر انه قد كذب في تطبيقه على الخارج وادعائه انها وكلته في ذلك .

ومن هنا : فلو نصب قرينة على ارادة المرأة المعينة كالمهد وما

(مسألة ٢٦) : لو اوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز اجازة العقد دون المهر ، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلة والكثرة؟ فيه اشكال . بل الاظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (١) وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر . كما انه لا تصح الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد ، او مع الغاء ما ذكر فيه من الشرط (٢) .

شاكله صح العقد .

(١) فان الذي تعلقت به الاجازة غير الذي تعلق العقد به ، فلا تنفع الاجازة لأنها انما تصحح العقد الواقع في الخارج وتنسبه إلى المميز ، وحيث ان المفروض في المقام ان ما وقع في الخارج لم تتعلق به الاجازة وما تعلقت به لم يقع في الخارج حكم ببطلانه لا محالة لعدم التطابق بينهما .

(٢) اذ يعتبر العطاء بين الايجاب والقبول ، والاجازة بمنزلة القبول من حيث ايجابها استناد العقد إلى المميز حقيقة ، فع اختلافها لم يصدق العقد لأن ما أوجبه الأول لم يقبله الثاني وما قبله لم يوقعه الأول ومعه فلا يستند ذلك العقد الصادر فضولة اليه .

ومن هنا يظهر الحال فيما استشكل فوه الماتن (قده) في صدر المسألة اعني الصورة الأولى وهي اجازة العقد دون المهر فان الحال فيها كالحال في سائر صور المسألة لأن ذكر المهر في العقد لا يقل عن الاشتراط بمعنى كون التزامه بالعقد مطلقاً على الالتزام بذلك المهر

(مسألة ٢٧) : إذا وقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلاً فالظاهر صحته (١) ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على اشكال فيه (٢) وأما إذا أوقعه

وحينئذ فيجري فيها ما تقدم في الاشتراط من عدم التطابق بين الأيجاب والقبول وعدم استناد العقد إلى المجيز لأن ما انشأه هو النكاح بمهر معلوم وما قبله المجيز إنما هو طبيعي النكاح ومعه فلا مجال للحكم بالصحة .

والحاصل : انه يعتبر التطابق بين المجاز والاجازة كما يعتبر ذلك في الأيجاب والقبول .

(١) إذ لا يعتبر فيما يصدر عن الوكيل الالتفات إلى الوكالة وإيقاع العقد بعنوان انه وكيل ، فانه ليس كالعبادات المتوقفة على النية وإنما العبرة في الحكم بالصحة بالواقع اعني صدوره ممن هو أهل له ومفوض فيه وهو محقق في المقام .

(٢) الاشكال قوي جداً ، فان قياس هذه الصورة على الصورة السابقة قياس مع الفارق فنن المجري للصيغة في الاول وكيل حقيقة والفعل الصادر منه صادر ممن له السلطنة والمعاً فيحكم بصحته على القاعدة وينتسب إلى الموكل لا عمالة، وهذا بخلاف ما نحن فيه فان من صدر منه العقد ليس بوكيل وليس له السلطنة على ذلك فان الوكالة ليست من الإيقاعات وإنما هي من العقود المتوقفة صحتها على الأيجاب والقبول ومن هنا فلا ينفع في الحكم بصحة ما صدر مجرد النشاء التوكيل مالم

بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً ففي لزومه بلا اجازة منه او من المولى عليه اشكال (١) .

يصل ذلك إلى المباشر ويقبله .

والحاصل : ان الفعل في المقام صادر من غير الوكيل ولم يتحقق هناك ما يوجب انتسابه إلى من له الامر ، فيحكم بفساده لا محالة .
وتوهم : ان الفعل محكوم بالصحة نظراً لتضمن انشاء الوكالة للاذن فيه وان لم تتحقق الوكالة في الخارج ،
مدفوع : بان الاذن متوقف على العلم به أيضاً ، فانه لا يصدق ان من له الأمر قد اذن له وانه مأذون في الفعل بمجرد انشاء الاذن ما لم يصل ذلك إلى المباشر فيعلم به فانه ليس الا ابرازاً للرضا الباطني .

اذن : فتدخل هذه المسألة في المسألة الثانية والعشرين اعني عدم كفاية الرضا الباطني في الحكم بصحة العقد الصادر من الفضولي واحتياج ذلك العقد إلى الاجازة .

(١) لم يظهر لنا وجه التفرقة بين الوكيل والولي ، فان لكل منهما السلطنة على الفعل : اللهم إلا ان يقال ان الولي بمنزلة المالك المباشر للعقد وحيث ان المالك المباشر إذا كان ناصياً للملكه او غافلاً عنه حين العقد فواقع العقد على انه للغير ثم بان انه له كما لو باع الولد مال أبيه معتقداً انه ملك أبيه ثم انكشف موت أبيه في ذلك الحين وانتقال المال بالأرث إليه لم يحكم بصحته اذ لم يصدق عليه التجارة عن تراض ويبيع ماله بطيبة نفسه فانه لم يبيع ماله وإنما باع مال غيره وانشأ ملكية مال الغير ، ففي المقام يكون الحال كذلك .

(مسألة ٢٨) : إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية ، فهل يصح ويلزم ، أو يتوقف على الاجازة ، أو لا يصح ؟ وجوه ، أقواها : عدم الصحة (١) لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً ، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد ان يكون الأمر بيده في الابقاء والعدم . وبعبارة أخرى ، أوقع العقد مترزلاً .

إلا ان الفرق بين الولي والمالك لا يكاد يخفى ، اذ لا يعتبر في الولي إلا رضاه بالعقد لغرض انه يعلم ان المال ليس له وانه لغيره : ولا يقاس بالاصيل حيث انه يعتقد خلاف الواقع ولا يقصده .
اذن : فالصحيح في الولي هو الحكم بالصحة كما التزمنا بها في الوكيل :

(١) وتفصيل الكلام في هذه المسألة ان يقال : -

ان العقد الصادر من الولي أو الوكيل بعنوان الفضولية مع العلم بكونه ولياً أو وكيلاً تارة يكون منجزاً وغير معلق على شيء غاية الأمر انه يقرنه بادعاء كاذب ويبني عليه وهو انه ليس بوكيل او ولي وأخرى يكون معلقاً على اجازة الموكل أو هو نفسه .

فان كان من قبيل الأول حكم بصحته لا بحالته اذ لا قصور في الانشاء أو المنشأ أو شيء آخر مما يعتبر في صحة العقد ، ومجرد كونه مقروناً ببناء كاذب لا يضر بهد تمامية أركان العقد وما يعتبر في صحته .

(مسألة ٢٩) : إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (١) ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه . وعلى هذا (٢) فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٣) .

ومن هنا يظهر الحال فيما لو كان المنشئ هو المالك الأصيل بانياً على الفضولية مع التفاته إلى كونه مالكاً ، فإنه يحكم بصحته لعدم القصور فيما يعتبر في صحة العقد .

وإن كان من قبيل الثاني فالحكم بصحته أو بطلانه مبني على الخلاف في افتضاء التعليق للبطلان وعدمه . وقد تقدم الحديث فيه مفصلاً . نعم لو اوقع العقد متزلزلاً بأن انشأه منجزاً ومن غير تعليق لكن جعل الخيار فيه لنفسه حكم ببطلانه لأن النكاح لا يقبل جعل الخيار فيه على ما تقدم الكلام فيه فيما تقدم . إلا أن الظاهر من عبارة المتن (قد هـ) إرادة التعليق لا جعل الخيار فيه .

(١) مر الكلام فيه في المسألة الرابعة من هذا الفصل وقد عرفت ان مقتضى صححة عقد بن مسلم هو ثبوت الخيار لها بعد البلوغ :
(٢) لا يخفى عدم تمامية ما افاده (قد هـ) من تفرع ثبوت الأثر على لزوم العقد وعدم ثبوت الخيار لها بعد البلوغ ، فإنه ثابت حتى مع القول بثبوت الخيار لها - كما اخترناه - وذلك لأن منشأ التوارث إنما هو صحة العقد وثبوت الزوجية بينهما لا لزومه .

(٣) على ما تقتضيه القاعدة وبدل عليه غير واحد من النصوص

وأما إذا زوجها الفضوليان فيتوقف على اجازتها بعد البلوغ (١) أو اجازة وليها قبله . فان بلغا واجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها أحكامها من حين العقد ، لما مر من كون الاجازة كاشفة . وان ردا ، أو رد احدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الاجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (٢) . وان بلغ أحدهما واجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية ،

الصحيحة صريحاً .

(١) على ما تقتضيه القاعدة في عقد الفضولي .

(٢) وتقتضيه - مضافاً إلى القاعدة - صحيحة أبي حنيفة الحذاء قال : (سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجها وليان لها وهما غير مدركين : قال : فقال : للنكاح جائز أيهما ادرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا ان يكونا قد ادركا ورضيا ، قلت : فان ادرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال : يجوز عليه ذلك ان هو رضي . قلت : فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أثره ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاهما بالتزويج ثم يدفع ليهما الميراث ونصف المهر . قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أيرتها الزوج المدرك ؟ قال : لا ، لأن لها الخيار إذا ادركت . قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب ويجوز

فان بلغ واجاز يحلف على انه لم يكن اجازته للطمع في الارث فان حلف يدفع اليه (١) . وان لم يجز ، أو اجاز ولم يحلف لم يدفع (٢) بل يرد إلى الورثة . وكذا لو مات بعد الاجازة وقبل الحلف (٣) . هذا إذا كان متهماً بان اجازته للرغبة في الارث ، واما إذا لم يكن متهماً بذلك - كما إذا اجاز قبل ان يعلم موته ، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك - فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف (٤) .

على الغلام والمهر على الأب للجارية (١) .
(١) على ما دل عليه صريحاً الصحيح المتقدم . ثم ان مورد الصحيحة وان كان هو موت الزوج وبقاء الزوجة إلا ان الظاهر انه لا خصوصية لذلك - كما عليه معظم الاصحاب - فان موت الزوج إنما ذكر في كلام السائل خاصة ، والظاهر ان الحلف إنما هو للاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث وهو لا يختص بفرض موت الزوج وبقاء الزوجة بل يثبت الحكم مع موت الزوجة وبقاء الزوج أيضاً .
(٢) لأن ظاهر الصحيحة ترتب الارث على الاجازة والحلف معاً (٣) لما تقدم آنفاً .
(٤) لأن الظاهر من النص ان الحلف ليس تبعداً محضاً وانما هو طريق لدفع التهمة ، فعلم بعدمها يكون لغواً .

(مسألة ٣٠) : يترتب على تقدير الاجازة والخلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (١) من المهر وحرمة الأم والبنات (٢) وحرمتها - ان كانت هي الباقية - على الأب والابن ونحو ذلك . بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الاجازة من غير حاجة إلى الخلف (٣) فلو اجاز ولم يخلف مع كونه متهماً لا يرث ، ولكن يترتب سائر الأحكام .
(مسألة ٣١) : الاقوى جريان الحكم المذكور في

(١) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، ويقتضيه صحيح أبي عبيدة المتقدم :

(٢) ذكر البنات من سهو القلم جزماً ، فان البنات لا تحرم إلا بعد الدخول بأمرها وحيث ان مفروض كلامنا ان اجازته للعقد إنما كانت بعد وفاتها فلا مجال لتصور الدخول بالأم كي تثبت حرمة البنات على ان الكلام إنما هو في الصغيرة . ومعه لا مجال لفرض البنات لها كي يبحث في حرمتها وعدمها

(٣) فان الحكم على طبق القاعدة ، وذلك لما عرفت من ان الاجازة توجب الحكم بصحة العقد وانتسابه إلى المعجز من حين صدوره لكن بالكشف الحكمي بالمعنى الذي ذكرناه ، ومقتضى عمومات الصحة ترتب جميع الآثار بلا استثناء .

نعم خرجنا عن هذه العمومات في خصوص الارث لصحيفة أبي عبيدة الخداء المتقدمة حيث دلت صريحاً على اعتبار الخلف في ثبوته ، ولولا هذه الصحيفة لقلنا بثبوته بمجرد الاجازة أيضاً .

المجنونين بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور (١) كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الفضولي ، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير ، أو كانا بالغين كاملين ، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك . ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه - لعدم الحاجة إلى الاجازة ، أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده - وبقي الآخر ، فإنه يعزل حصة الباقي من الميراث إلى ان يرد أو يحيز . بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور ، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (٢) ولكن الاحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة إلى الارث ، بل بالنسبة إلى سائر الاحكام أيضاً .

(١) نظراً لكون الحكم على طبق القاعدة فلا يختص بفرض معين .
 (٢) ما افاده (قده) لا يتم بعد التعدي عن وفاة الزوج وبقاء الزوجة إلى فرض وفاة الزوجة وبقاء الزوج ، فان الملاك المصحح له اعني الاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث بعينه موجود في جميع هذه الصور ولا يختص هذا بالارث بل يجري في أخذ الزوجة المهر أيضاً نظراً للثمة ، واما دفع الزوج للمهر فلا حاجة فيه إلى الحلف نظراً لكونه عليه لا له .

(مسألة ٣٢) : إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجزئاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق اجازة ولا رد ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات (١) ؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبنتها واختها والخامسة ، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره . وبعبارة أخرى : هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا ؟ قولان ، أقواهما :

(١) الكلام في هذه المسألة يقع في نقاط : -
النقطة الأولى : في لزوم العقد بالنسبة إلى الأصيل أو المجزئ ، بحيث لا يكون له رفع اليد عنه ما لم يرد الطرف الآخر وعدمه كما هو الحال في رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول .
الذي يظهر من كلمات بعضهم واختاره شيخنا الاستاذ (قدس) بل يظهر من كلمات الشيخ (قدس) هو الأول .
واستدل عليه بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) بدعوى انه انحلالى بالنسبة إلى طرفي العقد ، فوجب على الطرف الأول الالتزام به حتى ولو لم يجب ذلك على الطرف الآخر لعدم صدور القبول منه .
وفيه : ان موضوع الأمر بالوفاء والحكم باللزوم إنما هو العقد وهو على ما تقدم غير مرة عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر كما هو الحال في عقد الحبل وشده بآخر . ومن هنا فمع عدم التزام الطرف الآخر لا يصدق العقد ولا يكون موضوع الأمر بالوفاء واللزوم الذي هو بمعنى عدم قابليته للنقض والانحلال متحققاً .

وعليه : فهكون حاله حال رفع اليد عن الايجاب قبل القبول بل يكون هو من مصاديقه فان قبول الفضولي لا يعتبر التزاماً كي ينضم الى التزام الأصيل فانه لا يلتزم بشيء وإنما ينشأ أمراً يتعلق بالغير .

ثم ان شيخنا الاستاذ (قده) قد استدل على اللزوم بان الاصيل بنفس الانشاء قد ملك التزامه للطرف الآخر : ومن هنا فليس له ان يرجع فيه نظراً لكونه مملوكاً للغير .

وفيه : ان الالتزام ليس متعلقاً بالتمايلك وانما هو التزام به فليس هو مملوكاً للغير ، بل لم يتحصل لنا معنى معقول للملكية الالتزام وان كانت الاعمال قابلة للملك ، على ان لازم ذلك بقاء الملك بلا مالك ، فان الاصيل لا يملكه لأن المفروض انه قد ملكه للغير ، والفضولي أجنبي عنه بالمرّة فلا معنى لكونه هو المالك ، ولا يملكه من له الاجازة لعدم صدور القبول منه والملكية لا تكون قهرية بل تحتاج الى الايجاب والقبول ، فلا معنى لحصولها قبل القبول ، فيبقى الملك بلا مالك وهو محال .

اذن : فلا دليل على لزوم هذا الالتزام وعدم جواز رفع اليد عنه ، لعدم صدق العقد في المقام - وان عبر عنه بالعقد الفضولي مسامحة - ويترتب على ذلك صحة جميع التصرفات المنافية له ونفوذها ويكون ذلك فسخاً فعلياً للانشاء الاول ، ومعه فلا يبقى أثر للقبول اللاحق : ومنه يظهر ما في صدر عبارة الماتن (قده) من التعبير بـ (إذا كان العقد لازماً) فانه لا وجه له ، اللهم إلا ان يحمل على المسامحة .

النقطة الثانية : في جواز التصرفات المنافية للانشاء وعدمه من حيث الحكم التكميلي بعد الهناء على لزوم الالتزام من طرف الاصيل

والمجيز .

اختار شيخنا الانصاري (قدّه) الأول - بناءً على القول بالنقل - والثاني - بناءً على القول بالكشف - واستدل عليه بالأمر بالوفاء بالعقد حيث ان مقتضاه ترتيب آثاره عليه وهو يعني عدم جواز التصرف المنافي له . وهذا منه (قدّه) يبتني على ما ذكره في مبحث اصالة اللزوم في المعاطاة من ان المراد من الوفاء بالعقد هو ترتيب آثاره عليه ، إلا اننا قد ذكرنا في محله ان معنى الوفاء إنما هو إنهاء الالتزام واستمراره فصرفه عن معناه والالتزام بان المراد به هو ترتيب الآثار عليه يحتاج إلى القرينة وهي مفقودة .

اذن ا فالوفاء الذي تعلق به الأمر يدور أمره بين ان يكون حكماً تكليفيّاً أو يكون ارشاداً إلى عدم تحقق نقضه في الخارج نظير قوله (عليه السلام) : (دعي الصلاة أيام اقرائك) وحيث ان الأول غير محتمل لأن لازمه نفوذ الفسخ وإن كان محرماً من حيث الحكم التكليفي وذلك لأن الحكم لا يتعلق إلا بأمر مقدور اذ لا معنى لوجوب الممتنع أو حرمة ، وعليه فيكون معنى حرمة الفسخ هو نفوذه وتأثيره وهذا بما لا يقول به أحد فيتعين للثاني .

ولو تنزانا عن هذا كله وقلنا بان معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب الآثار وان الآية الكريمة تتضمن حكماً تكليفيّاً . إلا ان ذلك لا ينفع فيما ذكره (قدّه) من اللزوم في المقام والوجه فيه ان موضوع الأمر بالوفاء إنما هو العقد وقد عرفت انه غير متحقق في الخارج لعدم تحقق الالتزام من الطرف الآخر .

ومن هنا يظهر انه لا وجه لتقييد الماتن (قدّه) للجواز بما إذا لم يعلم لحوق الاجازة من الآخر بعد ذلك - حتى بناءً على القول

بالكشف - إذ ليس بالفعل حكم بالملكية أو الزوجية نظراً لعدم تحقق العقد - كما عرفت - فيكون تصرفه فيه تصرفاً في ملكه .
نعم قد يقال بذلك بناءً على للكشف الحقيقي لانكشاف وجود الزوجية حين العقد واقعاً بعد ذلك .

إلا انه أيضاً قابل للدفع باعتبار ان الكشف الحقيقي أيضاً إنما يكون مع استمرار الطرف الاصيل على التزامه وبقائه إلى حين الاجازة وأما بعد رفع اليد عنه فلا مجال للكشف بالاجازة من الطرف الثاني عن وجود الزوجية آنذاك .

النقطة الثالثة : في نفوذ تصرفات الأصيل المنافية لالتزامه قبل الاجازة وعدمه على تقدير لحوق الاجازة والقول بانها كاشفة .
ذهب الماتن (قده) إلى الثاني مع التزامه بالجواز تكليفاً بدعوى ان الاجازة لما كانت كاشفة عن صحة العقد من حينه - وإن كان الاعتبار من حينها - كان لازم ذلك بطلان جميع التصرفات المنافية له والمتأخرة عنه زماناً ، فلو تزوج احدى الأختين فصولاً ثم تزوج الاخرى برضاها ثم اجازت الأولى العقد كانت هذه الاجازة كاشفة عن زوجية الاولى له من حين العقد ولارم ذلك هو بطلان عقد الثانية نظراً لحرمة الجمع بين الأختين .

والتحقيق : ان الحكم في هذه النقطة مبني على المختار في النقطة الاولى . فان قلنا فيها بلزوم العقد - كما اختاره شيخنا الانصاري (قده) - كان الامر كما ذكره الماتن (قده) من نفوذ العقد الفضولي بالاجازة وبطلان التصرف المنافي له ، وان قلنا بما اخترناه من عدم اللزوم لعدم تحقق مفهوم العقد فالظاهر هو الحكم بصحة العقد الثاني ونفوذه ، وبطلان الالتزام الاول لرفع اليد عنه بالتصرف

الثاني ، إلا مع فرض العلم بحصول الاجازة بعد ذلك للكاشفة عن تحققها من حين العقد (١) . نعم الاحوط الأول ، لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة . نعم إذا تزوج الأم أو البنت - مثلاً - ثم حصلت الاجازة كشف عن

المنافي له فإنه يعد فسخاً ورداً له . ومعه فلا يبقى مجال للحوق الاجازة وانضمامها اليه كي يتحقق به مفهوم العقد .

والحاصل : ان العقد الثاني محكوم بالصحة لصدوره من أهله ووقوعه في محله ، فان الاجازة لا محل لها لارتفاع الالتزام الاول ومعه فلا مجال للكشف عن صحة العقد السابق المقتضية لبطلان العقد الثاني لا محالة .

نعم بناءً على القول بالكشف الحقيقي بحيث تكون الاجازة مجرد معرف فقط ربما يقال ببطلان العقد الثاني لانكشاف كون الاخت الاولى زوجة له من حين العقد واقعاً - وإن لم يكن هو عالماً به - ومعه تبطل زوجية الثانية لا محالة .

إلا انك قد عرفت - فيما تقدم - ان القائلين بالكشف الحقيقي إنما يقولون به مع بقاء الاول على التزامه ، وأما مع رفع اليد عنه فلم يعرف منهم قائل به .

(١) عرفت فيما تقدم انه لا اثر للعلم بحصول الاجازة بعد ذلك وعدمه في جواز التصرف المنافي للالتزام الاول ونفوذه ، فان للاصيل ذلك ما لم يتحقق مفهوم العقد باجازة الطرف الآخر فعلاً ويؤمر بالوفاء .

بطلان ذلك (١) .

(مسألة ٣٣) : إذا رد المعقود أو المعقودة فضولاً للعقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء اجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا . لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز وتبين كونه كأنه

(١) ما افاده (قده) - حتى على تقدير تسليم ما تقدم منه (قده) من كشف الاجازة عن صحة العقد الاول من حينه - انما يتم في الاختين والبنت والأم مع فرض تقدم عقد البنت دون العكس . وأما فيه كما لو تزوج الأم فضولة ثم تزوج بنتها قبل اجازتها هي للعقد ثم اجازت العقد فالحكم بالبطلان وان كان هو المشهور والمعروف بينهم ، وان لم يكن قد دخل بها - كما صرح به بعضهم - الا اننا لم نعتز على دليل له ، فانه لم يرد في شيء من النصوص حرمة الجمع بينهما - كما هو الحال في الاختين - وانما المذكور في الآية الكريمة والنصوص الشريفة حرمة الربيبة إذا دخل بأماها ، فاذا فرض عدم الدخول بها كانت الربيبة داخلة في عنوان (ما وراء ذلكم) الذي تضمنت الآية المباركة حليته ، ومقتضى حل نكاحها هو صحة العقد عليها - كما هو واضح - وحيث ان الام لقوله تعالى : (وامهات نسائكم) ومعه فلا يبقى مجال لاجازتها للعقد السابق .
والحاصل : ان البطلان انما يكون في عقد الأم دون عقد البنت كما هو الحال في الرضاع وما شاكله من الأسباب الموجبة لبطلان عقد الام قبل الدخول بها .

لم يكن . وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) وهو في غير محله ، بعد ان لم يتحقق نكاح ، ومجرد العقد لا يوجب شيئاً . مع انه لا فرق بينه وبين نكاح البنت (٢) وكون الحرمة في الاول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق .

نعم لو ثبت ما يدل على حرمة الجمع بين الأم والبنت - بهذا العنوان - تم ما افاده (قدّه) من بطلان عقد البنت - بناءً على تسليم ما افاده (قدّه) من كشف الاجازة عن صحة العقد من حينه - إلا ان مثل هذا الدليل مفقود .

(١) وكان وجهه كفاية العقد الفضولي والمتحقق من جانب واحد فقط والربط الحاصل به في حرمة أمها وان لم تحصل الزوجية .
 (٢) الأمر وان كان كما ذكره (قدّه) في المقام ، فان مجرد العقد لا يوجب شيئاً ، إلا ان ما افاده (قدّه) من النقص وعدم الفرق بين نكاح الأم ونكاح البنت لا يمكن المساعدة عليه - حتى بناءً على ما ذهب اليه المشهور من حرمة الجمع بينهما - وذلك لأن الموجب لحرمة البنت ينحصر في أحد أمرين : الدخول بالأم أو الجمع بينهما في الزوجية - هل ما اختاره المشهور وإن لم نرتضه - ولا شيء من هذين العنوانين متحقق في المقام فان الأول مفروض لعدم اجازتها للعقد ، والثاني متوقف على تحقق العقد وهو غير صادق بمجرد الالتزام من طرف واحد ، ولا قائل بكفاية مثل هذا الالتزام الصادر من جانب الرجل في حرمة البنت - وان قيل بها في حرمة الام - .

(مسألة ٣٤) : إذا زوجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد ، فتزوجت من آخر ، ثم علمت بذلك للعقد ، ليس لها ان تجيز لفوات محل الاجازة (١) . وكذا إذا زوج رجل فضولاً بامرأة وقبل ان يطلع علي ذلك تزوج أمها أو بنتها أو أختها ، ثم علم . ودعوى : ان الاجازة حيث انها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني . كما ترى .

واذن : فيصح عقد البنت بلا محذور ، ومعهالا يبقى مجال لاجازة الأم للعقد السابق حيث انها أصبحت أم الزوجة .
والحاصل : فما أفاده (قده) من النقص غير تام ولا يمكن المساعدة عليه لوجود الفرق بين المقامين .

(١) وفاقاً للشيخ الأعظم (قده) في مبحث ثمرات القول بالكشف أو النقل من المكاسب وهو بناءً على ما اختاره المشهور من عدم تأثير الاجازة بعد الرد واضح فانها وان لم تكن ملتزمة إلى ذلك إلا ان التزامها بالعقد الثاني لما كان التزاماً منها بجميع خصوصياته ولو ازمه ومنها عدم كونها زوجة لغيره ، كان ذلك رداً للعقد السابق ورفضاً له وان لم تكن هي عالة به . وأما بناءً على ما اخترناه من عدم مانعية الرد عن حقوق الاجازة فالامر كذلك أيضاً باعتبار انها تخرج بالعقد الثاني عن قابلية الاجازة .

والوجه فيه ما تقدم مراراً من ان العقد إنما يكون عقداً لها ويلتسب اليها بعد الاجازة وأما قبلها فلا انتساب اليها وليست هي زوجة لذلك

(مسألة ٣٥) : إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل وزوجها الوكيل الآخر من آخر ، فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح (١) وان علم الاقتران بطلا معاً (٢) وان شك في السبق والاقتران فكذلك لعدم العلم بتحقيق عقد صحيح والاصل عدم تأثير واحد منهما (٣) . وان علم للسبق والحق ولم يعلم السابق من اللاحق فان علم تاريخ

الرجل . ومن هنا فحين النزوح الثاني تكون المرأة خلية من البعل فيحكم بصحة هذا العقد لا محالة لصدوره من أهله ووقوعه في محله ، وبذلك تصبح المرأة ذات بعل فلا يصح لها ان تزوج لفوات الحل ، بلا فرق في ذلك بين كون زمان الزوجية بالفعل أو السابق ، فانه الآن لا يمكن الحكم بتلك الزوجية السابقة .

نعم بناءً على الكشف الحقيقي قد يقال بذلك ، لكنك قد عرفت فيما سبق انه لا يتم أيضاً ، لأنه إنما يتم فيما إذا كان العقد قابلاً للاستناد بالاجازة إلى المعجز ، وحيث انه لا قابلية في المقام لأن الزوجة لا تزوج ثانياً فلا مجال للاجازة كي يقال انها تكشف عن وجود الزوجية في ذلك الزمان حقيقة .

(١) بلا خلاف فيه ويقتضيه اطلاقات وعمومات أدلة نفوذ العقد .

(٢) لعدم امكان الجمع بينهما وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح

بلا مرجح .

(٣) ما افاده (قده) إنما يتم بناء على ما سلكتاه في الاستصحاب

من جريانه في كلا الطرفين المعلوم التاريخ ومجهوله ، فان اصالة عدم

أحدهما حكم بصحته (١) دون الآخر ، وان جهل التاريخان
ففي المسألة وجوه : أحدها : التوقيف حتى يحصل العلم (٢)
الثاني : خيار الفسخ للزوجة . الثالث : ان الحاكم يفسخ .

زوجية أختها في زمان العقد عليها معارضة بمثلها في الاخرى وحيث
لا يمكن الجمع بينهما يتساقطان لا محالة حتى مع العلم بتاريخ أحدهما
دون الآخر ، فان معلوم التاريخ وإن لم يجر فيه الاستصحاب بالنسبة
إلى عمود الزمان إلا انه بالنسبة إلى الزماني - أعني عقد الأخت الثانية -
يجري بلا محذور حيث يشك في وقوع العقد على الأخت قبل ذلك
الزمان فيجري الاستصحاب .

وأما على مبنى الماتن (قده) والمشهور من عدم جريان الاستصحاب
في معلوم التاريخ ، فلا يتم ما ذكره (قده) على إطلاقه ، بل
لا بد من التفصيل بين كونها معاً مجهولين وكون أحدهما معلوماً والآخر
مجهولاً .

(١) وهو انما يتم على مسلكه (قده) من عدم جريان الاصل
في معلوم التاريخ ، واما بناءً على ما اخترناه من جريان الاصل في
كلا الطرفين بلا فرق في ذلك بين معلوم التاريخ ومجهوله باعتبار ان
الاصل وان لم يكن جارياً بالنسبة إلى عمود الزمان إلا انه لا محذور
في جريانه فيه بلحاظ الحدث الآخر - عقد الأخت الثانية - فلا فرق
في الحكم بين الصورتين بمعنى كون حكم معلوم التاريخ هو حكم
مجهوله .

(٢) الظاهر ان هذا القول لا يعتبر تفصيلاً في المقام لأن ملروض

الرابع : القرعة . والأوفق بالقواعد هو للوجه الأخير (١) وكذا للكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى

الكلام عدم امکان تحصیل العلم اذ مع امکانه لا تكون هناك شبهة أو مشكلة في المقام ولا يمتثل فيه القول بثبوت الخيار لها أو للحاكم أو القرعة . كما لو عقد الوكيل عن الزوج على إحدى ابنتي زيد معينة وكان الزوج جاهلاً بها ، أميحتمل القول بثبوت الخيار له أو للحاكم أو القرعة مع تمكنه من السؤال من الوكيل ؟

نعم لو كان تحصیل العلم من الصعوبة بمكان ، بحيث يلحق بعدمه كما لو توقف على الانتظار خمسين سنة - مثلاً - المستلزم لبقاء المرأة معطلة لم يكن به اعتبار .

(١) بل هو المتعين وذلك لأن الضرر المتوجه اليها لم ينشأ من الزوجية أو آثارها كي يقال بثبوت الخيار لها أو للحاكم في فسخها ، فإنه لا ضرر في الزوجية نفسها أو في آثارها المترتبة عليها كلزوم التمكين وغيره : ولذا لو كان الزوج معلوماً لم يكن فيهما أي ضرر وإنما الضرر ناشئ من الجهل بالزوج وحكم العقل بلزوم الاحتياط وعدم تمكنها من تمكين نفسها لزوجها الواقمي ، فغاية ما يقتضيه دليل نفي الضرر هو عدم لزوم الاحتياط والبناء على زوجية نفسها لأحد الرجلين ، وهو يحصل بالقرعة . وأما ثبوت الفسخ لها أو للحاكم فلا مبرر له .

على اننا قد ذكرنا في مبحث خيار الغبن - حيث تمسكوا لاثباته بدليل نفي الضرر - ان الضرر إنما هو في نفس العقد فلو كان دليل

أو زوجه احدهما بامرأة والآخر ببنتها (١) أو أمها أو اختها .
وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل وزوجها وكيلها
من آخر أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله باخرى لا يمكن
الجمع بينهما . ولو ادعى أحد للرجلين المعقود لهما السابق ،
وقال الآخر : لا أدري من السابق ، وصدقت المرأة

نفى الضرر شاملاً له للزم الحكم ببطلانه رأساً ، لا القول بصحته
مع ثبوت الخيار للمتضرر ، اذ الذي يظهر من دليل نفى الضرر ان
الحكم الضروري غير مجعول في الشريعة المقدمة لا انه مجعول غاية الأمر
انه يتكفل اثبات ما يتدارك به .

اذن : فلا وجه لاثبات الخيار للزوجة فضلاً عن الحاكم حيث لا دليل
على ولايته ، وعليه فيدخل المقام تحت قولهم (ع) : (الفرعة لكل
أمر مشكل) حيث انه لا طريق لتخلصها والمرأة لا تبقى معطلة .
ثم لا يخفى ان مقتضى الاحتياط هو ان يطلقها احدهما فيتزوجها
الآخر بعقد جديد - إن شاء - والا فيطلقها هو أيضاً كي يجوز لها
جزماً التزوج من ثالث غيرهما .

(١) وهو انما يتم بناءً على ما ذهب اليه المشهور واختاره الماتن
(فده) من حرمة الجمع بين الأم والبنت . واما بناءً على ما اخترناه
من اختصاص حرمة البنت بفرض الدخول بالأم فالمتعين هو الحكم
بصححة عقد البنت وبطلان عقد الام سواء أكان عقدها متقدماً أم
مقارناً أم متأخراً :

المدعي للسبق ، حكم بالزوجية بينهما ، لتصادقهما عليها (١)

(١) والحق لا يعدوهما فيؤخذ كل منهما باقراره بالنسبة إلى ما للاخر عليه من حقوق ، بل تقتضيه السيرة القطعية حيث يحكم بزوجية كل متصادقين عليهما من دون ان يطالبا بالبينة أو اليمين ، بل لا يبعد كونه من مصاديق كبرى تصديق المدعي إذا لم يكن له معارض . والله ولي العصمة .

إلى هنا انتهى ما افاده سماحة آية الله العظمى الامام - الوالد - ادام الله ظله العالي على رؤوس المسلمين مناراً للأسلام وذخراً لهم في مجلس درسه الشريف شرحاً على كتاب النكاح من العروة الوثقى . والحمد لله على توفيقه لي في الحضور والكتابة ، واسأل الله عز وجل ان يطيل عمر سيدنا - دام ظله - لاحياء فقه آل مجد (ص) وراثتهم الخالد ، وان يوفقني للحضور والفهم والكتابة ، انه سميع مجيب . وكان الفراغ من تسويده في اليوم الحادي والعشرين من شهر محرم الحرام سنة اربعمائة وثلاث بعد الالف من الهجرة النبوية الشريفة . وصل الله على مجد وآله الطيبين الطاهرين :

وانا الاقل مجد تقي الخوئي

کتاب الوصیة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كتاب الوصية)

وهي أما مصدر (وصى يصي) بمعنى اللوصل (١) حيث ان الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة ، واما اسم مصدر بمعنى العهد من (وصى يوصي توصية) (٢)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كتاب الوصية)

(١) كذا ذكر جماعة من الاصحاب ، ولعل الاصل فيه ما ذكره الشيخ (قده) في المبسوط .
 إلا انه ضعيف جداً حيث لم يعلم ولا مورد واحد لاستعمالها فيه ، كما لم يذكر في شيء من كتب اللغة ذلك ، فهذا الاحتمال بعهد بل مقطوع البطلان - كما نبه عليه الشيخ الاعظم (قده) في رسالته - هـ
 (٢) وهذا الاحتمال هو المتعين ، كما يشهد له استعمالها فيه في الآيات

أو (أوصى يوصى ايضاً) . وهي أما تمليكية أو عهدية (١)

الكريمة وعرف المشرعة ، كقوله تعالى : (من بعد وصية يوصى بها أو دين) (١) ، وقوله تعالى : (من بعد وصية يوصى بها أو دين) (٢) ، وقوله تعالى : (من بعد وصية يوصى بها أو دين) (٣) وقوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) (٤) ، إلى غير ذلك من الآيات الكريمة .

فان الكلمة في جميع هذه الموارد مستعملة في العهد واسم المصدر

لوصى يوصى توصية .

ثم لا يخفى ان المراد بها في عرف المشرعة إنما هو قسم خاص وحصه معينة من العهد وهي ما يتعلق بما بعد الموت فحسب .

(١) الفرق بين القسمين يكمن في ان الأولى إنما تتعلق بالأمر الاعتبارية التي هي نتيجة للفعل الخارجي وتتضمن تمليك الموصى له شيئاً من العين أو المنفعة ، ويلحق بها كل وصية لم يكن متعلقها فعلاً خارجياً كالوصية بفك الملك كالتدبير وبراء المدينون فإنها لم تكن تمليكية بالمعنى الذي ذكرناه حيث انها لا تتضمن تمليك أحد شيئاً إلا انها تلحق بها لكون متعلقها نتيجة الفعل نفسه . وهذا بخلاف الثانية حيث انها تتعلق بالافعال الخارجية كتغسيله وكفنه ودفنه وغيرها .

وبعبارة أخرى : ان الأولى تصرف اعتباري من الموصى نفسه فيما

(١) النساء : ١١ .

(٢ ، ٣) النساء : ١٢ .

(٤) البقرة : ١٨٠ .

وبعبارة أخرى (١) : أما تملك عين أو منفعة ، أو تسليط على حق (٢) ، أو فك ملك ، أو عهد متعلق بالغير ، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه . وتنقسم انقسام الأحكام الخمسة .

(مسألة ١) : الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول (٣)

يتعلق بما بعد وفاته مستمتع لتحقق النتيجة قهراً بالموت في حين ان الثانية عهد إلى الغير بان يتولى بعد موته فعلاً خارجياً من تجهيز أو زيارة أو اطعام ونحوهما أو اعتبارياً من تملك أو عتق أو ايقاف أو نحوها .

(١) لا يخفى ان ما ذكره (قدّه) لا يتضمن الفرق بين الوصيتين التمليلية والعهدية ، بل لا يخلو من الاحتمال من حيث كون ما ذكره (قدّه) من الأمثلة - غير الأولين وغير ما ذكره اخيراً من العهد المتعلق بنفسه أو بغيره - من القسم الأول أو الثاني .

نعم يظهر من قوله (قدّه) في المسألة الاولى من ان الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول وكذا الوصية بالفك كالعقق انها من الوصية التمليلية إذ لو كانت عهدية لما كان هناك حاجة إلى قوله (قدّه) : (وكذا) .

(٢) في العبارة مسامحة واضحة ، فان التسليط لا يتعلق بالحق وانما يتعلق بالتصرف ، إذ الحق هو السلطنة عيئها . فالأنسب تبديل العبارة بالقول : (أو تسليط على التصرف) .

(٣) وهو إنما يتم على اطلاقه بالنسبة إلى الموصي إليه (الوصي)

وكذا الوصية بالفك كالعق (١) . وأما التمليلية فالمشهور على انه يعتبر فيها للقبول جزءاً ، وعليه تكون من العقود (٢)

فانه لا يعتبر قبوله بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، نعم له الرد ما دام الموصي حياً بشرط ابلاغه بذلك ، والا فلا أثر لرده أيضاً دون الموصى له فانه وبالنسبة اليه لا بد من ملاحظة متعاق الفعل الذي تعلقت به الوصية فان كان مما يحتاج إلى القبول كالبيع والاجارة ونحوهما اعتبر قبوله جزءاً والا - كالوقف والعق ونحوهما - فالأمر كما ذكره (قده) من عدم الحاجة إلى القبول .

وكان نظره (قده) في للي الحاجة إلى القبول في الوصية المهدية إلى الموصى اليه خاصة .

(١) بلا خلاف فيه وفي الابرأ ، فأنها من الايقاع غير المحتاج إلى القبول إذا وقعا حال الحياة منجزين ، فيكونان كذلك إذا وقعا معلقين على الموت على وجه الوصية .

(٢) كما ادعي عليه الاجماع في بعض الكلمات ، ويشهد له ذكر الفقهاء (قدهم) لها في أبواب العقود .

وكيف كان : فالقائلون به على مذهبين ١

الأول : - ما اختاره الشيخ الأعظم (قده) من كونه جزءاً ناقلاً .

الثاني : - كونه جزءاً كاشفاً :

واستدل الشيخ الأعظم (قده) على مختاره بوجود عدتها عدم الاطلاق في أدلة الوصية كي يستكشف منه عدم الحاجة إلى القبول ، والاصل عدم انتقال المال إلى الموصى له قبل القبول .

ولا يخفى عدم تمامية كلا هذين المذهبين والمناقشة فيها تكون من لاهيتين : الثبوت والاثبات .
أما الأولى ، فالظاهر انه لا مجال للالتزام بكون الوصية من العقود :

والوجه فيه : ما تقدم مراراً من ان العقد إنما هو عبارة عن ضم التزام بالتزام وربط احدهما بالآخر كما هو الحال في عقد حبل بحبل آخر ، وهو غير متحقق في المقام ، إذ لا يبقى التزام للموصي بعد وفاته كي ينضم اليه التزام الموصى له ، فان الميت لا التزام له .
ومن هنا فلو اعتبر القبول فلا بد من جعله شرطاً - كشفاً أو نقلاً - لا محالة لاستحالة القول بكون الوصية عقداً .

وأما الثانية : فبناءً على النقل - كما اختاره (قده) - لا تشملها أدلة الوفاء بالعقد .

وذلك : فلأن الذي انشأه الموصي - اعني الملكية بعد الموت - لم يمض من قبل الشارع ، وما يدعى امضاؤه له - اعني الملكية بعد القبول - لم ينشأه الموصي ، فيكون من قبيل ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع .

ودعوى : ان الاختلاف والتفاوت بين المنشأ والمضى واقع في موارد من الابواب الفقهية نظير الهبة حيث ان المنشأ فيها هو التملك الفعلي في حين ان الامضاء متعلق بالتمليك بعد القبض .
مدفوعة : بان ذلك وان كان ممكناً في نفسه إلا انه يحتاج إلى دليل خاص لعدم شمول الأمر بالوفاء له لما عرفت من ان المنشأ لم يمضه الشارع وما يدعى امضاؤه له لم ينشأ وهو مفقود .
فما افاده (قده) لا يمكن الالتزام به ثبوتاً واثباتاً .

او شرطاً - علي وجه الكشف أو النقل - فيكون من
الايقاعات (١) .

وتوهم ا ان تأخره عن القبول لا ينافي شمول أدلة الوفاء بالعقد
له لأنه موجود في جميع المعاملات حيث يكون هناك فاصل زمني - ولو
كان قليلاً جداً - بين الايجاب والقبول لا محالة ، من غير ان يقال
أن ما أنشأه المنشئ لم يتعلق به الامضاء وما تعلق به الامضاء لم ينشأ
وحيث ان الوصية كسائر العقود - وان كان زمان الفصل فيها اطول -
كان حكمها حكم غيرها في شمول أدلة الوفاء بالعقد لها .

مدفوع : بان المنشأ في سائر العقود - كالبيع مثلاً - ليس هو الملكية
في زمان الانشاء ، وانما هو الملكية على تقدير القبول ، فانه مبادلة
مال بمال ومعاملة بينها بالتراضي ، فلا ينشئ البائع الملكية للمشتري
سواء اقبل أم لم يقبل ، بخلاف الوصية حيث ان المنشأ مقيد بالزمان
- اعني زمان الموت - وهو لم يتعلق به الامضاء - على ما اختاره الشيخ
الأعظم (قده) من ان القبول ناقص لا كاشف - وما تعلق به لم
ينشأ .

فالفرق بين الوصية وغيرها ظاهر . هذا بناءً على القول بالنقل .
وأما بناءً على الكشف بان يحكم بالقبول بالملكية من حين الموت
فهو لو فرضنا امكانه وسلمنا صدق العقد عليه مخالف لما هو المهود
في العقود والمرتكز في الازهان من تأخر الاثر عن القبول - بناءً على
اعتباره - ففرض تحقق العقد وكون الاثر قبله ، مما لا يمكن المساعدة
عليه .

(١) ويرد عليه اما بناءً على النقل فمضافاً إلى عدم الدليل عليه ،

انه مخالف لادلة الوفاء بالعقد - كما تقدم - فان المنشأ إنما هو الملكية بعد الموت فالالتزام بالملكية بعد القبول ولو على نحو الشرطية مخالف لدليل الامضاء .

وأما بناءً على الكشف فهو وان كان ممكناً ولم يكن يناهيه دليل الامضاء فان الانشاء متعلق بالملكية بعد الموت وبالقبول يحكم بها فيكون من الشرط المتأخر لا محالة ، إلا انه يحتاج إلى الدليل في مقام الاثبات : وقد استدل عليه في بعض للكلمات باصالة عدم الانتقال إلى الموصى له بغير القبول .

وهذا الاصل لو تم - فلا بد من الالتزام بشرطية القبول ، إلا انه مدفوع باطلاقات أدلة الوصية - وان ناقش فيها شيخنا الأعظم (قده) - الدالة على نفوذ الوصية من غير تقييد بالقبول مثل قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين ، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم ، فمن خاف من موصٍ جنفاً او اثمأ فأصلح بينهم فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم) (١) .

فانها وان كان موردها خصوص الوصية إلى الوالدين والاقربين ، إلا ان مقتضى استدلالهم (ع) بها في جملة من النصوص على نفوذ وصية الموصي على الاطلاق ، هو عدم اختصاصها بموردها ، واطلاق الحكم لجميع موارد الوصية .

بل ويمكن استمداد اطلاقها من الاستثناء نظراً إلى ان الوصية

لوالدين والاقربين بالمعروف لا يكون فيها جنف اطلاقاً :
 اذن ، فالمستفاد من هذه الآية الكريمة وغيرها والنصوص الواردة
 في المقام ان الوصية نافذة ولازمة على الاطلاق ومن غير اعتبار لقبول
 الموصى له حيث لم يذكر ذلك في شيء من الآيات والروايات ومعه
 فلا تصل النوبة إلى الاصل .

ثم انه ربما يستدل على اعتبار القبول بما دل على سلطنة الناس
 على أنفسهم ، حيث ان دخول شيء في ملكه قهراً وبغير اختياره يناهى
 هذه السلطنة وثبوت مثله في الأثر والوقف إنما كان بدليل خاص
 فلا مجال للتعدي عنه .

إلا انه مدفوع : ان هذه الجملة وان وردت في كلمات الفقهاء
 إلا انها لم تذكر في شيء من النصوص ولم يدل عليها دليل .
 اللهم إلا ان يتمسك لها بقوله تعالى : (قال رب أني لا املك إلا
 نفسي وأخي) (١) .

إلا ان الاستدلال بها يعتبر من الغرائب ، فانها في مقام بيان قدرة
 موسى (ع) على تنفيذ أمر الله تبارك وتعالى وانه لا قدرة له إلا على
 نفسه وأخيه دون سائر بني اسرائيل ، وأين هذا من محل كلامنا ؟ :
 فالآية أجنبية عن السلطنة على النفس ولا يصح الاستدلال بها .
 على انا لو فرضنا ورود هذه الجملة في نص معتبر ، فهي لا تدل
 على اعتبار القبول - كما هو المدعى - اذ يكفي في السلطنة قدرته على
 الرد ، فانه حينئذ لا تكون الملكية ملكية قهرية ولا تنافي سلطنته على
 نفسه .

نعم لو قيل بثبوت الملكية المستقرة غير القابلة للزوال بالرد كان هذا القول منافياً لقاعدة السلطنة - بناءً على ثبوتها - إلا أنها لا قائل بها ولم يذهب إليها أحد، فإن القائل بعدم اعتبار القبول يرى اعتبار عدم الرد في حصول الملكية لا محالة .

ثم إن من غرائب ما ورد في المقام ما استدل به بعضهم على اعتبار القبول بان اعتبار عدم الرد في ملكية الموصى له للموصى به ملازم ومساق لاعتبار القبول وذلك لأنه لو لم يكن الأمر كذلك وكان الموصى له يملك الموصى به بمجرد الموت ، لم يمكنه بالرد ارجاعه إلى ملك الميت ثانياً ، لعدم ثبوت ولاية له تقتضي ذلك .

فانه مندفع : بان الملكية المدعاة في المقام إنما هي الملكية المتزلزلة - على ما ذكره الشيخ (قده) ونسب إلى العلامة في التذكرة - وهي ليس معناها إلا ذلك أعني ملكية الموصى له ما لم يرد فاذا رد كان المال للميت من دون حاجة إلى الولاية وما شابهها :

على ان الذي يقول بمانع الرد يلتزم بكشفه عن عدم الملك من الأول لا رجوع المال إلى ملك الميت بعدما كان قد انتقل منه إلى الموصى له .

ويظهر ثمرة القولين في منافع الموصى به ، فإنها على الأول للموصى له حيث ان العين كانت مملوكة له فببيعها ثمارها في الملكية فاذا انتقلت هي عن ملكيته إلى ملكية الميت ثانياً بقيت منافعها على ملكه لا محالة وعلى الثاني تكون للميت لأنه - وبرد الموصى له للوصية - ينكشف ويظهر بطلانها وعلى هذا الأساس تبقى العين هي ومنافعها على ملك الموصى كما كانت .

اذن : فالتمحصل مما تقدم انه لا دليل على اعتبار القبول في نفوذ

ويحتمل قوياً عدم اعتبار للقبول فيها ، بل يكون الرد مانعاً (١) وعليه تكون من الإيقاع الصريح . ودعوى : انه يستلزم الملك للقهري ، وهو باطل في غير مثل الارث مدفوعة : بانه لا مانع منه عقلاً ، ومقتضى عمومات الوصية ذلك ، مع ان الملك القهري موجود في مثل الوقف (مسألة ٢) : بناءً على اعتبار القبول في الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلا اشكال (٢) .

الوصية ، بل مقتضى اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الواردة في المقام هو نفوذها وملكية الموصى له للموصى به من دون حاجة إلى القبول .

(١) بمعنى كشف الرد عن بطلان الوصية وعدم ملكية الموصى له للموصى به ، كما ادعى عليه الاجماع - وهو غير بعيد - وما اختاره (قدس سره) هو الصحيح .

ويؤكد ما ورد في موت الموصى له قبل بلوغه خبر الوصية من دفع الموصى به لورثته فانه وان أمكن ان يكون حكماً تعديلاً ، إلا ان الظاهر منها ان الدفع اليهم إنما هو باعتبار ملكهم له وكونهم ورثته فيكون مؤكداً لعدم الحاجة إلى القبول في حصول الملك .

(٢) وبه يلزم الوصية لاطلاقات ادلتها ولو التزمنا بتقييدها بالقبول من الموصى له فان القبول بعهد الموت هو المتيقن كفايته في تحقق الملكية .

وقبل وفاته على الأقوى (١) . ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة ، لأنها تمليك بعد الموت ، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية ، فلا محل له ولأنه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفیان حال الحياة . إذ يمنع عدم المحل له ، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل ،

(١) وهو المشهور والمعروف بينهم ، ويدلنا عليه أمران : -
الاول : اطلاقات أدلة نفوذ الوصية فان مقتضاها - وكما عرفت - نفوذ الوصية مطلقاً ومن غير اعتبار القبول غاية الأمر اننا خرجنا عنها للاصل أو الملازمة أو قاعدة السلطنة واعتبرنا في نفوذها القبول ، إلا ان هذا لا يقتضي إلا اعتبار طبعي القبول ، وأما خصوصية كونه بعد الموت فهي تحتاج إلى الدليل وهو مفقود . وحينئذ فالمتبع هو الاطلاق :

الثاني : اطلاقات وعمومات أدلة نفوذ العقود فأننا وان ناقشنا في جزئية القبول بعد الوفاة وتحقق العقد به إلا انه لا اشكال في تحققه به إذا كان في حياة الموصي وذلك لانضمام التزامه بالتزامه كما لا يخفى . وحينئذ فلا يبقى مانع من شمول ادلة نفوذ العقد له حتى ولو فرضنا عدم وجود دليل على نفوذ الوصية بالخصوص .

نعم قد يرد عليه انه موجب للتعليق وهو يضر بصحة العقد . إلا انه مدفوع : بأنه لا دليل على اعتبار التنجيز إلا الاجماع ، ومن الواضح البديهي انه لا يشمل الوصية لتقومها بالتعليق :

فيمكن القبول المطابق له (١) . والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه في القبول بعد الموت لا مطلقاً (٢) .

(١) وبعبارة أخرى نقول : ان الانشاء - على جميع المباني فيه - فعلي وغير معلق على شيء وانما التعليق في متعلقه - أعني الملكية - فانه المعلق على الوفاة .

وعليه فاذا تعلق به القبول كان معلقاً عليها لا محالة فما تعلق به انشاء الموجب تعلق به قبول المقابل أيضاً من دون أي اختلاف بينهما . وعلى هذا الأساس ذكرنا في مبحث اعتبار التنجيز انه لولا الاجماع على اعتباره لقلنا بجواز التعليق في العقود مطلقاً ، وحيث عرفت ان هذا الاجماع لا يشمل المقام فلا يبقى محذور في الحكم بصحتها .

(٢) ثم ان هناك اشكالا آخر لم يتعرض اليه الماتن (قده) وهو ما ذكره بعضهم من انه : لا خلاف بين الأصحاب في عدم تأثير الرد قبل الموت نظراً لعدم تحقق شيء يكون الرد رافعاً له ، حيث ان الملكية إنما تكون بعد الموت لا قبله . وإذا كان الرد غير مؤثر كان القبول كذلك للملازمة بين تأثيرهما .

وفيه : ان معنى عدم تأثير الرد في حياة الموصي إنما هو عدم إيجابه لإلغاء انشاء الموصي واسقاطه بحيث لا يكون قابلاً للقبول بعده ، وهو ثابت في القبول أيضاً فانه لا يلزم العقد بحيث لا يكون له الرد بعده مع حياة الموصي . فالملازمة بينهما بهذا المعنى ثابتة ولاتقبل الإنكار إلا انها لا تنفع في اثبات المدعى ، اذ لا ملازمة بين عدم تأثير الرد - بالمعنى الذي ذكرناه - وعدم كفاية القول وان استمر

إلى حين الموت، فهي محض دعوى ولا دليل عليها .
بل ان ما ذكرناه هو مقتضى الجمع بين الأدلة وذلك لما عرفت
من ان أدلة نفوذ الوصية غير مقهدة بشيء ، وإنما التزمنا باعتبار
القبول - على القول به - للأصل أو الملائمة أو قاعدة السلطنة ،
وبمانعية الرد للاجماع والا لفلنا بكونها من الايقاعات المحضة من
غير اعتبار القبول أو مانعية الرد .

وعليه : فأما بالنسبة إلى مانعية الرد فالذي ثبت بالاجماع هو مانعية
خصوص للرد بعد الموت ، وأما الرد في حياته فالمشهور على عدم
مانعيته بل قيل انه لا خلاف فيه . ومن هنا فلا يكون مثل هذا للرد
مانعاً عن الإيجاب وموجباً لالغائه .

وأما بالنسبة إلى القبول ، فلانا لو سلمنا اعتباره فدليله لا يقتضي
إلا اعتبار القبول في الجملة واما اعتبار كونه بعد الموت فلا دليل
عليه .

ثم ان الملائمة بالمعنى الذي ذكرناه - اعني إذا كان الرد غير مبطل
للإيجاب فالقبول غير ملازم للعقد - إنما تختص بالمقام باعتبار ان الملكية
غير حاصلة والعقد جائز ، ولا تثبت في غيره كموارد العقد الفضولي ،
اذ قد عرفت في محله ان رد من بيده الأمر للعقد لا يمنع من حقوق
القبول ، في حين ان اجازته موجبة للزوم العقد ونفوذه .

بل الحكم كذلك في سائر العقود فلو تحقق الإيجاب من البايع
ورده المشتري ثم قبله قبل فوات الموالاة صح البيع وهكذا الحال في
غير البيع من العقود .

ثم ان الاستدلال بالملائمة إنما هو مبني على ما ذهب اليه المشهور
من عدم تأثير الرد في حال حياة الموصي ، فلا يتم بناءً على ما سيجيء

(مسألة ٣) : تنضيق للواجبات الموسعة بظهور امارات الموت (١) مثل قضاء الصلوات والصيام والنذور المطلقة والكفارات ونحوها ، فيجب (٢) المبادرة إلى اتيانها مع

من الماتن (قدہ) في المسألة الرابعة من مانعية الرد حال الحياة كإتيانها بعده ، لأن مقتضاه كون القبول نافذاً أيضاً .

إلا ان الصحيح - على ما سيأتي - هو ما ذهب اليه المشهور .

(١) مقتضى ما سيأتي من الدليل على هذا الحكم ، عدم اختصاصه بفرض ظهور امارات الموت أو حصول الظن به بل يكفي فيه مجرد احتمال ، فما ذكره (قدہ) لا خصوصية فيه ولا دليل على حججته بالخصوص .

نعم قد يستدل له بالاجماع القولي والعملي على جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق .

إلا انه مدفوع ؛ بان الاجماع القولي لم يثبت جزمًا وكذلك الاجماع العملي إذ لم يثبت لدينا تأخير الصالحين من المتشرعة والدين بهمهم أمر دينهم لأعمالهم حتى مع احتمالهم للموت .

(٢) لحكم العقل بوجوب تفريغ الدمة يقيناً بعد اشتغالها كذلك أما مباشرة مع التمكن أو بالنيابة في موارد جوازها - أو الوصية ، فيما إذا لم يتمكن من التفريغ حال الحياة فان العقل بعد الالتفات إلى احتمال طرو ما يمنع من امتثال أمر المولى للثابت في الدمة من موت أو نوم مستغرق للوقت أو غيرهما ، لا يحكم بالتأخير بالنسبة إلى الافراد الطولية للواجب ، وحينئذ فيلزم المكلف الايمان به فوراً حيث لا عذر له في التأخير .

الامكان ، ومع عدمه يجب الوصية بها سواء فات لعذر او لا لعذر ، لوجوب تفرغ الذمة بما أمكن في حال الحياة وإن لم يحز فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها ويجب التفرغ بها بالايضاء . وكذا يجب رد اعيان أموال الناس التي كانت عنده (١) كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها ومع عدم الامكان يجب الوصية بها . وكذا يجب أداء

والحاصل : انه إذا تيقن المكلف او اطمن يتمكن من امتثال الأمر في الأفراد الطولية المتأخرة أو قام الدليل على جواز التأخير فهو ، والا فجرد احتمال العجز عنه يكفي في لزوم الاتيان به فوراً تحصيلاً للفراغ اليقيني فان حكم العقل بالتخيير بين الأفراد الطولية وجواز التأخير واختيار الفرد المتأخر يختص بما إذا احرز التمكن من ذلك لوكون محرزاً التمكن من تفرغ الذمة يقيناً ومع عدم الاجراز للمزبور واحتمال طرو المانع تسقط تلك الافراد عن الطرفية للتخيير العقلي المذكور .

(١) ما افاده (قده) لا يمكن المساعدة على اطلاقه ، وذلك لأن عنوان الأمانة إنما يقتضي لزوم حفظها . وعليه فاذا كانت العين محفوظة على التقديرين - حياته وموته - وعلم الامين بعدم خيانة ورثته وادائهم للامانات إلى أربابها فلا وجه للالتزام بوجوب الرد .

نعم يتم ما ذكره (قده) في عكسه - أي فيما إذا لم يعلم بعدم خيانة ورثته ففي مثله يلزمه الابطال إلى المالك - لاقتضاء لزوم حفظ الأمانة ذلك ، بلا فرق بين الأمانة الشرعية والأمانة المالكية .

ديون الناس الحالة (١) ، ومع عدم الامكان أو كونها مؤجلة يجب الوصية بها (٢) إلا إذا كانت معلومة ، أو موثقة بالاسناد المعتمدة . وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك ، فإنه يجب عليه اداؤها أو الوصية بها . ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتتمل وجود متبرع أو اداؤها من بيت المال .

(١) لم يظهر لنا وجه ذلك فإنه ان كان مطالباً بها من قبل المالك فعلاً وجب عليه اداؤها سواء أظهرت عنده امارات الموت أم لم تظهر كان مطمئناً بالبقاء أم لم يكن لحمة حبس حق الغير عنه ، بل هو من الكبائر ، والا فلا وجه لوجوب ادائها .

وما قيل من ان بقاءها حينئذ عنده وعدم دفعها إلى أربابها تصرف في مال الغير بغير اذنه أو حبس للحق عن مالكه ، وكلاهما حرام بل يعدان من الكبائر .

مدفوع : بان التصرف يتوقف على تقليب المال فلا يشمل البقاء في الذمة ، فإنه باق على حاله ولا يعد تصرفاً كما ان البقاء إذا كان مستنداً إلى عدم مطالبته المالك لم يعتبر حبساً للحق عن مالكه .

بل يمكن دعوى قيام السيرة القطعية عليه ، فإنه لا يبادر المديون إلى ادائها ما لم يطالبه المالك كما هو الحال في مهور الزوجات .

(٢) لتوقف ادائها فيما بعد عليها ، فلحجب من جهة لزوم تفرغ

(مسألة ٤) : رد الموصى له للوصية مبطل لها (١) إذا كان قبل حصول الملكية وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها ، فعلى هذا إذا كان للرد منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها (٢) لعدم حصول الملكية بعد . وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله ، وسواء كان قبل القبض أو بعده ، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها ، لعدم الدليل على اعتباره (٣) وذلك لحصول الملكية حينئذ له ، فلا تزول بالرد . ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما انها جائزة بالنسبة إلى الموصى ، حيث إنه يجوز له

(١) على تفصيل مستعرفه في التعليقات القادمة .

(٢) وهو إنما يتم بالنسبة إلى الصورة الأولى خاصة حيث ان الاجماع بقسميه قائم على مانعته دون الصورة الثانية حيث لا اجماع على مانعته فيها ، بل الشهرة التي تكاد تبلغ الاجماع - إذ لم ينسب الخلاف الا إلى شاذ - على عدمها ، وحينئذ فمقتضى اطلاقات أدلة نفوذ الوصية صحتها في هذه الصورة .

(٣) ومقتضى اطلاقات أدلة نفوذها صحتها سواء أقبض الموصى له للموصى به أم لم يقبض فانها تامة وسالمة عن المعارض .

الرجوع في وصيته ، كما سيأتي . وظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده لأنه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصي ، كما ان الامر كذلك في سائر العقود حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله وان رجع وقبل بلا تأخير وكما في اجازة الفضولي حيث انها لا تصح بعد الرد . لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقياً على إيجابه بل في سائر العقود أيضاً مشكل (١) إن لم يكن اجماع خصوصاً في الفضولي حيث ان مقتضى بعض الاخبار صححتها ولو بعد الرد . ودعوى : عدم صدق المعاهدة عرفاً

ولو تنزلنا ووافقنا الشيخ الاعظم (قده) في عدم تمامية الاطلاق بالنسبة إلى اعتبار القبول وقلنا بجريان استصحاب عدم الملكية قبله فلا نسلم به في غيره كالقبض فان الاطلاقات بالنسبة اليه تامة ومحكمة ومن هنا فلا مجال للتمسك بالأصل :

وأما قياس الوصية بالهبة والوقف حيث يعتبر في صحتهما للقبض مع انها تنجزيان والوصية تعليلية فقياس مع الفارق فأنها ايقاع محض ولا موجب لرفع اليد عن اطلاقاتها من غير مقيد .

(١) ما ذكره (قده) وإن كان صحيحاً بالنسبة إلى سائر العقود لما تقدم من عدم الدليل على ابطال رد الطرف الثاني لايجاب الطرف الأول ، بل يصدق العقد والمعاهدة عليه فيما إذا كان الموجب باقياً على التزامه ، وجبئذ فلا مانع من التمسك باطلاقات وعمومات أدلة الصحة والنفوذ .

وكذلك الحال في العقد الفضولي حيث ان الرد فيه لا يكون مانعاً من الاجازة بعده بل ربما يستفاد ذلك من صحیحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : (قال : قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فلشترها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير ، فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال : خذ وليدتك وابنها ، فناشده المشتري فقال : خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه : أرسل ابني فقال : لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول اجاز بيع ابنه) (١) .

إلا ان قياس الوصية عليها قياس مع الفارق لأن أدلتها ظاهرة في كونها إبقاءً - كما عرفت - وعليه فلا حاجة إلى القبول ولا أثر للرد بل بها يحصل الملك القهري ، ولذا ورد في الأخبار انه لو مات قبل بلوغه الخبر دفع الموصى به إلى ورثته وإنما خرجنا عن ذلك في خصوص الرد للإجماع على مانعيته بعد الموت .

ومن هنا فان لم يتم هذا الاجماع فعدم مانعية الرد واضح ، وإلا - كما هو الصحيح - فلا وجه للحكم بصحة الوصية بعد القبول ، بل يتعين الحكم ببطلانها نظراً لارتفاع التزام الموصى عند القبول فان الميت لا التزام له .

وبعبارة اخرى : ان الموصى إنما انشأ الملكية بعد الموت والتزم به إلى حين وفاته ، وأما بعد وفاته فلا التزام له لعدم قابلية الميت له ، وحينئذ فان التزمنا بثبوت الملكية قهراً سواء أقبل الموصى له أم لم

إذا كان القبول بعد الرد ممنوعة . ثم انهم ذكروا انه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح . وهو أيضاً مشكل (١) على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب ، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت . إلا إذا قلنا ان الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة ،

يقبل لاطلاقات الادلة فلا أثر للرد أصلاً وان خرجنا عنها وقلنا باعتبار عدم الرد للإجماع فالرد يبطل ذلك الالتزام ، وحين القبول يحتاج إلى التزام جديد وهو ممتنع نظراً لموته .

فالصحيح في المقام هو التفصيل بين الوصية وغيرها ، ففي غيرها يحكم بصحته مع بقاء الموجب على التزامه وبطلانه مع عدمه ، وفيها بالبطلان بناءً على القول بمانعية الرد - كما هو الصحيح - .

(١) لا وجه للامتشكال فيه بعدما عرفت من ان مقتضى اطلاقات أدلة الوصية نفوذها مطلقاً من دون اعتبار للقبول أو تأثير للرد ، وإنما خرجنا عنها في خصوص الرد المتأخر عن الوفاة للإجماع ، وحيث لا دليل على مانعية الرد حال الحياة ، إذ لا إجماع عليها بل الشهرة على خلافها ، فلا مانع من التمسك باطلاقات أدلة نفوذ الوصية ومقتضاها الحكم بصحتها .

ولا يقاس ما نحن فيه بغيره من العقود فانها مؤلفة من الإيجاب والقبول فيمكن ان يقال - وان لم نرتضه - : ان الرد يقطع اتصال القبول بالإيجاب ويمنع منه ، وأما ما نحن فيه فقد عرفت انه ايقاع ولا يحتاج إلى القبول فلا وجه للقول بمنع الرد للاتصال بينهما .

وان محلها إنما هو بعد الموت ، وهو محل منع (١) .
 (مسألة ٥) : لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل
 الموصى له احدهما دون الآخر صح فيما قبل وبطل فيما
 رد (٢) وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو
 مفروزاً ورد بعضه الآخر وان لم نقل بصحة مثل ذلك في
 البيع ونحوه ، بدعوى : عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب
 والقبول لأن مقتضى القاعدة الصحة في البيع أيضاً ان لم
 يكن اجماع . ودعوى عدم التطابق ممنوعة .

(١) في القبول خاصة - على ما تقدم بيانه في المسألة الثانية - دون
 الرد حيث قد حرفت فيما تقدم اختصاص دليل المانع - اعني الاجماع -
 بالرد المتأخر عن الوفاة ، واما ما يكون في حياة الموصي فلا اثر له
 لعدم الدليل عليه .

(٢) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين : -

الأول : - في غير الوصية من العقود .

الثاني : - في الوصية .

أما المقام الأول : فقد ذكر الاصحاب ان الحكم فيه البطلان
 لاعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول ، والا لم يحصل معنى المقدم ولم
 يتحقق مفهومه ، فانه - وكما عرفت - عبارة عن تضم التزام بالتزام
 وربط تعهد بتعهد .

إلا انه إنما يتم فيما لو لوحظ الاثنان بما هما واحد كمصراعي

الباب والخذاء والجورب مما لها وحدة عرفية ، حيث يكون بيع كل منهما مشروطاً بقبول المشتري لبيع الآخر ، فاذا قبل المشتري شراء أحدهما دون الآخر حكم ببطلانه لأن ما انشأه البائع - أعني البيع المشروط - لم يقبله المشتري وما قبله المشتري - أعني البيع غير المشروط - لم ينشأه البائع ، فلم يرد الالتزامان على شيء واحد ولم يتحقق انضمام أحدهما إلى الآخر وهذا هو معنى عدم التطابق بين الإيجاب والقبول . وأما إذا لم يكونا كذلك بان كان المقصود تملك كل منهما مستقلاً وبشمن معين ، إلا أنه قد جمع بينهما في مقام الإبراز خاصة فلا مانع من الحكم بصحة ما قبله ، وذلك لصديق المعاودة والمعاودة عليه اذ المبروض عدم ارتباط أحدهما بالآخر فالهما يبعان مستقلاً من غير اشتراط أحدهما بقبول الآخر . ومن هنا فقبول كل منهما يكون مطابقاً لإيجابه لا محالة وبه يتحقق مفهوم العقد فتشمله ادلة الصحة .

والحاصل : ان العبرة في صحة العقد في المقام إنما هو بالتطابق بين الإيجاب والقبول ، فاذا تحقق حكم بصحته وان بطل الآخر لعدم الارتباط بينهما والا فبحكم ببطلانه .

وأما المقام الثاني : فان كانت الوصية من قبيل القسم الثاني من العقود بان كان مقصود الموصي تملك الموصى له كلاً من الأمرين مستقلاً ومن غير تقييد بالآخر وإنما جمع بينهما في الإبراز خاصة فلا ينبغي الإشكال في صحتها بالنسبة إلى ما قبله - بناءً على اعتبار القبول - او ما لم يرد - بناءً على ما اخترناه - وبطلانها بالنسبة إلى ما رده نظراً لكونها في حكم الوصيتين .

وان كانت من قبيل القسم الأول ، بان كان تملك كل منهما بشرط قبول الموصى له للآخر وبوصف المعية فالظاهر هو الحكم بصحة

نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبويض (١) .

(مسألة ٦) : لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الأمرين من

ما قبله أيضاً ولا تقاس الوصية بالبيع وغيره من العقود حيث يعتبر فيه التطابق بين الايجاب والقبول ، فانها ليست من العقود سواء اعتبرنا القبول أم لم نعتبره ، أما على الثاني فواضح لأنها إيقاع محض وأما على الأول فلما عرفت من انه لا معنى لاعتباره إلا كونه شرطاً - كاشفاً أو ناقلاً - .

وعليه فليس هو ركناً وطرفاً للعقد كي يعتبر التطابق بينه وبين الإيجاب :

نعم غاية ما يحصل عند رد الموصى له بمحض الموصى به هو تخلف الشرط ، وحينئذ فيثبت للموصي الخيار وحيث انه ميت ينتقل إلى ورثته لأنه حق فيدخل فيما تركه .

والحاصل : ان قياس الوصية التي هي من الإيقاع على سائر العقود في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول قياس مع الفارق والفرق بينها واضح .

(١) قد عرفت الحل فيه مما تقدم ، فان المجموع من حيث هو مجموع لا يصح تمليكه فإنه أمر انتزاعي لا وجود له في الخارج فلتراد به هو تمليك احدهما بشرط معينه للآخر ، ومقتضى تخلفه برد الموصى له لأحدهما هو ثبوت الخيار للموصي لا بطلان الوصية من رأس .

القبول أو الرد (١) . وليس لهم إجباره على اختيار
احدهما معجلاً (٢) .

(١) لعدم كونها ملكاً لهم بالفعل ، فانها بعد موت الموصي أما ملك للموصى له وأما ملك للموصي . فانها ملك للموصى له على تقدير عدم الرد أو للقبول - بناءً على الكشف - وملك للميت على تقدير الرد أو للقبول - بناءً على النقل - .

وكيف كان ؛ فليس للورثة التصرف فيها : أما على التقدير الأول واضح وأما على التقدير الثاني فلتأخر الارث عن الوصية - كما دلت عليه الآية الكريمة صريحاً - .

ومن هنا يظهر ما في القول بجوازه ظاهراً لاستصحاب عدم القبول المترتب عليه جواز التصرف بناءً على الكشف ، أو واقعاً - بناءً على كون القبول ناقلاً - . فان المال فعلاً ليس لهم ولم ينتقل اليهم وإنما هو باقٍ على ملك الميت لتأخر الارث عن الوصية .

والحاصل : انه ما لم يتحقق الرد من الموصى له ، لم ينتقل المال اليهم ولا يجوز لهم التصرف فيه لا ظاهراً ولا واقعاً ، فان الوصية وان لم تنفذ بعد لعدم تحقق شرطها وهو القبول أو عدم الرد ، إلا انه يصدق على المال الموصى به انه مال وصية فتشمله الآية المباركة أما بقاؤه على ملك الميت فلانه لما لم ينتقل إلى الموصى له لعدم نفوذ الوصية بعد ولا إلى الورثة لاستثناء مال الوصية عن حكم الارث ولم يمكن بقاء المال بلا مالك فلا يحبس عن كونه باقياً على ملك الميت ولا مانع من الالتزام به كما هو الحال في ملكه للثالث بالوصية .

(٢) لعدم كونها ملكاً لهم .

إلا إذا كان تأخيرها موجبا للضرر عليهم ، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار احدهما (١) .

(مسألة ٧) : إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (٢) فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيته من غير فرق بين كون موته في

(١) وفيه : انه بعد فرض عدم انتقال المال اليهم لتأخر الارث عن الوصية لا يمكن تصور الضرر في حقهم حتى ولو طالت المدة ما طالت :

نعم بتأخير الرد يفوت عليهم الانتفاع بها ، إلا انه لا دليل على لزوم إيجاد سبب الانتفاع لهم .

(٢) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين : -

الأول : في موت الموصى له في حياة الموصي .

الثاني : في موته بعد وفاة الموصي .

أما المقام الأول : فلا ينبغي الشك في كون مقتضى القاعدة فيه البطلان لأن المنشأ من قبل الموصي إنما هو ملكية الموصى له بعد موته - الموصي - وهذا غير قابل للتحقق في الخارج نظراً لسقوط الموصى له بموته عن قابليته للملك .

لكن - ومع ذلك - ذهب المشهور إلى الصحة وانتقال الوصية إلى الورثة .

واستدل عليه بوجوه :

الوجه الأول : ان القبول حق للموصى له فينتقل بموته إلى ورثته .

حياة الموصي أو بعد موته وبين علم الموصي بموته وعدمه .
وقيل بالبطلان بموته قبل القبول . وقيل بالتفصيل بين ما
إذا علم ان غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل
وبين غيره فلورثته . والقول الاول وإن كان على خلاف
القاعدة مطلقاً - بناءً على اعتبار القبول في صحتها - لأن
المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له وكون قبول
الوارث بمنزلة قبوله ممنوع . كما ان دعوى انتقال حق
القبول إلى الوارث أيضاً محل منع صغرى وكبرى لمنع
كونه حقاً ، ومنع كون كل حق منتقلاً إلى الوارث
حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق
كونه من تركته وعلى ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها
بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة

ويرده ما ذكره الماتن (قده) من منعه صغرى وكبرى . إذ ليس
كل ما يجوز للانسان ان يفعله يعدّ من الحقوق ، بل حال القبول هنا
حال سائر الامور السائفة له وكالقبول في سائر المعاملات . فان الحق
ههنا عن حكم تكليفي محض او وضعي محض يتعلق دائماً بفعل الانسان
نفسه قابل للاسقاط ، فكل حكم تكليفي أو وضعي قابل للاسقاط فهو
حق - بالمعنى المصطلح - وكل حكم كذلك لا يقبل الاسقاط وليس
أمره بيد المكلف فهو حكم - بالمعنى الذي يقابل الحق - .

بيان ذلك : ان الملكية - التي هي في قبال الحكم التكليفي - قد تتعلق بالاعيان الخارجية أو في الذمة وقد تتعلق بالمنافع سواء أكانت من قبيل الأعمال الخارجية أم كانت قائمة بعين خارجي كسكنى الدار وركوب الدابة ، ولا تتعلق بفعل الانسان نفسه فانه ليس من الملكية بالمعنى المصطلح وان كان منها بمعنى السلطنة .

وأما الحقوق فهي تتعلق دائماً بفعل من له الحق نفسه ، وقد يكون من عليه الحق معيناً كحق الشفعة والخيار وقد لا يكون كذلك كحق التحجير حيث ان من عليه الحق إنما هو جميع البشر ، ولكن على كلا التقديرين لا يكون الحق إلا حكماً متعلقاً بفعل نفس من له الحق .

والفرق بينه وبين سائر الأحكام ان من له الحق له اسقاطه إذا شاء وهو بخلاف سائر الأحكام ، وإلا فليس هناك أي فرق بينها . والذي يدلنا على ذلك أنا لا نرى أي فرق بين جواز قتل القاتل عمداً قصاصاً وجواز قتل الكافر الحربي ، وكذا جواز الفسخ في البيع الخياري وجواز الفسخ في الهبة لغير الرحم ، ومثله اللزوم الحقيقي كالبيع واللزوم الحكمي كالنكاح .

فانه لا فرق بين هذه الأحكام من أي جهة من الجهات كانت سوى ان الأول منها قابل للاسقاط سواء بالعفو أو اسقاط الخيارات أو الاقالة ، بخلاف الثاني حيث ان أمره ليس بيد المكلف وليس له اسقاطه انفق مع الطرف الآخر أم لم يتفق فان النكاح مثلاً لا يرفع بتواطؤ الزوجين عليه بل لا بد من الطلاق أو سائر الاسباب الموجبة لرفعه .

والحاصل : ان الحق ليس شيئاً وراء الحكم الشرعي - التكليفي أو

في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له ، لعدم ملكيته في حياة الموصي . لكن الأقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور . وذلك لصححة محمد بن قيس الصريحة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصي .

الوضعي - ولما هو هو بعينه غاية الأمر انه متعلق بفعل الانسان نفسه وقابل للاسقاط من قبله وليس هو مرتبة ضمنية من الملكية .
فان قلت : ان الحكم الشرعي كيف يمكن انتقاله إلى الورثة بالارث .

قلت : ان ذلك لا يختص بما ذكرناه بل يجري على جميع التقادير في الحق فانه بأي معنى كان - حتى ولو بمعنى الملكية - يختلف عن سائر الأموال في الارث فان الارث في غيره إنما يكون في المال لا في الملكية التي هي أمر اعتباري إذ الذي ينتقل إلى الورثة بعد الديون والوصايا إنما هو أموال الميت بما فيها المنافع والأعمال المملوكة له - والتي يعبر عنها في الاصطلاح بما ترك - حيث يوجد للورثة ملكية جديدة بعد زوال ملكية الميت عنها .

وهذا بخلاف الحق فانه وبعد ان لم يكن من الأعيان الخارجية أو المنافع حيث أنه ليس من الموجودات التكوينية من الجواهر أو الأعراض وإنما هو محض اعتبار شرعي أو عقلائي - على جميع معانيه - يكون المنتقل اليهم نفس المعتبر بهذا الاعتبار لا محالة .

والحاصل : ان الحق يغيره في الارث فان المنتقل إلى الورثة في غيره إنما هو نفس المال الذي تتعلق به الملكية وأما نفس الملكية

فهي لا تقبل الانتقال في حين ان المنتقل فيه إنما هو نفس الحق والمعتبر بالاعتبار الشرعي أو العقلائي .

ومما تقدم يتضح ما افاده الماتن (قده) من منع كون قبول الوصية حقاً لأنها ليست إلا انشاء للملكية الموصى له بعد وفاة الموصي وقبول ذلك على تقدير القول باعتباره كالقبول في سائر العقود بل كسائر الأفعال المباحة كالقيام والجلوس محكوم بالجواز الحكمي ولا يكون من المحقوق في شيء .

ومع غرض النظر عن ذلك فان ثبوت الحق أما ان يكون يجعل من الشارع كحق الشفعة والتحصير ، وأما ان يكون يجعل من المكلف وامضاء للشارع له كالتحيز في العقود والحق المدعى في المقام ليس من أحدهما ، فان الذي انشأه الموصي ليس إلا الملكية بعد الموت والذي امضاه الشارع هو الملكية بعد الموت أيضاً . نعم اعتبر القبول في نفوذ الوصية - بناءً على القول به - للاجماع ، ولا شيء من ذلك يقتضي كونه حقاً له .

ثم انا إذا نزلنا وبنينا على انه حق للموصي فان مثل هذا الحق غير قابل للانتقال إلى الورثة وكبرى قابلية كل حق للانتقال إلى الوارث ممنوعة فان منه ما يقوم بذوي الحق نفسه فلا يقبل الانتقال إلى غيره والقبول من هذا القبيل فان الوارث لا يمكنه القبول لنفسه لأن الموصي لم ينشأ ذلك ولا يمكنه القبول للموصى له لأنه غير قابل للملكية الوجه الثاني : ما ذكره بعضهم من ان مقتضى اطلاقات الوصية نفوذها سواء أتعبها القبول أم لم يتعبها ، إلا اننا قد خرجنا عنها بالاجماع على اعتبار القبول ، وحيث ان الاجماع دلهل لبي فلاهد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن منه ، وهو القبول في الجملة والأهم

من قبول الموصى له هو وقبول ورثته ، فيحكم عند تحققها بصحتها لا محالة .

وفيه : انه إنما يتم على تقدير كون موت الموصى له بعد موت الموصى وقبل قبوله والقول بكون القبول كاشفاً فيقال حينئذ ان قبول الوارث كاف لأن الإجماع إنما قام على اعتبار القبول في الجملة .
وأما لو كان موته في حياة الموصي - كما هو مفروض الكلام - فلا معنى لقيام ورثته مقامه بعد ان لم يكن هو قابلاً للملكية نتيجة للموت .

ومنه يظهر الحال فيما لو كان موته بعد موت الموصى لكن قلنا بكون القبول ناقلاً ، فإنه لا أثر له من الورثة ، إذ المنشأ إنما هو ملكية الموصى له بعد الموت وهو خير قابل لها بالفعل .

الوجد الثالث : صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) :
(قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي أوصى له قبل الموصي قال : الوصية لو ارث الذي أوصى له قال : ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له ، إلا ان يرجع في وصيته قبل موته) (١) .
فإنها صحيحة سنداً وصرحة دلالة .

ودعوى : ان اشترك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف يمنع من الحكم بصحتها والاخذ بها .

مدفوعة : بان السدي يروي قضاء أمير المؤمنين (ع) عن أبي جعفر (ع) ويروي عنه عاصم بن حميد إنما هو الثقة - على ما حقق

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ١

المؤيدة بنجر الساباطي وصحيح المثني ، ولا يعارضها صحيحنا
مجد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد اعراض المشهور عنها
وامكان حملها على بعض المحامل منها التقية لأن المعروف
بينهم عدم الصحة .

في محله من الرجال - :

ويؤيدها أولاً : صحيحة العباس بن عامر قال : (سألت عن
رجل أوصي له بوصية فأت قبل ان يقبضها ولم يترك عقباً ، قال :
أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له ولياً ،
قال : اجهد على ان تقدر له علي ولي ، فان لم تجد وعلم الله منك الجد
فتصلق بها) (١) .

ووجه جعلها مؤيدة التردد في المراد بالقبض فان المراد به إن كان
هو القبض الخارجي فقط فالرواية أجنبية عن محلي الكلام فان الظاهر
حينئذ ان الموصى له كان له ان يقبض ولكنه مات قبل قبضه وعليه
فحياة الموصى له وموت الموصي مفروغ عنها ، واما ان المراد به
هو القبول - كما هو ليس ببعيد من جهة ان القبول غالباً ما يكون
به - فهي بترك الاستفصال وعدم السؤال عن ان موت الموصى له
كان بعد موت الموصني او قبله تدل على المدعى .

وأما المناقشة في سندها من جهة ان المذكور في الكافي وان كان
رواية العباس بن عامر عن الامام (ع) بلا واسطة إلا انها لم تثبت
فان الصدوق والشيخ رويها عن (العباس بن عامر عن المثني عن

أبي عبد الله (ع) وحيث ان المثنى هذا مجهول فلا مجال للحكم بصحتها .

مدفوعة : بان الظاهر ان المثنى هذا هو عبد السلام كما صرح به في تفسير العياشي وهو ثقة .

على انه لو تم التردد فهو مردد بين المثنى بن عبد السلام والمثنى ابن الوليد وكلاهما ثقة على ما ذكره الكشي عن مشايخه .

ثانياً : رواية محمد بن عمر الباهلي (الساباطي) قال : (سألت أبا جعفر (ع) عن رجل اوصى الي وأمرني ان اعطي عمأ له في كل سنة شيئاً فأت العم ، فكتب : اعط ورثته) (١) فانها بترك الاستفصال تدل على عموم الحكم لصورة موت الموصى له قبل الموصي أيضاً .

ووجه جعلها مؤيدة انها ضعيفة سنداً لأن محمد بن عمر الباهلي لا وجود له في الرجال ومحمد بن عمر الساباطي لم يوثق .

على ان موردها هي الوصية المهدية ومحل الكلام هي الوصية التمليلية :

فالعمدة في الاستدلال هي صحيحة محمد بن قيس الدالة على المدعى صريحاً .

إلا ان بازائها صحيحتين ١ -

اولاهما : صحيحة محمد بن مسلم وأبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : (سئل عن رجل اوصى لرجل فأت الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء) (٢) .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٣

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٤

نعم يمكن دعوى إنصراف الصحيحة عما إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد . بل ربما يقال : ان محل الخلاف غير هذه الصورة لكن الانصراف ممنوع ، وعلى فرضه يختص الاشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي والا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكاً بعد فرض عدم رده فينتقل إلى ورثته .

ثالثيتها : صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : (سأله عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء) (١) .

ومعارضة هاتين الصحيحتين لصحيحة محمد بن قيس مبنية على رجوع الضمير في قوله (ع) : (ليس بشيء) إلى الإيصاء ، إذ لو كان الضمير راجعاً إلى الموت - كما يقتضيه قرينه اليه - كانت هاتان الصحيحتان موافقتين لصحيحة محمد بن قيس .

وكيف كان : فمع فرض التعارض بينها لا ينبغي الشك في تقديم صحيحة محمد بن قيس نظراً لمخالفتها للمذهب العامة :

اذن : فهي المعتمد في مقام الفتوى على ما عليه المشهور .

وأما الجمع بين هذه النصوص بحمل صحيحة محمد بن قيس على فرض عدم تقييد الوصية وحمل المعارض لها على فرض التقييد فيلتزم بصحتها

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٥

وانتقال الموصى به إلى ورثة الموصى له في الأول ، والبطـلان في الثاني .

فدفع : بان المراد من تقييد الوصية بالموصى له ان كان تعلق هـرخصه به شخصاً في قبال تعلق غرضه بكون الموصى به من جملة أموال الموصى له يتصرف به هو في حياته وينتقل إلى ورثته بعد وفاته فهو وان كان أمراً ممكناً إلا أنه لا أثر له في مقام الانشاء فان العبرة في الحكم بالصحة والفساد ليست بغرض المنشيء وداعبه إلى الانشاء وإنما هي بما يلشيء .

مع ان حمل صححة عهد بن قيس على الفرض الثاني مما لا شاهد له بل هو بعيد ومناف للاطلاق بل خلاف الظاهر وحمل على الفرد النادر من الوصايا حيث ان الغالب منها هو الفرض الأول أهني وجود خصوصية للموصى له .

وان كان المراد : ان نظر الموصي في مقام انشاء الوصية قد يكون إلى شخص الموصى له وقد يكون إليه هو على تقدير حياته وإلى ورثته على تقدير وفاته فالوصية قد تكون مقيدة بشخص معين وقد تكون جامعة بينه وبين غيره فهو وإن كان ممكناً أيضاً إلا ان صحتها حينئذ على القاعدة ولا تحتاج إلى النص إذ الوارث موصى له حقيقة ، فحمل الصححة عليها حمل بعيد ولا شاهد فيها عليه ، بل للظاهر منها كون الوصية لشخص الميت بنفسه .

وإن كان المراد : ان الموصي تارة يقيد الوصية بحياة الموصى له وأخرى بطلق ، فاذا كانت الوصية من قبيل الأول حكم ببطلانها عند موت الموصى له لانقضاء المقيد بانتفاء قيده ، فهو وان كان أقرب الوجوه المذكورة في التقييد بل يظهر من صاحب الجواهر (قده) ان البطلان

في هذه الصورة ليس محلاً للكلام بينهم إلا انه أيضاً لا يمكن المساعدة عليه نظراً لعدم الشاهد في صحيحتي محمد بن مسلم ومنصور بن حازم على تقيدهما بذلك .

على ان هذا التقييد لا أثر له فان الوصية مقيدة بذلك في مقام الثبوت سواء أقيدها الموصي في مقام الاثبات أم لم يقيدها فان الميت غير قابل للتمليك ابتداءً فالحياة مأخوذة في الموضوع على نحو مفروض للوجود . ومن هنا فلا يكون للتقييد أثر .

والحاصل : ان مقتضى القاعدة وإن كان هو البطلان في فرض موت الموصي له في حياة الموصي ، إلا انه لا بد من الخروج عنها لصحيفة محمد بن قيس للدالة على النفوذ وانتقال المال إلى ورثته صريحاً : ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين فرض التقييد وعدمه .

وأما المقام الثاني : فان قلنا بان الوصية إيقاع ولا تحتاج إلى القبول - كما هو الصحيح - غاية الأمر انه يعتبر في نفوذها عدم الرد فالأمر واضح فان الموصى به ينتقل بمجرد موت الموصي إلى ملك الموصى له لفرض عدم الرد ، وعمومه ينتقل إلى ملك ورثته لا محالة فحال في ذلك حال مائر أمواله فلا يعتبر قبولهم جزءاً .

نعم يبقى الكلام في تأثير ردهم وهل انه كرد الموصى له يوجب بطانها أم لا ؟

فيه خلاف ، والظاهر هو الثاني وذلك لاطلاقات أدلة نفوذ الوصية فان مقتضاها نفوذها مطلقاً سواء أتحقق رد أم لم يتحقق ، غاية الأمر اننا خرجنا عنها للاجماع على مانعية الرد ، وحيث انه دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو رد الموصى له نفسه فيبقى تأثير رد الورثة بلا دليل على ان الورثة إنما يتلقون المال من أبيهم

بقي هنا أمور : -

أحدها : هل الحكم يشمل ورثة الوارث ؟ كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول ،

بعنوان الأثر ، ولا يتلفونها من الموصى بعنوان الوصية . ومن هنا فلا يكون لردهم أي أثر .

وان قلنا باعتبار القبول فان اعتبرناه كاشفاً فالأمر كما تقدم ، إذ المتيقن من الإجماع الدال على اعتبار القبول لاعتباره في الجملة أعني الأعم من قبول الموصى له هو وقبول ورثته ، فاذا قبل الورثة كشف ذلك عن ملكية الموصى له للموصى به من حين موت الموصى ، وحينئذ ينتقل إلى ملكهم كسائر أمواله .

وان اعتبرناه ناقلاً أشكل الحكم بصحة الوصية من هذه الجهة فان ما انشأه الموصى غير قابل للتحقق في الخارج وما تعلق به للقبول لم ينشأه الموصى .

إلا ان هذا لا يمنع من الحكم بنفوذ الوصية وانتقالها إلى الورثة وذلك لصحيحة مجد بن قيس المتقدمة فانها وان كانت واردة في موت الموصى له في حياة الموصى ، لكن الظاهر انه لا خصوصية له ، بل المقام أولى في الحكم بالنفوذ من فرض موته في حياة الموصى ، إذ الموصى له في الثاني لم يكن قابلاً للملكية نظراً لعدم تحقق شرطها أعني موت الموصى ، بخلاف المقام فيكون الحكم فيه ثابتاً بالأولوية القطعية ، واحتمال ملكية الميت في المقام للمال آناً عند قبول الوارث بعيد غايته ولا دليل عليه .

والحاصل : ان الموصى به ينتقل إلى ملك الورثة - في المقام ..

فهل الوصية لو ارث الوارث أولاً ؟ وجوه الشمول (١) وعدمه
- لكون الحكم على خلاف القاعدة - والابتناء على كون
مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل ، وكونه الاخبار فلا

لانتقال الوصية اليهم تبعاً وكانهم هم الموصى لهم ابتداءً .

(١) وهو الصحيح وذلك ، أما مع فرض تأخر موت الموصى له
عن وفاة الموصي والقول بعدم اعتبار القبول في نفوذها فالأمر واضح
فانه لا ينبغي الشك في قيام وارث الوارث مقامه فان الموصى له قد
ملك الموصى به بمجرد موت الموصي فموته هو - مع فرض عدم
رده - ينتقل ذلك المال إلى وارثه لا محالة ، وبموت الوارث ينتقل
المال إلى وارثه كسائر أمواله . ولا موجب للقول بعدم قيامه مقامه
وكذا الحال او اعتبرنا القبول في نفوذها وقلنا يكشفه فان قبول وارث
الوارث يكشف عن ملكية الموصى له للمال حين موت الموصي . ومن
هنا فملكه هو لانتقال أموال الموصى له بموته إلى وارثه وبموته إليه
لا محالة .

نعم بناءً على القول هناقلية القبول لا مجال للحكم بصحة الوصية
وقيام الوارث مقام الموصى له فضلاً عن وارث الوارث مع قطع
النظر عن صحیحة محمد بن قيس فحكم هذا الفرض حكم ما بعده .

وأما مع فرض تقدم موته على موت الموصي ، فالحكم بالانتقال إلى
الوارث وان كان على خلاف القاعدة ، ولذا تعين الحكم بالبطلان لولا
صحیحة محمد بن قيس ، إلا ان الظاهر ثبوته في المقام أيضاً وذلك
لتضمن الصحیحة إيذان كبرى كلية هي انتقال الوصية إلى الوارث في
فرض موت الموصى له ، فان مقتضاها ثبوت وصيتين في المقام :-

الثاني : إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل أو تصح ويرث المراد أيضاً مقدار حصته أو تصح بمقدار حصة القابل فقط أو تصح وتمامه للقابل أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصة القابل ؟ وجوه (١) .

الأولى : الوصية بكون المال للموصى له ، وهذه الوصية هي التي
انشأها الموصي ٥

الثانية : الوصية بكون المال لورثة الموصى له ، وهذه الوصية إنما
هي بجعل من الشارع وتعبد منه :

وعليه فإذا ثبتت الوصية لورثة الموصى له ولو تعبداً كان مقتضى
هذه للصحيحة ثبوتها لورثته ٥

وعلى هذا الأساس يظهر عدم الفرق بين كون مدرك الحكم هو
انتقال حق القبول من الموصى له إلى ورثته وبين كونه هو صحيحة
محمد بن قيس . ففي كل مورد كان للوارث ان يقبل الوصية كان
ذلك لوارثه أيضاً .

(١) اصحها التفصيل بين موت الموصى له قبل وفاة الموصي وموته
بعد وفاته وقبل القبول ، ففي الأول فالحكم بالبطلان وان كان مقتضى
القاعدة - كما عرفت - إلا ان الدليل الخاص - صحيحة محمد بن قيس -
دل على انتقال الوصية إلى ورثة الموصى له تعبداً وكأنها وصية لهم
ابتداءً ، وحيث ان الوصية للمتعدد تقتضي انحلالها إلى وصايا بعددهم
تكون هذه الوصية منحللة لا محالة فيكون لكل منهما بنسبته إلى

المجموع .

ومن هنا ، فاحتمال بطلانها من رأس لا وجه له ، وكذا احتمال صحتها مع كون جميع الموصى به للقبيل فان الموصي لم ينشأ ذلك وليست الوصية كذلك بل له منها بنسبته إلى المجموع خاصة :
وعليه فيسود الأمر بين الالتزام بصحتها مطلقاً مع ارث الراد أيضاً أو التفصيل بالالتزام بالصحة بالنسبة إلى حصة القابل والبطلان بالنسبة إلى حصة الراد .

ومنشأ هذا التفريد هو الخلاف في تأثير الرد في المقام أعني الوصية التعبدية :

فان قلنا انه لا أثر لمثل هذا الرد - كما هو الصحيح - لأن الدليل على تأثيره إنما كان هو الاجماع وحيث انه مفقود في المقام لاختلاف الأقوال فيه - كما عرفت - فلا يكون له أثر . وعليه فتصح الوصية ويأخذ الراد حصته منها كما يأخذ القابل حصته .

وان قلنا ان الرد من الوارث يؤثر أثره فلا بد من التفصيل في الصحة بين حصة القابل وحصة الراد لانحلالها .

وأما في الثاني : فان قلنا بعدم اعتبار القبول - كما اخترناه - فلا ينبغي الاشكال في نفوذ الوصية مطلقاً من دون ان يكون لرد الراد أثر إذ المال قد انتقل اليهم بالارث لا بالوصية فان الميت - الموصى له - قد ملكه بمجرد موت الموصي وعدم رده للوصية .

وان قلنا باعتبار القبول فان التزمنا بكاشفيته ، فالحكم كذلك أيضاً لما عرفت من ان الدليل على اعتباره ليس إلا الاجماع وهو على تقدير تسلمه لا يقتضي إلا اعتباره في الجملة أعني الأعم من قبوله هو وقبول بعض ورثته وحيث انه متحقق لفرض قبول بعض الورثة ، كشف

الثالث : هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه أو إليه ابتداء من الموصي ؟ (١) وجهان :
أوجهها الثاني (٢) .

ذلك عن ملكية الموصى له للمال من حين موت الموصي : ومن هنا فهكون انتقاله إليهم بالارث فلا يكون لرد بعضهم أثر .
وان التزمنا بتأقيته جرى فيه ما تقدم من الخلاف في تأثير الرد في المقام وعدمه فعلى الأول تصح بالنسبة إلى حصة القابل خاصة دون حصة الراد لانحلال الوصية ، وعلى الثاني تصح مطلقاً فيأخذ الراد كما يأخذ القابل .

(١) يظهر أثر هذا النزاع في أخذ الزوجة من الارض - إذا تعلقت بها الوصية - على الثاني دون الأول ، وخروج ديون الميت ووصاياه من الموصى به على الأول دون الثاني :
(٢) بل الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له في حياة الموصي وموته بعد وفاته .

ففي الأول ينتقل الموصى به إليهم مباشرة ومن دون وساطة الموصى له لعدم قابليته للملكية حين موت الموصي .
وفي الثاني ينتقل المال إلى الموصى له أولاً حيث لم يتمحق منه الرد - كما هو المفروض - ومن ثم ينتقل إليهم بالارث فحالته في ذلك حال سائر ما تركه الميت .

هذا إذا لم نقل باعتبار القبول - كما هو الصحيح - وأما بناءً على اعتباره فان قائنا بكونه كاشفاً فالأمر كذلك حيث يكشف قبولهم عن

وربما يبنى (١) على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني :
 الثاني ، وعلى الأول : الأول . وفيه : انه على الثاني أيضاً
 يمكن ان يقال بانتقاله إلى الميت آنأ ما ثم الى وارثه .
 بل على الأول يمكن ان يقال بكشف قبوله عن الانتقال
 اليه من حين موت الموصي ، لأنه كأنه هو القابل فيكون
 منتقلاً اليه من الأول .

الرابع : هل المدار على الوارث حين موت الموصى له
 إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي
 أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى

ملك الميت له أولاً وانتقاله بعد ذلك اليهم بالارث .
 واحتمال الكشف عن ملكية الورثة له من حين موت الموصي ضعيف
 ولا وجه له فان الوصية إنما كانت للموصى له دون الورثة فانتقالها
 اليهم يحتاج إلى الدليل . وان قلنا بكونه ناقلاً كان مقتضى الدليل
 انتقال الموصى به إلى الورثة ابتداءً ومن دون نقصان لانتقال الوصية
 اليهم تبعاً .

واحتمال نملك الميت للمال على هذا التقدير آنأ ما وان كان ممكناً
 إلا أنه لا دليل عليه فان مقتضى الوصية ملكية الموصى له للمال حين
 موت الموصي وهي لم تتحقق ، والملكية عند القبول من الوارث لم
 ينشأها الموصي ولم يدل عليها دليل .

(١) ظهر الحال فيه وفيما يأتي مما تقدم .

الميت ثم اليه ، أو كونه موجبا للانتقال اليه اولا من الموصي
 فعلى الأول : الأول ، وعلى الثاني : الثاني ؟ وجوه (١) ،
 الخامس : إذا أوصي له يارض فمات قبل القبول ، فهل
 ترث زوجته منها اولا ؟ وجهان مبنيان على الوجهين في
 المسألة المتقدمة (٢) ، فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث

(١) أوجهها الاول . وذلك أما بناءً على انتقال المال إلى الموصي
 له الميت اولا ومن ثم انتقاله اليهم فالأمر واضح ، فانه وبعد انتقاله
 اليه ينتقل عند موته إلى ورثته الموجودين في ذلك الزمان لا محالة على
 ما تقتضيه قواعد الارث .

وأما بناءً على انتقاله اليهم مباشرة فلظاهر قوله (ع) في صحيحة
 محمد بن قيس : (الوصية لو ارث الذي أوصى له) فانه ظاهر في
 وارثه حين موته ، وحمله على وارثه حين موت الموصي تقييد بلا دليل
 ولا وجه للمصير اليه .

ومن هنا فلو كان للموصي له حين موته ابن واخ فمات الابن قبل
 موت الموصي وتمرك اولاداً ثم مات الموصي كانت الوصية لأولاد
 الابن دون عم أبيهم .

(٢) يعني الأمر الثالث ، وقد عرفت فيه ان الصحيح هو التفصيل
 بين موت الموصي له في حياة الموصي وموته بعد وفاته فلهي الاول ترث
 منها لانتقال الوصية اليهم مباشرة ، وفي الثاني لا ترث منها إلا على
 تقدير اعتبار القبول والقول بكونه ناقلاً .

وقد يستشكل فيه بان الدليل لما دل على كونها على نحو الارث

لا ترث وعلى الانتقال اليه أولاً لا مانع من الانتقال اليها لأن المفروض انها لم تنتقل اليه أولاً من الزوج بل وصية من الموصي . كما انه يبني على الوجهين اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه (١) .
أما إذا كانت بما يكون من الحبوة ففي اختصاص الولد الاكبر به بناءً على الانتقال إلى الميت أولاً فشكل (٢) لانصراف الادلة عن مثل هذا .

كان المستفاد منه حرمان من يحرم من الارث كلاً أو بعضاً منها ،
وحيث ان الزوجة تحرم من الاراضي ارثاً فهي تحرم منها وصية أيضاً
لتنزيلها منزلته .

إلا انه مدفوع : بان الصحبة لم تتضمن تنزيل الموصى به منزلة
التركة وإنما تضمنت تنزيل الورثة منزلة الموصى له الميت وكأنه هم
الموصى لهم ابتداءً ، وحيث ان الزوجة داخلة فيهم بلا خلاف - وان
كانت هي لا ترث من الارض - ولذا لا اشكال في شمول الوصية لها
فما لو وصى الموصي بالارض للورثة ابتداءً ، فهي أيضاً ممن جعلت
الوصية له تعبداً .

وهذا لا يتنافى تقسيمها عليهم على نحو تقسيم الارث ، فانها وان كانت
الوصية لهم بالتعبد إلا ان ظاهر الدليل كونها لهم بما هم ورثة الموصى
له فهنفي تقسيمها على نحو تقسيم الارث .

(١) ظهر الحال فيه مما تقدم في الامر الثالث فراجع .

(٢) وذلك لاختصاص الحبوة بما أعده الميت لنفسه وجعله مختصاً

السادس : إذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى له (١) . فان قلنا بانتقاله اليه اولاً بعد قبول الوارث فان قلنا به كشافاً ،

به ، فلا تشمل ما لم يكن كذلك حتى ولو كان مملوكاً له : هذا كله فيما إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي وقلنا بعدم اعتبار القبول أو اعتبرناه وجعلناه كاشفاً . وأما لو مات في حياة الموصي أو بعده مع القول باعتبار القبول ناقلاً فلا ينبغي الاشكال في عدم اجراء حكمها عليه نظراً لعدم انتقاله اليه بالمرّة .

(١) الكلام في هذه المسألة تارة يقع في الموصى به الذي ينعتق على الموصى له خاصة دون وارثه كما لو اوصي له بابنه الرق وكان له اولاد احرار ، فانه ينعتق عليه خاصة دون اولاده حيث لا مانع من ملك الرجل لاختيه . واخرى في الموصى به الذي ينعتق على الوارث أيضاً كما لو اوصي له ببنته حيث لا يجوز للرجل ان يملك محارمه من النساء . اما المقام الاول : فان كان موت الموصى له في حياة الموصي فعلى ما اخترناه من انتقال الوصية منه إلى ورثته بالتعبد فلا اشكال في عدم انعقاقه إذ لم يدخل ولا آنأما في ملك الموصى له وانما انتقل من الموصي اليهم مباشرة والمفروض قابليتهم لتملكه وعدم انعقاقه عليهم قهراً . وعلى ما ذهب اليه بعضهم من انتقاله إلى الموصى له آنأما ومن ثم انتقاله إلى الورثة بالارث ينعتق لانه لا لانعاقه بمجرد الدخول في ملك الموصى له . ومعه فلا يبقى مجال لانتقاله إلى الورثة نظراً لعدم شمول ما ترك له . وبذلك يكون من مصاديق الوارث المتجدد بعد الموت فيأخذ تمام التركة إذا كان انعقاقه قبل القسمة وكان هو في

مرتبة سابقة على الموجودين وإلا شاركهم فيها ، وإن كان انعتاقه بعد القسمة فلا شيء له .

وإن كان موت الموصى له بعد وفاة الموصي فعلى ما اخترناوه من كون الوصية ايقاعاً محضاً فالامر واضح ، فإنه وبمجرد موت الموصي ينتقل إلى ملك الموصى له آناماً ومن ثم ينعقد عليه قهراً وبذلك يكون حين موت الموصى له كسائر الورثة ، وعلى ما اختاره من اعتبار القبول ، فإن جعلناه ناقلاً فالحال فيه هو الحال في موت الموصى له قبل موت الموصي طابق النعل بالنعل فإن قلنا بانتقاله من الموصي إليهم مباشرة فلا ينعقد ، وإن قلنا بانتقاله إلى الموصى له أولاً ومن ثم إليهم ينعقد بدخوله في ملك الموصى له قهراً .

وإن جعلناه كاشفاً ، كشف قبولهم عن انعتاقه حين موت الموصي فيرث معهم إذا كان في طبقتهم ويختص بالتركة إذا كان سابقاً عليهم بلا فرق في ذلك بين كونه قبل القسمة أو بعدها فإنه ليس من مصاديق الوارث المتجدد بعد الوفاة إذ المقرروض حريرته في حياة الموصى له ، غاية الأمر أن الكشف عن ذلك كان بالفعل .

وقد يستشكل فيه فيما إذا كان الموصى به أحق منهم بالارث ومتقدماً عليهم بحسب الطبقة كما إذا كان الموصى به ابن الموصى له وكانت الورثة أخوته بان لازم ذلك كشف قبولهم عن انتقال حق قبول الوصية إليه أيضاً واختصاصه به دون غيره ، ومع ذلك كيف يكون قبولهم كاشفاً عن حريرته حيث يلزم من كونه وارثاً عدم كونه وارثاً وما يلزم من وجوده عدمه محال .

وبعبارة أخرى ، إن أخوة الموصى له إن كانوا ورثة له فكيف ينتقل المال إلى ابنه بعد انعتاقه ، وإن لم يكونوا كذلك فلا اثر لقبولهم أيضاً .

وقد يجاب عنه : بان حق القبول انها هو اوارث الميت عند موته دون من تجدد ارثه ولو كشفاً .

وفيه : انه لا فرق في القبول بين الوارث عند موت الميت والمتجدد ولذا لو اعتق العبد قبل قبول اخوته كان حاله حالهم . فاذا كان هذا حال المعتق بعد وفاة الموصى له ، ففي ما نحن فيه يكون ذلك بالاولوية حيث ان التجدد في الكشف دون الحرية .

فالصحيح ان يقال : ان ثبوت حق القبول للوارث وكفايته عن قبول الموصى له لم يكن بدليل لفظي كي يقال انه يلزم من وجوده عدمه ، وانما كان اعتباره في صحة الوصية - بناءً على القول به - للاجماع والمتيقن منه من كان وارثاً من غير جهة القبول واما الوارث من جهة القبول فلا اجماع على اعتبار قبوله .

وبعبارة اخرى : ان القبول حق لمن يكون وارثاً في مرتبة سابقة عن هذا الحق ، واما من يكون وارثاً بهذا الحق فلا اجماع على اعتبار قبوله .

وعليه ، فيقبولهم ينكشف انعقاقه من حين موت الموصى وبه ينتقل جميع المال اليه .

واما المقام الثاني : ففيه ينعتق الموصى به على جميع التقادير ، إلا ان الاثر بين الفروض المتقدمة يظهر في ارثه من الموصى له ، فان كان موت الموصى له قبل موت الموصي وقلنا بانتقال الموصى به إلى الورثة مباشرة فهو من مصاديق الوارث المتجدد فيرث قبل القسمة لا بعدها وان قلنا بانتقاله إلى الموصى له اولاً ومن ثم اليهم فهو يكشف عن انعقاقه حين موت الموصي وهو يقتضي ارثه مطلقاً سواء قبل القسمة وبعدها وان كان موت الموصى له بعد موت الموصي فان لم نعتبر

وكان موته بعد موت الموصي (١) انعتق عليه ، وشارك الوارث ممن في طبقته ، ويقدم عليهم مع تقدم طبقته فالوارث يقوم مقامه في القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه ، وان كان موته قبل موت الموصي أو قلنا بالنقل وانه حين قبول الوارث ينتقل اليه آنا ما فينعق (٢) لكن لا يرث إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة ، وذلك لانه - على هذا التقدير - انعتق بعد سبق ساير الورثة بالارث . نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم ، وان قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له (٣) فلا ينعق عليه لعدم ملكه ،

القبول في الوصية أو اعتبرناه وجعلناه كاشفاً فهو يرث مطلقاً لانكشاف حريته حين موت الموصى له وان جعلناه ناقلاً كان الموصى به من مصداق الوارث المتجدد بعد الوفاة .

(١) عرفت فيما تقدم انه لا حاجة في هذا الفرض إلى قبول الوارث إذ الموصى به ينتقل وبمجرد موت الموصي إلى ملك الموصى له . وعليه فينعق سواء أقبل الورثة ام لم يقبلوا .

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم في الفرض الاول ، حيث لا مجال للقول بالانعتاق بعد فرض انقلاب الوصية إلى الوارث وانتقاله من الموصي اليه مباشرة ومن غير وساطة الموصى له .

(٣) كما هو الصحيح على ما تقدم بيانه .

بل يكون للورثة إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم .

السابع : لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية (١) .

(مسألة ٨) : اشترط القبول على القول به مختص بالتمليلية - كما عرفت - فلا يعتبر في العهدية (٢) ويختص

(١) والوجه فيه اطلاق صحيحة محمد بن قيس فان السؤال فيها انها هو عن رجل اوصى لآخر ، وهو كما يشمل الوصية التمليلية يشمل الوصية العهدية فانه مطلق من حيث تملك الموصى شيئاً له أو امره للموصى بان يدفع اليه شيئاً .

ودعوى : اختصاصها بالوصية التمليلية ، عارية عن القرينة ولا شاهد لها .

ثم ان هذه الصحيحة وافية بالمدعى ، ومعه فلا حاجة إلى التمسك برواية محمد بن عمر الباهلي (الساباطي) المتقدمة كي يورد عليها بضعف السند . نعم لا بأس بعملها مؤيدة للحكم في المقام ، فانها واردة في ذلك ودالة عليه بوضوح لولا ضعف سندها .

(٢) بلا خلاف ولا اشكال ، لا من الموصى اليه ولا من الموصى له . اما الاول فلجملة من النصوص الدالة على عدم اعتبار قبوله صريحاً نعم له حق الرد بشرط اعلام الموصى به .

وأما الثاني فقد يفرض ان الموصى به امر غير متوقف على قبوله

بما إذا كان لشخص معين أو اشخاص معينين ، واما إذا كان للنوع أو للجهات - كالوصية للفقراء والعلماء أو للمساجد - فلا يعتبر قبولهم (١) أو قبول الحاكم فيها للجهات (٢)

كما لو اوصى الوصي بدفع ديونه وتفريغ ذمته ، ففيه تنفذ الوصية ويلزم الوصي القيام بها سواء أقبل الموصى له ام لم يقبل .

وقد يفرض توقفه على القبول وعدم تحققه قهراً ، كما لو اوصى بهبة داره له أو يبعه له بنصف ثمن مثله ففيه أيضاً لا يكون عدم قبوله موجباً لبطلان الوصية فان القبول انما يعتبر في صحة العقد الموصى به لا في صحة الوصية وانما يوجب رفضه جعل الوصية متعذر المصرف وحينئذ فيبقى الموصى به على ملك الميت ولا يكون ارثاً لانه قد ابقاه على ملكه غاية الامر انه عين له مصرفاً معيناً وهو متعذر نظراً لرفض الموصى له ، فيصرف في وجوه البر مع تحري الاقرب فالاقرب إلى الوصية .

وهذا بخلاف الوصية التمليلية - بناءً على اعتبار القبول فيها - فان الموصى قد اخرج الموصى به عن ملكه وملكه للموصى له فاذا رفض الموصى له القبول كشف ذلك عن بطلان الوصية . ومن هنا فينتقل الموصى به إلى ملك الورثة حيث لم يبقه الموصى على ملكه .

اذن يصح ان يقال - وعلى نحو الاطلاق - ان القبول غير معتبر في الوصية للعهدية سواء في ذلك الموصى اليه والموصى له .

(١) لعدم امكانه من الكلي والنوع والجهة ، وقبول الاشخاص وان امكن إلا انه لا يجدي باعتبار ان قبولهم ليس قبولاً للكلي .

(٢) لعدم الدليل عليه ، بل مقتضى اطلاقات ادلتها نفوذها من غير قبول .

وان احتمال ذلك او قيل . ودعوى ان الوصية لها ليست من الوصية التمليلية بل هي عهدية ، وإلا فلا يصح تمليك للنوع أو الجهات . كما ترى (١) . وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً وإنما يكون الردمانعاً وهو أيضاً لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقراء مثلاً ، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل (٢) .

(مسألة ٩) : الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الالفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص (٣) بل

(١) لما تكرر منا غير مرة من ان الملكية ليست من الاعراض الخارجية كي تحتاج إلى معروض خارجي ، وانما هي من الاعتبارات وهي كما يصح تعلقها بالكلي يصح ان تكون للكلي ، كما التزموا بذلك في باب الخمس والزكاة والوقف بلا خلاف .

وعليه فاذا لم يكن في قيام الملكية بالكلي أو كونها للكلي محذور لوقوعه في الخارج فضلاً عن امكانه ، امكن الالتزام به في الوصية أيضاً ، بان يوصي بداره للفقراء أو العلماء أو الزائرين .

(٢) لانه رد من الشخص بخصوصه وهو بما هو شخص ليس بموصى له فلا اثر لرده . وبهذا تفرق هذه الوصية عن الوصية إلى المعين .

(٣) على ما تقتضيه اطلاقات ادلتها :

يكفي كل فعل دال عليها (٢) حتى الإشارة والكتابة - ولو في حال الاختيار - إذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة ، فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال . فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له . بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية (٢) . ويمكن ان يستدل عليه بقوله (ع) : (لا ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلته إلا ووصيته تحت رأسه) (٣) . بل يدل عليه

(١) لاطلاق ادلتها أيضاً ، فانها غير مقيدة باللفظ بل مقتضاها اللزوم وحرمة التبديل بمجرد صدق الوصية كيف ما تحققت : ودعوى ا تقييد الاطلاقات بالاجماع على احتياج العقود الى اللفظ . مدفوعة ا بانه لو تم فهو انها يختص بالعقود اللازمة واما العقود الجائزة التي منها الوصية - بناءً على كونها عقداً - فلا اجماع على اعتبار اللفظ فيها :

(٢) لصدق الوصية عليها . وعليه فيتعين العمل بها لاطلاقات الادلة . (٣) رواه المفيد في المقنعة باختلاف يسير جداً (١) ، إلا انه لا يصلح للاستدلال به . فانه مضافاً الى ضعف سنده بالارسال مخدوش دلالة . إذ لا دلالة فيه على كفاية ما يوجد بخطه وكونه حجة على الورثة بحيث يلزمهم العمل به ، فانه وارد في الترغيب في الاستعداد

(١) الوسائل : ج ١٣ بلب ١ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٧

ما رواه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني (١) قال :
(كتبت اليه : كتب رجل كتاباً بخطه ، ولم يقل لورثته
هذه وصيتي ، ولم يقل أني قد أوصيت ، إلا انه كتب كتاباً
فيه ما أراد ان يوصي به ، هل يجب على ورثته القيام بما

للموت وعدم الانكال على طول الامل ، وأبن هذا من حجة ما يوجد
بخطه ؟ .

(١) رواه الصدوق (قده) باسناده عن ابراهيم بن محمد الهمداني ،
ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى بن عمر بن علي بن
ابراهيم بن محمد الهمداني (١) .

والطريق الثاني ضعيف بعمر بن علي الذي هو عمر بن علي بن عمر
ابن يزيد حيث لم يرد فيه توثيق ، هير ان احمد بن محمد بن يحيى قد
روى عنه ولم يستثنه ابن الوليد ، إلا اننا قد ذكرنا في كتابنا معجم
رجال الحديث ان ذلك لا ينفع في اثبات الوثاقة للرجل فراجع .
على ان الرواية - بطريقها - ضعيفة بابراهيم بن محمد الهمداني نفسه فانه لم
تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم (ع) لما أوضحناه في مقدمة
كتابنا معجم رجال الحديث من ان الوكالة وحدها لا تكفي في اثبات
وثاقة الوكيل

نعم ورد في جملة من النصوص مدح الرجل وتجليله ، إلا انها جميعاً
ضعيفة السند ، بل وراوي بعضها هو ابراهيم بن محمد الهمداني نفسه
فلا تصلح للاعتداد عليها لاثبات وثاقة الرجل .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٨ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٢

في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب : ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البر وغيره) .

(مسألة ١٠) : يشترط في الموصي أمور :

الأول : للبلوغ ، فلا تصح وصية غير البالغ (١) .
نعم الاقوى وفاقاً للمشهور صحة وصية البالغ عشراً ، إذا كان عاقلاً في وجوه المعروف للارحام أو غيرهم (٢)
لجملة من الاخبار المعتبرة (٣) خلافاً لابن ادريس وتبعه جماعة .

بل وعلى تقدير تماميتها سنداً لا تصلح دليلاً للحكم وذلك لما تضمنته من حجية هذه الوصية لولد الميت خاصة بعد ان كان السؤال عن حجيتها لمطلق الوارث ، ومفهوم ذلك عدم حجيتها لدى غيرهم وهذا التفصيل مما لم يقل به أحد ولا يمكن الالتزام به ، فلا بد من رفع اليد عنها .

اذن : فالصحيح في الحكم هو التمسك باطلاقات أدلة نفوذ الوصية ولزومها .

(١) في الجملة اجماعاً .

(٢) في نفوذ وصيته لغير الارحام اشكال يأتي عند استعراض النصوص فلاحظ .

(٣) منها معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع)

في حديث (قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته) (١) ومعتبرة زرارة عن أبي جعفر (ع) : (قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز) (٢) .

ومعتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) أيضاً : (قال : إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته) (٣) .

ومعتبرة أبي أيوب عن أبي عبد الله (ع) ، (في الغلام ابن عشر سنين يوصي ، قال : إذا اصاب موضع الوصية جازت) (٤) . ومعتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : (سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته) (٥) .

إلى غير ذلك من النصوص المعتبرة سنداً وبالغة حد الاستفاضة للدلالة على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين صريحاً .

ودعوى : منافاتها لما دل على اعتبار العقل كمعتبرة جميل بن دراج (عن محمد بن مسلم - على ما في التهذيب) عن أحدهما (ع) : (قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٢

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٤

(٣) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٥

(٤) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٦

(٥) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، ح ٧

بمحتلم) (١) حيث انها جعلت العبرة في نفوذ الوصية للعقل دون البلوغ عشر سنين .

مدفوعة : بان العقل معتبر لا محالة وعلى كل تقدير سواء أورد ذكره في النص ام لم يرد ، فانه معتبر في الموصي البالغ فضلاً عن الصبي الذي لم يبلغ الحلم . ومن هنا فلا يكون ذكره قيداً زائداً ومن ثم فلا يكون المقام من اختلاف الشرطيتين .

نعم هذه الرواية تخالف تلك النصوص من حيث اطلاقها لعدم البلوغ فتشمل حتى الذي لم يبلغ عشر سنين ، إلا ان من الواضح لزوم تقييد اطلاقها بتلك - على ما تقتضيه قواعد الجمع بين المطلق والمقيد . هنا ولكن دل بعض النصوص على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ ثمان سنوات ففي رواية الحسن بن راشد عن العسكري (ع) : (قال : إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجاز امره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك) (٢) وقد ذهب إليه ابن الجنيد (قده) . إلا ان هذه الرواية لا يمكن الاعتماد عليها وذلك لما اذقت عليه نسخ الرواية في المصادر على نقلها عن علي بن الحسن بن فضال عن العبيدي عن الحسن بن راشد ، حيث ان العبيدي مجهول ولا يعلم من هو لعدم ورود ذكر له في كتب الرجال على الاطلاق . نعم من المحتمل ان تكون النسخ جميعاً مغلوطة نتيجة للسهو في النسخة الاصلية ، وان الصحيح هو العبيدي الذي هو محمد بن عيسى بن هيب بقرينة رواية علي بن الحسن بن فضال عنه كثيراً وروايته عن الحسن بن راشد كذلك ، فالرواية تكون معتبرة فان للعبيدي ثقة بل قال

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٥ من أبواب احكام الوقوف والصدقات ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٥ من أبواب احكام الوقوف والصدقات ح ٤ .

ابن نوح : (من مثل العبيدي ؟) وان ناقش فيه ابن الوليد ، إلا أننا ذكرنا في معجمنا ان الرجل ثقة .

لكن ذلك كله لا ينفع في التمسك بهذه الرواية والاستدلال بها وذلك نها غير وارده في الوصية بخصوصها وانما هي دالة على جواز امره مطلقاً ونفوذ جميع تصرفاته عند بلوغه ثاني سنين ، وهي بهذا يخالف جميع النصوص - الموافقة للكتاب - الدالة على الحجر عليه ورفع القلم عنه وعدم مؤاخذته بشيء من افعاله أو اقواله ما لم يبلغ . فلا بد من طرحها ورفع اليد عنها - حتى على تقدير تمامتها سنداً - .

ثم ان هذه النصوص لا تنافيها صحيحة أبي بصير المرادي عن أبي عبد الله (ع) : (انه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلاث ماله في حق جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته) (١) .

حيث تضمنت التفصيل بين الغلام إذا بلغ عشر سنين فتنفذ وصيته بقدر ثلثه ، وبين ما إذا بلغ سبع سنين حيث تنفذ في اليسير من ماله . فانها غير مخالفة لما تقدم بقدر مدلول تلك النصوص .

نعم هي تضمنت نفوذ وصية من بلغ سبع سنين في اليسير من ماله وهذا ان لم يتم اجماع على خلافه فهو ، وإلا - كما هو الظاهر - فلا بد من رفع اليد عنها ورد علمها إلى اهله .

ومنه يظهر الحال في صحيحة محمد بن مسلم قاله : (سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : ان الغلام إذا حضره الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته

الثاني : العقل ، فلا تصح وصية المجنون (١) . نعم

لدوي الارحام ولم تجز للغرباء (١) .

فان الحال فيها هو الحال في معتبرة أبي بصير المتقدمة ، فان تم اجماع على عدم التفصيل فلا بد من طرحها - كما يظهر ذلك من ذهاب المشهور إلى عدم الفرق - وإلا - كما هو الظاهر - فلا بد من تقييد اطلاق ما دل على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشرأ .

وبعبارة اخرى نقول : ان النسبة بين صحبحة محمد بن مسلم وبين ما دل على نفوذ وصية الغلام إذا بلغ عشرأ ، انها هي العموم والخصوص من وجه فهما قد يجتمعان وقد يفترقان ، فيجتمعان في وصية الغلام البالغ عشرأ لارحامه ويفترقان في موردين وصية البالغ عشرأ لغير ارحامه ووصية من لم يبلغ عشرأ لارحامه حيث ان مقتضى ما دل على نفوذ وصية البالغ عشرأ هو صحة الاول وفساد الثاني في حين ان مقتضى صحبحة محمد بن مسلم هو العكس فيهما . وحينئذ فمقتضى القواعد هو التسايط والرجوع إلى عموم ما دل على حصر الصبي وعدم نفوذ تصرفاته ما لم يحتلم .

فما افاده الماتن (قد ه) وفاقاً للمشهور لا يمكن المساعدة عليه ، لان القدر المتيقن من نفوذ وصية الصبي هو ما إذا بلغ عشرأ وكانت وصيته للارحام . اللهم إلا ان يثبت اجماع على عدم الفرق لكنه غير ثابت . (١) لرفع القلم عنه فلا اثر لتصرفاته ولا تثبت له الكتابة في قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت) (٢) ، وكذا النصوص الواردة في المقام .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

(٢) البقرة ١٨٠ .

تصح وصية الادواري منه إذا كانت في دور افاقته (١).
وكذا لا تصح وصية للسكران حال سكره (٢) . ولا
يعتبر استمرار للعقل فلو اوصى ثم جن لم تبطل (٣) .

(١) لتامة الشرط في حقه .

(٢) إذا بلغ حد فقد العقل وسلب الادراك والشعور فانه يلحق
حرفئذ بالمجنون ، وإلا فلا دليل على اعتبار عدمه لان الداهل منحصر
في الحاقه بالمجنون وهو ليس كذلك .

(٣) كما هو مقتضى صريح كلماتهم وحكمهم بصحة وصية المجنون
الادواري في حال افاقته .

ودعوى : ان الوصية من العقود الجائزة وهي تبطل بالمجنون
المتأخر ما لم يدل دليل على عدمه ، وهو مفقود في المقام .
مدفوعة : بانها من الدعاوي التي لم يرق عليها دليل هـ
نعم هي ثابتة في موردين : احدهما من العقود والآخر ليس منها
فالاول الوكالة حيث ان الوكيل انما يجوز له التصرف فيما جاز للموكل
التصرف فيه فاذا لم يكن للموكل ذلك للحجر عليه لم يكن للوكيل
أيضاً . وهذا يعني بطلان الوكالة ، وهل هو على الاطلاق أو انها
تعود بعد ارتفاع الجنون ؟ فيه كلام يأتي في محله .

والثاني الاباحة والاذن حيث يبطلان بالمجنون المتأخر بلا اشكال
باعتبار انها شرط معتبر في كل تصرف حيث لا بد من كونها مقارناً
له وهي لا تصح من المجنون . إلا انها ليست من العقود .

وكيف كان : فثبوت هذه القضية في مورد من العقود لا يقتضي
ثبوتها وعمومها لكل العقود الجائزة . ومن هنا فلا مجال للحكم بالبطلان

كما انه لو اغمى عليه (١) أو سكر لا تبطل وصيته . فاعتبار العقل انما هو حال انشاء الوصية .

لثالث : الاختيار (٢) .

الرابع : الرشد ، فلا تصح وصية السفیه (٣) وان كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده .

في المقام عند طرو الجنون للموصي بعد الحكم بصحتها .

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم في الجنون بناءً على الحاقه به لا بالنوم .
(٢) اجمالاً ، ولرفع القلم عن المكروه حيث قد عرفت في بعض الابحاث السابقة ان ظاهر الرفع ارتفاع كل ما يترتب على العمل من الآثار سواء في ذلك للكفارة والحد وغيرهما ، فيفرض ذلك الانشاء كالعدم ولا يترتب عليه اثر . ومن هنا فيكون دليل الرفع حاكماً على ما دل على ثبوت شيء وترتبه على ذلك الفعل .

ولا موجب لدعوى اختصاصه بالمؤاخذه خاصة فانها دعوى بلا دليل بل يشهد لبطلانها صحیحة النزطي عن أبي الحسن (ع) :
(في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال (ع) : لا ، قال رسول الله (ص) :
وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطبقوا وما اخطأوا) (١) :
فان استشهاده (ع) بنفي الاكراه في المقام دليل على عدم اختصاصه بنفي المؤاخذه .

(٣) اختاره العلامة (قده) وجملة من الاصحاب وكان الوجه

(١) الوسائل : ج ١٦ باب ١٢ من أبواب الأيمان ، ح ١٢ .

فيه اطلاق ما دل على الحجر على السفية وانه لا يجوز امره ، فان مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ما اذا كانت بالمعروف وعدمه وبين ما اذا حكم الحاكم بحجره وعدمه . لكن عن جامع المقاصد أن المشهور بين الاصحاب جواز وصية السفية في البر والمعروف .

والصحيح ان ادلة الحجر قاصرة للشمول لوصية السفية اما الآية الكريمة : (فان آنتم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) (١) فهي ناظرة إلى دفع اموالهم اليهم ليتصرفوا فيها كيف يشاؤون ، فهي منصرفه عن الوصية ولا تنظر اليها .

ولا يبعد دعوى ذلك في نصوص الحجر أيضاً ، ولعل الوجه فيه ان هذا الجعل (الحجر) انما هو لمصلحة السفية ومراعاة حفظ امواله وإلا فهو مالك له بلا اشكال ، فيختص بتصرفاته فيها حال حياته حيث تكون الاموال مملوكة له ، ولا تشمل بعد مماته لانها تنتقل عنه إلى غيره لا محالة وبناءً على صحة وصيته تنتقل إلى الموصى له في الوصية التمليلية وتبقى في ملكه في العهدية . ومن هنا لا يكون في الحجر عليه من هذه الجهة أي امتنان عليه بل يكون هو خلاف الامتنان في حقه ويؤيده معتبرة أبي الحسن الخادم بباع الأوثان عن أبي عبدالله (ع) قال : (سألته أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال ا حتى يبلغ اشده ، قال : وما اشده ؟ قال : احتلامه . قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو اقل أو اكثر ولم يحتلم ، قال : إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز عليه امره إلا ان يكون سفياً أو ضعيفاً) (٢) فانها ظاهرة في اختصاص الحجر على السفية بما يكون عليه

(١) النساء : ٦ .

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٢ من أبواب احكام الحجر ، ح ٥ .

واما المفلس فلا مانع من وصيته وان كانت بعد حجر الحاكم ، لعدم الضرر بها على الغرماء (١) لتقدم للدين على الوصية .

الخامس : الحرية . فلا تصح وصية المملوك بناءً على عدم ملكه وان أجاز مولاه (٢) . وكذا بناءً على ما هو

فلا يشمل ما لا يكون كذلك ، والوصية منها - كما عرفت - ولذا يصح قبوله للوصية له - بلا خلاف فيه فيما نعلم - وان كان المال لا يدفع اليه : كما يؤيده معتبرة محمد بن مسلم - كما في التهذيب - عن احدهما (ع) : (قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتمل) (١) فان ظاهرها كون العبرة في النفوذ بالعقل خاصة ومن غير اعتبار للرشد :

اذن : فما نسب إلى المشهور من نفوذ وصية السفية هو الصحيح . ثم ان مقتضى ما تقدم عدم الفرق بين وصيته بالمعروف اي ما يكون راجحاً شرعاً وغيره فتنفذ وصيته وان تعلق بالمباح .

نعم لا تصح الوصية بما يخالف الكتاب والسنة الا انه لا يختص بالسفيه (١) واختصاص الحجر عليه بالتصرف المزاحم لحقهم فحالته من اوصى وعليه ديون مستوعبة لجميع امواله وبعد لم يحجر عليه .

(٢) حيث لا تكون من الوصية الفضولية كي تصح باذن مولاه لانها انما تكون فضولية فيما لو علق التملك على وفاة المولى ، واما إذا علقه على وفاته هو - كما هو المفروض - فلا تصح حتى مع اجازة

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٥ من أبواب احكام الوقوف والصدقات ، ح ٢.

الاقوى من ملكه لعموم ادلة الحجر (١) ، وقوله (ع) :
(لا وصية للملوك) (٢)

المولى إذ لا يصح تعليق الملكية على وفاة غير المالك .

(١) كقوله تعالى : (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) (١) ، وصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : (انه قال في المملوك ما دام عبداً فانه وماله لاهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا ان يشاء سيده) (٢) .

هذا كله مضافاً إلى ما دل على نفوذ وصية المكاتب بحساب ما اعتق منه كصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : (قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه ان يجاز من وصيته بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فاوصى بوصية فاجاز نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه فاوصى بوصية فاجاز ثلث الوصية) (٣) فانها تدل على عدم نفوذ وصية العبد .

(٢) رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن حديد عن جميل بن دراج عن احدهما (ع) (٤) .

وقد رده صاحب الجواهر (قد ه) لضعف سنده بعلي بن حديد لكن ناقش فيه بعضهم بان الاظهر وثاقته ، لكننا لانعلم له وجهاً فانه

(١) النحل ٧٥١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ باب ٨١ من أبواب احكام الوصايا . ح ١ .

(٤) الوسائل ١ ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب احكام الوصايا ، ح ٢ .

بناءً على ارادة نفي وصيته لغيره (١) لانفي الوصية له .
نعم لو اجاز مولاه صح (٢) على البناء المذكور . ولو
اوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت (٣)

لم يرد في شيء من النصوص مدحه فضلاً عن توثيقه إلا روايتين هما
ضعيفتا السند فلا تصلحان للاعتقاد عليهما . نعم ورد ذكره في اسناد
كامل الزيارات وتفسير علي بن ابراهيم ، فعلى ما اخترناه من وثاقة كل
من يقع في اسنادهما فلا بأس بتوثيقه لولا ان الشيخ (قدس) قد
ذكر في مواضع من كتابيه انه ضعيف جداً فانه يمنع من الحكم بوثاقته .
(١) اي بمعنى كون اضافته اضافة إلى الفاعل - كما هو الظاهر -
لا اضافة إلى المفعول .

(٢) كما صرحت به صحيححة محمد بن قيس المتقدمة . وكذا الحال
فيما لو اوصى من دون اجازة المولى ثم امضاها السيد ، حيث يشملها
تعليله (ع) في صحيححة زرارة الواردة في نكاح العبد من دون اذن مولاه
من : (انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه جاز) (١) فان
مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالنكاح ، وحينئذ فيحكم
بالصحة فيما نحن فيه أيضاً ، ونتيجة ذلك هو القول بان الاجازة
المعتبرة اعم من الحدوث والبقاء بمعنى ان المصحح للعقد هو الاعم
من الاذن السابق والاجازة اللاحقة .

(٣) وكان الوجه فيها هو زوال المانع بعد عدم الدليل على مانعية
الرقية على الاطلاق والبطلان إلى الابد ، إذ الدليل يختص بما دام رقاً .

(١) الوسائل : ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ح ١ .

على اشكال (١) . نعم لو علقها على الحرية فالاقوى صحتها (٢)

(١) قوي جداً ، لان مقتضى اطلاقات ادلة اعتبار الحرية وعدم نفوذ وصية العبد إلا باذن مولاه أو امضائه كصححة محمد بن قيس عدم الفرق في البطلان بين تحرره وبقائه على الرقية فتكون كوصية الصبي قبل بلوغه عشرأ ، فانها حين وقوعها لم تكن محكمة بالصحة فالحكم بصحتها بعد ذلك يحتاج إلى الدليل وهو مفقود بل مقتضى اطلاق صححة محمد بن قيس عدم تأثير الحرية المتأخرة في نفوذها : نعم لو امضاها بعد حرите حكم بصحتها نظراً إلى ان امضاه لها بمنزلة وصية جديدة .

(٢) بل الاقوى فسادها ، لان المراد بالتعليق ان كان هو ما يكون على نحو الشرط المتأخر بمعنى كون الوصية فعلية وكون المعلق عليه امرأ متأخراً فلا حاجة في اثبات بطلانها إلى دعوى ان التعليق يقتضي البطلان فانه وان لم نقل بذلك فان الروايات الواردة في المقام كصححة محمد بن قيس تكفي لنا في الحكم ببطلانها ، إذ ان المستثنى فيها انها هو خصوص فرض مشية السيد ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الوصية المعلقة وغيرها .

وان كان هو ما يكون من قبيل الشرط المقارن بان ينشأ العبد من الآن الوصية المتأخرة عن حرته بحيث لا يكون بالفعل غير الانشاء واما المنشأ فظرفه هو الزمان الآتي ، فمثل صححة محمد بن قيس وان لم يقتض بطلانها حيث ان المنع والحجر انها يتعلقان بنفس المنشأ دون اللفظ والصيغة فانه لا دليل على حجه بالنسبة اليها أيضاً ، إلا ان مثل هذا التعليق مبطل جزماً بل هو القدر المتيقن من التعليق المبطل ،

ولا يضر التعليق المفروض ، كما لا يضر اذا قال : هذا لزيد ان مت في سفري (١) . ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالاقوى الصحة (٢) .

ولا يقاس ذلك بتقييد الموصى له بكونه عالماً أو خيراً - على ما سيأتي توضيحه - :

اذن : فالصحيح بطلان مثل هذه للوصية من العبد سواء أكان التعليق من قبيل الشرط المتأخر ام كان من قبيل الشرط المقارن ، ما لم ينشأ وصية جديدة بعد العتق ولو بامضائه للوصية الاولى .
(١) ما افاده (قده) يعد من غرائب ما صدر منه رحمه الله فان التعليق على الموت مقوم لعنوان الوصية سواء اكان تعليقاً على مطاق الموت وطبيعياً ام كان تعليقاً على موت خاص ، فلا يقاس على التعليق على الحرية .

ودعوى : انه لا دليل على بطلان الوصية بالتعليق فانها لا تقاس بسائر العقود إذ لا مانع من تعليقها على كون الموصى لهم طلبية أو متدينين أو سكنة مدينة معينة .

مدفوعة : بانها أيضاً من غرائب الكلام فان التقييد ليس من التعليق في الوصية بل هي مطلقة ولغير معلقة على شيء غايبة الامر ان الموصى له قد يكون مطلقاً وقد يكون مقيداً بصنف أو نوع معين ، فالتقييد انما يكون في الموضوع خاصة . وهذا بخلاف ما نحن حيث ان تقييد الوصية بالحرية يرجع إلى تعليقها عليها بمعنى انه ان كان حراً فقد اوصى وان لم يكن كذلك فهو لم يوص .

(٢) لم يظهر لنا وجه اقوائية الصحة ، فان اطلاقات الحجر محكمة

وكذا ما كان من هذا للقبيل .

للسادس : ان لا يكون قاتل نفسه بان اوصى بعدما
احدث في نفسه ما يوجب هلاكه - من جرح أو شرب
سم أو نحو ذلك - فانها لا تصح وصيته على المشهور (١)
المدعى عليه الاجماع . للنص الصحيح الصريح (٢) خلافاً

وشاملة للمقام كقوله تعالى : (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر
على شيء) (١) فان الوصية شيء كما يشهد له استشهاد الامام (ع)
في صحيحة زرارة لبطلان طلاق العبد بالآية الكريمة (٢) ، وصحيحة
محمد بن قيس المتقدمة عن أبي جعفر (ع) انه : (قال في المملوك
ما دام عبداً فانه وماله لاهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا
وصية إلى ان يشاء سيده) (٣) .

فان مقتضى اطلاق نفي نفوذها من دون مشيئة السيد عدم الفرق
بين الوصية بالمال والوصية بغيرها .

ودعوى انصرافها إلى الوصية بالمال لا وجه لها .

(١) بل المتسالم عليه في الجملة ، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى
احد غير ابن ادريس وتبعه بعض .

(٢) وهو صحيح أبي ولاد قال : (سمعت أبا عبد الله (ع)
يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قلت :

(١) النحل : ٧٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه ، ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

لابن ادريس وتبعه بعض والقدر المنصرف اليه الاطلاق
الوصية بالمال (١) . واما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه
مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها . كما ان الحكم مختص
بما إذا كان فعل ذلك عمداً (٢)

أرأيت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته ؟
قال : فقال : ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثاً في نفسه من
جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه ، وان كان اوصى بوصية بعدما
احدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته (١) .
(١) ربما يقال ان الصحيح مختص بالمال بقريئة قوله (ع) :
(في ثلثه) ومعه فلا وجه لدعوى الانصراف ، فانه اسامياً لا يشمل
الوصية بغير المال .

وفيه : ان قوله (ع) : (في ثلثه) قيد لصورة تقدم للوصية
على الحدث في النفس ، واما صورة تأخرها عنه - التي هي محل الكلام -
فهي مطلقة وغير مقيدة بالثلث .

وبعبارة اخرى : ان قوله (ع) : (في ثلثه) قيد للفرض جواز
الوصية ، واما فرض عدم جوازها فهو مطلق من هذه الناحية :
نعم الحكم في هذا الفرض منصرف إلى الوصية المالية بقريئة تقييده
لفرض النفوذ بالثلث . فلا مانع من الالتزام بنفوذها في غيره .

(٢) وذلك لا لقوله (ع) في صدر الصحيحة : (من قتل
نفسه معمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها) فان من المحتمل ان يقال

لا سهواً أو خطأً وبرجاء ان يموت (١) لا لغرض آخر
وعلى وجه العصيان (٢) لا مثل الجهاد في سبيل الله . وبما
لو مات من ذلك ، واما إذا عوفي ثم اوصى وصيته وصيته
بلا اشكال (٣): وهل تصح وصيته قبل المعافاة؟ اشكال (٤)

باختصاص هذا الحكم بالذات بالمتعمد ، وأما عدم نفوذ وصيته فهو
غير مقيد بالمتعمد ، وانما لقوله (ع) : (لعله يموت) فانه صريح
في الاثبات بالفعل عمداً لا سهواً أو خطأ .

(١) لقوله (ع) : (لعله يموت) . ومن هنا فلو لم يكن
للفعل لهذا الغرض فلا تشمله الصحيحة وان ترتب الموت عليه من
باب الاتفاق .

(٢) للانصراف العرفي ولو بقرينة صدر الصحيحة حيث حكم (ع)
بانه في نار جهنم خالداً فيها .

(٣) بل الظاهر ان المسألة متفق عليها ، وذلك لظهور صحبة
أبي ولاد في كون الوصية مقارنة لاحتمال الموت من قبل ذلك الحدث
فلا تشمل ما إذا عوفي من الحدث واوصى في حال الصحة ، فان الحدث
السابق يكون حيثما كالعدم .

(٤) منشأه ان مقتضى صدر الصحيحة ان موضوع الحكم هو القاتل
نفسه فلا يشمل ما نحن فيه لان المفروض انه عوفي منه وان كانت
وصيته في زمان يحتمل فيه الموت نتيجة للحدث في حين ان مقتضى
ذيلها اعني قوله (ع) : (وان كان اوصى بوصية بعدما احدث في
نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته) هو عدم نفوذها

ولا يلحق التنجيز بالوصية (١) . هذا ولو اوصى قبل ان يحدث في نفسه ذلك ثم احدث صحت وصيته ، وان كان حين الوصية بانياً على ان يحدث ذلك بعدها ، للصحيح المتقدم (٢) مضافاً إلى العمومات .
(مسألة ١١) : يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال (٣)

سواء أتعبها الموت ام لم يتعبها . فالموضوع في عدم النفوذ هو المقدم على قتل نفسه من غير اعتبار لتحقق الموت في الخارج .
والثاني : هو الاقوى وبدلنا عليه مضافاً إلى ظاهر الصحيحة شمولها لمن احدث في نفسه حدثاً لعله يموت ثم مات بسبب آخر غير ذلك الحدث كقتل غيره له أو الزلزلة أو نحوها قبل المعافاة منه فانه لم يلتزم احد من الفقهاء بصحة وصيته بل لا يحتمل الحكم بنفوذها بدعوى انه لم يمت بسبب ذلك الحدث حيث يستكشف منه انه لا يعتبر في عدم نفوذ وصيته تعقبها للموت نتيجة للفعل ، بل هي ملاغاة في هذه الحالة حقوقية له فتعتبر كالعدم ما لم ينشأ وصية جديدة بعد المعافاة .
(١) نظراً لكون الحكم في مورد الصحيحة على خلاف القاعدة ، فلا وجه لقياس غيرها من التصرفات عليها .
(٢) فان مقتضى اطلاق قوله (ع) : (ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه) عدم الفرق بين كونه بانياً على قتل نفسه حين الوصية وعدمه .
(٣) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، وتدل عليه جملة من النصوص

مع فقد الآخر ، ولا تصح مع وجوده (١) . كما لا يصح

عدها معتبرة مجد بن مسلم الواردة في المضاربة عن أبي عبد الله (ع) (انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون للربح بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي) (١) .

فان مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربة وشموله لكل ما كان له التصرف فيه في حياته . ثم انها وان كانت واردة في الاب إلا ان الحكم ثابت للجد أيضاً نظراً لاقوائية ولايته من ولاية الاب على ما تقدم في كتاب النكاح . -

هذا ويمكن ان يستدل على الحكم بما دل على ان عقدة النكاح بيد الاب والجد بدعوى انه اذا ثبت ذلك في النكاح ثبت في الاموال بالاولوية القطعية باعتبار ان امر الزواج اهم من غيره جزماً .

وكيف كان : فالحكم متسالم عليه ولم ينسب الخلاف فيه إلى احد.

(١) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، واستدل له بانه ليس لدليل

ثبوت الولاية اطلاق يشمل هذه الصورة أيضاً .

إلا ان الاولى ان يستدل له بان ولاية الاب والجد بمقتضى دليلها ولاية مطلقة وغير مقيدة . ومن هنا فلا تنسجم مع جعل للولاية لغيرهما مع وجود واحد منهما في عرضه حيث ان مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك للغير قبل تصرفه . فهو نظير ما ذكرناه في باب الاوامر من ان مقتضى اطلاق الامر كونه تعينياً لانه لا يخيرياً باعتبار ان جعل للبدل له ينافي اطلاقه .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (١) فانه بعد فقدهما له الولاية عليهم مادام حياً ، وليس له ان يوصي بها لغيره بعد موته فيرجع الامر بعد موته إلى الحاكم الآخر ، فحاله حال كل من الاب والجد مع وجود الآخر . ولا ولاية في ذلك للام (٢) خلافاً لابن الجنيدي حيث جعل لها بعد الاب إذا كانت رشيدة (٣) . وعلى ما ذكرنا فلو اوصى للاطفال واحد من ارحامهم أو غيرهم بمال وجعل امره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لم يصح (٤) .

ففيما نحن فيه : اطلاق الدليل ينافي كون الولي هو الجامع بين الباقي منها ووصي الآخر ، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير .
 (١) لقصور دليل ولايته ، لانها انما ثبتت له من باب كون الفعل مما لا بد من تحققه في الخارج ويرغب الشارع في حصوله وهو يحتاج إلى من يقوم به والقدر المتيقن منه هو الحاكم الشرعي ، فانه يختص بحال حياته وما دام حاكماً شرعياً ، فلا يشمل ايضاه لغيره بالولاية بعد مماته .

(٢) بلا اشكال فيه لعدم الدليل على ثبوت الولاية لها في عرض الاب والجد أو طولها .

(٣) ولم يظهر لنا دليله .

(٤) حيث لا يصح لاحد التشريع وجعل حكم لم يكن ثابتاً في الشريعة المقدسة فان الولاية على اموالهم منحصره بالمذكورين فلا يصح جعلها لغيرهم .

بل يكون للاب والجد مع وجود احدهما وللحاكم مع فقدهما
نعم لو اوصى لهم على ان يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم
بعد بلوغهم ، أو على ان يصرفه عليهم من غير ان يملكهم
يمكن ان يقال بصحته (١) وعدم رجوع امره إلى الاب
والجد أو الحاكم .

(١) بل هو المتعين لانه حينئذ ليس بمال للاطفال أو حق لهم ،
وانا هو مال للميت وباق على ملكه غاية الامر انه امر وصيه بصرفه
عليهم أو تمليكهم بعد بلوغهم اياه ، وهذا لا مانع منه حتى مع
وجود الابوين .

فصل

في الوصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل من عين أو منفعة أو حق قابل للنقل (١) ، ولا فرق في العين بين ان تكون موجودة فعلاً أو قوة ، فتصح الوصية بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة (٢)

فصل

في الوصى به

(١) لاطلاقات ادلة الوصية وعمدتها قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) فان الاستفادة منها كون العبرة في نفوذ الوصية بصدق ما ترك على الوصى به وهو صادق على الاعيان والمنافع والحقوق القابلة للانتقال التي يخلفها المكلف بعد وفاته. (٢) للاطلاقات ، فان الوصية انها تتعلق بثلاث ما ترك لا ثلث ما هو موجود حينها كما يشهد له تأخر الارث عنها ، وعلى هذا الاساس يدخل ما يتجدد له من الملك بعدها فيها .

وتصح بالعبد الآبق منفرداً (١) ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة . ولا تصح بالحرقات (٢) كالخمر والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي (٣) كالحشرات وكلب الهراش ، واما كلب الصيد فلا مانع منه (٤) وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وان قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها (٥) ، ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق (٦) كحق القذف ونحوه وتصح بالخمر المتخذ للتخليل (٧) . ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون

نعم لو اوصى بثلاث ما هو موجود عنده بالفعل لم يدخل الملك المتجدد في ضمنها .

(١) لما تقدم من اطلاق دليل النفوذ ، وعدم الدليل على التقييد .

(٢) لانها لا تكون مملوكة له ولا متعلقة لحقه . ومعها فلا تدخل

في عنوان ما ترك .

(٣) لعدم اعتبار الملكية أو حق الاختصاص له أيضاً .

(٤) لكونه مالاً ومملوكاً على حد سائر الاموال .

(٥) فانه بوجوب كونه متعلقاً للحق ومختصاً بمن هو في يده عند

العقلاء . ومن هنا فيدخل في عنوان ما ترك .

(٦) لعدم صدق ما ترك عليه .

(٧) لما تقدم في كلب الحائط والماشية والزرع .

الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لان الكفار أيضاً مكلفون بالفروع (١) . نعم هم يقرون على مذهبهم وان لم يكن عملهم صحيحاً . ولا تصح الوصية بمال الغير ولو اجاز ذلك الغير إذا اوصى لنفسه (٢) .

(١) الظاهر ان بطلان مثل هذه الوصية لا يتوقف على دعوى تكليف للكفار بالفروع على حد تكليفهم بالاصول ، بل هي لا تصح حتى بناءً على ما استظهرناه من بعض النصوص الصحيحة من عدم تكليفهم بالفروع .

وذلك : لان الاسلام وان اقرهم على ما هم عليه فلا يزامهم في بيع الخمر والحزير أو الوصية بهما أو انتقالها إلى الغير بالارث إلا ان ذلك لا يعني الحكم بالصحة والامر بنفوذها بعدما كان مبغوضاً واقماً ومنهياً عنه شرعاً ، بحيث يلزم الوصي بتنفيذها ويحرم عليه مخالفتها فان بين المسألتين اعني اقرارهم على مذهبهم والحكم بالنفوذ من البون ما لا يخفى ، فهو نظير ابصاء الصبي لصبي مثله بالخمر ، فانه وان قلنا بصحة وصيته إلا ان ذلك لا يعني الزام الشارع بتنفيذها نظراً لعدم كونه مكلفاً بالفروع .

(٢) بلا خلاف ظاهر فيه بين الاصحاب فان الاجازة انها تصح العقد إذا كان للمجيز القيام بذلك للتصرف بالمباشرة ، واما ما ليس له من التصرفات فليس له ان يجيزه إذا صدر من غيره ، وما نحن فيه من هذا القبيل فان الوصية وان كانت من العقود المعلقة إلا انها معلقة على موت نفس المالك واما تعليقها على موت غيره فلا دليل على نلوذها .

نعم لو اوصى فضولا عن الغير احتمال صحته إذا اجاز (١).

وبعبارة اخرى : ان التعليق في التملك غير جائز وانا خرجنا عنه في التعليق على موت المالك لأدلة نفوذ الوصية حيث عرفت ان قوامها بالتعليق فيبقى غيره على عموم المنع . فليس للمالك ان يعلق التملك على موت غيره ، وإذا لم يكن له هذا التصرف بالمباشرة لم تصح اجازته له إذا صدر من غيره .

(١) بل هو المتعين بناءً على ما هو الصحيح واختاره المان (قده) في حاشيته على المكاسب من كون صحة العقد الفضولي عند اجازة من بيده الامر على القاعدة ، لانه وباجازته لما تنتسب تلك الوصية اليه فتكون وصية له حقيقة وان لم يتلفظ بها مباشرة. وعليه فما افاده المان (قده) من الترديد في الصحة في غير محله والمتعين هو الحكم بالصحة بضرر من قاطع. وتوهم ؛ ان ترديده (قده) ناش من كون الوصية ايقاعاً - على ما صرح به - والاجماع قائم على عدم جريان الفضولية في الايقاعات مدفوع ؛ بعدم قيام دليل لفظي على عدم جريان الفضولية في الايقاعات كي يتمسك باطلاقه ، وانا الدليل يختص بقيام الاجماع على عدم جريانها في الطلاق والعتق حيث يعتبر فيهما لفظ خاص صادر من الزوج أو المولى ، وحيث ان الاجماع دليل لبي ومورده يختص بهذين الايقاعين فلا وجه للقول بعدم جريانها وعدم نفوذها بالاجازة في سائر الايقاعات مثل البراء والوصية ، بل ان نفوذها بالاجازة في المقام اولى من نفوذها بها في العقود . فان العقد يتقوم بالقبول فيمكن ان يرد عليه ان في زمان تحقق القبول لم تكن اجازة وعند الاجازة لا قبول ، بخلاف البراء والوصية حيث لا يعتبر فيها - إلا الاعتبار

(مسألة ١) : يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد (١)

النفساني مع ابرازه في الخارج بمبرز . ومن هنا فتكون نفس الاجازة مصداقاً للإبراء أو الوصية ، فانها ليست إلا ابراز الاعتبار للنفساني المتعلق باسقاط ما في ذمة المدين أو تمليك ماله عند موته لغيره ، فيكون نفوذها في المقام اولى من نفوذها في العقود :

ومن هنا يظهر الفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة حيث تصح هذه باجازة المالك ولا تصح تلك بها :

هذا وقد ذكر شيخنا الاستاذ (قده) في تعليقه امرأ غريباً لم يكن متوقفاً من مثله حيث ذكر انه : (او كانت الوصية بمال الغير قابلة لان تصح بالاجازة فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين) . فان الفرق بين الصورتين اوضح من ان يخفى - كما عرفت - فلا وجه لقياس احدهما بالآخرى .

(١) والنصوص الدالة عليه كثيرة ومتظافرة بل قيل انها متواترة ولا يبعد دعوى التواتر الاجمالي وصدور بعضها منهم (ع) جزماً فني بعضها ؛ (ان كان اكثر من الثلث رد إلى الثلث) وفي بعضها ان احدهم اوصى بجميع امواله له (ع) فبعث اليه فاخذ (ع) الثلث ورد الباقي . بل وفي بعضها تفسير قوله تعالى : (من خاف من موص جنفاً أو لئماً فاصلح بينهم فلائثم عليه) بالزيادة على الثلث (١) . وكيف كان : فالحكم متمسك عليه حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى احد غير علي بن بابويه - على خلاف في النسبة - وهو شاذ .

(١) راجع الوسائل: ج ١٣ باب ١١، ٦٦، ٦٧ من أبواب احكام الوصايا.

الامع اجازة الورثة بلا اشكال (١) . وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً (٢) - على تقدير ثبوت النسبة - شاذ .

(١) إذا كانت الاجازة بعد وفاة الموصي ، فان امر المال حينئذ بيدهم فلهم ان يفعلوا به ما يشاؤون . واما إذا كانت في حياته فقد وقع الخلاف في نفوذها . نعم المشهور هو النفوذ على ما سأتني تحقيقه في المسألة الرابعة من هذا الفصل .

(٢) استدلل لهذا القول بروايات ثلاث : -

الاولى : رواية محمد بن عبدوس قال : (اوصى رجل بتركته تباع وغير ذلك لأبي محمد (ع) فكتبت اليه : رجل اوصى الي بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتي اخت له ، فأريك في ذلك ؟ فكتب الي بع ما خلف وابتع به الي ، فبعته وبعثت به اليه ، فكتب الي : قد وصل) (١) .

الثانية : رواية عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع) : (قال : الرجل احق بماله ما دام فيه الروح إذا اوصى به كله فهو جائز) (٢) .
الثالثة : موثقة علي بن الحسن قال : (مات محمد بن عبد الله بن زرارة واوصى إلى اخي احمد بن الحسن ، وخلف داراً وكان اوصى في جميع تركته ان تباع ويحمل ثمنها إلى أبي الحسن (ع) فباعها ، فاعترض فيها ابن اخت له وابن عم له ، فاصلحنا امره بثلاثة دنانير وكتب اليه احمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى ايوب بن لوح ،

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١٦ .

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ١١ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١٩ .

ولا فرق بين ان يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة (١)

فاخبره انه جميع ما خلف وابن عم له وابن اخته عرض ، واصلحنا امره بثلاثة دنائير ، فكتب : قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب (١) .

وقد ردها بعضهم بانها وان كانت تعارض ما دل على أن حد الوصية الثلث . إلا ان الطائفة الثانية ترجح عليها نظراً لأصحية سندها واكثرية عددها واوضحية دلالتها وموافقها لفتوى الاصحاب ظاهراً . لكن الظاهر ان الامر ليس كذلك فان هذه الطائفة تقصر عن معارضة تلك اسامياً فان الروایتين الاوليين ضعيفتا للسند - وان عبر عنهما في بعض الكلمات بموثقة مجد بن عبدوس وموثقة عمار بن موسى - اما الاولى فلأن مجد بن عبدوس مجهول ولم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق ، واما الثانية فلأن في طريقها عمرو بن شداد - على ما في الكافي والتهذيب - أو عمر بن شداد - على ما في الفقيه والامتبصار - والسري والاول مجهول لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق : والثاني مشترك بين اشخاص متعددين ، ومن ثم فجھول .

واما للرواية الثالثة فلعل الجواب عنها واضح فالها اجنبية عن محل الكلام فان مفروضها اجازة الوارث للوصية نتيجة لاخذه ثلاثة دنائير فلا تكون معارضة لما دل على ان حدها الثلث ، وإلا فقد وردت جملة من النصوص للدالة على انه (ع) اقتصر على اخذ الثلث في نظائر هذا المورد .

(١) بلا خلاف فيه بينهم ، ويقنضيه - مضافاً إلى اطلاقات الادلة - صريح جملة منها حيث ان النصوص التي استدل بها على مذهب

ولو كانت زائدة واجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المجيز فقط (١) ولا يضر التبعض - كما في سائر العقود - فلو خلف ابناً وبتاً واوصى بنصف تركته ، فاجاز الابن دون البنت ، كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة (٢) ، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة . (مسألة ٢) : لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له (٣) ، فلو اوصى

المشهور واردة في كلا القسمين .

(١) كما هو ظاهر النصوص : ودعوى : توقفت نفوذها في حصته على اجازة الاخر لحصته بحيث يكون نفوذ للزائد بالاجازة على نحو الواجب الارتباطي بعيدة عن الهمم العرفي .

(٢) باعتبار انه يستحق اثنين من ستة بمقتضى اصل الوصية فيكون الفارق بينه وبين النصف سهماً واحداً من ستة وحيث انه مشترك بين الولد والبنت بمقتضى الارث على نحو التفاضل ، يكون مقتضى اجازة للولد نفوذها في حصته وبالباقي ثلثي هذا الواحد . ومنه يظهر الحال في اجازة البنت للزائد دوله .

(٣) إذ العبرة انما هي بالواقع وكون الموصى به بمقدار الثلث أو أقل منه بحسب نفس الامر ، واما قصد للعنوان وعلم الموصى به أو للتفاته له فلا عبرة به ولا دخل له في النفوذ وعدمه على ما يقتضيه اطلاقات الادلة . ولذا لو اوصى بعين معتقداً انها تمام ماله ثم انكشف كونها بمقدار ثلثة أو أقل نفذت وصيته سواء أكان الانكشاف قبل موته

بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو اقل صحت ولو قصد كونها من الاصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً بطلت مع عدم اجازة الورثة (١) .

ام بعده والعكس بالعكس فانه لو اوصى بها معتقداً كونها بمقدار ثلثه أو اقل ثم بان كونها اكثر منه لم تنفذ الوصية إلا في الثلث خاصة .
(١) في اطلاق كلامه (قدّه) اشكال بل منع .

والتحقيق ان يقال : اما في صورة قصد كونها من ثلثي الورثة مع بقاء ثلثه سليماً فالامر كما افاده (قدّه) فان الوصية بالعين المعينة مع فرض تحفظه على الثلث وعدم رفع اليد عن الوصية به سابقاً أو لاحقاً تكون من الوصية الزائدة عن الثلث لا محالة وحينئذ وبطبيعة الحال يتوقف نفوذها على اجازة الورثة . واما في صورة قصد كونها من اصل المال فالامر في ثلثها الذين يخرجون من ثلثي الورثة أيضاً كذلك ، واما ثلثها الذي يخرج من ثلث الميت فلم يظهر لنا وجه الحكم ببطلانه ، فان للميت ان يعين ثلثه في أي عين من اعيان امواله شاء - على ما تقدم - لاطلاق الادلة بل لصريح بعضها ومن دون ان يكون فيه أي مخالفة للشرع .

ثم ان هذا الذي ذكرناه لا يختص بما إذا كانت له وصية بالثلث سابقة على وصيته بهذه العين ، بل يجري فيما لو اوصى بها اولاً ثم اوصى بالثلث بعدها . فيقال : ان الوصية الاولى تنفذ في ثلثها الذي يكون من ثلث الوصية الثانية ، وأما بالنسبة إلى ثلثها الآخرين فيتوقف

بل وكذا ان اتفق انه لم يوص بالثلث اصلاً لان الوصية المفروضة مخالف للشرع (١) وان لم تكن حينئذ زائدة

نفوذها على اجازة الورثة كما هو الحال فيما لو اوصى بكون جميعها من ثلثي الورثة :

والوجه فيه : مع ان في الوصية الاولى لم يكن الموصى به زائداً على الثلث هو ان العبرة في الزيادة عن الثلث وعدمها انها هي بحال الموت لا حال الوصية . ولذا لو اوصى بتمام الدار التي لم يكن يملك حين الوصية غيرها لزيد ثم رزقه الله اموالاً بحيث اصبحت الدار حين موته بمقدار ثلثه أو اقل ، حكم بنفوذها . كما انه لو كانت الدار حين الوصية ثلث ما يملكه ولكنها اصبحت حين موته تمام ما يملكه نقلت الوصية في ثلثها فقط .

وعلى هذا ؛ فلو اوصى اولاً بكون عين من اعيان امواله لزيد بقصد كونها من مجموع المال أو خصوص ثلثي الورثة ثم اوصى بعد ذلك بالثلث انقلبت الوصية الاولى عن وصف عدم كونها زائدة على الثلث إلى وصف كونها زائدة عليه ، فكانت وصيته زائدة على الثلث بقاءً وان لم تكن كذلك حدوداً حيث لم تكن له وصية بالثلث .
ومن هنا : فتنفذ الوصية في ثلثها خاصة وأما ثلثاها الآخران فهتوقف نفوذها فيها على اجازة الوارث .

فالتمحصل من جميع ما تقدم : ان اطلاق الماتن (قدّه) للحكم بالبطلان لا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه .

(١) فهو منع ظاهر ، إذ قد عرفت ان العبرة في الزيادة على الثلث انها هي بحين الموت . وهي غير متحققه في المقام وان كان الموصى قد

عن الثلث . نعم لو كانت في واجب نفذت ، لانه يخرج من الاصل (١) إلا مع تصريحه باخراجه من الثلث .
(مسألة ٣) : إذا اوصى بالازيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ ، أو لاحقى يتوقف للزائد على اجازة الورثة فهل الاصل النفاذ إلا إذا ثبت عدم كونها بالواجب ، أو عدمه إلا اذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان : ربما يقال بالاول ويحمل عليه ما دل من الاخبار

قصد هذا العنوان ، إلا انه لا اثر لقصد هذا . ولذا لو اوصى بداره وكان يعتقد انها تام ما يملكه ثم انكشف في حياته أو بعد وفاته الخلاف وانها بمقدار ثلثه أو اقل ، نقلت الوصية . فان العبرة - على ما تقدم - انها هي بالواقع لا بقصد كونه من الثلث أو من الزائد عليه .

وبعبارة اخرى نقول : ان تعنون هذه الوصية بكونها وصية زائدة على الثلث يتوقف على الوصية في مرحلة سابقة على هذه الوصية أو لاحقة لها بالثلث ، وأما مع عدمها فلا معنى لان يقال بانها زائدة عليه إذ لا شيء كي تكون هذه زائدة عليه بالقياس اليه .

وهليه : فالحكم بالبطلان في هذه الصورة لوجه له ولا دليل عليه .
(١) مر في بحث الصلاة ان هذا الحكم انما يختص بالواجبات المالية الواجبة بالاصالة كالديون ومنها الخمس والزكاة وحجة الاسلام ، ولا يعم الواجبات البدنية كالصلاة والصوم والواجب بالمعارض كالحج المنتدور ، فان حالها حال غير الواجبات في الخروج من الثلث خاصة .

على انه اذا اوصى بماله كله فهو جاز ، وانه احق بماله ما دام فيه الروح . لكن الاظهر للثاني ، لان مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت ازيد من ذلك ، والخارج منه كونها بالواجب ، وهو غير معلوم (١) . نعم إذا اقر بكون ما اوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل (٢)

(١) فان احتمال كونه مديناً مدفوع بالاصل كما هو الحال فيما لو لم يكن قد اوصى أصلاً أو كان قد اوصى بثلثه في جهة معينة . وعليه فلا يكفي مجرد الاحتمال في جواز الاخراج من الاصل ، واما الاخراج من حيث الوصية فكذلك لكونه خلاف ما دل على عدم نفوذها في الزائد عن الثلث ؛ وبعبارة اخرى : ان الاخراج من اصل التركة اما يكون بالوصية أو لكونه من الواجبات التي تخرج منه ، والاول خلاف النصوص الدالة على عدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلا باجازة الوارث والثاني خلاف الاصل .

وعليه : ففي مورد الشك لا يجوز اخراج الزائد لا من حيث احتمال كونه من الواجبات التي تخرج من الاصل ولا من حيث الوصية . (٢) بلا اشكال فيه ، لقاعدة نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم فانه منه وليس من الاقرار على الورثة - كما قيل - اذ الارث انها يقرب على عنوان ما ترك ، وإذا اقر الموصي في حال حياته بالدين الزم به واجبر على دفعه إذا امتنع عنه . وعندئذ فلا يبقى موضوع لارث للورثة - اعني عنوان ما ترك - .

وبعبارة اخرى : ان دعوى كون اقرار الموصي هذا اقراراً في

بل وكذا اذا قال : اعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاة أو ندرأ أو نحو ذلك ، وشك في انها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي فانها أيضاً تخرج من الاصل ، لان الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منها (١) والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما (٢) .

(مسألة ٤) : إذا أجاز للوارث بعد وفاة الموصي فلاشكال في نفوذها (٣) ولا يجوز له للرجوع في اجازته (٤)

حق الورثة انما تم فيما إذا لم يكن لهذا الاقرار اثر الا الاخراج من اصل المال ، واما إذا كان له اثر في حال حياته كلزوم دفعه وما شاكله نفذ اقراره وبه يثبت موضوع يرتفع معه ارث الوارث . هذا مضافاً إلى امكان استفادة الحكم من جملة من النصوص للدلالة على ان الميت إذا كان اوصى بحجة فان كانت هي حجة الاسلام خرجت من اصل المال وإلا فن الثلث فانها تدل على ان اعتراف الميت في حياته مسموع ويلزم العمل على وفقه .

(١) اذ ان غير الواجب لا يكون خمساً أو زكاة وانها هو تبرع وهدية .
(٢) فلا اثر يترتب على احتمال الخلاف .
(٣) بلا خلاف فيه بيننا ، ولانهم ما لكون للمال حقيقة لانتقاله اليهم بالارث فلهم ان يتصرفوا فيه كيف ما شاؤوا .

(٤) لنفوذ الوصية وانتقال الموصى به إلى الموصى له بمجرد الاجازة بناءً على كون الاجازة تنهياً لعمل الموصى - على ما سيأتي اختاره منا - واما بناءً على كونها هدية منهم فلهم الرجوع فيها قبل

واما إذا اجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان (١).
اقوامها الاول كما هو المشهور للاخبار (٢)

القبض مطلقاً وبعده فيما إذا لم تكن الهبة لازمة بشرط أو لكونها إلى
ذي رحم :

(١) بل اقوال النفوذ مطلقاً ، وعدمه مطلقاً . ذهب إليه المفيد (قده)
في المقنعة وابن ادريس (قده) وهيرهما باعتبار الهم اجنبون عن
المالك تماماً ولا حق لهم فيه ما دام الموصي على قيد الحياة ، فلا يكون
اجازتهم نافذة ولهم الرجوع عنها والمطالبة بالارث بعد موت الموصي .
والتفصيل بين كون الوصية حال المرض فتنفذ اجازتهم وكونها
حال الصحة فلا ، والتفصيل بين غنى الوارث وفقره فتنفذ في الاول
إذا كانت الاجازة من غير استدعاء الموصي ، ولا تنفذ إذا كانت
باستدعائه أو كان الوارث فقيراً :

ولا دليل على شيء من الاقوال الثلاثة الاخيرة .

نعم القاعدة الاولية تقتضي عدم نفوذها في حياة الموصي لان الوارث
اجنبي حينئذ عن المال . ومن هنا فتكون اطلاقات ما دل على عدم
نفوذ الوصية فيما زاد عن الثلث محكمة حيث ان مقتضاها عدم الفرق
بين اجازتهم في حياة الموصي وعدمه . لكن هذا انما ينفع حل تقدير
عدم النص في المقام ، وحيث انه موجود فلا اثر له .

(٢) منها صحیحة محمد بن مسلم - والذي رواها المشايخ الثلاثة -
عن أبي عبد الله (ع) ، (في رجل اوصى بوصية وورثته شهود
فاجازوا ذلك . فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما
اقرروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم إذا اقرروا

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين (١) فيرجع اجازته

بها في حياته (١) .

ومنها : صحيحة منصور بن حازم قال : (سألت أبا عبدالله (ع) :
عن رجل اوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك
له ، قال : جائز) (٢) .

فانهما صحيحتا السند وصریحتا للدلالة ، ومعهما فلا اثر للرجوع
إلى القاعدة واطلاقات ما دل على عدم نفوذ الوصية فيما زاد عن الثلث .
ثم انه لا فرق في المقام بين كون الاجازة سابقة على الوصية أو
لاحقة لها - وان كان مورد الصحيحتين هو الثاني - فانه إذا صحت
الوصية بالاجازة صحت بالاذن بطريق اولي ، إذ لا يحتمل ان يكون
لتأخره دخل في التأثير فان العبرة انما هي بالرضا مع ابرازه في الخارج .
(١) وفيه : ان هذا الاحتمال ساقط جزماً وذلك لما عرفت من
ان العبرة في الثلث أو الزيادة عليه انما هي بحال الموت لاحال الوصية
وعليه فاذا فرضنا تحقق الموت بعد الوصية بلا فصل لكانت هذه
الدعوى ممكنة وان لم يكن دليل عليها ، واما إذا فرضنا للفصل بينهما
فلا حق لهم فيه جزماً لانه حينها ليس في حال المرض أو الموت كي
يقال بان لهم حقاً فيه ، لاسيما إذا كانت ملكيته لبعض الاموال متأخرة
عن الوصية فانه حينئذ لم يكن لنفس الموصي حق فيه فضلاً عن ورثته .
واما النصوص التي لم يستبعد (قلده) استفادة ذلك منها فهي
اجنبية عن المقام حيث انها لا تدل إلا على انه ليس للموصي الوصية

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٣ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١٥

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٣ من أبواب احكام الوصايا ، ح ٢٠

الى اسقاط حقه كما لا يبعد استفادته من الاخبار للدلالة على ان ليس للميت من ماله الا الثلث . هذا والاجازة من اللوارث تنفيذ لعمل الموصي (١) وليست ابتداء عطية من الوارث، فلا ينتقل الزايد الى الموصى له من الوارث - بان ينتقل اليه بموت الموصي اولاً ثم ينتقل الى الموصى له - بل ولا بتقدير ملكه . بل ينتقل اليه من الموصي من الاول .

بازيد من الثلث ، واما كون ذلك نتيجة لثبوت حق للورثة في الثلثين الآخرين فلا دلالة فيها على ذلك بالمرّة :

(١) خلافاً لما ذهب اليه جماعة من الاصحاب منهم صاحب الحدائق (قدّه) حيث يظهر منه الميل اليه ، وهو وان كان مقتضى القاعدة فان مقتضى ما دل على بطلان الوصية في الزائد عن الثلث وعدم نفوذها انتقاله الى الورثة وكونه ملكاً لهم على حد سائر اموالهم هاية الامر انا خرجنا عنها في فرض اجازتهم للزائد في حياته لصحاحي محمد بن مسلم ومنصور بن حازم المتقدمين فيبقى الباقي بما في ذلك فرض اجازتهم له بعد وفاته على القاعدة فيحكم ببطلانها فيه وانتقاله اليهم . نعم لهم صرف المال فيما اوصى به الميت باعتبار ان للمالك السلطنة في صرف ماله كيف ما يشاء .

الا انه انما يتم فيما اذا لم يكن دليل يقتضي رفع اليد عن القاعدة في المقام أيضاً ، وحيث انه موجود فلا مجال للتمسك بالقاعدة فانه يمكن ان يستدل عليه بالاولوية القطعية ، فان الوصية اذا نفذت باجازتهم لها في حال حياته مع كونهم اجنبيين عن المال بالكلية فنفوذها باجازتهم

بعد ان اصبحوا مالكيين له يكون بطريق اولي .

هذا مضافاً إلى النصوص التي يمكن الاستفادة ذلك منها :-

ففي صحيحة احمد بن محمد قال : (كتب احمد بن اسحاق إلى أبي الحسن (ع) : ان ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضبعة اشقاصاً في مواضع ، واوصت لسيدنا في اشقاصها بما يبلغ اكثر من الثلث ونحن اوصياؤها واحبيننا انهاء ذلك إلى سيدنا ، فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيناها وان امرنا بغير ذلك انتهينا إلى امره في جميع ما يأمر به انشاء الله . قال : فكتب (ع) بخطه : ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم انشاء الله) (١) .

حيث ان للظاهر منها ان التفضل انما هو امضاء الوصية لاهداء المال اليه (ع) ، ويؤكد قوله (ع) : (وكنتم الورثة) فان تقييده (ع) بذلك لا معنى محصل له غير كون حق اجازة للوصية لهم وإلا فهبة المال جائزة سواء أكان قد استحصله عن طريق الارث ام من غيره .

وصحيحة علي بن الحسن قال : (مات محمد بن عبد الله بن زرارة واوصى إلى اخي احمد بن الحسن وخلف داراً وكان اوصى في جميع تركته ان تباع ويحمل ثمنها إلى أبي الحسن (ع) فباعها ، فاعترض فيها ابن اخت له وابن عم له ، فاصلحنا امره بثلاثة دنانير ، وكتب إليه احمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى ايوب بن نوح ، فاخبره انه جميع ما خلف وابن عم له وابن اخته عرض واصلحنا امره بثلاثة

(مسألة ٥) : ذكر بعضهم انه لو اوصى بنصف ماله - مثلاً - فاجاز الورثة ثم قالوا : ظننا انه قليل ، قضي عليهم بما ظنوه ، وعليهم الحلف على الزايد ، فلو قالوا ظننا انه الف درهم فبان انه الف دينار ، قضي عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم : واحلفوا على نفي ظن الزايد ، فللموصى له نصف للف درهم من التركة وثلث البقية ، وذلك لاصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزايد ، بخلاف ما اذا اوصى بعين معينة - كدار أو عبد - فاجازوا ثم ادعوا انهم ظنوا ان ذلك ازيد من الثلث بقليل فبان انه ازيد بكثير ، فانه لا يسمع

دنابر . فكتب قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب (١) حيث انها تدلنا على نفوذ الوصية بنام المال إذا امضاها الوارث بعد الموت :

ثم ان ثمره هذا الخلاف يظهر فيما لو مات للوارث أو الموصى له بعد الاجازة وقبل القبض فعلى ما مال اليه صاحب الحدائق (قده) ينتقل المال إلى ورثة الوارث المجيز حيث ان الهبة لا تصح إلا بالقبض وهو غير متحقق فيكون المال باقياً على ملك الواهب وبموته ينتقل إلى ورثته ، واما على ما اخترناه بنكشاف بمجرد الاجازة ملك الموصى له للزائد من حينها .

(١) للوسائل : ج ١٣ باب ٢١ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١٧ .

منهم ذلك ، لان اجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد . ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول . ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول . وهذا هو الاقوى (١) اخذاً بظاهر كلامهم في الاجازة كما في سائر المقامات ، كما اذا اقر بشيء ثم ادعى انه ظن كذا ، أو وهب أو

صالح أو نحو ذلك ثم ادعى انه ظن كذا ، فانه لا يسمع منه . (١) بل الاقوى هو التفصيل بين الوصية بعين معينة وبين الوصية بالسهم كالنصف والثلثين ونحوهما .

ففي الاولى : يحكم بنفوذها من دون ان يكون للورثة حق نقضها وذلك لاجازتهم لها وانتقال الموصى به إلى ملك الموصى له واعتقادهم انها تسوى كذا - فضلاً عن ظنهم - لاثار له لانه من قبيل تخلف الداعي وهو لا يوجب بطلان الاجازة كما هو الحال في الهبة للإلزام فانه لو وهب لزيد عيناً باعتقاده انها لا تسوى الا مائة درهم ثم انكشف له انها تسوى الف درهم فان ذلك لا يوجب بطلان الهبة وجواز رجوعه فيها لانه ليس الا من قبيل تخلف للداعي وهو لا يقتضي البطلان . وفي الثانية : فلا بد من التفصيل أيضاً بين ما إذا كان المراد من النصف هو النصف الخارجي على نحو الاشتراك ، بان يكون الموصى له شريكاً للورثة في نصف ما تركه الموصى عيناً - وان كان ذلك نادراً جداً - . وما إذا كان المراد به الشركة في المال ببتلك النسبة - كما هو الغالب في الوصية - لان يكون الموصى له شريكاً للورثة في عين المال نظير ما تقدم منا اختياره في باب الزكاة .

بل الاقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (١)
 إلا إذا علم كون اجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا (٢)
 فيرجع إلى عدم الاجازة . ومعه يشكل للسماع (٣) فيما
 ظنوه أيضاً .

فان كانت الوصية من النحو الاول فهي ملحقة بالوصية بعين
 معينة ، حيث يحكم بنفوذها من غير تأثير لظنهم قلة الزايد أو كثرة
 التركة ، فانه من تخلف الداعي وهو لا يوجب بطلان الاجازة .
 بل الحال كذلك حتى مع تيقنهم لقلّة الزائد ، فانه لا اثر لانكشاف
 الخلاف كما هو الحال في الهبة اللازمة .

وان كانت الوصية من النحو الثاني ، فان علمنا بصدق دعواهم
 فلا مجال للقول بعدم سماعها لانهم إذا اعتقدوا كون التركة الف درهم
 فقط فاجازوا الوصية بالنصف فانهم انما اجازوا الخمسائة درهماً خاصة
 فاذا انكشف كونها الف دينار فهم لم يمضوا الخمسائة ديناراً ، ومعه
 فكيف تكون نافذة فيها .

ومنه يظهر انه مع الشك في صدق دعواهم وعدمه لا ترد بقول
 مطلق بحيث تنفذ عليهم مطلقاً ، بل هي مسموعة وان كانت تحتاج
 في مقام القضاء إلى الاثبات حيث انها على خلاف الظاهر . فان
 اثبتوها فهو وإلا مضت الاجازة عليهم .

(١) قد عرفت انه انما يتم فيما إذا كانت الوصية متعلقة بالعين
 الخارجية أو بالنسبة على نحو الاشاعة والشركة بالعين ، واما إذا كانت
 متعلقة بالنسبة على نحو الشركة في المالية خاصة فالمتعين هو السماع :
 (٢) بلا فرق فيه بين تعلق الوصية بالعين أو النسبة على نحوها .
 (٣) الظاهر كون كلمة السماع من سهو القلم فان دعواهم - على

(مسألة ٦) : المدار في اعتبار للثلث على حال وفاة الموصي (١) لاحال الوصية ، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة (٢) ان لم تكن بيدهم حال الوفاة ، فلو

ما عرفت - مسموعة . نعم لا يقضى بمجردا لكونها على خلاف الظاهر ، بل لا بد لهم من الاثبات . فالصحيح هو كلمة (القضاء) بدلاً من (السماع) .

(١) بلا خلاف فيه ، ويقضيه قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) ورواية عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع) : (قال : الرجل احق بماله ما دام فيه الروح إذا اوصى به كله فهو جائز) (١) وغيرها من النصوص التي تضمنت للتعبير (بما ترك) أو (ماله) أو (ما خلف) فان الاستفادة منها كون العبرة بما يتركه من بعده لا بما يملكه فعلاً :

بل ويدل عليه صريحاً معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) : (قال : قال أمير المؤمنين (ع) : من اوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديتة داخل في وصيته) (٢) وغيرها فان الدية من الملك المتجدد له - المتأخر عن الوصية - وقد حكم (ع) بخروج الثلث منها أيضاً .

(٢) وذلك لما عرفت من ان الوصية انما تكون على نحو الاشاعة في المالية فيكون ثلث الميت مشاعاً بين تمام المال .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١٩ .

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ١٤ من أبواب احكام الوصايا ، ح ٢ .

اوصى بحصة مشاعة - كالربع أو الثلث - وكان ماله بمقدار
ثم نقص كان للنقص مشتركاً بين الوارث والموصي ، ولو
زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وان كانت كثيرة جداً . وقد
يقيد بما إذا لم تكن كثيرة ، إذ لا يعلم ارادته هذه الزيادة
المتجددة والاصل عدم تعلق الوصية بها . ولكن لا وجه
له للزوم للعمل باطلاق للوصية (١) . نعم لو كان هناك
قرينة قطعية (٢) على عدم ارادته الزيادة المتجددة صح

وعليه فاذا ورد نقص على الاموال كان النقص على الجميع - ثلث
الميت وثلثي الورثة - بلا فرق في ذلك بين النقص الوارد على العين أو
المال ، فلا موجب لاختصاص احدهما به . ولا يقاس ذلك بالدين
حيث لا بد من اخراجه على كل تقدير لانه من قبيل الكلي في المعين
والوصية من قبيل الاشاعة في جميع المال .

(١) والمراد بها اطلاق كلمة (ما ترك) و (ماله) و (ما خلفت)
فان مقتضاه عدم للفرق بين ما كان موجوداً بالفعل حين الوصية وما
يملكه بعد ذلك ، ولذا لو كانت الزيادة قليلة ادخلت في الوصية
بلا خلاف .

ويؤيده ان الناس - وبحسب الغالب - يتجدد لهم اموال في الفترة
بين الوصية والموت ، فانه خير قرينة على كون العسيرة بحال الوفاة
لاحال الوصية . ومجرد كون الزيادة غير متوقعة لا اثر له بعد شمول
الاطلاق له .

(٢) والمراد بها مطلق ما يكون حجة .

ما ذكر ، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقلتها .
ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو اقل ثم حصل
نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين ، بحيث صارت
أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع
عدم اجازة للوارث (١) وان كانت أزيد من الثلث حال
الوصية ، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين
فصارت بقدر الثلث أو اقل صحت الوصية فيها ، وكذا
الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلاً .

(مسألة ٧) : ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو
بكلي - كمائة دينار مثلاً - انه إذا تلف من للتركة بعد موت
الموصي يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة كما في الحصة المشاعة
وان كان الثلث وافياً . وذلك بدعوى ان الوصية بها ترجع
إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها ، فيرجع إلى الوصية
بحصة مشاعة . والاقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام
الثلث وافياً (٢) . ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث
أو في التركة لا وجه له ، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة .

(١) لما عرفت من كون المدار في الزيادة والنقصان عن الثلث

على حال الوفاة لاحال للوصية .

(٢) لاطلاقات ادلة نفوذ الوصية ، فانها شاملة للمقام باعتبار ان

(مسألة ٨) : اذا حصل للموصي مال بعد الموت ، كما إذا نصب شبكة فوقه فيها صيد بعد موته ، يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون ، فلو اوصى بالثلث أو الربع اخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً ، واذا اوصى بعين وكانت ازيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها (١) وكذا إذا اوصى بكلي كجائة دينار مثلاً .

الموصى به حين موت الموصي ليس زائداً على ثلثه ، فلا موجب لورود النقص عليه .

على ان لازم ملاحظة النسبة وحمل الوصية بالعين أو الكلي على الحصة المشاعة هو القول بزيادتها عند زيادة للتركة ، فلو اوصى بمائة دينار وكانت ملكيته عند ذلك تبلغ الف دينار وقلنا بان هذه الوصية ترجع إلى الوصية بالعشر ثم زادت بعد ذلك فبلغت الفين كان لازم ذلك اخراج مائتي دينار للموصى له نظراً لكونها بالفعل عشر الوصية ولا اظن ان احداً يقول به لاسيما إذا كان الموصى به عيناً معينة فانها لو كانت حين الوصية تسوى الفاً وكانت مالية الموصي عشرة آلاف ثم زادت بحيث بلغت عند موته عشرين الفاً ، فلا قائل بلزوم اخراجها مع مثلها أو قيمتها ، باعتبار ان مرجع الوصية حينئذ إلى الحصة المشاعة وهي العشر في المثال .

(١) الكلام لا بد وان يفرض فيما إذا كانت الاموال مقسمة وقد وقعت للشبكة في حصة للوارث ثم وقع فيها الصيد أو يفرض كون الموصى به عيناً معينة تزيد قيمتها عن الثلث قبل وقوع الصيد في الشبكة

وبعده تكون قيمتها بمقدار الثلث أو اقل ، إذ لو كانت الوصية بالحصة المشاعة وكان وقوع الصيد في الشبكة قبل القسمة ، فلا ينبغي الاشكال في اشتراك المييت مع الوارث فيه وعدم اختصاص احدهما به لاشتراك الشبكة كسائر اموال المييت بينه وبين الورثة .

وكيف كان : فالمشهور بينهم ان ما يقع في الشبكة يكون ملكاً للمييت ومن ثم ينتقل بعد اخراج ديونه ووصاياه إلى الوارث فحاله في ذلك حال سائر امواله .

ولكن قد يورد عليه : بان الصيد ملك جديد للوارث باعتبار انه نتاج لما هو مملوك له ، فالموصي اجنبي عنه ، ومعه فلا موجب لاشتراكه فيه . غير ان الحق هو ما ذهب اليه المشهور ، وذلك لان الصيد لا يتبع الآلة في الملكية وانما هو تابع للصائد ، ولذا لو اصطاد شخص بالشبكة المغصوبة كان للصيد له دون مالك الشبكة . وحيث ان عنوان الاصطاد والصائد لا يصدقان على الوارث باعتبار انه لم يفعل شيئاً بالمرّة وانما هما صادقان على المييت لانه الذي تصدى له ونصب للشبكة يكون الصيد في جميع التقادير - قبل القسمة وبعدها ، كانت الوصية بعين معينة ام لا - ملكاً للمييت فيكون حاله حال سائر امواله يخرج منها ديونه ووصاياه ثم ينتقل الباقي إلى الوارث بالارث .

بل وكذا الحال في عكس المسألة بان رمى سهماً فاصاب شخصاً - عمداً أو سهواً - ثم مات قبل موت المصاب ثم مات المصاب ، كانت عليه اللدية ، لفوات محل القصاص في العمد ، ولا يذهب دم امرئ مسلم هدرأ - وتخرج من اصل تركته بلا خلاف فيه وان كان القتل متأخراً . وليس الحكم في هذين المقامين إلا لكون سبب الملكية - في الاول - والضمان - في الثاني - هو فعل المييت - الموصي - ولا يقاس ما نحن

بل ولو اوصى ثم قتل حسب ديبته من جملة تركته فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ (١)

فيه بنتاج الحيوانات - كما توهمه بعض - بدعوى : انه لو كان يملك بقرتين متساويتي القيمة فاوصى باحدهما المعينة لزيد ، ردت الوصية في الزائد حتى ولو ولدت الثانية فاصبحت قيمة الاولى تساوي الثلث إذ لا يكون نقص الاولى متداركاً بولد الثانية .

فانه من القياس مع الفارق ، فان النتاج في الحيوانات يكون تابعاً لأمه علي ما تقدم الكلام فيه مفصلاً في مباحث نكاح العبيد والاماء بل وكذا الحكم في الانسان أيضاً - علي ما اخترناه في محله .

وعليه : فلا يحتمل ان يكون المولود في المقام مشتركاً بين الميت والوارث ، وهذا بخلاف الصيد حيث انه يكون تابعاً للصائد دون الآلة - كما عرفت - فلا وجه لقياس احدهما علي الآخر .

(١) اجماعاً ومن غير خلاف ينقل . ويقترضه - مضافاً إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) ، (قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل اوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو اقل من ذلك أو اكثر ، ثم قتل بعد ذلك الموصي فودي ، فقضى في وصيته انها تنقل من ماله ومن ديبته كما اوصى) (١) .

ومعتبره الاخرى قال : (قلت له : رجل اوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فوُقتل الرجل خطأ - يعني الموصي - فقال : يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديبته) (٢) .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٤ من أبواب احكام الوصايا ، ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١٤ من أبواب احكام الوصايا ، ح ١ .

بل وان كان عمداً (١) ووصولوا على الدية ، للنصوص الخاصة مضافاً إلى الاعتبار وهو كونه احق بعوض نفسه من غيره .

ومعتبرة السكوني عن أبي عبدالله (ع) : (قال : قال أمير المؤمنين (ع) من اوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث دينه داخل في وصيته (١) . ما عرفت من ان الوصية لا تلاحظ بالقهاس إلى ما يملكه الموصي حالها بل نعم مطلق ما يدخل في ملكه ولو بعد الموت ، فان الدية منها حيث يملكها الميت اولاً ثم تنتقل إلى الورثة - على ما يستفاد من جملة من النصوص - .

(١) اما اخراج الدين منها فنصوص ، ففي معتبرة يحيى الازرق عن أبي الحسن (ع) : في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فاخذ اهله الدية من قاتله ، عليهم ان يقضوا دينه ؟ قال : نعم . قلت ا وهو لم يترك شيئاً ، قال : انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دينه (٢) . ومعتبرة أبي بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قتل وعليه دين وليس له مال فهل لاوليائه ان يهبوا دمه لقاتله وعليه دين؟ فقال ان اصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فان وهب اولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الدية للغرماء وإلا فلا (٣) .

واما الوصية فهي غير منصوبة بخصوصها في المقام . ومن هنا

- (١) الوسائل : ج ١٣ باب ١٤ من أبواب احكام الوصايا ، ح ٢ .
- (٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ، ح ١ .
- (٣) الوسائل : ج ١٩ باب ٥٩ من أبواب القصاص في النفس ح ١ .

فقد يستشكل فيها بان الواجب في قتل العمدة انما هو القصاص نظراً إلى كون نفس القاتل بدلاً عن نفس المقتول والدية انما تثبت بالمصالحة بين القاتل وأولياء المقتول ، فهي عوض في المصالحة الواقعة بينه وبينهم وهذا يقتضي دخولها في ملكهم ابتداءً ، لا بعد دخولها في ملك الميت ارثاً كي يخرج منه ديونه ووصاياه .

إلا ان هذا الاشكال مرهون نظراً لامكان اثبات الحكم بالتمسك - مضافاً إلى صحیححة اسحاق بن عمار عن جعفر (ع) : (ان رسول الله (ص) قال : إذا قُتِلَ دية العمدة فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الاموال) (١) باطلاق صحیححة محمد بن قيس المتقدمة فانها غير مقيدة بالقتل الخطائي بل ومعتبرته الاخرى حيث ان التقييد به انما هو في كلام المسائل دون الامام (ع) فلا يدل على الاختصاص .

وأما معتبرة السكوني فالتقييد به وان كان في كلامه (ع) إلا انها لا تدل على الاختصاص أيضاً نظراً لكونه من قيد الموضوع حيث ان الدية لا تكون إلا في القتل الخطائي ، واما القتل العمدي فالواجب هو القصاص وان كان للوارث العفو عنه بازاء المال ، فلا تدل على عدم ثبوت الحكم في القتل العمدي .

هذا كله مضافاً إلى امكان استكشاف الحكم مما دل على خروج الديون منها ، حيث قد عرفت ان المستفاد منها انهم إنما يأخذونها ارثاً من الميت لاستقلالاً وبالملكية الابتدائية بحيث تنتقل من الدافع إليهم مباشرة ، ولذا يقتسمونها قسمة الميراث فيكون الميراث متأخراً عن الوصية كما هو متأخر عن الدين .

(١) الوسائل : ج ١٧ ، باب ١٤ من أبواب موانع الارث ، ح ١ .

وكذا لو أخذ دية جرحه خطأ بل أو عمداً (١) .

(١) لكونه مالكا لها في حياته ، فتنقل إلى ورثته على حد انتقال سائر أمواله اليهم . الا ان من غير الخفي ان الدية هذه خارجة عن محل الكلام نظراً إلى انها ليست من الاموال المتجددة بعد الموت ، وكلامنا فيها .

نعم لو كان مراده (قدّه) من الجرح الجرح الواقع عليه بعد الموت فديته وان كانت من الأموال المتجددة بعد الموت إلا انها لا تورث بل تصرف في وجوه البر على ما هو المذكور في محله .
والحمد لله أولاً وآخراً .

هذا آخر ما ادركه فهمي القاصر من محاضرات سماحة آية الله العظمى السيد الوالد - دام ظله - شرحاً وتعليقاً على كتاب الوصية من العروة الوثقى .

واني إذ ابتهل إلى العليّ التقدير أن يحلظ سيدنا الأعظم وبطيل في عمره الشريف ذخراً وسنداً للإسلام والمسلمين أسأله ان يوفقني للأستمرار في هذا النهج انه سميع مجيب .

وكان الفراغ منه في اليوم الثالث من شهر ربيع الثاني من عام اربعمائة وثلاثة بعد الالف من الهجرة النبوية على مهاجرها الاف الصلاة والسلام في مدرسة دار العلم بجوار الحضرة العلوية سلام الله عليه .

وانا الأقل محمد تقي الخوئي

الفهارس

الفهارس

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
		(فصل)	
الحررة والأمة		٩ جواز نكاح الأمة على الحررة مع	
٢٣ لو شرط في عقد الحررة اذنها في		اذنها	
نكاح الأمة		١١ حكم نكاح الأمة على الحررة مع	
(فصل - في نكاح	٢٤	اجازتها اللاحقة	
العبيد والاماء)		١٥ جواز نكاح الحررة على الأمة	
٢٤ امر تزويج العبد والأمة بيد السيد		١٧ حكم اقتران عقد الحررة مع عقد	
٢٥ هل يحرم العقد على المملوك بغير		الأمة .	
اذن سيده ؟		١٨ حكم نكاح المبعضة على المبعضة	
٢٧ لو تزوج المملوك بغير اذن مولاه		وعلى الحررة	
وقفت على اجازته		١٩ لو ماتت الحررة بعد عقد الأمة	
٢٨ جريان الحكم المذكور في الأمة		لم يحكم بصحته	
أيضاً .		٢٠ حكم نكاح الأمة في عدة	
٢٢ في ان الاجازة كاشفة		زوجته الحررة المطلقة	
٣٤ الأقوال في الكشف وبهـان		٢٠ نكاح الأمة بعد التزوج بحرة	
المختار منها		فضولة وقبل اجازته	
٣٧ في دفع ما يورد على المختار		٢١ لو شك في السابق من عقدي	
من الكشف			

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
والزوج بالامة		٤٠ صحة العقد الفضولي بالاجازة	
٦٠ صحة اذن المولى في تزويج امته		وان وقع على وجه محرّم	
وجعل المهر لها		٤١ ما افاده شيخنا المحقق (قدّه)	
٦١ في ملكية المولى لمال مملوكه		في تعلق الوجوب أو الحرمة	
ملكية طولية		بالمقدمة ومناقشته	
٦٥ حكم نكاح المملوك المشترك		٤٤ هل يشترط في تأثير الاجازة	
والمبعض		عدم مسبوقتها بالرد ؟	
٦٥ بطلان النكاح بشراء الحرة زوجها		٤٦ هل يشترط في تأثيرها عدم	
المملوك		مسبوقتها بالنهي ؟	
٦٧ حكم المهر إذا بطل النكاح		٤٦ حكم نكاح العبد من حيث المهر	
بالشراء المزبور قبل للدخول		وانه عليه أو على المولى	
أو بعده		٤٩ حكم المهر إذا تزوج العبد بغير	
٧٠ حكم شرائها زوجها بالمهر الذي		اذن مولاه ثم اجاز	
لها في ذمة السيد		٥٢ في إنصراف المهر - مع الاطلاق -	
٧٠ ما افاده شيخنا الاستاذ (قدّه)		إلى المتعارف	
في المقام ومناقشته		٥٣ لو تزوج باذن مولاه أو بغير	
٧٢ صحة الشراء المذكور إذا كان		اذنه ثم ظهر فساد العقد	
بعد الدخول		٥٦ مهر الأمة الزوجة للمولى	
٧٣ الولد بين المملوكين رقّ		٥٧ نفقة الأمة الزوجة على زوجها	
٧٤ حرية الولد إذا كان أحد		٥٨ للمولى لإستخدام الامة بما لا ينافي	
أبويه حرّاً		حق الزوج	
٧٧ انسحاب الحكم المذكور في		٥٩ حكم مسافرة كل من المولى	

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٨١	ولد الشبهة	١٠١	ثبوت العشر أو نصفه على الزاني بالامة
٨٤	رقية المتولد من زنا الحر بالملوكة	١٠٣	حرية المولود من الشبهة وعلى الواطي المشتبه قيمته يوم سقط حياً .
٨٤	حكم المولود بين مملوكين واختيار كونه تابعاً للأمة في الملك .	١٠٥	عدم نفوذ اجازة وارث المولى العقد الواقع على أمته بغير اذنه
٨٨	حكم اشتراط المالكين التفاوت في ملكية الولد أو اختصاصه باحدهما	١٠٧	ثبوت العشر أو نصفه على المتزوج بالامة المدلسة
٩٠	حكم الولد مع عدم اذن المالكين في النكاح	١٠٨	حكم المهر إذا التفتت الأمة المدلسة هل ولد المدلسة حر او رقي؟
٩١	لبعية الولد لأمة المملوكة - في الملك - اذا زنى بها العبد	١٠٩	رقية ولد المدلسة إذا كان الواطي زانياً
٩٢	بطلان اشتراط رقية من أحد أبويه حر	١١٣	بطلان عقد العبد من دون اذن مولاه واجازته
٩٤	عدم سراية فساد الشرط المزبور إلى عقد التزويج	١١٦	حكم ولد الحرة إذا تزوج بها العبد بدون اذن مولاه
٩٥	تحقيق في معنى الشرط في العقود	١١٧	إذا زنى العبد بحرة فالولد حر
٩٨	عدم جريان خيار الاشتراط في النكاح	١١٨	إذا زنى الحرة بأمة فالولد لمولاه
٩٩	أو تزوج حر أمة من غير اذن مولاه	١١٨	جواز تحليل المولى أمته لعبيده
		١٢١	جواز انكاح المولى عبده أمته وعدم حاجته إلى القبول

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
(فصل - في الطواريء)		هل ايجاب الولي على الطرفين أو الوكيل عنها يعني عن القبول	١٢٤
		كفاية أمر المولى مملوكيه بالمفارقة	١٢٥
تخير الأمة في نكاحها بعد تحررها	١٤٠	عن الطلاق	
إذا كانت تحت عبد		للمولى التفارقة بين مملوكيه	١٢٦
المناقشة في أدلة الخيار المذكور	١٤١	بالتطلاق	
إذا كانت تحت حر		إذا زوج عبده امته استحب ان	١٢٩
عموم الحكم لما إذا تحرر زوجها	١٤٣	يعطيها شيئاً	
معها .		لورثة المولى بعد موته أمر	١٣٠
صحة اشترط المولى على امته المعتقة	١٤٥	المملوكين بالمفارقة	
عدم فسخ النكاح أو عدم خيارها		هل يكفي أمر أحدهم بالمفارقة	١٣١
حكم المهر إذا فسخت نكاحها	١٤٦	إذا زوج الأمة غير مولاهما من	١٣٢
قبل الدخول أو بعده		حر فعليه للمولى العشر أونصفه	
حكم المهر إذا كان نكاحها	١٤٨	تتحقيق حول قاعدة الفرور	١٣٢
بالتفويض		وحجبتها	
ثبوت الخيار لها إذا كان العتق	١٤٩	بطلان النكاح إذا اشترى الزوج	١٣٥
في للعدة الرجعية		بعض زوجته المملوكة	
هل الخيار المذكور فوري ؟	١٥١	جواز طئه اياها إذا حللها له الشريك	١٣٧
تولي الولي خيار الصبية والمجنونة	١٥٢	جواز التمتع بالأمة المهاياة في	١٣٩
اعتبار رضا الأمة باشرط المولى	١٥٤	الزمان الذي لها	
عليها عدم الفسخ			
عدم ثبوت الخيار للعبد إذا احتق	١٥٥		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
إذا تزوج امرأة وادعى غيره زوجيتها	٢١٨	لزوم الاخذ بالمقصود عند اختلاف الاسم مع الوصف أو احدهما مع الاشارة	٢٠١
إذا ادعى زوجية امرأة والكرتها	٢٢٣	إذا تنازعا في التعمين وعلمه	٢٠٢
إذا ادعى زوجية امرأة وادعت اختها أو أمها أو بنتها زوجيتها له	٢٢٦	إذا اتفقا على التعمين واختلفا في المعين	٢٠٣
إذا تزوج العبد بأمة ثم اشتراها باذن المولى	٢٣٣	إذا قصد الأب تزويج احدى بناته معينة ولم يذكرها للزوج	٢٠٥
قبول دعوى المرأة كونها خلية	٢٣٧	بطلان نكاح الحمل وانكاحه	٢٠٧
عدم سماع دعوى الزوجة كونها ذات بعل	٢٣٩	عدم اعتبار علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر	٢٠٨
حجية اخبار الثقة في الموضوعات	٢٤٠		

(فصل - في اولياء العقد)

(فصل - في مسائل متفرقة)

من له ولاية العقد ومن ليس له	٢٤٤	عدم جواز اشتراط الخيار في النكاح	٢١٠
ولاية الاب والجد على الصغير والمجنون	٢٤٨	بطلان النكاح باشتراط الخيار فيه	٢١١
الولاية في نكاح البكر الرشيدة	٢٥٤	جواز اشتراط الخيار في المهر	٢١٢
ادلة استقلال الولي في نكاح البكر ومناقشتها	٢٥٥	إذا تصادق الرجل والمرأة على الزوجية	٢١٣
ادلة استقلال البكر ومناقشتها	٢٥٨	إذا ادعى احدهما الزوجية وأنكرها الآخر	٢١٤
القول بالتفصيل بين الدوام	٢٦٢		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
مع التفان او الجهل بالتاريخ		والانقطاع ومناقشته	
٢٩١ تقديم اختيار الجد عند تشاحه		٢٦٤ القول بالشريك واختياره	
مع الأب		٢٦٨ سقوط الولاية بالعزل	
٢٩٣ لو تشاح الجد الأمتل والأهل		٢٧٠ حكم من ذهبت بكارتها بغير الوطء	
٢٩٦ حكم تزويج المولى عليه بمن به		٢٧١ حكم من ذهبت بكارتها بالزنا	
عيب		أو الشبهة	
٢٩٩ مملوك المملوك كالمملوك		٢٧٣ لا يشترط في ولاية الجد حياة	
٢٩٩ ولاية الوصي على تزويج المجنون		الأب ولأموته	
٣٠١ ولايته على تزويج الصغير		٢٧٦ لزوم تزويج الولي على الصغيرة	
٣٠٤ ولاية الحاكم على تزويج من لا ولي له		بعد بلوغها	
٣٠٥ استصحاب استئذان المرأة المالكة		٢٧٩ لزوم تزويج الولي على الصغير	
أمرها وليها		بعد بلوغه	
٣٠٦ حكم مكوت البكر		٢٨١ اشتراط عدم المفسدة في صحة	
٣٠٨ الشرائط المعتمدة في ولاية الأولياء		تزويج الولي	
٣٠٨ سقوط ولاية الصغير والمجنون		٢٨٣ لو زوجهما الولي بدون مهر	
بالنسبة إلى غيره		المثل أو زوجته بأكثر منه	
٣١١ سقوط ولاية المملوك بالنسبة		٢٨٥ بطلان نكاح السفية المبتدر الا	
إلى غيره		بإذن الولي	
٣١١ سقوط ولاية الكافر بالنسبة إلى		٢٨٧ حكم السفية في النكاح خاصة	
المسلم .		٢٨٨ استقلال كل من الأب والجد	
٣١٢ ثبوت ولاية الكافر على ولده		في الولاية	
الكافر		٢٨٩ تقديم عقد الجد على عقد الأب	

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
هل يكفي الرضا الباطني للمولى في صحة نكاح مملوكه	٣٣١	بطلان تزويج الولي حال احرامه أو احرام المولى عليه	٣١٣
لا يشترط في عقد الفضولي قصد الفضولية	٣٣٣	عدم جواز تعدي الوكيل عما هيته الموكل	٣١٤
لو قال غير الوكيل زوجت موكلتي فلانة	٣٣٤	عدم شمول التوكيل في الزواج للوكيل نفسه	٣١٥
لزوم التطابق بين الاجازة والمجاز	٣٣٥	صحة النكاح الفضولي بالاجازة	٣١٧
إذا اوقع العقد فضولاً فبان وكيلاً	٣٣٦	عدم اعتبار الفورية في الاجازة	٣١٩
إذا اوقع العقد فضولاً فبان ولياً .	٣٣٧	هل الاجازة لانصح بعد الرد لا ينفذ الرد بعد الاجازة	٣٢١ ٣٢٣
إذا اوقع العقد فضولاً وهو يعلم بأنه وكيل او ولي	٣٣٨	عدم اعتبار لفظ خاص في الاجازة	٣٢٣
إذا زوج الصغيرين وليها لزم العقد	٣٣٩	هل يعتبر علم المجيز بعدم لزوم العقد عليه	٣٢٥
إذا زوج الصغيرين فضوليان	٣٤٠	حكم اعتقاد المجيز لزوم الاجازة عليه	٣٢٦
وقفت على الاجازة بعد البلوغ	٣٤٣	عدم كفاية الرضا الباطني في تصحيح العقد الفضولي	٣٢٦
عموم الحكم المذكور لسائر الصور كالمجنونين	٣٤٣	نفوذ الاجازة مع الكراهة حال العقد	٣٢٩
هل عقد الفضولي لازم بالنسبة إلى الاصل	٣٤٤	نفوذ الاجازة وان استؤذن قبل العقد فنهى	٣٣٠
هل يجوز للاصل التصرفات	٣٤٥		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
مناقشة القول بكونه شرطاً وناقلاً أو كاشفاً	٣٦٤	المنافية للانشاء	
كفاية قبول الموصى له حال حياة الموصي	٣٦٩	هل تنفذ التصرفات المذكورة على تقدير لحوق الاجازة وكونها كاشفة	٣٤٧
تضييق الواجبات الموسعة بظهور امارات الموت	٣٧٢	حكم الزوج بأمر المعقودة فضولاً أو بنتها إذا لحقته اجازتها	٣٤٩
هل يجب رد الامانات عند ظهور امارات الموت	٣٧٣	حكم تزويج المرأة فضولاً من رجل وتزوجها من آخر قبل الاجازة	٣٥١
هل يجب اداء الديون الجمالة عند ظهور امارات الموت	٣٧٤	إذا زوجها احد الوكيلين من رجل والآخر من غيره	٣٥٢
بطلان الوصية برد الموصى له حكم القبول بعد الرد	٣٧٥	إذا تزوجه أحد الوكيلين بأمره والآخر ببنتها مثلاً	٣٥٥
لو أوصى بشيئين بايجاب واحد فقبل احدهما	٣٧٩	(كتاب الوصية)	
عدم جواز تصرف الورثة في الموصى به قبل اختيار الموصى له	٣٨٢	معنى الوصية لغةً وشرعاً	٣٥٩
قيام وارث الموصى له مقامه إذا مات قبل القبول أو الرد	٣٨٣	تقسيم الوصية إلى تمليكية وعهدية	٣٦٠
الفرق بين الحق والحكم	٣٨٥	عدم احتياج الوصية العهدية إلى القبول	٣٦١
استعراض الأدلة على قيام الوارث مقام الموصى له إذا مات في حياة الموصي	٣٨٧	هل الوصية التمليلية تحتاج إلى القبول ؟	٣٦٢
		مناقشة القول بكون القبول جزءاً	٣٦٣

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
عدم اعتبار اللفظ في الوصية	٤٠٩	حكم موت الموصى له بعد	٣٩٣
شروط الموصى - البلوغ	٤١١	موت الموصى وقبل قبوله أو رده	
صحة وصية البالغ عشرأ	٤١٢	شمول الحكم لوارث الوارث	٣٩٥
شرطية العقل في الموصى	٤١٥	لو قبل بعض الورثة ورد بعضهم	٣٩٦
عدم بطلان الوصية بالجنون المتأخر	٤١٦	كيفية انتقال الموصى به إلى	٣٩٨
شرطية الاختيار في الموصى	٤١٧	الوارث بقبوله	
هل الرشد شرط في الموصى	٤١٧	ما هو المدار في الوارث	٤٠٠
شرطية الحرية في الموصى	٤١٩	إذا أوصى له بأرض فمات قبل	٤٠٠
صحة وصية المملوك بإجازة	٤٢١	القبول	
مولاه		حكم الوصية بما يكون من	٤٠١
إذا أوصى بماله ثم انعتق	٤٢٢	الحبوة	
إذا علق وصيته على الحرية	٤٢٣	إذا كان الموصى به ممن ينعتق	٤٠٢
اشترط عدم كون الموصى قاتل	٤٢٤	على الموصى له	
نفسه		إذا كان الموصى به ممن ينعتق	٤٠٤
اختصاص الحكم بالقتل العمدي	٤٢٥	على الوارث	
وبرجاء الموت والعصيان		عدم الفرق في قيام الوارث	٤٠٦
هل تصح وصيته قبل المعافاة	٤٢٦	مقام الموصى له بين التمليلية	
صحة وصية الأب أو الجد	٤٢٧	والعهدية	
بالولاية على الاطفال مع		عدم اعتبار القبول في الوصية	٤٠٦
انفراد		العهدية	
عدم ثبوت الولاية للأُم	٤٢٩	عدم اعتبار قبول الموصى له	٤٠٧
		إذا كان كلياً	

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
٤٤١ . خروج الواجبات المالية من الاصل			
٤٤٢ إذا أوصى بالازيد وشك في كوله مما يخرج من الاصل		(فصل - في الموصى به)	
٤٤٢ إذا اقر بكون ما اوصى به مما يخرج من الاصل		٤٣١ صحة الوصية بكل ما فيه غرض عقلائي محلل	
٤٤٣ حكم اجازة الورثة بعد وفاة الموصي		٤٣٣ بطلان الوصية بجمال الغير	
٤٤٤ حكم اجازتهم في حياته		٤٣٤ صحة الوصية الفضولية بالاجازة	
٤٤٦ الاجازة تنفيذ لعمل الموصي		٤٣٥ اشتراط كون الوصية بمقدار الثلث أو أقل	
٤٤٩ لو ادعى الوارث ظن قلة المجاز		٤٣٦ توقف الصحة في الزائد على اجازة الورثة	
٤٥١ المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي		٤٣٦ مناقشة القول بنفوذ الوصية مطلقاً	
٤٥٣ لو أوصى بعين معينة ثم تلف بعض التركة		٤٣٨ إذا كانت زائدة على الثلث واجازها بعض الورثة	
٤٥٤ إذا حصل للموصي مال بعد الموت		٤٣٨ لا يشترط قصد الوصي كونها من الثلث	
٤٥٦ دخول الدية في جملة التركة		٤٣٩ لو أوصى بعين بقصد كونها من الاصل أو من ثلثي الورثة	
٤٥٧ لزوم قضاء دين الميت من ديبته			
٤٥٩ ثبوت الحكم في دية الجرح أيضاً			

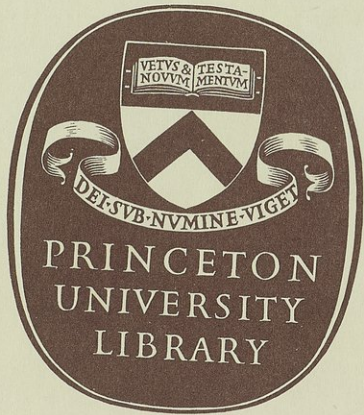
وافقت وزارة الاعلام على طبعه

رقم الاجازة ١٣١٤ تاريخها ٢٣ / ١٠ / ١٩٨٤

رقم الايداع في المكتبة الوطنية بغداد ١٣٠٩ لسنة ١٩٨٥

سعر النسخة ٤ دنانير

مطبعة الاداب - النجف الاشرف - حي عدن



PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

