

الفِئَقَةُ

مَكْتَابُ النَّجَاحِ

الجزء الثاني

آية الله العظمى

مفتي الجمهورية الإسلامية الإيرانية

دام ظلّه



مكتبة الفقيه

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 007370966

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

الفِئْتَمَةُ

وهو شرح استدلالى على كتاب (العروة الوثقى)
لاية الله المرحوم السيد محمد كاظم اليزدى «قدس سره»

كتاب النكاح

الجزء الثانى

آية الله المجاهد
أحمد الرشيد محمد الحسينى الشيرازى
دام ظلّه

(Arab)

BP194

12

.T4 S4

1970

٤٩٩

شفا

مطبوعه سيد الشهداء عليه السلام

قم - ايران

شفا

١٩٧٠

مطبوعه سيد الشهداء عليه السلام

قم - ايران

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين
الطاهرين، واللعنة على أعدائهم الى قيام يوم الدين .

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجية أو الملك عيناً أو انتفاعاً بالتحليل أو الوطي شبهة أوزنا

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

(و) المراد بالمصاهرة في ماجرى عليه اصطلاح جملة من الفقهاء (هي) ما ذكره المصنف بانها (علاقة بين أحد الطرفين مع) الآخر ، فان علاقة الرجل مع المرأة التي نكحها وهي متزوجة ، ودخل بها مما يوجب الحرمة الايدية ، مشمولة لعلاقة المصاهرة بالمعنى الاصطلاحي فليست المصاهرة خاصة بما ذكره المصنف بقوله : مع (أقرباء الآخر) .
و كيف كان ، فهي (تحدث بالزوجية أو الملك عيناً) بأن يملك الانسان عين المملوكة (أو انتفاعاً بالتحليل) فان المحلل له يملك انتفاع المحللة لا عينها ، (أو الوطي شبهة أوزنا) كما قال جماعة بأن الزنا بالمراة يوجب حرمة بنتها

أو النظر واللمس في صورة مخصوصة .

وامها .

(أو النظر واللمس) في مسألة منظورة الاب وملموسته(في صورة مخصوصة) اذ ليس كل صور المذكورات توجب العلقه ، بل لها شرائط تذكر في محالها، ثم المراد [بالزوجية] أعم من العقد ومن الوطي ، أذ قد يوجب نفس العقد العلقه وقد يوجب الوطي بالعقد العلقه المذكوره ، ولا بأس هنا بالاشارة الى اشكال يثيره بعض غير المسلمين على الاسلام بأنه قيد اتباعه عن الذهاب الى أعماق الحياة بسبب الاشياء الشكلية التي لا أهمية لها من الكبت وتقييد الحريات ففي باب الزواج جعل عدة نساء محرمات بينما خلقت المرأة للرجل وبالعكس فيصح أي امرأة لاي رجل بدون حاجة من قائمة طويلة من المحرمات .

وفي ابواب الطهارة والصلاة والصوم والحج والاعتكاف جعل الاسلام أحكاماً وقوانين وواجبات تعيق الانسان عن التفرغ لبناء الحياة ، فلو لم يكن المسلمون مقيدين بهذين القيدين لكان فراغهم أكثر مما يتيح لهم جوب آفاق الحياة كما جابها الغربيون والشرقيون لما تجملوا عن قيود الدين والكنيسة .

والجواب أولاً : ان المسلمين لم يتأخروا من جهة تقيدهم بالحلال والحرام والعبادة والطاعة ، بل تأخروا من جهة انهم تركوا الدنيا والصناعة بعكس ما أمرهم الاسلام [ربنا آتتنا في الدنيا حسنة] فان الصناعة لا ترتبط بضعف الدين أليس للشرق والغرب دين هو القوانين التي تحكم سلوكهم وسيرهم في الحياة بل قوانين الشرق الكابته للانسان أكثر بمرات من قوانين الاسلام ، وقوانين الغرب الكابته للانسان أكثر كذلك من قوانين الاسلام فانهم مقيدون بقوانين الكنيسة بالاضافة الى القوانين المدنية .

وثانياً : ان عدم ضبط الزواج بقوانين - كما ضبطه الاسلام - ينتهي بالاخرة الى شقاء الرجل والمرأة وهدم العائلة كما نجده الان في الغرب والشرق من هدم العوائل ، وشفاء الجانبيين وكثرة الطلاق والعوانس والعزاب بما يتبع ذلك من الفقر والعقد النفسية والامراض الناشئة من البغاء واللواط وغيرها والسبب هو ان تشريع القوانين الصارمة حول الزواج ، بالاضافة الى ان بعضها لاجل الاحترام كعدم تزويج زوجة الاب وبعضها لاجل عدم التلاؤم وعدم التلمي الجنسي كعدم تزويج الامهات والاخوات وبعضها لاجل عدم احداث مشاكل في الحياة الجنسية كتزويج الاختين .

وبعضها لاجل تسوير المحظورات بالاسوار الاحتياطية [فمن رعى حول الحمى ، أو شك ان يقع فيه] مثل المحرمات الرضاعية التي هي اسوار حول المحرمات النسبية .

وبعضها تأديبات وعقوبات ، مثل النكاح في العدة ، ونكاح المطلقة ثلاثاً قبل المحلل الى غير ذلك مما لكل وجه معقول مما يقول به الانسان حتى بدون الشريعة ، كما نرى عقلاء العالم الملحد ونحوه يلتزمون بجملته منه ، انها نوع أنظمة اجتماعية لا بد من وضعها لاجل اصفاء الاحترام حول علاقة الزواج فان الشيء النادر المحتاج اليه أكثر احتراماً من الشيء المبتذل ، ولو كان كثير الاحتياج ولذا نرى احترام الذهب بما لا يحترم مثله التراب ، وان كان الثاني أكثر فائدة واصفاء الاحترام يملأ النفس كما ان الطعام يملأ الجسد ، فهو اعطاء للنفس بدونه تبقى النفس خاوية .

أما بالنسبة الى الطهارة الى آخرها فانها تفيد فوائد منها النظافة وحفظ الصحة والتمارين الجسدية ، ومنها تربية النفس بحيث تصلح للاجتماع ، فان النفس غير المرباة لا تكون صالحة للمعاشرة ، وهي نواة تفسخ الاجتماع وفساده .

مسألة - ١ - تحرم زوجة كل من الاب والابن على الاخر

ومنها: الارتباط بالله سبحانه الذي هو رأس كل خيرات الانسان، حيث ان الانسان اذا علم ان حر كاته وسكناته تحت اشراف عالم قدير يجزي المحسن بالاحسان والمسيء بالعذاب كان هذا الانسان مستقيماً معتدلاً مسارعاً الى الخيرات منقلعاً عن المظالم والاثام مما يسبب سعادته الداخلية بالاضافة الى تقوية الاجتماع واجتثاث جذور الفساد عنه ، هذا الفات بسيط الى الجواب، والتفصيل في الكتيب المعدة له .

(مسألة - ١ - تحرم زوجة كل من الاب والابن على الاخر) بلا اشكال ولاخلاف بل اجماعاً متواتراً نقله وضرورة من الدين، ويشهد له قوله سبحانه: «ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء» .

وقوله تعالى: «وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم» .

و في رواية ، عن أبي جعفر عليه السلام - في حرمة نساء النبي صلى الله عليه وآله وسلم - قال: لو سألتهم عن رجل تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها أنحل لابنه؟ فقالوا: لا ، فرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعظم حرمة من آباؤهم .

وعن محمد بن مسلم، قلت له عليه السلام: رجل تزوج امرأة فلمسها؟ قال: هي حرام على أبيه وابنه ومهرها واجب .

وعن علي بن يقطين، عن أبي الحسن عليه السلام، في حديث ، انه سأل عن قوله تعالى: «قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها» الى ان قال : وما بطن، يعني ما نكح الابهاء ، فان الناس كانوا قبل ان يبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا كان للرجل زوجة ومات عنها تزوجها ابنه من بعده اذا لم تكن امه فحرم الله عز وجل ذلك .

وفي رواية ، عن علي بن الحسين عليهما السلام الفواحش ما ظهر منها وما بطن؟ قال عليه السلام: ما ظهر نكاح امرأة الاب وما بطن الزنا .
وعن يونس قال : قلت لابي ابراهيم موسى عليه السلام : رجل تزوج امرأة فمات قبل ان يسدخل بها اتحل لابنه ؟ فقال : انهم يكرهونه لانه ملك العقدة .

أقول: الكراهة بمعنى التحريم بلا اشكال، كما ذكره غير واحد .
و في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام : ان عبد المطلب سن في الجاهلية خمس سنن اجراها الله عزوجل في الاسلام حرم نساء الاء على الابناء فانزل الله عزوجل : «ولاتنكحوا ما نكح آباءكم من النساء» - الحديث .

وعن الرضا عليه السلام، في حديث قال: كان لعبدالمطلب خمس من السنن اجراها الله تعالى له في الاسلام حرم نساء الاء على الابناء، ومن الدية في القتل مائة من الابل، وكان يطوف بالبيت سبعة اشواط، ووجد كنزاً فاخرج منه الخمس وسمي زمزم سقاية الحاج .

أقول: الظاهر ان المراد بالاخير انه جعل ماء زمزم مباحاً ان يستولى عليه بعض الاعيان ويأخذ المال في مقابل الماء .

وفي حديث أبي الجارود، عن أبي جعفر عليه السلام [في باب ان الحسن والحسين من صلب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم] فسألهم هل يحل لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نكاح حليلتهما ؟ فان قالوا : نعم كذبوا : وان قالوا : لا ، فهما و الله ولداه لصلبه ، و ما حرم عليه الا للصلب . الى غيرها من الروايات .

قال في نسخة اخرى

قلت في نسخة اخرى

فصاعداً في الاول ونازلاً في الثاني نسباً أو رضاعاً

(فصاعداً في الاول ونازلاً في الثاني) بلا اشكال ولاخلاف، بل ضرورة واجماعاً متواتراً نقله، ويدل عليه بالاضافة الى تفسير الآية بالاعم جملة من الروايات مثل بعض ما تقدم .

وصحيح محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، قال عليه السلام: لو لم تحرم على الناس ازواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم، لقول الله عز وجل «ما كان لكم ان تؤذوا رسول الله، ولا ان تنكحوا ازواجه من بعده أبداً» حرم من على الحسن والحسين عليهما السلام بقول الله عز وجل: «ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء» ولا يصلح للرجل ان ينكح امرأة جده .

وعن دعائم الاسلام، عن علي عليه السلام، في قول الله عز وجل: «ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء» قال: اذا نكح الرجل امرأة ثم توفى عنها أو طلقها لم تحل لاحد من ولده كان دخل بها، أو لم يدخل ولا يتزوج الرجل امرأة جده هي محرمة على ولده ما تناسلوا .

وعن محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام، يقول الله: «ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء» فلا يصلح للرجل ان ينكح امرأة جده . الى غيرها من الروايات .

(نسباً أو رضاعاً) بلا اشكال ولاخلاف في الرضاع، بل اجماعاً متواتراً فعن بريد، عن أبي جعفر عليه السلام، في حديث: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وعن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سمعته يقول: يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة .

وعن أبي الصباح، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه سأل عن الرضاع؟ قال

دواماً أو متعة بمجرد العقد، وان لم يكن دخل ولا فرق في الزوجين
والاب والابن بين الحر والمملوك .

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

ونحوه، عن ابن سرحان، عنه عليه السلام .

وعن عبيد بن زرارة قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : انا أهل بيت

كبير [الى ان قال :] فقال : ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع .

وعن الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرضاع؟ فقال: يحرم

منه ما يحرم من النسب .

و في رواية مسعدة ، عن الصادق عليه السلام ، [في الاماء المحرمات]

ما يؤيد ذلك . الى غيرها من الروايات . وهناك تفاصيل للرضاع مذكورة في

بابه .

(دواماً أو متعة) بلا خلاف ولا اشكال، بل اجماعاً لاطلاق أدلة الزوجة و

الزوج ، بل ربما استفيد من انقلاب المتعة دواماً اذا لم يذكر المدة انها حقيقة

واحدة، ولذا ذكرنا فيما سبق انه لو شك انها متعة الى شهر مثلاً، أو دوام فالاصل

الاستمرار بعد المدة المعلومة .

(بمجرد العقد، وان لم يكن دخل) بلا خلاف ولا اشكال، بل اجماعاً، وذلك

لصدق الأدلة ، وان لم يدخل فجعل المستمسك العمدة في المسألة الاجماع

لاحتمال ان يكون النكاح في [ما نكح آبائكم] الوطيء لا وجه له، بل يمكن الاستفادة

ذلك من بعض أحاديث العامرية والكندية اللتين طلقهما الرسول صلى الله عليه

وآله وسلم من دون دخول فراجع .

(ولا فرق في الزوجين والاب والابن بين الحر والمملوك) بلا اشكال ولا خلاف

مسألة ٢- - لا تحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس مع

عدم الدخول

بل اجمعاً، وذلك لاطلاق الادلة، كما لا فرق بين الكبير والصغير والعاقل والمجنون وان يكون العقد بنفسه أو وكيله أو وليه، أو فضولى اذا أجاز كل ذلك لاطلاق الادلة كاطلاق الفتاوى، وهل يشمل قاعدة الزموم، والاسلام يجب مقامنا في الكافر، وفي من لا يرى حرمة بعض ما نرى حرمة من المذاهب؟ احتمالان، فالاول كما اذا تزوج الكافر زوجة أبيه، ثم اسلم، فهل يجب عليه اطلاقها من باب الاطلاقات أم لا؟ من جهة الاسلام يجب ما قبله؟ لا يبعد الثاني.

أما لزوم اطلاقه اخته أو امه أو بنته، فيما اذا تزوجها في حال كفره، فهو خارج عن القاعدة من باب الضرورة والاجماع، وكذلك في سبب الرضاع قبل الاسلام.

والحاصل: ان قاعدة الحجب تشمل كل شيء الاماعلم خروجه قطعاً، وليس مانحن فيه مما علم خروجه، وان كان الاحوط الاجتناب.

والثاني: كما اذا كانت زوجة الاب والاب كلاهما مخالفاً وطلقها قبل الدخول مثلاً، وهما لا يريان الحرمة فهل يشملهما قاعدة الزموم؟ كما تشمل ما اذا طلق بلاشهود، أو ما أشبهه، حيث يجوز لنا نكاحها من جهة الاطلاق أم لا؟ لانها زوجة الاب احتمالان، ومقتضى القاعدة الجواز، لانه ليس مما علم خروجه من قاعدة الالتزام.

ومنه يعلم، حكم العكس بما اذا كانت زوجة الاب مستبصرة، وكان الولد الذى يريد زواجها مخالفاً، ولا يرى بأساً بغير مدخولة الاب.

(مسألة ٢ - لا تحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول)

وعدم اللمس والنظر وتحريم مع الدخول أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة

وعدم اللمس والنظر) على المشهور شهرة عظيمة . وفي الحدائق نفى الخلاف فيه، وعن شرح النافع للسيد والرياض الاجماع عليه واستدل له في الجواهر بالاصل وظهور حصر المحرمات في غيرهما ضرورة عدم اندراجهما في حليلة الابن ومنكوحة الاب .

أما قوله سبحانه: «مانكح آبائكم» وقوله: «حلائل ابنائكم» فهما ظاهران في الزوجات المنكوحات، ولان الحسين عليه السلام تزوج بينت كسرى، مع ان الامام أمير المؤمنين عليه السلام، كان من جملة ملاكها عند ماجاؤا بها أسيرة، مع وضوح عدم الفرق بين ملك الاب لكل الامة أولبعضها.

(وتحريم مع الدخول) بلاخلاف ولااشكال، بل قيل بأنه اجماع من المسلمين وقد استدل لذلك بالآيتين، وهو وان لم يكن بعيداً لفهم المناط، الا انك قد عرفت الاشكال في دلالتهما.

وفي خبر موسى بن بكر، عن زرارة قال: قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لآبيه .

(أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة) من النظر واللمس، وقد نسب هذا القول إلى المشهور، وعن العلي والمحقق والعلامة وغيرهم الجواز وعن المفيد وأبي الصلاح وسلاح واللمعة حل منظورة الابن على الاب خاصة ومستند الأولين روايات متعارضة الجمع بينهما يقتضى ترجيح القول الثاني.

أما القول الثالث: فلم يوجد له دليل الاقتصار ببعض نصوص المنع على منظورة الاب .

وكذا لا تحرم المحللة لاحدهما على الاخر اذا لم تكن مدخولة
مسألة -- ٣ -- تحرم على الزوج ام الزوجة وان علت نسباً
ورضاعاً مطلقاً

وكيف كان ، فمن أدلة القول الاول : صحيح محمد ابن اسماعيل : ان
جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على أبيه وأبنه، قلت: اذا نظر الى جسدها؟ قال:
اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه.

ومن أدلة القول الثاني: موثق علي بن يقطين، عن العبد الصالح، عن الرجل
يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج اتحل لابنه أو لابيّه؟ قال:
لابأس .

ويؤيد الحلية الاخبار الحاضرة للاماء المحرمات في عشرة ، والكلام في
المسألة طويل نتركه لقلّة التبليغ في الحال.

(وكذا لا تحرم المحللة لاحدهما على الاخر اذا لم تكن مدخولة) للاصل أما
احتمال ان يكون التحليل بمنزلة العقد المحرم، ففيه انه لا قطع بالمناط فهو يشبه
الاستحسان .

(مسألة - ٣ - تحرم على الزوج ام الزوجة، وان علت) كام امها، وام أبيها،
وهكذا (نسباً) ضرورة (ورضاعاً) بلا اشكال لما دل على انه يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب (مطلقاً) دخل بالبنات ، أو لم يدخل كما هو المشهور شهرة
عظيمة، وفي الروضة كاد يكون اجماعاً وعن الغنية والتاثيرات الاجماع عليه،
خلافاً لابن أبي عقيل فاشترط الحرمة بالدخول كالبنات .

استدل المشهور بقوله سبحانه: «وامهات نساكنكم» فان اطلاقه شامل لما اذا
دخل بالبنات أم لا؟ وأورد عليه بعدم الدلالة الا اذا قلنا بان المشتق حقيقة فيما انقضی

والافظاهر الاية حرمة ام الزوجة في حال كونها زوجة، فاذا طلقها أو ما أشبه فهي محللة الا فيما قام الاجماع على العدم، وهي ما اذا دخل بالبنت .

أما ما عداها فعلى اصل الاباحة، كما استدل له بجملة من النصوص كرواية اسحاق بن عمار، عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن علي عليه السلام في حديث قال: والامهات مبهمات دخل بالبنت أو لم يدخل بهن فحرموا وابهموا ما حرم الله تعالى .

وخبر أبي حمزة، سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها هل تحل له ابنتها؟ قال: فقال عليه السلام: قد قضى في هذا أمير المؤمنين عليه السلام، لا بأس، ان الله تعالى يقول: «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» .

ولو تزوج الابنة ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم تحل له امها؟ قال: قلت: ليس هماسوا؟ قال: فقال: لا، ليس هذه مثل هذه ان الله تعالى يقول: «وامهات نسائكم» ولم يستثن في هذه، كما اشترط في تلك هذه هنا مبهمة ليس فيها شرط، وتلك فيها شرط .

وخبر عياث بن ابراهيم، عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، ان علياً عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام، فاذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوج بالابنة، فاذا تزوج بالابنة فدخل بها، أو لم يدخل بها فقد حرمت عليه الام، وقال عليه السلام: الربائب عليكم حرام كن في الحجر، أو لم يكن .

وموثق أبي بصير قال: سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها؟ فقال عليه السلام: يحل له ابنتها ولا تحل له امها .

أما العماني فاستدل لقوله: - بعد الاشكال في عموم الاية باحتمال رجوع القيد

«من نسائكُم اللاتي دخلتم بهن» الى الجملتين معاً - بجملته من الروايات :

كصحيح جميل بن دراج، وحماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الام والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعنى اذا تزوج المرأة ثم طلقها، فانه ان شاء تزوج امها، وان شاء ابنتها.

وفى رواية الفقيه، عن جميل، عنه عليه السلام: الام والبنت في هذا سواء اذا لم يدخل باحديهما حلت له الاخرى.

وصحيح منصور بن حازم قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل ان يدخل بها أيتزوج بامها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد فعله رجل منا فلم ير به بأساً، فقلت له جعلت فداك ما تفخر الشيعة الا بقضاء علي عليه السلام، في هذه الشمخية التي افتاها ابن مسعود انه لا بأس بذلك.

ثم أتى علياً عليه السلام فقال له علي عليه السلام: من اين اخذتها؟ فقال: من قول الله عز وجل: « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكُم اللاتي دخلتم بهن، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» فقال علي (ع) ان هذه مستثناة وهذه مرسلّة [وامهات نسائكُم] فقال أبو عبد الله (ع) : أما تسمع ما يروي هذا عن علي عليه السلام، فلما قمت ندمت، وقلت: أي شيء صنعت يقول هو قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً وأقول انا: قضى علي عليه السلام، فلقبته بعد ذلك، فقلت: جعلت فداك مسألة الرجل انما كان الذي كنت تقول: كان زلمة منى، فما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني ان علياً قضى فيها وتسالني ما تقول فيها .

وخبر محمد بن اسحاق قال: قلت له: رجل تزوج امرأة ، و دخل بها ثم

ماتت أيحل له ان يتزوج امها؟ قال: سبحانه الله كيف يحل له ان يتزوج امها وقد دخل بها؟ قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل ان يدخل بها تحل له امها قال: وما الذي يحرم عليه منها، ولم يدخل بها .

وخبر الدعائم، في حديث وكذلك الام اذا وطئ امها لم يبطأها بعدها حرة كانت أو مملوكة.

وقال الصدوق في المقنع: اذا تزوج البنت فدخل بها، أو لم يدخل فقد حرمت عليه الام، وروي ان الام والبنت في هذا سواء اذا لم يدخل باحديهما حلت له الاخرى، وقد اجاب المشهور عن روايات الجواز بأمور:

الاول: ما نقله الوسائل عن الشيخ ان صحيح حماد وجميل مخالف للقرآن فاللازم ترك العمل به، وفيه ان الرجوع الى القرآن انما يكون بعد تعذر الجمع العرفي، والحال انه يمكن الجمع بالحمل على الكراهة.

الثاني: حمل اخبار الجواز على التقية، كما نقله الوسائل عن الشيخ أيضاً وفيه بالاضافة الى انه بعد تعذر الجمع العرفي، وقد عرفت انما كان الجمع ان المحكى عن المسالك عدم اعتبار الدخول عن أكثر علماء الاسلام، الا ان يقال ان مراده بالتقية، التقية على اصطلاح الحدائق . لكن الشيخ قال: لانه موافق لمذهب بعض العامة.

أما الاستدلال لكونه تقية بصحيح منصور فلا يخلو من اشكال لاضطراب دلالة صحيح منصور، كما لا يخفى، فلا يعلم منه أي الحكمين تقية، أو ان الحكم بالمنع على سبيل الكراهة .

الثالث: ما ذكره الوسائل من ان التفسير في رواية جميل وحماد ليس من الامام، بل هو من بعض الرواة فليس بحجة، بل هو ممنوع، ثم ذكر بعض المعاني البعيدة للحديث.

وكذا ابنتها وان نزلت

وفيه أولاً: انه خلاف الظاهر كما ذكره المستمسك.

وثانياً: ان غيره كاف في الحجية اذ ليس دليل الجواز منحصرأ بما ذكر.

الرابع : ما عن الشيخ بأن حديث جميل وحماد مضطرب المتن ، اذ هما

يرويانه تارة عن أبي عبد الله بلا واسطة واخرى بواسطة الحلبي، وثالثة ان جميلا

يرويه مرسلا عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهما السلام . وفيه : ان هذا

لا يسمى اضطراباً ولعله وقع كل ذلك.

الخامس : ان هذه الاحاديث خلاف الاجماع المقطوع به، اذ لا يضر مخالفة

العماني في الاجماع.

أقول: هذا الوجه هو العمدة، وهو يكفي في رد علم الروايات المجوزة

الى أهلها عليهم السلام.

(وكذا ابنتها) بلا اشكال ولا خلاف للنص والاجماع ، فقد تقدم ذكرها

في الآية المباركة، وفي نصوص متواترة .

(وان نزلت) كبنيت البنت ، وبنت ابن البنت بلا اشكال ولاخلاف ، بل عن

آيات الاحكام يعلم الحكم من النصوص والاجماع ، لكن في المستند بعد

دعواه الاجماع على ذلك قال : وان لم يستنبط من الاخبار ، ورده المستمسك

بأنه لا تبعد دعوى دلالة النصوص المشتملة على التعبير بالبنت - لقرب عمومها -

لبنت بواسطة .

أقول : المنصرف من البنت بلا واسطة ، ولذا اذا قال : اعط هذا لبنتك أو

اخطب اليك بنتك ، أو جاء فلان مع بنته لم يتبادر الى الذهن الابنته بلا واسطة

فاذا أعطاه لبنت بنته ، مثلاً : أو زوجها اياه - في مسألة الخطبة - رأى العرف

بشرط الدخول بالام سواء كانت في حجره أم لا؟

انه فعل خلاف ما طلب اليه ، لكن مناسبة الحكم ، والموضوع في المقام يقتضي التعميم كما يقتضيه في آية تحريم البنات .

(بشرط الدخول بالام) بلا اشكال ولا خلاف ، بل تقدم دلالة الكتاب والسنة على ذلك ، بالاضافة الى الاجماع المتواترة في كلماتهم ، فاذا لم يدخل بالام وفارقها بطلاق أو موت أو فسخ أو انقضاء مدة المتعة لم تحرم البنت ، والدخول أعم من القبل والدبر ، والظاهر عدم الفرق بين أقسام الدخول بأن كان في حال صغرها أو صغر أحدهما ، أو اكراهاً أو الجاءاً بأن هي أدخلت ذكره في نفسها أو غير ذلك ، لاطلاق النص والفتوى ، وان كان يأتي في بعضها ما ذكرناه سابقاً في بعض المسائل من جهة حديث رفع القلم ورفع الاكراه وما أشبه فتأمل .

(سواء كانت في حجره أم لا؟) بلا اشكال ولا خلاف عندنا ، بل عن التذكرة والمسالك والحداثق وغيرهم الاجماع عليه . ويدل عليه ما تقدم من الروايات الناصة على عدم الفرق بين ان تكون في الحجر أم لا؟ فالاية جارية مجرى الغالب . ولعله أتى بهذا القيد لزيادة التنفير فكيف يتزوج الانسان من هي في حجره وبمنزلة بنته ، لكن في رواية الدعائم ظهور تفسير آخر للاية .

فقدروي عن الصادق عليه السلام ، [قال في تفسير الاية :] هي ابنة امرأته عليه حرام اذا كان دخل بامها ، فان لم يكن دخل بامها فتزويجها له حلال . وقال عليه السلام : في قوله عز وجل : «في حجوركم» قال : الحجر الحرمه يقول اللاتي في حرمتهن وذلك مثل قوله : انعام وحرث حجر ، يقول : محرمه . أقول : ومنه قوله تعالى : «حجراً منحجوراً» أما خبر محمد بن عبدالله بن جعفر ، المروي في الاحتجاج ، عن صاحب الزمان عليه السلام ، انه كتب اليه

وان كان تولدها بعد خروج الام عن زوجيته وكذا تجرم ام المملوكة الموطوثة على الواطي ، وان علت مطلقاً وبنيتها .

هل يجوز للرجل ان يتزوج بنت امرأته ؟ فقال عليه السلام : ان كانت ربيبت في حجره فلا يجوز ، وان لم تكن ربيبت في حجره وكانت امها في غير حباله ، فقد روي انه جائز ، فيه : انه لا بد من حملها على التقية لموافقته المذهب داود ومالك بالاضافة الى ضعف السند .

(وان كان تولدها بعد خروج الام عن زوجيته) لاطلاق النص والفتوى ، وقد تقدم جملة من النصوص الدالة على الاطلاق .

(وكذا تحرم أم المملوكة الموطوثة على الواطي ، وان علت مطلقاً وبنيتها) وانزلت بلا اشكال ولا خلاف ، بل دعوى الاجماع عليه مستفيضة ، وبدل عليه جملة من الروايات :

كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام ، قال : سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتياها فباعها فأعتقت وتزوجت فولدت ابنة هل تصلح ابنتها للمولاهة الاولى ؟ قال : هي عليه حرام وهي ابنته والحرة والمملوكة في هذا سواء .

وصحيح الحسين بن سعيد قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، رجل له امه يطاها فماتت ، أوباعها ثم أصاب بعد ذلك امها ، هل له ان ينكحها ؟ فكتب عليه السلام : لا تحل له .

ومرسل جميل ، عن بعض أصحابه ، عن أحدهما عليهما السلام ، في رجل كانت له جارية فوطئها ثم اشترى امها أو بنيتها ؟ قال : لا تحل له .

وزواية زرين ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل كانت له جارية فوطئها ثم اشترى امها وبنيتها ؟ قال : لا تحل له الام والبنت سواء .

و رواية الحسين بن بشر قال: سألته عن الرجل تكون له الجارية ولها ابنة فيقع عليها ، أ يصلح له ان يقع على ابنتها ؟ فقال عليه السلام : أينكح الرجل الصالح ابنته.

الى غيرها من الروايات الكثيرة التي اطلاقها ومناطقها يشمل ما اذا كانت الزوجة حرة والام والبنت جارتين ، أو الموطوءة جارية وامها وبنتها حريتين وكذلك يشمل ما اذا كانت الموطوءة بالتحليل ، أو بالدوام ، أو بالمتعة ، والام والبنت بلون آخر من ألوان الحلية الذاتية التي حرمت بواسطة وطىء الام أو البنت .

نعم ، في بعض الروايات ما ينافي ذلك ، مثل رواية رزين ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : قلت له : تكون عندي الامة فاطأها ثم تموت ، أو تخرج عن ملكي فاصيب ابنتها أيحل لي ان اطأها ؟ قال عليه السلام : نعم لأبأس به ، انما حرم ذلك من الحرائر ، فأما الاماء فلا بأس به .

وقد ردّها الشيخ بأنه شاذ نادر لم يردّه غير بيع الانمط مع انه روي ما يناقضه كما مر .

وقال في الوسائل : يمكن كون الضمير في وطئها راجعاً الى الام يعني ، وان ملك البنت تحل له الام واستدامة ملك البنت ، بخلاف الحرائر قال : و يحتمل التقيّة .

أقول : الرواية ليست منحصرة برواية رزين ، وكونها تقيّة بحاجة الى التبع وحمل الوسائل خلاف الظاهر ، لكن التعارض بين الطائفتين بمالا يمكن الجمع العرفي بينهما يدخلهما في باب التراجع ، ولاشك ان الروايات المانعة هي المشهورة ، فلا يجوز العمل بغيرها ، ولعله الى هذا أشار المستمسك ، حيث قال : لا مجال للعمل بما دل على الجواز بعد دعوى الاجماع على خلافها

مسألة - ٤ - لافرق في الدخول بين القبل والدبر ويكفي الحشفة أو مقدارها ولا يكفي الانزال على فرجها من غير دخول وان حبلت به

(مسألة - ٤ - لافرق في الدخول بين القبل والدبر) كما هو المشهور ، ويدل عليه قوله عليه السلام: هو أحد المأتين. وغيره مما تقدم في بعض المباحث السابقة .

ومنه يعلم، ان قول كشف اللثام يحتمل العدم لتبادر القبل، وانتفاء الاحصان في الدبر ممنوع ، اذ التبادر لو كان فهو بدوي، والكلام في الاحصان مربوط بغير المقام .

(ويكفي الحشفة أو مقدارها) لاشكال في ذلك ، ولا خلاف فلا يشترط ادخال الكل ، وانما الكلام في احتمال كفاية بعض الحشفة لصدق الدخول ، لكن فيه ان تبادر وحدة المقامات بعد ما ورد من النصوص في العدة والمهرو الغسل بالتقاء الختانين كاف في المقام ، فلا حاجة الى ما ذكره المستمسك من ان العدة الاجماع ان تم حتى يقال: ان الاجماع المحتمل الاستناد ليس بحجة فاطلاق الدخول محكم .

(ولا يكفي الانزال على فرجها من غير دخول)، لان المناط الدخول، كما في النص والفتوى، فهو ان حصل حرم، وان لم ينزل، وان لم يحصل لم يحرم وان انزل .

(وان حبلت به ،) فانه يمكن ذلك كما في النص والفتوى .

(أما اذا ادخل بغلاف، فان كان الغلاف بحيث يمنع من صدق الدخول ، كما اذا كان في زجاج مثلا فلا يوجب التحريم، كما لا يوجب سائر أحكام الدخول،

وكذا لافرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم أو جبراً منه أو منها .

وقد ذكرنا ذلك في باب الصوم، أما إذا لم يمنع الصدق فانه يوجب التحريم .
(و كذا لافرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم) هذا مبني على عدم انصراف الادخال في حال التكليف من الاية والرواية، وعلى عدم ورود دليل الرفع على الاطلاق ، والاشكل التحريم بذلك .

ومنه يعلم، المحال في قوله : (أو جبراً منه أو منها) وكذلك إذا أدخل وهو طفل أو مجنون، أو مضطر، أو أدخل وهي ميتة، الى غير ذلك مما تقدم أمثاله في باب وطى الغلام .

ولو شك في انه حصل الدخول أم لا ؟ فالاصل العدم، ولو شك في انه هل دخل مقدار الحشفة؟ فالاصل العدم ، ولو شك في ان هذه التي يريد تزويجها بنت الموطوءة أو امها أم لا ؟ فالاصل العدم، لان النسب انما يثبت بالدليل، كما ذكروا في باب الشك في القرشية من مسائل الحيض .

وقد تقدم الكلام حوله في [كتاب الطهارة] وذكرنا هناك ، وفي مواضع اخر ان الاصل انما يجرى اذا فحص ولم يظفر بشيء ، ولو شك هل انها ابنة أو ام الموطوءة ؟ أم لا ؟ فان كان على نحو العلم الاجمالي ، وكان كل طرف محل الابتلاء وجب الاجتناب ، والابان كان غير محصور أو محصوراً بدون الابتلاء بكل الاطراف جاز ، كما حقق في محله .

ثم ان المحرم على كليهما الواطي والطرف وهو المراد من زواجه من الام والبنت كما هو واضح .

مسألة - ٥ - لا يجوز لكل من الاب والابن وطى مملوكة الاخر من غير عقد ولا تحليل

(مسألة - ٥ - لا يجوز لكل من الاب والابن) فضلا من غيرهما، أى تصرف في مملوكة الاخر من التصرفات غير الشهوية، بل الشهوية لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه، بله لا يجوز لاحدهما النظر المحرم الى مملوكة الاخر فضلا عن (وطى مملوكة الاخر من غير عقد ولا تحليل)، وذلك بلاخلاف ولا اشكال كما يظهر من ارسالهم المسألة ارسال المسلمات، بل ادعى الرياض الاجماع عليه .

وأما صحيح ابن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام، قال: في كتاب علي عليه السلام: ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً، ويأخذ الوالد من مال ولده ماشاء، وله ان يقع على جارية ابنته ان لم يكن الابن وقع عليها، وذكر ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لرجل: انت ومالك لا بيك .
فاللازم حملة على الحكم الاخلاقي بالزام الابن أخلاقياً رضى بالامرین الاخذ من ماله ووطى جاريته بقرينة ذيل الرواية، فان المراد بالملك ما ذكره سبحانه يهب لمن يشاء اناثاً، والافمن الواضح عند المتشعبة، بل ضرورة ان الولد ليس ملكاً، وهذا التأويل أقرب من القول الذي ذكره بعضهم من حملة على صورة التقويم، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في [كتاب الحج] من هذا الشرح فراجع .
ومثل الابن البنت، كما ان مثلهما الحفيد، ومثل الاب الجد، لوحدة الدليل في الكل .

وان لم تكن مدخولة له، والا كان زانياً .
 مسألة - ٦ - يجوز للاب أن يقوم مملوكة ابنه على نفسه
 ووطؤها

(وان لم تكن مدخولة له ، والا كان زانياً) بلاشكال ولاخلاف ، كما يظهر
 من كلماتهم ، وقد ذكره الجواهر وقرره المستمسك .

وكذا لايجوز للولد وطى مملوكة الام ، بل وكذا لا يحق للام التزويج
 بمملوك الولد دون رضى الولد ، لان العبد لا يملك نفسه والنكاح شيء كما قال
 عليه السلام : [افشى الطلاق] حيث قال سبحانه : «لا يقدر على شيء» .

(مسألة - ٦ - يجوز للاب أن يقوم مملوكة ابنه) أو بنته ، بل لا يبعد ذلك
 بالنسبة الى الجد والحفيد للمناط ، بعد ان كان حكم الاب والجد واحد في باب
 الولاية (على نفسه ووطؤها) أو الاستمتاع منها بسائر الاستمتاع ، أو التصرف
 فيها بسائر التصرفات ، وفي أصل المسألة لاخلاف ولاشكال ، بل في الجواهر
 الاجماع بقسميه عليه . وبدل عليه جملة من الروايات :

مثل صحيح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، عن رجل يكون لبعض
 ولده جارية وولده صغار ، هل يصلح له ان يطأها ؟ فقال عليه السلام : يقومها
 قيمة عدل ، ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها ومثله غيره ، لكن بشرط ان يعلم
 بان الولد لم يطأها ، كما اذا كانت الجارية للبنث ، أو علم ذلك من الخارج .

ففي خير حسن بن صدقة عن أبي المحسن عليه السلام ، اذا اشتريت انت
 لابنتك جارية أو لابنتك وكان الابن صغيراً ولم يطأها حل لك ان تقبضها فتكفها
 والافلا الا باذنها .

ولا يبعد ان يكون المناط أتماً فيما اذا قبضها لنفسه ان يبيعها أو يحللها

والظاهر الحاق الجد بالاب وال بنت بالابن وان كان الاحوط خلافه ولا يعتبر اجراء صيغة البيع ونحوه وان كان أحوط وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للمصبي نعم يعتبر عدم المفسدة

أيضاً .

(والظاهر الحاق الجد بالاب) كما ذكره غير واحد ، وقواه الجواهر ، وان أشكل فيه بعضهم - وقد تقدم وجه اللاحق .

(والبنت بالابن) كما عرفت (وان كان الاحوط خلافه) لان الحكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه علي مورد النص .

(ولا يعتبر اجراء صيغة البيع ونحوه) لان النص لم يذكر ذلك ، بل ظاهر قوله عليه السلام : [يقومها على نفسه] انجاز ذلك ، ولو كان في نفسه بدون لفظ واحتمال انصراف التقويم الى الاشتراء فيكون هو بائع ولاية ومشتري اصالة لا يضر بعد عدم ضرر الاحتمال بالاستدلال بالظاهر ، وهذا هو الذي اختاره المستمسك وغير واحد من المعلقين الساكتين على المتن .

(وان كان أحوط) خروجاً عن خلاف من أوجب بادعاء الانصراف ونحوه ، واختاره جامع المقاصد والجواهر وآخرون ، بل عن الاول دعوى عدم الخلاف فيه ، لكنه كما ترى .

(وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للمصبي) لاطلاق النص ، واشترطه آخرون لقوله سبحانه : «ولانقربوا مال اليتيم الابالتي هي أحسن» والمناط آت في غير اليتيم ، وفيه انه لا قطع بالمناط .

(نعم يعتبر عدم المفسدة ،) لانصراف النص عن صورة المفسدة ، بل عن الرياض دعوى الاجماع عليه ، لكن ربما قيل بالفرق بين المفسدة المحرمة فلا

وكذا لا يعتبر الملائة في الاب وان كان أحوط .
 مسألة - ٧ - اذازنى الابن بمملوكة الاب حد وأما اذا زنى
 الاب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه

يجوز وبين غير المحرمة فتجوز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : انت ومالك
 لابيك ، وهذا غير بعيد ، لعدم تسليم انصراف النص عن مثله .
 (وكذا لا يعتبر الملائة في الاب) للاصل والاطلاق ، ولانه يمكن ان يرد لها
 عليه بمقابل القيمة (وان كان أحوط) لمادل على اعتبار الملائة في الاتجار بمال
 اليتيم ، وللأية المتقدمة ، وقد عرفت ان المناط غير المعلوم ، بل معلوم العدم .
 أما احتمال اشتراط ان لا يكون الاب أو الولد عبداً ، لان التصرف للعبد في
 نفسه ، والتصرف في مال العبد لا يجوز الا باجازة السيد ، فهو خارج عن محل
 الكلام ، وان كان ذلك لازماً في نفسه ، فلو فعل بدون الاجازة لزم الاجازة كما قال
 عليه السلام : لم يعص الله ، وانما عصى سيده .

وكذا هل يشترط عدم احتمال ان لا يبالي الولد - فيما بعد - بعمل الاب ،
 فينكحها حراماً؟ الظاهر لا ، للاطلاق وانه مثل منع تزويج الاب بامرأة يحتمل
 ان يتزوجها بعده ولده مثلاً .

(مسألة - ٧ - اذازنى الابن بمملوكة الاب حد) بلا اشكال ولا خلاف ، وذلك
 لاطلاق الأدلة ، بل الحد هنا أشد باعتبارها محرماً للولد ، فان جوارى الابهاء محارم
 للابناء وبالعكس لانهن بمنزلة الامهات وحلائل الابهاء .

(وأما اذازنى الاب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه) بل في الجواهر
 وعن جامع المقاصد عدم الخلاف فيه ، لكن عن المسالك في أو اخر حد السارق ان
 الاب لو زنى بجارية الابن حد .

وفيه اشكال .

مسألة - ٨ - اذا وطى أحدهما مملوكة الاخر شبهة لم يحد
ولكن عليه مهر المثل

(وفيه اشكال) اذا الحكم خلاف الاطلاقات، خصوصاً اذا كان الولد يدخل بها فانها ذات محرم للاب، فاللازم ان يكون الحكم فيه أشد ولم أجد دليلاً للمشهور الا ما عن المسالك مما ظاهره وجود النص فيه، لكن في المستمسك: لم اعثر عليه ولا على من اشار اليه سواه.

نعم، من المستبعد جداً ان أعظم الفقهاء يفتون بمثل هذه الفتيا بدون وجود نص معتبر، ولعله يكفي في كونه شبهة تدرء بسببها الحدود، فان الشبهة شاملة لشبهة الفاعل كشمولها لشبهة الفقيه، لكن ينبغي عدم الاشكال في لزوم تأديبه، لان العمل حرام، خصوصاً اذا كانت مدخولة .

(مسألة - ٨ - اذا وطى أحدهما مملوكة الاخر شبهة لم يحد) لان الحدود تدرء بالشبهات من غير ان تكون الشبهة في الموضوع، كما لو ظن انها جاريته أو في الحكم، كما اذا ظن جواز ذلك عليه، وتفصيل الكلام في الشبهة في [كتاب الحدود] .

(ولكن عليه مهر المثل) ودية البكارة ان كانت بكرأ، لما استحل من فرجها، ولما ثبت من الدية على البكارة، لكن اذا كان الوطى بسبب العقد شبهة فعليه أقل الامرين من المسمى والمثل لما سبق في بعض المسائل من ان المرأة لو دخلت على أقل من مهر مثلها لم يكن لها أزيد من ذلك، اللهم الا ان يقال: ان المهر للمولى - على القول بملك العبد - فلاحق لها في اسقاط مال للمولى من زيادة المثل على المسمى، أو يقال: انه حتى على ان العبد يملك لا يحق لها اسقاط حقها، لانه شيء،

ولو حبلت فان كان الواطى هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً وان كان
الاب لم ينعنق الا اذا كان انثى نعم يجب على الاب فكه ان كان
ذكراً .

والعبد لا يقدر على شيء .

(ولو حبلت) الامة والحال هذا (فان كان الواطى هو الابن عتق الولد قهراً)
كعاقب الفاضلين والشهيد والمحقق الثانيين، وذلك لانه لو بقى رقاً كان ملكاً لملك
الامة وهو جده والانسان لا يملك ولده، وان نزل ذكراً كان أو انثى - واليه أشار
بقوله: (مطلقاً) اذ هو في قبال قوله: (وان كان) الواطى (الاب) لجارية ابنه (لم
ينعنق) الولد من حيث النسب، وانعنتق من حيث تبعية الابن لاشرف الابوين في
باب الحرية والرقية - كما ذكره في بابيه - ولذا اشكل عليه المستمسك لاطلاقه
عدم العتق.

(الاذا كان انثى) اما انه لا ينعنق اذا كان ذكراً فلانه لو بقى رقاً كان ملكاً لملك
الامة وهو أخاه، ولا مانع من ان يملك الرجل أخاه.
وأما انه ينعنق اذا كان انثى فلان الرجل، كما لا يملك عموديه [الاباء وان
علوا والاولاد وان نزلوا] لا يملك محارمه، ومنها الاخت، وحيث لا تكون الانثى
مملوكة لملك كانت حراً قهراً، اذ لا فاصل بين الامرين.

(نعم يجب على الاب فكه ان كان ذكراً) للنصوص الدالة على ذلك، وحيث
ان البحث غير مرتبط بهذا الباب مع قلة فائدته في الحال الحاضر تر كنا تفصيل
الكلام فيه وفي أدلته .

مسألة - ٩ - لا يجوز نكاح بنت الاخ أو الاخت على العممة

والخالة الاباذنهما

(مسألة - ٩ - لا يجوز نكاح بنت الاخ أو الاخت على العممة والخالة الاباذنهما)

على المشهور شهرة عظيمة، بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه، بل في الجواهر ان عليه الاجماع مستقيماً أو متواتراً، خلافاً للاسكافي والعماني فأجازا ذلك وللمقنع الذي منع ذلك مطلقاً حتى مع الاجازة - فيما يحكى عن كلامهم - ومقتضى القاعدة مع المشهور للنصوص الكثيرة الدالة على ذلك .

كموثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لا تتزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت على العممة ولا على الخالة الاباذنهما، وتزوج العممة والخالة على ابنة الاخ، وابنة الاخت بغير اذنهما .

وخبر أبي عبيدة الحذاء قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام، يقول: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها الاباذن العممة والخالة.

وعن السكوني، عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام: ان علياً عليه السلام اتى برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده، وفرق بينهما.

أقول : الظاهر ان الجلد كان لاجل فعله الحرام، حيث كان الزواج بدون رضا الخالة، ولا حاجة الى حمله على التقية، كما فعله بعض الفقهاء، وان كان ربما يقال: انه ان علم كان حكمه الرجم لانه زنا محصن، وان كان لا يعلم، فان الحدود تدرء بالشبهات، ولم يكن حكمه الجلد فلا بد من حمله على التقية فتأمل .

وعن الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها.

وعن أبي عبيدة، عن الصادق عليه السلام، قال: لا يحل للرجل ان يجمع بين

من غير فرق بين الدوام والانقطاع

المرأة وعمتها ولايين المرأة وخالتها ولاعلى اختها من الرضاعة .

وعن مالك بن عطية، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لاتزوج المرأة على خالتها وتزوج الخالة على ابنة اختها.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: انما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها اجلالاً للعممة والخالة فاذا اذنت في ذلك فلا بأس . الى غيرها من الروايات .

فان مقتضى الجمع بين هذه الروايات الجواز مع الاذن والمنع بدونه حملاً للمطلق على المقيد .

ومنه يعلم، ان القول بالمنع مطلقاً خلاف الروايات المجوزة مع الاذن .

كما ان خبر علي بن جعفر عليهما السلام، قال: سألت أخى عليه السلام، عن رجل يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها؟ قال: لا بأس، لان الله عز وجل قال: «واحل لكم ما وراء ذلكم». الذي استدل به من قال: بالجواز مطلقاً خلاف الروايات الدالة على المنع بدون الاذن مما يوجب حمل خبر علي بن جعفر عليهما السلام، على صورة الاذن .

ثم الظاهر انه يأتي في المقام ما ذكرناه مكرراً من ان المرأة لو كانت مخالفاً مذهبها الجواز او كانت كتابية دينها الجواز لم يحتج الرجل الى الاذن ، لقاعدة التزموم بما التزموا به فرضاها الناشي عن اجازة دينها - ولو بدون الرضا - كاف . نعم ، اذا لم تأذن لم يكن للرجل الزواج ، لان الحكم معلق على الرضا الشخصي فهو حق لها فتأمل .

(من غير فرق بين الدوام والانقطاع) للاطلاق ، واحتمال الانصراف الى

ولا بين علم العمة والخالة وجهلها ويجوز العكس وان كانت العمة والخالة جاهلتين بالحال على الاقوى .

الدوام بدوى ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام : اجلالاً للعمة والخالة .
نعم، الظاهر انه لا يأتي ذلك فيما اذا كانت بعنوان ملك اليمين أو التحليل ،
لانه لا قطع بالمناط بعد ان كان اللفظ الزواج الظاهر في غيرهما فتأمل .
(ولا بين علم العمة والخالة وجهلها) للاطلاق (ويجوز العكس) بلا اشكال
ولا خلاف الا عن المقنع فاطلق المنع ، بل عن التذكرة الاجماع عليه . ويدل
عليه بعض الروايات السابقة المقدمة على دليل المقنع الذى استدل له وهو خبر
الكناني المتقدم : لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة
وخالتها ، وانما قلنا بالتقدم لانه مطلق لا بد ان يقيد بالمقيدات .
(وان كانت العمة والخالة جاهلتين بالحال على الاقوى) كما هو المشهور ، بل
لم يعرف الخلاف الا عن المسالك ، حيث قال : - فيما حكاه عنه الجواهر -
يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته والا لم يصح ، ولم يعرف له
وجه ظاهر الاتوهم فيما رواه من خبر محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام
قال : لا تزوج الخالة والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما .
وفيه : ان الرواية حسب ضبط الكتب الصحيحة [تزوج الخالة . . .]
ومنه يعلم ، الاشكال في كلام القواعد ، حيث قال : الاقرب ان للعمة والخالة
فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها ، وكأنه لما عن كشف اللثام من عدم
الفرق في الاحترام بين التقدم والتأخر ، لكن فيه انه اجتهاد في مقابل النص .

مسألة - ١٠ - الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين ولا بين اطلاع العمه والخالة على ذلك ، وعدم اطلاعهما أبدأ ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة على اشكال فى بعض هذه الصور لا يمكن دعوى انصراف الاخبار .

(مسألة - ١٠ - الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين) لاطلاق الادلة ، واحتمال الانصراف الى ما لو كانت العمه والخالة كبيرة لمكان [اذنهما] فى النص الذي لا يحصل من الصغيرة ممنوع ، اذ هو بدوي مثل احتمال ان ذلك فيما اذا امكن [اذنهما] لاما اذا لم يمكن لاغماء دائم أو سفر طويل ، أو ما أشبه .

ثم انه لا اشكال فى عدم كفاية غير المميزة ، أما المميزة غير البالغة فهل يكفى اذنها للاطلاق أم لا ؟ لان عمد الصبي خطأ ، احتمالان ، والثاني أحوط ، وان كان الاول غير بعيد ، لكن الاقرب كون الاذن حينئذ بيد الولي كما سيأتى .

(ولا بين اطلاع العمه والخالة على ذلك وعدم اطلاعهما أبدأ) للاطلاق واحتمال تقيد المنع بالاطلاع ، لان المنع لاجل عدم اذيتهما - كما يستفاد عرفاً من النصوص - وهي لا تحصل فى صورة عدم الاطلاع مردود بأن الاحتمال لا يدفع الاطلاق .

(ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة) للاطلاق ، واحتمال الانصراف الى الطويلة فلا يضر القصيرة فيه انه بدوي .

(على اشكال فى بعض هذه الصور لا يمكن دعوى انصراف الاخبار) لكن فيه ما عرفت ولذا قوى التعميم السيدان ابن العم والبروجردى . وقال فى المستمسك : الانصراف بدوى لا يعول عليه فى رفع اليد عن الاطلاق .

مسألة - ١١ - الظاهران حكم اقتران العقدين حكم سبق العمه والخاله .

مسألة - ١٢ - لافرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين .

(مسألة - ١١ - الظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمه والخاله) في احتياج صحة عقد بنت الاخ وبنت الاخت على رضاهما والاصح عقد العمه والخاله وبطل عقد البنتين، واستدل لذلك باطلاق روايتي الكناني وأبي عبيدة، بل بالتعليق في الرواية الثانية لمحمد بن مسلم، ويؤيد ذلك ما دل على صحة عقد الحرة وبطلان عقد الامه لوجعهما في عقد واحد، كما ورد في الخبر الصحيح لوحدة الملاك في المقامين، خلافاً لمن يقول بصحة عقدهما، لان الممنوع في غالب الروايات ادخال البنتين على العمه والخاله والجمع في عقد واحد ليس من الادخال والعله في الرواية الثالثة انما هي من باب الحكمة كما هو واضح.

أما الروايتان، ففي المستمسك رمى احديهما بالضعف، لكن الرواية الثانية ليست ضعيفة فيمكن الاعتماد عليها، وعليه فالاشكال في الاقتران الموجب لبطلان عقد بنت الاخ وبنت الاخ ابرضا هما هو مقتضى القاعدة.

(مسألة - ١٢ - لافرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين) لاطلاق الادلة، وقد تقدم الاشكال في قاعدة الزموم فانها لاتشمل المقام، واحتمال عدم شمول الادلة، لما اذا كانت العمه والخاله كافرة من جهة ان الحكم لاجل الاحترام، ولا احترام لهما يرد عليه :

أولاً : ان الذمية محترمة .

وثانياً : بأن الاحترام حكمة وليست بعلة .

نعم، اذا كان الكافر تزوج بكافرتين حيث دينه لا يشترط ذلك فأسلم فالظاهر

مسألة - ١٣ - لافرق فى العممة والخالة بين الدنيا منهما والعليا.
مسألة - ١٤ - فى كفاية الرضا الباطنى منهما دون اظهاره
وعدمها وكون اللازم اظهاره بالاذن قولاً أو فعلاً وجهان .

بقاء نكاح البننتين، وان لم ترضيا، لان وحدة حكم الاستدامة للابتداء لا يدل عليه
الامناط، وهو ليس بمقطوع به من غير فرق بين ان تسلماً أو تبقياً على كفرهما
أو تسلم احديهما .

(مسألة - ١٣ - لا فرق فى العممة والخالة بين الدنيا منهما والعليا .) كما
عن الشيخ فى بعض كتبه وتبعه غير واحد، لكن عن القواعد وغيره الاشكال
فيه.

استدل الاولون: بالاشترار فى العلة وصدق العممة والخالة و بنت الاخ و
بنت الاخت.

نعم، فى الجواهر احتمال الصدق، وهو غير حسن، اذ الاحتمال لا يصح
مستنداً للفتوى وانما يكون مستنداً للاحتياط .

واستدل للثاني: بالاصل بعد انصراف الدنيا منهما، وهذا القول، وان كان
أقرب، خصوصاً فيما اذا كانت عممة الجدة من الام مثلاً أو ما أشبه ذلك، الا ان
القول الاول احوط .

(مسألة - ١٤ - فى كفاية الرضا الباطنى منهما دون اظهاره) بقول أو فعل،
كما ان لو ذهبت هي وخطبتها لتكون مساعدة لها فى ادارة البيت .

(وعدمها وكون اللازم اظهاره بالاذن قولاً أو فعلاً وجهان .) الظاهر الثانى
لان فى النصوص ذكر الاذن وما فى رواية ابن جعفر من ذكر الرضا، يراد به
الرضا الذى له مظهر، فانه مقتضى الجمع العرفى، كما فى قوله تعالى: «الا ان

مسألة - ٥١ - اذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق .

تكون تجارة عن تراض منكم» ثم الاذن لا يلزم ان يكون عن رضى قلبي واقعاً فاذا اذنت ثم قالت: انى لم أكن راضياً لم يسمع كلامها ، كما فى سائر ابواب العقود والايقاعات .

نعم، لو علمنا ان الاذن اللفظي لا يطابق رضى القلب لم ينفع، اذ الظاهر من [الاذن] في النص والفتوى ما كان صادراً عن القلب.

أما اذا كان الاكراه بحيث يصح معه المعاملة، كما اذا قال لها: ان لم تأذني طلمتكَ فأجازت تفادياً عن الطلاق جاز، لانه ليس من الاكراه الراجع للحكم كما فى كل مورد يكره المكره باكراه له على الحق في هذا العمل الذي يتفاديه المكره، وتفصيل ذلك فى باب الاكراه من المكاسب ، والظاهر انه لا يسقط حقها فى اعتبار اذنها مع نشوزها ، اذ لا دليل على ان النشوز يسقط حقها وقياسه بالنفقة مع الفارق فاطلاق دليل الاحتياج الى الاذن شامل للمقام .

(مسألة - ١٥ - اذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق) اذ الرجوع يجعل الاذن معدوماً فهو نكاح بدون الاذن، ولا دليل على انه من قبيل فعل الوكيل الذى لم يبلغه عزل الموكل ، واذا قالت : انى رجعت، فهل الاصل عدمه فالنكاح صحيح أو ان كلامها صحيح، لان ذلك مما لا يعرف من قبلها؟ الظاهر الاول، خصوصاً اذا كانت بحيث يمكن الاعلام عن رجوعها ولم تفعل فتأمل.

مسألة - ١٦ - إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان .

مسألة - ١٧ - الظاهر كفاية اذنهما ، وان كان عن غرور بأن وعدھا أن يعطيھا شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا؟ نعم لو قيدت الاذن باعطاء شيء فتزوج ثم

(مسألة - ١٦ - إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان) لا ينبغي الاشكال في ذلك، لان الادلة علمت النكاح بالاذن السابق عليه ، فاطلاق دليل الصحة محكم، واذا طلق وانقضت العدة احتاج الى اذن جديد. اما اذا كانت في العدة لم يحتج، اذ المرأة في العدة بمنزلة المتزوجة، فاذا أراد الرجوع لم يحتج الى اذن جديد.

نعم في البائن يحتاج الى الاذن اذا أراد تجديد النكاح في العدة.

(مسألة - ١٧ - الظاهر كفاية اذنهما وان كان) الاذن (عن غرور) بأن غررت عن نفسها ، كما لو ظنت ان بنت الاخ والاخت تساعدھا ، أو عن غيرها من الاجنبى، كما اذا وعد أبوهما اعطائهما مالا مثلاً، أو من نفس البنيتين، كما اذا وعدتاھما المساعدة لهما في الشؤون المنزلية مثلاً، أو من الزوج.

(بأن وعدھا أن يعطيھا شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده) وذلك لان الادلة دلت على ان اذنهما كاف منهما سواء كان داعى الاذن يكون حصل ام لا .

(سواء كان) الواعد (بانياً على الوفاء حين العقد أم لا؟) اذ عدم بنائه الوفاء لا يؤثر في الاذن المطلق [غير المقيد] الحاصل منهما.

(نعم لو قيدت الاذن بأعطاء شيء) أو توفير خدمة لهما - مثل أن يتخذ

لھا داراً مرفهة أو خادمة تساعدھما - مثلاً - (فتزوج) بأن كان الاذن مقيداً (ثم

لم يعط كشف عن بطلان الاذن والعقدوان كان حين العقد بانياً على العمل به .

مسألة - ١٨ - الظاهر أن اعتبار اذنهما من باب الحكم الشرعى لأن يكون لحق منهما فلا يسقط بالاسقاط .

لم يعط) ولم يف (كشف) عدم وفائه (عن بطلان الاذن والعقد،) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده .

(وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.) اذ الشرط وهو الاعطاء والوفاء مفقود، والبناء على العمل لا يصحح القيد .

ومما تقدم ظهر الاشكال في اشكال السيد البروجردى وغيره فيما اذا كان بانياً من الاول على عدم الوفاء ولذا سكت على المتن السيدان ابن العم والجمال وقرره المستمسك .

(مسألة - ١٨ - الظاهر ان اعتبار اذنهما) ليس (من باب الحكم الشرعى) الاولى، بل هو من قبيل قوله عليه السلام : لم يعص الله وانما عصى سيده فـ (لا) حكم للشارع الاتبعاً لحق العمه والخالة وذلك بـ (أن يكون لحق منهما) لان الحق هو المنصرف عرفاً من أمثال هذه الموارد ، ولذا يقول : عرف المتشرع ان الاذن حقهما - بدون أدنى شائبة مجاز - .

وما استظهره المصنف من انه حكم لاحق (فلا يسقط بالاسقاط.) خلاف الظاهر ، وان استدل له في المستمسك بأن كونه حقاً يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، وهو خلاف الاصل، بل خلاف الدليل الموجب لاعتباره ولو بعد الاسقاط - انتهى .

ولذا اشكل على المتن ابن العم، وان وافقه البروجردى والجمال، وعلى هذا بأن يكون حقاً فالظاهر انه بيد وليهما اذا كانتا صغيرتين أو مجنونتين فللولي

مسألة - ١٩ - إذا اشترط في عقد العمة أو الخالة اذنهما في تزويج بنت الاخ أو الاخت ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصح العقد على احدى البنيتين وهل له اجبارهما في الاذن وجهان

حق الاذن اذا كان في صلاحهما كما يتصرف في سائر شؤون الصغير والمجنون.
(مسألة - ١٩ - إذا اشترط في عقد العمة أو الخالة اذنهما في تزويج بنت الاخ أو الاخت ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصح العقد على احدى البنيتين،) لاطلاق الأدلة، فهو كما اذا شرط عليه ان يزوجه امته - في عقد بيع - فعصى ولم يزوج لم يصح عقد الشارط .

(وهل له اجبارهما في الاذن وجهان) وجه الاجبار ان هذا حقه فله أخذه بالاجبار، كما يأخذ سائر الحقوق كذلك ووجه الثاني ان الشرط لا يثبت الا واجباً على المشروط، لانه يثبت حقاً عليه حتى يكون للشارط اجباره، والاول هو الاقوى .

وعليه فاذا لم يمكن اجباره بأن لم ينفع الاجبار في الاذن قام الحاكم الشرعي مقامه في الاذن، كما يقوم مقام الممتنع في كل حق عليه اذا لم يمكن اجباره، لان ذلك مقتضى ولايته على الممتنع .

ومن ذلك يظهر انه لا وجه للمقول بعدم قيام الحاكم الشرعي مقامه من جهة ان الشرط لا يفيد الا الوجوب على المشروط عليه، فاذا امتنع اجبر على أداء الواجب من باب الامر بالمعروف، فاذا لم يفعل الواجب لا يقوم الحاكم مقامه اذ لا يقوم الحاكم مقام تارك الواجب، كما اذا امتنع عن أداء الصلاة، فان الحاكم لا يصلي بدلا عنه .

نعم اذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة
الاخ أو الاخت فالظاهر الصحة وان أظهرتا الكراهة بعد هذا .
مسألة - ٢٠ - اذا تزوجهما من غير اذن ثم أجازتا صح على
الاقوى .

ثم انه لما كان الاذن حقاً كما تقدم كان له اسقاطه ضمن عقد ، كما يصح اسقاط
كل حق من هذا القبيل ، ولذا قال : (نعم اذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما
أن يكون له العقد على ابنة الاخ أو الاخت فالظاهر الصحة) ومقابل الظاهر
احتمال ان لا يصح ، لان اعتبار الاذن من باب الحكم الشرعي ، والحكم غير
قابل للاسقاط ، لكنك قد عرفت انه حق وليس بحكم .
(وان أظهرتا الكراهة بعد هذا) اذ لا قيمة لكراهتهما بعد ان اسقطتا حقهما ،
كما اذا اسقط حقه في فسخ البيع عند العقد - فيما اذا ظهر معيماً أو مغبوناً -
فان كراهته للبيع وعدم رضاه به لا أثر له ، الى غير ذلك من موارد اسقاط الحق
ضمن عقد ونحوه .

(مسألة - ٢٠ - اذا تزوجهما من غير اذن ثم أجازتا صح على الاقوى)
كما عن العلامة وغيره ، خلافاً لما عن المحقق وغيره من القول بالبطلان والاقرب
الاول لتحقق شرط الصحة الذي هو الاذن ، فيشملة دليل الصحة ، فان الاذن
لما كان حقاً صح لحوقه ، كما يصح سبقه ، كما في بيع الفضولى ونحوه ،
ويؤيده قوله عليه السلام في نكاح العبد بدون اذن مولاه انه لم يعص الله ، وانما
عصى سيده ، فاذا أجاز جاز لانه مما يدل على ان الاجازة اللاحقة كافية اذا لم
يكن عصيان الله ابتداءً ، بل كان عصياناً تبعاً لعصيان الانسان .

ومن ذلك تعرف وجه الاشكال في كلام من يقول بالبطلان مستدلاً بأن النهي

عن النكاح بدون الاذن يقتضي الفساد .

وبما رواه ابن جعفر عليهما السلام ، عن أخيه عليه السلام ، ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العممة والمخاللة الا برضا منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل . اذ يرد على الاول : انه بعد الاذن ليس نكاحاً بدون الاذن فهو من قبيل النهي

عن بيع ماليس عنده فانه انما يقتضى الفساد اذا لم يأذن المالك .

وعلى الثاني : ان المفروض لحقوق الرضا فهو مثل [تجارة عن تراض]

في صحة التجارة اذا لحقها الرضا .

ومما تقدم يظهر انه لو تزوجهما بدون رضاهما ثم ماتت العممة والمخاللة أو طلقنا سقط اعتبار رضاهما وصح العقد ، فهو مثل ما اذا باع مال أبيه ثم مات الاب ، حيث يصح البيع بموته بدون ان يتوقف على شيء آخر - كما قرئ في [كتاب المكاسب] - .

ومنه يظهر الاشكال في كلام الجواهر حيث قال : لو ماتتا قبل علمهما كان لا بد من تجديد العقد ، ثم ان المنسوب الى الشيخين وآخرين انه لو تزوجهما بدون رضاهما كان للعممة والمخاللة الخيار في فسخ عقداً نفسيهما أو فسخ عقداً البنتين واستدل لذلك بأن العقدين وقعا صحيحين ، وحيث لا يمكن الجمع بينهما الا باذن فهما مخيرتان في رفع الجمع بينهما بين رفع الاول ورفع الثاني .

وفيه اولاً : انه لا دليل على ان بيدهما فسخ عقد انفسهما ، بل هو خلاف أدلة صحة العقد ، وان الافتراق لا يكون بيد المرأة الا في موارد خاصة من العيوب والتدليس .

وثانياً : ان بيدهما عدم الاذن فيفسخ عقداً البنتين تلقائياً ، لان بيدهما فسخ عقداً البنتين ، والفرق بين الامرين واضح ، ومن الاشكال المذكور يظهر الاشكال في كلام ابن ادريس ، حيث قال : ببطلان العقد الثاني وتزلزل العقد الاول

مسألة -- ٢١ -- اذا تزوج العممة وابنة الاخ وشك في سبق عقد العممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة وكذا اذا شك في السابق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران .

فيكون للعممة والخالة فسخ عقد انفسهما .

اذيرد عليه أولاً : انه لادليل على بطلان عقد البنتين .

وثانياً : انه لادليل على تزلزل عقد العممة والخالة .

ثم ان الكلام فيما اذا منعنا عن العقد على البنتين قبل عقدهما ، وأظهرنا عدم رضائهما بعد عقدهما هو الكلام الذي ذكره في باب بيع الفضولي ، وانه لا يصح الاذن في انعقاد العقد بعد النهي وعدم الرضا .

نعم ، اذا منعنا وقبل العقد رضيتناصح العقد بلا اشكال ، كما انه اذا رضيتنا وقبل العقد منعنا لم يصح - كما تقدم - .

(مسألة - ٢١ - اذا تزوج العممة وابنة الاخ وشك في سبق عقد العممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة) وكذا بالنسبة الى الخالة وابنة الاخت ، وذلك لاصالة الصحة التجارية في كل عقد شك بعد ان عقده في صحته وفساده .

(وكذا اذا شك في السابق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران) أما بناءً على الصحة فالعقد صحيح على كل حال - كما هو واضح - ولا فرق بين ان يكون الشك طارئاً بأن علم أو لابسبق واللحوق ثم نسي أو سارياً بأن لم يعلم من الاول ، ومن صور الشك الابتدائي ما اذا وكل اثنين في عقدهما فعقدوا ولم يعلم سبق أيهما مع علمه بسبق احدهما ، أو لم يعلم السابق والاقتران أصلاً .

مسألة -- ٢٢ -- إذا ادعت العممة أو الخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منهما قدم قولهما وإذا كانت الدعوى بين العممة وابنة الاخ مثلاً في الاذن وعدمه فكذلك قدم قول العممة .

(مسألة - ٢٢ - إذا ادعت العممة أو الخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منهما قدم قولهما) بالنسبة الى الدعوى لاصالة عدم الاذن الموافق لقولهما، ولا مجال لاصل الصحة في ابطال حق الغير في مورد الدعاوى المتعلقة بحق انسان له الاذن، كما اذا ادعى زيد انه بتوكيل عمر وله أجرى العقد، وانكسر عمر وان يكون وكله لم يجز أصل الصحة في العقد الذي أجراه مدعى الوكالة.

وكذا اذا ادعى المدعى ان الولي اذن له في عقد المولى عليه فأنكر الولي ذلك، فان اطلاق أصل الصحة منصرف عن المقام. ولذا قال المستمسك: ان دليل اصل الصحة من السيرة والاجماع غير ثابت في مثل المقام مما كان المدعى لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط ففرق بين ان تكون دعوى عدم الاذن صادرة ممن تقوم به الاذن، وان تكون صادرة من غيره - انتهى .

(وإذا كانت الدعوى بين العممة وابنة الاخ مثلاً في الاذن وعدمه فكذلك قدم قول العممة) وتتحقق صورة الدعوى فيما اذا كان ارث الزوج بيد العممة وأرادت منع ابنة الاخ عن نصيب الزوجة وادعت هي انها زوجة، وان العممة اذنت عند العقد الى غيرها من صور التنازع بينهما مما يسمعها الحاكم .

نعم، اذا علمت ابنة الاخ انها اذنت، وان انكارها عن عمد أو نسيان أو ما أشبه فلها ان تأخذ حصتها من الارث، كما ان الزوج [في الفرع السابق] اذا علم بالاذن، وان له الحق لم يؤثر كون الحكم في جانبها من ترتيب آثار الزوجية وجوباً كالوطى كل أربعة أشهر مرة، أو جوازاً كالنظر اليها، أو حرمة كحرمة اختها -

مسألة - ٢٣ - اذا تزوج ابنة الاخ أو الاخت وشك في أنه هل كان عن اذن من العمّة أو الخالة أو لا حمل فعله على الصحيح .

مسألة - ٢٤ - اذا حصل بنتية الاخ أو الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل وكذا اذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه .

الى غير ذلك - بالنسبة الى ابنة الاخ .

(مسألة - ٢٣ - اذا تزوج ابنة الاخ أو الاخت وشك) بعد العقد (في أنه هل كان عن اذن من العمّة أو الخالة أو لا حمل فعله على الصحيح) لما ذكرناه في [كتاب التقليد] من حمل الانسان فعل نفسه على الصحيح بالنسبة الى الاعمال السابقة .

وكذا اذا شكّت ابنة الاخ والاخت في ان تزويجه لهما، هل كان عن اذن أم لا؟ حيث تحمّلان فعل الزوج على الصحيح، وكذا فيما اذا شك انسان آخر .

(مسألة - ٢٤ - اذا حصل بنتية الاخ أو الاخت بعد التزويج بالرضاع) كما اذا تزوجها وهي صغيرة فشربت اللبن من زوجة اخ المرأة - مثلاً - (لم يبطل) النكاح، لان الادلة دلت على عدم نكاح بنت الاخ فيما كانت بنت الاخ سابقة على النكاح لاما اذا كانت لاحقة عليه ، الا ان يقال : بحرمة مطلق الجمع ، وذلك ما عرفت سابقاً فساده .

(و كذا اذا جمع بينهما في حال الكفر) في حال صحة ذلك عنده في دينه - ليشمله لكل قوم نكاح - (ثم أسلم على وجه) وجيه ، لان حال الكفر صح النكاح ، وبعد ان اسلم لا يكون النكاح ابتدائياً حتى يحتاج الى اذن العمّة، وقد عرفت ان

مسألة -- ٢٥ -- إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه .
 مسألة -- ٢٦ -- إذا طلق أحديهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت لان طلاق الخلع بائن وان رجعت في البذل لم يبطل العقد

ظاهر الأدلة هو الاحتياج إلى الإذن فيما إذا أريد استئناف النكاح .
 ومما ذكرناه يعلم الأشكال في أشكال المستمسك في كلا فرعي المصنف،
 ولذا سكت السادة ابن العم والبروجردى والجمال على الفرع الأول وقوى
 ابن العم الفرع الثاني .

(مسألة - ٢٥ - إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين) لان المطلقة رجعياً زوجة فحكمها في حال الرجعة حكم الزوجة .
 (ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه) وكذا إذا كان الفراق بالفسخ أو بانقضاء
 مدة المتعة .

ثم لا يخفى أنه إذا كانت المرأة عمة، وخالة نسباً، أو رضاعاً، أو باختلاف
 احتاج الأمر إلى رضاها من كلتا الجهتين ، فلو قالت : اني آذنة من حيث كوني
 عمة ، لامن حيث كوني خالة لم ينفع .

(مسألة - ٢٦ - إذا طلق أحديهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت
 لان طلاق الخلع بائن) فليست العمة والخالة زوجة له- وان كانتا في عدة البائن
 له - فلا مانع من تزويجه بالبنتين ، لانه يشملهما اطلاق أدلة الزواج .

(وان رجعت في البذل) حتى أصبح طلاق الخلع رجعياً، فهل ينقلب عقد
 البنتين متوقفاً على اجازة العمة والخالة، لانه رجوع الى الزوجية السابقة فكان
 نكاح البنتين وقع في حال زوجية العمة والخالة، فاذا لم تأذنا بطل عقد البنتين
 أو (لم يبطل العقد) وان لم تأذنا لانه حال عقدهما لم تكن العمة والخالة زوجة

مسألة - ٢٧ - هل يجرى الحكم في المملوكتين والمختلفتين

وجهان

له، وحين رجوعهما في البذل كان من قبيل دخول العمة والخالة على البنتين، احتمالان الظاهر الثاني، وان كان الاول أقرب الى الاحتياط، ولا فرق في عدم بطلان عقد البنتين برجوعهما عن البذل بين جهل الراجعة بأنه قد تزوج البنتين أم لا ؟ .

ثم ان الزوجة لو لم تكن عمة شرعاً فصارت عمة بعد ان تزوج بنت الاخ كما اذا تبناها جد البنت مثلاً تزوج محمد بفاطمة، ثم تزوج بصديقة حفيدة صالح، ثم ادعى صالح ان فاطمة بنته وهي قبلت الدعوى مما ترتب عليه آثار البنتية، أو شهد شاهدان بذلك - وان كان صالح ميتاً، فهل يكون زواج الحفيدة السابق - على الحكم الشرعي متوقفاً على اذن فاطمة؟ احتمالان من انه حين الزواج لم يكن مانع، ومن ان الادعاء والشهادة أثبتت سبق العمية - على الكشف - والاول أقرب، وان كان الثاني أحوط .

ومنه يعرف حكم العكس بأن كانت الزوجة عمة شرعاً فتزوج بنت الاخ ثم حكم شرعاً بأنها ليست عمة، كما اذا شهد شاهدان بأنها ليست بنتاً لجد الحفيدة وقد كانت العمة ردت زواج زواجها من بنت الاخ - وكان الرد قبل ثبوت انها ليست عمة شرعاً - .

(مسألة - ٢٧ - هل يجرى الحكم في المملوكتين) بأن كانت العمة و بنت الاخ - مثلاً - مملوكتين لرجل بأن يتوقف وطي بنت الاخ على اجازة العمة .

(والمختلفتين) بأن كانت احديهما زوجة والاخرى مملوكة يريد وطئها بالملك (وجهان) من اطلاق خبر الكناني ونحوه اذا حمل على الوطي وللنمات

أقواهما العدم .

مسألة -- ٢٨ -- الزنا الطارى على التزويج لا يوجب الحرمة اذا

كان بعد الوطى

ومن ان الظاهر العقد لا الوطى، ولان العممة المملوكة لا تملك حق نفسها فكيف تملك
ابطال عقد مولاها و لذا كان (أقواهما العدم) بل في الجواهر انه التحقيق ، وانه
ظاهر النصوص والفتاوى ، وسكت على المتن السادة ابن العم والبروجردى
والجمال وأيده المستمسك فتأمل .

(مسألة - ٢٨ - الزنا الطارى على التزويج لا يوجب الحرمة اذا كان بعد

الوطى) بلا اشكال ولا خلاف، بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه، بل المحكى
منهما مستفيض أو متواتر ويدل عليه متواتر الروايات .

ففي صحيح ابن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، انه سأل عن الرجل
يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها؟ قال عليه السلام : لا، ولكن ان كانت عنده امرأة
ثم فجر بامها، أو اختها لم تحرم عليه امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال .

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل تزوج جارية فدخل
بها ثم ابتلى بها ففجر بامها أتحرم عليه امرأته؟ فقال عليه السلام: لانه لا يحرم
الحلال الحرام .

وصحيح زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، انه قال: في رجل زنا بأم امرأته
أو ببنتها أو بأختها؟ فقال عليه السلام: لا يحرم ذلك عليه امرأته، ثم قال: ما حرم
حرام حلالا قط .

وفي خبره الاخر، قال سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل زنى بأم امرأته
أو باختها؟ فقال: لا يحرم ذلك امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال ولا يحرمه .

بل قبله أيضاً على الاقوى

وصحيح محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، انه سأل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: لا ولكن ان كان عنده امرأة ثم فجر بابنتها أو اختها لم تحرم عليه التي عنده . الى غيرها من الروايات .
 (بل قبله) أي قبل الوطي بعد العقد (أيضاً على الاقوى) بل المشهور شهرة عظيمة، بل لم ينقل الخلاف الا عن أبي علي، ونسب الى ظاهر الاستبصار، و مال اليه الحدائق، ونقله عن بعض مشايخه ، كذا في المستمسك .
 أما وجه المشهور فهو اطلاقات الاخبار المتقدمة بالاضافة الى قوّة التعليل في عدم تحريم الحرام الحلال .

وأما وجه القول بالحرمة فهو خبر الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال: اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها أبداً، وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها، فقد بطل تزويجه، وان هو تزوج ابنتها، ودخل بها ثم فجر بأما بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح بنتها اذا هو دخل بها هو قوله عليه السلام: لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا .

وفيه: ان هذه الرواية الواحدة، وان كانت موثقة لاتقاوم الروايات الكثيرة المطلقة المعللة مما يجب حملها على ضرب من الكراهة، خصوصاً وقد ادعى في محكي الرياض ان هذا الخبر ضعيف لشذوذه، وقد ادعى جماعة من الاصحاب الاجماع على خلافه .

أقول: ولعله محمول على التقية بالمعنى الذي ذكره لها في الحدائق .

ثم الظاهر انه على الكراهة فهي خاصة بمورد النص من الزنا بالام بعد تزويج البنت وعدم الدخول بها لا العكس من الزنا بالبنت بعد تزويج الام و عدم الدخول بها .

فلو تزوج امرأة ثم زنا بامها أو ابنتها لم تحرم عليه امرأته وكذا لو
زنا الاب بامرأة الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنا الابن بامرأة
الاب لا تحرم على أبيه

(فلو تزوج امرأة ثم زنا بامها أو ابنتها لم تحرم عليه امرأته، سواء دخل
بها أم لا؟ أما إذا دخل باحديهما قبل تمام العقد بأن دخل بين الايجاب والقبول
فهو يعد من الدخول قبل التزويج لانه لا يتم الا بتمام الايجاب والقبول .
ثم انه لو قلنا بأن الزنا بالام قبل تزويج البنت محرم، فلو تزوج بالبنت ثم
زنى بالام ثم طلق البنت، أو انفصل عنها بسبب آخر جاز له تزويجها مرة ثانية
ولا يعد تزويجه للبنت ثانياً من الزواج بالبنت بعد الزنا بالام، لانه منصرف عن
مثله، وقد كانت حلالاً له قبل طلاقها .

(وكذا لو زنا الاب بامرأة الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنا الابن بامرأة
الاب لا تحرم على أبيه،) كما يدل عليه بالاضافة الى الاصل ومتواتر التعليقات
المتقدمة بعض الروايات :

مثل خبر زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، ان زنى رجل بامرأة أبيه او
بجارية أبيه، فان ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجارية على سيدها انما
يحرم ذلك منه اذا كان أتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية ابداً لابيه
ولالابنه.

ورواه الصدوق، عن ابن بكير، الا انه قال: بامرأة ابنه او بامرأة أبيه، او
بجارية ابنه، وبجارية أبيه.

وخبر مرزوم، سمعت ابا عبد الله عليه السلام، وسأل عن امرأة امرت ابنها
ان يقع على جارية لابيه فوقع؟ فقال عليه السلام: ائمت واثم ابنها، وقد سألتني

وكذا الحال فى اللواط الطارى على التزويج فلو تزوج امرأة ولاط
 بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته الا أن الاحتياط فيه لا يترك
 وأما اذا كان الزنا سابقاً على التزويج فان كان بالعمة أو المخالفة يوجب
 حرمة بنتيهما

بعض هؤلاء عن هذه المسألة، فقلت له: امسكها ان الحلال لا يفسده الحرام .
 ومنه يعرف، ان شرط الوطي انما هو محمول على ما لا ينافي الادلة المتقدمة
 كرواية عمار ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، في الرجل تكون عنده الجارية
 فيقع عليها ابن ابنه قبل ان يطأها الجد، او الرجل يزنى بالمرأة، هل يجوز
 لابيه ان يتزوجها؟ قال عليه السلام : لا، انما ذلك اذا تزوجها فوطئها ثم زنى
 بها ابنه لم يضره، لان الحرام لا يفسد الحلال، وكذلك الجارية.

(وكذا الحال فى اللواط الطارى على التزويج فلو تزوج امرأة ولاط)
 بعد الزواج (بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته،) فان الحرام لا يفسد
 الحلال سواء دخل بالزوجة أم لم يدخل (الا أن الاحتياط فيه لا يترك،) كما
 تقدم الكلام فيه في المسألة الاحدى والعشرين من الفصل السابق .

(و أما اذا كان الزنا سابقاً على التزويج فان كان بالعمة أو المخالفة يوجب
 حرمة بنتيهما،) كما هو المشهور شهرة عظيمة، بل عن الانتصار والتذكرة الاجماع
 عليه، خلافاً للمحكى عن الحلبي والمختلف فتوقفا في المسألة .

ويدل على التحريم صحيح محمد بن مسلم قال : سأل رجل أبا عبد الله
 عليه السلام، وانا جالس عن رجل نسال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج
 ابنتها؟ قال عليه السلام: لا، قلت: انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون شيء
 فقال عليه السلام: لا يصدق ولاكرامة .

وموثق ابى أيوب ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سأله محمد بن مسلم وانا جاس عن رجل نال من خالته وهو شاب ، ثم ارتدع أبتزوج ابنتها؟ قال : لا، قال : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون ذلك؟ قال عليه السلام : كذب .

أقول : هذا بالنسبة الى الخالة، أما بالنسبة الى العمّة فيدل عليه الاجماع ، ومرسل الحلبي روي ان من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما ، ولعل الحلبي أراد بالرواية ما في الرضوي عليه السلام قال : فان زنى رجل بعمته أو خالته حرمت عليه ابنتاهما ان يتزوجهما .

وقد اشكل المسالك في الحكم المذكور بضعف السند وعدم التصريح فيه بالوطي، بل بعدمه الذي لا يليق بمنصب الامامة تكذيبه فيه، وانه في الخالة خاصة، وحينئذ فينتج ادراج حكم الزنا بهما في حكم غيرهما، لان الزنا بهما ينشر الحرمة، وان لم نقل بنشر الحرمة في الزنا بغيرهما .

أقول : الاشكال في السند غير وارد، وتكذيب الامام لعله كان بسبب علمه عليه السلام ، فانه وان كان مضعفاً في الجملة، الا انه لا يسقط الخبر عن الحجية ، خصوصاً والظاهر من صحيح الكناسي انه كان كما قال الامام عليه السلام : [في مورد آخر] قال : ان رجلا من أصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها ويقبلها من غير ان يكون افضى اليها؟ قال : فسألت أبا عبد الله عليه السلام فقال لي : كذب مره فليفارقها، قال : فاخبرت الرجل فوالله ما رفع ذلك عن نفسه وخلي سبيلها .

نعم، في العمّة لادليل الا المرسل والرضوي، وكلاهما غير حجة، خصوصاً والحلبي لم يعتمد على ما رواه لانه قال : فان كان على المسألة اجماع فهو الدليل عليها .

أما ما ربما يقال: من ان روايات الباب لاتقاوم قوله سبحانه: «واحل لكم ما وراء ذلكم» .

ومتواتر الروايات الدالة على ان الحرام لا يحرم الحلال خصوصاً مثل ما رواه زرارة من قول الباقر عليه السلام : ما حرم حرام حلالاً قط .

ولاحتمال التقيية في روايات التحريم، لانه مذهب بعض العامة .

فيرد على الاولين: ان الخاص مقدم على العام .

وعلى الثالث: ان أكثرية العامة على التحليل، ولذا لا ينبغي التأمل في الحكم - كما ذكره الجواهر- وأيده المستمسك وغيره ، وان كان الحكم في الخالة أقوى من الحكم في العمه .

نعم، ذلك خاص بالزنا قبل التزويج بينهما .

أما بعد التزويج فلا اشكال في ذلك، وهل وطئ الشبهة حكمه حكم الزنا؟ الظاهر لا، للاصل وقاعدة لا يحرم الحرام الحلال، وسحب مناط الزنا الى المقام غير مقطوع به ، وفي انسحاب الحكم الى عمه الاب والام وخالتهما فما علا احتمالان من الاطلاق ، ومن الانصراف الى الدنيا والثاني : أقرب ، خصوصاً بعد قاعدة لا يحرم الحرام، وان كان الاول أحوط ، وكذا في انسحاب الحكم الى احفادهما كبنت بنت العمه أو بنت ابنها .

أما العمه و الخالة من الرضاع ، وكذا أولادهما من الرضاع ، فلا يبعد انسحاب الحكم من جهة ان الرضاع لحمه كلحمه النسب .

وأما اذا كان الفاعل صغيراً أو مضطراً ملجئاً ، أو كانت هي الداخلة منه فيها في نوم أو نحوه، أو كان الفاعل مجنوناً. فالظاهر عدم انسحاب الحكم لما تقدم في مسألة اللواط المحرم للام والاخت والبنت .

نعم ، لافرق بين ان تكون العمه والخالة صغيرتين أو كبيرتين للاطلاق

وان كان بغيرهما ففيه خلاف

كما لافرق بين وطيهما في القبل أو الدبر، لكن الظاهر لزوم ان يكون بمقدار الحشفة ، وقد تقدم الكلام في ذلك ، ولا يشترط الانزال للاطلاق .

أما غير الادخال من سائر أقسام الاستمتاع فليس محرماً للاصل، وإذا دخل بهما في حال كفرهما جاز التزويج بينهما بعد الاسلام، لان الاسلام يجب ما قبله كما انه لا يبعد شمول الزموم اذا كانت هي لا ترى التحريم، سواء كانت كافرة أو مخالفة، ولو شك في الدخول فالاصل عدم، ولو ادعت هي الدخول وانكر جاز له تزويجه بهما، ولو علم بادخاله في الخالة أو العمة، فان كانت كلتا بنتيهما محلا للابتلاء لم يجز، والابأن لم تكن لاحديهما بنت، أو لم تكن محلا للابتلاء جاز لقاعدتي العلم الاجمالي والشبهة غير المتبلى بها ، ولا فرق في بنتيهما المخلوقة حلالاً أو شبهة، لان حكم الشبهة حكم الحلال .

أما اذا كانت مخلوقة زنا، ففيه احتمالان من انها ليست بنتاً شرعاً، ومن ان بنائهم في باب النكاح والمحرمة وما أشبه انها بنت، وانما الخارج قضايا الارث ونحوها، والثاني اقرب ، كما سيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى .

ولا فرق في تحريم بنتيهما بين علمهما بالحرمه أو جهلهما أو بالاختلاف للاطلاق (وان كان) الزنا السابق على التزويج (بغيرهما ففيه خلاف) فالمحكى عن الأكثر، بل المشهور الحرمة، وفي الجواهر، وفاقلاً أكثر نقلاً مستفيضاً ومحصولاً خلافاً للآخرين حيث ذهبوا الى العلية وهو الذي حكاه الجواهر عن الفقيه والمقنع والمقنعة والمسائل الناصرية والمراسم والسرائر والنافع والارشاد وكشف الرموز، بل عن التبيان أيضاً، وعن ابن ادريس والرياض شهرة القول بالحل،

وعن المرتضى دعوى الاجماع عليه ، كما ان القول بالتحريم مشهور عند المخالفين فعن التذكرة نسبة الى عمران بن الحصين وعطا وطاووس ومجاهد والنخعي والثوري واحمد واسحاق واصحاب الرأي .

وكيف كان ، فالاقرب الحل ، لانه طريق الجمع بين طائفتي الروايات الواردة في المقام بعد تأييد روايات الحل بقوله سبحانه : « واحل لكم ما وراء ذلكم » وبالروايات المتواترة من ان الحرام لا يفسد الحلال .

ففي صحيح سعيد بن يسار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل فجر بامرأة يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام : نعم ياسعيدان الحرام لا يفسد الحلال .

وصحيح هشام بن المثنى ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه سأل عن الرجل يأتي المرأة حراماً يتزوجها؟ قال نعم ، وامها وبنتها .

وصحيحته الاخرى ، قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ، فقال له رجل : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها قال : نعم ، ان الحرام لا يفسد الحلال .

وموثق حنان بن سدير ، قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام اذ سأل سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً هل تحل له ابنتها؟ قال : نعم ان الحرام لا يحرم الحلال .

وصحيح صفوان قال : سأله المرزبان ، عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ، ثم اشترى ابنتها اتحل له ذلك ؟ قال عليه السلام : لا يحرم الحرام الحلال ، ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها ؟ قال عليه السلام : لا يحرم الحرام الحلال .

ورواية زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : رجل فجر بامرأة هل يجوز له ان يتزوج بابنتها؟ قال عليه السلام : ما حرم حرام حلالاً قط . الى غيرهما من الروايات التي تكررت جملة منها باسناد آخر في المستدرک أيضاً ، وصحة سند

جملة من هذه الروايات وصراحتها وعمل غير واحد من الفقهاء بها قديماً وحديثاً
أوجب صرف الروايات الدالة على التحريم عن ظاهرها وهى التى استدلت بها
القاتل بالتحريم .

كصحيح محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، انه سأل عن الرجل
يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام : لا، ولكن ان كانت عنده امرأة
ثم فجر بامها ، أو اختها لم تحرم عليه امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال.

وصحيح العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل
باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها فقال عليه السلام: ان لم
يكن افضى الى الام فلا بأس وان كان افضى اليها فلا يتزوج ابنتها.

وصحيح منصور بن حازم، عن أبى عبد الله عليه السلام، عن رجل كان بينه
وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها؟ فقال: ان كان من قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها
وليتزوجها هى ان شاء .

وعن الكافى روايته هكذا : فليتزوج ابنتها ان شاء ، وان كان جماعاً
فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها . الى غيرها من الروايات التى تكررت جملة منها
فى المستدرک .

وقد أجاب المحرمون عن روايات الحل بحملها تارة على التقيّة واخرى بان
المراد بها دون الجماع .

وثالثة : بترجيح روايات التحريم عليها بالشهرة .

ورابعة : بأن المراد بقاعدة لا يحرم الحرام الحلال ما كان تزويج البنت
سابقاً ببيان ان المراد بالحلال الحلال الفعلى لا الحلال الشأنى .

وخامسة : بأن روايات التحريم الاكثر عدداً .

وسادسة: بأن نصوص التحريم أوضح طريقتاً، وفى الكل ما لا يخفى ، اذ قد

والاحوط التحريم بل لعله لا يخار عن قوة

عرفت ان كلا القولين مشهوران عند العامة و ارادة دون الجماع خلاف صريحها
والشهرة موجودة في كلا القولين و ارادة الحلية الفعلية خلاف صريح روايات
التحليل والاكثر عدداً لو سلم صغراه لم يكن من المرجحات ولم يعلم وجه كون
روايات التحريم أوضح طريقاً ، فالقول بالحلية هو الاقرب ، ولذا قال في
المستمسك: ان الاخذ بنصوص التحليل متعين .

(و) ان كان (الاحوط التحريم) ، اما قول المصنف: (بل لعله لا يخلو عن
قوة) ، ففيه ما لا يخفى ، ولذا قال السيد البروجردى : القوة محل تأمل ، بل
منع .

بقي أمران :

الاول : ان ام المزنى بها حالها حال البنت ، فاذا قلنا بالحرمة في البنت
حرمت في الام ، واذا قلنا بالحلية في البنت حلت في الام ، وذلك للفهم من
الاخبار ان الزنا كالوطي الصحيح أم لا؟ فان كان الاول فالتحريم فيهما ، وان كان
الثاني فالحلية فيهما.

الثاني: هل تحرم المزنى بها على أب الزانى وابنه؟ فيه الاحتمالان السابقان
وان كان الاظهر الحلية ، لقوله تعالى : «واحل لكم ما وراء ذلكم» ولمتواتر
النصوص: لا يفسد الحرام الحلال بعد شموله للحلال شأناً كما يظهر من الروايات
السابقة، ولذا تحمل ما دل على النهي على الكراهة.

كصحيح أبي بصير سألته عن الرجل يفجر بالمرأة أتحل لابنه أو يفجر
بها الابن أتحل لابيّه؟ قال: ان كان الاب والابن مسها لم تحل له.

وخبر ابن جعفر، عن أخيه عليهم السلام، قال: سألته عن رجل زنى بأمرأة

وكذا الكلام فى الوطىء بالشبهة، فانه ان كان طارئاً لا يوجب الحرمة

هل تحل لابنه ان يتزوجها؟ قال: لا .

ويؤيد الحلبة ما رواه الوسائل، من صحيح الهاشم بن المثنى ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان الحرام لا يفسد الحلال.

وعن حنان بن سدير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الحرام لا يفسد الحلال - فانه ذكر هاتين الروايتين في هذا الباب ، ثم قال : حملهما الشيخ علي تأخر الزنا عن التزويج - انتهى فان ظاهره انهما مطلقة .

وقد وردت فى هذا الباب والالم يكن وجهه للحمل، بل كان اللازم ان يقول يخصص بصحيفة أبي بصير وغيرها، ويؤيده أيضاً حصر الصدوق فى المقنع الحرمة، فيما اذا كان حلالاً مما يدل ان الحرام لا يوجب الحرمة ، بضميمة ان المقنع متون الروايات قال: فان زنى رجل بامرأة ابيه أو امرأة ابنه ، أو بجارية ابيه، أو ابنه فان ذلك لا يحرمها على زوجها ولا تحرم الجارية على سيدها وانما يحرم ذلك اذا كان منه حلالاً ، فاذا كان حلالاً فلا تحل تلك الجارية أبداً لابنه والحلبة هو ظاهر المستمسك حيث انه قال: بتحريمها على الاب والابن على القول بالحرمة فى بنت المزني بها وامها، قال: لان الزنا على هذا القول بمنزلة الدخول بالعقد الصحيح فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين، وقد تقدم منه «ره» اختيار الحلبة فى مسألة بنت المزني بها وامها والله سبحانه العالم.

(وكذا الكلام فى الوطىء بالشبهة ، فانه ان كان طارئاً على النكاح (لا يوجب الحرمة،) فان كانت البنت فى حبالته ثم وطىء امها شبهة لم تحرم للاصل وقوله سبحانه: «واحل لكم ما وراء ذلكم» وقولهم عليهم السلام: لا يحرم الحرام الحلال، اذا اريد منه الحرام الذاتى.

وان كان سابقاً على التزويج أوجبها .

(و ان كان سابقاً على التزويج) فالمشهور انه (اوجبها .) والمحكى عن ابن ادريس والشرائع والنافع عدم النشر وتردد جمع منهم العلامة فى القواعد والثاني اقرب للاصل والاية والرواية، استدلل للحرمة - بما فى الجواهر بعدان قوى الحرمة - بالاجماع المحكى عن التذكرة المعتضد بنفى الخلاف فى محكى المبسوط وبالشهرة العظيمة نقلا وتحصيلا، بل عن ابن المنذر نسبه الى علماء الامصار وعد منهم أصحاب النص وهم الامامية فالعمدة فى تأييده ذلك - انتهى .

وبالاية الكريمة «ولا تنكحوا ما نكح آبائكم» بناءً على ان النكاح اعم من الوطى، وبقولهم عليهم السلام: لا يحرم الحرام الحلال. فان مفهومه ان الحلال يحرم الحلال والوطى بالشبهة حلال، وفى الكل ما لا يخفى، اذ كيف يتحقق الاجماع مع مخالفة من عرفت.

قال فى المستمسك: فان خلاف مثل الحلبي والمحقق وتوقف العلامة فى القواعد مانع من صحة الاعتماد على الاجماع.

أما الاية فلا شك فى ان وطفىء الشبهة خارج من دلالتها، والحديث ظاهر فى الحرام الواقعي والوطىء شبهة محرم معذور فيه، ولذا كان تارك الواجب وفاعل المحرم - جاهلا جهلا عذراً - لفعله القبيح وان لم يكن هناك قبيح فاعلي ولذا منع السيد البروجردى ما ذكره الماتن من القوة فى الحرمة، ثم انه حيث لم تتحقق الحرمة فى وطفىء الشبهة لم تتحقق فى مثل وطفىء المجنون والطفل والنائم والسكران وشارب المرقد وان لم يصطلح على ذلك بوطفىء الشبهة، و واطي الشبهة ان علم فى الاثناء فاخرج فوراً لم يكن خارجاً عن وطفىء الشبهة.

مسألة - ٢٩ - اذا زنى بمملوكة أبيه فان كان قبل أن يطأها
الاب حرمت على الاب وان كان بعد وطئه لها لم تحرم وكذا الكلام
اذا زنى الاب بمملوكة ابنه .

أما ان ابقى كان من الزنا، ولم يدخل في مسألة وطى الشبهة، فان النتيجة
تابعة لانحس المقدمتين ، ومثله مالو انعكس، كما اذا زنى وغفل في الاثناء
فقطع بانه وطى لزوجته مثلا، ومثل وطى الشبهة في عدم التحريم ما لو اكره
أوجبر أو اضطر الى الزنا، لانه لا يحرم الحرام الحلال، ولقوله سبحانه: «واحل لكم
ما وراء ذلكم» وتتحقق الشبهة بالجهل بالحكم أو الموضوع.

(مسألة - ٢٩ - اذا زنى بمملوكة أبيه فان كان قبل ان يطأها الاب حرمت على
الاب،) كما عن الشيخ وابن الجنيد وابن البراج ، وعن القواعد انه قال في
التحريم : نظرو الاقرب عدم الحرمة لقوله سبحانه: «واحل لكم ما وراء ذلكم»
وقولهم عليهم السلام: لا يحرم الحرام الحلال.

ولما تقدم من خبر زرارة، قال أبو جعفر عليه السلام: اذا زنى رجل بامرأة
أبيه أو بجارية أبيه ، فان ذلك لا يحرمها على زوجها ، ولا يحرم الجارية على
سيدها، انما يحرم ذلك منه اذا أتى الجارية وهي له حلال فلا تحل تلك الجارية
لابنه ولا لابيه.

والكلام فى المسألة طويل نكتفى منه بهذا القدر.

(وان كان بعد وطئه لها لم تحرم) كما عن الاكثر، ويدل عليه ماتقدم من الاية
والرواية، وقيل يحرم لعموم قوله تعالى: «ولانكحوا ما نكح آباؤكم» وقد تقدم
ان ظاهره النكاح لا الوطى .

(وكذا الكلام اذا زنى الاب بمملوكة ابنه) فهى لا تحرم قبل الدخول كان

مسألة - ٣٠ - لافرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر.
 مسألة - ٣١ - اذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم
 واذا شك في كونه سابقاً أو لاحقاً بنى على كونه لاحقاً .

أو بعد الدخول للدلالة المتقدمة مع وجود الاختلاف بين الاصحاب هنا، لان المسألتين عندهم من باب واحد، ولم يظهر لهم تام دليل بالنسبة الى المنع الذي ذكره جملة منهم في الاولى أو الثانية.

(مسألة - ٣٠ - لافرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر) والحكم لاشكال فيه على الظاهر كما في المستمسك، وذلك لصدق الزنا في كليهما - على القول بالتحريم - ولاصالة عدم الحرمة على القول بعدم التحريم لما تقدم من دليhle.
 (مسألة - ٣١ - اذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم) للاصل سواء كان من جهة الشك في الدخول وعدمه أو شك في ان المزني بها كانت هذه أو غيرها مع عدم وجود علم اجمالى يقتضى الاجتناب عن كلا الطرفين .

(واذا) علم بالزنا و (شك في كونه سابقاً أو لاحقاً بنى على كونه لاحقاً) فلا حرمة، ثم ان المراد بكونه لاحقاً اجراء اصالة الصحة في العقد التي معها الامجال لتقسيم المسألة الى ما يعلم تاريخ العقد، ويجهل تاريخ الزنا وبالعكس، وما يجهل تاريخهما كما فعله المستمسك، واشكل لاجله في صورتى الشك في تاريخ العقد والعلم بتاريخ الزنا لاصالة عدم العقد الى حين الزنا المثبتة لكون الزنا محرماً والشك في تاريخهما معاً الموجب لسقوط الاصلين فتكون الشبهة موضوعية والمرجع فيها الى اصالة عدم ترتب الاثر على العقد فيحكم ببطلانه، ولذا الذي ذكرناه من الصحة مطلقاً سكت على المتن السادة ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم .

مسألة - ٣٢ - اذا علم أنه زنى بأحدى الامرأتين ، ولم يدر أيتها هي؟ وجب عليه الاحتياط اذا كان لكل منهما ام أو بنت وأما اذا لم يكن لاحديهما ام ولا بنت فالظاهر جواز نكاح الام أو البنت من الاخرى .

مسألة - ٣٣ - لافرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو اجبارياً أو اضطرارياً

(مسألة - ٣٢ - اذا علم أنه زنى بأحدى الامرأتين ، ولم يدر أيتها هي؟ وجب عليه الاحتياط اذا كان لكل منهما ام أو بنت) لانه مقتضى العلم الاجمالي، ولكن ينبغي اشتراط ان تكون كلتاهما محلا للابتلاء ، والالم يكن العلم منجزاً كما ذكره في الاصول .

(وأما اذا لم يكن لاحديهما ام ولا بنت فالظاهر جواز نكاح الام أو البنت من الاخرى) لانه حيث يخرج بعض الاطراف عن محل الابتلاء يكون الباقي بحكم الشبهة البدوية فيجرى فيه أصل الحل ، ومثل عدم الام والبنت لاحديهما عدم ابتلائه بهما لكفر أو زواج أو ما أشبهه مما يعلم استمراره ، واذا كان اطراف العلم الاجمالي ثلاثة احديهما ليست محلا للابتلاء لم ينفع في انحلال العلم كما هو واضح، ومثل ما تقدم في تنجيز العلم اذا علم بالحرمة، لكن امامن جهة الزنا بماها أو من جهة اللواط باخيها ، الى غير ذلك من فروض العلم الاجمالي .

(مسألة - ٣٣ - لافرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو اجبارياً أو اضطرارياً) وذلك للاطلاق ، وان كان فيه ما عرفت سابقاً من ان دليل رفع الاضطرار والاكراه يوجب عدم كل الاحكام لالعقاب فقط، اذ ظاهر دليل الرفع رفع كل تبعة دنوية أو اخروية الا ما خرج بنص أو اجماع أو ضرورة .

ولافى كونه فى حال النوم أواليقظة ولايبين كون الزانى بالغاً أوغير بالغ وكذا المزنى بها بل لوأدخلت المرأة ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمة على اشكال بل لوزنا بالميتة فكذلك على اشكال أيضاً وأشكل من ذلك لوأدخلت ذكر الميت المتصل وأمالو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

ومنه يعلم الاشكال فى قوله: (ولافى كونه فى حال النوم أواليقظة ولايبين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ) فاللازم عدم الحكم فى زنا النائم وغير البالغ، وكذا السكران الفاقد للوعي والمجنون ونحوهم لادلة رفع القلم .
(وكذا المزنى بها) لانه اذاتحقق الزنا من طرف الرجل فالحرمة حكمه ولايرتبط الامر بالمزنى بها .

كما يعلم مما تقدم الاشكال فى قوله: (بل لوأدخلت المرأة ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمة) اذ ليس ذلك زنا لما عرفت من رفع القلم عن الصبي (على اشكال)، - حتى عند المصنف - من جهة انه منصرف عن قوله عليه السلام لوزنا، فلايصدق الدليل عليه:

(بل لوزنا بالميتة فكذلك) نشر الحرمة عند المصنف لاطلاق الدليل (على اشكال أيضاً)، لان المنصرف من الدليل الزنا بالحي فلايشمل الزنا بالميتة .
(وأشكل من ذلك) فى نشر الحرمة (لوأدخلت ذكر الميت المتصل،) لانصراف الدليل عن مثله.

(وأمالو أدخلت الذكر المقطوع) أوأدخل الرجل ذكره فى الفرج المقطوع (فالظاهر عدم النشر) لعدم صدق الزنا ولاينافى ما ذكرناه كـون العمل حراماً يوجب حداً أو تعزيراً، لانمناط كل مقام دليhle.

مسألة - ٣٤ - إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعيّاً ثم رجع الزوج في أثناء العدة لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمة لان الرجوع إعادة الزوجية الاولى وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العدة أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد ففي صحة النكاح وعدمها وجهان من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا اثر له بعد هذا ايضاً ومن انه سابق بالنسبة الى هذا العقد الجديد

(مسألة - ٣٤ - إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعيّاً ثم رجع الزوج في أثناء العدة لم يعد) الزنا (سابقاً حتى ينشر الحرمة) على القول بنشره للحرمة (لان الرجوع إعادة الزوجية الاولى) بل قد عرفت ان المطلقة رجعية زوجة فكانها لم تخرج عن حبالته، فلا يشمل دليل تحريم الزنا السابق على العقد، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة السادسة والعشرين.

(وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العدة أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد) أو كان الانفصال بالفسخ أو انقضاء مدة المتعة أو بالارتداد.

(ففي صحة النكاح وعدمها وجهان) وجه الصحة (من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا اثر له بعد هذا ايضاً)، وهذا هو الاقرب، لان الاستفادة من دليل تحريم الزنا انه لا تحل المرأة بعده، فاذا كانت له حلالاً لم يكن فرق بين بعده مباشرة أو بعده بفاصل.

(ومن أنه سابق بالنسبة الى هذا العقد الجديد) وجعله المستمسك أقوى لاطلاق الأدلة، وفيه: انه لا اطلاق لها بعد مركزية المناسبة التي ذكرناها بين حل الوطي بعد الزنا مباشرة وحله بعده بفاصل.

والاحوط النشر .

مسألة - ٣٥ - اذا زوجه رجل امرأة فضولا فزنى بامها او بنتها
ثم اجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقاً

(و) ان كان (الاحوط النشر) وقد سكت السادة أبسن العم والبروجردى
والجمال على المتن دليلاً على ترددهم في المسألة.
نعم، لا ينبغي الاشكال في انه اذا زنا بها ثانياً كان اللازم التحريم، لانه زنا
ليس بعده حليلة.

ثم انه اذا زنى بالمرأة فانقلبت الى ذكر - كما تجرى عمليات جراحية
في الحال الحاضر من هذا القبيل - اولاً بالغلام ثم انقلب انثى، فالظاهر
البنات والاخت، لان الحكم يتبع موضوعه والاستصحاب لا مجال له بعد تبدل
الموضوع فتأمل، ولولا ان بفتاة ثم انقلبت ذكراً - كما رأينا في العراق، حيث
كانت امرأة تسمى فضيلة فاجروا له عملية جراحية فصارت ذكراً وسمى نفسه
فاضلاً، وقد جائنى في حالة ذكوره وقد نبئت له لحيه، وألف كتاباً حول نفسه
بهذا الشأن - فهل تحرم اخته وبنته وامه؟ الظاهر لا، لانه لم يلبط بالولد، وموضوع
النص اللواط بالشاب وعليه تكون الثلاثة محرمة على الفاعل اذا فعل حالة الذكورة
لاحالة الانوثة، ومما ذكرنا يعرف حال سائر الفروض.

(مسألة - ٣٥ - اذا زوجه رجل امرأة فضولا فزنى بامها أو بنتها،) بناء على
ان الزنا ينشر الحرمة (ثم اجاز العقد) بأن كان الزنا متوسطاً بين العقد والاجازة
(فان قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقاً)، اذا الاجازة كشفت عن سبق العقد
حقيقة .

وان قلنا بالكشف الحكمي أو النقل كان سابقاً .

مسألة - ٣٦ - اذا كان للاب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه وكذا العكس على الاقوى فيهما بخلاف ما اذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة كما اذا كان للاختيار أو للطبابة أو كان اتفاقياً وان أوجب شهوة أيضاً نعم لو لمسها لاثارة الشهوة، كما اذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك

(وان قلنا بالكشف الحكمي) فالظاهر انه كالكشف الحقيقي، اذ هو محكوم بذلك، وانه انما يجيز ما تقدم ولذا لو افتضاها وهو لا يعلم انها عقدت له لم يكن عليه دية، كما انه لم يحد الى غير ذلك من الاحكام (أو النقل كان سابقاً) لوضوح انه بناءً على ذلك لم يكن عقد قبل الاجازة.

(مسألة - ٣٦ - اذا كان للاب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه)، كما تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل .
(وكذا العكس على الاقوى فيهما) وهل هذا خاص بالاب او يشمل الجد احتمالان، وان كان الاظهر عدم الشمول، لان الحكم على خلاف الاصل والمنصرف من النص الاب و الابن فقط ، فالعمومات هي المحكمة في ما عداها .

(بخلاف ما اذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة ،) لتقيد النص بالشهوة (كما اذا كان للاختيار)، هل انها سمراء او بيضاء مثلاً (أو للطبابة أو كان اتفاقياً) كما اذا وقع نظره اليها (وان أوجب شهوة أيضاً)، لانه لا يسمى نظر بشهوة .
(نعم لو لمسها لاثارة الشهوة، كما اذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك

الشهوة فالظاهر النشر .

مسألة - ٣٧ - لاتحرم ام المرأة المملوكة الملموسة والمنظورة

على

الشهوة فالظاهر النشر) كما لم يستبعده الجواهر، وتبعه المستمسك ، وسكت عليه المعلقون لشمول النص لمثله .

ثم ان منظورة الاب وملموسته في الحرة سواء كان اللمس او النظر حراماً او حلالاً بأن كانا بشبهة لا يوجبان الا الكراهة بالنسبة الى الاخر، وان كان ربما يحتمل ذلك كما سيأتي .

أولاً: للمناطق في المملوكة .

وثانياً: لبعض الروايات :

مثل خبر ابي بصير قال: سألت عن الرجل يفجر بالمرأة اتحل لابنه او يفجر بها الابن اتحل لابيئه؟ قال: لا، ان كان الاب او الابن مسها واحد منهما فلا تحل - بناءً على ان المراد - باللمس اللمس .

وعن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا جرد الرجل و وضع يده عليها فلا تحل له ابنه .

وثالثاً: لان النظر واللمس أولى من العقد المحرم ، لكن لانقول بالحرمة هنا للاجماع فلا أقل من الكراهة ، وفي الكل ما لا يخفى ، اذ اعلم بالمناطق وظاهر المس الوطىء . وخبر ابن مسلم منصرف ، الى الجارية ، ولذا ذكرها الفقهاء في بابها ، والاولوية ممنوعة ، وعلى هذا فلا كراهة بالنسبة الى الحرة ، والله سبحانه العالم :

(مسألة - ٣٧ - لاتحرم ام المرأة المملوكة الملموسة والمنظورة على

اللامس والناظر على الاقوى وان كان الاحوط الاجتناب

اللامس والناظر على الاقوى) كما هو المشهور . قال في الشرائع : ومن نشر به الحرمة يحصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة دون ام المنظورة أو الملموسة .

أقول : ويدل عليه بالاضافة الى الاصل المطلقات كقوله سبحانه : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وغيره .

(وان كان الاحوط الاجتناب) كما عن أبي علي الفتوى به ، ولم يستبعده الجواهر ، بل عن الشيخ الاجماع عليه ولا يخفى ما في الاجماع ، ولذا قال كشف اللثام: انه ممنوع ، ولعل الشيخ أراد به انه مطابق للنص الاتي ، وحيث ان النص مجمع على العمل به فهو اجماعي - كما وجه الشيخ المرتضى (ره) أمثال هذه الاجماع ، بمثل هذا التوجيه .

وكيف كان ، فقد استدلل للتحريم بجملته من الروايات :
مثل المروي ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها .

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم : من كشف قناع امرأة حرمت عليه امها وبناتها .

ويرد على ذلك أولاً : ضعف السند .

وثانياً : في الحديث الاول ذكر النظر الى موضع خاص فكيف يستفاد منه الاطلاق .

وثالثاً : انه كناية عن الجماع والافمن الواضح ان الربيبة لا تحرم بمجرد عقد الام فقد نظر الى فرجها وفرج ابنتها ، وكشف القناع عنها ، ولم تحرم ابنتها كما سيأتي .

كما ان الاحوط اجتناب الربيبية الملموسة او المنظورة امها وان
كان الاقوى عدمه

أما الروايات الواردة في ام الزوجة ، وانه ليس له ان يتزوج البنت
فليست مربوطة بام المرأة المملوكة الملموسة والمنظورة ، ولاقطع بالمناطق
كما لا يخفى .

(كما ان الاحوط اجتناب الربيبية الملموسة أو المنظورة امها) بل في
الجواهر قوى التحريم وجعل النظر واللمس قائماً مقام الوطي ، واستدل له
بصحيح ابن مسلم ، سأل احدهما عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها وبعض
جسدها أتزوج ابنتها ؟ قال عليه السلام : لا اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس
له ان يتزوج ابنتها .

وخبر أبي الربيع قال : سأل أبو عبدالله عليه السلام ، عن رجل تزوج
امراً فمكث معها أياماً لا يستطيعها غير انه قدرأى منها ما يحرم على غيره ثم
يطلقها ، أيصح له ان يتزوج ابنتها ؟ قال : أ يصلح له وقد رأى من امها ما رأى .

ومثله موثق محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام .

ثم انه وان لم يذكر في هذه الروايات اللمس الا انه مشمول لها بطريق اولي .

(وان كان الاقوى عدمه) كما هو المشهور ، بل في المستمسك انه ظاهر

الاصحاب ، حيث اشترطوا في تحريم الربيبية الدخول بامها .

وكيف كان ، يدل على المشهور الاية الكريمة «فان لم تكونوا دخلتم بهن

فلا جناح عليكم» فانه كما الصريح في ان الميزان الدخول فقط ، ولو كان اللمس

والنظر محرمان كان اللازم سبق التحريم على الدخول لانهما سابقان على

الدخول الا في النادر جداً ، حيث لا يكون لمس الحشفة للموضع قبل دخولها

بل قد يقال: ان اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون
الوطى ناشراً للحرمة

وحصول التقاء الختانيين ، اذ لا يراد باللمس لمس اليد ، بل الجسم فى الجملة
الشامل للمس الحشفة .

ومنه يظهر ، انه لو لم يحمل صحيح ابن مسلم على الكراهة كان معارضاً
لظاهر الكتاب مما يوجب رد علمه الى اهله ، بالاضافة الى صحيح العيص بن
القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل باشراً مرأته وقبل غيرانه
لم يقض اليها ثم تزوج ابنتها ؟ قال : ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس ، وان
كان أفضى فلا يتزوج ابنتها .

والقول بأن الموجود فى نسخة [باشراً مرأة] لا [امرأته] فيدل على الاجنبية
يرد عليه أولاً : ان الموجود فى نسخنا [امرأته] .

وثانياً : ان [امرأة] أعم من الاجنبية وبعد ذلك لاجابة الى اسقاط صحيح
ابن مسلم بالاعراض ، كما فعله بعض الفقهاء هذا بالاضافة الى الروايات المصرحة
بدوران الامر مدار الدخول وجوداً وعدمياً ، كقول الصادق عليه السلام فى رواية
الدعائم : هي ابنة امرأته عليه حرام اذا كان دخل بامها ، فان لم يكن دخل بامها
فتزويجها له حلال ولذا أفتى غير واحد بالكراهة حتى من المحدثين كالوسائل
والمستدرك .

(بل قد يقال : ان اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون
الوطى ناشراً للحرمة) لكن عن المسالك انه لم يقف على القائل بالتحريم ، وانه
قول ضعيف جداً لادليل عليه .

فتحرم الاجنبية الملموسة او المنظورة شبهة او حراماً على الاب والابن وتحرم امها وبناتها حرة كانت او امة، وهو وان كان احوط الا ان الاقوى خلافه وعلى ما ذكر فتتخصر الحرمة في مملوكة كل من الاب والابن على الاخر اذا كانت ملموسة او منظورة بشهوة .

مسألة - ٣٨ - في ايجاب النظر أو اللمس الى الوجه والكفين اذا كان بشهوة نظر والاقوى العدم

(فتحرم الاجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة أو حراماً على الاب والابن وتحرم امها وبناتها حرة كانت أو أمة ، وهو وان كان احوط الا أن الاقوى خلافه) للاطلاقات والعمومات ، بل عرفت ان قول الجواهر نادر .

(وعلى ما ذكر فتتخصر الحرمة في مملوكة كل من الاب والابن على الاخر اذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة)لانه المنصرف من الادلة .

أما اذا وقع نظره أو لمسها لانقاذها من الغرق ونحوه لم يكن يوجب الحرمة على القول به ، وكذا بالنسبة الى الحرة كراهة أو تحريماً [على قول الجواهر] واطلاق الادلة المتقدمة بالنسبة الى كل نظر أو لمس منصرف الى ذلك .

(مسألة - ٣٨ - في ايجاب النظر أو اللمس الى الوجه والكفين اذا كان بشهوة نظر والاقوى العدم) لاصالة الحل بعد انصراف الادلة المانعة عن ذلك لان ما ذكر فيها كان التقبيل والكشف والتجريد ونحوها مما لا يصدق على المقام ، والظاهر ان مراده من استثناء الوجه والكفين ما اذا كان بالنظر لامتثل المس كوضع خده على خدها وقرصها ونحوهما - كما أشار اليه المستمسك - و قد أشار السيدان ابن العم والبروجردى الى ان استثناء الوجه والكفين انما هو في النظر .

مسألة - ٣٩ - لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح

نعم ، يمكن ان يقال : ان لمس ما يجوز النظر اليه جائز اذا لم يكن بشهوة، كما ذكرناه في مسألة اللمس بدليل بعض الروايات في غسل غير المحرم. ثم ان المنصرف من اللمس الموجب للمكراهة أو الحرمة هو ما اذا كان للجسد، لاما اذا لمس ثوبها ونحو ذلك، وقد تقدم في مسألة النظر واللمس فروع تنفع في المقام أيضاً .

(مسألة- ٣٩ - لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح) بلا اشكال ولا خلاف من أحد، بل الاجماع عليه متواترة وهو من ضروريات دين الاسلام، ويدل عليه قوله تعالى: «وان تجمعوا بين الاختين» ومتواتر الروايات :

ففي صحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في اختين نكح احديهما رجل ثم طلقها وهي حبلى ، ثم خطب اختها فجمعهما قبل ان تضع اختها المطلقة ولدها فأمره ان يفارق الاخيرة حتى تضع اختها المطلقة ولدها ثم يخطبها ويصدقها صداقاً مرتين .

أقول: مرة لاجل الشبهة والثانية لاجل النكاح .

و عن مروان بن دينار قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : لاي علة لايجوز للرجل ان يجمع بين الاختين؟ قال: لتحصين الاسلام وفي سائر الاديان يرى ذلك .

أقول: المراد تحصينه عن دنايا الامور، فان الجمع بينهما يوجب التشاجر المنتهى الى قطع الرحم بينهما وبين اولادهما .

وعن جميل بن دراج، عن أبي عبدالله عليه السلام، في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة؟ قال: يمسك ابتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى .

دواماً او متعة سواء كانتا نسبيتين او رضاعيتين

ومرسله عن بعض أصحابه، عن احدهما عليهما السلام، انه قال: في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة؟ قال عليه السلام : هو بالخيار يمسك أيهما شاء ويخلى سبيل الاخرى .

الى غيرها من الروايات التي تأتي جملة منها في ثنايا البحث انشاء الله . ثم انه لا يبعد ان يكون الجمع بين الاختين في الزنا أشد حرمة ، و ان لم يكن له حد أكثر، وكذلك الزنا بالام والبنات مثلاً، لما يستفاد من تحريم ذلك من انه مع الحلية الشأنية لاحديهما يكون الثاني حراماً فكيف بالحرمة الفعلية . (دواماً أو متعة) بلا خلاف ولا اشكال لصحيح البيهقي ، عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجل تكون عنده امرأة يحل له ان يتزوج اختها متعة ؟ قال عليه السلام : لا .

والرواية وان تضمنت كون احديهما دائماً والاخرى متعة ، الا ان المناط فيها بالاضافة الى اطلاقات النص والفتوى يعطي عدم الفرق بين ان تكون اذاتمتين أو متعتين أو بالاختلاف .

وما في خبر منصور الصيقل، عن أبي عبد الله عليه السلام، لا بأس بالرجل ان يتمتع اختين، فالمنصرف منه متعتهما بالتفريق .

(سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين) بلا اشكال ولا خلاف، ويدل عليه بالاضافة الى عموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب صحيح أبي عبيدة قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على اختها من الرضاعة .

أما اذا كانتا ولدى زنا أو احديهما كذلك فالظاهر المنع لاطلاق الادلة

او مختلفتين وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الملك مع وطئهما

التى اتخذت فى موضوعها الاخت عرفاً، ولذا قالوا : لايجوز ان يتخذ الانسان ابنته المخلوقة من ماء الزنا، أما كون العاهر له الحجر فلاينافى ذلك، لان انقطاع النسب فى الارث ونحوه بدليل لايستلزم عدم صدق البنت والاخت ونحوهما حتى يبيح الزواج .

ومنه يعلم، الحرمة فى الاختين الموطوءة شبهة فى احديهما أو كليتهما(أو مختلفتين)، جعله السيد الحكيم من غلط النسخة، أما السيد البروجردى فقد قال أى مختلفتى الانتساب الى ابيهما، أو امهما الذى هو الملاك لكونهما اختين .

(وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الملك مع وطئهما)، فاذا كانتاه ووطيء احديهما لم يجز له وطئ الاخرى بلا اشكال ولاخلاف، بل عن كشف اللثام و الجواهر الاجماع عليه ، ويدل عليه قوله سبحانه: «وان تجمعوا بين الاختين» فان وطئهما يوجب صدق انه جمع بين الاختين ،بالاضافة الى متواتر الروايات .

كموثق العلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يشتري الاختين فيطاء احديهما ثم يطاء الاخرى بجهالة؟ قال عليه السلام: ان وطئ الاخرى بجهالة لم تحرم عليه الاولى، وان وطئ الاخيرة وهو يعلم حرمت .

وخبر عبد الغفار الطائى، عن أبى عبد الله عليه السلام، فى رجل كانت عنده اختان فوطئ احديهما ثم أراد ان يطاء الاخرى؟ قال: يخرجها عن ملكه، قلت الى من قال الى بعض أهله : قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها ، قال : حرمتا عليه كليتهما .

الى غيرها من الروايات الكثيرة التى توجب حمل ما دل على الجواز على

بعض المحامل .

وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطى فلا مانع منه وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بمادون الوطى بأن لم يطاءهما أو وطىء احديهما واستمتع بالآخرى بمادون الوطى فيه نظر ومقتضى بعض النصوص الجواز

كصحيح علي بن يقطين قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام، عن اختين مملوكتين وجمعهما؟ قال: تستقيم ولا حبه لك فانه محمول على التقية كما ذكره غير واحد أو على النهي عن الجمع بينهما في الملك كراهة مخافة ان يطاءهما ثم المراد بوطئهما اعم من القبل والدبر للاطلاق .

(وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطى فلا مانع منه، بلا اشكال ولا خلاف ، بل عن المسالك والتذكرة وغيرهما الاجماع عليه ، و يدل عليه اطلاقات الملك وجملة من الروايات السابقة والآتية ، كما يجوز له ان يملك احديهما ويعقد على الآخرى بدون وطى كليهما - كما سيأتي الكلام فيه- . وكذا لو كانتا محللتين له بدون وطيهما، أو كانت احديهما ملكاً أو عقداً والآخرى محللة .

(وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطى بأن لم يطاءهما) وانما استمتع بكليهما (أو وطىء احديهما واستمتع بالآخرى بمادون الوطى فيه نظر) لانه من الجمع بين الاختين عرفاً ، فيشملة دليل المنع ، بل أفتى بذلك بعض ، وفي جامع المقاصد انه لا خلاف فيه، وفي المسالك انه لا قائل بالفصل بين الوطى والاستمتاع .

لكن (ومقتضى بعض النصوص الجواز ،) وهو ما رواه العياشى في تفسيره كما في الوسائل - عن عيسى بن عبد الله قال: سأل ابو عبد الله عليه السلام، عن

وهو الاقوى لكن الاحوط العدم .

مسألة - ٤٠ - لو تزوج باحدى الاختين وتملك الاخرى لا

يجوز له وطىء

اختين مملوكتين ينكح احديهما أنحل له الاخرى؟ فقال: ليس له ان ينكح الاخرى الا فيما دون الفرج، وان لم يفعل فهو خير له نظير تلك المرأة تحيض فتحرم على زوجها ان يأتيها في فرجها لقول الله عز وجل: «ولا تقربوهن حتى يطهرن» وقال «وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف» يعنى فى النكاح فيستقيم للرجل ان يأتي امرأته وهى حائض فيما دون الفرج (و الجواز (هو الاقوى) لاطلاق أدلة الاستمتاع بالمملوكة، وانما الخارج بالنص والاجماع الوطى فيبقى الباقي، وهل يقال: انه لا يجوز ان ينظر الى الثانية الى ما لا يحل لغير المولى والزوج النظر اليه منها وأى فرق بين الامرين .

وعليه فالتحريم انما هو لدليل اجتهادى هو المستند في دعوى المسالك وجامع المقاصد، ومثله ليس بحجة، ولذا سكت السادة ابن العم والبروجردى والجمال والاصطهباناتى على المتن، وان كان ظاهر المستمسك المنع.

(لكن الاحوط) مع ذلك كله (العدم) ولا يبعد انسحاب ما ذكرناه هنا

الى المملوكتين امأ وبنثاً وعمة وخالة وبنثى اخيها واختها، الى غير ذلك.

ثم الظاهر انه لا يجوز تزويج اختين مسيحييتين - مثلاً - ممن نرى جواز

ذلك، فلا تشمل المقام قاعدة [الزموهم] فانه خارج بالاجماع كخروج الام

والبنث والاخت وما أشبه للرجل - اذا كن مجوسيات أو نحوهن يرين جواز

ذلك - وكما انه كما يحرم الجمع بين الاختين يحرم الجمع بين الاخوات نصاً

واجماعاً، فانه لافرق بين الاثنتين والاكثر.

(مسألة - ٤٠ - لو تزوج باحدى الاختين وتملك الاخرى لا يجوز له وطىء

المملوكة الا بعد طلاق المزوجة وخروجها عن العدة ، ان كانت رجعية فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك ولا يحد حد الزنا بوطئ المملوكة نعم يعزر

المملوكة الا بعد طلاق المزوجة وخروجها عن العدة، ان كانت رجعية) كما هو المشهور بينهم ، وذلك لشمول ادلة الزواج للاولى، وشمول أدلة الملك للآخرى، ولان وطئ الثانية يكون جمعاً بين الاختين على ما استفيد من أخبار تملك الاختين، حيث منعت عن وطئهما مع اجازتها وطئ احديهما، فاذا ملكت الثانية لم يحل له وطئها وان لم يطئ المعقودة، اذ الاستفادة من الادلة ان العقد كالوطئ، فكما لا يجوز عقد الاختين ولا وطئهما ، كذلك لا يصح عقد اخت ووطئ اخت بالملك، وانما لانقول بخروج المعقودة عن العقد فسخاً اذا وطئ المملوكة لان العقد وجواز الوطئ للاولى مستصحبان، وحيث لا يمكن الجمع حرمت الثانية وطياً، فاذا خرجت الاولى بفسخ أو انقضاء مدة المتعة أو انقضاء مدة الرجعة في الطلاق الرجعي جاز له زطي الثانية أما اذا كانت العدة بائنة فهي خارجة من حين الطلاق .

(فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك)، لقولهم عليهم السلام : الحرام لا يحرم الحلال ولمكان استصحاب الحلية، ولذا صرح الجواهر وغيره بذلك.

(ولا يحد حد الزنا بوطئ المملوكة)، لانه ليس بزنا، بل حرام آخر، فان الزنا كما يستفاد من النص والفتوى ما لم يكن عقداً ولا ملكاً ولا شبهة .

(نعم) حيث فعل الحرام (يعزر) كما هو في كل حرام .

قال في المستمسك : ولزوم الحد في وطئ الامة المزوجة للاجماع و

فيكون حرمة وطبها كحرمة وطى الحائض .

مسألة -- ٤١ -- لو وطى إحدى الاختين بالملك ، ثم تزوج

الآخرى فالأظهر بطلان التزويج وقد يقال :

النص .

أقول: بالإضافة الى انه يصدق عرفاً عليه انه زنى لمكان زوجية الغير .

(فيكون حرمة وطبها كحرمة وطى الحائض) والوطي في حال الصوم

الاحرام والاعتكاف وما أشبه حرام فيه تعزير ، وليس زنا فيه حد .

(مسألة- ٤١ - لو وطى إحدى الاختين بالملك، ثم تزوج الآخرى) قبل ان

يخرج الاولى عن ملكه(فالأظهر بطلان التزويج،)لما تقدم من ان الوطي كالعقد

لا يصح الجمع بينه وبين العقد، فاذا عقد على احديهما لايجوز وطى الآخرى

واذا وطى احديهما لايجوز تزويج الآخرى، ومعنى لايجوز الوضع لاالتكليف

فقط، اذ هو معناه في المعاملات ونحوها، ولذا كان قوله سبحانه: «ولاتنكحوا

مانكح آبائكم» دالا على البطلان، ومثله غيره، وانما قلنا بأن اخراج الاولى عن

ملكه كاف في صحة نكاح الآخرى، لما دل على ذلك .

فقد روي ابن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: اذا كان عند

الرجل الاختان المملوكتان فنكح احديهما ثم بداله في الثانية فنكحها فليس

ينبغي له ان ينكح الآخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه يهبها أو يبيعها، فان وهبها

لولده يجزئه ومثله غيره .

(وقد يقال:) والقائل المبسوط والمختلف والتحريير، وظاهر المسالك الميلى

اليه - كما حكى عنهم -

بصحته وحرمة وطى الاولى الا بعد طلاق الثانية .

(بصحته وحرمة وطى الاولى الا بعد طلاق الثانية) واستدل لذلك بأمرين:
 الاول: ان التزويج أقوى من ملك اليمين، فاذا تزاحم اقدم التزويج، وانما
 كان التزويج أقوى لكثرة الاحكام التى تلحق به، ولا تلحق بالملك كعدم
 جواز الاكثر من الاربع والقسم والطلاق، والظهار والايلاء وغيرها .

الثاني: الروايات الدالة على حرمة الاولى بوطنى الثانية فليكن زواج الثانية
 بمنزلة وطئها. كصحيفة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قلت له: الرجل
 يشتري الاختين فيطاء احديهما ثم يطاء الاخرى بجهالة قال: اذا وطى الاخيرة
 بجهالة لم تحرم عليه الاولى، وان وطى الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا
 عليه جميعاً .

وخبر أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل كانت له
 اختان مملوكتان فوطىء احديهما ثم وطىء الاخرى أيرجع الى الاولى فيطئها؟
 قال: اذا وطىء الثانية فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت، أو يبيع الثانية
 من غير ان يبيعها من شهوة لاجل ان يرجع الى الاولى. ومثلها غيرها .
 ويرد على الاول: انه لا دليل على ان التزويج أقوى من الملك والاحكام
 المذكورة لا تدل على الترجيح بحيث يوجب التزاحم بينهما تقديم التزويج،
 فانه اشبه بالقياس .

وعلى الثانى: ان انسحاب الحكم من المملوكتين الى مملوكة ومزوجة
 لا قطع به، بالاضافة الى ان فى جملة من الروايات حرمتها معاً، مثل الروايات
 الثانية وغيرها .

وعليه فاستصحاب حلية الوطى بالنسبة الى الاولى محكمة، والاحوط اجتنابهما

مسألة - ٤٢ - لو تزوج باحدى الاختين ثم تزوج بالاخري

بطل عقد الثانية

وطلاق الثانية، وهنا قول ثالث ذكره ابن العم وهو صحة التزويج وحرمة وطى الثانية ما دامت الاولى فى ملكه ، وكأنه لاصالة الصحة ، فهو كما اذا تزوج الاولى واشترى الثانية، فانه لايجوز وطيهما معاً، وفى المقام كذلك هذا .

(مسألة - ٤٢ - لو تزوج باحدى الاختين ثم تزوج بالاخري) عالمأ بالحكم

والموضوع، أو جاهلا بهما أو بالاختلاف (بطل عقد الثانية) عن كاشف اللثام انه قطعى، وفى الجواهر بلا اشكال ولاخلاف، وفى المستمسك قررهما بعد نقلهما ويدل عليه انه مصداق الجمع فتنفية الاية المباركة، الا ان يقال: انرفع الجمع يكون برفع احديهما، لا الثانية خاصة، ويقتضى ذلك صحيح ابن مسكان عن أبى بكر الحضرمي قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح اختها ولا يعلم؟ قال: يمسك أيهما شاء و يعلى فى سبيل الله الاخرى .

لكن يعارض ذلك صحيحة زرارة ابن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فى العراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى، فاذا هى اخت امرأته التى بالعراق؟ قال: يفرق بينه وبين المرأة التى تزوجها بالشام ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عدة الشامية ، قلت: فان تزوج امرأة ثم تزوج امها وهو لا يعلم انها امها؟ قال: قد وضع الله تعالى عنه ليجهالته بذلك ، ثم قال: ان علم انها امها فلا يقربها، ولا يقرب الابنة حتى تنقضى عدة الام عنه فاذا انقضت عدة الام حل له نكاح الابنة .

أقول: أى حل وطى الابنة .

سواء كان بعد وطى الاولى أو قبله ولا يحرم بذلك وطى الاولى وان كان دخل بالثانية نعم لو دخل بهامع الجهل بأنها اخت الاولى يكره له وطى الاولى قبل خروج الثانية عن العدة بل قيل يحرم للنص

وفى خبر الدعائم، عن الباقر عليه السلام، قال : ولو ان رجلا نكح امرأة ثم أتى أرضاً اخرى فنكح اختها وهو لا يعلم فعليه اذا علم ان ينزع عنها .
أقول: مقتضى الجمع بين الطائفتين أفضلية ترك الثانية، ألا ان اطباقهم على بطلان الثانية ، وتأييد ذلك بروايات تزويج الاخت فى عدة الاخت الاولى - كما سياتى - أوجب حمل رواية الحضرمي، على ما ذكره الشيخ من انه اذا أراد امساك الاولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، وان أراد امساك الثانية فليطلق الاولى ، ثم يمسك الثانية بعقد مستأنف ، فان هذا التوجيه على بعده أولى من الطرح .

(سواء كان بعد وطى الاولى أو قبله)، لاطلاق النص والفتوى (ولا يحرم بذلك) التزويج للثانية (وطى الاولى)، وان كان قد دخل بالثانية) لان الحرام لا يحرم الحلال.

(نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها اخت الاولى يكره له وطى الاولى قبل خروج الثانية عن العدة) ، عدة الحمل ان حملت وعدة الوطى دواماً أو متعة ان لم تحمل، وانما قلنا بالكراهة لصحیح زرارة المتقدم بعد حمله على الكراهة لاعراض المعظم عن ظاهره الدال على التحريم ولعل وجه اعراضهم الاستصحاب وقاعدة الحرام لا يحرم الحلال وغير ذلك.

(بل قيل يحرم) كما عن الشيخ في نهايته، وابنى حمزة والبراج (للنص

الصحيح وهو الاحوط .

مسألة -- ٤٣ -- لوتزوج الاختين ولم يعلم السابق واللاحق فان

علم تاريخ

الصحيح) أى رواية زرارة (وهو الاحوط) لكن لا يخفى ان الاجتناب عن الاولى
انما يكون اذا وطىء الثانية ، اذ لا عدة بدون الوطي ، وينبغي ان يقيد ذلك بما
اذا جهل بالحكم أو الموضوع أو كليهما.

أما اذا كان عالماً عامداً بأنه لا يصح نكاح الاخت كان عمله زناً ولا احترام
لوطى الزانى فلا عدة لها، ولذا جاز له وطىء الاولى بدون عدة للثانية، ثم انه
اذا طلق الاولى في عدة الثانية، فهل يصح له الرجوع، أو نكاحها في عدة الثانية
لهاصور :

الاولى: ان يكون طلاقها بدون عدة لكونها صغيرة أو يائسة أو غير مدخول
بها ، وينبغي ان يقال بعدم صحة نكاحها ، لانه لا يصح نكاح الاخت في عدة
الاخت .

الثانية: أن يكون طلاقها مع عدة رجعية، والظاهر جواز رجوعه اليه لان
المطلقة رجعية زوجة.

الثالثة: ان يكون طلاقها مع عدة بائنة كالخلع وفيه احتمالان، عدم جواز النكاح
بسبب عدة الاخت الثانية وجوازه ، لان النكاح لا يزيد عن دخول الاولى فى
حبالته كما كانت ، فكما صح بقائها في حبالته بعد وطىء الثانية ، كذلك صح
ادخالها في حبالته من جديد، وهذا هو الاقرب، وقد مر مثله في بعض المسائل
السابقة .

(مسألة -- ٤٣ -- لو تزوج الاختين ولم يعلم السابق واللاحق فان علم تاريخ

أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول وان جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما

أحد العقدين حكم بصحته دون) ما جهل تاريخه وذلك لاصالة عدم تزويج الأخرى الى حينه، فيشمل عقد معلوم التاريخ اطلاقات الادلة ، فان العقد على المرأة صحيح اذا لم يكن عقد على اختها ، فاذا جرى أصل عدم العقد على الاخت، و انضم الى العقد على المعلوم التاريخ أثمر صحة المعلوم كما أثمر بطلان (المجهول) وان شك في السبق والتقارن، فله صورتان :

الاولى: مع علمه بأنه لو كان سابق فهو عقد فاطمة ترك الثانية [رقية] مثلاً وصح عقد فاطمة ، لان عقدها لو كان السابق صح ، وان كان المقارن أبطل عقد رقية ، وصح فاطمة أيضاً لما سيأتي من انه لو عقدهما في عقد واحد اختار احديهما .

الثانية: مع عدم علمه بذلك، فان علم تاريخ احدهما وجهل تاريخ الآخر اختار معلوم التاريخ، فان كان مقارناً صح، وان كان غير مقارن - في الواقع - كان أصل عدم تزويج الأخرى الى حين عقد هذه محكماً.

(وان جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما) للعلم الاجمالي ، لكن يعارض ذلك العلم الاجمالي بوجوب وطى احديهما في كل أربعة أشهر مرة فكل واحدة منهما، أما حرام الوطى أو واجب الوطى فيكون حالهما حال مندورة الفعل أو الترك ، ومقتضى القاعدة، وان كان مخيراً، الا ان أهمية الفروج تمنع عن ذلك فلا يبقى الا القرعة وهي مقتضى القاعدة، أو طلاق المنكوحة منهما وعقد من شاء منهما من جديد، واذا طلقها فعليه اعطاء المهر الواحد لهما نصفين لما ذكرناه في [كتاب الخمس] وغيره من ان الشك في المالمات المقارن للعلم الاجمالي لا يوجب

وكذا وطىء احديهما الا بعد طلاقهما أو طلاق الزوجة الواقعية منهما
ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الاخرى عن العدة،
ان كان دخل بها أو بهما وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر
الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى: «فامسك بمعروف أو تسريح
باحسان»

الاحتياط، بل التوزيع .

(وكذا) يحزم (وطىء احديهما الا بعد طلاقهما) بأن يطلق كل واحدة
باحتمال الزوجية والا فمن الواضح ان احديهما ليست بزوجة (أو طلاق الزوجة
الواقعية منهما) اذ لا يعتبر في الطلاق العلم بالمعين لاصالة عدمه بعد شمول الأدلة
للمجهول .

(ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد) ثم انه اذا جهل نكاح أية الاختين و كانتا
من امين حرم عليه أيضاً كلنا الامين الا اذا قلنا بالقرعة فيترتب عليها كل الاثار ،
ثم انما يصح نكاح جديد على احديهما (بعد خروج الاخرى عن العدة) لاحتمال
ان تكون الاخرى هى الزوجة الواقعية فلا يجوز تزويج اختها الا بعد خروجها
عن العدة اذا كان دخل بها وكان الطلاق رجعياً (ان كان دخل بها أو بهما) والا فلا
عدة، وكذا اذا كانت العدة بائنة، اذ يجوز نكاح اخت الزوجة بعد انفصالها بالعدة
البائنة .

(وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما) احتمالان، بل قولان:
الاول الوجوب، وهذا هو الذى اختاره المصنف بقوله: (لا يبعد ذلك) تبعاً
للمتذكرة والقواعد وكشف اللثام (ل) امور :

الاول: قوله تعالى: «فامسك بمعروف أو تسريح باحسان» فان الآية وان

وربما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم اجباره

وردت بعد قوله: «الطلاق مرتان» مما استظهر منها في المستمسك ان المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة لا الطلاق، لكن المناط القطعي المستفاد منها عرفاً انه بيان كيفية المعاشرة مع الزوجة سواء كان بعد الطلاق أو قبل الطلاق .

ومنه يعلم، وجه دلالة قوله تعالى: «واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف» وقوله تعالى: «فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن» .

الثاني: ما دل على نفى الحرج والضرر، لان بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وحرج .

الثالث : انه حق لها عليه، ولا يتوى حق امرء مسلم .

(وربما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم اجباره) للاصل، ولانه اذا أجبر على الطلاق وقع الطلاق عن اكراه وطلاق المكروه باطل، والادلة الثلاثة لوجوب الطلاق مدخولة .

أما الدليل الاول: فقد عرفت وجهه .

و أما الثماني : فلان الضرر أو الحرج ليس من الزوجية بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه فدليل نفيها يقتضى نفي تلك الاحكام .

وأما الثالث : فلانه فرع ثبوت الحق، وحيث كان لكل منهما اجراء البرائة - كواجدي المنى - لم يكن له منهما حق حتى يعطى بالطلاق .

أقول : لا ينبغي الاشكال في انه اذا لم ترغب المرأتان في الطلاق لا يجب عليه الطلاق ، اذ أدلة الوجوب على تقدير تماميتها لا تشمل هذه الصورة .

أما إذا رغبت فحيث انهالم تعلم بنكاحها فليست هي مبتلاة بهذا النكاح المحتمل ، وان كان الزوج مبتلى به من جهة الانفاق ، ومن جهة عدم امكانه زواج الخامسة وزواج اخت ثالث لهما الى غير ذلك ، واذ لم تكن هي مبتلاة بنكاحها المحتمل فليس لها الاجبار ، اذ أدلة الاجبار الثلاثة هي فرع ابتلائها ، فالزوجة أما ان تمسك أو تسرح ، والضرر والخرج غير موجودين في حال عدم ابتلائها ، ولم يثبت زواجها حتى يثبت حق لها عليه .

نعم ، لا يصح دليل القول الثاني بأن الطلاق عن اكراه باطل ، لوضوح ان الاكراه انما يوجب البطلان اذا لم يكن اكرهاً على الواجب والافهوبمنزلة الاختيار .

وعلى هذا، فمقتضى القاعدة في هذه المسألة عدم لزوم الطلاق، لامن جانبه ولامن جانبها .

نعم ، يمكن الاستدلال بهذه الادلة من الجانبين في مسألة ثانية وهي مالو تزوج الاختين في عقد واحد - غافلا عن كونهما اختين مثلاً - فهل يجبر على اختيار احديهما؟ الظاهر ذلك للادلة الثلاثة من الاية والخرج والحق وان اشكل المستمسك على الحرج بالاشكال المتقدم، ثم قال : لكن ليس بناء الفقهاء عليه فلا يجوز الزنا للحرج ولا يجوز أكل مال الغير للحرج ولا يجوز شرب الخمر للحرج فلا يكون الحرج مجزواً لفعل المحرمات عندهم ، وان كان مجزواً لترك الواجبات وان كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في ذلك غير ظاهر ومقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفى الوجوب ، ومقتضى ذلك انه يجوز لكل من الاختين ان يستمتع بها غير المعقودله رفعاً للحرج لاوجوب الطلاق على الزوج - انتهى .

أقول : يمكن ان يقال : على ما ذكره قدس سره .

أولاً : ان الزوجية هي مجموعة أحكام فليست هناك زوجية وأحكام زوجية

وأنه يعين بالقرعة

حتى ترفع أدلة الحرج أحكام الزوجية لانفسها فمعنى رفع الاحكام هو رفع الزوجية .

وثانياً : ان اطلاق أدلة رفع الحرج يجوز فعل المحرم ، كما يجوز ترك الواجب ، الا اذا كان هناك نص أو اجماع على عدم الرفع، فكما ان الصوم اذا كان حرجياً يرتفع وجوبه كذلك الكذب غير الضار اذا كان حرجياً يجوز قوله وكما ان الزنا لايباح بالحرج - لوجود اجماع أو نحوه على ذلك - كذلك الحرب الواجبة اذا صارت حرجية لاتسقط، ولذا قالوا بأنه اذا نذر ترك الدخان مثلاً، وصار الترك حرجاً عليه سقطت حرمة الدخان.

وثالثاً : ان جواز استمتاع الاختين لغير المعقود له انما هو لاجل انهما كواجدي المنى فلهما النكاح كما تقدم ، و اذا كان الطلاق رافعاً لحرج المرأة كما اذا كانت شابة شبهة فتمرض زوجها بالشلل مما يشق عليها مشقة شديدة عدم قضايا الجنس كان أدلة الحرج كفيلة بالزام الزوج بطلاقها لتتزوج بمن يقوم بامرها فالطلاق أحياناً يجب على الزوج لرفع حرج المرأة.

وبهذا لاتصل النوبة الى تمتع الاجنبية بالاجنبي في حال كونها زوجة لانسان آخر لان الحرج كالضرر ذا مراتب لايجوز التنزل الى الحرم الاشد مع امكان الاخف، لان الضرورات تقدر بقدرها.

(وأنه يعين بالقرعة)، لانها لكل أمر مشكل وهذا منه، وقد تقدم انه الاظهر وربما أورد عليه بما ذكره جامع المقاصد في مثل المسألة بان القرعة لامجال لها في الامور التي هي مناط الاحتياط التام وهي الانكحة التي تتعلق بها الانساب والارث والتحرير والمحرمية.

وقد يقال : ان الحاكم يفسخ نكاحهما

وفيه : ان اطلاق دليل القرعة شامل للمقام ، وقد وجد نظيره في من نزاعلى

شاة في قطيع غنم وقد اشتبهت بغيرها .

لايقال: فلماذا لاتجرى القرعة في كل موارد الاحتياط من العلم الاجمالي؟

لانه يقال موارد العلم الاجمالي على ثلاثة أقسام:

الاول : ما يكون يوجب ضرراً مالياً ، وفيه تجرى قاعدة العدل ، كما اذا

شك في انه نذر ديناراً لزيد أو لعمره ، أو ان عليه الخمس أو الزكاة ، ولايمكن

الجمع بينهما في مورد مصداق لهما ، وقد فصلنا ذلك في [كتاب الخمس]

وغيره .

الثاني : ما يكون ضرراً غير مالي كالمقام وفيه تجرى القرعة .

الثالث: مالم يكن كاحدهما ، وفيه الاحتياط ، وانما لانقول به في الاولين ،

لان دليل لاضرر حاكم في الاول وهو بضميمة قاعدة العدل الموجود شبهها

في درهمي الودعى وغيره يقتضي التقسيم ، ودليل القرعة حاكم في الثاني ،

بضميمة دليل لاضرر ويوجد شبهه في مسألة القطيع .

(وقد يقال: ان الحاكم يفسخ نكاحهما) كما اختاره محكى القواعد في

مسألة تزويج وايى المرأة من رجلين مع اشتباه السابق منهما وتبعه في جامع

المقاصد لقاعدة نفي الضرر مع انه لايمكن الاجبار في الطلاق اذطلاق المكره

غير صحيح .

وفيه: انه لاوجه لوصول النوبة الى الحاكم ، اذ قد تتسلم لبقاء الاشتباه

فلاضرر من الشارع عليها ، وقد لاتتسلم فحالها حال المغبون في ان لاضرر

يقتضى خياره وهنا تفسخ هي النكاح ان لم يكن قبل ذلك قاعدة القرعة محكمة

ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احديهما زوجة وجوب الانفاق عليهما ما لم يطلق ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، وان كان بعد الدخول فتمامه

والا فلا ضرر حتى يتدارك بالفسخ والقول بانهم حصروا موارد الفسخ و ليس هذا منه فيه ان حصروهم لا دليل عليه .

(ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احديهما زوجة وجوب الانفاق عليهما) بالتقسيم لما تقدم في العلم الاجمالي بالحقوق المالية ، كما اذا شك ان ايتها بنته مثلا، ولا تصل النوبة الى القرعة التي ذكرها المستمسك، كما لا تصل النوبة اليها في ما اذا علم انه مديون لزيد أو عمرو .

(مالم يطلق) أما اذا طلق فقد سقطت النفقة، كما انه اذا اقرع وخرجت احديهما زوجته كان الانفاق عليها فقط، اذلا مجال بعد القرعة لشيء آخر .
(ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر) مقسماً بينهما لما عرفت من قاعدة العدل، لا (لكل منهما)، لانه ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر .

(وان كان بعد الدخول فتمامه) مقسماً بينهما، وبدل على هذه القاعدة بالاضافة الى ان الامر دائر بين ان يتضرر باعطاء كل واحدة منهما تمام المهر وذلك خلاف أدلة لا ضرر وبين ان يرجح احديهما وذلك ترجيح بلا مرجح بلا دليل شرعي، وبين ان يعطى كل واحدة بالنسبة، ففي الاثنتين النصف وفي الثلاثة الثلث وهكذا، انها المستفادة من الموارد المختلفة في الروايات :

كرواية عبدالله بن المغيرة ، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام، في رجلين كان معهما درهمان، فقال احدهما: الدرهمان لي وقال الاخر: هما بيني وبينك؟ فقال: أما الذي قال: هما بيني وبينك، فقد أقر بأن أحد

الدرهمين ليس له، وانه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما.

ورواية السكوني، عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع ديناراً منهما؟ فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين.

ورواية اسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجلين اختصما في دابة في ايديهما [الى ان قال:] فقبل له: فلولم تكن في يد واحد منهما واقام البيعة فقال عليه السلام: احلفهما فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين.

ورواية غياث بن ابراهيم: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين.
ونحوهما رواية تميم بن طرفة.

وفي رواية يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله عليه السلام، في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال عليه السلام: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما.

ورواية رفاة قال عليه السلام: وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما.

ورواية السكوني، عن جعفر عليه السلام، عن أبيه عليه السلام، عن علي عليه السلام، في رجل أقر عند موته لفلان وفلان لاحدهما عندي ألف درهم ثم مات علي تلك الحال؟ فقال علي عليه السلام: ايهما أقام البيعة فله المال، وان لم يقر واحد منهما البيعة فالمال بينهما نصفان.

هذه ما جمعها المستمسك من الروايات، و من المعلوم كفايتها لاستفادة قاعدة كلية منها فقوله: لا يمكن التعدي منها، الى غيرها مع ثبوت خلافها في بعض مواردنا وفي موارد اخرى، كما يظهر من ملاحظة مواردنا وباب ارث الغرقى والمهدوم عليهم، فالبناء عليها غير ظاهر - انتهى. ليس على ما ينبغي،

لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه الا نصف المهر لهما فلكل منهما
الربع في صورة عدم الدخول وتمام أحد المهرين لهما في صورة
الدخول والمسألة محل اشكال كنظائرها من العلم الاجمالي

فان الاستفادة عرفية وخروج بعض الموارد بالنص من باب التخصيص ، وأغلب
العمومات لها تخصيص وهناك روايات اخر كارث الخنثى .

نعم ، هذا كله ان لم نقل بالقرعة ، أما ان قلنا بها كما قال ، أو مال اليها
القواعد وجامع المقاصد وكشف اللثام والجواهر كان كل شيء تبعاً لها .

وكيف كان ، فيظهر مما تقدم صحة ما أشار اليه المصنف بقوله : (لكن ذكر
بعضهم أنه لا يجب عليه الا نصف المهر لهما فلكل منهما الربع في صورة عدم
الدخول) اذ يقسم النصف بينهما ، واذا كان الاشتباه بين الثلاث والاربع والاكثر
كان التقسيم على حسب الكسر المشتبه فيه .

(وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول) ومعنى كون تمام ، أحد المهرين
لهما انه اذا جعل مهر احديهما عشرة ومهر الاخرى عشرين ، وقد حصل الدخول
كان للاولى خمسة وللثانية عشرة ، واذا كان لم يدخل بهما كان للاولى اثنان و
النصف وللثانية خمسة ، هذا ما يقتضيه كلام المصنف وسكت عليه الشراح و
المعلقون ، لكن فيه انه لا يتم في صورة الدخول ، اذ الدخول يوجب المهر
كله- اذا كان عن شبهة- فالواجب عليه المهر المسمى للمعقودة ، والمثل لغير
المعقودة ، فلوفرنا ان المسمى عشرة والمثل عشرون كان اللازم ان يعطي ثلاثين
لكل واحدة منهما نصفه فصاحبة العشرة زيد خمسة لقاعدة العدل ، وصاحبة
العشرين نقصت خمسة للمقاعدة .

(و) على ما ذكرناه فليست (المسألة محل اشكال كنظائرها من العلم الاجمالي

في الماليات .

مسألة - ٤٤ - لواقترن عقد الاختين بأن تزوجهما بصيغة واحدة أو عقد على احديهما ووكيله على الاخرى في زمان واحد بطلا معاً

في الماليات) وان اشكل فيها المصنف وآخرون ومما تقدم يظهر حال ما اذا وطىء واحدة ولم يطىء الاخرى في كيفية توزيع المهر والله سبحانه العالم .
(مسألة - ٤٤ - لواقترن عقد الاختين بأن تزوجهما بصيغة واحدة) أو عقدهما وكيلاه (أو عقد على احديهما ووكيله على الاخرى في زمان واحد بطلا معاً) ، كما عن المبسوط وابني حمزة وادريس ، واختاره الشرائع ونسب الى أكثر المتأخرين ، واستدل لذلك بأن صحتهما غير ممكن ، فاللازم أما بطلانهما أو بطلان احدهما معيناً أو مخيراً ، وحيث لا يمكن الاخيران ، لان في أولهما ترجيح بلا مرجح ، وفي ثانيهما الجهالة حين العقد لابد من القول ببطلانهما ، وقد يقال بصحة ما ابتداء باسمها أولاً - ان كان هناك ابتداء - لانه يعين الاولى فلا يكون بغير معين .

ويؤيده ما رواه دعائم الاسلام ، عن جعفر بن محمد عليهما السلام ، انه سأل عن رجل تزوج اختين أو خمس نسوة في عقدة واحدة؟ قال: يثبت نكاح الاخت التي بدء باسمها عند العقد والاربع من النسوة اللاتي بدء باسمائهن ، ويبطل نكاح ما سواهن ، فان لم يعلم من بدء باسمائهن منهن بطل النكاح كله ، وفيه بعد ضعف الرواية ، ان تقديم الاسم لا يكون معيناً ، اذ العقود تتبع القصود .

نعم ، ينبغي ان يقال على القول ببطلان كليهما انه فيما اذا كان عقد احديهما

وربما يقال : بكونه مخيراً في اختيار أيهما شاء لرواية

فضولياً بأن وكلته احديهما فقط فعقد على كليتهما ، أو وكل الزوج ان يعقد فلانة فعقد على كليتهما و لم يأذن الزوج أو المعقودة فضولة عدم بطلان عقد منهما ، لان مرجع ذلك الى عدم العقد الاعلى احديهما .

ولا يخفى ان العقد على أكثر من اختين حاله حال العقد عليهما، كما ان العقد على الام والبنت مثلاً حاله ذلك لو حدة المناط في الكل، ولذا ذكر في الروايات العقد على الخمس ردفاً للعقد على الاختين .

(و ربما يقال :) كما عن الشيخ واتباعه والمهذب و الجامع والمختلف (بكونه مخيراً في اختيار أيهما شاء لرواية) صحيحة وهي صحيحة جميل المروية في الفقيه ، عن أبي عبدالله (ع)، في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة ؟ قال عليه السلام : يمسك ايتهما شاء و يخلي سبيل الاخرى ، و قال عليه السلام : في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة ؟ قال : يخلي سبيل ايتهن شاء .

ومثلها كافية في المقام ولا يضر رواية الكافي لها بالارسال ورواية التهذيب لها بالارسال، وبأن في طريقة علي بن السندي المجهول، اذ تكفى رواية الفقيه ولذا قدمها في الوسائل في الذكر، وأفتى بمضمونها في عنوان الباب ، وتبعه المستدرک في عنوان الباب، بالاضافة الى انا نرى حججاً ما في الكافي لضمـان صاحبه فالارسال ونحوه لا يضر بروايات الكافي - في نفسها - .

ولذا أفتى بذلك المستمسك ، و قال : القاعدة تخصص بها ، بل ربما يقال : ان ما في الرواية هو مقتضى القاعدة، اذ العقلاء يرون التخيير في مثل المقام، كما يرون صحة ما يقع عليه العقد دون ما لا يقع في المعاملات اذا جمعتهما في عقدة واحدة ولم يعلم ان الشارع احدث طريقة جديدة فدليل أو فوا بالعقود

محمولة على التخيير بعقد جديد ولو تزوجهما وشك في السبق

والاقتران

يشمله مثلا، اذا باع ما يملك، وما لا يملك صح العقد فيما يملك واذا كان مالكا لاحد شيئين تخيير كما اذا قال: الواهب له، وهبتك احدهما فقال: قبلت، ثم قال: الموهب له لثالث بعتك ما املك يرى العرف صحة العقد.

أقول: وهذا لا بأس به، و ان كان الذي يظهر من غير واحد عدم الصحة وعلى هذا فقوله: بأن الرواية (محمولة على التخيير بعقد جديد،) كما عن كشف اللثام غير ظاهر الوجه، وان سلمه المعلقون كالسادة ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم لسكوتهم عليه.

هذا وربما يفرق بين ما اذا عقدهما في عقد واحد وكيله، أو عقدهما بنفسه، أو عقدهما ولياه أو وكيلاه، فالكلام كما تقدم وبين ما اذا عقد احديهما بنفسه والاخرى بوكيله بأن مقتضى القاعدة هنا صحة عقد نفسه لتأخر مرتبة عمل الوكيل عن عمل النفس، فاذا تصرف في متعلق الوكالة بطلت الوكالة، وهذا أحوط وان كان دليله بحاجة الى التأمل.

نعم، لاشك في تقدم عقده بنفسه أو بوكيله على عقد الفضولى، وان أجازته بعد ذلك لعدم ثمر، على الاجازة الا على الكشف الحقيقي فتأمل.

(ولو تزوجهما وشك في السبق والاقتران) فان اختار احديهما كان من العلم الاجمالي السابق فيما لو علم بسبق عقد احديهما، لانه أما كان اقتران، فما اختارها صح عقدها، وأما سبق لمن اختارها فيصح عقدها، وأما لحوق لمن اختارها فلا يصح عقدها، وانما صح عقد السابق، وعليه يعلم اجمالا بصحة عقد احديهما ويكون المرجع القرعة كما ذكرناها، وان لسم يختار احديهما، فالامر مردد

حكم ببطلانها أيضاً .

بين ان يكون هناك واقع مجهول ، كما اذا كان سبق ولحوق واقعاً وبين ان لا يكون ، كما اذا كان تقارن واقعاً ، فان قلنا بأن [القرعة لكل امر مشكل] جاز حتى في ما لا واقع له ، كما هو مذهب بعضهم ولا بعد فيه اقرع بينهما والاجبر على الاختيار ثم الاقراع - بناءً على ما ذكرناه سابقاً من الاجبار لانه يلزم بالامسك بالمعروف أو التسريح بالاحسان - .

قال في المستمسك : هذا اذا كان الشك في السبق والاقتران بالنسبة الى كل منهما ، أما اذا كان بالنسبة الى واحدة منهما بعينها دون الاخرى بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً ، وفي عقد زينب بين ان يكون لاحقاً ومقارناً فقد علم ببطلان العقد على زينب .

أما لمقارنته أو للحوقه الى آخر كلامه ، وكأنه [ره] أراد مماشاة المصنف والافقد تقدم منه الصحة في المقارنة للصحة المتقدمة ، وعليه فكل عقد محتمل للصحة ، أما عقد هند فصحته من حيث السبق ، أو المقارنة مع الاختيار .

وأما عقد زينب فصحته من حيث المقارنة مع الاختيار ، وعليه يلزم عقد هند ان اختاره ، لانه أما سابق وأما مقارن مختار ، أما اذا اختار عقد زينب لم يعلم بالصحة ، لان اصل عدم المقارنة يسقط بأصل عدم التأخر ، واذا ما علم بالمقارنة الذي هو موضوع الاختيار لم يصحح اختياره زوجيتها .

ثم انه علم مما تقدم انه في صورة المقارنة يجب اختيار احديهما للزوم الامسك بالمعروف لمن يريد بها بعد صحة العقد بالنسبة الى احديهما .

وكيف كان ، فقول المصنف : (حكم ببطلانها أيضاً) محل اشكال .

مسألة - ٤٥ - لو كان عنده اختان مملوكتان فوطيء احدىيهما حرمت عليه الاخرى حتى تموت الاولى أويخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوها ولو بأن يهبها من ولده، والظاهر كفاية التملك الذي له فيه الخيار، وان كان الاحوط اعتبار لزومه ولا يكفي على الاقوى ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ونحوها

(مسألة - ٤٥ - لو كان عنده اختان مملوكتان فوطيء احدىيهما حرمت عليه الاخرى حتى تموت الاولى أويخرجها عن ملكه) كما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين، ويدل عليه النص والاجماع.

فلو ماتت أو خرجت عن ملكه (ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، ولو بأن يهبها من ولده)، حلت عليه الاخرى، وانما نص على يهبها لولده لقوله عليه السلام في صحيح ابن سنان: [فان وهبها لولده يجزيه].

(والظاهر كفاية التملك الذي له فيه الخيار)، لاطلاق الادلة، خصوصاً ما ورد فيها من [يهبها] والهبة جائزة غالباً.

(وان كان الاحوط اعتبار لزومه) لاحتمال ان يراد بالخراج عن الملك اخراج الانقطاع، ومع الخيار لانقطاع، لكنه احتياط استحبابي كما هو واضح.

(و لا يكفي) في حلية الثانية (على الاقوى) خلافاً للعلامة في بعض كتبه اشكالاً أو اختياراً في الجملة (ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ونحوها)، وانما كان الاقوى عدم

ولو وطئها من غير اخراج للاولى لم يكن زنا فلا يحد ويلحق به الولد، نعم يعزر .

مسألة - ٤٦ - اذا وطئ الثانية بعد وطئ الاولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم وحيثئذ فان أخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية له مطلقاً وان كان ذلك بقصد الرجوع اليها، وان أخرج الثانية عن ملكه يشترط في

الكفاية، لان الدليل دل على ان التحليل انما يكون بالخروج عن الملك وهو غير حاصل في المفروض المذكورة ، ووجه الاشكال ان المعيار عدم الامكان شرعاً من الوطي ، و هو كما يحصل بالاخراج من الملك يحصل بالامور المذكورة .

(و لو وطئها من غير اخراج للاولى لم يكن زنا) كما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين (فلا يحد) حد الزنا (ويلحق به الولد) لان الولد المنعقد في حال مثل الحيض والاحرام ملحق بالواطي .

(نعم يعزر) لفعله الحرام، كما يعزر كل فاعل للحرام.

مسألة - ٤٦ - اذا وطئ الثانية بعد وطئ الاولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع) و انهما اختان (و الحكم) ان وطئهما حرام عليه لما في صحيح الحلبي من حرمتها جميعاً بعد وطئ الثانية عمداً.

(و حيثئذ فان أخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية له مطلقاً) كما تقدم في المسألة السابقة (وان كان ذلك) الاخراج (بقصد الرجوع اليها)، وذلك لاطلاق الدليل الشامل لكلا صورتها الاخراج (وان أخرج الثانية عن ملكه يشترط في

حلية الاولى أن يكون اخراجه لها لا بقصد الرجوع الى الاولى ،
والا لم تحل ، وأما في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً ،
فلا يبعد بقاء الاولى على حليتها والثانية على حرمتها وان كان الاحوط
عدم حلية الاولى الا باخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع الى
الاولى وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم .

حلية الاولى أن يكون اخراجه لها لا بقصد الرجوع الى الاولى، والا لم تحل)
ويدل عليه خبر أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام. في حديث
قال: سألته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطيء احديهما ثم وطىء الاخرى
فقال عليه السلام: اذا وطىء الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى
قلت: أرأيت ان باعها؟ فقال عليه السلام: ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر
على باله من الاخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً ، وان كان انما يبيعها ليرجع
الى الاولى فلا .

(واما في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً) ، أى ان جهله بانهما
معاً حرام عليه، أما لجهله بأنهما اختان أولجهله بان الاختين معاً محرّم (فلا يبعد
بقاء الاولى على حليتها، والثانية على حرمتها،) فقوله عليه السلام فى صحيح
الحلبى : اذا وطىء الاخرى بجهالة لم تحرم عليه الاولى، وان وطىء الاخرى
هو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً . ظاهر فى انه مع الجهل لا تحرم
الاولى .

(وان كان الاحوط عدم حلية الاولى الا باخراج الثانية، ولو كان بقصد الرجوع
الى الاولى وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم) وقد اقتصرننا في هاتين المسألتين
لعدم كونهما محل الابتلاء في الحال الحاضر، والله المستعان.

مسألة - ٤٧ - لو كان الاختان كلتاها أو احديهما من الزنا
فلا حوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطى
اذا كانتا مملوكتين .

(مسألة - ٤٧ - لو كان الاختان كلتاها أو احديهما من الزنا فلا حوط) ان
لم يكن أقوى (لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطى اذا كانتا
مملوكتين) وذلك لان الأدلة الدالة على حرمة النسب، ونحوه شامل لما يسمى به
عرفاً كسائر الموضوعات التي يكون المرجع فيها العرف، فكما لا تصح تزويج
ولد الزنا بامه ونخالته وبنته ونحوهن من الزنا، كذلك لا يصح تزويج الاختين
من الزنا .

قال في المستند: في مسألة النسب سواء كان نسباً شرعياً أو نسباً غير شرعي
وهو اتصاله بالزنا اجماعاً قطعياً، بل ضرورة دينية في الاولى، واجماعاً محكياً
حكاه الشيخ في الخلاف والفاضل في التذكرة والمحقق الثاني في شرح القواعد
والهندي فيه أيضاً، وفي الكفاية لأعرف فيه خلافاً بين الاصحاب وفي المفاتيح
نسبه الى ظاهر أصحابنا في الثاني، كل ذلك بعد الاجماع فيما ثبت فيه الاجماع
لصدق النسبة عرفاً ولغة، واصالة عدم النقل، فتشملة الآية ويتعدى الى غير من ذكر
فيها ان لم يشمل الجميع بالاجماع المركب، ولا يضر عدم ثبوت سائر أحكام النسب
بالنسب الحاصل من الزنا كالتوارث وابعادة النظر والانعقاد وارتفاع القصاص
وتحريم حليلة الابن والجمع بين الاختين ونحوها، لانه انما هو بدليل خارجي
دال على تعلقها بالنسبة الشرعية خاصة .

أقول: لم يظهر لي الدليل الخاص الدال على جواز حليلة الابن من الزنا،
وعلى جواز الجمع بين الاختين منه، بل ما ذكره أولاً من استفادة النسب العرفي

دالة على حرمتها أيضاً .

ومما ذكرناه وذكره المستند يظهر ضعف ما في المستمسك من انه خلاف التسالم عليه عندهم من نفى النسب بالزنا كما يقتضيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر . فان الظاهر منه انه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي من نفى النسب عن العاهر واقعاً، ثم استدل بما ورد من ان ولد الزنا لا يرث ثم قال: لكن المستفاد من بعض الروايات ومن مذاق الشرع الاقدس ان حرمة النكاح والوطى تابعة للنسب العرفي فلاحظ ماورد في الاستنكار، لان يكون اولاد آدم قد تزوجوا اخواتهم، وان تحريم النكاح من الاحكام الانسانية، لامن الاحكام الشرعية تعبداً - انتهى .

فانه يرد عليه أولاً : ان التسالم على نفى النسب بالزنا في الجملة لا يرتبط بالمقام كما عرفت الاجماع المتعددة في المقام على ان الزنا كالنسب الصحيح في الحرمة .

وثانياً: ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم، انما هو فيما اذا تردد الامر لاما اذا علم انه ليس للفراش فلا يرتبط له بالمقام .

نعم، استدلال الامام عليه السلام به على عدم ارث ولد الزنا يدل على ارادته صلى الله عليه وآله وسلم العموم، لكن لا بد من ارادته صلى الله عليه وآله وسلم في الجملة لما عرفت من الاجماع المتكررة على عدم الفرق في النكاح بين النسب الصحيح وبين الزنا فتأمل .

وثالثاً: لم يظهر وجه مثاله بقصة اولاد آدم عليه السلام، فانهم كانوا بالنكاح الصحيح، كما انه لم يظهر وجه قوله : مذاق الشرع، اذ لو اراد ما اذا كان العقل يحكم بالقبح، فالشرع يحكم به لقاعدة كلما حكم به العقل حكم به الشرع [حيث ان الاحكام تابعة للمصالح، فاذا كشف العقل المصلحة فقد كشف علة الحكم

مسألة - ٤٨ - اذا تزوج باحدى الاختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لايجوز له نكاح الاخرى الا بعد خروج الاولى عن العدة

وبكشفه لها ينكشف الحكم، وهذه القاعدة هي التي عبر عنها بعض السنة من انه حيثما كانت المصلحة كان حكم الله - أرادوا كشف العقل المصلحة بالحسن القطعي الواصل الى حد اللزوم عقلا وكشفه المفسدة كذلك - [فيه ان حرمة نكاح مثل الاختين مثلا ليس من القبائح عقلا ، ولذا كان جائزاً في بعض الشرائع .

ففي رواية مروان بن دينار قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : لاي علة لايجوز للرجل ان يجمع بين الاختين ؟ قال عليه السلام : لتحسين الاسلام . وفي سائر الاديان يرى ذلك ، وان أراد الاستحسان ، ففيه انه لا يصلح دليلاً .

نعم ، يبقى على المسألة ما ربما يقال : من استنكار المسلمين الحاق معاوية زياداً بنسبه ، فانه اذا لم يكن مانع عن وجود النسب ، فلماذا استنكره المسلمون مستدلين بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الولد للفراش . ويمكن ان يرد بان ام زياد كانت مزوجة زنى بها ابوسفيان ، فالولد كان شرعاً لزوجها ، لا لابي سفيان .

وكيف كان ، اللازم الاول بحرمة النكاح وجواز النظر في مثل البنت المخلوقة من ماء الزاني ونظر الام لولدها كذلك الى غيرهما ، والدليل في الكل هو وجود النسب العرفي الذي لا يرد عليه الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم : وهو مجمل من هذا الحيث ، والله العالم .

مسألة - ٤٨ - اذا تزوج باحدى الاختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لايجوز له نكاح الاخرى الا بعد خروج الاولى عن العدة) بلاشكال ولاخلاف ، كما ادعاه الجواهر

وأما إذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول، أو ثالثاً أو كان الفراق بالفسخ لاحد العيوب أو بالخلع والمبارات جاز له نكاح الاخرى

وسكت عليه المستمسك. ويدل عليه بالاضافة الى ان المطلقة رجعية زوجة جملة من الروايات :

كخبر أبي الصباح الكتاني ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له ان يخطب اختها قبل ان تنقضي عدتها؟ قال: اذا برئت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة، فقد حل ان يخطب اختها. وخبر زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، في رجل طلق امرأته وهي حبلى، أيتزوج اختها قبل ان تضع؟ قال عليه السلام: لا يتزوجها حتى يخلو أجلها [بطنها خل] حيث انه ظاهر في الطلاق الرجعي لمكان الحمل. ورواية الدعائم، عن علي عليه السلام، انه قال: اذا طلق الرجل المرأة لم يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها .

وفي رواية الجعفریات، بسنده الى علي عليه السلام، انه قال: على الرجل خمس عدات [الى ان قال:] والرجل يطلق المرأة فيريد ان يتزوج اختها والرجل يطلق المرأة فيريد ان يتزوج عمته أو خالتها فليس له ان يتزوج حتى تنقضي عدة التي طلق الخبر (وأما اذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول) حيث لاعادة اصلا وكذا في الصغيرة والبايسة (أو ثالثاً) لا يحق له الرجوع الا بعد المحلل. (أو كان الفراق بالفسخ لاحد العيوب) بعد ان دخل اما اذا لم يدخل، فهو داخل في قوله: [قبل الدخول] .

(أو بالخلع والمبارات جاز له نكاح الاخرى) بلا اشكال ولا خلاف، اذ لاعادة في بعضها والعدة في الاخر ليست مانعة، لانه ليس من الجمع بين الاختين، وفي

والظاهر عدم صحة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج اختها كما سيأتى فى باب الخلع انشاء الله ، نعم لو كان عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة لايجوز له على الاحوط نكاح اختها فى عدتها، وان كانت بائنة للنص الصحيح

ما تقدم من خبر الكنانى دلالة عليه .

(والظاهر عدم صحته رجوع الزوجة فى البذل بعد تزويج اختها ، كما سيأتى فى باب الخلع انشاء الله) قالوا: لان المال فى قبالة البضع ، فاذا تعذر اعطاء البضع - لانه جمع بين الاختين - تعذر اخذ المال بسبب الرجوع ، لكن يرد عليه ان الرجوع فى المال ليس معناه اعطاء البضع ، بل للزوج - فى صورة عدم المانع - ان يرجع ، فاذا كان له مانع فى الرجوع ، لانه أخذ الخامسة أو الأخت أو العمة أو الخالة أو ما شبه ذلك ، لم يكن لاطلاقات أدلة الرجوع فى البذل مانع .

وكذا اذا صار مجنوناً أو اغمى عليه أو ما شبه مما لا يمكن معه من الرجوع ولم تعلم المرأة وليه بذلك ، وكذا فيما اذا نذر عدم الرجوع أو حلف أو عاهد ، أو شرط فى ضمن عقد أو امره من تجب عليه اطاعته فتأمل .

(نعم لو كان عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة لايجوز له على الاحوط نكاح اختها فى عدتها، وان كانت بائنة للنص الصحيح) لما رواه الحسين بن سعيد قال: قرئت فى كتاب رجل الى أبى الحسن الرضا عليه السلام ، الرجل يتزوج المرأة متعة الى أجل مسمى فينقضى الاجل بينهما ، هل يحل له ان ينكح اختها من قبل ان تنقضى عدتها؟ فكتب: لا يحل له ان يتزوجها حتى تنقضى عدتها - كذا رواه الشيخ فى التهذيب - .

ونحوه رواه الكافى والفقيه ونوادى محمد بن احمد بن عيسى وفى المقنع ،

والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء
المدة .

مسألة - ٤٩ - إذا زنى باحدى الاختين جاز له نكاح الاخرى

فى مدة استبراء الاولى

فاذا تزوجت امرأة متعة الى أجل مسمى، فلما انقضى أجلها احببت ان تزوج اختها
فلا تحل لك حتى تنقضى عدتها، وعن نهاية المرام ان العمل به متعين، وإن رماه
السرائر بالشذوذ، ومخالفة اصول المذهب، وفى المستمسك ان مقتضى القواعد
الجواز لاعراض الاصحاب عنها، لكن الاعراض والشذوذ كلاهما محل نظر،
ولذا سكت السادة ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على المتن .

أما اشكال انه يقتضى - على الجواز - الجمع بين الاختين، ففي ساعة يتمتع
بهذه مع الدخول، وفي ساعة بالثانية، وهكذا مع ان مناط الجمع بينهما موجود
فى المقام، وانه يقتضى ان تكون الاختان، بل الاخوات ذوات حمل منه فى وقت
واحد، ولذا ينقل ان الماتن [زه] قال لانسان فعل ذلك كيف تحمل اختان منك فيه
انهما بالاستحسان أشبه.

(والظاهر أنه كذلك اذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء المدة.)

لو حدة المناط فى المقامين عرفاً .

ومما تقدم، يعلم حكم ما اذا طلق الاخت بائناً وأراد متعة الاخت، وكذا

بالمعكس .

(مسألة - ٤٩ - إذا زنى باحدى الاختين جاز له نكاح الاخرى فى مدة استبراء

الاولى) للاصل بعدم الدليل على العدة، بل ظاهر حصر عدة الرجل فى رواية

الجعفرىات المتقدمة فى خمس انه لاعدلة فى غيرها .

وكذا اذا وطئها شبهة جاز له نكاح اختها في عدتها لانها بائنة، نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العدة خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الخبر الوارد في تدليس الاخت التي نامت في فراش اختها بعد لبسها لباسها .

(وكذا اذا وطئها شبهة جاز له نكاح اختها في عدتها لانها بائنة) وقد تقدم ان عدة البائنة لاتمنع من نكاح الاخت الثانية، فاذا كان كذلك في الوطى بالعقد كان كذلك وطى الشبهة بطريق أولى بالاضافة الى اطلاق أدلة الزواج ، وخبر الجعفریات المتقدم .

(نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العدة) للمناط في صحيح البريد الاتي (خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الخبر الوارد في تدليس الاخت التي نامت في فراش اختها بعد لبسها لباسها.) ففي صحيح بريد العجلي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل تزوج امرأة فزفت اليه اختها وكانت أكبر منها ، فأدخلت منزل زوجها ليلا فعمدت الى ثياب امرأته فنزعها منها ولبستها ثم قعدت في حجرة اختها ونحت امرأته واطغأت المصباح واستحييت الجارية ان تتكلم فدخل الزوج الحجلة فواقعها وهو يظن انها امرأته التي تزوجها، فلما ان أصبح الرجل قامت اليه امرأته، فقالت: انا امرأتك فلانة التي تزوجت، وان اختي مكرت بي فأخذت ثيابي فلبستها وقعدت في الحجلة ونحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر؟ فقال عليه السلام: أرى ان لامهر للتي دلست نفسها، وارى ان عليها الحد لما فعلت حد الزاني غير محصن، ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقض عدة التي دلست نفسها، فاذا انقضت عدتها ضم اليه امرأته .

مسألة - ٥٠ - الاقوى جواز الجمع بين فاطميتين على كراهة
 وذهب جماعة من الاخبارية الى الحرمة والبطلان بالنسبة الى الثانية
 ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان فالاحوط الترك ولو جمع
 بينهما فالاحوط طلاق الثانية أو طلاق الاولى وتجديد العقد

قالوا: وحيث ان الاصحاب اعرضوا عن هذا الصحيح لعدم تعرضهم لمضونه
 فلا يعمل به، لكن المسألة بحاجة الى التتبع والتأمل، والافمجرد عدم التعرض
 لا يوجب صدق الاعراض، والاحتياط العمل بمضونها .

(مسألة - ٥٠ - الاقوى جواز الجمع بين فاطميتين) وهو المعروف بين
 الاصحاب - كما في المستمسك - ولم أجد أحداً من قدماء الاصحاب ولا متأخريهم
 ذكر ذلك في المكروهات، فضلاً عن المحرمات - كما في الجواهر - (على
 كراهة) لظاهر النص الاتي المحمول على الكراهة لاعراض المشهور عنه .
 (وذهب جماعة من الاخبارية الى الحرمة والبطلان بالنسبة الى الثانية ،
 كما في الحدائق قال: والتحقيق ان هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الاختين
 حذو النعل بالنعل، وحينئذ فالمخرج منها كما تقدم ثمة، وهوان يفارق الثانية
 وان طلقها فهو أولى .

(ومنهم من قال: بالحرمة دون البطلان) كما عن الشيخ جعفر بن كمال
 الدين، وكأنه لان النص لا يدل على البطلان، وانما دل على الحرمة ، فاللازم
 الاقتصار على موضعه .

(فالاحوط) احتياطاً مستحباً (الترك) وهل يشمل ذلك ما لو كان الانتساب
 اليها بواسطة الام مثلاً؟ احتمالان، لا يبعد ذلك لصدق [ولد] في النص عليه .
 (ولو جمع بينهما فالاحوط طلاق الثانية أو طلاق الاولى و تجديد العقد

على الثانية بعد خروج الاولى عن العدة ، وان كان الاظهر - على القول بالحرمة - عدم البطلان لانها تكليفية فلا تدل على الفساد ، ثم الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا كما ان الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الابوين أو الاب فلا تجرى في المنتسب اليها صلوات الله عليها من طرف الام

على الثانية بعد خروج الاولى عن العدة ،) ولكن ربما يرد عليه ان الطلاق ثبت كراهته كراهة شديدة فلا دليل على ان كراهة التزويج بهما تقاوم شدة كراهة الطلاق ، واعل المشقة عليها عليه السلام من طلاق ولدها أكثر من مشقة جمعها مع مثلها .

(وان كان الاظهر - على القول بالحرمة - عدم البطلان لانها) كما يراه العرف من ظاهر النص (تكليفية فلا تدل على الفساد) اذ لا قصور في موضوع العقد لتدل على الفساد ، وانما هو لاجل الايذاء وهو لا يوجب الفساد ، كما لو كانت المعاملة توجب ايذاء مؤمن .

(ثم الظاهر) من اطلاق النص (عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا) كما لا فرق بين ان يكون ذلك بالدوام ، أو بالمتعة ، أو بالاختلاف للاطلاق .

(كما أن الظاهر) عند المصنف (اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الابوين أو الاب فلا تجرى في المنتسب اليها صلوات الله عليها من طرف الام) لان المنصرف من [ولد] من كان من طرف الاب ، ولانه لو كره ، أو حرم كل منتسب لزم عدم الجمع - كراهة او حرمة - في كثير

خصوصاً اذا كان انتسابها اليها باحدى الجدات العاليات ، وكيف كان ، فالاقوى عدم الحرمة ، وان كان النص الوارد في المنع صحيحاً على ما رواه الصدوق في العلل باسناده عن حماد قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا يحل لاحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة عليها السلام ، ان ذلك يبلغها فيشق عليها قلت : يبلغها؟ قال : أى والله وذلك لاعراض المشهور عنه مع ان تعليله ظاهر في الكراهة

من الناس لانتسابهم اليها، ولو بسبب جدة ونحوها .

(خصوصاً اذا كان انتسابها اليها باحدى الجدات العاليات) وهل ولد الزنا

منهن لها ذلك الحكم؟ احتمالان، من ان للعاهر الحجر .

و مما تقدم من وجود الانتساب لغة و الشارع لم يحدث في الموضوع

شرطاً .

(وكيف كان فالاقوى عدم الحرمة وان كان النص الوارد في المنع صحيحاً

على ما رواه الصدوق في العلل) كما رواه الشيخ ايضاً بسند غير صحيح (باسناده

عن حماد قال : سمعت ابا عبدالله (ع)، يقول : لا يحل لاحد ان يجمع بين اثنتين

من ولد فاطمة عليها السلام، ان ذلك يبلغها فيشق عليها قلت : يبلغها؟ قال : أى

والله .)

أقول: اما من لم تكن من ولدها ولو كانت من ولد على عليه السلام، فليس

لها هذا الحكم كما هو ظاهر، وانما حملناها على الكراهة .

(و ذلك لاعراض المشهور عنه) عملا و السيرة على خلافه ، حتى ان

الوسائل تردد في الحكم في عنوان الباب (مع ان تعليله ظاهر في الكراهة) .

اذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها ايذاءً لها حتى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من آذاها فقد آذاني .

مسألة - ٥١ - الاحوط ترك تزويج الامة دواماً مع عدم الشرطين من عدم التمكن من المهر للحررة وخوف العنت بمعنى المشقة ، أو الوقوع في الزنا بل الاحوط تركه متعة أيضاً ، وان كان القول بالجواز فيها غير بعيد .

وأما مع الشرطين فلا اشكال في الجواز لقوله تعالى : « ومن لم

اذ يرد عليه أولاً : انه ليس كل جمع شاقاً اذا لم تكن مشقة على نفس الفاطميتين ، فان المنصرف ما لو كانت مشقة .

وثانياً : ان مشقة بقائها بدون زوج أكثر من مشقة كونهما ضرتين ، ولذا يشكل القول بالكرهية في هاتين الصورتين .

وثالثاً ، بما ذكره [ره] .

(اذ لانسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها ايذاءً لها حتى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله : من آذاها فقد آذاني) اذ ليس كل مشقة اذية ، فان الدراسة والتجارة ربما كانت مشقة ولا يقال لها انها ايذاء ، الى غير ذلك من الامثلة ، والعمدة ما ذكرناه من الاعراض والسيرة ، ولعل مراد الامام عليه السلام ، بعض اولادها عليها السلام القريبات كمن كن في زمانهم عليهم السلام .

أما رمى الامر بكونه بدعة ، وان من المحتمل انه من مجعولات ابن الخطاب فهو خلاف وجود الخبر الصحيح .

ومما تقدم ظهر حال المتصلة اليها بواسطة زينب وام كلثوم عليهما السلام

يستطع» الى آخر الاية، ومع ذلك الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا، كما لا اشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل ولا فرق بين القن وغيره، نعم الظاهر جوازه في المبعضة لعدم صدق الامة عليها، وان لم يصدق الحرة أيضاً .

مسألة — ٥٢ — لو تزوجها مع عدم الشرطين فالاحوط طلاقها ولو حصل بعد التزويج جدد نكاحها ان أراد على الاحوط .
مسألة — ٥٣ — لو تحقق الشرطان فتزوجها، ثم زالا أو زال أحدهما لم يبطل ولا يجب الطلاق .

مسألة — ٥٤ — لو لم يجد الطول أو خاف العنت، ولكن أمكنه الوطى بالتحليل أو بملك اليمين يشكل جواز التزويج .

مسألة — ٥٥ — اذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها لمرض، أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن، وكذا لو كانت عنده واحدة من هذه أو كانت زوجته الحرة غائبة .
مسألة — ٥٦ — اذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة يجوز الاثنتين، أما الازيد فلا يجوز كما سيأتى .

مسألة — ٥٧ — اذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه فكصورة عدم القدرة لقاعدة نفى الضرر نظير سائر المقامات كمسألة وجوب الحج اذا كان مستطيعاً ولكن يتوقف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه

بأقل من ثمن المثل أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل فان
الظاهر سقوط الوجوب، وان كان قادراً على ذلك والاحوط في
الجميع اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله لامطلقاً .

فصل

الاقوى جواز نكاح الامة على الحرة مع اذنها ، والاحوط اعتبار الشرطين من عدم الطول وخوف العنت ، وأمام عدم اذنها فلا يجوز وان قلنا في المسألة المتقدمة بجواز عقد الامة مع عدم الشرطين ، بل هو باطل .

نعم ، لو أجازت بعد العقد صح على الاقوى بشرط تحقق الشرطين على الاحوط ، ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين ، أو مختلفين ، بل الاقوى عدم الفرق بين امكان وطى الحرة وعدمه لمرض ، أو قرن ، أو رتق ، الامع عدم الشرطين .
نعم ، لا يبعد الجواز اذا لم تكن الحرة قابلة للاذن لصغر أو جنون ، خصوصاً اذا كان عقدها انقطاعياً ، ولكن الاحوط مع ذلك المنع .

وأما العكس وهو نكاح الحرة على الامة فهو جائز ، ولازم اذا

كانت الحرة عالمة بالحال ، وأما مع جهلها فالاقوى خيارها فى بقائها مع الامة وفسخها ورجوعها الى أهلها ، والظاهر عدم وجوب اعلامها بالحال ، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً .

مسألة - ١ - لو نكح الحرة والامة فى عقد واحد مع علم الحرة صح ، ومع جهلها صح بالنسبة اليها ، وبطل بالنسبة الى الامة الا مع اجازتها ، وكذا الحلل لو تزوجهما بعقدين فى زمان واحد على الاقوى .

مسألة - ٢ - لا اشكال فى جواز نكاح المبعوضة على المبعوضة ، وأما على الحرة ففيه اشكال ، وان كان لا يبعد جوازه لان الممنوع نكاح الامة على الحرة ، ولا يصدق الامة على المبعوضة ، وان كان لا يصدق انها حرة أيضاً .

مسألة - ٣ - اذا تزوج الامة على الحرة فماتت الحرة ، أو طلقها أو وهب مدتها فى المتعة أو انقضت لم يثمر فى الصحة ، بل لا بد من العقد على الامة جديداً اذا أراد .

مسألة - ٤ - اذا كان تجته حرة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الامة فى عدتها ، وأما اذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال ، وان كان لا يبعد الجواز لانصراف الاخبار عن هذه الصورة .

مسألة - ٥ - اذا زوجه فضولى حرة فتزوج أمة ، ثم أجاز عقد الفضولى فعلى النقل لا يكون من نكاح الامة على الحرة فلا مانع

منه وعلى الكشف مشكل .

مسألة - ٦ - اذا عقد على حرة وعقد وكيله على أمة، و شك فى السابق منهما لا يبعد صحتها، وان لم تجز الحرة والاحوط طلاق الامة مع عدم اجازة الحرة .

مسألة - ٧ - لو شرط فى عقد الحرة أن تأذن فى نكاح الامة عليها صح، ولكن اذا لم تأذن لم يصح بخلاف ما اذا شرط عليها أن يكون له نكاح الامة .

فصل فى نكاح العبيد والاماء

مسألة - ١ - أمر تزويج العبد والامة بيد السيد فيجوز له تزويجهما، ولو من غير رضاهما أو اجبارهما على ذلك، ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير اذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك حتى لو كان لهما أب حر، بل يكون ايقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً اذا كان ذلك بقصد ترتيب الاثر، ولو لا مع اجازة المولى .

نعم، لو كان ذلك بتوقع الاجازة منه فالظاهر عدم حرمة لانه ليس تصرفاً فى مال الغير عرفاً كبيع الفضولى مال غيره، وأما عقدهما على نفسيهما من غير اذن المولى ومن غيرهما بتوقع الاجازة فقد يقال : بحرمة لسلب قدرتهما، وان لم يكونا مسلوبى العبارة لكنه مشكل لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك، وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير باذنه أو فضولة فانه ليس بحرام على الاقوى،

وان قيل بكونه حراماً .

مسألة - ٢ - لو تزوج العبد من غير اذن المولى وقف على اجازته ، فان أجاز صح ، وكذا الامة على الاقوى والاجازة كاشفة ، ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها أولاً ، بل على الوجه المحرم ، ولا يضره النهي لانه متعلق بأمر خارج متحد والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الاجازة فلا تنفع الاجازة بعد الرد ، وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد أولاً ؟ وجهان أقواهما الثاني .

مسألة - ٣ - لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر ان لم يعين في عين يكون في ذمة المولى ، ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه ، وهل له ذلك قهراً عليه فيه اشكال ، كما اذا استدان على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه .

وأما لو أذن له في التزويج فان عين كون المهر في ذمته ، أو في ذمة العبد ، أو في عين معين معين ، وان أطلق ففي كونه في ذمته أو في ذمة العبد مع ضمانه له وتعهده أدائه عنه ، أو كونه في كسب العبد وجوه أقواها الاول ، لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه ، وكون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء وكونه كلا على مولاه من لوازم الاذن في التزويج عرفاً .

وكذا الكلام فى النفقة، ويدل عليه أيضاً فى المهر رواية على ابن أبى حمزة، وفى النفقة موثقة عمار الساباطى، ولو تزوج العبد من غير اذن مولاه، ثم أجاز ففى كونه كالاذن السابق فى كون المهر على المولى أو بتعهده أو لوجهان، ويمكن الفرق بين مالوجعل المهر فى ذمته فلادخل له بالمولى، وان أجاز العقد، أوفى مال معين من المولى، أوفى ذمته فيكون كما عين، أو أطلق فيكون على المولى.

ثم ان المولى اذا أذن فتارة يعين مقدار المهر، وتارة يعمم وتارة يطلق، فعلى الاولين لاشكال، وعلى الاخير ينصرف الى المتعارف، واذا تعدى وقف على اجازته، وقيل: يكون الزائد فى ذمته يتبع به بعد العتق، وكذا الحال بالنسبة الى شخص الزوجة فانه ان لم يعين ينصرف الى اللاتق بحال العبد من حيث الشرف والضعفة فان تعدى وقف على اجازته.

مسألة - ٤ - مهر الامة المزوجة للمولى سواء كان هو المباشر أو هى باذنه، أو باجازته ونفقتها على الزوج الا اذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها، أو اشترط كونها عليه، وللمولى استخدامها بما لا ينافى حق الزوج، والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلى بينها وبين الزوج ليلاً، ولا بأس به، بل يستفاد من بعض الاخبار ولو اشترط غير ذلك فهما على شرطهما، ولو اراد زوجها أن

يسافر بها هل له ذلك من دون اذن السيد قد يقال : ليس له بخلاف
 ما اذا اراد السيد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون اذن الزوج
 والاقوى العكس ، لان السيد اذا اذن بالتزويج فقد التزم بلوازم
 الزوجية والرجال قوامون على النساء .

وأما العبد المأذون فى التزويج فأمره بيد مولاه فلو منعه من
 الاستمتاع يجب عليه طاعته الا ما كان واجباً عليه من الوطىء فى كل
 أربعة أشهر ، ومن حق القسم .

مسألة — ٥ — اذا اذن المولى للامة فى التزويج وجعل المهر
 لها صح على الاقوى من ملكية العبد والامة ، وان كان للمولى أن
 يتملك ما ملكه ، بل الاقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكية طولية .
 مسألة — ٦ — لو كان العبد أو الامة لمالكين أو أكثر توقف صحة
 النكاح على اذن الجميع ، أو اجازتهم ، ولو كانا مبعضين توقف على
 اذنهما ، واذن المالك وليس له اجبارهما حينئذ .

مسألة — ٧ — اذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وتستحق المهر
 ان كان ذلك بعد الدخول ، وأما ان كان قبله ففى سقوطه أو سقوط
 نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنية على أنه بطلان أو انفساخ ، ثم هل
 يجرى عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا ؟ وعلى السقوط كلا اذا
 اشترته بالمهر الذى كان لها فى ذمة السيد بطل الشراء للزوم خلو
 البيع عن العوض .

نعم ، لا بأس به اذا كان الشراء بعد الدخول لاستقرار المهر
 حينئذ وعن العلامة فى القواعد البطلان اذا اشترته بالمهر الذى فى
 ذمة العبد وان كان بعد الدخول لان تملكها له يستلزم براءة ذمته من
 المهر فيخلو البيع عن العوض وهو مبنى على عدم صحة ملكية المولى
 فى ذمة العبد ، ويمكن منع عدم الصحة مع أنه لا يجتمع ملكيتها له
 ولما فى ذمته بل ينتقل ما فى ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال العبد
 اليها .

مسألة - ٨ - الولدين المملوكين رق سواء كان عن تزويج
 مأذون فيه أو مجاز أو عن شبهة مع العقد أو مجردة أو عن زنا منهما أو
 من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما ، أو عند أحدهما
 وأما اذا كان أحد الابوين حراً فالولد حر اذا كان عن عقد صحيح
 أو شبهة مع العقد أو مجردة حتى فيما لو دلست الامة نفسها بدعواها
 الحرية فتزوجها حر على الاقوى وان كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة
 الولد الى مولاها ، وأما اذا كان عن عقد بلاذن مع العلم من الحر
 بفساد العقد ، أو عن زنا من الحر منهما فالولد رق .

ثم اذا كان المملوك كان لمالك واحد فالولد له وان كان كل منهما
 لمالك فالولد بين المالكين بالسوية الا اذا اشترط التفاوت أو
 الاختصاص بأحدهما هذا اذا كان العقد باذن المالكين أو مع عدم
 الاذن من واحد منهما وأما اذا كان بلاذن من أحدهما فالظاهر أنه

كذلك ولكن المشهور أن الولد حينئذ لمن لم يأذن ويمكن أن يكون مرادهم في صورة اطلاق الاذن بحيث يستفاد منه اسقاط حق نمائية الولد ، حيث ان مقتضى الاطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرة والافلاوجه له .

وكذا لو كان الوطى شبهة منهما سواء كان مع العقد أو شبهة مجردة فان الولد مشترك وأمالو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الامة سواء كان من طرفها شبهة أو زنا .

مسألة -- ٩ -- اذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حر لا يصح اشتراط رقيته على الاقوى في ضمن عقد التزويج فضلا عن عقد خارج لازم ولا يضر بالعقد اذا كان في ضمن عقد خارج وأما ان كان في ضمن عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه ، والاقوى عدمه ويحتمل الفساد وان لم نقل به في سائر العقود اذا كان من له الشرط جاهلا بفساده لان في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار بخلاف المقام حيث انه لا يجرى خيار الا اشتراط في النكاح . نعم مع العلم بالفساد لافرق اذا لا خيار في سائر العقود أيضاً .

مسألة -- ١٠ -- اذا تزوج حرّامة من غير اذن مولاها حرم عليه وطئها ، وان كان بتوقع الاجازة وحينئذ فان أجاز المولى كشف عن صحته على الاقوى من كون الاجازة كاشفة وعليه المهر والولد حر

ولا يحد حد الزنا وان كان عالماً بالتحريم بل يعزر وان كان عالماً بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة 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 أيضاً عالمة على الاقوى وفي كونه المسمى أو مهر المثل أو العشر ان كانت بكرأ ونصفه ان كانت ثيباً وجوه بل أقوال أقواها الاخير ويكون الولد لمولى الامة .

وأما اذا كان جاهلا بالحكم أو مشتبهاً من جهة اخرى فلا يحد ويكون الولد حرأ نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حياً ولكن لادليل عليه فى المقام ودعوى أنه تفويت لمنفعة الامة كما ترى اذ التفويت انما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية ، وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولد ، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد لانه انعقد حرأ فيكون التفويت فى ذلك الوقت .

مسألة - ١١ - اذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يرده أيضاً حتى مات فهل يصح اجازة وارثه له أم لا وجهان أقواهما العدم لانها على فرضها كاشفة ، ولا يمكن الكشف هنا لان المفروض أنها كانت للمورث وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك .

مسألة - ١٢ - اذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر ودخل بها ، ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقة وعليه المهر لسيدها

وهو العشر ونصف العشر على الاقوى لا المسمى ولا مهر المثل ، وان كان أعطاها المهر استرد منها ان كان موجوداً والاتبعت به بعد العتق ولو جاءت بولد ، ففي كونه حرّاً أوراًقاً لمولاه قولان ، فعن المشهور أنه رق ولكن يجب على الاب فكه بدفع قيمته يوم سقط حياً ، وان لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته وان أبى وجب على الامام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال والاقوى كونه حرّاً كما في سائر موارد اشتباه الحر حيث انه لا اشكال في كون الولد حرّاً فلا خصوصية لهذه الصورة والابخار الدالة على رقيته منزلة على أن للمولى أخذه ليتسلم القيمة جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حرّاً وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة أو السعى أو دفع الامام عليه السلام ، لموثقة سماعة هذا كله اذا كان الوطى بحال اعتقاده كونها حرة .

وأما اذا وطئها بعدم العلم بكونها أمة فالولد رق لانه من زنا حينئذ بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاهم أعتقها ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان فان الوطى حينئذ أيضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية .

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها لاصالة الحرية فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية الولد ، وكذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها .

مسألة -- ١٣ -- اذا تزوج عبد بحرة من دون اذن مولاه ولا اجازته كان النكاح باطلا فلا تستحق مهرأً ولا نفقة ، بل الظاهر أنها تحدد حد الزنا اذا كانت عالمة بالحال وأنه لا يجوز لها ذلك نعم لو كان ذلك لها بتوقع الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحدد ، كما أنه كذلك اذا علمت بمجيء الاجازة .

وأما اذا كان بتوقع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدد مع عدم حصولها بخلاف ما اذا حصلت فانها تعزر حينئذ لمكان تجربتها واذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً بل مع كونه زانياً أيضاً لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحرة وأما اذا كانت جاهلة بالحال فلاحد والولد حر وتستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق .

مسألة -- ١٤ -- اذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر وان كانت الحرة أيضاً زانية ففرق بين الزنا المجرد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا ان الولد لمولى العبد .

مسألة -- ١٥ -- اذا زنى حرباً فوالد لمولاه ، وان كانت هي أيضاً زانية وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فان الولد لمولاه .

مسألة -- ١٦ -- يجوز للمولى تحليل أمة لعبده وكذا يجوز له أن ينكحها اياها والاقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل ، كما أن الاقوى كفاية أن يقول له : أنكحتك فلانة ولا يحتاج الى القبول منه أو من العبد لاطلاق الاخبار ولان الامر بيده فايجابه مغن عن القبول بل لا يبعد

أن يكون الامر كذلك فى سائر المقامات مثل الولى والوكيل عن الطرفين وكذا اذا وكل غيره فى التزويج فيكفى قول الوكيل انكحت أمة موكلى لعبد فلان أو انكحت عبد موكلى أمته وأما لو أذن للعبد والامة فى التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الايجاب والقبول .

مسألة — ١٧ — اذا أراد المولى التفريق بينهما لاحاجة الى الطلاق بل يكفى أمره ايهما بالمفارقة ، ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً بأن يأمر عبده بطلاقها وان كان لا يخلو من اشكال أيضاً .

مسألة — ١٨ — اذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره فى العقد أولاً ، بل هو الاحوط وتملك الامة ذلك بناءً على المختار من صحة ملكية المملوك اذا ملكه مولاه أو غيره .

مسألة — ١٩ — اذا مات المولى وانتقلا الى الورثة فلهم أيضاً الامر بالمفارقة بدون الطلاق والظاهر كفاية أمر أحدهم فى ذلك .

مسألة — ٢٠ — اذا زوج الامة غير مولاه من حر فأولدها جاهلاً بكونها لغيره عليه العشر أو نصف العشر لمولاه وقيمة الولد ويرجع بها على ذلك الغير لانه كان مغروراً من قبله ، كما أنه اذا غرته الامة بتدليسها ودعواها الحرية تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق وكذا اذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها .

مسألة — ٢١ — لو تزوج أمة بين شريكين باذنها ، ثم اشترى حصة أحدهما أو بعضها أو بعضاً من حصة كل منهما بطل نكاحه

ولا يجوز له بعد ذلك وطئها وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها
وهل يجوز له وطئها اذا حللها الشريك قولان : أقواهما نعم للنص ،
وكذا لا يجوز وطئ من بعضه حر اذا اشترى نصيب الرقية لا بالعقد
ولا بالتحليل منها نعم لوهاياها فالاقوى جواز التمتع بها فى الزمان
الذى لها عملا بالنص الصحيح وان كان الاحوط خلافه .

فصل فى الطوارى

وهى العتق والبيع والطلاق، أما العتق فاذا اعتقت الامة المزوجة كان لها فسخ نكاحها اذا كانت تحت عبد بل مطلقاً وان كانت تحت حر على الاقوى ، والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم و المنقطع نعم الحكم مخصوص بما اذا اعتق كلها فلا خيار لها مع عتق بعضها على الاقوى نعم اذا أعتق البعض الاخر أيضاً ولو بعد مدة كان لها الخيار .

مسألة - ١ - اذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر وهل هو لمولاها أولها تابع للجعل فى العقد فان جعل لها فلها ، والا فله ولمولاها فى الصورة الاولى تملكه ، كما فى سائر الموارد اذ له تملك مال مملوكة بناء على القول بالملكية لكن هذا اذا كان قبل انعقادها و أما بعد انعقادها فليس له ذلك وان كان قبل الدخول فى سقوطه أو سقوط

نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه أقواها الاخير وان كان مقتضى الفسخ الاول وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة والقياس على الطلاق فى ثبوت النصف لوجه له .

مسألة - ٢ -- اذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها وان جعل للمولى أو أطلق ففى كونه لها أوله قولان: أقواهما الثانى لانه ثابت بالعقد وان كان يستقر بالدخول ، والمفروض أنها كانت أمة حين العقد .

مسألة - ٣ -- لو كان نكاحها بالتفويض فان كان بتفويض المهر فالظاهر أن حاله حال ما اذا عين فى العقد وان كان بتفويض البضع فان كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين فحاله حال ما اذا عين حين العقد وان كان قبل الدخول فالظاهر أن المهر لها لانه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينه .

مسألة - ٤ -- اذا كان العتق فى العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق فان اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ وان اختارت البقاء بقى له حق الرجوع ، ثم اذا اختارت الفسخ لا تتعدد العدة ، بل يكفيها عدة واحدة ولكن عليها تسميمها عدة الحرة ، وان كانت العدة بائنة فلا خيار لها على الاقوى .

مسألة ٥ -- لا يحتاج فسخها الى اذن الحاكم .

مسألة ٦ -- الخيار على الفور على الاحوط فوراً عرفياً نعم لو كانت جاهلة بالعتق أو بالخيار أو بالفورية جاز لها الفسخ بعد العلم ولا يضره التأخير حينئذ .

مسألة ٧ -- ان كانت صبية أو مجنونة فالاقوى أن وليها يتولى خيارها .

مسألة ٨ -- لا يجب على الزوج اعلامها بالعتق أو بالخيار اذا لم تعلم بل يجوز له اخفاء الامر عليها .

مسألة ٩ -- ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لترويجها أو آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها ، ولكن يمكن دعوى انصراف الاخبار الى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها .

مسألة ١٠ -- لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته .

مسألة ١١ -- لو اعتق العبد لاخيار له ولا لزوجته .

مسألة ١٢ -- لو كان عند العبد حرة وأمتان فاعتقت احدى الامتين ، فهل لها الخيار أولاً وجهان ، وعلى الاول ان اختارت البقاء فهل يشبث للزوج التخيير أو يبطل نكاحها وجهان ، وكذا اذا كان

عنده ثلاث ، أو أربع اماء فاعتقت احداها ، ولو اعتق في هذا الفرض جميعهن دفعة ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات أو التخيير من الاول للزوجات فان اخترن البقاء فله التخيير أو يبطل نكاح الجميع وجوه .

فصل

في العقد واحكامه

مسألة - ١ - يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الايجاب و

القبول اللفظيين

فصل

في العقد واحكامه

(مسألة - ١ - يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الايجاب والقبول اللفظيين)

بلا اشكال ولا خلاف عندهم ، وفي المستند يجب في النكاح الصيغة باتفاق علماء الاسلام ، بل الضرورة من دين خير الانام .

وفي الحدائق أجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على

الايجاب والقبول اللفظيين ، وقال الشيخ المرتضي أجمع علماء الاسلام كما

صرح به غير واحد على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح فلا يباح بالاباحة

او المعاطات ، وكذا ادعى غير هؤلاء الاجماع ، واستدل لذلك بامور:

الاول : الاجماع المذكور .

الثاني : الضرورة .

الثالث : اصالة تحريم الفرج الى ان يثبت سبب الحل شرعاً - كما استدل

به الجواهر في بعض فروع هذه المسألة .

الرابع : ان اللفظ هو الفارق بين النكاح والسفاح فاذا لم يكن لفظ كان

سفاحاً .

الخامس : قوله تعالى : « واخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فان الميثاق لا يكون

الا باللفظ .

السادس : رواية العجلي، حيث سأله عن الاية المباركة؟ قال عليه السلام:

الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح .

السابع : السيرة المتصلة بزمانهم عليهم السلام فانهم عليهم السلام عقدوا

بالالفاظ ، كما ورد في جملة من الروايات وهكذا جرت السيرة على ذلك الى

اليوم .

الثامن : ما دل على انعقاد النكاح دائماً اذا لم يذكر المدة .

التاسع : ما دل على ان الهبة لا تحل الا لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

فمن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لا تحل الهبة لاحد بعد رسول

الله صلى الله عليه وآله وسلم .

وفي حديث محمد بن قيس ، عنه عليه السلام، قال: فاحل الله هبة المرأة

نفسها لرسول الله صلى الله عليه وآله ، ولا يحل ذلك لغيره ، فانه ان لم يحتج

النكاح الى الصيغة الخاصة لم يكن وجه لعدم صحة الهبة الا للرسول صلى الله

عليه وآله وسلم .

العاشر : ان النكاح موضوع عرفي قد امضاه الشارع والعرف لا يرون النكاح

الابالصيغة .

أقول : لعل في مجموع هذه الامور كفاية ، وان كان يرد على الاول : انه محتمل الاستناد ، ومثله ليس بحجة .

وعلى الثاني : الاشكال في وجود الضرورة ، وان كانت فهي في قبال السفاح لا في الاحتياج الى اللفظ .

وعلى الثالث : ان اطلاقات النكاح لاتدع مجالاً للاصل .

وعلى الرابع : بما ذكره المستمسك من ان الفارق بين النكاح والسفاح لا يرتبط باللفظ ، اذ السفاح الوطي لا يعنون الزوجية ، وفي النكاح الوطي بعنوان الزوجية ، وان لم يكن انشائها باللفظ كما في نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة فانه نكاح وليس بسفاح ، وان كان بغير لفظ ، ولذا جعل العمدة في الاحتياج الى اللفظ الاجماع .

وعلى الخامس : ان الميثاق يكون بغير اللفظ فانه مشتق من الوثوق الحاصل اخذه بكل دال عليه .

وعلى السادس : ان الكلمة تشمل كل ظاهرة ، ولذا يقال : كلمات الله ، و يطلق على الكتابة الكلمة بالاضافة الى ان الرواية مذيلة بقوله عليه السلام : وأما قوله تعالى : « غليظاً فهو ماء الرجل يفضيه اليها » فانه ظاهر في ان الميثاق الفعل لا القول ، أى ان فعل النكاح المقارن للمني ميثاق غليظ فلادلالة في الرواية على مجرد القول .

وعلى السابع : ان فعلهم عليهم السلام ، لا يدل على الانحصار بعد صدق النكاح على الفعل بدون القول ايضاً ، مثل قوله سبحانه : « زوجناهم بحور عين » حيث ان ظاهره اعطائهن لهم لاجراء اللفظ .

وعلى الثامن : ماسياتي الكلام في ذلك من المناقشة في كون الرواية على

فلايكفى التراضي الباطنى

خلاف الاصل لكون العقود تتبع القصود أم لا ؟ .

وعلى أي حال ، لاتكون هذه الرواية دليلا على مطلب المستدل .

وعلى التاسع : ان المراد بالهبة بلاعوض كهبة المال ، ومن المعلوم ان المرأة لاتوهب للرجل ، كما ان الرجل لا يوهب للمرأة ، ويدل على ذلك متواتر الروايات التي ذكرها الوسائل وغيره مما يفيد ذلك مثل ما رواه الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في حديث لاتحل الهبة الا لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاما لغير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلا يصلح نكاح الابمهر وذلك معنى قوله : وامرأة مؤمنة - الحديث .

وعلى العاشر : ان شأن النكاح عند العرف شأن سائر العقود يحتاج الى الرضا والمظهر ، فاذا حصل العقد نكاحاً كان أو غيره واما قوله عليه السلام : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام . فقد اجابه عنه الشيخ المرتضى [ره] في باب المعاطات من المكاسب فراجع ، وكيف كان فلا يمكن الاغضاء عن الاجماع المدعى في كلامهم مستفيضاً .

ويؤيده ما رواه الوسائل في باب الزنا من [كتاب الحدود] عن سماعة قال سألته عليه السلام ، عن رجل أدخل جارية يتمتع بها ثم نسي حتى واقعها يجب عليه حد الزاني ؟ قال : لا ، ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما أتى .

وان كان في دلالة نظر ، اذ ظاهرها عدم تعيين المدة والمهر مما يشترط في المتعة ، وانما الكلام فيما اذا كان تعيين بدون لفظ .

(فلايكفى التراضي الباطني) بين الزوج والزوجة أو وليهما أو ما أشبهه ، لانه بالاضافة الى انه لالفظ له لامظهر له ، والمظهر شرط في المعاملات التي

ولا الايجاب والقبول الفعليين

هي أقل مرتبة من النكاح فكيف بالنكاح.

(و) كذا (لا) يكفي (الايجاب والقبول الفعليين) كالمعاطات ، سواء كان الفعل عملاً كالوطىء والقبلة وما أشبهه أو إشارة كالآخرس ، وعدم الكفاية لما تقدم من الدليل واستثناء الآخرس انما هو لدليل خاص ، بل يكفي فيه عدم شمول الأدلة له للانصراف ، لكن لا يخفى ان الظاهر انه لا يكفي التعاطي في باب النكاح فيما لو أرادته المسلم .

أما غير المسلم فقولته عليه السلام : لكل قوم نكاح . شامل له ، ولا يستشكل بانه كيف حلل الشارع لغير المسلم ما لم يحلله للمسلم ، لانه يرد عليه ان مصلحة التحليل أهم .

ثم ان من الايجاب والقبول الفعليين الكتابة كما تعتاد عند بعض الاقوام من ان الزوجين يذهبان الى المحكمة ويسجل المحاكم انهما رضيا بالزواج بينهما ، فانه أيضاً نوع من الاشارة ، ولو تزوج في حال غير الاسلام ثم أسلم لم يحتج الى اجراء اللفظ للسيرة من زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم الى هذا الوقت ، حيث لا يأمر المسلمون الكافرين الذين دخلوا في الاسلام جديداً باعادة النكاح .

وعلى هذا ، فالرضا والاشارة والتعاطي والكتابة ليست نكاحاً ، ثم ربما يزداد دليلاً على عدم كفاية الرضا انه لو كان كافياً لم يكن زنا الا في الاكراه ، ومن المعلوم ان غالب الزنا يتم برضى الطرفين ، لكن فيه تأمل ، اذ عنوان الزنا الذي يقصده الزناة غير عنوان النكاح الذي يقصد الناكحون .

نعم ، ربما يكون ما ذكر مؤيداً لاشتراط اللفظ .

وأن يكون الايجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم، وان كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على ارادة الدوام

(و) يشترط (أن يكون الايجاب بلفظ النكاح أو التزويج) لانهما لفظان ، وردا في الشريعة كتاباً وسنة، قال تعالى : «زوجناكها» وليس المراد الوطي أو المزوجة اللغوية .

وقال تعالى : «ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم» والمراد الزواج لا الوطي ، و ذلك لحرمة منكوحة الاب على الابن، ولو كان المراد الوطي لم تدل الآية على حرمة المنكوحة مطلقاً.

وعلى هذا ، فلا يقال: باحتمال ان يراد بالاول المزوجة مثل قوله تعالى : «زوجناهم بحور عين» وبالثانية الوطي مثل قوله تعالى : «الزاني لا ينكح الا زانية» حيث قالوا: المراد بالاية ان الزناة والزواني يطابق بعضهم بعضاً في عمل القبيح (على الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم، وان كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على ارادة الدوام) كأن تقول: المرأة متمتكت نفسي دائماً فيقول الرجل: قبلت، استدل المانع باصالة عدم الانعقاد، وان في النكاح شوب عبادة فهو توقيفي، وان المتعة مجاز في الدائم :

وقد قرروا عدم الاتيان بالالفاظ المشتركة والمجازية في العقود، والاجماع الذي ادعاه الطبريات و الكل كما ترى ، لان الاصل لامجال له الا عند اعواز الدليل، والدليل موجود، فان اطلاقات النكاح والوفاء بالعقد شامل لهو المانع يقول بالصحة في المنقطع فيما قال: تمتعت فلانها بين العبادية والصحة في المقام أيضاً، وما قرروه ليس بتام :

ويشترط العربية مع التمكن منها

ولذا أجاز نفس المانع الاجراء بلفظي النكاح والزواج وهما مشتركان كما عرفت، والاجماع مخدوش كبرى وصغرى، كما لا يخفى .
 وحيث ظهر الاشكال في قول المانع لم يستبعد كفاية لفظ المتعة لافادته مفهوماً النكاح ، ووروده في باب المنقطع ، بالاضافة الى ما دل على انه لو لم يذكر الاجل انقلب دائماً، فان الظاهر من ذلك ان المتعة صالحة للامرين ، بل قد يقال: ان حقيقة النكاح شيء واحد، وانما ذكر الاجل وعدم ذكره يؤثر في الآثار، فليس تلك الروايات خلاف القاعدة القطعية من ان العقود تتبع القصد اذ يكون حاله حال من اجري البيع ولم يذكر الشرط مع انه اراده فالعقد لا يتبع القصد المجرد، بل القصد الملفوظ به، فكما ان في البيع لانقول بالبطلان، لانه بدون خيار ليس بمقصود، ولانقول بوجود الخيار لانه قصد، بل نقول بالصحة بلا خيار، لان القصد بدون المظهر لأثر له كذلك في المقام المتعة معناها النكاح فان ذكر الاجل حال كونه مقصوداً له تحققت آثار المنقطع ، والا كان على الاصل دائماً .

و كيف كان ، فالاشكال في ان الرواية التي ذكرت حكم الانقلاب غير وارد .

(ويشترط العربية مع التمكن منها) كما اختاره غير واحد، بل عن المبسوط والتذكرة الاجماع عليه، وقال في المستند: وفقاً لغير من شذوندر، بل باجماعنا [الى ان قال :] خلافاً للمحكى عن ابن حمزة فاستحب العربية واختاره في المفاتيح وشرحه واستقره في الكشف - انتهى .

أقول: وفي المستمسك ان البناء على جواز غير العربي هو المتعين، وهذا

ولو بالتوكيل على الاحوط ، نعم مع عدم التمكن منها

هو الظاهر للاصل والاطلاقات بعد ان أدلة القول بوجوب العربية مخدوشة ، فانهم استدلوا لذلك بامور :

الاول: اصالة عدم الانعقاد بغيرها .

الثاني: ان في النكاح شائبة عبادة فهي توقيفية .

الثالث: ان الايات والروايات الواردة في النكاح كلها بالعربية .

الرابع: الاجماع المتقدم .

الخامس: ما عن التذكرة من ان غير العربي بالنسبة اليه كالكناية فلا يعتبر به .

السادس: ان الاحتياط في الفروج يقتضي ذلك ، كما عن كشف اللثام ، وفي

الكل ما لا يخفى ، فانه لأصل في المقام بعد شمول الاطلاقات واصالة عدم الاشتراط

وما في الجواهر من انصراف الاطلاقات الى العربية غير تام ، ولو سلم الانصراف

فهو بدوي ، وكون النكاح فيه شائبة عبادة ممنوع صغرى وكبرى ، والايات

والروايات انما كانت بالعربية لانها لسانهما كما في سائر المعاملات والاجماع

محتمل الاستناد ، بالاضافة الى من عرفت من عدم ذهابهم الى ذلك وكون غير العربي

كالكناية ممنوع ، والاحتياط حسن ، لانه لازم بعد وجود المطلقات .

ومما تقدم ، يعرف انه لا وجه لتفصيل السيد الجمال ، حيث قال : لا يبعد صحة

النكاح من كل قوم بلسانهم ، اذ لو شمل الاطلاق كل ما دى النكاح لم يكن فرق بين

ان يكون بلغتهم أم لا؟

نعم ، لاشكال في ان الاحوط ملاحظة العربية مطلقاً ، خصوصاً اذا كان لغته

العربية .

(ولو بالتوكيل على الاحوط) لانه نوع من التمكن (نعم مع عدم التمكن منها

ولو بالتوكيل على الاحوط يكفى غيرها من الالسنه اذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج

ولو بالتوكيل على الاحوط يكفى غيرها من الالسنه) بل عن التذكرة الاتفاق هنا على الجواز مع عدم القدرة على العربية، وعدم امكان التعلم، وان تمكن من التوكيل وانما قالوا بجواز الترجمة مع انهم قالوا بلزوم العربية، وليس المقام كالصلاة الواجبة، اذ ليس النكاح واجباً، لان المستند - عندهم غالباً - في لزوم العربية الاجماع ولاجماع مع عدم التمكّن من العربية، أما في باب الصلاة فوجوبها بضميمة دليل الميسور يقتضي الاتيان بالترجمة، لكن لا يستقيم ذلك بالنسبة الى النوافل، الا ان يتم الاجماع والاولوية، وماورد من ان الاعجمي يقرأ القرآن ملحوناً فترفعه الملائكة صحيحاً .

ولا يخفى ان لزوم كون الصلاة عربية ليس استعماراً - كما ربما يزعم - بل من جهة توحيد لغة التفاهم بين المسلمين وهو مطلب عقلائي يهتم به عقلاء العالم بأن تكون لغة مشتركة بين الاقوام المختلفة الداخلة في اطار دين أو قانون واحدة .

(اذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج) لما تقدم من اعتبارهما، فمع عدم امكانهما أتى بمعناهما، ويضاف على ذلك معنى لفظ [المتعّة] ان قلنا بصحتها كما تقدم، ومثل الترجمة لوجاء بنفس اللفظين مثلاً قالت في اللغة الفارسية : [بنكاح دادم خودم را بشما] أو قال: [تزويع كردم شمارا] .

ثم ان معنى التزويج جعلهما قرينين مقارنة على نحو خاص، ومعنى النكاح جعلهما ذاعلة بحيث يصح ان يطىء الزوج الزوجة، ومعنى التمتع جعلهما ذاعلة بحيث يصح ان يتلذذ احدهما بالآخر والظاهر ان الترجمة الحرفية غير لازم بل يكفى

والاحوط اعتبار الماضوية ، وان كان الاقوى عدمه

ترجمة المضمون، وذلك للاطلاقات التي لم يخرج منها الاصورة امكان العربية، كما ان الظاهر ان العربي الغلط في حال عدم امكان الصحيح، بل حال امكانه كاف فلو قال: [زوجتك نفسي] بكسر نون النفس، أو قال: [جوزتك] بدل [زوجتك] صح كما ذكره السيد ابو الحسن «ره»، اذ لا دليل على لزوم صحة العربية .

نعم، الاحتياط في مراعات الصحة وحال العربي العامي حال الفارسية، وان كان أقرب منه، فاذا دار الامر بينهما كان العامي مقدماً .

ومنه يعرف، حال مختلف اللهجات، مثل تبديل المصريين [الجيم، بالكاف] وتبديل السوريين [القاف، بالهمزة] الى غير ذلك .

أما الغلط في الاسم، وفي المتعلق الذي ليس من صميم النكاح ، كما لو قال: [هفته] مكان [هفده] أو قال: [تينار مكان دينار] فالظاهر عدم ضرره حتى مع الامكان من الصحة لانها ليست من الصيغة والاجماع لا يشملها، ثم في العربية لاحاجة الى فهم المفردات والخصوصيات كان تعرف ان [انكحتك] [التاء] للفاعل و[الكاف للمفعول] بل اللازم ان يفهم ان هذه الجملة تؤدي هذا المعنى، وذلك لعدم الدليل على الاشتراط المذكور .

(والاحوط اعتبار الماضوية) بل هو المشهور بين المتأخرين - كما نسب اليهم - واستدل لذلك بالاحتياط وبعدم صراحة غير الماضي، وبأن المضارع والامر ليسا موضوعين للانشاء، الى غير ذلك من الوجوه الضعيفة .

(وان كان الاقوى عدمه) كما عن ابن أبي عقيل والمحقق وآخرين، ووافقهم المستند والمستمسك وغيرهما ولا فرق بين المتعة والدوام ، وان كان المحكى عن بعض شراح المفاتيح ذهاب جماعة من الاصحاب الى جواز المستقبل في

فيكفى المستقبل والجملة الخبرية كأن يقول : أزوجك أو أنا
مزوجك فلانة ، كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول

المتعة خاصة .

(فيكفى المستقبل والجملة الخبرية كأن يقول : أزوجك أو أنا مزوجك فلانة)

كما يصح في الطلاق [فلانة طالق] بالجملة الخبرية .

ويؤيده رواية أبان بن تغلب ، كيف أقول لها اذا خلوت بها ؟ قال : تقول :
اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ، لا وارثه ولا موروثه ، كذا وكذا يوماً
[الى ان قال:] فاذا قالت: نعم، فقد رضيت فهي امرأتك وانت أولى الناس بها،
قلت: فاني استحيى ان اذكر شرط الايام؟ قال عليه السلام: هو أضر عليك، قلت:
وكيف؟ قال: انك ان لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة وكانت
وارثة لم تقدر على ان يطلقها الاطلاق السنة .

(كما أن الاحوط) استحباباً (تقديم الايجاب) من المرأة (على القبول) كما
نسب الى الاكثر والاشهر في مطلق العقود، لكن في المستند ان الاظهر الاشهر كما
قيل، بل بالاجماع كما عن المبسوط والسرائر عدم التوقف عليه فيجوز تقديم
القبول، وهذا هو الاقرب .

استدل للاول: بالاحتياط ونحوه، وبما في المستمسك من ان القبول العقدي-

اعني ما يقابل الايجاب- مختص بما يتعلق بالايجاب الماضي فيكون معنى القبول
المقابل للايجاب هو الرضا بما جعل وانشاء، اما الرضا بما يجعل وينشأ فلا يكون
قبولاً بالمعنى المقابل للايجاب ، فلو تقدم القبول لم يكن قبول بذلك المعنى .

أقول : اما الاحتياط ونحوه فلا يخفى ما فيه بعد وجود الاطلاقات ، وأما
الاستدلال المذكور فلانه ان أراد ان القبول انفعال، والانفعال لا يعقل ان يتقدم
على الفعل ففيه ان ذلك في الامور التكوينية، وليس مانحن فيه منها، وان أراد غير

ذلك فعليه ان يثبت ان المحتاج اليه في العقود كون احدهما موجباً، والاخر قابلاً، أي الاحتياج الى القبول العقدي بالمعنى الذي ذكره ، فان الظاهر ان الزوج والزوجة كلاهما يبيح نفسه للاخر، في اطار الاسلام - وكما يمكن اباحة هذا لتلك يمكن العكس، وكذلك يمكن ان يبيح كل قبل قبول الاخر وبعد قبوله، فان الامور الاعتبارية خفيف المؤنة .

ومنه يعلم، ان ما ذكره المستند وغيره من وجوب ان يكون الايجاب من جانب الزوجة، والقبول من جانب الزوج لانها التي تأخذ العوض، ولانه الوارد في الاخبار غير تام، لان ركني العقد هما الزوجان والمهر أمر تشريفي، فهما من قبيل تبديل الحنطة بالشعير، وما في الاخبار من باب المصداق والافهام زوجان، ويؤيد ما ذكرناه من جواز تقديم كلام الرجل على المرأة - الذي قالوا انه تقديم القبول على الايجاب - ما في صحيحة زرارة من قصة تزويج آدم وحواء عليهما السلام، حيث قال سبحانه لادم : « قد زوجتكها فضمها اليك ، فقال لها آدم : الي فاقبلي » .

وفي رواية الهاشمي في تزويج خديجة عليها السلام لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، قالت خديجة: قد زوجتك يا محمد نفسي والمهر علي في مالي، وذلك كان بعد ان خطب أبو طالب الي عمها وتلجلج العم .

وفي رواية البغدادي في جواب أبي عبد الله عليه السلام خطبته في نكاح؟ قال عليه السلام : انكحنا خاطبكم على ان لها من الصداق ما ذكرتم .

كما يدل على ذلك ما تقدم من رواية أبان ، الي غيرها من الروايات ، وحيث قد عرفت ان الامر اعتباري وهو خفيف المؤنة فلا فرق ان يكون القبول المقدم قبلت أو رضيت أو غيرهما ، فالتفصيل بعدم صحة تقديم [قبلت] وصحة مثل [رضيت] غير ظاهر .

وكذا الاحوط أن يكون الايجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج ، وان كان الاقوى جواز العكس وأن يكون القبول بلفظ قبلت ولا يبعد كفاية رضيت ولا يشترط ذكر المتعلقات فيجوز الاقتصار على لفظ قبلت ، دون قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم

(و) وكذا الاحوط أن يكون الايجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج) لما تقدم من كلام المستند (وان كان الاقوى جواز العكس) لما عرفت ، ويؤيد ذلك ماورد في القرآن الحكيم من نسبة النكاح الى المرأة ايضاً .
قال تعالى : «ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم» .
وقال سبحانه : «حتى تنكح زوجاً غيره» .

(و) الاحوط ايضاً استحباباً (أن يكون القبول بلفظ قبلت) لانه حقيقة المعنى واللاقتصار عليه في كلام جماعة وللاحتياط ، ولكن كلها لاتصلح لاحتياط لزومي فكيف بالفتوى .

(و) لذا (لا يبعد) بل الاقوى (كفاية رضيت) وغيره من كل ما يدل على القبول فاذا قال احدهما : انكحتك نفسي ، وقال الاخر : رضيت كفى .

(ولا يشترط ذكر المتعلقات) لافي طرف الايجاب ، ولا في طرف القبول للاصل بعد تحقق النكاح بالمجرد منها .
(فيجوز الاقتصار على لفظ) انكحت في الايجاب ، بعد التبانى على الخصوصيات .

كما يجوز الاقتصار على لفظ (قبلت) في القبول من (دون) ان يقول : (قبلت) النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم) قال في المستمسك : بلاخلاف عندنا

والاقوى كفاية الاتيان بلفظ الامر كأن يقول : زوجني فلانة فقال :
زوجتكها

ولا اشكال .

(والاقوى كفاية الاتيان بلفظ الامر كأن يقول : زوجني فلانة فقال : زوجتكها)
وذلك لصديق الاطلاقات عليه، ولذا اختاره الشيخ وابنا حمزة وزهرة والشرائع
وغيرهم .

ويدل عليه خبر سهل الساعدي الذي رواه الخاصة والعامه ، بل عن المسالك
انه المشهور بينهما، ورواه كل منهما في الصحيح، ان امرأة اتت رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم فقالت : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهبت نفسي لك
وقامت قياماً طويلاً فقام رجل وقال : يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها
حاجة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل عندك من شيء تصدقها
ايه ؟ فقال : ما عندي الا ازاري هذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :
ان اعطيتها ازارك جلست لازار لك اجلس التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد
شيئاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل معك من القرآن شيء ؟
قال : نعم سورة كذا ، وسورة كذا ، السور التي سماها فقال رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم : زوجتك بما معك من القرآن .

وفي صحيح محمد بن مسلم ، المروي في الكافي والتهذيب ، قال : جاءت
امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت : زوجني ؟ فقال رسول الله صلى
الله عليه وآله وسلم : من لهذه فقام رجل فقال : انا يا رسول الله زوجنيها ، فقال :
ما تعطيهما ؟ فقال : مالي شيء ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : لا ، فاعادت ، فأعاد
رسول الله الكلام ، فلم يقم أحد غير الرجل ، ثم أعادت ، فقال رسول الله صلى

وان كان الاحوط خلافه

الله عليه وآله وسلم : في المرة الثالثة أتحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم ، قال :
قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه .

وفي رواية السكوني ، جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فقلت : زوجني ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من لهذه ، فقام رجل
الى ان قال : - قد زوجتكها على ما يحسن من القرآن فعلمها اياه .

وحيث ليس شئ من طرق الحديث ، ان الرجل أعاد القبول فيكون قوله
قبولاً مقديماً على الايجاب ، كما ذكره الجماعة ، وقد تقدم انه يصح ان يكون
ايجاباً لعدم الدليل على لزوم كون الايجاب من المرأة .
وعلى كل حال فالامر كاف في كونه قبولاً أو ايجاباً .

(وان كان الاحوط احتياطاً استحيابياً) (خلافه) بل عن ابن ادريس ومختلف
العلامة والجامع المنع لاصالة عدم العصمة وللاحتياط في الفروج ، والرواية
تنزل على ما عن الشهيد في شرح الارشاد من ان الواقع من النبي صلى الله عليه
وآله وسلم قام مقام الايجاب والقبول لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى :
« النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم » فيكون ذلك من خواصه عليهم السلام ،
واشكل فيها بعض آخر لاجمالها واحتمالها ان تكون قصة لبعض الامر لا لكله .
وقال في الجواهر : الانصاف عدم خلودلالة الخبر المزبور على ذلك من
الاشكال [الى ان قال :] علي انه لو كان قبولاً لزم جواز التخلل بين الايجاب
والقبول بالكلام الكثير الخ .

أقول : اصالة عدم العصمة والاحتياط لامجال لهما بعد الاطلاق والنص ، و
الاشكالات المذكورة غير كافية لاسقاط الرواية ، اذ اعماله صلى الله عليه وآله

مسألة - ٢ - الآخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة مع قصد الانشاء، وان تمكن من التوكيل على الاقوى .
مسألة - ٣ - لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة .

وسلم الولاية خلاف كونه سوة ، ولا اجمال في الرواية ، وكونها بعض القصة خلاف الظاهر، والتخلل بين الايجاب والقبول بالكلام الكثير لا مانع منه بعد الصدق، فما استظهره المصنف هو المتعين .

(مسألة - ٢ - الآخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة مع قصد الانشاء) بلا خلاف ظاهر، وعن كشف اللثام انه مما قطع به الاصحاب .
(وان تمكن من التوكيل على الاقوى) وذلك لاطلاق أدلة العقود الشامل له، لانه عقده .

ويؤيده فحوى ما ورد في الطلاق، مثل صحيح البزنطى، عن الرضا عليه السلام، في الآخرس الذي لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من أفعاله .

أما استدلال المستمك لذلك بما ورد في قرائنه وتلبيته وتشهده فلا يخفى ما فيه لانها تكاليفه المتعينة، فاذا لم يقدر على بعضها شمل المقدور له دليل الميسور وليس للمقام مثل ذلك .

ثم انه لا فرق بين الآخرس الدائم والموقت ، كما اذا انعقد لسانه لمدة من جهة مرض ونحوه، ومثله الكلام فى ما اذا كان الولى للمطفل آخرس وأراد زواجه .

(مسألة - ٣ - لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة). على المشهور ، و استدلل له بالاحتياط والاجماع على اعتبار اللفظ، وبما فى جامع المقاصد من

مسألة -- ٤ -- لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول في ألفاظ المتعلقة فلو قال : أنكحتك فلانة فقال : قبلت التزويج أو بالعكس كفى وكذا لو قال : على المهر المعلوم ، فقال الاخر : على الصداق المذكور وهكذا في سائر المتعلقة .

ان الكتابة كناية ولا يقع النكاح بالكنايات .
ويرد على الاول : انه لا مجال للاحتياط بعد شمول دليل العقد ، فاذا كتبنا البيع ونحوه صدق عرفاً انهما عقداً وليست المعاهدات الدولية المبرمة بالكتابة الاقسام من العقود والاجماع على اللفظ محتمل الاستناد وكلام جامع المقاصد مخدوش صغرى وكبرى ، فالقول بالكفاية ليس بذلك البعيد ، وان كان الفتوى به مشكلة جداً .

نعم ، ينبغي عدم الاشكال في ما اذا كتب الاخرس لانه نوع من الاشارة بل أقونها .

(مسألة -- ٤ -- لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول في ألفاظ المتعلقة) في الجواهر انه لا خلاف فيه ولا اشكال ، وذلك لوضوح شمول اطلاق العقد للمتخالفين اذا كان المؤدى واحداً .

(فلو قال : أنكحتك فلانة فقال : قبلت التزويج أو بالعكس كفى) وكذا اذا كان للرجل والمرأة اسمان ، فقال احدهما : اسماً ، وقال الاخر : اسماً آخر .
(وكذا لو قال : على المهر المعلوم فقال الاخر : على الصداق المذكور) وهكذا لو سمى احدهما الدنانير ، وقال الاخر : على الصداق المعلوم ، وكذا اذا قال احدهما : بالدراهم ، وقال الاخر : باندنانير ، اذا كانا واحداً عرفاً ، ولم يلحظ الخصوصية الفردية في الصداق (وهكذا في سائر المتعلقة) مثلاً قال

مسألة -- ٥ - يكفى على الاقوى فى الايجاب لفظ نعم بعد الاستفهام كما اذا قال : زوجتنى فلانة بكذا ؟ فقال : نعم ، فقال الاول : قبلت ، لكن الاحوط عدم الاكتفاء .

الاول: فى المتعة فى المدة المعلومة، وقال الثانى فى أربع وعشرين ساعة مثلاً الى غير ذلك.

(مسألة - ٥ - يكفى على الاقوى فى الايجاب لفظ نعم بعد الاستفهام، كما اذا قال : زوجتنى فلانة بكذا ؟ فقال : نعم، فقال الاول: قبلت) وذلك لشمول اطلاق أدلة العقد له، ويدل عليه رواية أبان بن تغلب المتقدمة ، ومن المعلوم عدم الفرق بين الدوام والمتعة فى ذلك، بل الظاهر انه لا يحتاج الى قول الاول نعم. لما سبق من صدق عقد النكاح بدون ذلك .

و فى رواية عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن التزويج بغير خطبة ؟ فقال عليه السلام : أو ليس عامة ما تتزوج فتياتنا ونحن نفرق الطعام على الخوان فنقول : يا فلان زوج فلاناً فلانة ، فيقول : نعم قد فعلت .

(لكن الاحوط عدم الاكتفاء) وعلل ذلك بانه من قبيل الايقاع بالمجازات المستنكرة عرفاً ، لان الحذف و التقدير اعتماداً على السؤال انما يكون فى الجواب الخبري، لا فيما لو قصد الانشاء ، فانه يكون ابتداء كلام ، واذا كان الانشاء بنحو مستنكر عرفاً لا يصح لان اطلاق الصحة منزل على العرف .

وفيه: منع كلتا المقدمتين، اذ كونه مستنكراً معلوم العدم، وكون المستنكر لايشمله الاطلاق واضح المنع ، اذ منتهى الامر انه فرد نادر ، وليس بحيث ينصرف الاطلاق عنه انصرفاً يوجب خروجه عن الفردية عند المتعارف ، و

مسألة - ٦ - إذا لحن في الصيغة فان كان مغيراً للمعنى لم يكف وان لم يكن مغيراً فلا بأس به اذا كان في المتعلقات وان كان في نفس اللفظين كأن يقول : جوزتك بدل زوجتك فالاحوط عدم الاكتفاء به ، وكذا اللحن في الاعراب .

لذا لا يشك أحد في انه لو قال المشتري للبائع : بعني الكتاب بدرهم ، فقال البائع نعم بقصد الانشاء كان قد تم البيع .

(مسألة - ٦ - اذا لحن في الصيغة فان كان مغيراً للمعنى لم يكف ،) قال في المستمسك لانه من المستنكر عرفاً ، وفيه ما تقدم ، بل المعيار فهم العرف و قصد الانشاء ، فاذا حصل كفى لصدق العقد ونحوه .

(و ان لم يكن مغيراً فلا بأس به) للاطلاق الشامل له ، ولادليل على لزوم صحة الالفاظ ، و لافرق فيما ذكرناه من الصحة على كل تقدير بين ان يكون اللحن في اللفظين ، أو في سائر المتعلقات ، بل عدم الضرر في سائر المتعلقات أوضح .

فقول المصنف : (اذا كان في المتعلقات ، وان كان في نفس اللفظين كأن يقول : جوزتك بدل زوجتك فالاحوط عدم الاكتفاء به) غير ظاهر الوجه ، فان الغلط لا يضر مطلقاً الا اذا لم يصدق عليه الصيغة ، ولذا قال المستمسك : الظاهر انه ليس من المستنكر عرفاً ، فيشملة اطلاق النفوذ .

و قد اختار الصحة في [جوزتك] السيد أبو الحسن الاصفهاني [ره] وما أبعد ما بينه وبين قول السيد البروجردي ، انه من اللحن المغير للمعنى ولا يكفى بلا اشكال .

(وكذا اللحن في الاعراب.) فانه اذا توفر فيه الفهم وقصد الانشاء كفى

مسألة - ٧ - يشترط قصد الانشاء في اجراء الصيغة .

مسألة - ٨ - لا يشترط في المجرى للصيغة أن يكون عارفاً
بمعنى الصيغة تفصيلاً بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول
بل يكفي علمه اجمالاً بأن معنى هذه الصيغة انشاء النكاح والتزويج
لكن الاحوط العلم التفصيلي .

مسألة - ٩ - يشترط الموالاة بين الايجاب والقبول و

للصدق عرفاً - كما عرفت - ومراده من الاعراب أعم من البناء، كما اذا قال :
[زوجتك فاطمة] بالتنوين .

(مسألة - ٧ - يشترط قصد الانشاء في اجراء الصيغة) بلا اشكال ولاخلاف
لان عقد النكاح كسائر العقود ايقاع، ولايتحقق الايقاع بدون قصد الانشاء، لكن
قصد الانشاء خفيف المؤنة جداً، ولا فرق في لزوم قصد الانشاء بين أصل الزواج
أو المهر ولا بين الايجاب والقبول، ولا في المدة في المتعة، كما هو واضح .

(مسألة - ٨ - لا يشترط في المجرى للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة
تفصيلاً) اذ لا دليل على هذا الشرط فيكفي في الصحة شمول الاطلاق فلا حاجة
(بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي علمه اجمالاً)، - الاجمال
بالمعنى المنطقي لا بالمعنى الاصولي - بل الظاهر كفايته بالمعنى الاصولي أيضاً
بأن يعلم ان إحدى هاتين الصيغتين تفيد الزواج فقاهلها، وقصد الانشاء، فاذا علم
(بأن معنى هذه الصيغة) أو إحدى هاتين (أنشاء النكاح والتزويج) كفي .

(لكن الاحوط العلم التفصيلي) للاحتياط في الفروج .

(مسألة - ٩ - يشترط الموالاة بين الايجاب والقبول) بمقدار يصدق معه

العقد حتى يشمله اطلاق العقود (و) لذا قال :

تكفى 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.

(تكفى العرفية منها فلا يضر الفصل في الجملة بحيث يصدق معه) العقد .
و كأن المصنف أراد ما ذكرناه بقوله : (أن هذا قبول لذلك الايجاب ،) و
الافليس المعيار ذلك ، بل صدق العقد، أما نفي المستمسك اشتراط الموالات
العرفية وجعله المدار على صدق المطابقة ناقلا من القواعد عدم الانعقاد لو أخرج
القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقا للايجاب، فان أراد العرفية بالمعنى الذي
ذكرناه فلا وجه لانكاره .

و ان أراد مقابل الحقيقية التي هي أوسع من الحقيقة في الجملة فكلامه
تام .

و كيف كان ، فيدل على عدم ضرر الفصل المفوت للموالات الحقيقية ،
بالإضافة الى انه لا ينافي صدق العقد بعض الروايات المتقدمة في فصل الكلمات
في قصة طلب امرأة من الرسول صلى الله عليه وآله وسلم زواجها .

ومنه يعلم ان احتياط بعض الفقهاء بعدم الفصل، حتى انهم كانوا يرون لزوم
ذكر المتعلقات ، قبل الصيغة ، كان يقول : [على المهر المعلوم انكحتها له]
ليتصل به [قبلت] ليس له وجه حتى الوجه الاحتياطي .

ولذا قال المصنف : (كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط
و غيرها وان كثرت .) ثم انه اذا كثرت الفصل بحيث شك في صدق العقد كان
الاصل عدمه، ولا يكون مجال لاصالة الصحة، لانه من التمسك بالعام في الشبهات

مسألة - ١٠ - ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال: الموجب زوجت فلاناً فلانة وبعد بلوغ الخبر اليه قال: قبلت لم يصح وفيه أنه لا دليل على اعتباره من حيث هو وعدم الصحة في الفرض المذكور، انما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة لعدم التخاطب

(مسألة - ١٠ - ذكر بعضهم) العلامة في القواعد (انه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، فلو كان القابل غائباً عن المجلس ، فقال: الموجب زوجت فلاناً فلانة ، وبعد بلوغ الخبر اليه قال: قبلت لم يصح) وقد وجهه جامع المقاصد بان العقود اللازمة ، لا بد فيها من وقوع القبول ، على الفور عادة بحيث يعد جواباً للايجاب .

أقول : وقد أيد ذلك ، بالاحتياط ، وبانه خلاف العقود المتلقات من الشارع (وفيه أنه لا دليل على اعتباره ، من حيث هو) اذ لانص ولا اجماع على اتحاد المجلس .

(وعدم الصحة في الفرض المذكور ، انما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة ، والمعاهدة ، لعدم التخاطب) .

أقول: ليس في المقام، الا لزوم صدق العقد، أما الفصل الطويل فقد عرفت انه غير ضار، اذا لم يضر بالصدق المذكور، اما الاحتياط ففيه انه غير لازم مع الصدق الموجب لشمول الاطلاق له ، و كونه خلاف العقود المتلقات ، غير ضار اذ لا دليل على انحصار العقد في الكيفية المتلقات - كما تقدم الكلام في ذلك - .

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 .

مسألة -- ١١ -- ويشترط فيه التنجز كما في سائر العقود فلو

علقه على شرط أو مجيء زمان بطل

ولذا قال المصنف: (والا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد
المجلس صح) وهذا فرض حقيقي، فانه اذا قالت المرأة صباحاً، زوجت نفسي
محمدأ، فقال محمد في مجلس آخر- عصرأ- قبلت ذلك رأى العرف وقوع العقد
فحالها حال عقد البيع، وغيره مما لا يضره، تعدد المجلس فيكون .

(كما اذا خاطبه، وهو في مكان آخر ، لكنه يسمع صوته، ويقول: [قبلت]
بلا فصل مضر ، فانه يصدق عليه المعاقدة) ومنه العقد بالهاتفون ، واللاسلكى و
نحوهما، وكذا اذا أوجبت عبر التلفزيون، أو الراديو، فسمع وقبل الى غيرها
من الامثلة والله سبحانه العالم .

(مسألة-١١- ويشترط فيه التنجز، كما في سائر العقود فلو علقه على شرط
أو مجيء زمان) كما لو قال: زوجتك ان جاء زيد أو في يوم الجمعة الاتي (بطل)
و استدلوا لذلك بالاجماع ، و بان المتلقى من الشارع اتصال زمان العقد
بزمان الزوجية ، والشرط يجعل الانفصال بينهما ، و بان الانشاء ايجاد للمنشاء
وكما ان ايجاد الحقيقي لا يقبل الاناطة والتعليق كذلك الانشاء الذي هو ايجاد
ادعائي .

أقول: لو الاجماع وقضية المتلقي- ان قلنا بانها توجب صرف الاطلاق عن
شمول، غير المنجز- لم يكن هناك دليل آخر .

نعم لو علقه على أمر محقق معلوم كأن يقول : ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة مع علمه بأنه يوم الجمعة صح وأما مع عدم علمه فمشكل .

اذ أولاً: الایجاد المعلق ممكن، بمعنى انه يوجد الان المعد، فاذا حصل شرطه وجد الشيء .

وثانياً: لاتلازم بين الامرین، اذ الایجاد الحقيقي ليس مثل الایجاد الاعتباری فان الاعتبار خفيف المؤنة، ولذا قلنا في باب المكاسب، انه لولا الاجماع لكان العقد المعلق صحيحاً، وأی فرق بين الوصية والتدبير وغيرهما من ما ذكرنا وصحة التعليق فيها وبين البيع والاجارة، مما ذكرنا وعدم الصحة فيهما، وحيث ان محل الكلام في هذه المسألة هناك نكتفي منه هنا بهذا القدر .

(نعم لو علقه على أمر محقق معلوم كأن يقول : ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة) أو قال: ان كان هذا ابوها فقد زوجتك بنته (مع علمه بأنه يوم الجمعة) و ان الرجل الحاضر ابوها - مثلاً - (صح) العقد كما عن الفاضلين والشهيدین والمحقق الثاني وغيرهم ، وذلك لانه تنجيز، وان كان في صورة تعليق، كما ان العكس وهو التعليق في صورة التنجيز غير صحيح، كما اذا قال: - في يوم السبت - زوجتك في يوم الاحد .

ولا يخفى ان كلام المصنف ككلماتهم، انما هو مع عدم الفصل، والالم يصح ، كما اذا قال : [اذا جائك يوم الاحد زوجتك] فانه معلق على امر محقق معلوم ، لكن حيث يكون فصل بين الانشاء والحلية لم يصح، كما ذكرناه في الدليل الثاني .

(وأما مع عدم علمه فمشكل) وذلك لانه لم ينشاء النكاح ، فان وجود

الشرط في الواقع لا يؤثر في انشاء المنشى، هذا بالاضافة الى ان الشيخ المرتضى [ره] ادعى الاجماع على البطلان فيه، هذا كله حسب الموازين الشرعية، اما حسب الموازين العرفية، فقد عرفت ان الانشاء لخفة مؤنته يصلح ان يكون معلقاً بامر حاضر أو مستقبل، يعلم المنشى ذلك أم لم يعلم، كان الشرط مفصلاً عن الانشاء أم متصلاً به .

وقد ظهر مما تقدم، عدم صحة النكاح المؤجل أي المنشاء بعد زمان الانشاء كما اذا قالت يوم الجمعة : زوجتك نفسى من يوم السبت، وان صح ذلك في الاجارة، ولذا يصح ان يؤجر داره هذه السنة لزيد ، وينشاء ايجارها لعمر و [من الان] لسنة ثانية ولا يصح ذلك بالنسبة الى زوجين في المتعة ، أو انشائه الان لزوج ثان بعد طلاق الزوج الاول .

نعم، قد يستفاد من بعض الروايات صحة انفصال زمان النكاح عن زمان العقد، فيما رواه الكينى [ره] عن بكر بن كردم قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقى المرأة فيقول: زوجني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر بعينه، ثم يمضى فليقاها بعد سنين فقال له: شهره ان كان سماه فان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها. لكن العمل بذلك مشكل ، وان كانت الرواية على طبق القاعدة العرفية في المعاملات، اذ لمانع من ذلك عقلاً والاعتبار بيد المعتبر ، كما انه ينبغي ان يجوز الانفصال في البيع أيضاً، بان يبيعه داره من بعد سنة، كما يجوز ذلك بالنسبة الى الاجارة والعارية .

نعم، لا اشكال انه من المنكرات الشرعية ان تزوج المرأة نفسها لزوجين، كان تزوج نفسها متعة من الصباح الى الليل لزيد، وتزوج نفسها في الحال لعمر و من الليل الى الصباح، ولا يكون دخول للاول أليوجب عدة كالإيائة أو تنكح نفسها الان للثاني بعد انقضاء عدة الاول .

اما الاستدلال للمنع بما رواه الكليني ، عن اسحاق بن عمار، قال: قلت: لابي الحسن موسى عليه السلام، عن رجل تزوج امرأة متعة، ثم وثب عليها اهلها، فزوجها بغير اذنها، علانية والمرأة امرأة صدق كيف الحيلة؟ قال: لا يمكن زوجها من نفسها حتى ينقضى شرطها أو عدتها.

[أقول : المراد بالشرط زمان المتعة، وقوله عليه السلام: أو عدتها، أي اذا كانت بلاعدة كالبايسة فانقضاء الشرط، والاحتاج الى انقضاء العدة] قلت: ان شرطها سنة ولا يبصر لها زوجها ولا اهلها سنة فقال: فليتنك الله زوجها الاول وليتصدق عليها بالايام فانها قد ابتليت والدار دار هذنة [أي لا يمكن اظهار الاحكام كاملة، فانها ان أظهرت انها متعة خشيت من عواقبها] والمؤمنون في تقية .

قلت: فانه تصدق عليها ايامها وانقضت عدتها كيف تصنع؟ قال : [اذا خلا الرجل بها فليقل هي يا هذا ان اهلي وثبوا علي فزوجوني منك بغير امرى ولم يستأمروني وانى الان قدرضيت فأستأنف الان فتزوجني تزويجاً صحيحاً فيما بيني وبينك] فلا يخفى ما فيه، اذ الرواية تدل على منع اجتماع زوجين في حال واحد، لافي حالين - كما هو محل الكلام - .

ثم كما لا يصح للمرأة ان تتزوج زوجين في حالين بانشاء النكاح، في زمان واحد، كذلك لا يصح للرجل ان يتزوج الخامسة واخت الزوجة والريبة في حال واحد لزمانين، كأن يتزوج الرابع ثم يقول: تزوجت الخامسة، بعد طلاق احديهن - وهو يعلم انه يطلقها بعد يوم مثلا، أو يقول: تزوجت هندا متعة الى الليل، واختها من الليل، أو تزوجت الام الان وابنتها بعد انقضاء مدة الام، ولا يدخل بالام، وذلك لوضوح كونه من المنكرات شرعاً .

وكما لا يصح النكاح المتأخر، لا يصح النكاح المتقدم كان يقول: تزوجتها من الشهر الماضي، والظاهر انه يوجب بطلان النكاح حتى بالنسبة الى الحال ان

مسألة - ١٢ - إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط
اللازم مراعاته فان أراد البقاء فاللازم الاعادة على الوجه الصحيح
وان أراد الفراق فالاحوط الطلاق

كان على وجه التقييد، وان كان على نحو تعدد المطلوب ففيه احتمالان البطلان
لعدم ثبوت مثل ذلك شرعاً، والصحة لانه مثل ما اذا زوج امرأتين ثم تبين عدم
صحة زواج احدهما ومقتضى القاعدة الثاني ، وان كان الاحتياط يقتضى
الاول .

(مسألة - ١٢ - إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط، اللازم مراعاته،
فان أراد البقاء فاللازم الاعادة على الوجه الصحيح) لوضوح انه بدون ذلك لا يمكن
من الاستمتاع ونحوه سواء بالنسبة الى الاحكام الواجبة كالوطيء في كل أربعة
أشهر أو بالنسبة الى الاحكام المستحبة كالاستمتاع أو بالنسبة الى المباحة كالنظر
الى ما لا يحل لغير الزوج النظر اليه أو بالنسبة الى المكروهة كالوطيء في الدبر .
(وان أراد الفراق فالاحوط الطلاق) لوضوح انه بدون ذلك لا يمكن من
المخروج عن تبعية الزوجية، مثل وجوب الانفاق و اباحة الاخت والخامسة والريبية
بالنسبة الى ما لم يدخل بالام الى غير ذلك .

والحاصل: حيث ان الامر في المقام دائر بين محذورين، ويمكن التخلص
من كلا الامرين لم يكن من مورد الدوران بين المحذورين ، مثل منذور الفعل
والترك، بل اللازم التمسك بالمندوحة سواء فعلاً أو تركاً .

ومنه يعلم ، حال تارك طريقي الاجتهاد والتقليد العامل بالاحتياط ، حيث
لا يمكن من الجمع بين أحكام الزوجية وأحكام عدمها كما اذا عقد بالفارسية
مثلاً ، فانه لا يمكن من جعلها كزوجة في وطيء أربعة أشهر، ولان جعلها كغير

وان كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية ، وان كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع ارادة البقاء الاحوط الاستحبابي اعادته على الوجه المعلوم صحته ، ومع ارادة الفراق فاللازم الطلاق .

زوجة في عدم وطئها - فيما اذا أرادت الوطئ ولم تسقط حقها - فاللازم الفرار الى المندوحة اما بعقدتها من جديد مع موافقتها أو بطلاقها .
نعم ، الظاهر في فرع المصنف وفرعنا اذا ترك المرأة حقها في الوطئ امكن الاحتياط في سائر الجهات باعطائها النفقة ، وعدم وطئها وعدم تزويج الخامسة واختها الى غير ذلك ، لكن ذلك اذا لم يكن محذور آخر ، كما اذا حلف ان لا يطلق ، فانه يتردد أمره بين الابقاء ولزوم الوطئ وبين الطلاق وكلاهما حرام ، فهو من التردد بين المحذورين حيث لامندوحة ، واللازم ترجيح الالم .

(وان كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية) بالنسبة الى المجتهد الفاحص ، لان كونه نكاحاً صحيحاً حادث لا يعلم به ، فالاصل عدمه .
أما بالنسبة الى العامي فلا يحق له الا الاخذ بالاحتياط في عقدتها من جديد أو بالطلاق واذا دار بين المحذورين قدم الالم ولما ذكرناه قيده السيد البروجردى بما قيدينه بأنه من شأن المجتهد ، واشكل عليه المستمسك بأن صحة التمسك بالاصل المذكور ينافي كون المورد من موارد الاحتياط للزومي .

(وان كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع ارادة البقاء الاحوط الاستحبابي اعادته على الوجه المعلوم صحته ، ومع ارادة الفراق فاللازم الطلاق) اذا لم ترض الزوجة باسقاط حقها ولم يرد هو أخذ الخامسة والاخت وما أشبهه .

مسألة - ١٣ - يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره وكالة أو ولاية أو فضولا فلا اعتبار بعقد الصبي ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه ، وان أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو أفاقته على المشهور بل لا خلاف فيه

(مسألة - ١٣ - يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ) على المشهور بينهم (والعقل) بلا اشكال ، اذ عبارة المجنون الصادرة بدون تعقل ، مثل أصوات البهائم والنائم ، فان الأدلة لاتشملها ، فلو علم الطير الصيغة فاجراها لم ينفع (سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره وكالة أو ولاية أو فضولا) لايتصور الولاية في غير البالغ وغير العاقل لانهما ليسا وليين - كما حقق في محله - .

(فلا اعتبار بعقد الصبي ولا المجنون ولو كان ادوارياً حال جنونه ، وان أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو أفاقته على المشهور ، بل لا خلاف فيه) الظاهر وجود الخلاف فيه ، فان المنسوب الى المحقق و فخر المحققين و الاردبيلي وجماعة آخرين جواز تصرف الصبي المميز باذن الولي ، واستدل المشهور للمنع بامور منها حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطائه واحد.

ومنها خبر حمزة بن حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام، في حديث انه قال : الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع، قال: والغلام لايجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت

لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل لعدم الدليل على سلب عبارته اذا كان عارفاً بالعربية وعلم قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا

قبل ذلك.

(لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل لعدم الدليل على سلب عبارته اذا كان عارفاً بالعربية) أو قلنا بعدم اشتراط العربية كما تقدم فاطلاقات الأدلة تشمله كما تشمل سائر المجريين للصيغة.
(وعلم قصده حقيقة) لتوقف العقد على القصد كما هو ظاهر.

(وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا) اذ الظاهر منه رفع قلم التكليف الذي وضعه الشارع وصحة عبارته لم يضعها الشارع، فمعنى رفع القلم انه كما لو كان قبل الاسلام [الا فيما خرج كزناه وسرقته ونحوهما] ومن المعلوم انه قبل الاسلام لم يكن مسلوب العبارة.

وأما رواية عمد الصبي فظاهرها تنزيل العمد منزلة الخطاء فيما كان للخطاء حكم خاص في غير الصبي فيختص ذلك بالجناية فلا ربط للحديث بالمقام.
أما خبر حمزة فالظاهر منه جواز أمرهما بعد البلوغ على نحو الاستقلال أما بدون الاستقلال فلا ينفيه الخبر، وكلامنا في جواز لفظهما مستنداً الى موكل أو ولي، هذا بالاضافة الى ظهور جملة من الأدلة على جواز عبارته كقوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» فان الظاهر من ابتلائهم - كما ذكره غير واحد - ابتلائهم بالمعاملات اليسيرة لاختبار رشدهم الفكري. وقوله: «فادفعوا» أي اموالهم كاملة، وهذا يدل على جواز معاملتهم في الجملة.

وقد روى الصدوق انه سأل الصادق عليه السلام ، عن قول الله تعالى :
 «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم» قال: ايناس الرشد حفظ المال.
 وعن عيص بن القاسم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن اليتيمة
 متى يدفع اليها مالها؟ قال: اذا علمت انها لا تفسد ولا تضيع فسألته ان كانت قد
 زوجت؟ فقال: اذا زوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها .

بل يظهر ذلك ايضاً من رواية أصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام
 انه قضى ان يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل .

ومثل الاية في الدلالة رواية السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام، نهى
 رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن كسب الاماء فانه ان لم تجد زنت
 الامة قد عرفت بصنعة يدونها عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده
 فانه ان لم يجد سرق فانه يدل على الجواز .

أولاً: فيما اذا أحسن الصنعة .

وثانياً: فيما اذا كان ثقة مع الغض عن دلالتها على الكراهة بقريئة التعليل
 و اردافه للامة، وكذلك مثلهما في الدلالة رواية ابراهيم بن أبي يحيى، عن أبي
 عبد الله عليه السلام ، قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ام سلمة
 زوجها اياه عمر بن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم .

هذا بالاضافة الى السيرة، فقد قال في المستمسك: انه ادعى غير واحد من
 الاعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ فى بلاد الاسلام، وفي جميع
 الاعصار وحملها على كونها صادرة من غير المباليين في الدين كما ترى خلاف
 المقطوع به ، فان الظاهر استقرار سيرة العقلاء على المعاملة مع المميزين
 مع رشدهم كالبالغين، ولاجل عدم الردع عنهما من الشارع المقدس جرى عليها

وكذا اذا كان لنفسه باذن الولي أو اجازته أو اجاز هو بعد البلوغ
وكذا لا اعتبار بعقد السكران

المتشعة .

(وكذا اذا كان لنفسه باذن الولي) وان لم يعلم الولي الخصوصيات (أو اجازته) بعد العقد (أو اجاز هو بعد البلوغ)، وهل يحمل فعله على الصحة اذا شك الطرف في الاذن؟ الظاهر الحاجة الى العلم في الاشياء الحقيرة، كما اذا اشترى شيئاً حقيراً، وفي ما ليس بتصرف كبير لنفسه، كما اذا عقد زوجة زيد موجباً، وذلك لما تقدم من السيرة وغيره .

أما في الاشياء الجليلة لنفسه ، كما اذا اريد التزويج لنفسه أو اشتراء دار ونحوه لنفسه فلا، اذ الادلة المعجزة لاتشمل مثل ذلك فلا مجال لحمل تصرفه على الصحة كما ذكره السيد الحكيم .

ثم انه لاينبغي الاشكال في عدم الحاجة الى الاسلام فضلاً عن الايمان فيصح اجراء الكافر العقد للمسلم للاصل، واطلاق الادلة ، ولادليل على الاشتراط ، والظاهر انه اذا لم يعلم انه عقد صحيحاً كان الاصل الصحة لانه يجرى في عمل غير المسلم، كما يجرى في عمل المسلم، ولذا تصح معاملاتهم مع انا لاندرى هل حصل على هذا المال بالسرقة أو غيرها ، الى غير ذلك، وقولهم حمل فعل المسلم على الصحيح يراد به مثل الذبيح ونحوه، لاالاختصاص، وان كانت المسألة بحاجة الى مزيد من التأمل والتتبع .

(وكذا لا اعتبار بعقد السكران) الذي خرج عن التعقل لاالسكر الخفيف الذي لاينافي تعقله .

فلا يصح ولومع الاجازة بعد الافاقة

(فلا يصح ولومع الاجازة بعد الافاقة،) وذلك هو المشهور، اذ لا عقل له فلا قصد له والعقود تتبع القصد، اذ لولا القصد لا عقد وتسميته عقداً مجازاً للمشابهة .
وأشكل على ذلك المستمسك بأن الظاهر تحقق القصد من السكران، بل والنائم، بل والحيوان، اذ القصد الارادة والحيوان فصله المميز عن مطلق الجماد كونه متحركاً بالارادة فالعمدة في عدم صحة عقد السكران والنائم ونحوهما وابقاعهم خروجه عن منصرف أدلة النفوذ والصحة لعدم الاعتداده عند العرف فلا يكون سبباً عندهم ولا منشاء لاعتبار الاثر فلا يكون سبباً شرعاً لما عرفت من ان مقتضى الاطلاقات المقامية الرجوع الى العرف في تشخيص الاسباب - انتهى .

أقول: مرادهم بأنه لا قصد للسكران القصد المنصب عليه المحكم، لأي قصد فالاشكال المذكور غير ظاهر الوجه .

أما الاشكال عليه بأن الفصل المميز للحيوان عن الجماد هو الارادة غير تام، لان الجماد أيضاً يريد بدليل قوله تعالى: « فوجدنا فيها جداراً يريد ان ينقض » فيرد عليه بالاضافة الى انه خارج عن المبحث فلا يثلم به اشكال المستمسك ان الظاهر ان الارادة في الاية من باب التشبيه، لا الارادة حقيقة، وان كان يمكن ان يجعل للمحماد مرتبة من الارادة، كما ان له مرتبة من التعقل .

كما يظهر من قوله تعالى: « يا جبال أوبي له » ومن قوله: « وان من شيء الا يسبح بحمده » الى غيرها من الايات والروايات الدالة على ذلك، بل هو ظاهر قوله تعالى: « قالنا آتينا طائعين » .

وأما عقد السكرى اذا أجازت بعد الافاقة ففيه قولان فالمشهور أنه كذلك وذهب جماعة الى الصحة مستندين الى صحيحه ابن بزيع

(وأما عقد السكرى اذا أجازت بعد الافاقة ففيه قولان فالمشهور أنه كذلك) لا اعتبار به (وذهب جماعة الى الصحة) كما عن الشيخ في النهاية وابن البراج والصدوق في الفقيه والمقنع وشرح النافع والكفاية والحدايق والوسائل وشرح المفاتيح، وفي الجواهر انه مال اليه غير واحد من متأخري المتأخرين، وذكر منهم سيد المدارك .

وفي المستند اختياره (مستندين الى صحيحه ابن بزيع) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ، عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها، ثم افاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج اطلاق هولها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السلام: اذا اقامت بعدما افاقت فهو رضى منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال عليه السلام: نعم .

أقول: الظاهر من الرواية ان العقد في المورد بمنزلة عقد الفضولي، وانه ان جاز جاز والالم يجز، والاقامة اجازة عملية، ولا يضر بذلك ظنها، اذ الظن غير المطابق للواقع لا يوجب بطلان العقود بسبب عدم الرضا الشأني ، كما انه لو عقدها فضولي فظن لزوم العقد فرضيت رضى ناشياً عن هذا الظن، فانه لا يوجب البطلان، فان حال ذلك حال تخلف الداعي على ما ذكره في باب العقود .

ومنه يعلم، ان الرواية على طبق القاعدة في انها جعلت المعيار رضاها بعد ذلك، وان لم تكن على طبق القاعدة في كون عقدها كعقد الفضولي ، بل ربما يقال: انها على طبق القاعدة من هذه الجهة، لان المعيار الرضا فقط، واللفظ مظهر

ولابأس بالعمل بها، وان كان الاحوط خلافه لامكان حملها على ما اذا لم يكن سكرها بحيث لاالتفات لها الى ماتقول: مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل

كما تقدم في مسألة احتياج النكاح الى اللفظ، أو من جهة ان النكاح لفظ ورضى وقد حصل، فهو من قبيل قوله عليه السلام: لم يعص الله وانما عصى سيده. فاذا اجاز جاز وهذا غير بعيد، وان كان القول به لولا الرواية كان مشكلا.

وكيف كان، فعلى هذا فاللازم ان نتعدى الى سائر العقود، ومنه عقد السكران وكأنه لذا كان ظاهر الشرائع التردد فى عقد السكران مطلقاً، وقال فى الجواهر انه محل الخلاف وانه لا يختص الخلاف بعقد السكرى .

(ولابأس بالعمل بها) كما عمل بها المستمسك أيضاً، وقال : ان الرواية صحيحة معمول بها، وقد سكت على المتن السادة ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم .

(وان كان الاحوط خلافه) بأن لا ترضى فيبطل العقد قطعاً، لان الرواية علق على ذلك، أو يطلقها بعد رضاها، أو ينكحها من جديد ويرتب على ذلك آثار العقد الصحيح - بعد الطلاق - فلا ينكح الولد مانكحه أبوه كذلك الى سائر الاحكام .

(لامكان حملها على ما اذا لم يكن سكرها بحيث لاالتفات لها الى ماتقول) كما عن المختلف، لكنه خلاف الاطلاق، وان كان ربما يؤيد ذلك بأن معتاد الشرب لا يؤثر فيه بحيث يفقد الالتفات، اذ برده انه لو كان كذلك لم يحتج الى رضاها بعد ذلك .

(مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل) لكن الشهرة على

فلايترك الاحتياط.

العدم غير ضائرة بعد عمل الاعاظم ، وكون عدم عملهم مستنداً الى وجوه اجتهادية .

بالاضافة الى ما في المستند من ان الشهرة انما يوجب الضعف لو بلغت حداً يكون مخالفتها شاذاً وهو في المقام غير معلوم والمحامل كلها خلاف الظاهر، اذ قد عرفت ضعف حمل المختلف ، كما ان كشف اللثام حملها على ما اذا كان الزوج جاهلاً بسكرها فانه لا يسمع في حقه قول المرأة، وتجرى عليهما أحكام الزوجية ظاهراً، وان لم يكن لها زوجية واقعاً، وفيه: انه خلاف الظاهر من وجوه، وربما حملت على كفاية مجرد الرضا وفيه ما تقدم .

وكيف كان (فـ) لابس العمل بها وان كان (لايترك الاحتياط) بما ذكرناه سابقاً .

وعلى أي حال، فلا يتعدى من السكر الى شارب المرقد والنائم والمصروع ونحوهم ممن لا اعتبار بلفظه عرفاً للاصل وعدم وحدة المناط ، والله العالم .
ثم الظاهر عدم كفاية لفظ السكران بسائر العقود والايقاعات فيما كان وكيلاً، وكذا بالنسبة الى عقد النكاح، لان الثابت ان الشارع جعله بمنزلة الفضولي في عقد نفسه لا عقد غيره .

نعم، لا ينبغي الاشكال في عدم الفرق بين الدائم والمتعة، بل لا يبعد ان يكون الرجوع منها في البذل في الخلع والرجوع منه في العدة في حكم النكاح، كما ان الظاهر حرمة وطئها قبل ان تظهر الرضا اذا عقدها في حال السكر، كما هو كذلك في الفضولي .

مسألة - ١٤ - لابأس بعقد السفية اذا كان وكيلا عن الغير
 في اجراء الصيغة أو أصيلا مع اجازة الولي وكذا لابأس بعقد
 المكره على اجراء الصيغة للغير أو لنفسه اذا أجاز بعد ذلك .
 مسألة - ١٥ - لايشترط الذكورة للعاقد

(مسألة - ١٤ - لابأس بعقد السفية اذا كان وكيلا عن الغير في اجراء الصيغة)
 بلاشكال ولاخلاف، بل ادعى بعضهم الاجماع عليه، ويقتضيه اطلاق الادلة بعد
 ان لم يكن في السفية ما يقتضي بطلان عقده (أو أصيلا مع اجازة الولي) اذ منتهى
 الامران السفه يمنع عن الاستقلال في التصرف .
 أما غير ذلك فلا يقتضيه دليل حجر السفية، بل اللازم صحة نكاحه لنفسه ولو
 بدون الاجازة اذا لم يستلزم التصرف في المال، كما انه يصح عقد السفية فضولة
 لشمول الادلة له .

(وكذا لابأس بعقد المكره على اجراء الصيغة للغير) كما لو قال: له المكره
 اقتلك ان لم تجر الصيغة وادعى في المستمسك الاجماع عليه، وعلله باطلاق الادلة
 وان حديث نفي الاكراه لا يقتضي البطلان .

أقول : وذلك لانصراف الرفع عن مثله كانصراف أدلة لاضرر ولا حرج
 والاضطرار عنه، فاذا كان عدم اجرائه الصيغة ضرراً أو حرجاً أو كان مضطراً الى
 ذلك لم تبطل الصيغة .

(أو لنفسه اذا أجاز بعد ذلك) للانصراف المذكور فانه لو كان مرفوعاً
 حتى مع الاجازة كان خلاف الامتنان بينما يكون الرفع رافعاً اذا كان الرفع
 امتناناً .

(مسألة - ١٥ - لايشترط الذكورة للعاقد) بلاشكال ولاخلاف، وفي الجواهر

فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في اجراء الصيغة ، كما يجوز اجرائها لنفسها .

بلاخلاف ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، وعن كشف اللثام انه كذلك عندنا وفي المستند بالاجماع المحقق والمحكي .

أقول : أما اجراء الرجل اصاله ووكالة ضرورة ، وأما اجراء المرأة فللاطلاقات ، وخصوص رواية زواج خديجة عليها السلام ، نفسها ، وما تقدم من المرأة التي كانت لها زوج وزوجت ، حيث علمها الامام عليه السلام ، اجراء العقد مع زوجها الثاني في ليلة الزواج ، وفي روايات المتعة جملة وافية تدل على ذلك .

(فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في اجراء الصيغة ، كما يجوز اجرائها لنفسها) وكذلك اجرائها ولاية اذا كانت ولية ، والظاهر كفاية اجراء العقد لنفسه ولغيره باجازة المولى وبدون اجازته .

أما لنفسه بدون الاجازة سابقة فلانه الظاهر من قوله عليه السلام : لم يعص الله وانما عصى سيده . فاذا اجاز جاز ، واما لغيره بدون الاجازة ، لانه لايشمله دليل عدم جواز تصرفه ، مثل قوله تعالى : «لايقدر على شيء» ولايفصل الكلام في ذلك لعدم الابتلاء الحالي به ، كما ان الظاهر الصحة مع نذر العدم وعهده وشرطه ومنع الزوج والابوين ، اذمنتهى الامرانه فعل حراماً ، والحرام لايبطل في مثل المقام ، بل هو من قبيل البيع وقت النداء ، ومثله ما اذا كان التلفظ صاراً بصحته ضرراً بالغاً ، أو موجباً لضرر غيره ، كما اذا كان تكلمه جهراً يوجب ايداء مريض أو اعلام قاتل يأتي فيقتل انساناً أو ما أشبه ذلك اذ الحرمة لاتنافي الصحة .

مسألة - ١٦ - يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية الى تمام العقد فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح

(مسألة - ١٦ -) هل (يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية الى تمام العقد ، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح) أو لا يشترط ذلك ؟ احتمالان ، وجه الاشتراط امور :

الاول : الاجماع المدعي .

الثاني : انصراف الادلة عن مثله .

الثالث : ما في الجواهر من ان شرطية القصد والرضا ونحوهما في العقد يقتضي اعتبار ذلك في تمام العقد المركب من الايجاب والقبول ، لاعتبار قصد الموجب في الايجاب فقط ، وقصد القابل في القبول فقط ، فاذا ارتفعت القابلية بعد الايجاب قبل القبول لم يحصل الشرط في تمام العقد .

الرابع : ما ذكره الشيخ المرتضى [ره] من توقف معنى المعاودة والمعاودة على ذلك .

الخامس : ما عن المسالك من ان العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز يجوز لكل منهما فسخه ويبطل بما يبطل به الجائز ، ومن جملته الجنون والاعماء .

السادس : ما عن التذكرة من ان المتخاطب بين المتعاقدين معتبر وهو منتف مع نوم صاحبه ، وكلامه آت في سائر الموانع .

السابع : انه كما لا عقد مع موت احدهما قبل انتهاء العقد ، كما اذا أوجب ثم مات كذلك في سائر الطوارئ .

الثامن اصاله عدم الانعقاد وعدم الاثر اذا وصل الامر الى الشك .

أقول : قديمته العارض من بعد الايجاب الى حين القبول ، كما اذا أوجب

ثم جن حتى كان قبول القابل حال جنون الموجب ، وقد لا يمتد ، كما اذا أوجب فجن احدهما لحظة ثم افاق فقبل القابل لا ينبغي الاشكال في صحة الثاني ، اذ لادليل البطلان ، والاطلاقات تشمله .

أما الاجماع المدعى فليس بحجة للمناقشة في صغراه وكبراه وأما الانصراف فلانسلمه ، ولو سلم فهو بدوي قطعاً ، وأما كلام الجواهر فهو ظاهر في غير هذه الصورة ، فان ظاهره صورة الامتداد ، وكلام الشيخ [ره] أيضاً ظاهر في ذلك ، والا كان ممنوعاً ، اذ لا يفهم العرف من معنى المعاقدة ، والمعاهدة هذه الدقة بأن لا ينمأ أو لا يجن أو لا يغمى عليه لحظة بين الايجاب والقبول .
وأما الوجوه الاخر فبادية الضعف في نفسها ، أو بمعونة ما ذكرناه في وجه ضعف الوجوه السابقة .

أما في صورة الامتداد ، كما اذا أوجب ثم جن حال قبول القابل ، أو كان الايجاب في حال جنون القابل ثم ارتفع جنونه فقبل ، أو أوجب حال صغر القابل ثم بلغ فقبل ، أو أوجب ثم أفلس فقبل القابل حال افلاس الموجب ، أو أوجب ثم مات فقبل القابل حال موت الموجب أو ما أشبه ذلك ، فلا بد من تقسيم ذلك الى قسمين :

الاول : ما كان مثل جنون القابل وصغره وفلسه ونومه حال الايجاب ثم كمل وقبل ، هذا ينبغي فيه القول بالصحة ، لانه أولى بالصحة من الفضولي فان العرف يرى ان المعتبر عقد ورضا لاحق ، وقد حصل الامر ان ، وأي فرق بين ان يعقد الفضولي ان حال نوم الاصيلين ، ثم يرضيان بالعقد وبين ان يعقد الاصيل حال نوم الاخر . ثم يستيقظ ويقبل ، بل هذا أولى بالصحة من الاول .

ومنه يعلم ، ان اشكال المستمسك في ذلك بأن الظاهر البطلان فيه ، لان المتخاطب بين المتعاقدين شرط في صحة المعاقدة ، اذ لا تكون معاهدة بين الاثنين

الاذا كان احدهما يوحى الى الاخر ويعاهده ، واذا لم يكن احدهما قابلاً للخطاب لا يكون قابلاً للعهد معه ، ولا أقل من الشك في اعتبار ذلك عرفاً في مفهوم العقد، والاصل عدم ترتب الاثر - انتهى ملخصاً .

غير تام ، اذ أي دليل على لزوم التخاطب بعد صدق المعاهدة بدون ذلك ولذا تصدق المعاهدة ، اذا قبل الاصيلان ما فعله الفضوليان ، ويظهر من محكي كلام التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب والقابل ، ولذا لا يشك العرف في انه اذا كان زيد نائماً فقال عمرو : اشتريت من زيد الكتاب بدرهم فاستيقظ فقيل له ذلك ، فقال: قبلت ، ثم أراد ابطال المعاملة يقال له عرفاً : انك التزمت بها فكيف تبطلها ، وحيث صدقت المعاملة والمعاهدة فلا مجال للاصل الذي ذكره المستمسك .

الثاني : ما كان مثل جنون البائع بعد ايجابه قبل قبول القابل ، ولا يبعد في هذا ايضاً الصحة ، لان كل واحد منهما انما يفعل ما يرتبط به ، وقد فعل الموجب ما يرتبط به ، وأي فرق بين ان يخرج عن الاهلية قبل قبول الاخر أو بعد قبوله ولا ينقض ذلك بما اذا رجع قبل قبول الاخر ، اذ الرجوع يجعل ايجابه كالعدم بخلاف الجنون مثلاً ، فانه لم يرجع ، ولذا لم يشك في البطلان في صورة الرجوع ، بينما الشك واقع في صورة الجنون ونحوه .

ولا يستشكل ذلك بعدم صدق المعاهدة ، اذ تحقق المعاهدة لا يكون الا بأن يعقد كل من طرفه ، وقد عقد الموجب من طرفه ، فاذا لحقه عقد القابل من طرفه فقد تحققت المعاهدة ، و ان كان هذا القسم الثاني لا يخلو من اشكال ، خصوصاً اذا مات العاقد قبل قبول الطرف ، فلا ينبغي ترك الاحتياط وكأنه لذا علق ابن العم قول المصنف : [لم يصح] بقوله : لا يترك الاحتياط بالطلاق .

وكذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقد بالمرة ، وكذا الحال في سائر العقود والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة مضافاً الى دعوى الاجماع وانصراف الادلة .

مسألة - ١٧ - يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الاشارة

ومما ذكرناه يظهر موارد النظر في كلام المصنف: (وكذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقد بالمرة، وكذا الحال في سائر العقود) لان الدليل في الكل واحد (والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة مضافاً الى دعوى الاجماع وانصراف الادلة). وقد عرفت ضعف كل ذلك .

نعم ، لا ينبغي الاشكال في انه لو شك بعد العقد انه نام في الاثناء أم لا؟ أو انه هل كان نائماً في حال اجراء الطرف الاخر كانت اصالة الصحة محكمة لانه معها لامجال لاصالة عدم الاثر ، كما قرر في محله من تقديم أصل الصحة على استصحاب عدم الاثر . والله سبحانه العالم .

(مسألة - ١٧ - يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الاشارة) واستدلوا لذلك بامور :

الاول : الاجماع المدعى صريحاً أو ظاهراً في التذكرة وكشف اللثام والجواهر والحداثق وغيرهم .

الثاني: انه الاسلوب المتلقى من الشارع .

الثالث: السيرة المستمرة .

الرابع: ان الاستمتاع يقتضي فاعلا ومنفعلا معينين لتعيينه .

الخامس: ان الزوجية من الاضافات التي لاتقوم بغير المتعينين، نظير الاخوة

فلو قال: زوجتك احدى بناتى بطل، وكذا لو قال: زوجت بنتى أحد

والابوة والنبوة فلا يصح اعتبارها بين غير المتعين، كما لا يصح اعتبارها لغير الحي، أو لغير الانسان- كذا ذكره المستمسك- .

السادس: الاصل- كما استدل به المستند بالاضافة الى الاجماع - .

السابع: ان الادلة لا تشمل غير المعين .

الثامن: الاحتياط، وفي الكل ما لا يخفى، اذ الاجماع محتمل الاستناد، و الاسلوب لا يدل على انحصاره فيه بعد شمول الاطلاقات لغيره والسيرة لا تمنع عماعده .

والرابع والخامس: لا يضر ان بالاطلاقات والاعتبارات، اذ حال النكاح حال المعاملة، فكما يصح بيع الكلبي مع احتياجه الى الاضافة كذلك ليكن حال النكاح، ولوجود الاطلاق والاعتبار لا يبقى مجال للدلالة الثلاثة الاخر وربما يؤيد الصحة ما دل على تزويج الاختين والخمس بلفظ واحد، حيث انه يختار احدهما أو أربعة منها، كما تقدم في المسألة الرابعة والاربعين .

أما تأييد الصحة بقصة شعيب عليه السلام، ففيه ان ظاهرها انه عليه السلام لم ينكح بذلك، وانما قال: [اريد] و ظاهر الارادة قبل الفعل، لامثل قوله تعالى «انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت» حيث يراد بالارادة الفعل، ولو بدل المستدل بما دل على ترك الزائد من الاربع لو اسلم عن أربع لكان اسلم لامكان دعوى وحدة المناط في المقامين .

وكيف كان، فلا مناص عن متابعة المشهور بعد الاجماع المتكررة التي لم يظهر خلاف أحد حتى ميلا .

(فلو قال: زوجتك احدى بناتى بطل، وكذا لو قال: زوجت بنتى أحد

ابنيك أو أحد هذين ، وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر ، بل وكذا لو عيننا معيناً من غير معاهدة بينهما ، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر

ابنيك) وبطريق أولى لو قال: زوجت إحدى بناتي أحد ابنيك (أو أحد هذين) ولعل الفرق بين [ابنيك] و[هذين] ان في الاول يقرأ العقد مع و كليهما ، و في الثاني مع الاصيل : وكان مقتضى ذلك ان يمثل في طرف البنت ان تقولاً [زوجناك احدانا] وحيث ظهر عدم صحة الكلبي في المعين ظهر بطريق أولى عدم الصحة في الفرد المررد .

بالاضافة الى انه لا مطابق له في الخارج ولا مصداق - كما في المستمسك - فتأمل وعدم الصحة بالنسبة الى الكلبي المطلق والكسر المشاع ، كأن يقول : زوجتك بنتاً - فضولة - ثم يعطيه اية بنت قبلت بهذه الفضولية أو ان يقول : احدى بناتي الموجودة أو التي ستولد والكسر المشاع بأن يكون الزواج لنصفي بنتين أو نصفي رجلين ، والكل واضح موضوعاً وبطلاناً ، كما ان من الواضح عدم صحة نكاح نصف انسان ، وان صح بيع نصف حيوان أو عبد أو امة .

(وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر) لعدم التطابق بين الايجاب والقبول ، فلا يتحقق العقد .

ومنه يعلم ، انه لا يصح اذا قصد أمرين : كلي البنت ، وهذه خاصة ، من باب تعدد المطلوب ، فاذا لم تكن هذه لتصح غيرها ، كما ذكروا صحة ذلك في باب البيع .

(بل وكذا لو عيننا معيناً من غير معاهدة بينهما ، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر) كما اذا كانت له بنت تسمى فاطمة -

وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهومة فلا يبعد الصحة وان كان الاحوط خلافه

في جملة بناته - فقصدها العاقد حين قال: زوجتك احدى بناتي، وقصدها القابل حين قال: قبلت، حيث انه قدرأها مثلاً من قبل وعشقها ووجه البطلان في هذا انه غرر والغرر مبطل.

أما الكبرى، فلما ورد من نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر. وأما الصغرى، فلان العاقد حال العقد لا يعلم هل يقبل الزوج هذه المقصودة في قبوله ر الزوج لا يعلم هل ان الموجب عقده على هذه التي يعقدها هو - وان كان الجزم ببطلان مثل ذلك يحتاج الى التأمل - .

(وأما لو كان ذلك) التعيين (مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك) التعيين حال اجراء العقد (من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهومة) كما لو تعاهدا قبل العقد على تزويجه بنته الكبرى، ثم قال: زوجتك احدى بناتي [وهو يقصد تلك] فقال: [قبلت] (فلا يبعد الصحة،) اذ لا دليل على التعيين حال العقد .

(وان كان الاحوط خلافه) لان البناء على المعين قبل لا يجعل العقد واقعاً على المعين اذا لم يذكر ما يعينه في حال العقد .

ولا يخفى ان ما ذكرناه في الشرح هو الذي استفدناه من قصد المصنف وان كان السيد البروجردى قال بالاجمال في عبارته بما لفظه: العبارة لا تخلو من اجمال، فان تحقق المعاهدة مع انتفاء ما يدل على وحدة المقصود غير متصور واجراء العقد مبيناً على المعاهدة يدل على وحدته في العقد أيضاً - انتهى

ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد بل يكفي التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك كما اذا قال : زوجتك بنتي الكبرى ولم يكن حال العقد عالمياً بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم

واذا كان مراد المصنف ما شرحناه فلا وجه معتد به للاحتياط الذي ذكره .

(ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفي التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك ، كما اذا قال : زوجتك بنتي الكبرى ولم يكن حال العقد عالمياً بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم) وانما قلنا بصحة ذلك لاطلاق الادلة ولا مقيدله ، كما نص عليه الجواهر .

ثم انه لا فرق بين ان يكون التمييز في الماضي كالمثال، أو في المستقبل ، كما اذا قال : زوجتك بنتي التي ستدخل من الباب ، أو في الحال ، كما اذا قال : زوجتك بنتي التي تطبخ الان وهما لا يعلمانها بالذات .

نعم ، اذا كان تمييز المستقبل متوقفاً على الزواج - كما اذا قال : بنتي التي تلد في المستقبل ولداً جميلاً مثلاً - لم يصح كما هو واضح .

(نعم اذا كان مميزاً واقعياً ، ولكن لم يكن العلم به ظاهراً ، كما اذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به فالاقوى البطالان لانصراف الادلة عن مثله) بضميمة اصالة عدم ترتيب الاثر ، كما استدلل بها الجواهر - كما يظهر من كلامه - .

(فالقول بالصحة) كما عن ظاهر القواعد وكشف اللثام وتبعهما المستمسك (والتشخيص بالقرعة) لانها لكل أمر مشكل ، بل عدم الاحتياج الى التشخيص احياناً ، كما اذا ارادا العقد لمجرد نتيجة المحرمة فعقدتها ساعة مثلاً (ضعيف) وان كان الاظهر الصحة .

مسألة - ١٨ - لو اختلف الاسم والوصف او احدهما مع الاشارة اخذ بما هو المقصود والغى ما وقع غلطاً مثلاً لو قال: زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة وتبين أن اسمها خديجة صح العقد على خديجة التي هي الكبرى ولو قال: زوجتك فاطمة وهي الكبرى فتبين أنها صغرى صح على فاطمة

(مسألة - ١٨ - لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الاشارة اخذ بما هو المقصود) لكلا الطرفين، مثلاً لو قال: زوجتك بنتي فاطمة [والحال ان اسمها رقية] ولا بنت له سوى واحدة صح، لان مقصودهما شيء واحد، وكذا لو قال: زوجتك هذه فاطمة، والحال ان اسمها رقية، صح اذا كان مقصودهما [هذه] . أما اذا كان مقصودهما [فاطمة] بطل، لان هذه ليست فاطمة، ووجه الصحة ان قصدهما صب على شيء واحد .

(والغى ما وقع غلطاً) والاشكال في الصحة بالتخالف بين الاسم والوصف لوجه له بعدان كان العقود تتبع القصود .

(مثلاً لو قال: زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة وتبين أن اسمها خديجة صح العقد على خديجة التي هي الكبرى) على شرط ان لا يكون مقصود الزوج زواج امرأة اسمها فاطمة، لانه يجب هذا الاسم أو نذر ذلك مثلاً والابطل، لان المنكوحه ليست مقصوده، اذ مقصده مر كب كونها كبرى وكون اسمها فاطمة، فحال ذلك حال ما اذا كان قصده ان يكون عمرها اربع عشرة سنة، وان تكون بنت زيد، فان تخلف أي من القيدین يوجب بطلان العقد .

(ولو قال : زوجتك فاطمة وهي الكبرى فتبين أنها صغرى صح على فاطمة

لأنها المقصودة ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى وكذا لو قال زوجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرى فتبين أن اسمها خديجة أو أنها صغرى فان المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى .

مسألة - ١٩ - - اذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلا فالقول قول مدعى الصحة كما في سائر الشروط اذا اختلفا فيها

لأنها المقصودة ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى) الغلط ويصح المقصود. ومما تقدم، تبين انه لو كان مقصوده الامرين معاً بطل أيضاً. (وكذا لو قال: زوجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرى فتبين أن اسمها خديجة أو أنها صغرى) صح العقد (فان المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى) ولو شك - عند تخلف الوصف والاشارة - ان المقصود كان الوصف - مثلاً - والوصف متوفر فهو صحيح، أو ان المقصود كانت الاشارة حتى لا يصح ، لعدم توفر الاشارة، فهل يقال بالصحة لاصالة الصحة في العقود أو البطلان لاصالة عدم الاثر؟ احتمالان ، ويأتي في المسألة التالية ما يوضح الحكم ، كما انه لا اشكال في صحة ما لو كان من قبيل تخلف الداعي ، كما اذا تزوجها بظن ان عمرها أربع عشرة سنة فظهرت أكثر من ذلك، لان العقود لا تتبع الدواعي ، كما هو واضح .

(مسألة - ١٩ - - اذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً) اذا كان معيناً (أو باطلا) اذا كان غير معين (فالقول قول مدعى الصحة) لاصالة الصحة (كما في سائر الشروط اذا اختلفا فيها) مما يوجب البطلان والصحة

وكما في سائر العقود

على تقديرين .

(وكما في سائر العقود) اذا اختلفا في شرط يوجب صحة وبطلاناً على تقديرين وذلك لان أصل العقد واقع، وانما الاختلاف في شرط صحته الذي هو التعيين، فإصالة الصحة تكفي في اثبات الشرط .

ومنه يعلم ، ان اشكال المستمسك على المتن كمثاله محل تأمل ، قال : ان التعيين المعتبر في صحة العقد يقابل العقد المردد، أو الكلي فاحدهما يدعي وقوع العقد على المعين، والاخر بما حاصله يدعي وقوعه على الكلي، أو على المردد فالنزاع في موضوع العقد، وفي كون اصالة الصحة تصلح لاثبات موضوع العقد تأمل، فهو كاختلاف البائع والمشتري في ان البيع وقع على عبدالبائع، او على ولده فاثبات وقوعه على العبد بأصل الصحة محل تأمل .

وفيه أولاً: ان اطلاق اصالة الصحة يقتضي الصحة الا فيما خرج بالدليل، أو كان موضوع اصالة الصحة غير متحقق، وشيء من الامرين غير موجود في المقام، فانه قد وقع عقد ولا يعلم فساد، فالاصل صحته وآثارها حجة ، ومن آثارها ان يكون للمعين زوجاً أو زوجة، وأي فرق بينه وبين ما اذا اختلفا في ان العقد كان في حال كون المجرى غير مؤهل، أو كان مؤهلاً، أو كان غريباً أو غير غربي، الى غير ذلك من الاختلافات .

وكذا اذا اختلف الزوجان في انها هل كانت راضية حال اجراء العقد أو كان باكره ، بل وحتى اذا اختلفا في انها هل هي التي قالت : نعم عند طلب الوكالة ؟ أو ان غيرها قالت : نعم ، الى غير ذلك .

وثانياً : ان المثال لا ينطبق على المقام ، لان الاختلاف في التعيين وعدمه

وان اتفقا الزوج وولى الزوجة على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها
فاطمة

ليس من قبيل ولده وعبده ، وانما المثل ينطبق على الفرع الثاني أي تنازعهما
في انها فاطمة أو خديجة .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في تعليق السيد البروجردى ، حيث قال : اذا
لم يرجع الى التنازع في وقوع العقد على المعين وعدمه ، والا فالقول قول
المنكر مع يمينه .

اذ يرد عليه أولاً : ان المسألة ليست لها صورتان .

وثانياً : لماذا لا تجرى اصالة الصحة في المقام مع انه من موضوع اصالة
الصحة والاملك كل عاقد ان يبطل العقد بامثال هذه المنازعات ، ومثلهما في
الاشكال عليهما ما في تعليق السيد الجمال قال : ظاهر العبارة هو كون النزاع
في وقوع العقد عليها ، أو على امرأة اخرى فيكون أجنبياً عن جريان اصالة
الصحة فيه ، بل يقدم قول المنكر بيمينه .

نعم ، لو تسالما على وقوع العقد عليها وكان النزاع في صحته وفساده يقدم
قول مدعى الصحة .

اذ فيه أولاً : ان ظاهر العبارة ليس كما ذكره .

وثانياً : لاحاجة الى تسليمهما بأن العقد وقع عليها ، بل يكفى في جريان
اصالة الصحة تسليمهما بأن عقدا وقع ، لكن اختلفا في انه هل وقع على الكلبي
أو عليها بالذات ، ولذا الذي ذكرنا من استقامة المتن لسم يعلق عليه ابن العم
ومعلقون آخرون .

(وان اتفقا الزوج وولى الزوجة على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمة

أوخديجة فمع عدم البينة المرجع التحالف كما في سائر العقود نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها، وهي ما اذا كان لرجل عدة بنات

أوخديجة فمع عدم البينة المرجع التحالف) وذلك لان كلا الطرفين يسلمان بصحة العقد ، وانما الخلاف في انه هل هي هذه أو هذه ومثله مالو انعكس ؟ بأن سلم أب الولد والزوجة صحة العقد ، لكنهما اختلفا في انه زوجها لولده هذا أو ذلك ، وانما كان المرجع التحالف ، لان كلا منهما مدع ومنكر لما يدعيه الاخر ، فالزوج يدعي ان فاطمة - مثلاً- زوجته ، والولي ينكر ذلك ، والولي يدعي ان زينب زوجته والزوج ينكر ذلك ، فان كان لاحدهما بينة كان الحق له ، وكذا اذا لم يكن لاحدهما بينة لكن حلف احدهما ونكل الاخر كان الحق له ، وان كان لكليهما بينة أو حلف كلاهما تساقطا وبطلت الدعويان ، فهل يرجع الامر الى القرعة لانها لكل أمر مشكل ؟ أو ينفسخ النكاح ؟ احتمالان ، وان كان الاول أقرب للنص المذكور ، ولانه لادليل على الانفساخ ، وان قال به المستمسك . ثم ان الكلام في انه هل يقدم قول الاكثر شهوداً كالكلام في سائر فروع المسألة ، مثل ماذا كان النزاع بين الزوج ونفس الزوجتين لاوليهما ؟ أو كان لهما وليان النزاع بينهم جميعاً وكذلك الكلام في انه كيف يقع النزاع بين الولي وبين الزوج ، لابين المشتبه زوجيتها ، الى غيرها من الامور المربوطة بهذه المسألة مو كوال الى باب القضاء فحال المقام (كما في سائر العقود) بحاجة الى تفصيل طويل ليس المقام محله .

(نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها ، وهي ما اذا كان لرجل عدة بنات)
ثلاثة ، كما هي مورد الرواية ، أو اثنتين ، أو أكثر ، بل الظاهر تعدي الامر الى كل ولي لعدة نساء ، وان لم يكن بينهما قرابة ، لان من يقول بالنص لابدوان

فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد ولا عينها بغير الاسم لكنه قصدها معينة واختلفا فيها فالمشهور الرجوع الى التحالف والذي هو مقتضى قاعدة الدعاوى وذهب جماعة الى التفصيل بين ما لو كان الزوج رأهن جميعاً فالقول قول الاب وما لو لم يرهن فالنكاح باطل ، و مستندهم صحيحة أبي

يرى وحده المناط ، ومن يقول بالقاعدة ، فهي مطردة ، بل ينبغي التعدي الى العكس وهو ما لوزوج أحد أولاده الذكور ولاية أو وكالة ، وكذا للوكيل عن عدة ذكور .

(فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد ولا عينها بغير الاسم) كالإشارة ونحوها (لكنه قصدها معينة واختلفا فيها) الزوج والولي هل هي هذه أو هذه .

أما ما في الرواية من كون النزاع بين الكبرى والصغرى فلا مدخلية له في الحكم ، فإن الحكم كذلك إذا كان الاختلاف بين الكبرى والوسطى مثلاً - كما هو واضح - .

(فالمشهور الرجوع الى التحالف) كما حكى عن الحلبي والمسالك والروضة وشرح النافع وجامع المقاصد وفي المستمسك قال : لم أقف على من نسب ذلك الى المشهور وقال السيد البروجردى : المشهور بين من تعرض للمسألة هو ما تضمنته الرواية .

(والذي هو مقتضى قاعدة الدعاوى وذهب جماعة) كالشيخ في النهاية وابن البراج والمحقق والعلامة والشهيد في اللمعة وغيرهم ، وعن المسالك نسبة ما ذكره المحقق الى أكثر الاصحاب (الى التفصيل بين ما لو كان الزوج رأهن جميعاً فالقول قول الاب وما لو لم يرهن فالنكاح باطل ، ومستندهم صحيحة أبي

الحذاء وهي وان كانت صحيحة الا أن اعراض المشهور مضافاً الى مخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها

(الحذاء) التي رواها الكليني [ره] قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل كن له ثلاث بنات أ بكر فزوج احديهن رجلاً، ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة؟ فقال: الزوج لايبها انها تزوجت منك الصغيرة من بناتك، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: ان كان الزوج رهن كلهن ولم يسم له واحدة فالقول في ذلك قول الاب، وعلى الاب فيما بينه وبين الله تعالى ان يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى ان يزوجه اياه عند عقدة النكاح، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم واحدة منهن عند عقدة النكاح ، فالنكاح باطل .

وقد روي هذه الرواية الشيخ والصدوق أيضاً .

(وهي وان كانت صحيحة الا أن اعراض المشهور مضافاً الى مخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها) ولكن لا يخفى ما في كل هذه الامور، اذ لم يثبت اعراض المشهور عنها ومخالفتها للقواعد غير ضائر، اذ لا يشترط في العمل بالرواية ان تكون موافقة للقواعد وامكان الحمل على بعض المحامل لا يوجب صرف النظر عن الرواية .

نعم، يبقى انه يمكن دعوى ظهور الرواية فيما لا ينافي القواعد، فان الزوج اذا رهن ولم يعين واحدة كان معنى ذلك تزويج الاب له أية منهن فيكون كما اذا رأى المشتري عدة اقلام، وقال : بعني واحداً، فان ظاهره انه فوض الامر

فقول المشهور لا يخلو عن قوة ومع ذلك الاحوط مراعات الاحتياط وكيف كان لا يتعدى عن موردها .

مسألة - ٢٠ - لا يصح نكاح الحمل وانكاحه وان علم ذكوريته أو انوثيته

الى البائع، ثم ان ادعى انه اراد الذي في طرف يمين البائع - مثلاً - لم يقبل قوله لان اصاله الصحة محكمة ، بخلاف ما اذا لم يرهن، فان المنصرف من توكيله انه يريد الاحسن ، والاحسن هي الصغيرة .

ولعل كشف اللثام أشار الى ذلك، حيث قال: لا بعد في ان يكون التفويض الى الولي جائزاً في النساء اللاتي رأهن لانهن تعين عنده دون من لم يرهن لكثرة الجهالة ، لا ان الرؤية دليل على التفويض وان التفويض جائز مطلقاً - انتهى . وان احتمل في الرواية ذلك فلا يمكن جعلها مخصصة للقواعد الأولية بل اللازم الاقتصار فيها على ما لا ينافي القواعد .

(فقول المشهور لا يخلو عن قوة و) ان كان (مع ذلك الاحوط مراعات الاحتياط) فانه سبيل النجاة، واذا كان مقتضى القاعدة هو المعمول به مع الاحتياط في مورد الرواية لم يكن وجه لقوله .

(وكيف كان لا يتعدى عن موردها) بالاضافة الى انه اذا عمل بالرواية فالمناط الذي ذكرناه في أول المسألة يقتضي التعدى، حيث يرى العرف وحدة الحكم في الرواية، وما يتعدى منها اليه .

ثم الظاهر ان المراد بالبطلان في الرواية البطلان بدون اجازة الزوج ، والا فلا يزيد ذلك عن عقد فضولي عقده الولي لانسان ابتداءً .

(مسألة - ٢٠ - لا يصح نكاح الحمل وانكاحه، وان علم ذكوريته أو انوثيته

وذلك لانصراف الادلة كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى
الولى

وذلك لانصراف الادلة (وللإجماع المدعى ، وربما علل بالجهالة ، وانه هل هو ولد أو انثى واحد أو اثنان، والعمدة ما ذكره المصنف ، والاشكال فيه بأنه بدوى غير وارد، فانه من اظهر مصاديق الانصراف .

أما الإجماع فانه وان جعله الجواهر العمدة، لكن في صغراه تأمل، ولذا قال المستمسك : ويظهر من كلماتهم انه مما لاخلاف فيه- مما يظهر منه نوع تردد في عدم الخلاف فكيف بالإجماع - .

أما الجهالة بانه ذكر أو انثى وغيره، كما عن المسالك فيرد عليه ما أورده المصنف أولاً، وبأنه يمكن ان يزوجه بنته وولده في نكاحين فيعلم صحة احدهما فيما اذا علم وحدته وعدم كونه خنثى .

و كيف كان، فحال الجنين حال الميت في عدم صحة التزويج ، ويؤيد ذلك جعله مثله في الدية ولاينقض ذلك بصحة ملكه في مبحث العبيد والاماء ، ولا بصحة النذر المتعلق به كما في آية «اني نذرت لك ما في بطني محرراً» لوجود الاعتبار العقلائي والامضاء الشرعي فى المقامين دون المقام .

(كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولي) لانصراف الادلة الا فيما استثني كما فيما اذا كان بعض الورثة حملاً فباع الوصى التركة ، أو عزلت حصته وخاف الحاكم أو غيره من الاولياء على حصته ، فانه يجوز له بيعها . لكن ربما يقال : انه اذا صار لذلك اعتبار عقلائي صار موضوعاً للحكم الشرعى مثل : «اوفوا بالعقود» و«احل الله البيع» وهذا وان كان غير بعيد الا انه يشكل الفتوى به ، ولذا لم نستبعد ان يكون للطفل المشوه الذي سبب أبواه

وان قلنا بصحة الوصية له عهدية بل أو تمليلية .

مسألة - ٢١ - لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الاخر

تشويهه- مثلاً - ان يطالبهما بالدية بنفسه أو بولييه، لانه حقه، ولا يتوى حق امرء مسلم .

(وان قلنا بصحة الوصية له عهدية، بل أو تمليلية) للدليل الخاص الموجود في باب الوصية .

نعم، قد اشكلنا نحن في باب الوصية العهدية له اذا رفض بعد البلوغ ، لان قاعدة الناس مسلطون على أنفسهم تقتضى ان لا يتمكن انسان جعل ايجاب على انسان آخر بدون رضاه، وتفصيل الكلام في [كتاب الوصية] والظاهر انه يصح بيعه ورهنه واجارته وما أشبه في الحمل اذا كان عبداً له، لاطلاق الادلة والانصراف بدوي، كما يصح كل ذلك بالنسبة الى الحيوان .

وكذا الظاهر ان الجنائية عليه يوجب آثاره من القصاص، والدية كما اذا ضرب بطن حامل، فانكسرت يد الطفل، وان كان الاحوط التصالح، من جهة احتمال الانصراف المؤبد، بأن قتل الجنين، ليس كقتل الانسان الحي، وانه مثل الميت فى الدية والظاهر صحة عتقه للاطلاق والانصراف ان قيل به فهو بدوي كما يصح وقفه للاطلاق، ويؤيده الاستصحاب لما في الاية فتأمل .

(مسألة - ٢١ - لا يشترط في النكاح، علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الاخر) ولا بوصاف أقربائهما، كأنه لا اشكال فيه ولا خلاف، بل ادعى الجواهر الضرورة على ذلك، ويقتضيه السيرة القطعية كما فى المستمسك .

ويدل عليه اطلاق الادلة، فيصح النكاح مع الجهالة، وان كان الاختلاف

مما يختلف به الرغبات و تكون موجبة لزيادة المهر أو قلته فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها فلا تجرى قاعدة الغرر هنا .

(مما يختلف به الرغبات ، وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته) فإذا لم يعلم الزوج ، ان الزوجة بكر أو ثيب ، أسود أو أبيض ، جميلة او قبيحة ، أبوها تاجر أو فقير ، من بيت رفيع أو دنثى ، ولد حلال أو الزنا، الى غيرها، وتزوجها لم يكن بذلك بأس .

وكذلك اذا لم تعلم الزوجة ذلك ، بالنسبة الى الزوج ، ولعل السرفيه ان الزواج ليست معاملة ، وانما هو نوع من التصاحب و التعاون ، فلا يلاحظ فيه هذه الامور .

واما، عن كشف اللثام من ظهور كلامه في قدح كثرة الجهالة، كأنه أراد بذلك ما كان على خلاف المنصرف، بأن لم يرض احدهما بكل المحتملات، فيكون من باب التدليس، وان كان ربما يستدل له بقوله تعالى : «اتوهن اجورهن» . وقوله سبحانه : « اتيت اجورهن » وبما ورد من انه يشتريها باغلى ثمن، لكن الظاهر ان المراد بالاية والرواية التشبيه للاحقيقية، ولذا لم يدرجوا باب النكاح، في بابي الاجارة والبيع .

(فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها فلا تجرى قاعدة الغرر هنا) وانورد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر، واستدل به بعض الفقهاء لعدم جواز الغرر في سائر المعاملات غير البيع الذي ورد فيه نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، مما لا يبعد ان يكون العمل جابراً له، الا ان الضرورة والسيرة القطعية تكفيان في الخروج عن هذه الكلية .

ثم ان بابي التدليس والعيوب الموجبة للفسخ لاربط لهما بالمقام كما هو واضح، فلايدلان على الاشتراط ، وحيث لايشترط علمهما فاولى عدم اشتراط علم أوليائهما فيما كان لهما وليان ، وأولى عدم اشتراط علمهما بأولياء الاخر، فيما كان له ولي للاصل والسيرة وغيرهما .

فصل

في مسائل متفرقة

الاولى : لايجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد

فصل

في مسائل متفرقة

(الاولى : لايجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد) بلاشكال ولاخلاف، بل عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم الاجماع عليه . وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه، وقد استدلوا لذلك بأن النكاح لايدخل فيه التقابل ، فلايدخل فيه الشرط لتلازمهما، وبالسيرة القطعية ، وبحصر أسباب الرد في امور خاصة [مذكورة في باب العيوب التي توجب الرد] والحصر يفيد عدم صحة الرد بغير تلك العيوب ، فاذا دخل فيه الخيار كان معناه صحة الرد

فلو شرطه بطل ، وفي بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل
وعن ابن ادريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور لا يخلو قوله
عن قوة

بغير تلك العيوب .

وبقول الصادق عليه السلام : - فيما تقدم من خبر نكاح المتعة - انك ان
لم تشترط - أي لم تذكر المدة في العقد - كان تزويج مقام وجه الدلالة انه
يكون حينئذ تزويجاً دائماً لا تنزل فيه ، الى غير ذلك من الأدلة التي لا تكون كافية
وان كانت مؤيدة باستثناء الاجماع المقطوع به والسيرة ، اذ لا دليل على التلازم
بين التقابل والشرط ، كما ان حصر العيوب في المذكورات ، لا يدل على
عدم دخول الشرط ، اذ ظاهر الحصر انه لا يرد بغير المذكورات من سائر العيوب
فلا ينافي ذلك الرد بسبب الشرط . وخبر أبان يدل على ان عدم ذكر المدة
توجب الدوام ، لانه اذا ذكر الشرط لم ينفع في جواز الرد به .

قال في المستمسك : ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز لانه نسب المنع
الى المشهور ، ولكن لم يعرف بذلك قائل .

وفيه : انه لا ظهور لذلك ، اذ ربما ينسب الحكم الى المشهور من باب
ان المناسب لم يطلع على كلام الكل ، لامن باب انه اطلع على المخالف .

(فلو شرطه بطل) الشرط لانه يكون من الشرط المخالف للكتاب والسنة .
(وفي بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل) وقد نسب المسالك
وكشف اللثام والجواهر ، البطلان الى المشهور .

(وعن ابن ادريس أنه لا يبطل) العقد (ببطلان الشرط المذكور ولا يخلو
قوله عن قوة) وهذا هو الذي اختاره غير واحد من المعلقين كالسيد بن العم

اذ لافرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة التى لا يقولون بكونها مفسدة كما ترى

والجمال وان تأمل فيه السيد البروجردى .

(اذ لافرق بينه) أي بين الشرط في عقد النكاح (وبين سائر الشروط الفاسدة فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد) لانه هناك رضا ان رضى بأصل العقد ورضى بالشرط، وليس الرضا بأصل العقد ، مقيداً بالرضا بالشرط حتى انه اذا فسد الشرط يكون العقد فاسداً ، لفوات المقيد بفوات قيده ، ولذا قال في الجواهر: وضوح وجه البطلان بفوات الرضا المقرون بالشرط بفواته .

(ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد) اذ مقتضى العقد اللزوم فالخيار مناف له ، وكل شرط نافي مقتضى العقد بطل ، اذ لا يتحقق العقد ، كما اذ انكح بشرط ان لا يكون الرجل محرماً للمرأة ، أو باع بشرط ان لا يملك المشتري المضمن - مثلاً - .

(بخلاف سائر الشروط الفاسدة التى لا يقولون بكونها مفسدة) كما اذا شرط في عقد البيع ، ان يشرب المشتري خمراً مثلاً ، حيث ان هذا الشرط وان كان باطلا ، لكنه لا يبطل العقد ، اذ ليس منافياً لمقتضى العقد .

(كما ترى) اذ اللزوم ليس من ذاتيات النكاح ، ولذا يصح المتعة ، ويصح ما اذا كان في احدهما عيب يوجب صحة الرد ، أو كان هناك تدليس يعطي الحق في الرد بسببه ، وعليه فليس شرط الخيار خلاف مقتضى العقد حتى يكون القصد الى مضمون العقد ومضمون الشرط من القصد الى المتنافيين الموجب

وأما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه

لعدم تحقق قصد الى العقد .

لا يقال : العقد [في غير الموارد الثلاثة] يقتضى شرعاً الدوام ، فالشرط خلاف مقتضى العقد شرعاً .

لانه يقال : ذلك لا يجعل قصد العاقد الى العقد والشرط قصداً الى المتنافيين لامكان عدم التفاته الى مقتضى العقد شرعاً ، أو التفاته ، ولكن قصد الخلاف تشريعاً ، وعلى أى حال لم يأت بخلاف مقتضى العقد .

(وأما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه) فاذا فسخ المهر بالخيار ، يكون العقد بلا مهر ، فتكون كالمفوضة للبضع وجواز اشتراطه هو المعروف بينهم كما في المستمسك المصرح به في الشرائع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم .

واستدل له في الجواهر بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم. وهو شرط لا يخالف الكتاب ، ولا السنة ولا ينافي مقتضى العقد ، لان المهر ليس ركناً في الدوام كما قرر في محله ، اذ حقيقة النكاح اعطاء كل من الزوجين نفسه للآخر وهو حاصل سواء كان بمهر أو بدون مهر ، وربما يحتمل فساد مثل هذا الشرط لاطلاق بعض العبارات لا خيار في النكاح الشامل للخيار في المهر ، ولان المهر جزء ، فاذا تنزل بالخيار فأما ان يتنزل الكل وهو باطل ، لان العقد لا يقع متزلزلاً - في باب النكاح - كما سبق .

وأما ان لا يتنزل وهو غير تام ، اذ تنزل الجزء يستلزم تنزل الكل في الجملة وفيهما ما لا يخفى ، فان المنصرف من الاطلاقات نفس العقد لا المهر ، وتنزل المهر لا يوجب تنزل العقد ، لانه التزام في ضمن التزام ، ولذا يصح بلا مهر .

ولكن لا بد من تعيين مدته واذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع الى مهر المثل هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر وأما في المتعة حيث

(ولكن لا بد من تعيين مدته) كما عن المسالك وغيره ، واستدل له بأن المنصرف من اطلاق دليل الشرط ما كان عقلاً ، يقدم عليه العقلاء ، فعدم تعيين المدة غير عقلي ، فلا يدخل في اطلاق دليل الشرط .

وفيه : انه لاشك في اقدم العقلاء على مثل هذا الشرط ، ولذا اطلق غالب الاصحاب ، واحتمل الصحة كشف اللثام معللاً ذلك باطلاقهم ، وان كان الجواهر أفنى بما أفنى به المسالك ، ومثل اشتراط الخيار في أصل المهر ، اشتراطه في خصوصياته ، كأن يشترط الخيار في مدة المهر الغائب الى غير ذلك لاطلاق دليل الشرط .

(و اذا فسخ قبل انقضاء المدة) فاذا كان معنى الاشتراط خيار قدر المهر (يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع الى مهر المثل) لانهما التزما بأصل المهر ، و انما جعل الخيار فيما ذكر من المسمى ، فاذا بطل المسمى رجع الى مهر المثل .

وأما اذا كان معنى الاشتراط حقه في الفسخ بدون بدل ، كان لازم الفسخ ان يبقى العقد بلا مهر أصلاً .

ومنه يعلم ، عدم استقامة اطلاق المصنف الرجوع الى مهر المثل ، كما انه يظهر الحال فيما اذا جعل الخيار في بعض المهر لافي كله ، وانه يكون له حالتان أيضاً .

(هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر ، وأما في المتعة حيث

انها لاتصح بلامهر فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل .

الثانية : اذا ادعى رجل زوجية امرأة

انها لاتصح بلامهر فاشتراط الخيار في المهر فيها) ان كان بمعنى الخيار في قدر المهر حتى يرجع عند الانساخ الى مهر المثل أو في بعض المهر حتى اذا فسخ لايبقى العقد بلامهر فلا اشكال فيه، لاطلاق دليل الشرط الذي لايلزم منه محذور في المقام .

وأما ان كان بمعنى الخيار في أصل المهر كله، حتى اذا فسخ بقى العقد بلامهر أصلاً، فـ (مشكل) لانه بفسخ المهر يفسخ العقد، لان المهر معتبر في عقد المتعة ، ومعنى اعتباره انه لاتصح متعة بدون المهر ، فاذا فسخ بقى العقد بلا مهر، وهو مبطل له ، اذ يكون اشتراط الخيار في المهر، كاشتراط الخيار في عقد النكاح .

و منه يظهر ، ان اطلاقهم ، صحة اشتراط الشرط في المهر ، يراد به في الدائم لالمتعة ، اللهم الا ان يقال : انه لايزيد على كونه شرطاً فاسداً ، ومثله يفسد لانه يفسد - كما تقدم وجهه - ولعل نظر المصنف ، حيث لم يفت بالبطلان الى هذا .

ثم لا يخفى ، ان صحة شرط الخيار - في كل مورد قلنا بصحة شرطه - يصح ان يكون لاحد الزوجين ، أو لاجنبى لاطلاق دليل الشرط والمدة للخيار اذا قيدها بها ، يصح ان تكون متصلة بالعقد أو منفصلة عنه .

(الثانية : اذا ادعى رجل زوجية امرأة) ولم تتمكن من تحصيل تصديقها ، أو تكذيبها ، قبل الاقرار في حق المدعي ، ولم يقبل في حق الطرف .

أما بالنسبة الى المدعى فلقاعدة اقرار العقلاء ، وأما بالنسبة الى الطرف فلانه لا دليل على صدقه بالنسبة اليه ، الا اذا أقام البينة وما أشبه ، مثل ما اذا كان

فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع ويرتب جميع آثار الزوجية بينهما لان الحق لا يعدوهما ولقاعدة الاقرار

معاشرهما معاشرة الأزواج، فأن حمل فعل المسلم على الصحيح، واخبار ذي اليد وما أشبهه، يقتضي تصديقه من الطرفين، وعلى ذلك جرت سيرة المتشريعة، بل سيرة العقلاء كافة .

ومثله ما اذا اقترن دعواه بالشياع، ولو لم يكن مفيداً للعلم، لما حققناه في [كتاب التقليد] من حجية الشياع، وان لم يفد العلم، وكما الكلام في الزوج كذلك يكون الكلام في ادعاء الزوجة، ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يكون طرف المدعى حياً أو ميتاً .

أما لو ادعى زوجيتها (فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها) وان ظننا الكذب، اذا لم تكن امارة شرعية على خلاف الادعاء (حكم لهما بذلك) بلا اشكال ولاخلاف ظاهر من أحد، وفي الحدائق انه لا ريب في الحكم المذكور، وفي المستمسك بلاخلاف في ذلك ظاهر، وفي المستند والجواهر ارساله ارسال المسلمات، (في ظاهر الشرع) لان الاقرار والتصديق لا يفيدان، أكثر من الحكم الظاهري، أي الانجاز والتعدير .

(ويرتب جميع آثار الزوجية بينهما) ويدل على ذلك بالاضافة الى عدم الخلاف والسيرة، ما ذكره بقوله: (لان الحق لا يعدوهما) فهما بالنسبة اليه مثل ذي اليد، وقد سبق في بعض مباحث الفقه، قبول قوله في كل ما يتعلق به، اذا لم يجعل الشارع له طريقاً خاصاً .

(ولقاعدة الاقرار) التي لوازمها حجة أيضاً، فأشكال المستمسك بأن

وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ولا فرق في ذلك ، بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين وأما إذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فيجوز عليهما قواعد الدعوى

القاعدة تختص بما يكون على نفسه ، فلا تشمل ما يتعلق بغيره ، ومنه ارث أحدهما من الآخر ، فإنه يتعلق بوارثه - انتهى . غير ظاهر الوجه ، ولذا لو قال اني غير متزوج ، أو لا املك الزيادة ، أو ليس مالي بقدر النصاب ، أو لا املك شيئاً حتى اعطى النفقة لأقربائي ، الى غير ذلك قبل منه بلوازمه ، مع ان الاول اقرار في حق الغير ، لاحتمال كونه متزوجاً أربعاً ، فلا يحق له هدر حقهم ، بأخذ الخامسة ، أو هدر حق العممة والخالة ، بتزويج بنتي اختها واخيها ، و الثاني يحتمل كونه هدرأ لحق الامام والسادة ، والثالث لحق الفقراء ومن اليهم والرابع لحق الاقرباء .

واستدل المستمسك له بقاعدة : من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، قيل فيه : ان ملك الرجل للمرأة ، وبالعكس اول الكلام ، فلا يثبت بهذه القاعدة موضوعها فتأمل ، (وإذا مات أحدهما ورثه الآخر) لانه من لوازم الزوجية ، كما انه اذا مات أحدهما ، أو طلق الزوج اعتد الآخر في المرأة ، وفي الرجل بالنسبة الى مدة العدة في الطلاق بالنسبة الى اختها ونحوها .

(ولا فرق في ذلك ، بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين ،) لاطلاق الأدلة السابقة ، وقد ذكر الجواهر انه لخلاف بعض العامة في المسألة ، حيث منع من قبول الاقرار في البلديين ، بناءً منه على اعتبار الاشهاد في النكاح ، وضعفه كضعف منناه ، واضح لا يحتاج الى التفصيل .

(وأما اذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فيجوز عليهما قواعد الدعوى)

فإن كان للمدعى بينة والا فيحلف المنكر أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجية وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع ، بينه وبين الله

كما ذكره المحقق و العلامة وغيرهما ، مرسلين له ارسال المسلمات ، وذلك لاطلاق أدلة الدعوى (فإن كان للمدعى بينة) غير معارضة ، بينة المنكر ، قبل قوله لقاعدة : ان على المدعى البينة ، وعلى المنكر اليمين .
نعم ، إذا كان لكليهما بينة ، فهل يتساقطان مطلقاً أو يقدم من كانت بيئته أكثر فيه كلام مربوط بباب القضاء .

(والا) يكن لأحدهما بينة (فيحلف المنكر) ويكون الحق له (أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجية ،) إذا لم نقل بأن مجرد رد المنكر ، يثبت عليه الدعوى .

(وعلى المنكر) إذا ظهر الحق للمدعى (ترتيب آثاره) آثار الزواج (في الظاهر) فقط ، إذ الحكم لا يوجب تغيير الواقع ، إذا علم أو شك في أنها زوجة له أم لا ؟ وترتيب الآثار انما هي بالمقدار المجبور عليه ، الذي لامندوحة له ، إذا علم بانها ليست زوجة ، بل يشكل جداً في مثل وطىء كل أربعة أشهر مرة ، لانه زنا باعتقاده ، إذا كان هو المنكر ، أو باعتقادها ان كانت هي المنكرة نعم ، إذا لم يعلم بالواقع ، وانما يستند الى الحججة ، فالحكم مقدم عليه ، كما صرح به السيدان البروجردى والحكيم .

(لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع ، بينه وبين الله) إذا علم بأن الواقع خلاف الحكم ، كما صرح بذلك غير واحد ، لاصالة ان الحكم لا يغير الواقع .

وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما لكن المدعى مأخوذ باقراره ، المستفاد من دعواه فليس له ان كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا ام المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها أو اختها الا برضاها ويجب عليه ايصال المهر اليها

ويؤيده في المقام ، صحيح هشام بن الحكم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انما أفضى بينكم بالبينات و الايمان . ولعل بعضكم الحن بحجة من بعض ، فأما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً ، فانما قطعت له قطعة من نار .

ومحل الكلام في ذلك في [كتاب القضاء] .

(و إذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما) لما ذكر في [كتاب القضاء] من ان الحلف يذهب بالحق ظاهراً (لكن المدعى مأخوذ باقراره ، المستفاد من دعواه) اذ البينة والحلف لا يغيران الواقع ، فليس حلف المرأة بانها ليست زوجة للرجل ، بمنزلة الطلاق أو الفسخ ، ولا بمنزلة عدم النكاح أصلاً (فليس له) أى للمدعى (ان كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا ام المنكرة) ولا اختها (ولا بنتها مع الدخول بها) بل ولا مع عدم الدخول بها اذا لم يطلقها ، لو ضوح عدم جواز الجمع بين الام والبنت .

(ولا بنت أخيها أو اختها الا برضاها) كما صرح بذلك المستند وغيره (و يجب عليه ايصال المهر اليها) كلا لمقتضى العقد أو بعضاً ، ان قلنا بانه قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول [اذا لم يكن دخل بها] هذا في الدائم ، أما المنقطع فلا حق لها اذا امتنعت عن الاستمتاع ، ويسقط بالنسبة حتى مع الدخول ، اذا كان امتناع لها عن بقية المدة .

نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار وان كانت هي المدعية لا يجوز لها التزويج بغيره

(نعم لا يجب عليه نفقتها ، لنشوزها بالانكار ،) كما عن المسالك وكشف اللثام ، و صرح به الحدائق و المستند و الجواهر ، ناسباً الحدائق له الى الاصحاب .

ولا يخفى ان كون النفقة في قبال التمكين هو المستفاد من الاخبار عند عرضها على العرف ، ولو بمعونة القرائن الخارجية ، ولذا أرسله الفقهاء ارسال المسلمات فاشكال المستمسك بأن النشوز اذا كان الامتناع بدون عذر شرعى أما مع العذر كما اذا كانت حائضاً أو مسافرة استطاعة للحج فلاننشوز وهنا لها عذر شرعى حسب المفروض غير ظاهر الوجه ، وكيف يمكن القول بوجوب نفقتها على المدعى وعلى زوجها الثانى الذي تزوجها ، بل يمكن ان يستفاد كون النفقة فى قبال التمكين ، من قوله النبى صلى الله عليه وآله وسلم : فى ما رواه تحف العقول [فى حديث] [واطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] فان عدم الاطاعة ، ولو كان من جهة انكارها الزوجية يسقط الرزق ، أما عدم الاطاعة فى الحج ونحوه ، فانما يثبت النفقة فيه لدليل خاص .

(وان كانت هي المدعية ، لايجوز لها التزويج بغيره) كما صرح بذلك الجماعة السابقون ، وذلك لانها ذات زوج باعتقادها ، فكيف تتزوج ؟ واذا ارادت الخلاص طلقها الحاكم الشرعى - اذا لم يستعد الزوج طلاقها - وذلك لانه لايمسكها بالمعروف ، فلا بد من التسريح بالاحسان ، وحيث يكون ممتنعاً يكون الولى هو الحاكم ، ولا فرق بين الامتناع [بعد عدم حصول الامسك بالمعروف] بين ان يكون عن عذر أو بلا عذر .

الا اذا طلقها ولو بأن يقول : هي طالق ، ان كانت زوجتي ولا يجوز لها السفر من دون اذنه ، وكذا كل ما يتوقف على اذنه ولو رجع المنكر الى الاقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوحية بينهما فيه قولان :

أما النفقة فهل يحق لها السرقة منه - مثلا - لانها ممكنة أم لا ؟ لانه لا يعترف بكونها زوجة له ؟ احتمالان ، الظاهر الاول واعترافه غير مهم ، بعد ان ترى انها زوجة له واقعا .

(الا اذا طلقها ولو بأن يقول : هي طالق ، ان كانت زوجتي) وهذا التعليق غير ضار ، بعد كونها زوجة واقعا ، فهو مثل ان يقول : ان كان النهار موجودا فهي طالق ، وقد مر مثل ذلك في اجراء صيغة العقد .

(ولا يجوز لها السفر من دون اذنه ، وكذا كل ما يتوقف على اذنه) على تأمل ، اذ هوراض الان بذلك [ولو كان رضاه عن اعتقاد خاطئ] فهو من باب تخلف الداعي ، الذي لا يضر .

(وكذا كل ما يتوقف على اذنه) كالصوم المندوب ونحوه ، ويقضي ذلك : انه لا يحق لاختها ، وبنتي اختها واخيها وامها وبنتها - اذا علمن انها مزوجة ان يقبلن الزواج بالرجل الا اذا رضيت في بنتي الاخ والاخت ، كما ان الخامسة - لا يحق لها القبول بزواجها له - اذا علمت بصدق المدعية - .

(ولو رجع المنكر الى الاقرار ، هل يسمع منه ويحكم بالزوحية بينهما) لقاعدة اقرار العقلاء ، فانه لا فرق فيها بين الاقرار بعد الانكار ، أو بدون الانكار ، فكما انه اذا انكر ، أولا انه مديون لفلان ديناراً ، ثم أقربه اخذبه ، ولم يلتفت الى انكاره السابق ، كذلك اذا أقر بالزوحية بعد انكاره (فيه قولان :)

والاقوى السماع اذا أظهر عنده انكاره ولم يكن متهماً وان كان ذلك بعد الحلف وكذا المدعى اذا رجع عن دعواه وكذب نفسه

أما وجه عدم السماع فلان اقراره وانكاره يتساقطان ، فالاصل عدم الزوجية (والاقوى السماع) مطلقاً لما عرفت من تقدم قاعدة الاقرار .

أما ما ذكره المصنف من قوله : (اذا أظهر عنده انكاره ولم يكن متهماً) فكأنه اذا لم يظهر العذر تساوي اقراره وانكاره فلا يقدم اقراره، ويتساقطان ويكون الاصل عدم الزوجية ، بخلاف ما اذا أظهر عنده انكاره ، فان الاقرار يقدم عند العقلاء لكثرة انكار الانسان لشيء فراراً من توابعه ، ثم يعترف به تسليماً للامر الواقع ، وتحريضاً من النفس اللوامة ، اظهاره الحق .

أما وجه تقييده بعدم كونه ، متهماً فلانه اذا كان متهماً في اقراره ، لم يشمله قاعدة اقرار العقلاء ، فيبقى الانكار سارى المفعول ، لكنك قد عرفت قوة قاعدة اقرار العقلاء ، فلا يبقى وجه لتقييده بالقيدين .

(وان كان ذلك بعد الحلف) فان الحلف لا ينسقط قاعدة الاقرار ولذا لو حلف انه ليس مدينوناً لزيد ، ثم أقر بالدين اخذ به ، وكذلك حكم الحاكم ، لا يوجب تغيير الواقع ، كما يدل عليه ما تقدم من صحيح هشام وغيره ، مما ذكره في [كتاب القضاء] .

(وكذا المدعى اذا رجع عن دعواه وكذب نفسه) فأنكر الزوجية بعد ما ادعاها وقد أنكر الزوجية الاخر ، فانه يسمع انكاره ، وان كان انكاراً بعد الاقرار ، واستدلوا لذلك [مع انه خلاف قاعدة اقرار العقلاء] بامور :

الاول : ان بناء العقلاء على عدم الاخذ بالاقرار ، اذا كان صادراً لغير بيان الواقع ، بل لامر آخسر ، فاذا انكر المقر ، ظهر ان اقراره كان صادراً لغير

نعم يشكل السماع منه اذا كان ذلك بعد اقامة البينة منه على دعواه الا اذا كذبت البينة نفسها أيضاً .

بيان الواقع ، وحيث ان الشارع قرر الطريقة العقلائية ، فقوله : [اقرار العقلاء على أنفسهم جائز] ير يدبه ما لم يكن اقراراً بداعي آخر غير بيان الواقع .

الثاني : ان الانكار بعد الاقرار أمر معتاد ، وكثيراً ما يقع الاقرار ، ثم الانكار ، والحال ان الانكار واقع مطابق للمحقيقة ، فاذا لم يسمع دعواه يذهب كثير من الحقوق هدرأ ولايجوز اهدار الحقوق ، فاللازم السماع

الثالث : جريان السيرة على سماع الانكار ، بعد الاقرار ، كسماع الاقرار بعد الانكار .

أقول : لا يخفى ان في هذه الجملة كفاية ، وان كان يخدش بعضها بل عن المسالك نسبة السماع الى الاكثر ، وفي الجواهر عند قول المحقق : [قيل لا تقبل دعواه ، لانه مكذب لاقارره ، وقيل يقبل ، لانه ادعى ما هو معتاد وهو أشبه] قال : لم نتحقق القائل بالاول من العامة فضلاً عن الخاصة [انه لم نجد خلافه في القبول] .

(نعم، يشكل السماع منه اذا كان ذلك) الانكار لادعائه السابق (بعد اقامة البينة منه على دعواه) وذلك لاطلاق أدلة حجية البينة التي لا يضره انكار من قامت البينة له ، فاذا ادعى زوجية امرأة، واقام بينة ثم انكر ، لم يسقط لوازم الزوجية من عدم تزويج الخامسة ، وامها وبناتها واختها ، الى غير ذلك .

(الا اذا كذبت البينة نفسها أيضاً) اذ تسقط البينة حينئذ ، ويسمع انكاره ، وحيث ان هذه المباحث مرتبطة بباب الشهادات والاقرار والقضاء ، فتفصيل الكلام فيها موكول الى تلك الابواب .

الثالثة : اذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها
رجل آخر لم تسمع دعواه الا بالبينة نعم له مع عدمها على كل منهما
اليمين

(الثالثة : اذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل
آخر لم تسمع دعواه الا بالبينة) ذكره غير واحد ، بل ربما نسب الى أكثر
الاصحاب ، وذلك لانه مدع ، والبينة على المدعى ، ولخبر يونس قال : سألته
عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوجها
ثم ان رجلا اتاه فقال : هي امرأتي ، فانكرت المرأة ذلك ، ما يلزم الزوج ،
فقال عليه السلام : هي امرأته الا ان يقيم البينة .

ونحوه مكاتبة الحسين بن سعيد ، وخبر عبد العزيز بن المهدي ، قال :
سألت الرضا عليه السلام ، قلت : جعلت فداك ، ان أخي مات وتزوجت امرأته ،
فجاء عمي فادعى انه كان تزوجها ، سرأ ، فسألته عن ذلك فانكرت أشد
الانكار ، وقالت : ما بيني وبينه شيء قط ؟ فقال عليه السلام : يلزمك اقرارها ،
ويلزمه انكارها .

ومنه يعرف ، لزوم حمل موثق سماعة على الاستحباب قال : سألته عن رجل
تزوج امة [جارية : خ ل] أو تمتع بها ، فحدثه رجل ثقة ، أو غير ثقة ؟ فقال :
ان هذه امرأتي وليست لي بينة ، فقال عليه السلام : ان كان ثقة فلا يقربها وان كان
غير ثقة فلا يقبل منه ، أو يحمل على ما اذا اطمأن من قول الثقة ، والموثق وان
كان اخص الا ان عدم العامل به ، كما قالوا أو يجب حملة على احد المحملين .
(نعم له مع عدمها) أي عدم البينة (على كل منهما) الزوج والزوجة (اليمين)
أما اليمين على الزوجة فلانها منكورة ، وعلى المنكر اليمين ، وأما اليمين على

فان وجه الدعوى على الامرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها وان نكلت أوردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج وتبقى على زوجية الزوج مع عدمها سواء كان عالماً بكذب المدعى أولاً

الزوج ، فهو انما يكون اذا ادعى المدعى علم الزوج بانها زوجة للمدعى ، فيحلف الزوج على عدم علمه ، كل ذلك للمقواعد المقررة في [كتاب القضاء].
 (فان وجه الدعوى على الامرأة فأنكرت) أما لادعائها انها لاتعلم - مثلاً يدعى المدعي ان وليها زوجها له ، وتدعى هي عدم علمها - أو لادعائها عدم الزواج أصلاً ، فانها ان انكرت .
 (وحلفت سقط دعواه عليها) لان الايمان تسقط الدعوى ، كما ورد في النص والفتوى .

(وان نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف) على ما ذكره في باب القضاء ، من ان مجرد النكول يسقط الدعوى ، أو بعد حلف المدعى (لا يكون حلفه حجة على الزوج) لاصالة صحة نكاح الزوج .

(وتبقى على زوجية الزوج مع عدمها) أى عدم البينة (سواء كان الزوج عالماً بكذب المدعى أولاً) بل كان جاهلاً بصدقه أو كذبه ، وذلك لان الزوجية حق الزوج ، وهذا الحق لا يسقط بمجرد عدم حلف الزوجة .

نعم ، ان قامت البينة ثبت عدم الزوجية لان لوازم البينة حجة ، ولذا لا تبقى بعد البينة على زوجية الزوج ، بل لو ادعى المدعى زوجية امرأة زيد وصدقت المرأة ، لم

وان أخبر ثقة واحد بصدق المدعى وان كان الاحوط حينئذ طلاقها
فيبقى النزاع بينه وبين الزوج

تقبل الدعوى بدون البينة ، اذ اقرارها وقع في حق الغير ، والاقرار في حق الغير
ليس بنافذ .

ومنه يعلم الاشكال في أصل توجه اليمين الى المرأة ، لما ذكره المسالك
وغيره ، بأن اليمين انما تتوجه الى المنكر ، اذا كان بحيث لو اعترف لزم المحق
ونفع المدعي ، والامر هنا ليس كذلك ، لان المرأة لو صادقت المدعي دعواه
لم تثبت الزوجية ، لان اقرارها واقع في حق الغير ، وهو الزوج - انتهى .
ومنه يعرف ، حكم العكس ، وهو ما اذا ادعت المرأة زوجية رجل عنده ،
اخذها أو أربعة أو بنتها أو امها ، وانكر الزوج ، ولم تكن لها بينة ، لم يتوجه
الحلف اليه ، لانه حتى وان أقر كان اعترافاً بحق الغير ، أي الاخت والرابعة وما
أشبهه ، واذ لم يصح الاقرار ، لم يصح الحلف مع الانكار ، لكن المسألة بحاجة
الى التأمل ، فنكلها الى [كتاب القضاء] .

(وان أخبر ثقة واحد بصدق المدعي) ان زوجة الزوج زوجة له ، وذلك
لان الثقة لاتكون جامعة لشرط الشهادة - الحجة ، في مثل الدعاوي - .
(وان كان الاحوط حينئذ طلاقها) جمعاً بين الاحتياطين ، وقد تقدم في موثقة
سماعة ان المدعى ان كان ثقة لا يقربها الزوج ، لكنته حيث كان خلاف الاحتياط
أيضاً ، كان الاحتياط في طلاقها .

(فيبقى النزاع بينه وبين الزوج) فالمدعي يدعي انها زوجته ، والزوج
ينكر ذلك - بدعوى جهله أو علمه بالعدم - والمفروض انه لابينة للمدعي لتحسم
النزاع .

فان حلف سقط دعواه بالنسبة اليه أيضاً وان نكل أورد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية اذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجة بعد الرد عليه وان كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينها كما اذا وجه الدعوى أولاً عليه والحاصل: أن هذه الدعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة

(فان حلف) الزوج (سقط دعواه) دعوى المدعى (بالنسبة اليه) الى الزوج (أيضاً) كما سقط دعواه قبلاً بالنسبة الى المرأة ، (وان نكل) الزوج (أورد اليمين عليه) أي على المدعي (فحلف) المدعى (حكم له) أي للمدعي (بالزوجية اذا كان ذلك) أي كان حلف المدعى [في قبال الزوج] (بعد أن حلف) المدعى (في الدعوى) الاولى التي كانت (على الزوجة بعد الرد) أي رد الزوجة الحلف (عليه) أي على المدعى .

والحاصل : المدعى حلف مرتين ، مرة حينما ادعى ضد الزوجة، ومرة حينما ادعى ضد الرجل .

(وان كان) حلف المدعى ضد الزوج (قبل تمامية الدعوى مع الزوجة) بأن ادعى أولاً ضد الزوج ، فحلف المدعى ضد الزوج، ثم ادعى ضد المرأة (فيبقى النزاع بينهما وبينها) وقدم مثل المصنف بقوله : [قبل تمامية الدعوى] بقوله : كما اذا وجه الدعوى أولاً عليه) أي على الزوج .

(والحاصل : أن هذه الدعوى) من المدعى ان زوجة فلان زوجته (على

كل من الزوج والزوجة) لانه يريد ابطال حقهما (فمع عدم البينة) للمدعى يأتي دور حلفهما .

ان حلفا سقط دعواه عليهما وان نكلا أورد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه وان حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت ، ورد الحاكم عليه فحلف وان كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج الا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت اليه

أما اذا كانت له بيعة فالحق يكون للمدعي (ان حلفا) الزوجان (سقط دعواه عليهما) لان المنكر اذا حلف سقط دعوى المدعى .

(وان نكلا أورد اليمين عليه فحلف) المدعي (ثبت مدعاه) لان يمين المدعى بمنزلة البيعة [اذا لم يكن للمدعى بيعة، ولم يحلف المنكر] .

(وان حلف أحدهما دون الآخر فلكل) من الزوجين (حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط) دعوى المدعى (بالنسبة اليه) أي بالنسبة الى الزوج (و) الحال ان (الزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت ورد الحاكم) الحلف (عليه) أي على المدعى - ضد الزوجة - (فحلف) المدعى .

(وان كان) المدعى (لا يتسلط عليها) بسبب حلف المدعي ضد الزوجة (لمكان حق الزوج) كما تقدم . وقوله: [وان كان] بمنزلة الجواب لقوله: [فاذا حلف الزوج في الدعوى] .

(الا) ان فائدة حلف المدعى ضد الزوجة (أنه) أي الزوج (لو طلقها أو مات عنها) أو فسخ هو أو هي نكاحها - لفاسخ - (ردت) الزوجة (اليه) أي الى المدعى، لان المانع عن نفوذ حلف المدعي كان حق الزوج، فاذا سقط هذا الحق نفذ حق المدعي .

سواء قلنا ان اليمين المردودة بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة أو قسم ثالث نعم ، في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج اشكال خصوصاً ان قلنا انه بمنزلة الاقرار أو البينة هذا كله اذا كانت منكراً لدعوى المدعى ، وأما اذا صدقته وأقرت بزوجيته

(سواء قلنا ان اليمين المردودة بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة أو قسم ثالث) اذ هي على كل وجه من الوجوه الثلاثة، تكون مثبتة لحق الحالف على خصمه، وقد ذكر الفقهاء في [كتاب القضاء] فروعاً متفرعة على الخلاف المذكور ، كما انهم ذكروا أدلة لكل وجه من الوجوه الثلاثة .

(نعم، في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج) في حال عدم حلفها ضد المدعى (اشكال) من جهة ان اليمين المردودة على المدعى تثبت انها ليست زوجة لمن هي في حبالته الآن ، واذ لم تكن زوجة فكيف تستحق عليها المهر والنفقة ؟ (خصوصاً ان قلنا انه) أي يمين المدعى (بمنزلة الاقرار) منهما على انها ليست زوجة لمن في حبالته .

(أو البينة) فان الاقرار يسقط حقها، والبينة تثبت لوازمها، هذا وجه عدم استحقاقها .

وأما وجه استحقاقها، فلانها كانت زوجة قبل ادعاء المدعي، وهي لم تصدق ادعائه ، ولعل عدم حلفها من جهة انها تعجل الله عن الحلف أو لمحدور آخر، فزوجيتها ثابتة لمن في حبالته ، وهي تلازم النفقة والمهر ، فلا وجه لسقوطها بمجرد النكول أو الرد .

(هذا كله اذا كانت منكراً لدعوى المدعى، وأما اذا صدقته وأقرت بزوجيته

فلا يسمع بالنسبة الى حق الزوج ولكنها مأخوذة باقرارها فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى ، بل ولا مهر المثل اذا دخل بها لانها بغية بمقتضى اقرارها الا أن تظهر عذراً في ذلك وترد على المدعى بعدموت الزوج أو طلاقه الى غير ذلك.

فلا يسمع بالنسبة الى حق الزوج) لما تقدم من انه اقرار في حق الغير، ومثله لا يسمع .

(ولكنها مأخوذة باقرارها) لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز (فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل اذا دخل بها، لانها بغية) ولا مهر ولا نفقة لبغية (بمقتضى اقرارها الا أن تظهر عذراً في ذلك) وانما لم تتزوج بالزوج الذي هي في حبالته ، الا لجهلها بالحرمة - مثلاً - فان الوطى يكون بشبهة حينئذ ، ووطى الشبهة له مهر، والظاهر انه أقل الامرين من المثل والمسمى، اذ لو كان المسمى أقل فقد رضيت بذلك، وهو يسقط الزيادة، وان كان المثل أقل فالمسمى لا يثبت بوطى الشبهة، اذ المثبت له العقد الصحيح، والمفروض انتفائه فتأمل .

(وترد على المدعي بعد موت الزوج أو طلاقه) أو فسخ النكاح (الى غير ذلك) مثل انها لا يكون بينها وبين اقرباء الزوج علاقة، الا بقدر ما يستلزمه البغاء أو وطي الشبهة، بينما تكون بينها وبين اقرباء المدعي العلاقة، ولا تترث الزوج وانما تترث المدعى .

بقي شيء ، وهو انه لو لم تصدق الزوجة دعوى المدعى ولا انكرته ، بل ادعت عدم العلم، بأن قالت: لأدرى ، كما اذا ادعى المدعي تزويجها حين ولاية الاب ، والجد عليها بأن كانت صغيرة حين زواجها ، فان ادعى المدعى عليها

الرابعة : اذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول ، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها ، أولا ، الابدع فراغها من المدعى وجهان

العلم فله الحق في ان يحلفها على نفي علمها .

قال في المستند : لانه دعوى مستلزم تحقق المدعى به ، لثبوت حق له ، فيدخل في عموم اليمين على من أنكر ، وان لم يدع المدعى عليها العلم فلا تسلط له عليها بالزوجية ، الابدع قيام البينة للاصل الخالي من المعارض ، ولا بالحلف ، للدلالة المصرحة بأن الحلف على البنت .

أقول : وحيث ان تفصيل الكلام في هذه الفروع من شأن [كتاب القضاء] نكتفي في المقام بهذا القدر ، والله العالم بحقائق الاحكام ، و ان كان لا بد من التنبيه على انه ان امكن للقاضي استخراج الحق من غير طريق البينة ، والحلف وجب عليه ذلك - كما قرر في كتاب القضاء - .

(الرابعة : اذا ادعى رجل زوجية امرأة) ، وصدقت فهي زوجته ، وان سكتت مدعية عدم علمه بها ، لاحتمالها ان وليها زوجها في صغرها كان على المدعى البينة وعليها الحلف ، لعدم علمها ، فاذا أقام بينة كان الحق له ، وان لم يقم و حلفت على عدم علمها كان الحق لها .

(و) ان (أنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول ، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها ، أولا ، الابدع فراغها من المدعي وجهان) ووجه ثالث هو التفصيل بين تضرر المرأة من عدم الزواج لطول الدعوى وتراضى المدعى ، فيجوز الزواج وبين عدم الضرر فلا يجوز ، نسب المسالك الى المحقق عدم الجواز مطلقاً ، واحتمل هو التفصيل واختار الجواهر

من أنها قبل ثبوت دعوى المدعى خلية ومسلطة على نفسها ومن تعلق حق المدعى بها ، وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعى مع أن ذلك تفويت حق المدعى اذا ردت الحلف عليه ، وحلف فانه ليس حجة على غيرها وهو الزوج

الجواز مطلقاً وجه الجواز مطلقاً (من أنها) مسلطة على نفسها ، لقاعدة ، الناس مسلطون على أنفسهم .

فانها (قبل ثبوت دعوى المدعى خلية) شرعاً (ومسلطة على نفسها) فيحق لها ان تتزوج كما يحق لها ان تسافر وتفعل كل ما يحق للخلية ان تفعله ، وكذلك اذا ادعى انسان ما لافي يد انسان آخر فانه يحق لذي اليد ان يفعل بما في يده ما شاء ، لقاعدة سلطنة الناس على ما في أيديهم .

(و) وجه المنع مطلقاً (من تعلق حق المدعى بها ، وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعى مع أن ذلك تفويت حق المدعى اذا ردت الحلف عليه ، و حلف فانه ليس حجة على غيرها وهو الزوج) فان المرأة اذا تزوجت ونكلت فحلف المدعى كان الحق للمدعى - اذا كانت المرأة خلية - .

أما اذا كانت مزوجة فنكلت فقد عرفت في المسألة السابقة ان حلف المدعى لا يوجب زوجية المرأة للمدعى ، لانها حق الغير ، بل قد عرفت ان تصديق المرأة المزوجة للمدعى لا يفيد ، لانه اقرار في حق الغير الذي هو الزوج ، اذاً فتزويجها يوجب تفويت حق المدعى ، وما يفوت حق الغير ليس بجائز ، لكن يرد على هذا الاستدلال ، ان المعرضية للحق لا توجب قصر السلطنة على النفس اذ السلطنة ثابتة ، والمزاحم غير ثابت ، ومثله اذا ادعت امرأة زوجية رجل و أنكر الرجل فيحق له ان يزوج اختها وامها و بنتها ، وان كان في معرض الدعوى

ويحتمل التفصيل بين ما اذا طال الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة والظاهر الوجه الاول وحينئذ فان اقام المدعى بينة وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها

فلا يقال : لا يحق له ذلك في حال الدعوى ، وكذا الكلام في المال المتنازع فيه ، اذا اراد التصرف فيه من له يد عليه ، والزوجة التي يدعي انسان زوجيتها اذا اراد الزوج وطبها مثلاً ، الى غير ذلك .

و العاصل : انه - كما ذكره المستمسك - ليس تصرفاً في الحق ، بل من قبيل رفع موضوعه ، فيسقط على ان جواز الادعاء من الاحكام ولم يثبت انه من الحقوق ، فانه لا يسقط بالاسقاط - انتهى .

(ويحتمل التفصيل) المتقدم عن المسالك (بين ما اذا طال الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ) ، من الزواج (وبين غير هذه الصورة) ، فلا يجوز ويرد عليه بالاضافة الى ما تقدم ان في صورة الضرر يتعارض ضرر المرأة و ضرر المدعى فيتساقطان ويكون المرجع حق المدعى ، بالاضافة الى انه يلزم على هذا القول ان يكون المدار التضمر ، وان كان بدون طول مدة الدعوى ، وطول المدة حينئذ يكون مصداقاً ، لان الامر منحصر فيه .

(والاظهر) عند المصنف ومن وجدتهم من المعلقين كالسادة البروجردى وابن العم والجمال وغيرهم (الوجه الاول) لما عرفت (و حينئذ) اذا تزوجت (فان اقام المدعى بينة وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها) ، لان البينة كما تكون حجة على المستقبل تكون حجة على الماضي ، لكن الظاهر انه ان لم يثبت تعمدتها في الزواج مع علمها ببطلانه ان لها حق النفقة والمهر على زوجها الثاني ، لاصالة حمل فعل المسلم على الصحيح .

وان لم يكن له بينة ، وحلفت بقيت على زوجيتها وان ردت اليمين على المدعى وحلف ففيه وجهان من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج ، وهذا هو الوجه فيشمر فيما اذا طلقها الزوج أو مات عنها فانها حينئذ ترد على المدعى والمسألة سيالة

(وان لم يكن له بينة ، وحلفت بقيت على زوجيتها) اذ سقط بذلك دعوى المدعى (وان ردت اليمين على المدعى) و لم يحلف بقيت على زوجيتها أيضاً .

(و) ان (حلف ففيه وجهان) وجه بطلان زواجها بالثاني (من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها ،) ووجهه السيد البروجردي بأنه انما يحلف اليمين المردودة لاثبات ما كان ادعاه عليها ما كانت خلية عن هذا الزوج ، ولم يكن لدعواه توجه اليه أصلاً .

(ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج ، وهذا هو الوجه) لقاعدة السلطة التي لا ترفعها الدعوى ومجرد الادعاء لا ينفذ في كون الحلف الان مسقطاً لحق الغير ، بل لو انها بعد زواجها صدقت المدعى ، لم يكن لتصديقها أثر ، لانه اقرار في حق الغير ، وفي تعليقه ابن العم : لا يترك الاحتياط في هذه المسألة وسابقتها .

وفي تعليقه السيد الجمال : لاتسمع الدعوى في شيء مما يكون من هذا القبيل الا بالبينة . وفيه نظر واضح .

وكيف كان (فيمشر) يمين المدعى (فيما اذا طلقها الزوج أو مات عنها) أو فسخ النكاح (فانها حينئذ ترد على المدعى والمسألة سيالة) في باب الزواج كما

فى دعوى الاملاك وغيرها أيضاً .

الخامسة: اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت وادعت زوجية امرأة اخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع الامرأة الاولى كما اذا كانت اخت الاولى أو امها أو بنتها فهناك دعويان احديهما من الرجل على المرأة والثانية من المرأة الاخرى على ذلك الرجل فأما أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين أو يكون لاحديهما دون

عرفت بعض أمثلتها سابقاً .

(في دعوى الاملاك وغيرها أيضاً) كما اذا ادعى انسان مالا في يد زيد ، وحلف اليمين المردودة كان له ، أما اذا باعه المالك فى حال الدعوى لم تنفع اليمين المردودة فى انتزاع الملك من يد المشتري ، لان المدعى عليه قد فوت حق المدعى بتفويت موضوعه ، وكذا يأتي الكلام فى باب الاجارة ، والهبة ، والوقف ، والرهن ، وغيرها .

(الخامسة : اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة اخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع الامرأة الاولى ، كما اذا كانت اخت الاولى أو امها أو بنتها) مثلاً : ادعى زيد ان فاطمة زوجته ، وقالت اخت فاطمة : انى زوجة زيد ، فانه لا يصح زواج الاختين ، وهاتان الدعويان لا يصح شرعاً جمعهما .

(فهناك دعويان احديهما من الرجل على المرأة) الاولى (والثانية من المرأة الاخرى على ذلك الرجل) وحينئذ (ف) المحتملات ثلاثة لانه (اما أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين) دون الدعوى الاخرى (أو يكون لاحديهما دون

الاخرى أو لكليهما فعلى الاول يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا
الدعويين فان حلفا سقطت الدعويان وكذا ان نكلا وحلف كل من
المدعيين اليمين المردودة

الاخرى أو لكليهما فعلى الاول) عدم البينة أصلا (يتوجه اليمين على المنكر في
كلتا الدعويين فان حلفا سقطت الدعويان .

وكذا تسقط الدعويان (ان نكلا وحلف كل من المدعيين اليمين المردودة)
وذلك لانه لا يمكن الجمع بين الدعويين، لعدم امكان ان تكون الاختان زوجة
لشخص واحد، فالدعويان متكادبتان، وحيث لا ترجيح تسقط كلتاهما، وفي المقام
احتمالان آخران :

الاول : أشار اليه المستمسك قال : قد يشكل جواز رد اليمين من احدهما
بعد ان رد عليه اليمين من الاخر، لان نتيجة الرد التساقط، ولذا قال في الجواهر:
[ولوردت الاولى عليه اليمين، مثلافحلف فهل له رد اليمين على المدعية وجهان]
الان يقال: ان التساقط ليس من آثار الرد الثاني، بل من آثار الردين، واجتماع
اليمينين المردودتين - انتهى كلامه .

الثاني : ان يكون الفيصل بعد الحلفين المردودتين، القرعة لانها لكل أمر
مشكل ، ومجرد التكاذب اذا حلفا لا يوجب عدم حلف احدهما، اذ حال اليمينين
حال الشهادتين ، كما اذا أقام الرجل الشهادة على ان فاطمة زوجته ، وأقامت
اخت فاطمة انها زوجة الرجل، فانهما لا يعقل اجتماعهما شرعاً، ومع ذلك اذا
اجتمعا لزمت القرعة .

وكذا اذا قال الرجل: فاطمة زوجتي وصدفته. وقالت اخت فاطمة: الرجل
زوجي وصدقها الرجل ، فانه لا يمكن الجمع بين آثار الاقرارين شرعاً ، فاذا

وان حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المرودة سقطت دعوى الاول وثبت مدعى الثاني وعلى الثاني: وهو ما اذا كان لاحدهما بيينة ثبت مدعى من له البيينة وهل تسقط دعوى الآخر أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده

جمعا لزم القرعة، وكذا في كل دليل واحد جمع بين امرين، لا يمكن الجمع بينهما شرعاً ، وفي كل دليلين ، كذلك كما اذا أقر بأن فاطمة زوجته ، وصدقته وقامت الشهادة، على ان اخت فاطمة زوجته ، اذ لا يمكن الجمع بين الشهادة وبين الاقرار ، [اذا لم نقل بان الشهادة تقدم على الاقرار] والا لم يكن مجال للمتنازع بين الدليلين، وسيأتي عن قريب رواية الزهري المفصلة في المسألة .
(وان حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المرودة) مثلاً قال الزوج: فاطمة زوجتي، وانكرت فاطمة وحلفت، وقالت: أخت فاطمة الرجل زوجي، ولم يحلف الزوج على انكاره، (سقطت دعوى الاول) لان حلف فاطمة اسقطت دعواه .

(وثبت مدعى الثاني) لان نكول الرجل عن المحلف لانكاره زوجية الاخت يثبت ان اخت فاطمة زوجته، وعليه يكون اخت فاطمة زوجة الرجل، لافاطمة (وعلى الثاني): من الاقسام الثلاثة التي ذكرت في أول المسألة (وهو ما اذا كان لاحدهما بيينة) ولم يكن للآخر بيينة ، (ثبت مدعى من له البيينة) لان البيينة تثبت الحق .

(وهل تسقط دعوى الآخر) لعدم امكان الجمع بين الاختين مثلاً؟ (أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده) لاطلاقات أدلة الدعوى الشاملة

قد يدعى القطع بالثاني لان كل دعوى لا بد فيها من البينة ، أو الحلف ولكن لا يبعد تقوية

لهذه الدعوى (قد يدعى القطع بالثاني لان كل دعوى لا بد فيها من البينة، أو الحلف) وهذه الكلية صادقة على دعوى الثاني .

وهذا هو الاقرب، ويوضحه انه لو تصادق زوجان على ان بينهما الزوجية ثم ادعت اخت الزوجة انها زوجة لهذا الرجل ، سمعت دعواها، وخير الرجل بين الحلف والنكول [ان لم يكن لها بينة] وفائدة السماع انها اذا طلقت الزوجة أو ماتت أو فسخ نكاحها كانت الاخت زوجة للرجل ، لرفع المانع بطلاقها ونحوه .

وبسماع دعوى الاخت أفتى الشهيد وتبعه الجواهر فقالا بانه لا بد للزوج من اليمين على نفي دعوى الاخت، لانه منكر بالنسبة الى دعواها، والبينة على زوجيته اختها لا تقتضي العلم بكذبها، ضرورة امكان صدق البينة مع تقدم العقد عليها، وان شئت البينة حجة لاعلم، والحجة يمكن مخالفتها للواقع .

وبذلك يظهر ، ان اشكال المستمسك على الجواهر بقوله : وفيه ان ذلك يتم ان كان مستند البينة، وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة، أما اذا كان المستند العلم، فالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل، مثلا : تدل على كذب دعوى الاخت ضرورة - انتهى . غير رافع لما ذكرناه بقولنا : [وان شئت] فلا يرفع رد المستمسك للجواهر ، في ابطال الحكم الذي ذكره المصنف بقوله : [قد يدعى] .

ومما ذكرناه يظهر وجه ضعف ما افتى به المصنف بقوله: (ولكن لا يبعد تقوية

الوجه الاول لان البينة حجة شرعية ، واذا ثبت بها زوجية احدى
الامراتين لايمكن معه زوجية الاخرى ، لان المفروض عدم امكان
الجمع بين الامراتين ، فلازم ثبوت زوجية احديهما بالامارة الشرعية
عدم زوجية الاخرى

الوجه الاول) بسقوط دعوى الاخر (لان البينة حجة شرعية، واذا ثبت بهازوجية
احدى الامراتين لايمكن معه زوجية الاخرى، لان المفروض عدم امكان الجمع
بين الامراتين ، فلازم ثبوت زوجية احديهما بالامارة الشرعية عدم زوجية الاخرى)
اذ العجة الشرعية لاتنفي احتمال الطرف الاخر، ومع الاحتمال يأتى دور سماع
الدعوى، وهى تفيد ماذا ارتفع المانع، فحاله حال ما اذا ادعت اختان زوجية
رجل، وأقامت احديهما البينة، وصدق الرجل للتي لابينة لها، فان البينة محكمة
الان فائدة اقراره انه اذا انفصل عن الزوجة ثبتت زوجية الاخرى ، بالاضافة
الى وجوب اعطائها النفقة ، وعدم امكان الجمع بينهما واقعاً لا يضر ، فهو مثل
ما اذا اعترف بداره لزيد أولاً، ثم لعمر و ثانياً، حيث تعطي الدار لزيد ، و ثمنها
لعمر و ، مع عدم امكان الجمع بين الامرين زفتأمل .

نعم، ربما يستفاد من رواية الزهري، عن علي بن الحسين عليهما السلام،
عدم سماع الدعوى للثانية ، وان كانت لها بينة [فاذا لم تكن لها بينة فبالطريق
الاولى] قال : في رجل ادعى على امرأة انه تزوجها بولى وشهود ، وانكرت
المرأة ذلك، وأقامت اخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة انه تزوجها بولى
وشهود، ولم يوقت وقتاً ان البينة بينة الزوج، ولا تقبل بينة المرأة، لان الزوج
قد استحق بضع هذه المرأة ، وتريد اختها فساد هذا النكاح، ولا يقبل بينتها الا
بوقت قبل وقتها، أو دخول بها .

وعلى الثالث : فأما أن يكون البينتان مطلقتين أو مؤرختين متقارنتين أو تاريخ احديهما أسبق من الاخرى فعلى الاولين تتساقطان ويكون كما لو لم تكن بينة اصلا

وهذه الرواية وان كانت ضعيفة، الا ان المستند والجواهر وغيرهما قالوا : انها منجبرة بالشهرة، بل دعوى عدم الخلاف والاجماع على طبقها قيل : انها موافقة للقاعدة، اذ لدي تعارض البينتين تتساقطان، ويقدم اقراره على دعوى الاخت التي لا دليل لها [اذ بيئتهما سقطت حسب الفرض] قال في محكي كشف اللثام: ان الوجه في ترجيح بينته على بيئتها انها تنكر ما هو فعله، ولعله عقد على الاولى قبل العقد عليها ، وهي لا تعلم ، ولا يعلم فعله الامن قبله - انتهى ، وفيه نظر ظاهر .

أما اذا كانت بينة الاخت سابقة في التوقيت فانها تقدم، اذ لا مجال لبينة الزوج لان بينة الزوج تدل على زواجه من الزوجة، وهذا لا يكفي، اذ زواج الاخت في حال كون اختها المدعية زوجته باطل .

وكذا اذا كان الرجل دخل بالمدعية فانه بعد سقوط البينتين يكون الدخول دليلا على الزواج ، لحمل فعلهما على الصحيح ، ولا يعارض ذلك بشيء ، اذ ليس في النص دخول الرجل بالزوجة غير المدعية ، وسيأتى تنمة الكلام في المسألة .

(وعلى الثالث :) بأن كانت البينة لكليهما (فأما أن يكون البينتان مطلقتين أو مؤرختين متقارنتين أو تاريخ احديهما أسبق من الاخرى) أو احديهما مطلقة والاخرى مؤرخة (فعلى الاولين) المطلقتين والمقارنتين (تتساقطان ويكون كما لو لم تكن بينة اصلا) للتعارض بينهما ولا ترجيح ، الا اذا قلنا في باب

وعلى الثالث: ترجح الاسبق اذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ الى زمان الثانية وان لم تشهد ببقائها الى زمان الثانية فكذلك اذا كان الامرأتان الام والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت

البنينات بتقديم الاكثر عدداً ، وكان احدهما أكثر عدداً - كما فصل في باب الشهادات - .

(وعلى الثالث :) بان كانتا مؤرختين ، واحديهما أسبق .

(ترجح الاسبق) لان الاسبق لا يدع مجالاً لغيره ، فهو كما اذا عقد اختاً ، ثم عقد الاخت الثانية ، فان عقده الثاني يكون باطلاً ، لكن في اطلاق المصنف نظراً ظاهراً ، اذ الاقسام أربعة : لان مستند الشهادتين ، أما العلم ، وأما الظهور ، وأما الاول العلم ، والثاني الظهور ، أو بالعكس .

ففي الاول : فالشهادتان متعارضتان ، ولاوجه لتقديم الاسبق ، وحينذاك فالمرجع أما القرعة ، أو الاكثر عدداً - اذا قلنا بتقديم الاكثر عدداً . وفي الثاني : كذلك ، كما اذا شهد كل على انه كان يعاشرها ، معاشرة الأزواج .

وفي الثالث : يقدم الاولى ، فان المستند الى العلم مقدم على المستند الى ظاهرو وقوع العقد ، اذا الاولى ترفع مستند الثانية .

وفي الرابع : تقدم الثانية ، لان العلم يرفع مستند الاولى في البقاء ، وهو الاستصحاب (اذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ) السابق (الى زمان الثانية) .

(و) أما (ان لم تشهد ببقائها الى زمان الثانية فكذلك) ترجح الاسبق (اذا كان الامرأتان الام والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت) اذ بمجرد العقد على البنيت تحرم

بخلاف الاختين والام والبنات مع تقدم تاريخ الام لا يمكن صحة العقدين بأن طلق الاولى ، وعقد على الثانية وطلق الام مع عدم الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان هذا ولكن وردت رواية تدل على تقديم بينة الرجل ، الامع سبق بينة الامراة المدعية ، أو الدخول بها في الاختين وقد عمل بها المشهور

الام، قال تعالى: «وامهات نسائكم».

(بخلاف الاختين والام والبنات مع تقدم تاريخ الام) فلا يحكم بالاسبق (لامكان صحة العقدين، بأن طلق الاولى، وعقد على الثانية) في الاختين (وطلق الام مع عدم الدخول بها) اذ لو دخل بها حرمت البنات أبداً (و حينئذ) أي حين كانت المسألة في الاختين وفي الام والبنات مع تقدم تاريخ الام ، مع عدم الدخول.

(ففي ترجيح الثانية) لان مستندها الشهادة، وهي تقدم على مستند الاولى الذي هو الاستصحاب (أو التساقط) لانهما بينتان فتساقطان (وجهان) واللازم القول بذلك التفصيل المتقدم في مستند البينتين، فاذا كان مستند احدى البينتين مقدماً على مستند الاخرى بطلت البينة التي مستندها مؤخر، اما مع التساوي أو الجهل بالمستند فتساقطان .

(هذا) هو مقتضى الاصل في البينتين المتعارضتين، (ولكن وردت رواية) الزهري المتقدمة (تدل على تقديم بينة الرجل، الامع سبق بينة الامراة المدعية أو الدخول بها في الاختين) وقد رواها الشيخ أيضاً، عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفي، عن أبي عبد الله عليه السلام .

(وقد عمل بها المشهور) بل قد ادعى، بعض عدم الخلاف فيه، وبعض آخر

فى خصوص الاختين ومنهم من تعدى الى الام والبنات أيضاً ولكن العمل بها حتى فى موردها مشكل ، لمخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض المحامل التى لاتخالف القواعد .

الاجماع عليه، الا ان المحكى عن نكت المحقق مخالفتها (فى خصوص الاختين) لانها مورد الرواية المخالفة للقاعدة - كما عرفت - .

(ومنهم) كما يظهر من الجواهر الميل اليه، لكن عن المسالك وجامع المقاصد، كما فى المستند الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص ، (من تعدى الى الام والبنات أيضاً) واستندوا فى ذلك الى تعليقه عليه السلام [لان الزوج قد استحق، بضع هذه المرأة، وتريد اختها فساد النكاح فلا تصدق...].

(ولكن العمل بها حتى فى موردها، مشكل لمخالفتها للقواعد) وذلك لان تقديم بينة الزوج على بينة الأخت لاوجه له ، مع انها متعارضتان ، وقد تقدم الاشكال فى توجيه كشف اللثام، لجعله موافقاً للقاعدة.

(وامكان حملها على بعض المحامل) كما ذكره الحدائق، من ان حكمه بتقديم بينة الرجل، وصحة دعواه وبطلان دعوى الأخت، لعله الامر ظهر له عليه السلام بقرائن الحال يومئذ.

وفيه: ان ذلك خلاف الظاهر، ولايصار الى مثله، لمجرد ان الرواية مخالفة للقاعدة، فانه كما ذكر المستمسك أكثر الروايات الدالة على الوجوب والحرمة ونحوهما مخالفة للقواعد العامة، فلاوجه لحملها على المحامل (التى لاتخالف القواعد).

ثم ان غير واحد منهم ذكروا الافتقار الى اليمين، حسب القواعد العامة،

السادسة : اذا تزوج العبد بمملوكة ، ثم اشترها باذن المولى فان اشترها للمولى ، بقى نكاحها على حاله ولا اشكال فى جواز وطئها وان اشترها لنفسه ، بطل نكاحها

الا ان فى المستند ، وعن غيره عدم الاحتياج اليها ، لخلو النص عنها ، بينما هو فى مقام البيان ، كما يظهر من تفصيله ، فالقول بلزوم اليمين لجواز وقوع عقد لم يطلع عليه البينة غير تام .

وكيف كان ، فالظاهر لزوم العمل بالنص ، فى مورد ، كما لا يبعد التعدي عنه ، وان كان رعاية الاحتياط أولى ، ولذا قال ابن العم : العمل بالرواية فى موردها هو المتعين ، وقال السيد البروجردى : لا اشكال فيه بعد عمل المعظم ، وانما الاشكال فى التعدي .

(السادسة : اذا تزوج العبد بمملوكة ، ثم اشترها باذن المولى) أو اشترها بغير اذنه ، لكنه أجاز بعد ذلك (فان اشترها للمولى ، بقى نكاحها على حاله) للاصل بعد ان لم يكن دليل على بطلان النكاح ، فحالها حال العبد الزوج ، اذا انتقلت ملكيته من سيد الى سيد ، (ولا اشكال فى جواز وطئها) اذا رضى مولاهما الجديد ، اذ لا يجوز التصرف فى ملك الغير ، الا باذنه ، اما بالنسبة الى وطئها ، حال كونها ملكاً للمولى الاول ، فلانه هو الذى عقدها ، (وان اشترها لنفسه ، بطل نكاحها ،) بل فى الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه .

وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى : «الا على ازواجهم ، أو ما ملكت ايمانهم» بناءً منهم على ظهوره ، فى منع الجمع بينهما ، ويؤيده ان لكل أثراً فالطلاق يأتي فى الزواج دون الملك ، وكذلك القسم والبيع يأتي فى الملك دون الزواج والضرورة قائمة على انه لا يأتي الاثران فى مفروض الكلام ، بان يجوز بيعها ،

وحلت له بالملك على الاقوى من ملكية العبد وهل يفتقر وطؤها حينئذ الى الاذن من المولى أولاً وجهان أقواهما ذلك لان الاذن السابق انما كان بعنوان الزوجية ، وقد زالت بالملك ، فيحتاج الى الاذن الجديد

ويجوز طلاقها، كما ان استحقاقه الجمع بين القسم، لكونها زوجة، وعدم القسم لكونها امة، يعطيان عدم الجمع بين الملك والزوجية.

(وحلت له بالملك) بالضرورة والاجماع ولعموم الآية ، ويؤيد عدم الجمع بين الامرين ، ما دل على عتق الجارية ثم زواجها ، ولو جمع الامر ان أمكن زواجها في حال كونهم امة له (على الاقوى من ملكية العبد) وقد حقق ذلك في محله .

(وهل يفتقر وطؤها حينئذ) حين اشترها لنفسه (الى الاذن من المولى) لانه تصرف في نفسه ، والعبد لا يقدر على شيء نصاً واجماعاً (أولاً) لانها زوجته ، والزوج يتصرف في زوجته ، حسب ما قرره الشرع (وجهان أقواهما ذلك) كما في الجواهر لما تقدم .

لا يقال : لا يحتاج الى الاذن ، لان الاذن السابق كاف .

لانه يقال : لا يكفي الاذن السابق .

(لان الاذن السابق انما كان بعنوان الزوجية ، وقد زالت بالملك ، فيحتاج الى الاذن الجديد) وفيه نظر لما ذكره المستمسك ، من ان الزوجية ليست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفاً ، فزوالها لا يوجب تبدل الموضوع ، فلان مانع من الاستصحاب .

ومنه يعرف ، العكس وهو مالو كانت ملكاً له ، ثم اعتقها وتزوجها ، أو

ولو اشترى مالاً بقصد كونها لنفسه ، أو للمولى فان اشترى بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجية وان اشترى بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية وكذا ان اشترى في الذمة ، لانصرافه الى ذمة نفسه وفي الحاجة الى الاذن الجديد وعدمها الوجهان .

السابعة : يجوز تزويج

باعها من انسان وتزوجها .

(ولو اشترى مالاً بقصد كونها لنفسه، أو للمولى فان اشترى بعين مال المولى كانت له) أي للمولى اذا أجاز المولى ، أو كان وكيلاً في التصرف في ماله ، فان المعاوضة تقتضى ان يدخل المعوض في كيس من خرج من كيسه العوض . (وتبقى الزوجية) لما تقدم من الاصل ،

(وان اشترى بعين ماله كانت له) للعبد (وبطلت الزوجية) وجاز وطئها ،

باعتبار الملك لما سبق من عدم الجمع بين الأمرين .

(وكذا) تكون له (ان اشترى في الذمة ، لانصرافه الى ذمة نفسه) المراد ارتكاز ذلك ، لا الانصراف اللفظي ، لان كلامنا في مقام الثبوت ، لامرحة الاثبات ، ولذا اذا كان الارتكاز الى ذمة المولى - كما اذا كان يتصرف في أموال المولى ومن قبله تجارة - كانت الامة للمولى .

(وفي الحاجة الى الاذن الجديد وعدمها الوجهان) السابقان .

(السابعة : يجوز تزويج) المرأة نفسها لرجل يقدم على زواجها ، ولا حاجة

الى التحقيق ، هل انه يجوز له التزويج ؟ من جهة ان له اربعاً أم لا ؟ أو هل يجوز له التزويج بها ؟ لانه قد تزوج بنتها ، أو امها ، أو في حبالته الان اختها ،

وانما لم يكن حاجة الى التحقيق ، حملاً لفعل المسلم على الصحيح .

امراة تدعى أنها خلية من الزوج من غير فحص

ومنه يعلم ، انه لاحاجة الى التحقيق بالنسبة الى العاقد الذي يريد عقد امراة لرجل ، بأن يسأل هل هو يحق له التزويج ؟ أو التزويج بهذه المرأة ، ولاهل هي يحق لها التزويج ، من جهة عدة ؟ أو كونها مزوجة الان ، أو ما أشبه ذلك فما يعتاده ، بعض العاقدين من التحقيق ، خصوصاً بالنسبة الى المطلقة ، لاحتمال بطلان طلاقها ، أو عدم انقضاء عدتها ، ليس الا من باب الاحتياط الذي هو سبيل النجاة ، ومن باب الاتقان ، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم : [رحم الله امراة عمل عملا فاتقنه] .

وهل للرجل ان يعقد على امراة يشك انها بنت أوام أو اخت لزوجته ؟ أو انها محرمة عليه لوجه آخر ، وكذا في المرأة الظاهر عدم الحاجة الى التحقيق للاصل ، وان كان الاحتياط أولى من جهة انها فرج و الاحتياط في الفروج أكد .

نعم ، اذا كان معرضاً بحتاط بالفحص ، لما ذكرناه مكرراً من وجوب الفحص في الموضوعات ، كوجوبه في الاحكام فتأمل .

ومما تقدم يعلم انه يجوز تزويج (امراة تدعى أنها خلية من الزوج من غير فحص) بلا خلاف ، بل ربما يظهر من تسالمهم الاجماع عليه للاصل ، وجملة من الاخبار :

كخبر ميسر قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : ألق المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها ألك زوج ؟ فتقول : لا فاتزوجها قال عليه السلام : نعم هي المصدقة على نفسها .

وخبر أبان بن تغلب ، قلت لابي عبدالله عليه السلام : أني أكون في بعض

مع عدم حصول العلم بقولها وكذا اذا لم تدع ذلك ، ولكن دعت الرجل الى تزويجها أو اجابت اذا دعيت اليه

الطرقات ، فأرى المرأة الحسنة ، ولا آمن ان تكون ذات بعل أو من العواهر ؟ قال عليه السلام : ليس هذا عليك ، وإنما عليك ان تصدقها في نفسها .

وتقدم خيرا عبدالعزيز بن المهدي ، ويونس في المسألة الثالثة ، وهما يدلان على نفس الحكم ، كما ان مثل خبر يونس ، خبر حسين بن سعيد .

بل ربما يستفاد ذلك من خبر الجعفریات ، عن الباقر عليه السلام ، قال : الطلاق بالرجال ، والعدة بالنساء ، ان اريد منه ان قولهن في العدة مقبولة ، كما استفاد منه المستدرک .

ومما ذكر يعلم لزوم حمل خبر الجعفریات على بعض المحامل ، كالاستحباب أو كونه في صورة الاتهام فقد روي ، عن علي عليه السلام ، في امرأة قدمت على قوم فقالت : انه ليس لي زوج ولا يعرفها أحد ؟ فقال عليه السلام : لانزوج حتى تقيم شهوداً عدولا انه لاوزج لها .

(مع عدم حصول العلم بقولها) بل وان حصل الظن غير المعتبر بانها ذات زوج .

(وكذا اذا لم تدع ذلك ، ولكن دعت الرجل الى تزويجها أو اجابت اذا دعيت اليه) للاصل .

ويدل عليه خبر الفضل مولى محمد بن راشد ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت : اني تزوجت امرأة متعة ، فوقع في نفسي ان لها زوجاً فسألتها ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولم سألتها .

وخبر محمد بن عبد الله الأشعري قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل

بل الظاهر ذلك ، وان علم كونها ذات بعل سابقاً ، وادعت طلاقها أو موته نعم لو كانت متهمة في دعواها فالاحوط الفحص من حالها

تزوج بالمرأة فيقع في قلبه ان لها زوجاً ؟ فقال عليه السلام : وما عليه ، أرأيت لو سألتها البينة ، فهل يجد من يشهد ليس لها زوج .

أما خبر عمر بن حنظلة ، قلت لابي عبدالله عليه السلام : اني تزوجت امرأة فسألت عنها فقبل فيها ؟ فقال عليه السلام : وانت لم سألت أيضاً ليس عليكم التفطيش فهو غير ظاهر فيما نحن فيه - كما ذكره المستمسك - وان أدرجه الوسائل في باب ان المرأة مصدقة في عدم الزوج .

(بل الظاهر ذلك ، وان علم كونها ذات بعل سابقاً ، وادعت طلاقها أو موته) للاصل - أي حمل فعل المسلم على الصحيح - بالاضافة الى الاطلاق ، فهو مثل العكس بأن علمت المرأة ان الرجل له أربع نساء ، ثم يقدم على زواجها ، فان لها ان تحمل فعلها على الصحيح فتزوج منه بدون السؤال عنه .

وكذا اذا طلق الرابعة ولم تعلم الخامسة ، هل ان عدتها منقضية أم لا ؟ الى غيرها من الامثلة .

(نعم لو كانت متهمة في دعواها) موت زوجها أو طلاقها (فالاحوط الفحص من حالها) والظاهر ان الاحتياط استحبابي ، ولذا أفتى الشرائع وغيره باستحباب السؤال مع التهمة ، بل يظهر عن الحدائق وغيرها انه اجماعي ، ويدل عليه حمل فعل المسلم على الصحيح وبعض الروايات السابقة ، وان كان يدل على لزوم السؤال صحيح أبي مريم ، عن أبي جعفر عليه السلام : ان انه سأل عن المتعة ؟ فقال عليه السلام : المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، انهن كن يومئذ يؤمن ، واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن .

ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته اذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن أو باخبار المخبرين ، وان لم يحصل العلم بقولها ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم ولكن الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهمه .

لكن تعليله ظاهر في الاستحباب ، كما ان بعض الروايات السابقة المؤيدة بالاصل مقدمة عليه، خصوصاً والمشهور يؤيد عدم السؤال ، أما رواية الجعفرات السابقة فقد عرفت عدم امكان العمل بظاهرها .

(ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته) اذا اخبرت بانها لازوج لها ، لان قولها حجة حملا لفعل المسلم ، بل لايبعد كفاية مجرد اقدامها، ككفاية مجرد اقدام زوج له أربع نسوة غابت احديهن مثلا ، فلا حاجة الى قوله : (اذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات و القرائن أو باخبار المخبرين ، و ان لم يحصل العلم بقولها) فان كونهن المصدقات - كما تقدم في رواية ميسر - يقتضي الاعتماد عليها قولا و فعلا .

(و) كما يجوز للرجل ان يتزوجها ، كذلك (يجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم ،) بل قد عرفت ان اصالة الصحة في فعل المسلم تقتضى صحة كلامها ، وان لم تظهر العلم بموت زوجها بالاضافة الى ما تقدم من اطلاق انها مصدقة ، وحجية قول ذي اليد والانسان ذو يد على نفسه ، وقاعدة تسلط الناس على انفسهم ، ووحدة الملاك بين الرجل المقدم العقد الخامسة واخت الزوجة وما أشبهه وبين المرأة المقدمة على الزواج .

(ولكن الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهمه .) لما تقدم ، ثم الظاهر

الثامنة : اذا ادعت امرأة انها خلية ، فتزوجها رجل ، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها نعم لو أقامت البيينة على ذلك فرق بينها وبينه وان لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه

انه لا يحتاج الى التحقيق اذا ادعت انها مسلمة ، أو انه مسلم .

وأما اذا كان في بلد لم يعلم انه ، أو انها مسلم ، فاذا كان من بلاد الاسلام كفى اقدمه على الزواج - وان لم يعلم بأنه أو انها مسلم - كما هو كذلك بالنسبة الى اللقيط والميت واللحوم وما أشبهه .

(الثامنة : اذا ادعت امرأة انها خلية ، فتزوجها رجل ، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل ، لم تسمع دعواها ،) لعدم الدليل على سماع دعواها ، و اصاله صحة العقد تقتضي عدم السماع ، كما في كل من أراد بعد العقد ان يبطل العقد بادعاء فقد شرط أو وجود مانع ، و لو ادعت علم الزوج بذلك كان لها حق الحلف عليه ، فان حلف بعدم علمه كفى .

(نعم لو أقامت البيينة على ذلك فرق بينها وبينه ،) لتقدم البيينة على اصاله الصحة ، ثم انها اذا ادعت الاشتباه كان لها أقل الامرين من المهر المسمى و المثل .

وكذا اذا لم تدع شيئاً لاصالة حمل فعلها على الصحة ، وان ادعت العلم والعمد حدث ولامهر لها لانه لامهر لبغي .

ثم لا يخفى انه يلزم ان تكون البيينة بينة العلم ، لابيئة انها كانت مزوجة ، اذ التعارض حينئذ يكون بين الاستصحاب و بين اصاله الصحة والثانية مقدمة على الاولى ، كما في سائر الموارد .

(وان لم يكن هناك زوج معين بل شهدت) البيينة(بأنها ذات بعل على وجه

الاجمال .

التاسعة: اذا وكلا وكيلا فى اجراء الصيغة فى زمان معين لايجوز
لهما المقاربة بعد مضى ذلك الزمان

(الاجمال) ، لاطلاق أدلة البينة .

ومما تقدم يظهر الكلام فيما اذا ادعى الزوج بعدان عقد عليها بأنها خامسة
زوجاته ، أو انه متزوج باختها مثلا ، فانه لا يسمع دعواه ، بل يحتاج الى البينة
ولافائدة في ان يقال له اتركها ولا تحتاج الى اقامة الدعوى ، اذ لا ينفع تركها
فى اسقاط نفقة العدة ، ولا فى ارجاع المهر الى أقل الامرين من المثل والمسمى
- كما هو واضح - .

(التاسعة : اذا وكلا وكيلا فى اجراء الصيغة فى زمان معين لايجوز لهما
المقاربة) أو ترتيب سائر آثار الزوجية كالاستمتاع والنظر الى ما لا يحل للزوج
النظر اليه (بعد مضى ذلك الزمان) وذلك للشك فى تحقق العقد الموجب للرجوع
الى اصالة العدم ، وكما لا يحق لهما الاستمتاع كذلك لا يحق لها مطالبته بالقسم
والنفقة والمهر ، وهل يحق لهما الزواج بالخامسة وبزوج آخر ؟ احتمالان ،
من الاصل ومن قاعدة الاحتياط ، خصوصاً فى الفروج والاحسوط أكيداً
الفحص .

ثم الظاهر انه يجب على الوكيل الاجراء فى الزمان المعين اذا كان الامر
معرضاً لترتيبها آثار العقد ، وكذا فيما كان معرضاً لترتيب ذويهما ، كان ينظر
الزوج الى ام الزوجة ، والزوجة الى ولد الزوج - نظراً لا يحل لغير المحرم -

الا اذا حصل لهما العلم بايقاعه ولايكفى الظن بذلك وان حصل من
أخبار مخبر بذلك ، وان كان ثقة

وانما يجب لانه بتركه النكاح يسوقع الناس في الحرام الواقعي و منع المنكر
واجب كالنهى عن المنكر ، فالتمسك بعدم الوجوب لاصالة عدمه ، وبانهما
حيث لايعلمان بأن عملهما حرام فلا حرمة لهما غير تام ، بل حال ذلك حال ما
اذا و كلاهما في اجراء العقد فاجريا الفاظاً فارغة أو هما بانها الفاظ العقد
حيث رتبا بعد ذلك آثار العقد على الفاظهما .

ثم انه لو نسي الوكيل ، ثم تذكر وجب عليه اما اخبارهما بعدم العقد او
الاسراع في عقدهما ، لكن انما له الاسراع اذا لم يعلم بسحبهما كلامهما لنشوب
نزاع أو نحوه بينهما ، ولم يعلم بعروض ما يمنع عن بقاء الوكالة ، كموت
احدهما أو كتزويج الرجل بالخامسة مثلا ، ولو من بساب جهلها بأنه لايجوز
الجمع بين أكثر من أربع (الا اذا حصل لهما العلم بايقاعه ولايكفى الظن بذلك)
لانه ليس بحجة (وان حصل من أخبار مخبر بذلك ، وان كان ثقة) لكننا قد
احتملنا في بعض كتب [الفقه] الكفاية لبناء العقلاء، ولقوله عليه السلام: حتى
يستبين لك غير ذلك ، أو تقوم به البينة . واخبار الثقة استبانة ومقابلته بالبينة
لان بعض الموضوعات بحاجة الى البينة ككثير من أبواب الشهادات .

وعلى كل حال ، فلا يجوز فتوى ، أو احتياطاً ترتيبهما آثار عدم الزوجية -
الاثار المحرمة كتزويج الخامسة - بعد اخبار الثقة ، ومثل اخبار الثقة الشيع
بأن الوكيلين عقدا ، و ان لم يفد العلم لما ذكرناه في [كتاب التقليد] من عدم
لزوم العلم في الشيع فراجع .

نعم ، لوأخبر الوكيل بالاجراء كفى اذا كان ثقة بل مطلقاً لان قول
الوكيل حجة فيما وكل فيه .

(نعم، لوأخبر الوكيل بالاجراء كفى اذا كان ثقة بل مطلقاً لان قول الوكيل
حجة فيما وكل فيه) لقاعدة : [من ملك شيئاً ملك الاقرار به] ولغيرها مما ذكره
في باب الوكالة .

فصل

في اولياء العقد

وهم الاب والجد، من طرف الاب بمعنى أب الاب فصاعداً

فصل

في أولياء العقد

(وهم الاب والجد، من طرف الاب بمعنى أب الاب فصاعداً) ثبوت الولاية لهما من الضروريات فقهاً ويدل عليه الاجتماعات المتواتر نقلها كمتواتر الاخبار. ومنه يعلم، ان نفي ابن أبي عقيل، ولاية الحد في غاية الضعف.

ففي صحيح الفضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الاب؟ قال عليه السلام: لا.

وصحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن الصبية يزوجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل ان يدخل بها زوجها

يجوز عليها التزويج أو الامر اليها؟ قال عليه السلام : يجوز عليها تزويج أبيها .
وصحيح عبد الله بن الصلت، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الجارية
الصغيرة يزوجها أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال عليه السلام: لا، ليس لها مع أبيها
أمر، قال: وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر؟ قال: ليس
لها مع أبيها أمر ما لم تكبر .

وعن حسين بن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج
الجارية وهي بنت ثلاث سنين، أو يزوج الغلام وهو ابن ثلاث سنين، وما داني
حد ذلك الذي يزوجان فيه، فاذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس
بذلك اذا رضى أبوها، أو وليها .

وصحيح محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام ، قال: اذا زوج الرجل
ابنة ابنه فهو جائز على ابنه .

وصحيح هشام بن سالم، ومحمد بن حكيم، عن أبي عبد الله عليه السلام ،
قال: اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول، فان كانا جميعاً في حال واحد
فالجد أولى .

وعن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في الصبي يتزوج الصبية
هل يتوارثان؟ فقال عليه السلام: ان كان أبواهما اللذان زوجاهما حيين فنعم قلت
فهل يجوز طلاق الاب؟ قال : لا .

وعن محمد، عن احدهما عليهما السلام، قال: قلت: الرجل يزوج ابنه وهو
صغير فيجوز طلاق أبيه؟ قال : لا، قلت: فعلى من الصداق؟ قال : على أبيه اذا
كان قد ضمنه لهم، فان لم يكن ضمنه لهم فعلى الغلام .

وعن الدعائم، عن علي عليه السلام ، قال : تزويج الاباء جائز على البنين
و البنات اذا كانوا صغاراً ، و ليس لهم خيار اذا كبروا . الى غيرها من

فلايندرج فيه أب أم الأب

الروايات .

ثم انه لاينبغي الاشكال في ولاية الاب في وطى الشبهة، لانه أب شرعاً وعرفاً
أما الاب الزانى فهل له ولاية على المخلوق من زناه؟ فيه احتمالان ، من اصالة
عدم الولاية ومن انه اب عرفاً .

وقد تقدم في باب المحرمات انه اب شرعاً أيضاً، الا فيما خرج بالدليل
كالارث ونحوه والاحوط الجمع بين ولايته وولاية الحاكم، ثم انه لااشكال في
ان الاب والجد، انما يكون لهما الولاية اذا كانا عاقلين غير سقيهين ولا كافرين
والولد مسلم، اذ لاسلطة للمجنون والسفيه على نفسه، فكيف بغيره، كما لاسلطة
للكافر على المسلم .

اما اذا كانا كافرين، فاذا كان في دينهم السلطة فلا اشكال لقاعدة لكل قوم
نكاح وقاعدة الازام ، وان لم تكن في دينهم السلطة ، فالظاهر ان له السلطة ، اذ
الاحكام لاتخص المسلمين ، بل الاحكام للجميع .

قال سبحانه : «وان احكم بينهم بما اراك الله» وقد تقدم الاشارة الى ذلك
في بعض المباحث السابقة فتأمل ، ولو شك الاب في انه هل بلغ حتى ترتفع ولايته
عنه أم لا؟ فالاستصحاب يقتضي بقاء الولاية ، كما انه لو شك في انه عند عقده
له هل كان بالغاً أم لا؟ كانت اصالة الصحة محكمة .

أما اذا امكن الفحص فاللازم الفحص لمعرفة مكرراً من لزوم الفحص
في الموضوعات .

(فلا يندرج فيه أب أم الأب) كما هو المشهور شهرة عظيمة للاصل بعد
عدم الدليل على الولاية ونصوص ولاية الجد منصرف الى اب الأب ، خلافاً

والوصي لاحدهما مع فقد الآخر

لما عن ابن الجنيد من ثبوت الولاية للام ولابائها ، ويستدل لذلك بأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمر نعيم بن الخناع ان يستأمر أم ابنته في امرها وقال : واثمروهن في بناتهن .

وقد يستدل أيضاً بموثق ابراهيم بن ميمون ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر ، و اذا كانت قد تزوجت لم يزوجهما الا برضى منها ، لكن الاجماع المدعي يمنع من حمل الخبرين على الوجوب ، فاللازم ، الحمل على الاستحباب ، ولاسيما بملاحظة صحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام ، في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : اذا كان ابواهما اللذان زوجها فنعيم ، فانه ظاهر في عدم ولاية غير الاب ، خرج منه الجد الابي وبقي الباقي تحت العموم .

ولذا استغرب في المستمسك قول العلامة في التذكرة حيث قال : الوجه ان جد ام الاب لا ولاية له مع جد أب الاب ، ومع انفراده نظر ، وان كان المستند ظاهره اتباع التذكرة قال : ثم الجد في بعض تلك الاخبار ، وان كان مطلقاً شاملاً لاب الام ، و اب ام الجد للاب ، الا انه خرج الاول بالاجماع بل كما قيل بعدم تبادل غير اب الاب منه .

وأما الثاني : فلا دليل على خروجه ، بل عن التذكرة النظر في حقه مع عدم أب الاب ، بل وكذا معه أيضاً ، الا ان الاحتياط يقتضي الاقتصار على الاول - انتهى .

(والوصي لاحدهما مع فقد الآخر) فانه مع وجود الآخر لاتصل النوبة الى الوصي ، لانه في مرتبة متأخرة .

والسيد بالنسبة الى مملوكه والحاكم ولا ولاية للام ولا الجد من قبلها
ولو من قبل أم الاب ولا الاخ

أما مع فقدهما ، فلانة قوائم مقام الموصي ، فله الولاية ، الا ان يقال :
الاصل عدم الولاية وكون الوصاية قائمة مقامه خال عن الدليل ، وسيأتي تفصيل
الكلام في ذلك في المسألة الثانية عشرة .
(و السيد بالنسبة الى مملوكه) ومملوك مملوكه ، كما سيأتي الكلام فيه
(والحاكم) كما يأتي الكلام فيه في المسألة الثالثة عشرة .

(ولا ولاية للام ،) لما تقدم في رد ابن الجنيد ، والظاهر انه لم يقل أحد
بولاية الجدة ، سواء كانت للاب أو للام ، ويدل على النفي الاصل .
(ولا الجد من قبلها ، ولو من قبل أم الاب ،) كما تقدم الكلام فيه (ولا الاخ)
ادعى غير واحد عليه الاجماع للاصل ولمفهوم بعض الروايات المتقدمة وللسيرة
فانه لا يستشار الاخ في الزواج خصوصاً اذا كان غائباً أو كانوا متعددين أو كان
صغيراً .

نعم ، يدل على ذلك بعض الروايات :

كصحيح أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن الذي
بيده عقدة النكاح ؟ قال : هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه .

لكنه محمول على ضرب من الاستحباب لما عرفت وللاجماع ، ففي المستند
الاجماع المحقق والمحكي على عدم ولايته ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه
عليه .

ثم انه ان كان أب واخ كما في وطى الشبهة والنكاح في المجوس كانت له
الولاية باعتباره أباً ، كما هو واضح .

والعم والخال وأولادهم .

مسألة - ١ - تثبت ولاية الاب والجد على الصغيرين والمجنون

المتصل جنونه بالبلوغ

(والعم) اجماعاً في المستند محققاً ومحكياً، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه . ويدل عليه بالاضافة الى الاصل والسيرة، ومفهوم بعض الروايات المتقدمة ما رواه محمد بن الحسن الاشعري قال : كتب بعض بني عمى الى أبي جعفر الثاني عليه السلام ، ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت ابت التزويج؟ قال عليه السلام : فكتب الى لا تكره على ذلك والامر امرها .
(والخال وأولادهم) للاجماعات المتواترة ، ويقتضيه الادلة المتقدمة من الاصل والسيرة ، ومفهوم بعض الروايات .

(مسألة - ١ - تثبت ولاية الاب والجد على الصغيرين) ذكر رأياً وانثى بلا اشكال ولا خلاف ، بل اجماعاً ، وقد عرفت انه هو المصرح به في الروايات والمراد به من لم يبلغ بلوغاً شرعياً ، وان كان مميزاً رشيداً جسمياً وعقلاً ، و الاشكال في انه أي فرق بين غير البالغ والبالغ فقبل ساعة لاستقلال له وبعد ساعة من بلوغه له الاستقلال، منقوض بانه وارد في كل تحديد، فان عدم الفرق على تقدير تسليمه لا يمنع الفرق حكماً ضرباً للقاعدة والقانون .

(والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ) قال في المستند : بلا خلاف كما في بعض العبارات واجماعاً ، كما في كلام جماعة ، بل هو اجماع محققاً . وفي الجواهر : بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك انه موضع وفاق ، بل في غيره الاجماع عليه .

و يدل عليه بالاضافة الى الاستصحاب ان وصلت النوبة اليه - حيث ان

بل والمنفصل على الاقوى

زوال الصغر بالبلوغ فى مثل المجنون ، لا يوجب تبدل الموضوع عرفاً جملة من الادلة ، مثل ما ورد فى جملة من الاخبار ان الاب بيده عقدة النكاح ، بضميمة ان من بيده عقدة النكاح ولى عرفاً ولاية اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ، وللإجماع على ولايتهما على ماله فيأتى المناط الى نفسه - كما استدل بذلك فى محكى التذكرة وغيره - ولعمومات ولايتهما على الباكرة أو الجارية أو البنت - كما فى جملة من الروايات - الخالى عن معارضة ما تضمن استقلالها لانتفاء الاستقلال فى حق المجنون بضميمة عدم الفصل بين البنت والولد ، و لبعض الاخبار المتقدمة الشاملة للمجنونين .

وكيف كان ، فلا ينبغي الاشكال فى ذلك .

(بل والمنفصل على الاقوى) وفاقاً للمحكى عن النافع والقواعد والتحريير والتذكرة وكشف اللثام وفى المستند ، بل عن بعض دعوى الاجماع عليه و خلافاً للمحكى عن المنتهى وصاحب المدارك فقالا : الولاية للحاكم الشرعى والاول اقوى .

ويدل عليه بالاضافة الى آية اولى الارحام ، وروايات من بيده عقدة النكاح وعمومات ولايتهما على الباكرة جملة اخرى من الادلة ، مثل وحدة المناط فى الجنون المتصل والمنفصل ولا ينقض ذلك ما استدل به للقول الثانى من اصالة عدم عود ولاية الاب والجد ، اذ المناط لا يدع مجالاً للاصل ، بالاضافة الى ان هذا الاصل جار فى ولاية الحاكم - كما فى المستند - فالاصل بالنسبة الى كل من الاب والحاكم متساو .

ومثل مرسله ابن بكير : لا بأس ان يزوج المرأة نفسها اذا كانت ثيباً بغير

اذن أبيها اذا كان لابأس بما صنعت ان لم تكن سفية .
 بناءً على ان المراد ان فيه البأس اذا كانت فاسدة العقل ، وان معناه كون
 ذلك بيد الاب حينئذ .

وخبر زرارة ، عن الباقر عليه السلام ، قال : اذا كانت المرأة مالكة امرها
 تبيع وتشتري وتعق وتشهد وتعطي من مالها ماشئت ، فان أمرها جائز تزوج
 ان شئت بغير اذن وليها ، وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بأمر وليها ،
 فان الولي شامل للاب والجد والوصي والحاكم ، لكنهم مقدمون على الحاكم
 لانه ولي من لاولي له ، واشكال المستمسك عليها بضعف السند واجمال الولي
 غير تام ، اذ الضعف مجبور بالعمل ولا اجمال في لفظ الولي ، بل اطلاقه يشمل
 كل الاولياء وكوم ذا مراتب بالقرائن الخارجية لا يوجب اجمالاً ، ومثلهما
 غيرهما من سائر الروايات الدالة على الولاية بالاطلاق .

أما من قال : بأن الولاية للحاكم مطلقاً كمن عرفت او في الجملة ، كما
 في الجواهر حيث قال : المتجه على تقدير التفصيل انه لو كان المجنون ادوارياً
 فاتفق دوره متصل بالبلوغ كانت الولاية لهما وبعد انتهائه ترتفع ، فاذا جاء الدور
 الثاني كانت الولاية للحاكم ، وهو كما ترى - انتهى .

فقد استدل بأن الحاكم هو ولي من لاولي له ، والمفروض ان أدلة ولاية
 الاب أو الحد لا تشمل المقام ، ويتمسك بالاستصحاب في المجنون المتصل ،
 أما في الدور المنفصل فيأتي دليل ولاية الحاكم ، ففيه ما عرفت من وجود الدليل
 على ولايتهما ، كما ان اطلاقات كون الحاكم ولياً بضميمة ما دل على انه ولي
 من لاولي له مثل النبوي المجبور [السلطان ولي من لاولي له] يجعل الحاكم
 في مرتبة ثانية .

وأما الاشكال على ولاية الحاكم بأن المسلم ان السلطان ولي لا الحاكم

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد ولا على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيباً

القائم مقامه ، لعدم اطلاق للقيام يشمل غير الامور الحسبية التي تدعو الضرورة الى وقوعها .

ففيه: انا قد ذكرنا في باب التقليد وغيره ولاية الحاكم ولاية مطلقة الا فيما خرج بالدليل ، مما هو منصب خاص بالرسول صلى الله عليه وآله وسلم والامام عليه السلام .

ثم الظاهر انه لو لم يكن حاكم قام وكيله مقامه ، بل لا ينبغي الاشكال في ذلك ، ولو لم يكن حاكم ولا وكيله قام عدول المؤمنين مقامهما - كما ذكروه في موضعه - .

(ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد) بلا اشكال ولا خلاف ، وعن الجواهر يمكن دعوى الاجماع عليه ، بل عن كشف اللثام الاجماع عليه ويدل على ذلك جملة من الروايات :

مثل ما رواه فضل بن عبد الملك ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في حديث قال : اذا زوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه ، واذا زوج الابنة جاز .

وفي حديث الدعائم ، عن علي عليه السلام قال : تزويج الاباء جائز على البنين والبنات اذا كانوا صغاراً ، وليس لهم خيار اذا كبروا . الى غيرهما مثل ما دل على تزويج الابن مع حضور الاب ، بل السيرة القطعية تدل على ذلك .

(ولا على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيباً) بلا اشكال ، ولا خلاف ، بل دعوى الاجماع عليه متواترة .

نعم ، ربما نقل عن ابن أبي عقيل ولاية الاب عليها لكنها شاذة - ان صححت

واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على أقوال وهي استقلال
الولى

النسبة- ويدل عليه بالاضافة الى الاصل وقاعدة تسلط الناس على انفسهم والسيره
جملة من الروايات :

كصحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، انه قال : في المرأة الثيب
تخطب الى نفسها ؟ قال عليه السلام : هي امك بنفسها تولى أمرها من شئت
اذا كان كفواً بعد ان كانت قد نكحت قبله .

وفي رواية عبيد : لا تستأمر الجارية اذا كانت بين أبويها ، فاذا كانت ثيباً
فهي أولى بنفسها .

ورواية ابن ميمون : اذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر
وان كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضى منها .

وموثقة البقباق : لا يستأمر الجارية التي بين أبويها اذا أراد أن يزوجها هو
انظر لها، وأما الثيب فانها تستأذن وان كانت بين أبويها. الى غيرها من الروايات
الكثيرة .

(واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على أقوال وهي استقلال الولي)
كما عن الصدوق والعماني والصهرشتي والنهاية والتهذيب والاستبصار والخلاف
والمبسوط والقاضي والراوندي في فقه القرآن، وموضع من الوسيلة والكف
وشرح نافع صاحب المدارك وجمع من علماء البحرين منهم صاحب الحدائق
والمحدث الكاشاني وبعض آخر، وهذا هو مذهب مالك والشافعي من العامة .
واستدلوا له بقوله تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » .

وقوله سبحانه : « والذي بيده عقدة النكاح » وبجملة من الروايات :

واستقلالها

كصحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابئها أمر ؟ فقال عليه السلام : ليس لها مع ابئها أمر مالم تثيب .

وصحيح محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام ، قال : لاتستأمر الجارية اذا كانت بين أبويها ليس لها مع الاب أمر ، وقال يستأمرها كل احد ماعدا الاب .

وخبر ابن جعفر قال : سألته (ع) ، عن الرجل يصلح له ان يزوج ابنته بغير أمرها ؟ قال عليه السلام : نعم ليس للولد مع الوالد أمر الا ان تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لايجوز نكاحها الا ان تستأمر . الى غيرها . وقد تقدم بعضها ، كما سألتني بعضها وقد احصاها الشيخ المرتضى [ره] الى ثلاث وعشرين رواية ، وهي اكثر من ذلك كما يظهر لمن راجع الوسائل والمستدرک . وفي المستند بعد ان انهاها الى عشرين رواية ذكرها بالنص قال : ويدل عليه أيضاً عموم المستفيضة الواردة في نكاح الاب والجد [الى ان قال] ويؤيده أيضاً الاخبار الكثيرة الواردة في باب الكفاية وغيرها المتضمنة لامرهم عليهم السلام ، بعض الاباء بتزويج البنات .

أقول : كما يؤيده أيضاً تزويج امرء القيس بناته الثلاث من علي عليه السلام والحسن عليه السلام ، والحسين عليه السلام .

(واستقلالها) كما عن السيد والاسكا في والحلي والمفيد في أحكام النساء والديلمي والمحقق والفاضل والشهيدین وشرح القواعد والتنقيح ، بل نسب الى التبيان والوسيلة ونسبه بعضهم الى المشهور بين القدماء والمتأخرين ، بل

عن الانتصار والناصرية الاجماع عليه ، وهو مذهب أبي حنيفة من العامة .
 واستدل له بقوله تعالى : « ولا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن بالمعروف »
 وقوله : « حتى تنكح زوجاً غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما ان يترابعا » فان
 المراد التراجع بالعقد والافالرجعة من عمل الزوج ، وقوله سبحانه : « ولا تعضلوهن
 ان ينكحن ازواجهن » وبجملة من الروايات .

كصحيحة الفضلاء ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : المرأة التي قد
 ملكت نفسها غير السفية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز ، والمراد
 ملك أمرها بالبلوغ كما هو الظاهر .

وصحيح منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : تستأمر
 البكر وغيرها ولا تنكح الابامرها ، الظاهر ان [تستأمر] بالبناء للمجهول لا المعلوم .
 وخبر زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : اذا كانت المرأة مالكة
 أمرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ماشئت ، فان أمرها جائز
 تزوج ان شئت بغير اذن وليها ، وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الابامر
 وليها .

وخبر سعدان بن مسلم ، قال أبو عبدالله عليه السلام : لا بأس بتزويج البكر
 اذا رضيت بغير اذن رليها .

وخبر أبي مريم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : الجارية البكر التي
 لها اب لا تزوج الا باذن ابيها ، وقال : واذا كانت مالكة لامرها تزوجت متى
 شئت .

وخبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، تزوج
 المرأة من شئت ، اذا كانت مالكة لامرها ، وان شئت جعلت ولياً .

ورواية سعدان بن مسلم ، عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : لا بأس

والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الاول دون الثاني و العكس

بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن أبويها .

وخبر ابن عباس : ان جارية بكرة جاءت الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت : ان أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته، وانا له كارهة: فقال صلى الله عليه وآله وسلم: اجيزي ما صنع ابوك، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي، قال صلى الله عليه وآله وسلم : فاذهبى فانكحي من شئت ، فقالت: لارغبة لي عما صنع أبي، ولكن اردت ان اعلم النساء ان ليس للاباء في امور بناتهم شيء .

ورواية محمد بن مسلم، قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن أبيها .

(والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الاول دون الثاني) كما حكاه المحقق والعلامة فولاً ، لكن عن جامع المقاصد وغيره لم يعرف قائله ، واستدل لذلك بانصراف، ما دل على استقلالها، الى خصوص الدائم .

وبصحيح البزنطي ، عن الرضا عليه السلام ، قال : البكر لا تتزوج، متعة الا باذن أبيها .

وصحيح أبي مريم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : العذراء التي لها أب، لا تتزوج متعة الا باذن أبيها .

(والعكس) ففي الدوام ليست مستقلة ، أما في الانقطاع فهي مستقلة، وهذا هو الذي ذهب اليه الشيخ في كتابي الاخبار ، ويدل على عدم استقلالها في ، الدوام الروايات الدالة على عدم استقلالها، مما تقدم .

وعلى استقلالها في المتعة ، رواية سعدان بن مسلم ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : لا بأس بتزويج البكر ، اذا رضيت من غير اذن أبويها .

ورواية سعيد القمط ، عن رواه قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : جارية بكر ، بين ابويها ، تدعوني الى نفسها ، سرّاً من ابويها فافعل ذلك ؟ قال : نعم ، واتق موضع الفرج ، قال : قلت : فان رضيت ، قال : وان رضيت فإنه عار على الابكار .

وخبر الحلبي قال : سألته عليه السلام ، عن التمتع من البكر اذا كانت بين أبويها بلاذن ابويها ؟ قال : لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعف بذلك .

ورواية محمد بن مسلم المتقدمة بل يدل عليه ماتقدم ، ممن تزوج سرّاً ثم زوجها اهلها من انسان آخر ، حيث علمها الامام عليه السلام ، ان يتزوج بالثاني مرة اخرى ، بل ومطلقات التمتع بالبكر ، فان جملة منها ظاهرة ، في التمتع سرّاً .

مثل رواية أبي سعيد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التمتع بالابكار اللواتي بين الابوين ؟ فقال عليه السلام : لا بأس : ولا أقول كما يقول هؤلاء الاقشاب .

أما ماتقدم من اتقاء الفرج ، فبعد ان المراد به القبل لاالدبر ، وظهوره في ماكان يستلزم العار لامطلقاً ظاهر في الكراهة .

ففي رواية زياد ، قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام ، يقول : لا بأس ان يتمتع بالبكر ما لم يفتض اليها كراهية العيب على أهلها .

وعن اسحاق بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له : رجل تزوج بجارية عاتق على ان لايفتضها ، ثم اذنت له بعد ذلك ؟ قال : اذا اذنت

والتشريك بمعنى اعتبار اذنهما معاً والمسألة مشكلة فلا يترك مراعاة الاحتياط

له فلا بأس .

(والتشريك بمعنى اعتبار اذنهما معاً) كما عن المفيد والحليين ، وظاهر الوسائل، والمنسوبة الى الحدائق والمسالك، وشرح المفاتيح، وذلك للجمع بين مادل، على ان اختيارهن بأيدي آبائهن، ومادل على ان اختيارهن بأيديهن، وبيعض الروايات الاخر .

مثل موثق صفوان ، قال : استشار عبد الرحمان موسى بن جعفر عليهما السلام ، في تزويج ابنته لابن اخيه ؟ فقال عليه السلام : افعل ، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً، قال: واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليهما السلام، في تزويج ابنته علي بن جعفر عليهما السلام، فقال: افعل، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها حظاً .

ثم ان المستند اختار قولاً آخر، وقال: انه لا تأمل به، وهذا لفظه والتحقيق هو التخيير فهو الحق عندي في المسألة، ولا يضر قول أحد، ممن تقدم به، [الى ان قال:] ولا تعارض بين هذه الاخبار، [مادل على ان نكاحها بيده، ومادل على ان نكاحها بيدها] أصلاً ، اذ اخبار الاول لم يدل الاعلى تجويز نكاح البنت ، وكفايته من غير دلالة، ولا اشعار بعدم تجويز نكاح الاب وكفايته، واخبار الثاني لم يدل الاعلى تجويز نكاح الاب وكفايته من غير دلالة على عدم جواز نكاح البنت، ولا منافاة بين الحكمين أصلاً لجواز كفاية نكاح كل منهما ، كما في الاب والجد في نكاح الصغير .

(والمسألة) عند المصنف (مشكلة فلا يترك مراعاة الاحتياط) أي بالحاجة

الى اذنها عند النكاح، والشراح والمعلقون اختلفوا بينها ، ذهب بعضهم الى قول المصنف، و آخر كالسيد ابن العم الى استقلالهما ، وذهب المستمسك الى قول جديد ، قال : والمتحصل من جميع ما ذكرنا، نفوذ عقد الاب ، بدون اذن البنت، اعتماداً على صحيحه محمد بن مسلم ، وخبر علي بن جعفر ونحوهما، ونفوذ عقد البنت ، بدون اذن الاب ، اعتماداً على خبر سعدان ، المعتضد بالنصوص، الواردة في المتعة المتقدمة، وان الافضل ان يكون باذنها، معاً حملاً لمادل على اعتبار اذن الاب :

كصحيح العلاء واعتبار اذن البنت ، كصحيح صفوان على الاستحباب جمعاً بين هاتين الطائفتين والطائفتين السابقتين ، وانه اذا عقدت البنت صح عقدها، لكن يجوز للاب نقضه ، فاذا نقضه انتقض اعتماداً على صحيح زرارة لاينقض النكاح الا الاب ونحوه صحيح ابن مسلم، وصحيح الحلبي [الى ان قال:] والقول بالولاية على النهج المذكور ، وان لم ينسب لاحد لابس به اذا دلت عليه الادلة-انتهى والا قرب في النظر أن الولاية بيدها وحدها، وهو القول الثانى فى المتن الذى قد عرفت أنه نسب الى المشهور بين القدماء والمتأخرين، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، وذلك للدلالة التى تقدمت ، ولانقاومها أدلة سائر الاقوال .

اذ أدلة سائر الاقوال بالاضافة الى منافتها للدلالة العامة، مثل الناس مسلطون ونحوه ، لا بدوان يحمل على نوع من الادب بالنسبة الى قبولها ما يفعله الاب فحال هذه الادلة مثل ما ورد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : [انت و مالك لايبك] [وان امرالك ان تخرج من اهلك و مالك فافعل] .

ومثل ما ورد فى نكاح الاخ للاخت مثل رواية وليد بياح الاسقاط ، سأل أبو عبد الله عليه السلام ، وأنا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة

وزوجها الاصغر بارض اخرى : قال الاول : بها أولى ألا ان يكون الاخر قد دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز .

وفي رواية محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام ، في امرأة انكحها اخوها رجلاً ، ثم انكحها امها بعد ذلك رجلاً [الى ان قال :]فالحقها بالاول .

ورواية أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال سألته عن الذي بيده عقدة النكاح ؟ قال : هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه .

الى غير ذلك ، وانما حملناها على الادب اذ لا يمكن القول باستقلال الاب فقط لمعارضته لاخبار استقلالها هي ، و لا يمكن القول باشتراط رضاها معاً ، اذ النصوص تأبى ذلك كيف وفي بعضها زواجها سرأ ، ولا يمكن القول بمقالة المستند ، اذ نص صحيح منصور وغيره انها كغيرها في انها لا تنكح الابامرها و الصحيح و ان كان معارضاً صريحاً لادلة قول استقلاله الا ان الجمع العرفي بينهما ، ولو بالقرائن الخارجية يقتضي حمل أدلة استقلاله على الادب ، ولا يمكن القول بمقالة المستمسك .

اذ قد عرفت الاشكال في شقه الاول [وهو ان للاب عقدها مستقلاً] و يرد على شقه الثاني [وهو ان للاب نقض عقدها] انه خلاف الضرورة والاجماع والادلة ، اذ لو تزوجت البنت وصح زواجها ورزقت أولاداً كيف يكون للاب نقض عقدها ، وقد اعترف المستمسك انه منفرد بهذا القول .

أما كونه خلاف الادلة فلان أدلة فسخ النكاح محصورة في أشياء خاصة ليس ما ذكره منها بالضرورة والاجماع .

و بما ذكرناه ظهر وجه الاشكال في سائر الاقول ، و الكلام في المقام طويل جداً ، لكن الذي ذكرناه لعل فيه الكفاية .

ولو تزوجت من دون اذن الاب أو زوجها الاب من دون اذنها
وجب اما اجازة الاخير أو الفراق بالطلاق نعم اذا عضلها الولي اى
منعها من التزويج بالكفوء مع ميلها سقط اعتبار اذنه

(و) على هذا (لو تزوجت من دون اذن الاب أو زوجها- الاب من دون
اذنها) فالاحتياط الاستجابي أخذمو افقة الاب- في الاول - واللازم اخذمو افقتها
في الثاني - .

وقول المصنف : (وجب اما اجازة الاخير أو الفراق بالطلاق) ليس على
ما تقتضيه الصناعة ، وان كان موافقاً للاحتياط .

(نعم) اذا لم يمكن الوصول الى الولي أصلاً ، أو كان الاب كافراً أو سقطت
ولايته لجنون ونحوه ، فلا يشترط رضاه بلا اشكال لانصراف الأدلة الى الولي
الممكن اخذ موافقته ، و الكافر لا ولاية له على المسلم ، والمجنون لا ولاية له
نصاً وجماعاً ، واحتمال قيام الحاكم مقام هؤلاء خلاف الاصل ، وأدلة الحكومة
لاتفى بذلك .

وكذا (اذا عضلها الولي ، اى منعها من التزويج بالكفوء مع ميلها سقط
اعتبار اذنه) كما هو المعروف عن مذهب الاصحاب ، والظاهر كونه اجماعياً
كذا فى المستند - بل حكى الاجماع عن الخلاف والنافع والتذكرة والقواعد
وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم .

وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، واستدل لذلك بعدم كفاية الأدلة
باعتبار رضى الاب فى صورة العضل و بالخرج فى بعض الموارد - كما عن
شرح الفاتح وغيره - وبالاية الكريمة وهى قوله سبحانه : «و لاتعضلوهن ان
ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف» .

وأما اذا منعها من التزويج بغير الكفوء شرعاً فلا يكون عضلابل وكذا
لو منعها من التزويج بغير الكفوء عرفاً ممن في تزويجه غضاضة

وأشكل على الكل بأن الاجماع محتمل الاستناد والادلة مطلقة والخرج أخص .
والاية تحتمل كون الخطاب فيها للزواج السابقين ، مع انه لو كان للاولياء
لايدل على سقوط الولاية ، لان تحريم العضل لايدل على ذلك - كذا في
المستمسك - والادلة المذكورة في مجموعها الكفاية .

بل يمكن ان يقال ان الاجماع الذي لاختلاف فيه مطلقاً يصلح مستنداً .
ولايبعد انصراف الادلة عن صورته عضله و والاية لا يضر بدلالتهما ما ذكر ، اذ
نفرض انها تزوجت باذن ابها من زوج ولم يتصرف فيها ، ثم طلقها ، ثم
اراد ان يتزوجها ولايأذن الاب ، واذا ثبت هنا ثبت في غيره لوحدة الملاك
بالاضافة الى استفادة العرف التلازم بين حرمة العضل وبين سقوط الولاية .

ثم الاشكال في صورة العضل - ان كان - فهو فيما اذا منعها لاجل التزويج
بكفوء او كفؤين ، لاجل ارادة الولي بتزويج بآخر .

أما اذا منعها عن مطلق التزويج ، فلا مجال لتوهم بقاء ولايته .

(وأما اذا منعها من التزويج بغير الكفوء شرعاً) كما اذا ارادت التزويج
من غير المسلم مثلاً (فلا يكون عضلاً) بلا اشكال ولاخلاف لفساد العقد ،
فاللازم على الاب الحيلولة بينها وبينه ، بل لازم على ايضاً غيره من باب النهي
عن المنكر .

(بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفوء عرفاً ممن في تزويجه غضاضة

وعار عليهم وان كان كفوءاً شرعياً وكذا لو منعها من التزويج بكفوءاً معين مع وجود كفوء آخر وكذا يسقط اعتبار اذنه اذا كان غائباً لا يمكن الاستيذان منه مع حاجتها الى التزويج.

وعار عليهم، وان كان كفوءاً شرعياً) قال في المستمسك: كانه لاطلاق الكفوء في كلامهم، بل لعل الظاهر منه الكفؤ عرفاً.

أقول: لا يخفى ما فيه من التأمل، اذ كلمات الفقهاء مطابقة للعناوين الشرعية ومنه يعلم النظر في اصل استثناء المصنف، خصوصاً بعد اسقاط الاسلام هذه الاعتبارات.

(وكذا لو منعها من التزويج بكفؤ معين مع وجود كفؤ آخر) قال في المستند في رد هذا الاستثناء: يمكن ان يقال: ان غاية ما يدل عليه اخبار استقلال الاب هو جواز نكاحه لاعدم جواز نكاحها، ولو قيل به لكان للاجماع المركب وهو في صورة العضل مطلقاً غير ثابت، فلها التزويج معه مطلقاً، - انتهى. لكن لا يخفى ان الاحوط في فرض المصنف عدم التزويج - .

(وكذا يسقط اعتبار اذنه اذا كان غائباً) أو شبه الغائب كالسجين بسجن لا يمكن لقائه (لا يمكن الاستيذان منه، مع حاجتها الى التزويج) بل بدون حاجة ملحة، وانما هي ارادت التزويج.

وقد ذكر هذا الاستثناء - باختلاف في الجملة - الخلاف والحدائق والرياض والمستند والشيخ المرتضى، وغيرهم.

واستدل له في المستمسك: بما استفاد من دليل السقوط بالعضل. وفي الحدائق: بما يظهر منه انه لدليل الحرج. وفي المستند: بانتفاء الاجماع المركب الدال على عدم جواز نكاحها على القول باستقلاله. وغيرهم بعدم كفاية

مسألة - ٢ - اذا ذهبت بكارتها بغير الوطى من وثبة ونحوها
فحكمتها حكم البكر وأما اذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه اشكال ولا
يبعد اللاحق بدعوى ان المتبادر

الادلة بالمنع في هذه الصورة .

(مسألة - ٢ - اذا ذهبت بكارتها بغير الوطى من وثبة ونحوها فحكمتها
حكم البكر) كما ذكر ذلك المسالك والجواهر والمستند، وسكت على المتن
غير واحد ، واستدلوا لذلك بالاستصحاب ، وبامكان صدق الباكرة عليها لانها
من لم تمس ، ولعدم صدق الثيب ، لانها من تزوجت ، ولان النصوص الدالة
على استثناء الثيب مختصة بمن نكح رجلا ، فلا تشمل المورد ، بل يرجع فيه
الى عموم الولاية .

وفي الكل ما لا يخفى ، اذ لا مجال للاستصحاب مع تبدل الموضوع ، و
الباكرة لاتصدق عليها ، ولذا لو تزوجها على انها بكر كان له المهر ، والثيب
صادق عليها ، وان كان الانصراف البدوى الى من رأى الرجل ، ولذا لو زالت
بكارتها بسبب وطى حيوان لها صدق عليها الثيب .

أما الروايات فتقابلها ان بعض النصوص دلت على ان ولاية الولي مختصة
بالبكر ، وعند التعارض يكون المرجع أدلة السلطنة ، ولذا قال ابن العم : في
ولاية الاب على غير البكر على فرض ولايته اشكال .

(و أما اذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه) عند المصنف (اشكال) و ان كان
المستند أفتى صريحاً بانها فى حكم البكر، لعدم معلومية صدق الثيب فيستصحب
الحكم .

و كأنه الى ذلك أشار المتن بقوله : (ولا يبعد اللاحق بدعوى أن المتبادر

من البكر من لم تتزوج وعليه فاذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر ومراعاة الاحتياط أولى .
مسألة - ٣ - لا يشترط في ولاية الجد حياة الاب ولاموته

من البكر من لم تتزوج) وهذه لم تتزوج ، خلافاً للجواهر ، حيث ألحقها بالثيب ، أخذاً باطلاق الأدلة ، وهذا هو الأقرب لما ذكره المستمسك لان البكر ذات البكارة ولا دخل للتزويج وعدمه فيها .

(وعليه فاذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل ان يدخل بها) يلحقها حكم البكر ، لان المعيار كما عرفت الغشاء لا الزواج ، وعدمه ولا غير ذلك .
فقول المصنف : (لا يلحقها حكم البكر) أي : يلحق حكم الثيب في كمال البعد (ومراعاة الاحتياط أولى) .

نعم ، ربما يتوقف فيما ازيلت البكارة ، ثم رجعت بنفسها أو بعلاج ، فهل لها حكم البكر لتحقق الموضوع ، أو حكم الثيب للاستصحاب ، و لعل الاستصحاب أولى . اما اذا ولدت ثيباً ، فقد عرفت ان مقتضى ما تقدم انهما محكومة بحكم الثيب .

و لو كانت لها فرجان ازيلت بكارة احدهما دون الآخر ، ففيه احتمالان ، واذا تساقط الدليلان ، كان أصل تسلط الناس على أنفسهم محكماً ، فتأمل .
وبما تقدم يظهر حكم ما لو افضاها دبراً فازيلت بكارتها ، أو ازالها باصبع ونحوها .

(مسألة - ٣ - لا يشترط في ولاية الجد حياة الاب ولاموته) فهو ولي سواء كان الاب حياً او ميتاً ، كما عن المفيد والسيد والحلي وصاحب الجامع والمحقق والعلامة والديلمي والفخري .

والقول بتوقف ولايته على بقاء الاب كما اختاره جماعة ضعيف
 واطرف منه القول بتوقفها على موته كما اختاره بعض العامة

(والقول بتوقف ولايته على بقاء الاب كما اختاره جماعة) منهم الصدوق
 والشيخ في الخلاف والنهاية والاسكافى والحلبى والصهرشى والراوندى
 وابن زهرة وحمزة ، ومال اليه الفاضل الهندي ، وافتى به المستند (ضعيف) لان
 الادلة تؤيد الاول .

(وأضعف منه القول بتوقفها على موته كما اختاره بعض العامة) وكأنه
 لاية اولى الارحام ، فان الاب أقرب من الجد ، ولذا لا يرث الجد مع وجود
 الاب ، لكنه لا يعاباه في مقابل الادلة وهي امور :

الاول : استصحاب ولايته بعد موته ، والقول بمعارضته باستصحاب حال
 العقل كما في المستند ، غير وجيه ، اذ استصحاب الولاية مقدم على استصحاب
 عدم الاثر ، لانه محكوم باستصحاب الولاية ، واذا ثبت الاستصحاب هنا ثبت
 فيما اذا كان الاب قد مات : في حال كون الصغير حملاً لعدم القول بالفصل ، فلا
 يضر كون مقتضى الاصل فيه عدم ولاية الجد .

الثاني : ان ولاية الجد أقوى من ولاية الاب عند التعارض والمفهوم من
 ذلك عرفاً وجود الولاية حالة عدم الاب أيضاً .

اما الثاني : فهو واضح لمن راجع الى العرف بعد عرض الاقوائية اليه ،
 فاذا قيل لهم : ان زيداً وعمراً لهما ولاية من قبل الحاكم على هذا البلد ، واذا
 اختلفا فولاية زيد أقوى ، فهم العرف ان لزيد الولاية ، وان لم يكن عمرو بان
 مات أو غاب .

واما الاول : فيدل عليه جملة من الروايات :

كموثق عبيد بن زرارة ، قلت لابسي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل ، ويريد جدّها ان يزوجه من رجل آخر ؟ فقال عليه السلام : الجد أولى بذلك ، ونحوه خبره الآخر ، وخبر علي بن جعفر عليه السلام الى غير ذلك .

الثالث : صحيح عبدالله بن سنان ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها . بضميمة ما دل على ان الجدل له ولاية الامر بالخصوص أو بالاطلاق ، مثل صحيح أبي بصير ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته من الذي بيده عقدة النكاح ؟ قال : هو الاب ، والاخ ، والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى ، فاي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر اذا عفا عنه .

ورده المستمسك بقوله : ودعوى ان الجدي يجوز أمره في مال المرأة حتى مع فقد الاب ، فيكون ممن بيده عقدة النكاح مدفوعة ، بأن ظاهر الآية الشريفة الاختصاص بالبالغات بقريظة نفوذ عفوهن ، فالروايات الواردة في تفسيرها قاصرة عن غيرهن ، ولذا ذكر الاخ - انتهى .

وفيه : ان لاقرينية في ذكر عفوهن ، اذ عفوهن في البالغات ، وعفوهن في غيرهن ، أو مطلقاً ، وذا ذكر الاخ محمول - بالقرائن - ما على اذا كان وكيلاً ، أو من باب التأدب .

الرابع : ما دل على انها وأبيها للجد ، فان المفهوم عرفاً نفوذ اختياره فيهما ومن الواضح ان بالموت لا يبطل نفوذه فيها .

فمن عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اني لذات يوم عند زياد بن عبدالله ، اذ جاء رجل يستعدي علي أبيه ؟ فقال : أصلح الله الامير ، ان ابي زوج ابنتي بغير اذني ؟ فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ماتقولون فيما يقول

هذا الرجل؟ فقالوا : نكاحه باطل. قال: ثم اقبل علي فقال : ماتقول ياأبا عبد الله فلما سئلتني اقبلت على الذين اجابوه فقلت لهم : الستم فيما تروون انتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ان رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انت ومالك لايبك ، قالوا : بلى ، فقلت لهم : فكيف يكون هذا هو وماله لاييه ، ولايجوز نكاحه؟ قال عليه السلام : فاخذ بقولهم ، وترك قولي .

وعن علي بن جعفر عليه السلام ، عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن رجل اتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى ان يزوج أحدهما ، وهوى أبوه الآخر ، أيهما أحق أن ينكح؟ قال : الذي هوى الجد أحق بالجارية لانها واباها للجد . استدل القائل بالاشتراط بامور :

الاول : الأجماع الذي ادعاه الخلاف ، وفيه المنع كبرى وصغرى .

الثاني : الاصل ، وفيه انه لايقاوم الدليل .

الثالث : أخبار ولاية الجد خاصة بما اذا كان الاب حياً . وفيه : انه ان أراد ان موردها ذلك ، ففيه ان المورد لايبخصص ، وان اراد دلالتها خاصة ، ففيه عدم تسليم ذلك ، هذا بالاضافة الى ان بعض أخبارها عام كما تقدم .

الرابع : موثق الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان الجد اذا زوج ابنة ابنه ، وكان أبوها حياً ، وكان الجد مرضياً جاز .

وفيه : بالاضافة الى عدة مناقشات مذكورة في الكتب المفصلة ، ان الظاهر من ذيل الرواية ، ان القيد انما ذكر تمهيداً لحكم التشاح بين الاب والجد ، الذي لايمكن فرضه الا في حال وجود الاب ، فالشرط مساق لبيان تحقق الموضوع ففي ذيل الرواية : « قلنا فان هوى اب الجارية هوى ، وهوى الجد هوى ، وهما سواء في العدل والرضا ، قال عليه السلام : أحب الي ان ترضى بقول الجد » . وعلى هذا ، فالاصح ما اختاره المصنف ، ولذا سكنت عليه المعلقون أمثال

مسألة - ٤ - لا خيار للصغيرة اذا زوجها الاب أو الجد بعد

بلوغها ورشدها ، بل هو لازم عليها

السادة ابن العم ، والبروجردي ، والجمال ، وغيرهم .

(مسألة - ٤ - لا خيار للصغيرة اذا زوجها الاب أو الجد بعد بلوغها ورشدها ،

بل هو لازم عليها) كما هو المشهور ، بل عن المسالك لا يظهر فيه مخالف ،
وفي المستند اجماعاً كما حكاه جماعة ، واستدلوا لذلك بالاصل ، وبجملة من

الروايات :

كصحيح عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الجارية

الصغيرة يزوجه أبوها ، ألها امر اذا بلغت ؟ قال عليه السلام : لا ، ليس لها مع
أبيها امر .

وصحيح محمد بن اسماعيل بن يزيد ، قال : سألت أبا الحسن عليه السلام

عن الصبية يزوجه ابوها ، ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل ان يدخل بها
زوجها ، يجوز عليها التزويج او الامر اليها ؟ قال عليه السلام : يجوز عليها تزويج
أبيها .

وصحيحة ابن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، أتزوج الجارية

وهي بنت ثلاثة سنين ، أو يزوج الغلام وهو ابن ثلاث سنين وما ادنى حد ذلك
الذي يزوجان فيه ، فاذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها ؟ قال عليه السلام :
لابأس بذلك اذا رضى أبوها أو وليها .

لكن في جملة من الروايات ان لها الخيار وذلك هو الذي تقتضيه قاعدة تسلط

الناس على أنفسهم ، واي أمر أهم من هذا ، والاصل المتقدم لا يقاوم قاعدة السلطة
بالإضافة الى ان تبدل الموضوع لا يدع مجالاً للاصل ، فمن تلك الاخبار :

صحيح محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن الصبي يتزوج الصبية ؟ قال : ان كان أبواهما اللذان زوجها فنعيم جائز ، ولكن لهما الخيار اذا ادركا .

وفي صحيحة الحذاء الآتية في المسألة (٣٩) دليل على ان الخيار لهما بعد الادراك مع تزويج الولي لهما ، ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام في ذيله : فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك قال : يجوز عليها تزويج الاب ، ويجوز على الغلام ، لان السؤال عن الصحة حال التزويج ، فانه هو ظاهر الجمع العرفي بين الصدر والذيل .

ومنه يعرف ، ان قول المستند : [في الجمع بين الصدر والذيل] المراد بالولي في الصدر المعنى العرفي ، وهو اقرب الناس بهما دون الشرعي ، خلاف الظاهر .

وفي حسنة الكناسي الطويلة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، متى يجوز للاب ان يزوج ابنته ، ولا يستأمرها ؟ قال عليه السلام : اذا جازت تسع سنين ، فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين ، كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين .

ولا يخفى ان مقتضى الجمع بين الطائفتين عرفاً حمل الأدلة على الادب كما تقدم مثله في تزويج الاب للبكر ، كما يؤيده جملة من الروايات الواردة في شكر الابوين ، واحترامهما ، واطاعتهما ، مما هي للادب ، ثم ان حقه في الفسخ ثابت وان دخل ، كما ان الفسخ فوري عرفاً والمهر اذا فسخ وقد دخل المثل .

ثم ان مخالفة الشهرة لهذه الطائفة لا تضر بعد ان استندوا في ذلك الى الاجتهاد لا الى الترجيح ، وان كان القول بذلك مشكلاً بعدم عدم ظهور المخالف الا من بعض المعاصرين ، والمسألة بحاجة الى مزيد من التتبع والتأمل .

وكذا الصغير على الاقوى والقول بخياره في الفسخ والامضاء

(وكذا الصغير على الاقوى) في المستند عند الاكثر، خلافاً للمحكى عن
النهاية، والحلي، والقاضي، وابن حمزة، فاثبتوا له التخيير بعد البلوغ. استدل
القائل بعدم الخيار بامور :
الاول : اصالة بقاء الصحة .

الثاني : صحيحة الحذاء المتقدمة في صحيح الحلبي قال : قلت لابي عبد الله
عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو
ابن عشر سنين ؟ فقال عليه السلام : أما التزويج فصحيح، وأما طلاقه فينبغي ان
تحبس عليه امرئته حتى يدرك - استدل به في الحدائق لهذا القول - .
ورواية الدعائم ، عن علي عليه السلام قال : تزويج الإبساء على البنين
والبنات جائز، اذا كانوا صغاراً وليس لهم خيار اذا كبروا .

الثالث : ما دل على توارثهما اذا كبروا ، مثل ما رواه عبيد بن زرارة، عن
أبي عبد الله عليه السلام ، في الصبي يتزوج الصبية، هل يتوارثان؟ فقال: ان كان
أبوهما اللذان زواجهما حيين ، فنعم .

الرابع : ما دل على لزوم الوفاء بالعقد .

الخامس : ما دل على تقديم الجدمع الاختلاف مع الاب ، فانه ظاهر في

ان الاختيار بيديهما فقط .

السادس : كما لا خيار في بيع الاب لمال الصغير اذا كبر ، كذلك لا خيار

لعقده، لان الجميع من واد واحد .

هذا (و) لكن (القول بخياره في الفسخ والامضاء) هو مقتضى القاعدة، فالناس

مسلطون على أنفسهم ، ولما تقدم من صحيحي ابن مسلم ، والحذاء ، وحسنة

ضعيف وكذا لا خيار للمجنون بعد افاقته .

مسألة - ٥ - يشترط في صحة تزويج الاب والجد ونفوذه
عدم المفسدة

الكناسي، وما استدل به للقول الاول (ضعيف) اذا اصل لامجال له مع الدليل
وصحيحة الحذاء قد عرفت دلالتها للخيار. وصحيحة الحلبي لادالة فيها .

قال في المستمسك : لان صحة العقد لاتنافي الخيار، بل هو موضوع للخيار
ورواية الدعائم ضعيفة ، فلا بد من رد علمها الى أهلها ، أو حملها على ارادة
التأديب .

ومادل على توارثهما لايدل الاعلى الصحة وهي لاتنافي الخيار ، ومادل
على لزوم الوفاء بالعقد عام يخص بالروايات التي ذكرناها .

ومنه يعرف، الجواب عمادل على تقديم الجد على الاب، أما عدم الخيار
له في بيع الاب فانه ان ثبت لم يطرد الى مانحن فيه، لعدم وحدة الملاك بالاضافة
الى ما عرفت من النصوص الدالة على التخيير .

(وكذا) مقتضى القاعدة انه (لا) لزوم، بل الـ(خيار) ثابت (للمجنون بعد
افاقته) وان ادعي عدم الخلاف على عدم خياره لما دل على لزوم العقد ولاستصحاب
بقائه .

وعلى كل حال، فالاحوط الطلاق اذا ارادا فسخ النكاح ، والله سبحانه
العالم .

(مسألة - ٥ - يشترط في صحة تزويج الاب والجد ونفوذه عدم المفسدة)
للصغير مالا أو جسماً او روحاً كان يكون الزوج فقيراً يأكل مالها، أو يضرها
ويؤذيها ، أو يسيء تربيتها ، الى غير ذلك من الامثلة ، والكلام في المقام وفي

ثلاثة امور :

الاول : صحة النكاح حتى مع المفسدة .

الثاني : لزوم المصلحة .

الثالث : كفاية عدم المفسدة .

ويدل على الاول : اطلاق الادلة ، فكما ان للبالغ ان ينكح نفسه مع المفسدة كذلك ان ينكح المولى عليه كذلك لكن يرد بالانصراف ، وبلاضرر ، وبالأولوية من التصرف في المال الذي قال فيه سبحانه : « ولاتقربوا مال اليتيم ، الابالتي هي أحسن » بناءً على عدم الفرق بين اليتيم وغيره ممن له ولي . وبما يظهر من محكي المسالك من الاتفاق على اشتراط عدم المفسدة . وقال في المستند : لاشكال في اشتراط جواز التزويج بانتفاء المفسدة له .

ويدل على الثاني : فحوى الآية المباركة ، ودعوى الاجماع على اعتبار المصلحة في التصرف في مال الصغير ، فالتصرف في عرضه بالنكاح يكون الشرط فيه بطريق اولى ، ولذا كان المحكي عن التذكرة والمحقق الثاني اعتبار المصلحة .

ويدل على الثالث : اطلاق الادلة ، ولاوجه لدعوى الانصراف الى ما فيه المصلحة للصغير ، فقد لا يكون له فيه مصلحة وانما يكون للكبير ، كما اذا زوجه بنته الصغير ليكون محرماً لزوجته - كما يتعارف الان في الاقرباء ، ومريدي السفر ، وما أشبه ذلك - وهذا القول هو الاقرب الذي اختاره المستند وغيره ، ونسبه الى اطلاق الاكثر ، ودلالة الآية والاجماع لو تما لا تمنعان من اطلاق أدلة المقام ، بل في تماميتهما مناقشة مذكورة في محله ، ولذا سكت على المتن السادة ابن العم ، والبروجردي ، والجمال ، وغيرهم .

وقال في المستمسك : العمل بالاطلاق متعين .

والا يكون العقد فضولياً كالأجنبي

وبدل على كفاية عدم المفسدة موثق عبيد الاتى فى المسألة التاسعة .

ثم الظاهر ان المراد بعدم المفسدة فى المقام ، وفى باب المالىات انما هو بحسب الظاهر ، وان كان فى الواقع مفسدة ، كما اذ زوجها بصبي ظهر فيما بعد انه عقيم ، أو فسد الولد حينما كبر بشرب الخمر ، وارتكاب الموبقات ، أو ما أشبه ذلك وكذلك اذا باع دار الصغير بالقيمة السوقية العادلة ، ثم بعد يوم ارتفع سعر الدار لامر مفاجىء ، فانه ان كان يعلم الغيب لم يكن له النكاح والبيع ، لان كليهما مفسدة . اما بحسب الظاهر حيث لا يعلم لا يكون النكاح والبيع ذامفسدة عرفاً ، ولذا يصحان ولاخيار للطفل فى الفسخ اذا كبر من هذه الجهة .

وكذا الكلام فى المحاكم والوصي ، فانه يعتبر فى نكاحهما للصغير عدم المفسدة ، ولا يحق للموصي ان يعطي الوصي الصلاحية فى نكاحه ولو بالمفسدة اذ لصلاحية لنفس الموصي بذلك .

وان صح للموكل الرشيد ان يعطي الوكيل الصلاحية فى زواجه له ، ولو مع المفسدة كما هو واضح ، ولو كان له أب وجد يرى احدهما المفسدة ، ولا يرى الاخر المفسدة ، فلكل منهما ان يعمل حسب نظره لانه الولي فنظره حجة ، الا اذا اسقطه الشارع بقيام بينة ونحوها على خطائه (والا) بان كان فى العقد مفسدة (يكون العقد فضولياً كـ) نكاح (الأجنبي) للصغير حيث يكون فضولياً ، وذلك لاطلاق ادلة الفضولية ، فتكون اجازة الصغير فى حال بلوغه ، أو اجازة الولي فى حال انقلاب المفسدة الى المصلحة [او انتفاء المفسدة] كافية فى صحة النكاح ، كما لو زوج بنته بأشل ثم عولج فطاب ، أو ما أشبه ذلك .

ويحتمل عدم الصحة بالاجازة أيضاً ، بل الاحوط مراعاة المصلحة بل يشكل الصحة اذا كان هناك خاطبان أحدهما اصلح من الاخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة الى الصغير فاختار الاب غير الاصلح لتشهي نفسه .

(ويحتمل عدم الصحة بالاجازة أيضاً) بناءً على انه يعتبر في المجيز ان يكون جائز التصرف حال العقد، والالم تصح اجازته - كما سيأتي الكلام فيه في المسألة السادسة - لكنه خلاف الاطلاق، فالصحة بالاجازة أقرب .
ثم اذا صار العقد فضولياً، فالظاهر ان للولي نفسه ان يفسخ العقد في حال صغره لانه مقتضى اطلاق أدلة الولاية .

(بل الاحوط مراعاة المصلحة) في زواج الطفل لما ذكرناه من الوجه ، وان كان قد عرفت انه غير لازم ، فالاحتياط استحبابي (بل يشكل الصحة) على رأي المصنف : (اذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الاخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر) أو من جهة تقارب العمر ، أو غير ذلك من المرجحات بأن لم يكن أحدهما فيه المفسدة ، وانما كان أحدهما اصلح من الاخر .

(أو قلته بالنسبة الى الصغير) بأن اراد تزويج صغيره باحدى بنتين متساويتين الا من جهة ان مهر أحدهما أقل فزوجه بمن مهرها أكثر ، واشكال المستمسك بان الاكثر مهراً ضرر على الصغير ، فهو من مصاديق مافيه المفسدة ، لانه خلاف الاصلح غير تام ، اذ لا يبعد كل اكثر مهراً ضرراً عرفاً ، كما هو كذلك بالنسبة الى البضائع أيضاً .

(فاختار الاب غير الاصلح لتشهي نفسه) وفيه : ان اطلاقات الادلة تشملها بالاضافة الى السيرة المستمرة ، فان الاولياء يلاحظون دائماً - أو غالباً - المولى

مسألة - ٦ - - لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد والمهر ولزم والافضى صحة العقد وبطلان المهر والرجوع الى مهر المثل أو بطلان العقد أيضاً قولان أقواهما

عليه ومصلحة انفسهم ثم يقدمون على العمل ، فسكوت غالب المعلقين عليه لاوجه له بعد اطلاق النص والفتوى .

(مسألة - ٦ - - لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه) ولم يكن تدارك من المولى للنقص الوارد عليها وعليه - اذمع تداركه النقص لم يكن ضرر ولاخلاف الاصلح غالباً - (فان كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد والمهر ولزم) لاطلاقات الادلة، ولذا كان المحكى عن جامع المقاصد انه المعتمد في الفتوى (والا) تكن هناك مصلحة بل كانت مفسدة - اذ قد عرفت عدم لزوم مراعات المصلحة ، بل يكفي عدم المفسدة - .

(ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع الى مهر المثل) كما اختاره المسالك لان العقد صحيح ، وانما المانع من قبل المهر ، ويمكن جبره بفسخه خاصة والرجوع الى مهر المثل ، والعقد والمهر - على الاغلب - التزامان .

(أو بطلان العقد أيضاً) كما اختاره الجواهر، لان الواقع في الخارج أمر واحد مشخص، ولا مجال للتفكيك بين ذات العقد فيصح بلا اجازة، وبين المهر فيتوقف على الاجازة (قولان اقواهما) الاول، لما عرفت ولا نسلم عدم التفكيك بل المهر من قبيل التزام في التزام ، ومنه يعلم الجواب عن كلام الجواهر .

نعم اذا قيد العقد بالمهر بأن كان من قبيل التقييد ووحدة الالتزام لم يصح

الثانى والمراد من البطلان عدم النفوذ بمعنى توقفه على اجازتها

التفكيك ، أما في العقود المتعارفة حيث ان المهر التزام آخر فلاوجه لبطلان العقد ببطلان المهر ، وكذا يقال في الفضولي اذا أجاز اصل العقد ولم يجز المهر فاحتمال الوحدة في الفضولى ايضاً لاوجه له .

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك : ان الضرر حاصل من التزويج بالمهر المذكور ، فنتفيه بدليل نفي الضرر يقتضى بطلان نفس التزويج محل منع ، فانه تبديل عبارة ، والافالضرر حاصل بالمهر المذكور ، لا بالتزويج بالمهر المذكور كما في ما اذا تخلف الشرط في باب العقود .

ثم انه ربما حكى عن الشيخ قول ثالث فى المسألة ، وهو صحة العقد والمهر ولزومهما معاً ، عملاً باطلاق ادلة الولاية المعتضد بمادل على جواز عفو عن المهر بعد ثبوته ، وفيه : انه بعد ان تبين عدم كون الولاية فى صورة المفسدة لا يصح القول بلزوم المهر ، اما مسألة العفو ، فاللازم تقييده بعدم المفسدة ايضاً .

اما الجواب عن الشيخ بعدم صحة التنظير ، لان نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة ، وليس العفو كذلك ، ففيه النقص بأنه ربما يكون العفو مهانة دون النقص .

وكيف كان ، فالقول (الثانى) والثالث غير تأمين ، ولذا قال ابن العم : ان الاقوى هو القول الاول وقال البروجردى : القوة محل منع . وقال الاصطهباناتى : القول الاول لا يخلو عن قوة ، الى سائر التعاليق .

(والمراد من البطلان) الوضعى أى (عدم النفوذ بمعنى توقفه على اجازتها

بعد البلوغ ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناءً على اعتبار وجود
المعيز في الحال .

مسألة - ٧ - لا يصح نكاح السفية المبذر

بعد البلوغ) اذ لا ينقص ذلك عن الفضولي ، أو ان يصح المهر كافيًا كما اذا
كان غنمًا فولد ، أو عقارًا فارتفع ، أو أن يقل مهر البنت مثلًا كما اذا كن مرتفعت
لقلة البنات ، أو كثرة الاولاد فاتفقت حرب سبب انخفاض مهور البنات ،
أو ما أشبه ذلك فانه اذا أجاز الولي صح ولزم لانه بيده الولاية .

(ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناءً على اعتبار وجود المعيز في
الحال) وحيث لا وجود كامل له فلا تصح اجازته بعد الكمال، لكن أدلة الفضولية
تشمل ذلك ، كما ذكروه في كتاب المكاسب ، بالاضافة الى ان اطلاق أدلة
الصحة شامل له .

نعم ، لو كان نفس العقد مفسدة بطل ، وان صار بعد ذلك مصلحة ، اذ
الاعتبار بحال العقد ، كما انه لو انعكس بأن كانت المصلحة في العقد فانقلب
الى المفسدة لم يبطل ، فان المنصرف اعتبارهما حال العقد .

(مسألة - ٧ - لا يصح نكاح السفية المبذر) أي كان سفهه في تبذير المال
لامن جهة أخرى كفساد العقل الملحق له بالمجنون . قال: ذلك غير واحد من
الفقهاء وفي المستند اجماعاً ، بل ضرورة وبالاخبار .

أقول: قد استدلو بذلك ان النكاح تصرف في المال لما يترتب عليه من المهر
والنفقة ، والسفيه محجور عن ذلك اجماعاً .

قال في المستمسك : وهذا ممالا اشكال فيه ، لكن يرد عليه بعد لزوم ان

الاباذن الولي وعليه أن يعين المهر والمرأة

يكون مرادهم بالنسبة الى الرجل والمرأة، مع ان عبارة جملة منهم ارداف السفية بالمجنون ، المراد منه الاعم ، انه ربما لا يستلزم المال ، كما اذا نكحها بدون المهر بشرط عدم النفقة ، أو كان النكاح لا يستلزم النفقة من جهة انها تملك الانفاق على نفسه ، ولا تريد منه النفقة ، أو كان فقيراً لا يجب عليه الانفاق، أو كان النكاح بمهر من الغير دواماً متعة ، فاطلاق القول بالمنع غير وجيه .

(الاباذن الولي) لانه هو المتصرف في شأنه ، وعبارة السفية ليست مسلوبة كالصبي غير المميز ، فاذا اذن ، حق له ان يجرى العقد، كما يحق له ان يوكل غيره .

ثم انه لاحاجة الى الضرورة في النكاح ، وان قيده بها في بعض العبارات اذ لا دليل على توقفه عليها ، فاذا اذن الولي صح .
(وعليه) أي الولي (أن يعين المهر والمرأة) .
أما المهر : لانه المال الذي لا يمكن تركه الى اختيار السفية .

وأما المرأة : فلانها قد تكون ذات نفقة عالية ، وقد تكون ذات نفقة متعارفة وكان على هذا ذكر تعيين سائر الخصوصيات ، كالزمان والمكان و غيرهما اذا أوردت ذلك اختلاف المال .

ومنه يعلم ، ان اطلاقه [ره] لزوم تعيينهما ليس على ما ينبغي ، اذ لو قال له الولي : تزوج أية امرأة شئت ، لا تزيد نفقتها عن كذا ، ولا مهرها عن كذا أو كانت على حسب المتعارف صح ، اذ يمكن ان يكون السفية بحيث يقدر على السؤال عن المتعارف ، كما ان منه يظهر انه لو لم يعين واجاز مطلقاً، لكنه تزوج حسب المتعارف لم يكن دليل على الاشكال ، وكذا اذا عين المهر في باب المتعة

ولو تزوج بدون اذنه وقف على اجازته فان رأى المصلحة وأجاز صح ، ولا يحتاج الى اعادة الصيغة لانه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد اذن الولي .

مسألة - ٨ - اذا كان الشخص بالغاً ، رشيداً في الماليات ، لكن لارشد له بالنسبة الى أمر التزويج ، وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الامهار ، ونحو

دون النفقة ، الى غير ذلك من الموارد .

(ولو تزوج بدون اذنه وقف على اجازته) او اجازة نفسه اذا ذهب سفهه (فان رأى المصلحة وأجاز صح ، ولا يحتاج الى اعادة الصيغة لانه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة) قد تقدم انه لادليل على سلب عبارة الصبي المميز . (ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء الصيغة و مباشرته لنفسه بعد اذن الولي) .

ثم الظاهر كفاية عدم الفساد ، ولا يحتاج الى الصلاح - كما تقدم بالنسبة الى الصبي - فقله: رأى المصلحة لا يخلو من ايراد ، الا ان يراد بها عدم المفسدة كما يعبر احياناً به عنه .

مسألة - ٨ - اذا كان الشخص بالغاً ، رشيداً في الماليات ، لكن لارشد له بالنسبة الى أمر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة ، وكيفية الامهار ، ونحو

ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة الى اذن الولي وان لم أر من تعرض له .

مسألة -- ٩ -- كل من الاب والجد مستقل في الولاية ، فلا يلزم الاشتراك ، ولا الاستيذان من الاخر فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للاخر

ذلك) فلا ينبغي الاشكال انه لا يلحق بالسفيه الا اذا كان فيه نوع من السفه - لان الجنون فنون- وذلك لادلة السلطة العامة الشاملة للمقام، ومثله من لارشده بالنسبة الى أمر المسكن ، أو أمر اللباس ، أو أمر الاكل أو أمر الجماع ، فيكون مبذراً في احدها مثلاً ، فانه لا ينبغي الاشكال في عدم الولاية عليه ، وكذا اذا كان مبذراً في أمر الضياء ليلاً ، وأمر صرف الماء لوسوسة ، أو كثرة تنظيف ، الى غير ذلك .

(ف) قول المصنف : (الظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة الى اذن الولي ، وان لم أر من تعرض له) لا وجه له والضعيف في قوله عليه السلام : [اذا بلغ وثبت عليه جاز أمره ، الا ان يكون سفيهاً أو ضعيفاً] يراد به مقابل الرشد لا ما يشمل المقام .

(مسألة - ٩ - كل من الاب والجد مستقل في الولاية ، فلا يلزم الاشتراك ، ولا الاستيذان من الاخر) بلا خلاف ولا اشكال ، بل ظاهر الفتوى الاتفاق عليه ، وان كان ربما ينسب الى الجواهر نوع تردد فيه ، وذلك لانه ظاهر الادلة ، بل مقتضى نصها - كما تقدم جملة منها - .

(فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته) كان لا يكون النكاح مفسدة مثلاً (لم يبق محل للاخر) فيصح السابق ويبطل اللاحق ، بلا اشكال ولا خلاف ، بل

ولو زوج كل منهما عن شخص فان علم السابق منهما فهو المقدم
ولغى الاخر

عن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، ويقتضيه المطلقات ، وخصوص صحيح
هشام بن مسلم، ومحمد بن حكيم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج
الاب والجد ، كان التزويج للاول ، فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد اولى .
وموثق عبيد بن زرارة ، قلت لابي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد ابوها
أن يزوجه من رجل ، ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر ؟ فقال عليه السلام :
الجد أولى بذلك ، ما لم يكن مضاراً ، وان لم يكن الاب زوجها قبله ، ويجوز
عليها تزويج الاب والجد .

وخبر دعائم الاسلام ، عن أبي جعفر ، وأبي عبدالله عليهما السلام ، انهما
قالا: الجد أب الاب ، يقوم مقام ابنه في تزويج ابنته الطفلة ، والجد أولى بالعقد
الا ان يكون الاب قد عقده ، وان عقده جميعاً فالعقد عقد الاول منهما .
وفي عبارة الصدوق في المقنع : وان زوجها أبوها من رجل ، وزوجها
جدّها من رجل آخر فالتزويج للذي زوجها أولاً .

(ولو زوج كل منهما عن شخص) وكذا اذا كانوا أكثر من اثنين مثل الاب وأبوه
وجده - اذ الظاهر ان الاجداد للاباء حالهم حال الاب والجد لدليل : انت ومالك
لابيك ، وغيره الوارد على اصالة عدم الولاية .

(فان علم السابق منهما فهو المقدم ولغى الاخر) لما تقدم من وضوح عدم
صحة ورود عقدين على امرأة واحدة .

نعم ، يتصور هذا في العكس بأن عقدا امرأتين لولدهما ، ولم تكونا الرابعة
والخامسة ، والا كان حالهما حال عقدها لرجلين .

وان علم التقارن ، قدم عقد الجدد وكذا ان جهل التاريخان ، واما ان علم تاريخ أحدهما دون الآخر ، فان كان المعلوم تاريخ عقد الجدد قدم أيضاً

(وان علم التقارن ، قدم عقد الجدد بلا اشكال ولا خلاف ، بل عن السرائر والغنية الاتفاق عليه ، ويدل عليه الموثق والصحيح المتقدمان .

بل ربما يؤيده صحيح محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليه السلام قال : اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، ولابنه أيضاً ان يزوجها . فقلت : فان هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً ؟ فقال : الجدد أولى بنكاحها ، ومثله غيره .

وأما رواية أبي العباس ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا زوج الرجل فأبى ذلك والده ، فان تزويج الاب جائز ، وان كره الجدد ليس هذا مثل الذي يفعل الجدد ، ثم يريد الاب ان يردده ، فاللازم تأويله أورد علمه الى اهله . ومما تقدم يظهر انه لوزوجه جددان ، فالجدد الابدأولى ، لان الجدد الاقرب وماله للجدد الابدأ .

(وكذا ان جهل التاريخان) لما سيأتي من تعليل المصنف له ، وحيث ان تعليله محل منع ، فاللازم ما ذكره السيد البروجردي قال : الاقوى فيه اجراء حكم المرأة المعلوم اجمالاً كونها زوجة لاحد رجلين .

أقول : وحكمها القرعة كما ذكرناها سابقاً ، لانها لكل أمر مشكل ومنه المقام ولذا قال المستمسك : [التحقيق . . الرجوع الى القرعة ، أو غيرها] .

(وأما أن علم تاريخ أحدهما دون الآخر ، فان كان المعلوم تاريخ عقد الجدد قدم أيضاً) لاصالة عدم عقد الاب قبله الى وقت عقد الجدد ولا يعارضه اصالة عدم عقد الجدد الى حين عقد الاب ، لانه معلوم التاريخ .

وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمال تقدمه لكن الاظهر تقديم عقد الجد ، لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد مالم يكن الاب زوجها قبله فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً ومالم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى فتحصل أن اللازم تقديم عقد الجد في جميع الصور ، الا في صورة معلومية سبق عقد الاب

(وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمال تقدمه) لاصالة عدم عقد الجد قبله الى زمان عقد الاب ، بل هذا هو المتعين ، كما ذكره غير واحد من المعلقين كالسيد بن ابن العم والبروجردى .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قوله : (لكن الاظهر تقديم عقد الجد ، لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد مالم يكن الاب زوجها قبله فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً ، ومالم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى) لاصالة عدم سبق عقد الاب الى حين عقد الجد .

لكن هذا الاستظهار مبني على أن يكون المستفاد من الموثق ان الشرط في نفوذ عقد الجد ان لا يسبقه عقد الاب ، وهذا الشرط يمكن احرازه بالاصل في الفرض المذكور ، اذ الاصل يقتضى عدم سبق عقد الاب على عقد الجد . ولكن هذا البناء غير ظاهر ، لان المستفاد من الادلة ان عقد كل من الاب والجد ينفذ مع قابلية المحل وقابلية المحل عبارة عن كون البنت خلية [نعم في صورة الاقتران يقدم عقد الجد] وعليه فلا فرق في تقديم العقد المعلوم بين ان يكون المعلوم هو عقد الاب أو عقد الجد .

ومنه يعلم ، وجه النظر في قوله : (فتحصل أن اللازم تقديم عقد الجد في جميع الصور ، الا في صورة معلومية سبق عقد الاب) وصور المسألة ثمانية :

ولو تشاح الاب والجد فاختر كل منهما واحداً قدم اختيار الجد ولو
بادر الاب فعقد فهل يكون باطلاً أو يصح وجهان ، بل قولان من كونه
سابقاً فيجب تقديمه

الاولى : ان يعلم سبق الاب فيبطل عقد الجد .

الثانية : ان يعلم سبق الجد فيبطل عقد الاب .

الثالثة : ان يتقارنا ويبطل عقد الاب .

الرابعة : الجد معلوم التاريخ لا الاب فيبطل عقد الاب .

الخامسة : الاب معلوم التاريخ لا الجد فيبطل عقد الجد .

السادسة : لا يعلم التقارن ، أو سبق الجد فيبطل عقد الاب .

السابعة : لا يعلم التقارن ، أو سبق الاب ، وهنا محل القرعة .

الثامنة : لا يعلم التقارن ، أو سبق هذا أو سبق ذاك وهنا محل القرعة .

(ولو تشاح الاب والجد فاختر كل منهما واحداً قدم اختيار الجد) بلا اشكال

ولاخلاف ، بل عليه الاجماع من الانتصار والخلاف والمبسوط والسرائر ، وقد

تقدم جملة من النصوص الدالة عليه ، كصحيح محمد بن مسلم ، عن أحدهما ،

وموثق عبيد بن زرارة ، ورواية الدعائم .

(ولو بادر الاب فعقد فهل يكون باطلاً) كما مال اليه الجواهر ، مستدلاً

بانه معنى الاولوية الواردة في النص بالنسبة الى الجد (أو يصح) كما اختاره

المسالك ، بل عن كشف اللثام دعوى الاتفاق على صحة السابق منهما (وجهان

بل قولان من كونه سابقاً فيجب تقديمه) وهذا هو الاظهر لاطلاق أدلة صحة العقد

السابق .

ومن أن لازم أولوية اختيار الجدة عدم صحة خلافه والاحوط مراعاة الاحتياط ولو تشاح الجدة الأسفل والاعلى هل يجرى عليهما حكم الأب والجد أولاً وجهان أوجههما الثاني لانهما ليسا أباً وجداً بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب .

(ومن أن لازم أولوية اختيار الجدة عدم صحة خلافه) لكن فيه ان ظهور صحة السابق في مفاده أقوى من ظهور الاولوية في افادة الوضع فاللازم تقديم السابق . ومنه يعلم ، الاشكال في تعليق ابن العم حيث قال : [أقواهما الاول] (و) مع ذلك (الاحوط مراعاة الاحتياط) فانه سبيل النجاة .

ثم انه لو زوج الأب أو الجدة ، ثم جاء الآخر وادعى انه زوج قبله فهل يقبل قوله لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به؟ أو لا يقبل قوله؟ لاصالة الصحة الحاكمة على ذلك، ولذا لو اعترفت الزوجة بعد الزواج انها كانت زوجة لانسان حال تزويج الزوج لهما لم يقبل قوله وهذا هو الاقرب، فان أصل الصحة حاكمة على القواعد الاولوية ، ومنه يعلم الحال ما لو قال الجدة انه زوجها مقارناً لزواج الأب لها .

(ولو تشاح الجدة الأسفل والاعلى هل يجرى عليهما حكم الأب و الجدة) فيقدم الاعلى على الأسفل (اولاً) بل من قدم في العقد يقدم، ولو تقارنا كانت القرعة (وجهان أوجههما) الاول لما تقدم من بعض الروايات الدالة على ذلك بالمناط وهذا هو الذي اختاره ابن العم، وان كان الاوجه عند المصنف (الثاني) وتبعه السيدان البروجردى والجمال، حيث سكتا عليه (لانهما ليسا أباً وجداً بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب) لكن فيه ان ملاك جملة من الروايات شاملة للمقام أيضاً، كما عرفت .

ثم ان من يملك العقد للمصغير يملك الاعتراف به، فلو قال انى عقدت له

مسألة - ١٠ - لايجوز للمولى تزويج المولى عليه بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أولاً لأنه خلاف المصلحة، نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز

قبل ولو تنازع الأب والجد فقال احدهما عقدت وقال الآخر لم تعقد فالاصل مع الثاني الا ان يقدم المثبت البينة، ولو اختلفا وقال احدهما عقدت في زمان سابق وقال الآخر في زمان لاحق كان الاصل مع الثاني الا ان يقدم الاول البينة. (مسألة - ١٠ - لايجوز للمولى تزويج المولى عليه بمن به عيب) حيث عرفت سابقاً ان ادلة الولاية مطلقة تشمل ما لم ليس فيه مفسدة، فاللازم أن يكون مراد المصنف ما كان تزويجه مفسدة والاصح وقد أطال الفقهاء الكلام في ذلك الى أقوال، ولكن الذي يقتضيه الدليل هو ما ذكرناه.

(سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أولاً) وسواء كان في الدوام أو الانقطاع، وسواء كان مما يكمل العيب عند المعاشرة أولاً، وسواء كان بالنسبة الى الصغير أو الصغيرة (لأنه خلاف المصلحة) التي في تركها مفسدة .

(نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة) بحيث لم يكن نقص الزوج أو الزوجة موجباً لتسمية النكاح مفسدة عرفاً، وعليه فإرادته بلازمة المراعاة، ما كان يخرج النكاح عن المفسدة (جاز) لادلة الولاية الشاملة للمقام .

أما اذا زوجه أو زوجها بالصحيح ثم عيب فإلاشكال، لان المعيار وقت النكاح، الا اذا علم بذلك فانه لايجوز أيضاً لأنه يعد مفسدة حال النكاح، كما اذا أخبره الطبيب بأن هذا الرجل المراد زواج الصغيرة به سيمتلى بالصرع مثلاً - وقد تقدم الكلام في هذه المسألة - .

وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه ان لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ وان كان منها ففى ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو افاقته وعدمه لان المفروض اقدم الولي مع علمه به وجهان أو جههما الاول لاطلاق أدلة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله

(وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه) ان قلنا بعدم الخيار للصغير اذا كبر، والافقد تقدم عدم بعد الخيار له (ان لم يكن) العيب (من العيوب المجوزة للفسخ) كالعنن فيه والعفل فيها (وان كان) العيب (منها) أى من العيوب المجوزة للفسخ .

(ففى ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو افاقته) فى المجنون (وعدمه لان المفروض اقدم الولي مع علمه به) فكما انه لا خيار للانسان اذا أقدم على الزواج عالمأ به، كذلك لا خيار له اذا بلغ فيما زوجه الولي لمصلحة عالمأ بالعيب كما فى سائر المعاملات التي لها الخيار لولا العلم فاذا أقدم الولي على بيع غبن عالمأ به لكنه انما أقدم لمصلحة يراها لم يكن له ، ولا للمولى عليه اذا بلغ الفسخ بخيار الغبن ولا يخفى ان هذا فيما اذا علم بالعيب واقدم.

أما اذا لم يعلم فلا اشكال فى الخيار للمولى وللطفل اذا بلغ (وجهان أو جههما الاول لاطلاق أدلة تلك العيوب) كما عن المسالك والجواهر الشاملة للطفل والمجنون اذا كمل (و) ان قلت ، ربما يعلم الطفل بالعيب، فكيف يكون له الخيار مع ان العلم بالعيب مانع عن الخيار .

قلت : (قصوره) لان عمد الصبي خطأ (بمنزلة جهله) اذ كلا من الجاهل والصغير له مانع عن كون اقدامه مسقطاً للخيار، فان الجاهل يمنعه جهله، والصغير يمنعه حجره .

وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه وغاية ما تفيد المصلحة انما هو صحة العقد فتبقى أدلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للمولى أيضاً من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق

(و) ان قلت: حيث علم الولي وأقدم فلاحق للطفل اذا بلغ .

قلت : (علم الولي ولحاظه المصلحة) في الاقدام (لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه) اذ الدليل انما دل على سقوط الخيار فيما اقدم نفس الزوج عالمياً لا اذا أقدم غيره كالولي والوكيل .

(وغاية ما تفيد المصلحة) التي أوجبت اقدم الولي (انما هو صحة العقد فتبقى أدلة الخيار بحالها) من الاطلاق بالنسبة الى الطفل اذا بلغ ، لكن فيه ما عرفت من ان علم الولي بمنزلة علم الزوج كما في سائر المعاملات، ولذا قال السيد ابن العم: ان الاوجه الثاني، كما اختاره المستمسك أيضاً، وان شئت قلت ان العقد له خيار واحد، وذلك الخيار يسقط بالعلم، والمفروض وجود العلم في المقام .

نعم اذا وكل الولي نفس الطفل باجراء العقد ، وكان العالم الطفل لا الولي لم يسقط الخيار ، بل للمولى أن يأخذ به ، كما ان للطفل اذا بلغ أن يأخذ به اذ لم يعلم الولي اذ علم الصبي كلا علم لحيولة الصغر دون كون علمه مثل علم الكبير (بل ربما يحتمل) كما في الجواهر (ثبوت الخيار للمولى أيضاً من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق) فانه نائب عن المولى عليه ، و المفروض ان علم الولي لم يسقطه .

لكن فيه ما عرفت من ان الولي بمنزلة المولى عليه، فعلمه بمنزلة علمه، فاذا

وهل له اسقاطه أم لا ؟ مشكل الآن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك
وأما اذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به الا بعد العقد ، فان كان
من العيوب المجوزة للفسخ فلا اشكال في ثبوت الخيار له وللمولى
عليه ان لم يفسخ

أقدم عالماً لم يكن خيار في المين أصلاً حتى يأخذ الولي به نيابة ، أو يأخذ
به نفس الطفل اذا كبر ، أو يأخذ به ولي آخر اذا كان له وليان كالأب والجد ، أو
كالوكيلين في كافة معاملات الموكل فاشترى احدهما شيئاً بالغبن - لمصلحة -
فانه لا يحق للوكيل الاخر الاخذ بالخيار ، الى غير ذلك من الامثلة فتأمل .

(و) اذا ثبت الخيار للولي نيابة عن الطفل - (هل له اسقاطه) لانه ولي (ام لا)
لانه تضييع للحق ، ولا يحق للولي تضييع حق الطفل (مشكل الآن يكون هناك)
في الاسقاط (مصلحة ملزمة لذلك) فله اسقاطه لانه جعل ولياً لمراعاة مصالح
الطفل .

(وأما اذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به الا بعد العقد ، فان كان من
العيوب المجوزة للفسخ فلا اشكال في ثبوت الخيار له) قبل البلوغ ، أما بعد
البلوغ فالخيار للمولى عليه ، وانما كان لهما الخيار ، أما الولي فلانه نائب فله
ما للمنوب عنه وأما بعد البلوغ فقد سقطت ولايته ، فيشمل الطفل الذي بلغ دليل
الخيار ولذا قال : (وللمولى عليه ان لم يفسخ) أما اذا فسخ الولي فلا حق
للمولى عليه ان يرد فسخه اذا بلغ ، اذ فسخه صحيح والعقد المفسوخ لا يرجع
كما هو واضح .

ثم ان بعض الفقهاء أشكل في صحة أصل العقد لاشتراط العقد بأن لا يكون
مفسدة ، و العقد على المعيب مفسدة ، لان كونه مفسدة أولاً تابع للواقع لا

وللمولى عليه فقط اذا لم يعلم به الولي الى أن بلغ أو أفاق وان
كان من العيوب الاخر

للعلم .

وفيه أولاً : ليس كل عقد على المعيب مفسدة اذ يمكن أن لا يكون مفسدة
ومع ذلك له الخيار لادلة الخيار ، كما هو كذلك في باب المعاملات .
وثانياً : لانسلم ان المصلحة والمفسدة تابعتان للمواقع ، بل للاعتبار العرفي
فان العرف حيث لا يعلم الغيب يجعل المناط علمه وعدم علمه ، ولذا لو اشترى
داراً للطفل بمائة وبعد يوم تنزلت الدور لحرب وقعت مثلاً لا يقال : ان البيع كان
مفسدة ، مع انه في الواقع مفسدة ، لان الدار التي تنزل بعد يوم شرائها مفسدة
لمال الطفل .

وكذا اذا زوجه بنتاً فماتت بعد اسبوع فانه ليس مفسدة وان كان بحيث
الواقع مفسدة ، الى غيرها من الامثلة .

قال سبحانه : «و لو كنت اعلم الغيب لاستكثرت من الخير و ما مسنى
السوء» .

(وللمولى عليه فقط اذا لم يعلم به الولي الى أن بلغ أو أفاق) كما انه
يكون للمحاكم اذا كان الولي غائباً ، اذ المحاكم ولي من لا ولي له .
(و ان كان من العيوب الاخر) فان كانت مفسدة كان النكاح فضولياً ، اذ
لا ولاية مع المفسدة ، فاذا بلغ الطفل أو أفاق المجنون واختار الاجازة صح
والابطل ، وان لم تكون مفسدة كان النكاح صحيحاً ، ولا خياراً للولي ولللمولى
عليه ، هذا هو مقتضى القاعدة .

فلا خيار للولي وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان أو جههما ذلك
لانه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج بل يمكن أن يقال
العقد فضولي حينئذ لأنه صحيح وله الخيار.

أما ما ذكره المصنف بقوله : (فلا خيار للولي ، وفي ثبوته للمولى عليه و
عدمه وجهان أو جههما ذلك) فيرد عليه :

أولاً : انه اذا كان للمولى عليه الخيار كما هو مقتضى قوله : «أو جههما ذلك»
كان للولي الخيار لانه نائب عنه .

وثانياً : ان وجود الخيار للمولى عليه مع كون النكاح مصلحة [أي عدم
المفسدة] لوجه له ، وان لم يكن النكاح مصلحة لا يصح ، فلا خيار أيضاً .

ولذا قال المستمسك : اذا زوج الولي بمن فيه العيب الموجب للمنقصة
بطل العقد من دون فرق بين العالم والجاهل والعيب الموجب للخيار وغيره ،
وانه اذا كان الولي قد لاحظ مصلحة يتدارك بها النقص صح العقد والخيار للمولى
عليه ، كما هو ظاهر المسالك والجواهر - انتهى .

ولذا قال السيدان ابن العم ، والبروجردي : الوجه العدم [عدم الخيار
للمولى عليه] بعد فرض كون العقد صحيحاً .

ومن ذلك تعرف ، ان علة المصنف تصح للبطلان لا للخيار ، قال : (لانه
يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج) .

نعم ، يتم قوله : (بل يمكن أن يقال : العقد فضولي حينئذ لا أنه صحيح
وله الخيار) واذا كان العقد فضولياً لم يصح للولي اجازته ، لانه اذا صححت
الاجازة لوجود مصلحة ، كان نفس العقد صحيحاً ، لانه فضولي تجوز اجازته
نعم ، يمكن أن يتصور فيما اذا انقلب الفساد صلاحاً بعد مدة مثلا ، فانه

مسألة - ١١ - مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى .

مسألة - ١٢ - للموصى أن يزوج المجنون المحتاج الى الزواج بل الصغير أيضاً .

تصح اجازة الولى لانه قائم مقام الطفل .

(مسألة - ١١ - مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى) لا ينبغي الاشكال في ذلك ، فان المملوك وأمواله التي منها مملوكه تحت سلطة المولى ، وحيث انه لا يقدر على شيء ، والمولى هو الذي يقدر على التصرف فيه وفي أمواله ، كان له التصرف في زواج مملوكه ، والادلة المطلقة الشاملة لذلك مذكورة في بابه .

(مسألة - ١٢ - للموصى أن يزوج المجنون المحتاج الى الزواج) كما ذهب اليه غير واحد ، سواء بلغ فاسد العقل أم لا ؟ خلافاً لمن ذهب الى ان جواز التزويج خاص بمن بلغ فاسد العقل .

(بل الصغير أيضاً) كما ذكره غير واحد ، خلافاً لمن لم يجعل له ولاية على زواج الصغير ، ولنقدم الكلام في تزويج الوصى للصغير ، فنقول : يدل على صحة تزويج الوصى له قوله سبحانه : «و يسئلونك عن اليتامى ؟ قل : اصلاح لهم خير» فان التزويج اصلاح لهم .

وقوله : «فمن خاف من موص جنفاً أو اثم ، فلا اثم عليه» . فان تزويج صغير الميت ليس جنفاً ولا اثمًا ، بل وقوله سبحانه : «ولانقربوا مال اليتيم الا بالتى هي أحسن» حيث انه اذا جاز التقرب الى ماله بالتى هي احسن جاز زواجه بالفحوى ، كما يدل عليه صحيح ابن سنان: الذي بيده عقدة النكاح ولى امرها

وهو مطلق شامل للموصى ، واشكل على الكل .

اما الاول : فبان الكلام فى التقدير على هذا الاصلاح .

واما الثانى : فلانه من الجنف ، اذ لافرق بين الايصاء بتزويج صغيره ، وبين

الايصاء بتزويج غيره .

واما الثالث : فلانه لا فحوى .

واما الرابع : فلا جمال الولى ولكن يرد على الاول : انه اذا تحقق موضوع

الاصلاح ، كانت الاية دالة على القدرة عليه الا اذا دل دليل على عدم القدرة

كما دل الدليل بالنسبة الى غير الولى كالاجنبى .

وعلى الثانى : انه ليس جنفاً ، اذ فرق بين الايصاء بالنسبة الى صغيره الذى

اعطاه الشارع ولاية امره ، وبين من لم يعطه الله ولاية امره .

و على الثالث : انه لما كان فساد النفس اسوء من فساد المال ، كان

التصرف فى النفس بحفظه عن الفساد بطريق اولى ، فتأمل .

وعلى الرابع : ان ولي الامر هو الولي العرفي ، الاما خرج بالدليل ، وليس

الولي الوصي مما خرج .

وعلى هذا ، فلا ينبغي الاشكال فى ولاية الوصي ، ولذا سكت على المتن

جملة من المعلقين كالسيدى بن العم والبروجردى .

ثم انه قد استدل على عدم الولاية للموصى على تزويج الصغير بجملة من

الادلة كالاصل ، وكجملة من الروايات :

مثل صحيح أيوب ، عن محمد بن سوقة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام

[الى ان قال فى تفسير : فمن خاف من موص جنفاً] يعنى الموصى اليه ان خاف

جنفاً من الموصى ، فيما أوصى به اليه مما لايرضى الله عن ذكره من خلاف

الحق فلاثم عليه ، بتقريب ان الوصية بزواج ولده جنف وهو العدوان ، كما

ان الوصية بزواج أخيه وابن أخيه جنف .

ومثل صحيح أبي بصير، ومحمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الذي بيده عقدة النكاح؟ قال: هو الأب والابن والرجل يوصي اليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز . بتقريب ان ذكر الاخ دليل على ارادة كون الوصي وكيلا في زواج الكبيرة . وصحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام : في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال : اذا كان أبوهما اللذان زواجهما فنعم . فان مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب .

وصحيح ابن بزيع، سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه، ثم مات أب الابن المزوج فلما ان مات، قال الآخر: أخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية أي الزوجين أحب اليك الأول أو الآخر؟ قالت الآخر: ثم ان الاخ الثاني مات وللأخ الأول ابن أكبر من ابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري أيهما أحب اليك الزوج الأول أو الزوج الآخر؟ فقال عليه السلام: الرواية فيها انها للزوج الأخير، وذلك انها قد كانت ادركت حين زوجها، وليس لها أن تنقض ماعقدته بعد ادراكها . بتقريب انه اذا لم يكن عقد الوصي باطلا لم يكن لها اختيار الزوج الثاني، ويرد على الكل :

أما الاصل : فلما مجال له بعد وجود الدليل .

وأما صحيحه أيوب: فلان العرف لا يشك في ان الوصية لزواج ولده الصغير ليس جنفاً .

وأما صحيح الفاضلين : فلان ذكر الاخ لا يوجب صرف غيره عن ظاهره بل لا بد ان يحمل الاخ على ما اذا كان وكيلا عن الكبيرة، أو عن الأب ، وهذا

أرجح لوجود جملة من الروايات الدالة على ولاية الاخ .

مثل المروى عن الرضا عليه السلام قال : الاخ الاكبر بمنزلة الاب .

ومثل المروى عن الصادق عليه السلام فى حديث الدعائم قال : اذا غاب

الاب فانكح الاخ فهو جائز . . الى غيرها .

وأما صحيح ابن مسلم : فلان الوصى قائم مقام الاب، فهو امتداد له، كما

ان الجد والحاكم كذلك ، ولذا لا يمكن الاستدلال به لعدم ولايتهما .

وأما صحيح ابن بزيع : فهو يؤيد ما تقدم منا من اختيار الصغير اذا كبر فى

فسخ النكاح فهى حين ادراكها لم ترض بالزواج الاول ورضيت بالثانى، ولذا

كان ذلك منها رداً للزواج الاول، ويؤيد ذلك قوله عليه السلام: وليس لها أن

تنقض ماعقدته بعد ادراكها، فان المفهوم منه ان لها ان تنقض ماعقد لها قبل ادراكها

اذا عرفت الكلام فى الصغير نقول: حيث تقدم ان للاب ان يزوج ولده المجنون

سواء كان جنونه متصلاً بالصغر ام لا ؟ فللوصى ذلك ، حيث ان الوصى قائم

مقام الاب .

أما التفصيل بين المجنون المتصل جنونه بحالة الصغير فيجوز للوصى زواجه

دون ما اذا كان الجنون منفصلاً، فدليله الاستصحاب فى الاول، المفقود فى الثانى

أو دليله ان الاب لا يحق له التزويج فى الجنون المنفصل فكيف بالوصى ؟

وفيه أولاً : انه لا مجال للاستصحاب بعد تبدل الموضوع عرفاً .

وثانياً : ان الاب يحق له التزويج فى كلا الجنونين كما عرفت .

ثم ان قول المصنف : [المحتاج الى الزواج] لا بد وان يراد به ما لم يكن

الزواج مفسدة ، اذ قد عرفت سابقاً انه لا يشترط فى نكاح الولي المصلحة ،

فاذا لم يكن الزواج مفسدة شمله دليل استحباب الزواج ، فلاحاجة الى قيد

الاحتياج .

لكن بشرط نص الموصى عليه سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الاب أو من قبل الجد لكن بشرط عدم وجود الاخر والا فالامر اليه .

مسألة - ١٣ - للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له من الاب

والجد والوصى

كما ان قول المصنف : (لكن بشرط نص الموصى عليه) محل اشكال، اذ الوصاية المطلقة على أمواله وأولاده ، أو على أولاده فقط ، أو على ولده فلان كاف في الشمول، ولذا ذهب غير واحد الى الولاية للموصى مطلقاً ، وقد عرفت شمول الادلة له .

(سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق) نعم اذا عين احدهما لا يحق للموصى المخالفة ، الا اذا علم ان الوصاية على سبيل تعدد المطلوب وكان في المعين مفسدة وكذا فيما اذا عين الموصى سائر الخصوصيات .

(ولا فرق) في الوصي (بين أن يكون وصياً من قبل الاب، أو من قبل الجد) لاطلاق الادلة المتقدمة، بضميمة ان الوصي قائم مقام الموصى في كل ماله .

أما قوله: (لكن بشرط عدم وجود الاخر، والا فالامر اليه) فبحاجة الى التأمل اذ اطلاق أدلة الوصية، واطلاق أدلة ولاية الاب والجد ، يجعل الوصي بمنزلة الوكيل، فما كان لهما ينتقل مع الوصية الى الوصى ، كما ينتقل الى الوكيل، واحتمال عدم الاطلاق في أحد الامرين للانصراف ونحوه ، لاوجه له بعد ان الانصراف بدوي لو سلم ذلك .

(مسألة - ١٣ - للحاكم الشرعى) ووكيله العام أو الخاص (تزويج من

لاولى له من الاب والجد والوصى) وكذلك لهم تزويج المجنون الذي لاولى

بشرط الحاجة اليه أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة .

له ، وذلك للاطلاقات الدالة على ولاية الحاكم، مثل قوله عليه السلام : انى قد جعلته عليكم قاضياً. والنبوي المجبور بالشهرة المحققة السلطان ولى من لاولى له وغيرهما . والاشكال على ذلك بمفهوم صحيح ابن مسلم فى الصبى يتزوج الصبية يتوارثان، وغيره مما تقدم، قد عرفت الجواب عنه .

وعليه فمانسب الى المشهور من انه ليس للمحاكم ولاية النكاح على الصبى غير ظاهر الوجه ، كما انه لم يظهر وجه معتد به بين تفصيلهم بين الصبى وبين المجنون، وبين المجنون المتصل جنونه بالصغر، وبين غيره، اذ الادلة الدالة على الولاية شاملة للكل .

ومنه يعرف ان قول المصنف : (بشرط الحاجة اليه أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة) قيد مستدرک ، بل المعتبر ان لا يكون مفسدة ، كما تقدم وجهه فى تزويج الاب والجد للصغير، وان كان ربما يستدل لهذا الشرط بأمر :
الاول : ان القدر المتيقن من النبوي والقدر المسلم من القاضى فى رواية أبى خديجة صورة لزوم الزواج والحاجة اليه .

الثانى : ان ولاية الحاكم من باب الحسبة التى مرجعها الى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرف فى الجملة ، وبدون الضرورة لاعلم بذلك .

الثالث : الاصل ، الا انك خبير بعدم وفاء أي من الامور المذكورة لمنع الاطلاق ، اذ لا اجمال فى النبوى ورواية أبى خديجة ، حتى يرجع الى القدر المتيقن ، وولاية الحاكم من باب الادلة لامن باب الحسبة بالاضافة الى انه بعد تسليم كونها من باب الحسبة لا يمنع ولايته على الزواج اذا لم تكن مفسدة لانه عمل خير ندب اليه الشارع، ومثله يعدحسبة ، أما الاصل فهو اصيل، حيث لا دليل .

مسألة -- ١٤ -- يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها

أو جدها وان لم يكونا فتوكل أخاها وان تعدد اختارت الاكبر .

(مسألة - ١٤ - يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدها) اذا

كان احدهما فقط موجوداً والى الاستأذن كليهما واستحباب استئذانهما هو الذي أفتى به غير واحد ويدل عليه الاخبار المتقدمة فى استئذانهما بعد حملها على الاستحباب لما تقدم من استقلالها مطلقاً، وفى الجملة فى الولاية على نفسها ، بل لا يبعد استحباب استئذان الام لما فى بعض الروايات من كلمة : [الابوين] مثل رواية ابراهيم بن ميمون ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : اذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع ابويها أمر - الحديث .

ومثله غيره ، كما لا يبعد استحباب استئذان من يصدق عليه انه أهلن، لقوله سبحانه : « فانكحوهن باذن اهلن » فان الآية وان وردت فى المملوكات، الا ان [اهلن] أعم من المالك ، ومنه يمكن استفادة المناط بالاضافة الى انه نوع أدب واحترام .

(وان لم يكونا) الاب والجد (فتوكل أخاها) استحباباً كما ذكره غير واحد لما تقدم فى بعض الروايات من ذكر الاخ فى عداد الاب والوصى المحمول على الاستحباب كما تقدم .

(وان تعدد) الاخ فالأفضل استئذان كلهم ، ولو اختلفوا (اختارت الاكبر) لما تقدم فى روايتين انه بمنزلة الاب ، ولخبر الوليد ببيع الاسقاط قال : سأل أبو عبد الله عليه السلام - وانا عنده - عن جارية كان لها أخوان زوجها الاكبر بالكوفة ، وزوجها الاصغر بأرض اخرى ؟ قال عليه السلام : الاول بها أولى ، الا ان يكون الاخر قد دخل بها فهى امرأته ونكاحه جائز . فان ظاهره انه كان

مسألة - ١٥ - ورد في الاخبار ان اذن البكر سكوتها عند العرض عليها، وأفتى به العلماء

النكاحان فضولياً ، فالأفضل لها ان تمضي عقد الاكبر، الا اذا امضت عقد الاصغر فلا مجال .

ثم انه ان اختلف خيار الاب وخيار الابن فالأفضل ان يتزوج ما يختاره هو لاما يختاره أبوه .

فعن ابن أبي يعفور قال : قلت له : اني أريد أن أتزوج امرأة، وان ابواي أراد ان يزوجاني غيرها؟ فقال عليه السلام: تزوج التي هويت، ودع التي يهوى أبواك ومثله غيره .

(مسألة - ١٥ - ورد في الاخبار أن اذن البكر سكوتها عند العرض عليها وأفتى به العلماء) بل هو المشهور بينهم، ولم ينقل الخلاف الا من ابن ادريس ، بناءً على أصله من عدم العمل بالاخبار الاحاد ، ومن المبسوط حيث احتاط باستنطاقها ، ويدل على المشهور :

صحيح البيهقي قال : قال أبو الحسن عليه السلام، في المرأة البكر اذنها سكوتها والشيب أمرها اليها .

وصحيح داود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل يريد أن يزوج أخته؟ قال عليه السلام : يؤامرها فان سكنت فهو اقرارها، وان أبت لم يزوجها . ونحوه صحيح الحلبي .

وخبر الضحاك بن مزاحم قال : سمعت علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : [وذكر حديث تزويج فاطمة عليها السلام وانه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم] الى أن قال : فقاله صلى الله عليه وآله وسلم وهو يقول :

لكنهما محمولة على ما اذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك.

الله اكبر سكوتها اقرارها .

وفي رواية البحار، عن أمير المؤمنين عليه السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا أتته كريمة قوم لاولى لها ، وقد خطبت يأمر أن يقال لها : أنت راضية بالبعل، فان استحت وسكتت جعلت اذنها صممتها، وأمر بتزويجها وان قالت : لا، لم يكره على ما تختاره.

وفي رواية دعائم الاسلام عن علي عليه السلام انه قال : لا ينكح أحدكم ابنته حتى يستأمرها في نفسها فهي أعلم بنفسها فان سكتت أو بكت أو ضحكت فقد أذنت وان أبت لم يزوجها . الى غيرها.

(لكنها محمولة على ما اذا ظهر رضاها) عرفاً (وكان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك) وانما نحمل هذا الحمل لانه المنصرف من الاطلاق، ولو بقرينة نسبة السكوت الى البكر فانها هي التي تستحي عن النطق بالقبول.

اما الشيب فلا تستحيي، ولذا لا يكون سكوتها دليلاً على الرضا ، كما ان البكر اذا لم ترد فانها لا تستحيي ان ترفض، وعليه فالمعيار ظهور السكوت عرفاً في الرضا، ولا اعتبار بالظن الخاص برضاها، ولا بالظن الخاص بعدم رضاها بل هو مثل ظواهر الالفاظ حيث ان استفادة العرف كافية في الدلالة ولم يحتج الى الظن بالوفاق ولا الظن بالخلاف .

ويؤيد ذلك ظهور سكوت فاطمة عليها السلام، حيث ان في بعض الروايات انها قالت عليها السلام: رضيت بعلي عليه السلام ولكن المهر قليل. والظاهر ان قولها: المهر قليل انما كان لظهار النبي صلى الله عليه وآله وسلم فضلها في جعل

المهور المذكورة كالميساه الخمسة وغيرها مهراً لها مما يبين عظمتها الموجبة لالتفاف الناس حولها وجعلها أسوة لتصلح دنياهم وآخرتهم .
والظاهر ان مراد الجواهر من تقسيم الامر الى ست صور، وحكمه بالكفاية في صور القطع بالرضا، والسكوت المقرون بقرائن ، ولو ظنية والسكوت من حيث كونه سكوت بكر وان لم تكن ثمة قرائن خارجية، الخ. هو ما ذكرناه.
وعليه فلا يرد عليه اشكال المستمسك في الصورة الثالثة .

وكيف كان فحيث ان المعيار هو الظهور العرفي، فاذا ظهر من شيء آخر كالبراء والضحك كما في رواية الدعائم، أو من شخص آخر، كما في الثيب الكثيرة الحياء والزوج الحبيبي كان الحكم ما ذكر أيضاً، اذ لاموضوعية للبكر وانما النص والفتوى فيها جرت على وفق القاعدة .

ثم انها اذا سكنت سكوتاً ظاهراً في الرضا فزوجت، ثم قالت: لم أكن راضياً فهل يسمع كلامها لان ذلك مما لا يعرف الا من قبلها؟ والقول ابلغ دلالة من الفعل، أو قالت: لم أسمع الكلام لطريان صمم في أذني أو لذهول أو ما أشبه ذلك أولاً يسمع لاصالة الصحة التي لا يرفعها الاقرار بعد العقد:

ولذا اذا قالت: لم أكن راضية حين العقد، وانما الخجل أو الخوف أورت القبول اللفظي لم يسمع؟ احتمالان، وان كان الثاني أقرب لقوله عليه السلام ضع أمر أخيك على أحسنه والسكوت في مثل المقام أمر، فهو مثل ان يستأذن انساناً في التصرف في ماله فيسكت فيما سكوته دليل عرفي، ثم بعد التصرف يطالبه المالك بالاجرة او البذل، فانه لاحق له بعد ان كان سكوته دليلاً عرفياً، لكن المسألة بحاجة الى التأمل.

اما سائر مظاهرات الرضا غير السكوت، كما اذا اعتيد عند قوم، ككون وضع اليد على الرأس - مثلاً - دليلاً على الرضا، فالظاهر ان فيه خاصية السكوت

مسألة - ١٦ - يشترط في ولاية الاولياء المذكورين البلوغ والعقل والحرية والاسلام اذا كان المولى عليه مسلماً فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة بل الولاية حينئذ لوليها وكذا مع فساد عقلهما بجنون أو اغماء أو نحوه

لان المعيار المظهر وقد ظهر.

نعم لا يبعد كفاية العلم برضاها ، ولو من دون اي مظهر، كما اذا قالت قبل خطبة الرجل لها: يا ليت فلاناً خطبني، وعلمنا بأنها لم ترجع عن تمنيتها، الى غير ذلك فتأمل .

(مسألة - ١٦ - يشترط في ولاية الاولياء المذكورين) الاب والجد والموصي اما الحاكم فاشترط الامور المذكورة فيه واضح لا يحتاج الى الذكر (البلوغ و) الرشد، اذ غير الرشيد لا ولاية له لنفسه، لقوله سبحانه: «فان آنتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» فيكف تكون له الولاية لغيره (والعقل والحرية والاسلام اذا كان المولى عليه مسلماً فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد او امة) بلا اشكال ولاخلاف بل اجماعاً كما في المستمسك . وكذا لا ولاية لهما اذا كانا وصياً على اولاد الموصي (بل الولاية حينئذ لوليها) كما في سائر اموالهما (وكذا مع فساد عقلهما بجنون او اغماء او نحوه) كان مراد المصنف ان هذا سبب آخر لعدم ولاية الصغير والصغيرة .

ولعل معظم المعلقين الساكتين على هذا فهموا ما احتملناه ، والا كان اللزوم صحة مقالة المستمسك حيث قال: الظاهر ان هذه العبارة زائدة وقعت سهواً ، فان الجنون مانع من الولاية في مقابل الصغر ، يعني يكون مانعاً

وكذا لولاية للاب والجد مع جنونهما ونحوه وان جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر وكذا لولاية للمملوك ولو مبعضاً على ولده حراً كان أو عبداً ، بل الولاية في الاول للمحاكم

في الكبير لا في الصغير - انتهى.

وكيف كان فجنون الوصي واغمائه مانع عن ولايته كما لا يخفى (وكذا لولاية للاب والجد مع جنونهما ونحوه) بلا اشكال ولا خلاف في الجنون، اما الاغماء فهو كالنوم كما تقدم الكلام منا في ذلك في [كتاب التقليد] فراجع. نعم يظهر من بعض الفقهاء وجود الاجماع على سلب ولاية المغمى عليه، وهو محل مناقشة صغرى وكبرى.

(وان جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر) لا ينبغي الاشكال في ذلك لاطلاق أدلة الولاية، وحتى اذا قيل بعدم ولاية الجد مع موت الاب لانه قياس لانقول به، ولو أوصى وجن لم يكن له ولا الوصيه الولاية، فاذا مات حصلت الولاية لوصيه بموته لاطلاق دليل الولاية للموصي.

(وكذا لولاية للمملوك ولو مبعضاً) لا ينبغي الاشكال في ذلك، بل في الجواهر عدم الخلاف والاشكال في ذلك، وان اشكل في الاول المختلف لان العبد بالغ رشيد فأشبهه الحر. وفي الثاني: المستمسك، لان دليل نفى قدرة العبد على شيء لا يشمل المبعوض، وفي كليهما ما لا يخفى فان قوله سبحانه: «لا يقدر على شيء» يشمل الولاية، كما ان بعض العبودية يمنع الولاية، فان النتيجة تابعة لاختصاص المقدمتين مما يسبب انصراف أدلة الولاية عن المبعوض (على ولده) أباً كان العبد أو جداً (حراً كان) الولد (أو عبداً، بل الولاية في الاول) الولد الحر (المحاكم) لانه ولي من لاولى له - كما تقدم - .

وفى الثانى لمولاه وكذا لا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم

(وفى الثانى) الولد العبد (لمولاه) لان العبد وماله لمولاه ، لكن اذا كان ولد العبد عبداً لغير مولى العبد، كان اللازم ان تكون ولايته لمولى نفس الولد لا للمولى الاب كما هو واضح، ولعل المصنف لا يريد الاطلاق، والا كان اشكاله واضحاً.

(وكذا لا ولاية للاب الكافر) والجد الكافر (على ولده المسلم) وحفيده المسلم بلاخلاف ولاشكال، بل ادعى الاجماع عليه المسالك وكشف اللثام والحدائق والجواهر لقوله : «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً».

وقوله سبحانه: «والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الاسلام يعلو ولا يعلى عليه.

واشكل على الاول: بأن قوله سبحانه: قبلها «فالله يحكم بينهم يوم القيامة» ووجود حرف الاستقبال فيها يكون الظاهر منها جعل التكوينى فيما يتعلق بأمر الاخرة لا لاجل التشريعى لتكون مما نحن فيه، مضافاً الى امكان انصراف السبيل عليه مما كان لمصلحة المسلم وخدمته.

وعلى الثانى: بأن الاية ظاهرة فى الولاية من الطرفين فتعم الكبير والصغير فلا دلالة فى عدم ولاية الكافر الكبير على المؤمن الصغير، وانما تدل على معنى آخر ، وهو كونهم متعاونين بعضهم لبعض ، مثل قوله سبحانه: «والذين كفروا بعضهم اولياء بعض» .

و على الثالث : بأن المراد منه الظهور فهو نظير قوله سبحانه : « ليظهره على الدين كله » ويمكن رد الاول : بأن [لن] لا ترتبط بما قبلها ، بل هى جملة مستقلة تشمل ما قبلها وغيرها اي الدنيا والاخرة، كما تشمل التكوين والتشريع

فتكون للجد اذا كان مسلماً وللحاكم اذا كان كافراً أيضاً والاقوى
ثبوت ولايته

اي في الحججة وفي الاخرة، الا ما خرج اي الغلبة الظاهرية في بعض الحروب
مثلا، ومن المعلوم انه لا يراد به [الاستقبال] بل بيان طبيعة الاسلام وطبيعة الكفر
فالاية من قبيل : «ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء» و«لن تراني» حيث ان
المراد عدم الاستطاعة وعدم الروية مطلقاً لافى المستقبل فقط.

ورد الثاني : بأن الايتين ظاهرتان في عدم الولاية بين المسلم والكافر ،
وانما كل طائفة ولايتهم بين أنفسهم ، والولاية المثبتة [كالولاية المنفية بالمفهوم]
تشمل ولاية الكبير على الصغير .

ومنه يعلم ، رد الثالث : اذ المعنى ان طبيعة الاسلام العلو ، والولاية من
الكافر قسم من العلو على المسلم فهو منفي ، وعلى هذا فليس العمدة في المسألة
الاجماع كما قيل .

(فتكون للجد اذا كان مسلماً) كما نص عليه الشرائع وغيره ، وذلك لاطلاق
ولايته . ثم انه اذا كان الاب والجد كافرين ثم أسلما فلا اشكال في تجدد
ولايتهما .

أما اذا كانا مسلمين ثم كفرا ، ثم ارتدوا مسلمين فبعد انقطاع ولايتهما هل ترجع
الولاية مطلقاً لتحقق الموضوع اولاً وترجع مطلقاً للاستصحاب ؟ أو يفصل بين
الملي فترجع والفطري فلا ترجع؟ احتمالات ، والاقرب الاول ووجوب القتل في
الفطري حد ، فلا يلزم منه عدم رجوع أحكام الاسلام اليه ، وقد ذكرنا تفصيل
هذه المسألة في [كتاب الطهارة] وغيره فراجع .

(وللحاكم اذا كان كافراً أيضاً) لاطلاق ولاية الحاكم (والاقوى ثبوت ولايته

على ولده الكافر ولا يصح تزويج الولي في حال احرامه سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل ، نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليقع العقد بعد الاحلال .

على ولده الكافر) كما عن القواعد وغيره لاطلاق أدلة الولاية بعد ان كان الكافر مكلفاً بالفروع كتكليفه بالاصول ، قال سبحانه : « وان أحكم بينهم بما اراك الله » خلافاً لظاهر الشرائع ، حيث قال : و اذا كان الولي كافراً فلا ولاية له ، فان اطلاقه يشمل ولاية الكافر على ولده الكافر ، اللهم الا ان يقال : بانصراف كلامه الى ولايته على المسلم ، وقد عرفت صحة التمسك لولايته بقوله : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ولذا استدل به الجواهر لقول الشرائع ، أما ما عن المبسوط من ان ولي الكافر لا يكون الا كافراً ، فلو كان له وليان مسلم وكافر فالولاية للكافر فكأنه لقاعدة الالتزام ، وانهم يقررون على دينهم وهو كلام حسن ، فلا وجه لاستغراب المستمسك منه ، وبضميمة ما ذكرناه يمكن الاستدلال له بقوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » .

(ولا يصح تزويج الولي) للمولى عليه (في حال احرامه) بلا اشكال ولا خلاف

بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه .

وفي صحيح ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس للمحرم ان يتزوج ولا يزوج ، وان تزوج أو زوج محلا فتزويجه باطل ، ولا فرق بين احرام الحج والعمرة الواجب والمندوب الاصيلي أو النيابي أو غيرهما ، لكن ذلك ما دام لم تحل له النساء ، والاصح تزويجه للغير كما يصح تزويجه لنفسه .

(سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل ، نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام

ليوقع العقد بعد الاحلال) وحيث تقدم الكلام حول ذلك في [كتاب الحج]

مسألة - ١٧ - يجب على الوكيل في التزويج ان لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات

فلا اداعي الى تكراره ، وكما لا يصح عقد المحرم للمحل بالولاية ، كذلك لا يصح عقد المحل للمحرم المولى عليه ، أما اذن المولى عليه المحرم كالابكر لا يبيها في حال احرامها ، أو احرامه ليعقد بها بعد الاحرام فلا اشكال فيه ، لان الاذن أخذاً وعطاءً ليس عقداً ، وللمسألة فروع كثيرة مذكورة في باب الحج .

(مسألة - ١٧ - يجب على الوكيل في التزويج ان لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات) بلا اشكال ولا خلاف وذلك لانه ليس وكيلاً في غير ما عين ، الا اذا كان وكيلاً على نحو تعدد المطلوب ويدل على أصل المسألة بالاضافة الى ما عرفت من انه مقتضى القاعدة ، صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في امرأة ولت أمرها رجلاً فقالت : زوجني فلاناً ، فقال : لا زوجك حتى تشهد لي ان امرك بيدي ، فاشهدت له فقال عند التزويج للذي يخطبها يا فلان عليك كذا و كذا ، قال : نعم ، فقال هو للقوم اشهدوا ان ذلك لها عندي وقد زوجتها نفسي ، فقالت المرأة : لا ولا كرامة ، وما امرى الا بيدي وما وليتكم امري الاحياء من الكلام ؟ قال عليه السلام : تنزع منه ويوجع رأسه . والظاهر ان المراد ان الرجل احتال في اخذ الوكالة المطلقة ، وكان يعلم ان المرأة غير راضية بالرجل الذي عينته ، والافان كانت الوكالة مطلقة ثم ادعت خصوص الوكيل لم يكن له ذلك لاصالة صحة العقد .

وعن الدعائم ، عن علي عليه السلام قال : اذا زوج الوكيل على النكاح فهو جائز .

والا كان فضولياً موقوفاً على الاجازة ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل من سائر الجهات ومع التعدي يصير فضولياً ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لايجوز له تزويجها لنفسه للا نصراف عنه ، نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم أو الاطلاق جاز

(والا كان فضولياً موقوفاً على الاجازة) بلا خلاف ولا اشكال ، وقد فصل الكلام في صحة عقد الفضول في [كتاب المكاسب] فلا حاجة الى تفصيل الكلام في ذلك المقام .

(ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل من سائر الجهات) المراد بالمصلحة في مقابل المفسدة ، فانه مع الوكالة يصح مالا مصلحة ولا مفسدة فيه ، لفرض اطلاق الوكالة ، فتشمل مالا مصلحة ولا مفسدة فيه كما تقدم في باب الولاية على الصغير .

(ومع التعدي يصير فضولياً) لعدم الاذن ، نعم، لو وكل بمطلق النكاح ولو كان مفسدة له [مما لنفسه أن يفعل ذلك] يصح حتى مع المفسدة لفرض انه اذن بذلك فمراد المصنف الاطلاق عرفاً .

(ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لايجوز له تزويجها لنفسه) أي ليس بنافذ ، بل يكون فضولياً (للانصراف عنه) لكن ذلك انما يكون اذا كان انصراف عرفاً ، والاجاز .

(نعم ، لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم أو الاطلاق) غير المنصرف ، أو كان في كلامها ما يفيد المنطاط والملاك والتعدد للمطلوب (جاز) والمتحصل انه لا دليل خاص في المقام الاشمول التوكيل لفظاً أو منطاطاً

ومع التصريح فأولى بالجواز ، ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق والجواز مع العموم بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه لرواية عمار

وعدم شموله .

والرواية السابقة كانت فيما لم يكن شمول كما هو واضح ولذا فالمسألة ليست خاصة بما ذكره المصنف ، بل آتية فيما وكل الرجل امرأة ان تزوج له امرأة ، وفيما وكل الأب والجد انساناً ان يزوج لبنتهم أو ولدهم انساناً الى غير ذلك . و لو فهم الوكيل الاطلاق أو المنط ، فانكرت المرأة ذلك ، فالقول قولها ، لان الامر يرجع الى الادعاء فالوكيل مدع و المرأة منكرة فتحلف ، الا اذا أقام الدليل على اطلاق الوكالة ، أو تصريحها بالشمول .

(ومع التصريح) بالعموم كأن قالت : زوجني من رجل نفسك أو غيرك (فأولى بالجواز ، ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق) للانصراف (و الجواز مع العموم) اذ هو يشمل كل رجل الا اذا خصص ، و المفروض انه لاتخصيص في المقام .

(بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه) قال في الشرائع: و لو وكلته في تزويجها منه قيل : لا يصح ، لرواية عمار ، ولانه يلزم ان يكون موجباً قابلاً ، والجواز أشبه .

(لرواية عمار) الساباطى ، قال : سألت ابا الحسن عليه السلام ، عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها ، ايحل لها ان توكل رجلاً يريد ان يتزوجها تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال عليه السلام: لا ، قلت: جعلت فداك ، وان كانت ايما ؟ قال عليه السلام : وان كانت ايماً ،

المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل .

مسألة - ١٨ - الاقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الاجازة

قلت : فان وكلت غيره بتزويجها منه ؟ قال عليه السلام : نعم .

(المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل) كالتيقية، أو عدم صحة اتحاد الموجب والقابل ، كما منع عن ذلك المستند تبعاً لبعض العلماء - كما نسب الايضاح اليه المنع - .

وانما نذهب الى هذه المحامل لانها لا تقاوم الادلة الاولى بعد عدم عمل المشهور بها ، ولعل المنع لاجل الاحتياط في صورة الاختلاف ، أو لاجل التيقية، حيث ان العامة يشترطون الاشهاد ، أو لاجل كراهة أو منع وحدة الموجب والقابل الى غير ذلك من الاحتمالات ، والسادة ابن العم والبروجردى والجمال وبعض آخر وافقوا المتن ، وان كان الظاهر من المستمسك الاشكال ، حيث انه بعد رد قول المسالك الذي رد الرواية بضعف السند ، وقصور الدلالة قال : نعم ، هي مخالفة للقواعد ، لكنها غير قاذحة ضرورة .

أقول : لا يعلم هل ان المستمسك وغيره يمنعون عكس الامر بأن وكلهافي عقد نفسها له للمناط ، أو يقتصرون على موضع النص أخذاً بالقدر المعلوم في موضع مخالفة القاعدة ؟ وهل هم يقولون بالمنع فيما اذازوجها لنفسه بدون التوكيل فضولة ثم اجازت، وكذلك العكس؟ أم يقولون بالجواز؟ وكيف كان فما اختاره المصنف أقوى.

(مسألة - ١٨ - الاقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الاجازة) كما عن

المفيد والعماني والسيد والنهاية والتهذيب والاستبصار والديلمي والقاضي والحلي والحلي والمحقق والعلامة وجميع من تأخر عنهم ، بل هو الأشهر

الظاهر، بل في الناصريات الاجماع عليه مطلقاً، وفي السرائر [في الحر] وعن
 الخلاف [في العبد] - كذا في المستند - وفي الجواهر: من أنكر الفضولي في
 غير النكاح اثبته هنا للاجماع والنصوص - انتهى . وقد ادعي استفاضة الاخبار
 وتواترها في المقام .

ويدل عليه بالاضافة الى قوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » فانه
 بعد الاجازة [عقده] فتشملة الآية على التقريب الذي ذكره الشيخ المرتضى
 [ره] في المكاسب في باب بيع الفضولي مما لا حاجة الى اعادته هنا . جملة من
 الروايات :

كخبر محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، انه سأله عن رجل زوجته
 أمه وهو غائب؟ قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل، وان شاء ترك .

وموثقة البقباق، وفيها: اذا زوج الرجل ابنه فذلك الى ابنه .

وصحيحة الحذاء، وفيها: عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما، وهما

غير مدركين؟ فقال عليه السلام: النكاح جائز، وأيهما ادرك كان له الخيار .

[استدل بهذا بعض] لكن ربما يقال: انه دليل على وجود الخيار، لان العقد

فضولي، اللهم الا أن يقال: ان المراد بالولي غير الاب، بقريته ذيل الرواية حيث

قال: وان ماتا قبل ان يدركا فلاميراث بينهما ولا مهر، الا أن يدركا ورضيا،

الحديث، فانه ظاهر في الفضولي، اذ لو كان العقد صحيحاً وكان لهما الفسخ

فالموت يوجب الميراث والمهر. الى غيرها من الروايات المطلقة أو الظاهرة

في نكاح الحر .

كما انه ورد جملة من الروايات في نكاح العبد، كحسنة زرارة عن الباقر

عليه السلام عن مملوك تزوج بغير اذن سيده؟ فقال: ذلك الى سيده ان شاء

أجاز وان شاء فرق بينهما، فقلت: اصلحك الله ان الحكم بن عيينه وابراهيم

النخعي واصحابهم يقولون : ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازة السيد اليه ؟ فقال ابو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله انما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جائز .

وصحيح معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى ابي عبد الله عليه السلام فقال : انى كنت مملوكاً لقوم ، وانى تزوجت امرأة حرة بغير اذن موالى ، ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين اعتقت ؟ فقال له : اكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟ فقال عليه السلام : نعم ، وسكتوا عنى ولم يغيروا على فقال عليه السلام : سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول .

ورواية زرارة عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء اجاز نكاحهما الى غيرها من الروايات ، خلافاً لاحد قولى الشيخ فى الخلاف والمبسوط فأفسد الفضولى هنا من أصله ، ولفخر المحققين فأفسده فى جميع العقود التى منها النكاح .

واستدل لذلك بالأصل ، وبعض الروايات كرواية ابي العباس البقباق ، قلت لابي عبد الله عليه السلام : الرجل يتزوج بالامة بغير علم أهلها ؟ قال عليه السلام : هو زنا ، ان الله تعالى يقول : « فانكحوهن باذن أهلهن » .

وروايته الاخرى : الرجل يتزوج الامة بغير علم أهلها ؟ قال عليه السلام : هو زنا ، ان الله يقول : « فانكحوهن باذن أهلهن » .

ومفهوم رواية محمد بن مسلم المتقدمة : ان كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخيار اذا ادركا . وفى الكل ما لا يخفى ، اذا اصل أصيل حيث لا دليل .

وامسا الروايتان فيرد عليهما انهما في الامة فيراد بالزواج الوطى ، لانه زنا لامجرد الزواج ، ومن المعلوم ان امة الرجل موضع وطيه فيكون زواجهما بدون اخبار المولى يستلزم الزنا بذات الرجل الذي هو المولى ، ولذا ورد في بعض الروايات جواز التمتع بامة المرأة .

فعن سيف بن عميرة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال : لا بأس بان يتمتع بأمة المرأة بغير اذنها .

وعن داود بن فرقد، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يتزوج بأمة بغير اذن مواليتها؟ فقال عليه السلام: ان كانت لامرأة فنعم، وان كانت لرجل فلا. ومثلهما غيرهما .

هذا بالاضافة الى انهما معارضتان بصحيفة ابن حازم في مملوك تزوج بغير اذن مولاه أعاص لله؟ قال عليه السلام : عاص لمولاه، قلت : حرام هو؟ قال : ما أزعم انه حرام، قل له ان لا يفعل الا باذن مولاه والجمع العرفي بينهما انه عاص لمولاه لان النكاح باطل .

وأما صحيفة محمد ، فاللازم حملة بقرينة روايات الفضولي على ان عدم الجواز اذا لم يكن رضى سابق ولا لاحق فانها مطلقة تقيد بروايات الفضولي . ومما تقدم يظهر ان تخصيص ابن حمزة صحة الفضولي بتسعة مواضع فقط كعقد الاخ والام والعم وتزويج عبد الغير والعبد نفسه بغير اذن سيده وعقد البكر بدون اذن الولي ، وعقد الابوين والجد للصغير ، محل نظر .

وربما يستشكل في صحة الفضولي بصحيفة الحذاء في رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم ، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم؟ قال عليه السلام : خالف أمره ، وعلى المأمور نصف الصداق لاهل المرأة ، ولأعدة عليها ، ولأميراث بينهما . فانها تدل على بطلان النكاح وان

سواء كان فضولياً من أحد الطرفين ، او كليهما كان المعقود له صغيراً
أو كبيراً حراً أو عبداً والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير الولى
والوكيل سواء كان قريباً

قبله الزوج .

وفيه : ان ظاهرها عدم قبول الزوج وبقيه الرواية على القاعدة الانصف
المهر فاللازم تخريج وجه له اورد علمه الى أهله (سواء كان فضولياً من أحد
الطرفين ، أو كليهما كان المعقود له صغيراً أو كبيراً حراً أو عبداً) كل ذلك لاطلاق
النص والفتوى ، كما لافرق بين أن يكون حال العقد له صغيراً أو كبيراً ، فكبير
الصغير فأجاز أو كان حال العقد مجنوناً أو نائماً أو غير ذلك ، اذ لا دليل على شرط
الكمال فى حال العقد ، نعم لو كان حال العقد حملاً فقد تقدم انصراف الأدلة
عنه .

ومنه يعلم انه لو عقد الصغير أو العبد نفسه ثم كبر وتحرر فأجاز صح .
نعم ، يشكل ما اذا وطئها المولى بعد ان عقدت نفسها لانسان فضولا ثم
تحررت ، اذ لا يعقل زوجان لامرأة ، وحيث ان وطئ المولى صحيح فعقدتها
لنفسها باطل ، ولا يشترط في الفضولي ان يجيز من بيده الاجازة حال العقد ،
فاذا عقد على صغير في زمان وجود أبيه فمات فاجازه الحاكم صح العقد لاطلاق
الأدلة .

نعم ، لو رد الاب ، ثم أجاز الحاكم أو الجدل لم يصح كما ذكر في باب
الفضولي من المكاسب (والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير) المالك للعقد
فـ (الولى والوكيل) والوصي و الحاكم و نائبه و عدول المؤمنين عند عدم
الحاكم ونائبه اذا عقدوا لم يكن عقدهم فضولياً (سواء كان) الفضولي (قريباً

كالاخ والعم والخال وغيرهم أو أجنبياً وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير اذن الولي ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل ولا يعتبر في الاجازة الفورية سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به واردة

كالاخ والعم والخال) والولد اذا عقد لابييه أو أمه (وغيرهم) كلام مثلا اذا عقدت لولدها أو لبنتها (أو أجنبياً) ولا فرق في الاجنبي والقريب ان يكون مسلماً أو غير مسلم .

(وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه) والصادر من الولد المميز لنفسه .
لانه قد تقدم ان عبارة الصبي ليست مسلوبة ، اذا كانت هذه العقود (بغير اذن الولي) أصلا او جعلاً .

(ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله) في الولي (او من الموكل) في الوكيل ، أو من المولى والاب في عقد المولى عليه والولد (كما اذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة) فيما لو اشترطنا المصلحة او على نحو المفسدة فيما اذا اشترطنا في صحة عقده عدم المفسدة (او تعدى الوكيل) ونحوه (عما عينه الموكل) ونحوه ، كما اذا قال له : اعقد لي على امرأة بيضاء ، فأخذ له امرأة سمراء . او قال : اعقد يوم الجمعة فعقد له يوم السبت ، الى غيرها من الخصوصيات .

(ولا يعتبر في الاجازة الفورية) لا الدقية ولا العرفية (سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد) بانه عقد او بأن له حق الاجازة والرد (او مع العلم به واردة

التروى أو عدمها أيضاً

التروى) والسؤال عن حسن العقد وعدمه (أو عدمها) أى لا يريد التروى وإنما يؤخر الاجازة والرد اعتباراً (أيضاً) وسيأتي صحيح محمد بن قيس الدال عليه أيضاً .

ثم لا إشكال في أنه إذا كان طرفاً العقد فضوليين كان لكل من الزوجين ان لا يترى ، بل يرد العقد ويترتب على نفسه آثار عدم العقد كان يتزوج الرجل بالرابعة وباخت المعقودة فضولاً ، وكان يتزوج المرأة بمن شئت ، أما إذا كان أحد الطرفين أصيلاً والآخر فضولاً ، كما إذا وكلت المرأة نفسها لان يزوجها الوكيل بزید فضولاً من زيد فاجرى وكيلها العقد بحيث توقف على اجازة زيد فان اختار أورد فوراً عرفياً فلا إشكال ، أما إذا تريت أو لم يمكن إيصاله الخبر مثلاً ليقبل أو يرد ، فهل لها ان يبطل النكاح مطلقاً ، أو اللزم عليها الصبر ، أو يفصل بين صورة ضررها بالصبر فلها الابطال ، وبين صورة عدم ضررها فعليها الصبر ؟ احتمالات :

وجه الاول : ان أدلة الفضولية منصرفه عما إذا استلزم التريت الاكثر من المتعارف .

وجه الثاني : ان حالها حال المعقودة ، و اذا تضررت كان لها ان تراجع الحاكم فيطلقها ولا يمتن باب امساك بمعروف أو تسريح باحسان - ومعنى الطلاق هنا فكها من قيدها ، لا طلاق ذات الزوج - .

وجه الثالث : ان مع الضرر لا تقيد بما أجري لرفع الدليل له ، اما بدون الضرر فاللزم الصبر ، وهذا وان كان أقرب الا ان الاول لا يخلو عن وجه والله سبحانه العالم .

نعم لاتصح الاجازة بعد الرد

(نعم لاتصح الاجازة بعد الرد) على المشهور ، وفي كلام الشيخ الاعظم [ره] دعوى ظهور الاجماع عليه ، بل ادعى المستند الاجماع عليه ، واستدل له بأمور :

الاول : ان الاجازة امر اعتباري واعتبار العقلاء خاص بما اذا لم يسبقها الرد .

الثاني : ان الاجازة بمنزلة القبول ، فكما انه لايصح القبول بعد ان رد الايجاب لاتصح الاجازة اذا رد العقد قبلها .

الثالث : ان سلطنة المالك تقتضى انه لو قطع تأهيل العقد الفضولي ينقطع فاذا رد كان قطعاً للتأهيل فلا عقد بعد الرد حتى تصح اجازته .

واشكل على الكل : بأننا نسلم ان الاجازة امر اعتباري ، لكننا لانسلم ان اعتبار العقلاء خاص بما اذا يسبقها الرد . وباننا لانسلم ان القبول يفسده الرد قبله ، بل اذا قبل نسب العقد الى القابل فيشمله دليل : اوفوا بالعقود . وباننا لانسلم ان الرد يقطع التأهيل ، و يؤيد صحة الاجازة بعد الرد صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الامة ، و حيث انه لخصوصية له يتعدى منه الى كل فضولي .

فقد روي ، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام ، قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام ، في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير ادني ؟ فقال عليه السلام : الحكم ان يأخذ وليدته وابنها ، فنأشده الذي اشتراها فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال

كما لا يجوز الرد بعد الاجازة فمعها يلزم العقد .

مسألة - ١٩ - لايشترط في الاجازة لفظ خاص ، بل تقع بكل

مادل على

له : أرسل ابني قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك ابن الوليدة اجاز بيع ابنه .

و في المستمسك بعد ذكر الدليلين الاوسطين قال : العمدة الاجماع ، و يعضده الاجماع على صحة انشاء الرد بقول : [فسخت] فان ذلك اجماع منهم على انحلال العقد به كانهلال العقد الجائز به ، اذ لولا ذلك لامعنى لانشاء الفسخ به .

و يرد على الاول : انه لا اجماع قطعي في المسألة ، بالاضافة الى قوّة احتمال استناده .

و على الثاني : ان التشبه غير تام ، اذلاشكال في انه اذا رد وبقى على رده لم يكن عقد منسوب حتى يصح [عقدكم] و ذلك بخلاف ما اذ قبل بعد الرد .

وعليه فالمسألة خصوصاً بملاحظة الصحيحه مشكله فلا ينبغي ترك الاحتياط . (كما لايجوز الرد بعد الاجازة) بلا اشكال ولاخلاف ، بل اجماعاً كما

ادعى ، اذ بعد الاجازة تحقق [عقدكم] فاللازم الوفاء به .

(فمعها يلزم العقد) ولو أجاز أحد الوليين ورد الاخر لوحظ المقدم منهما ولو تقارنا فالبطلان أو القرعة ، ولو جهل التاريخ كان من مصاديق مجهولي التاريخ أو مجهول التاريخ .

(مسألة - ١٩ - لايشترط في الاجازة لفظ خاص ، بل تقع بكل مادل على

انشاء الرضا بذلك العقد بل تقع بالفعل الدال عليه.

انشاء الرضا بذلك العقد) لاطلاق الادلة ، فان المعيار صدق [عقد كم] وكل لفظ دال عليها يعطي هذا المفاد ، وكذا في باب الرد يقع بكل لفظ دال عليه لانه يوجب عدم نسبة العقد، فلا يلزم الوفاء به .

(بل تقع بالفعل الدال عليه) كما يقع الرد بذلك، والقول باحتياج الاجازة الى اللفظ كما ذهب اليه جمع لاصالة عدم العقد بدون اللفظ، ولانها كالعقد في الاحتياج الى اللفظ ، ولقولاه عليه السلام : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام والاستقراء في العقود اللازمة حيث ان كلها بحاجة الى اللفظ ، في الكل ما لا يخفى، اذ الاصل لا يقاوم الاطلاق والمعاطات عقد بلا لفظ .

وقد اجاب الشيخ المرتضى [ره] عن الرواية في المكاسب فراجع تفصيله والاستقراء غير مسلم ، بالاضافة الى انه ليس بحجة فعمومات الصحة محكمة خصوصاً مع تأييدها بصحيفة معاوية بن وهب المتقدمة في أدلة صحة الفضولي . ولذا كان المحكى عن العلامة انه لو مكنت الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولا كان اجازة للعقد ، وربما يؤيده ما دل على ان سكوت البكر رضاها فان ذلك اذا صحح [عقد كم] يصححه العمل بعد اجراء العقد فضولا ولو جاءت بفعل دال على الرضا، ثم فسرت بوجه آخر ، كما اذا قيل له: زوجناك لزيد فجاءت الى داره، ثم فسرت مجيئها بانها قصدت زيارة قريب لها هناك قبل قولها لان الفعل لم يكن صريحاً وقصدها لا يعرف الا من قبلها ، نعم لو اظهرت عملا الاجازة كان مكنت نفسها من الزوج فوطئها مثلا ثم قالت : لم اعط الاجازة بل قصدت الزنا مثلا ، لم يقبل لحمل فعل المسلم على الصحيح .

مسألة - ٢٠ - يشترط في المعجيز علمه بأن له ان لا يلتزم بذلك العقد فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضى به لم يكف في الاجازة

(مسألة - ٢٠ - يشترط في المعجيز علمه بان له ان لا يلتزم بذلك العقد فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضى به لم يكف في الاجازة) كما ذكره المستند واستدل له بعدم صدق الاجازة ، وباستصحاب الخيار ، وكان مراده بعدم صدق الاجازة ما ذكره المستمسك من ان مثل هذه الاجازة ليس مما تقتضيه قاعدة السلطنة لانها تقتضي السلطنة على الوجود بعد العدم ، والمفروض ان المعجيز يرى تحقق الوجود بعد العدم فليس في مقام اعمال قدرته وسلطنته على ذلك .

أقول : الظاهر ان اعتقاده لزوم العقد عليه قد يكون داعياً لاجازته ، وفي مثل هذا تكون الاجازة صحيحة فانه من قبيل تخلف الداعي وعليه يحمل ما تقدم من عقد السكري نفسها ، وقد تكون الاجازة بمعنى ترتيب الاثر على ما اعتقد وقوعه فكان رضاه بمعنى ترتيب الاثر عليه فقط ، وفيه لاتصح الاجازة اذ ليست الاجازة المصححة للعقد الفضولي هذه كما هو واضح .

ولعل الماتن والمستند ارادا الشق الاول فهو من قبيل مالمو عقد الانسان بنت عمه زاعماً انه يلزم عليه التزويج ببنت العم - كما يتفق ذلك في العشائر - فان كون داعيه زعمه لا يلزم منه بطلان العقد، وكأنه الى ما فصلناه اشار السيد البروجردي في تعليقه حيث قال : اذا كان رضاه بمعنى ارادة ترتيب الاثر عليه فقط، واما ان رضى بمفاده وبنى عليه فلا يبعد كفايته ولا يضر اعتقاده لزوم العقد .

ثم انه لافرق في التفصيل المذكور بين أن يكون المعجيز نفس احد الزوجين أو الولي والوكيل، اذ كما يأتي الفضولي في نفس الزوجين يأتي في المولى

نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فاجاز فان كان على وجه التقييد لم يكف وان كان على وجه الداعي يكون كافياً .

مسألة - ٢١ - الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الاثار من حينه .

عليه ، فاذا اجاز وليه جاز لاطلاق أدلة صحة الفضولية بالاجازة .
ثم ان المميز لو ادعى ان اجازته من القسم الذي لا يصحح فالظاهر عدم سماع دعواه لحمل فعل المسلم على الصحيح .

(نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فاجاز فان كان على وجه التقييد لم يكف) لانه اجاز مقيداً ، وحيث لا قيد فلا اجازة ، كما انه لو اجاز بزعم ان اباه العاقد له حي بان كانت الاجازة مقيدة بوجود الاب فاذا تبين عدم وجوده تبين عدم لزوم العقد .

(وان كان على وجه الداعي يكون كافياً) اذ الاجازة حينئذ مطلقة وزعمه لزوم الاجازة لا يوجب تقييد الاجازة ، فهو كما اذا زعم وجود الضيف عنده فاشترى طعاماً زائداً ، فان تبين ذهاب الضيف لا يوجب بطلان المعاملة .

(مسألة - ٢١ - الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الاثار من حينه) وقد اختلف الفقهاء في مطلق المعاملات الفضولية انها على وجه الكشف أو النقل ، وعلى تقدير الكشف فهل على نحو الكشف الحقيقي أو الحكمي ، وحيث ان هذه المسألة مذكورة ومنقحة في باب المكاسب فلا داعي الى اطالة الكلام حولها .

والمختار ما ذكره المصنف لانه هو الذي يقتضيه الاعتبار في باب العقود ،

مسألة - ٢٢ - الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج

عن الفضولية

فيشمله قوله سبحانه : «أو فوا بالعقود» ويدل عليه في المقام صحيحة محمد بن قيس المتقدمة ، حيث ان الامام لم يعاقب المستولد الذي اشترى الجارية فضولة ولم يفصل بين أن يكون علم بذلك أو لم يعلم ، كما انه عليه السلام حكم بان الولد من الجارية للمشتري ، كما يدل عليه أيضاً صحيحة أبي عبيدة الحذاء الاثنية في المسألة [٢٩] الحاكمة بان البنت اذا ادركت حلفت بالله في رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر .

بل ويدل عليه أيضاً قوله عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده ، فان ظاهره ان النكاح صحيح في نفسه ، أما قوله عليه السلام فيه : [فاذا اجاز جاز] فظاهره ان [الجواز] يكون من حين العقد ، ومنه يظهر الاشكال في قول المستمسك ان ذلك [ظاهر في كونه الجواز مترتب على الاجازة لاقبلها] اذ معنى جاز جاز من حين العقد على نحو الشرط المتأخر ، وهذا غير بعيد في الامور الاعتبارية كما هو واضح .

(مسألة - ٢٢ - الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية)

لانه لا يجعل العقد [عقود كم] المستفاد من أو فوا بالعقود الذي فصلوه في باب الفضولي من المكاسب .

ولا يخفى انه فرق بين الرضا بالعقد والرضا بالتصرف في الاموال ، فان الثاني لا يحتاج الى أكثر من الرضا لعدم الدليل على أكثر من ذلك فان [لا يحل مال امرء الا عن طيبة نفسه] يشمل استثناء الكل طيب نفس ، وان لم يكن له مظهر وذلك بخلاف ترتيب آثار العقد الذي لا يكون الا بعد العقد المنسوب الى

فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد الا انه كان بحيث لو كان حاضراً حال العقد كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به الا انه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه فالظاهر انه من الفضولي فله ان لا يجيز.

صاحب السلطة ، ولذا افتى الفقهاء في باب مكان المصلي وغيره بكفاية اذن الفحوى في جواز التصرف ، كما اقتصوا بجواز التصرف في نثر الاعراس بمجرد رضا الناصر ، الى غيرها من الموارد .

(فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد الا انه كان بحيث لو كان حاضراً حال العقد كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة) لانه لا يتحقق بذلك [عقودكم] مما تقدم غير مرة .

(بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به الا انه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه فالظاهر انه من الفضولي) ولا يشمل ذلك سكوت البكر لانه داخل في مفهوم قوله : [ولا فعل] ولذا ينسب العقد اليها (فله ان لا يجيز) وهذا هو المشهور ، وان كان الشيخ المرتضى قوي الاكتفاء بالرضا في صحة العقد بعد ان نسب الى ظاهر الاصحاب عدم كفاية الرضا .

ويمكن ان يستدل له بأمر: مثل قوله سبحانه : «الا ان تكون تجارة عن تراض منكم» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : سكوتها رضاها ، اذ ظاهره ان المعيار الرضى .

وصحيفة أبي عبيدة الاتية حيث قال عليه السلام : تحلف بالله مادعاها الى أخذ الميراث الارضاها بالتزويج ، وقوله عليه السلام : وانما عصى سيده بتقريب انه مع الرضا لا يسمى عصياناً .

وقوله عليه السلام : لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه ، حيث ان ظاهره ان المعيار طيب النفس . وقوله عليه السلام في صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة : [سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول] وربما يستدل له أيضاً بأن القول والفعل انما يكونان اجازة لكشفهما عن الرضا فاذا حصل الرضا واقعاً لم يكن أثر لوجود الكاشف وعدمه .

أقول : محل المسألة كتاب المكاسب ، ولذا لانطيل الكلام في ذلك ، وانما نلمح الى عدم استقامة شيء من المذكورات .

اذ يرد على الاول : ان [لتجارة] عمل وليس مجرد الرضا كافياً .

وعلى الثاني : ان السكوت في مقام أخذ الاجازة عمل والكلام في الرضا بدون المظهر من قول أو عمل ، ولذا علق السيد البروجردي على قول المصنف [يدل على رضاه] بقوله : ان لم يكن حضوره وسكوته عن الاعتراض اجازة له عرفاً .

وعلى الثالث : انه لفظ كاشف عن الرضا .

وعلى الرابع : انه قال عليه السلام : فاذا اجاز جاز ، ولم يقل فاذا رضى

جماز .

وعلى الخامس : ان التصرف في المال بطيب النفس غير تحقق العقد ،

كما تقدم الكلام في ذلك .

وعلى السادس : ان سكوتهم عمل كما تقدم في الثاني بالاضافة الى انه تصرف

في مال المولى ، وقد عرفت ان التصرف يكفي فيه الرضا .

وعلى السابع : ان الرضا لا يصح العقد لعدم حصول [عقودكم] المستفاد

من أوفوا بالعقود ، فمن اين ان المعيار الرضا فقط ؟

مسألة - ٢٣ - إذا كان كارهاً حال العقد الا انه لم يصدر رد له فالظاهر صحته بالاجازة نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك أوقع الفضولي العقد يشكل صحته بالاجازة لانه بمنزلة الرد بعده ويحتمل الصحة بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد فليس بادون من عقد المكره الذي نقول بصحته اذا لحقه الرضا وان كان لا يخالو ذلك أيضاً من اشكال.

(مسألة - ٢٣ - إذا كان كارهاً حال العقد الا انه لم يصدر رد له فالظاهر صحته بالاجازة) لاطلاق أدلة صحة الفضولي ، بل قد يظهر من الشيخ الاعظم انه من المسلمات ويؤيده صحيحه محمد بن قيس المتقدمة .

(نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن و مع ذلك أوقع الفضولي العقد) لايبعد صحته لتحقق : [عقودكم] عرفاً و يؤيده صحيحه محمد بن قيس .

فقول المصنف : (يشكل صحته بالاجازة لانه بمنزلة الرد بعده) غير ظاهر الوجه ، و منه يعلم وجه كلام المستمسك حيث قال : انها واضحة المنع في صورة عدم الاذن فانها خلاف عمومات الصحة من دون مخصص لها .

(ويحتمل الصحة بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد فليس) ما نحن فيه (بأدون من عقد المكره الذي نقول بصحته اذا لحقه الرضا) حيث ان [عقودكم] يشمله اذا لحقه الرضا ، وقد عرفت تأييد صحيحه ابن قيس له .

(وان كان لا يخالو ذلك أيضاً من اشكال) قال المستمسك : الاشكال ضعيف ولذا كان المشهور الصحة ، وعن الحدائق : دعوى الاتفاق عليها .

ثم انه اذا اشكلنا فيما اذا كان كارهاً حال العقد فهو خاص بما اذا كان لكرهه أثر

مسألة - ٢٤ - لايشترط في الفضولي قصد الفضولية ولا الالتفات

الى ذلك فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً ووقع العقد فتبين خلافه

كما في الكبير ، أما الصغير اذا كان كارهاً ثم اجاز وليه أو كبر هو فاجاز فانه لاينبغي الاشكال في الصحة ، اذ لااعتبار لكره الصبي كما لااعتبار لرضاه . والمراد بالكره والرضا في حال العقد ما في نفسه ، وان لم يكن فعلياً كما اذا كان الراضي أو الكاره ، نائماً في حال العقد بأن ام يكن لاحدهما فعلية اذ المعيار من طيب النفس ذلك لانه المنصرف من الادلة .

ومنه يعلم ، انه على تقدير الاشكال في الكره لو كان كارهاً أزعمه خلاف الواقع وكان لو علم الواقع كان راضياً كان من الرضا لامن الكره ، كما اذا زعم بان فلانة قبيحة المنظر فكان كارهاً لعقدهاله لكنها كانت حسنة ، وكان اذا علم حسننها لكان راضياً ، فانه يعد من الراضي لامن الكاره ، و قد تقدم بحث في بعض أبواب الفقه حول اختلاف السطح و العمق بالنسبة الى الرضا و الكره ، كما اذا زعمه عدواً فمنعه من دخول داره بينما كان صديقاً وهوراض من دخول الصديق .

(مسألة - ٢٤ - لايشترط في الفضولي قصد الفضولية) اذ لا دليل على ذلك ، ولذا قطع به في الجواهر ، وقال في المستمسك : انه مما لاينبغي الاشكال فيه وذلك لشمول اطلاق أدلة الفضولي له ، وان لم يقصدها .

(ولا الالتفات الى ذلك فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً ووقع العقد فتبين

خلافه) هذا من باب المثال ، والافان التبين وعدمه لامدخلية لهما في الامر -

كما هو واضح - .

يكون من الفضولي ويصح بالاجازة .

مسألة ٢٥- لو قال في مقام اجراء الصيغة «زوجت مو كلتي فلانة»
مثلا ، مع انه لم يكن وكيلا عنها فهل يصح ويقبل الاجازة ام لا الظاهر
الصحة ، نعم لو لم يذكر لفظ فلانة ونحوه كأن يقول : زوجت
مو كلتي

(يكون من الفضولي ويصح بالاجازة) كما ان الاجازة لا تحتاج الى علمه
بالفضولية ، فلو أوقع العقد زاعماً ان له ذلك فقيل له أجز [بعد ان صار ولياً
مثلا] فقال : [قد أجزت ان احتاج الى الاجازة] كفى ، وهذا ليس من التعليق
الضار لانه على أمر واقع ، كما تقدم مثله في مسألة اشتراط التجيز في العقد
أما التجيز فيأتي الكلام فيه هنا ، كما تقدم في أصل العقد ، لان الامرين من
باب واحد ، فالاجازة المعلقة حالها حال العقد المعلق .

مسألة ٢٥- لو قال في مقام اجراء الصيغة «زوجت مو كلتي فلانة» مثلا ، مع
انه لم يكن وكيلا عنها فهل يصح) العقد (ويقبل الاجازة) حتى يخرج بهاعن
الفضولي (ام لا) ؟ احتمالان (الظاهر الصحة) لاطلاق أدلة صحة الفضولي ، و
هي غير مقيدة بأن لا يزعم المجرى ولايته .

أما احتمال البطلان فهو لاجل انه عقد مو كلته، والحال انها ليست مو كلة
له ، والعقود تتبع القصود ، وفيه نظر واضح .

ومنه يعلم ، الاشكال في ما ذكره المستند حيث قال : و لو قال : [زوجت
مو كلتي] من ليس له و كسالة أصلا لم يصح ، الا اذا صح التجوز و قصد
المعين .

(نعم ، لو لم يذكر لفظ فلانة ونحوه كأن يقول : زوجت مو كلتي

وكان من قصده امرأة معينة مع عدم كونه وكيلا عنها يشكل صحته بالاجازة .

مسألة - ٢٦ - لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز

اجازة العقد دون المهر

وكان من قصده امرأة معينة مع عدم كونه وكيلا عنها يشكل صحته بالاجازة) قال في المستمسك : لعدم وقوع العقد عليها صريحاً و لا ظاهراً ، بل هو من قبيل العقد بالمجازات البعيدة التي لا دليل واضح على صحة العقد بها - انتهى .

لكن الظاهر الصحة ، كما أفتى به ابن العم ، اذ يصدق عليه انه عقده ، و ذكر المتعلق ليس شرطاً في صحة العقد ، والعقود تتبع القصود .

(مسألة - ٢٦ - لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز) أي ينفذ (اجازة العقد دون المهر) لان العقد الوارد على الجملة ينحل الى عقود متعددة بتعدد الابعاض ، و لذا اذا ظهر بعض الصفقة غير مملوكة أو غير قابلة للملك لا يبطل العقد بالنسبة الى البعض الاخر .

وكذا في العقد الوارد على المشروط ، ولذا لا يوجب تخلف الشرط بطلان العقد أولاً ينفذ العقد أصلاً ، فاللازم أما ان يجيز كله أو يترك كله ، لان العقد أمر بسيط ، و الامر البسيط لا يبعض .

ولعل من هنا كان يظهر ما من الجواهر عن التسالم على عدم جواز اجازة العقد دون المهر - فيما زوجه الولي بدون مهر المثل - أو يفصل بين ما اذا كان على نحو التقييد ، فلا تصح اجازة العقد دون المهر ، لان المقيد عدم عند عدم قيده ، والمفروض ان العقد واقع على شيء بسيط لا يقبل التجزئة ، وما

أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلة والكثرة

إذا كان على نحو تعدد المطلوب فتصح اجازة العقد دون المهر ، احتمالات أقربها الاحتمال الثالث ، فانه كلما رأى العرف الانحلال في الموضوع ولم يقصد العاقد التقييد شمله دليل : [أوفوا] ونحوه .

نعم ، اذا لم يرى العرف الانحلال ، كما اذا قال له : زوجني هنداً بنفسها فزوجه فاطمة لم يصح وكالة ، اذ الوكالة لم تكن قابلة للتجزئة في متعلقها ، بخلاف ما اذا قال : زوجني امرأة ولتكن هنداً ، حيث ان للموكل مطلوبين ، فاذا زوجه فاطمة كان من قبيل تعدد المطلوب .

وكذا لا يصح اذا رأى العرف الانحلال ، لكن قصد العاقد - مثلاً - التقييد وانما لا يصح لان ما قصده لم يقع ، وما وقع لم يقصد .

و منه يظهر الكلام في قوله : (أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس) كما اذا زوجه الفضولي على مائة دينار فاجازه على مهر [دار] .
(أو من حيث القلة والكثرة) كما اذا زوجه على مائة دينار فأجازه على مهر خمسين ديناراً ، أو على مهر مائتي دينار - مثلاً - فان الظاهر انه يصح في الكل اذا لم يكن على وجه التقييد .

لا يقال : فماذا يلزم الزوج [الدار] بدل [مائة دينار] وهكذا ؟

لانه يقال : تلزمه الاجازة فانها بمنزلة العقد ، فكما انه اذا جعل الدار مهراً لزم لانصباب الايجاب والقبول عليه ، كذلك اذا أجاز بتبديل المائة بالدار فقد أنصب عليه الايجاب والقبول ولذا نرى انه لو أراد الفسخ بعد الاجازة بهذا النحو كان - عرفاً - غير واف بالعقد .

فيه اشكال ، بل الاظهر عدم الصحة في الصورة الثانية وهي ما اذا عين المهر على وجه آخر كما أنه لا تصح الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد ، أو مع الغاء ما ذكر فيه من الشرط .

مسألة - ٢٧ - إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه

وكيلا فالظاهر

ومنه يعلم ، ان قول المصنف : (فيه اشكال ، بل الاظهر عدم الصحة في الصورة الثانية وهي ما اذا عين المهر على وجه آخر) محل منع ، بالاضافة الى عدم ظهور الفرق بين صورتين .

ولذا قال المستمسك : ان الجزم ببطلان العقد في الثانية دون الاولى غير ظاهر - انتهى بل اللازم أما القول ببطلانهما ، كما قال به السيد الجمال ، أو القول بصحتهما كما نستظهره نحن .

(كما انه لا تصح الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد ، أو مع الغاء ما ذكر فيه من الشرط) على مذاق المصنف ، وان كان مقتضى ما ذكرناه الصحة في كلتا صورتين .

ثم انه لا فرق في صحة العقد الفضولي بالاجازة بين الانضمام والاستقلال مع عقد آخر فضولي ، أو غير فضولي ، كما اذا وكله زيد ان يعقد له هنداً فعقد له هنداً وفاطمة في ايجاب واحد ، فان عقد هند غير فضولي وعقد فاطمة متوقف على الاجازة ، وكذا اذا عقده هنداً وفاطمة بدون توكيله ، فانه يحق له اجازتهما أو اجازة احدهما - لكن ذلك اذا لم يكن على وجه التقييد كما عرفت - والله العالم .

مسألة - ٢٧ - إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر

صحته ولزومه اذا كان ناسياً لكونه وكيلاً ، بل وكذا اذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على اشكال فيه وأما لو وقع بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً ففى لزومه بلا اجازة منه أو من المولى عليه اشكال .

صحته) لانه مأذون في هذا التصرف، فاطلاق الادلة يشملها، وهذا هو الذي اختاره المستند وغيره .

(ولزومه) فلا حاجة الى اجازة جديدة فانه صدر من أهله ووقع في محله .

نعم ، اذا كان العقد مقيداً بكونه بعنوان الفضولية لم يصح لذهاب المقيد عند ذهاب قيده، وكذا اذا كان الاذن مشروطاً بالالتفات الى الوكالة انتفت مع الغفلة - كما ذكره المستمسك - فاحتاج الى الاجازة (اذا كان ناسياً لكونه وكيلاً بل وكذا اذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر) اذ بمجرد انشاء الوكالة يصبح وكيلاً، علم بذلك ام لم يعلم .

نعم، اذا كانت الوكالة من حين بلوغه الخبر، ولم يبلغه، كان فضولياً (على اشكال فيه) منقول عن القاضي ، حيث قال : لا يصح تصرف العبد اذا لم يعلم باذن سيده ولا علم بها أحد ، وفيه ما لا يخفى ، اذ لا دليل على ذلك .

(وأما لو وقع بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً ففى لزومه بلا اجازة منه أو من المولى عليه اشكال) عند المصنف، لانه من المحتمل ان يختص نفوذ تصرف الولي بصورة التفاته الى ولايته، لكن فيه ان اطلاق دليل الولاية يمنع ذلك .
نعم ، اذا كان العقد مقيداً بأن لا تكون له ولاية لم يصح كما عرفت مثله ، ومثله ما اذا باع المالك - وهو لا يعلم انه مالك - فان قيده بالفضولية لم يصح،

مسألة - ٢٨ - -- إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع

العقد بعنوان الفضولية فهل يصح ويلزم أو يتوقف على الاجازة

والاصح ولم يحتج الى الاجازة .

أما ما ذكره من انه لو قدم انسان طعام انسان الى نفس المالك بعنوان انه طعام المهدي فأكله فانه ضامن، وان أكله المالك فوجهه انه مغرور، والمغرور يرجع الى من غر مع احتمال عدم ضمانه اذا لم يكن تصرف تصرف غير المالك ، مثلاً : اذا كانت شاته لم يذبحها فقدمها اليه ليذبحها فذبحها بعنوان انها مال المقدم فانه يخسر للمالك التفاوت .

وعلى اي، ففي مانحن فيه، الامر تابع للواقع ، فانه اذا كان ولياً اووكيلاً نفذ تصرفه، وان لم يعلم، وان لم يكن توقف على الاجازة، وان قطع بانه ولي أو وكيل، لاطلاق الادلة في المقامات الاربع، ولو عقد بنته للمخاطب بعنوانه الذي يجهله المخاطب ، كما اذا قال: [زوجت بنتي لحفيد زيد] فقال المخاطب: قبلت [زاعماً ان مراده بحفيد زيد انسان آخر] كان كالفضولي ان شاء قبل وان شاء رد .

(مسألة - ٢٨ - اذا كان عالماً بانه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد

بعنوان الفضولية فهل يصح ويلزم) لان قصد العنوان المخالف للواقع، لا يغير الواقع، فيشمله أدلة الوفاء بالعقد، فهو مثل ان يقصد الشاب ايقاع العقد بعنوان انه شيخ أو بالعكس .

(أو) يصح و (يتوقف على الاجازة) لان للوكيل شخصيتين اعتباريتين،

شخصية الوكيل وشخصية الاصيل ، ولذا يصح له ان يشتري شيئاً باعتبار انه وكيل فيكون لموكله، أو باعتبار انه اصيل فيكون لنفسه .

أو لا يصح وجوه أقواها عدم الصحة لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد ان يكون الامر بيده في الابقاء والعدم وبعبارة أخرى أوقع العقد متزلاً

(أو لا يصح) وان لحقته الاجازة (وجوه أقواها) عند المصنف (عدم الصحة لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه) أى ولى العقد (جائزاً) مع ان العقد الصادر ممن سلطنته على العقد لازم وليس بجائز (فهو كما لو أوقع البالغ العاقل) العقد لنفسه (بقصد ان يكون الامر بيده في الابقاء والعدم) فكما انه ليس بصحيح، لان الشارع لم يشرع مثل هذا العقد، كذلك في المقام لان الشارع لم يشرع عقد الولي الا لازماً، ولم يشرعه متزلاً .

(وبعبارة أخرى) المفروض ان الولي (أوقع العقد متزلاً) ولا عقد لنا كذلك، وهذا مثل عكسه أيضاً في البطلان، كما لو ان الفضولي أوقع العقد بعنوان الاصيل، حيث انه يريد بذلك ان يجعل العقد الذي جعله الشارع متزلاً ومتوقفاً على اجازة الزوج المعقود له، عقداً لازماً .

أقول : في مفروض المتن يمكن تصور الامر على ثلاثة أقسام :

الاول : ان يتصرف العاقد في نفسه بأن يفرض لنفسه شخصية وكيلية ، وشخصية أصيلة، ويعقد لمو كله باعتبار الشخصية الثانية، والظاهر انه يكون حينئذ فضولياً، لان لمثل هذا التصرف في النفس اعتباراً عقلاً ثانياً، ولذا تراهم يقولون: انى أتكلم معك رئيساً، لابصفتى صديقاً وبالعكس، أو بصفتي وكيل فلان لابصفتى انا من حيث هو هو، والادلة الدالة على نفوذ عقد الوكيل انما تدل في الصورة المتعارفة التي هي تصرفه بعنوان وكالته، ويؤيد ما ذكرناه ان الوكيل يبيع داره لمو كله، فهو باعتباره بائعاً غيره باعتباره مشترياً .

مسألة - ٢٩ - إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مران العقد لازم عليهما ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه وعلى هذا ، فاذا مات احدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر

الثاني : ان يتصرف في العقد الذي جعله الشارع ، بأن يشرع فيقصد ايقاع العقد جائزاً بينما هو لازم ، وهذا تشريع يوجب البطلان ، لان ما جعله الشارع لم ينشأه ، وما انشأه لم يجعله الشارع ، فهو مثل ان ينشأ بيعاً جائزاً ، أو هبة لازمة - في غير موارد - لزوم الهبة .

الثالث : ان يرجع تنزيهه الى شرط صحيح أو فاسد ، فالاول ان يرجع الى [زوجت فلانة من موكلي فلان بشرط قبوله] وهذا لامانع فيه ، لان المؤمنين عند شروطهم . والثاني ان يرجع الى [زوجت فلانة من موكلي فلان ، بشرط ان يكون الزواج متزلزلاً في نفسه] وهذا لا يكون الا شرطاً باطلاً وقد حقق في محله ان الشرط الفاسد ليس مفسداً اذا لم يوجب محذوراً خارجياً ، والظاهر ان المصنف أراد القسم الثاني من الاقسام الثلاثة وتعبيره بالشرط ، عرفى ، لانه أراد القسم الثالث فتأمل .

(مسألة - ٢٩ - اذا زوج الصغيرين وليهما فقد مران العقد) ليس به (لازم عليهما ولا) يسلب ذلك اختيارهما ، بل (يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه) كان الفرق ان الرد هو من أصله ، والفسخ هو من حينه ، لكن الظاهر ان لهما رده لافسخه ، ويؤيده صحة الحذاء الآتية .

(وعلى هذا ، فاذا مات احدهما قبل البلوغ أو بعده) ولم يفسخه الآخر ، بل رضى به (ورثه الآخر) لان الزوجية تحققت بأمر الوالدين ، وانما للزوجين رد العقد أو الرضا به ، فاذا رضى به كفى ، لكن بشرط رضى الاول الذي مات .

وأما اذا زوجهما الفضوليان فيتوقف على اجازتهما بعد البلوغ أو اجازة وليهما قبله فاذا بلغا واجازا ثبتت التوجيه ويترتب عليها احكامها من حين العقد لما مر من كون الاجازة كاشفة وان ردا أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الاجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور

وعلى ما اخترناه ، فحال الوليين حال الفضوليين من غير فرق ، وان كان المصنف وآخرون يرون الفرق - كما تقدم الكلام في ذلك - .
وكيف كان (وأما اذا زوجهما الفضوليان فيتوقف على اجازتهما بعد البلوغ) اذ لا تأثير لاجازتهما قبل البلوغ (أو اجازة وليهما قبله) اذ لا ولاية للولي بعد البلوغ (فاذا بلغا واجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها احكامها من حين العقد لما مر) في المسألة الواحدة والعشرين (من كون الاجازة كاشفة) ولعل الفرق بين عقد الوليين وعقد الفضوليين ان في الاول يحق لهما الاستمتاع ، ولا يصح للولي ترتيب أثر عدم الزواج كان ينكح له أخت الزوجة ، الى غير ذلك ، بخلاف الثاني فلا يحق لهما ذلك ، ويحق لفضولي آخر أن ينكح له أخت الزوجة ، الى غير ذلك ، وانما نقول بالاحكام في الاول مع ان لهما الفسخ ، لانه ظاهر الجمع بين دليلي حق الولي في النكاح وحق الصغير في الفسخ بعد ان بلغ ولازم ذلك ، وان كان الفسخ من حين الفسخ ، الا ان ظاهر صحيحة أبي عبيدة ان الفسخ من أصله - أي رده - لانه اذا كان فسخاً من حينه ورث الآخر ، وان فسخ ، لان الموت كان قبل الفسخ ، والمسألة بحاجة الى التبع والتأمل ، حيث لم أر من الفقهاء من تعرض لهذه الجهة .

(وان ردا أو مات أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الاجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور) لانه مقتضى القواعد ، ويدل عليه الصحيحة الآتية ،

وان بلغ احدهما واجاز ، ثم مات قبل بلوغ الآخر ، يعزل ميراث
الآخر على تقدير الزوجية ، فان بلغ واجاز يحلف على انه لم تكن
اجازته للطمع في الارث فان حلف يدفع اليه

وكذا يكون الكلام في كل عقد فضولي .

أما اذا جناأوجن أحدهما ، فالظاهر ان خيار الرد والامضاء يكون بيد الولي
اذ لادليل على بطلان عقد الفضولي بجنونهما ، أو جنون احدهما ، وكذا رد
النكاح فيما اذا صار أحدهما محرماً على الآخر ، كما اذا تزوج بأمرها ، أو بنتها ،
أو أختها ، أو تزوج أبوه أو ابنه بها ، الى غيرك .

(وان بلغ احدهما واجاز ، ثم مات قبل بلوغ الآخر ، يعزل ميراث الآخر
على تقدير الزوجية ، فان بلغ واجاز يحلف على انه لم تكن اجازته للطمع في
الارث، فان حلف يدفع اليه) ويحكم بجميع أحكام الزواج بلاشكل ولاخلاف
ويبدل عليه صحیحة أبي عبيدة المحدء ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن
غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين ؟ قال : فقال عليه السلام :
النكاح جائز ، أيهما ادرك كان له الخيار ، فان ماتا قبل ان يدركا فلاميراث بينهما
ولامهر ، الا ان يكونا قد ادركا ورضيا ، قلت : فان ادرك احدهما قبل الآخر ؟
قال عليه السلام : يجوز ذلك عليه ان هو امضى ، قلت : فان كان الرجل الذي
أدرك قبل الجارية اترثه ؟ قال عليه السلام : يعزل ميراثها منه حتى تدرك ، وتحلف
بالله مادعاها الى أخذ الميراث الارضاها بالتزويج ، ثم يدفع اليها الميراث ونصف
المهر ، قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أيرثها الزوج المدرك ؟ قال
عليه السلام : لا ، لان لها الخيار اذا ادركت ، قلت : فان كان أبوها هو الذي
زوجها قبل ان تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الاب ، ويجوز على الغلام

وان لم يجز أو اجاز ولم يحلف لم يدفع بل يرد الى الورثة

والمهر على الاب للمجارية .

أقول : قد سبق ان ذكرنا ان مقتضى الجمع العرفي بين الصدر والذيل ، ان الصدر سؤال عن الحالة بعد البلوغ ، والذيل سؤال عن الحالة قبل البلوغ ، لان الصدر سؤال عن تزويح الفضوليين والذيل سؤال عن تزويح الولي - كما جمع بذلك بينهما المستند وغيره ، وتبعهم المستمسك - .

ثم ان المناط في الصحيحة شامل لموت الزوجة أيضاً ، ولذا استظهر الاجماع على عدم الفرق بين الموتين .

(وان لم يجز أو اجاز ولم يحلف) في مورد التهمة (لم يدفع بل يرد الى الورثة) وذلك لان الصحيحة اشترطت الميراث بالحلف ، لكن حيث ان المنصرف منها مورد التهمة قيدنا الحلف بموردها .

و على هذا ، فان علمنا انه يحلف كاذباً ، كما لو اعترف في الخلوة انه لم يكن يعطي الاجازة ، ثم لما علم بأن له الميراث غير رأيه وجاء الى الحكم وحلف ، فالظاهر انه لا يحكم له بأثار الزوجية التي منها الميراث .

ثم انه اذا لم يكن ميراث ، ولم يكن متهماً في اجازته ، فالظاهر عدم الاحتياج الى الحلف لاصالة العدم .

أما اذا كان متهماً في اجازته من جهة اخرى ، كما اذا أراد الوالد محرمة أم الزوجية ، أو ارادت البنت اضرار أب الولد بعدم تمكنه من الضغط عليها بطلب يدها ، أو ما اشبهه ، فهل يحتاج الى الحلف أم لا؟ احتمالان الظاهر العدم لعدم الدليل بعد حمل فعل المسلم على الصحيح ، بل ولو علمنا بأن مقصوده من الاجازة ذلك كما في سائر الموارد التي لم يكن موت ، فان الاجازة نافذة ولو كانت

وكذا لو مات بعد الاجازة وقبل الحلف هذا اذا كان متهماً بأن اجازته
للمرغبة في الارث ، واما اذا لم يكن متهماً بذلك كما اذا اجاز قبل ان
يعلم موته أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك فالظاهر
عدم الحاجة الى الحلف .

مسألة - ٣٠ - يترتب على تقدير الاجازة والحلف جميع الاثار

المترتبة

لاجل غاية.

(وكذا) لا يدفع اليه المهر (لومات بعد الاجازة وقبل الحلف) لان الشارع
رتب الارث على الاجازة والحلف ، فاذا لم يكن حلف لم يرث، سواء كان عدم
الحلف بالموت ، أو اختياراً، أو بأن جن، أو ما أشبه ذلك.

(هذا اذا كان متهماً بأن اجازته للمرغبة في الارث ، واما اذا لم يكن متهماً
بذلك كما اذا اجاز قبل ان يعلم موته) ولم يكن فيه علائم الموت مع وجود
الارث مما يسبب التهمة أيضاً.

(أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث) وكان عالماً بذلك (أو نحو
ذلك) بأن كان يؤخذ منه تمام الارث بسبب ظالم أو لا يعطى الارث بظلم و
نحوه .

(فالظاهر عدم الحاجة الى الحلف) كما اختاره المستمسك وغيره، خلافاً
للمسالك والحدائق وغيرهما فاعتبروا اليمين، وان لم تحصل التهمة، وذلك
لاطلاق النص ولكن فيه ان لاطلاق بعد احتفاء الكلام بالقرينة.

(مسألة - ٣٠ - يترتب على تقدير الاجازة والحلف جميع الاثار المترتبة

على الزوجية من المهر وحرمة الام والبنات وحرمتها ان كانت هي
 الباقية على الاب والابن ونحو ذلك بل الظاهر ترتب هذه الاثار بمجرد
 الاجازة من غير حاجة الى الحلف فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهماً
 لا يرث ولكن يترتب سائر الاحكام

على الزوجية من المهر وحرمة الام والبنات وحرمتها- ان كانت هي الباقية- على
 الاب والابن ونحو ذلك) بلا اشكال في ذلك كله، لان ظاهر الصحيحة ثبوت
 الزوجية ، وذكرها الميراث والمهر من باب انهما بعض آثار الزوجية .
 ثم لا يخفى ان قول المصنف: [والبنت] انما هو اذا دخل بالام والافلام، لا تحرم
 بمجرد العقد فيحق له بعد موت الام التزويج بالام.

قال سبحانه: «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
 بهن» والظاهر ان دخول الصغير مثل دخول الكبير اذا صدق دخل بها، بأن لم
 يكن غير مميز فلا يشمل عمداً الصبي خطأ ولا رفع القلم .

(بل الظاهر ترتب هذه الاثار بمجرد الاجازة من غير حاجة الى الحلف)
 لان الحلف انما هو للاثبات فقط، أما عالم الثبوت فيتوقف على الاجازة فقط
 فاذا أجاز ترتبت جميع الاحكام حلف او لم يحلف، لكن لا يعطى المهر والميراث
 بدون الحلف.

(فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهماً) لان حالة التهمة هي حالة الحلف
 (لا يرث) ولا يعطى المهر.

(ولكن يترتب سائر الاحكام) هذا وأشكل السيد البروجردى وغيره في
 الحكم المذكور قائلًا: ان ظاهر النص هو ان الاجازة التي بها يتم سبب الزوجية
 هي الصادرة، لاعن طمع في الميراث، وان الطريق لحرز ذلك هو الحلف،

مسألة - ٣١ - الاقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين

فمع عدمه لا طريق الى احراز تمام السبب والاصل عدمه - انتهى .
أقول: ظاهر النص ان الاجازة التي نشأت عن الرغبة في المال بدون رضی بالتزويج لا تنفع في الاستحقاق، و لا في سائر أحكام الزوجية، فالامر باحكام الزوجية - في الظاهر - منوط بالاجازة والحلف و في الواقع منوط بالرضا بالزوجية وان لم يكن مال ولذا فالامر في الواقع حسب ماينويه، فلا اطلاق لارثه ولا اطلاق لعدم ارثه وتظهر الفائدة في الحكم بينه وبين الله ، حيث ان رضاه لو كان لاعن رغبة حل له أخذ المال ، كما اذا كان المال بيد نفسه ولا يحتاج الى المرافعة في أخذه، وفي المقام لا يحتاج الى الحلف أيضاً، اذا كان متهماً، ولذا قال المستند : الحلف انما هو لحكم الغير بالزوجية والتوارث .
وأما لو لم يحتج الى حكم الغير كأن يكون التركة بيده ولم يعلم به غيره فلا حاجة في توريثه الى حلفه بعد ما علم من نفسه ان الرضا انما هو بالنكاح، لاطلاق قوله عليه السلام في رواية عباد: يرثه ان مات، واختصاص صورة الحلف بما اذا احتج الى دفع الغير، لقوله: ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر - انتهى .

ومنه يعلم ، انه لو كان له وارثان - مثلاً - احدهما يتهم الزوج و الاخر لايتهمه، ولم يحلف كان على من لايتهمه ان يدفع اليه بنسبة ارثه، فلو كان وارثه اخوان دفع المصدق ونصف المهر والارث، ولو كان أخ واختم وصدقة الولد - مثلاً - دفع اليه ثلثي المهر والارث ، الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة - ٣١ - الاقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين) لان المناط من الرواية موجود فيهما، بالاضافة الى شمول اطلاقات أدلة النكاح له، اذ النكاح

بل الظاهر التعدي الى سائر الصور كما اذا

كسائر المعاملات في نظر العرف هو الايجاب والقبول المعقب بالاجازة-في باب الفضولي - فلو حصل ذلك، وان تلف المتاع في المعاملة، او تلف احدهما في النكاح - كفى في الانعقاد- ولذا كان الحكم في مورد الصحيحة على طبق القاعدة .

أما الحلف في اجازته لدفع ان لا يكون اجاز حقيقة وأتما تلفظ بالاجازة بدون قصدتها ، وانما تلفظ لاجل المال ، كما هو المستفاد عرفاً من النص ، و هذا الذي ذكره المصنف هو الذي اختاره غير واحد من المعلقين ، خلافاً لما عن القواعد والمسالك وشرح النافع له وجامع المقاصد من قولهم بالبطلان.

بل في الخير انه المفتي به ، وفي الحدائق الظاهر انه المشهور بينهم، و استدل لذلك بأصالة عدم الانعقاد ، وبعدم وجود أثر النكاح ، وبأنه من قبيل موت الموجب قبل قبول القابل ، كل ذلك بعد حمل الصحيحة على خلاف القاعدة، فلا يتعدى عنه.

وفي الكل ما لا يخفى، لوجود أثر النكاح، وليس من قبيل موت الموجب قبل قبول القابل لما ذكره المستمسك من ان القبول جزء مقوم للعقد والاجازة ليست كذلك، بالاضافة الى ان القبول ناقل يترتب به مضمون العقد من حينه ، و الاجازة كاشفة ، وحيث قام الدليل فلا مجال لاصالة العدم ، هذا بالاضافة الى ما عرفت من وجود مناط النص في المقام ، فالحكم منصوص ، و على طبق القاعدة.

ومما تقدم، تعرف وجه قوله: (بل الظاهر التعدي الى سائر الصور كما اذا

كان احد الطرفين الولي والطرف الاخر الفضولي أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الاخر الصغير أو كانا بالغين كاملين أو أحدهما بالغاً والاخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك ففي جميع الصور اذا مات من لزم العقد بالنسبة اليه لعدم الحاجة الى الاجازة أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده وبقي الاخر فانه يعزل حصة الباقي من الميراث الى ان يرد أو يجيز بل الظاهر عدم الحاجة الى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور

كان احد الطرفين الولي والطرف الاخر الفضولي أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الاخر الصغير) ومثل المجنون السفية الذي لا يحق له النكاح الابوي (أو كانا بالغين كاملين) عقدهما فضوليان (أو أحدهما بالغاً و الاخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك) كالسفيه.

(ففي جميع الصور اذا مات من لزم العقد بالنسبة اليه لعدم الحاجة الى الاجازة) لانه كبير أو أجاز وليه (أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده) بأن كان مجنوناً فاحتاج الى الرشد في اجازته (وبقي الاخر فانه يعزل حصة الباقي من الميراث الى ان يرد) العقد (أو يجيز) وان لم يرد ولم يجز لم يبال بتركه الا اذا أورد ذلك ضرراً فيأخذ المتضرر بما يدفع الضرر عنه ، لقاعدة لا ضرر - الى غير ذلك - .

(بل الظاهر عدم) ترتيب آثار الاجازة ، اذا أجاز ، في حال كونه متهماً، بل (الحاجة الى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور) لوجود مناط الصغيرين فيهما أيضاً ، خلافاً للمصنف ، و تبعه المستمسك فقلا

لاختصاص الموجب له من الاخبار بالصغيرين ولكن الاحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة الى الارث ، بل بالنسبة الى سائر الاحكام أيضاً .
 مسألة - ٣٢ - اذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الاخر فضولياً ، ولم يتحقق اجازة ولا رد ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات ، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح ام المرأة وبنتها واختها والخامسة

بعدم الحاجة الى الحلف (لاختصاص الموجب له من الاخبار بالصغيرين) ففي سائر الصور يرجع الى قاعدة ترتب جميع الآثار بمجرد الاجازة فقط .

وفيه: ان المناط آت هنا أيضاً (ولكن الاحوط) عند المصنف (الاحلاف في الجميع بالنسبة الى الارث ، بل بالنسبة الى سائر الاحكام أيضاً) لوحدة المناط في كل الاحكام ارثاً كان أو مهراً أو غيرهما .

ثم ان مقتضى ما تقدم من ان الحلف لرفع التهمة ، فاذا حلف كاذباً لم يحق له أخذ المهر والارث ، ولا يترتب على اجازته أى حكم من الاحكام فيما بينه وبين الله ، كما انه اذا لم يحلف اجلالاً لله سبحانه وكان صادقاً في اجازته كان له كل أحكام الزواج ، ولو كان المال عنده لم يحتج الى الحلف في أخذه اذا كان صادقاً في اجازته .

(مسألة - ٣٢ - اذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الاخر فضولياً ، ولم يتحقق اجازة ولا رد ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات ، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبنتها واختها والخامسة) و لازمة أن يحرم على أب الزوج وأبنته نكاح

واذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره وبعبارة اخرى هل يجزى عليه آثار الزوجية وان لم تجز على الطرف الاخر قولان أقواهما الثاني

تلك المرأة (واذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟) ولازمه ان لا يحق لها الخروج من الدار الابأذن الزوج.

(وبعبارة اخرى هل يجزى عليه آثار الزوجية وان لم تجز على الطرف الاخر) لانه لم يتحقق العقد بالنسبة اليه (قولان) نسب الى العلامة في بعض مباحث القواعد القول بالتحريم ، وعن كاشف اللثام انه قال : بلا اشكال ، لصدق الجمع بين الاختين ، ونكاح اربع بالنسبة اليه ولا يجدي التزلزل ، وهو الظاهر من المستند ايضاً ، خلافاً لما يظهر من غيره من عدم التحريم ، ولعله الظاهر من الشيخ المرتضى ، حيث قال : [فيما لو كان العقد بين الاصيل والفضولي] ان الذي يستفاد من كلام جماعة ، وظاهر آخرين عدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه .

(أقواهما الثاني) لان العقد أمر اعتباري لا يتحقق الا بتحقق طرفيه، وحيث لم يتحقق الطرفان فلا عقد ، فلا يشمل أدلة الاحكام المترتبة على العقد، منتهى الامر انه من قبيل الايجاب قبل القبول ، فكما لا يترتب عليه أثر وكان للموجب ان يبطل ما أوجبه لفظاً أو عملاً ، كما اذا باع لزيد كان له ان يبيع من عمرو قبل أن يقبل زيد ، كذلك اذا باع له فضولا وقبل الفضول من قبله، فان له ان يبيع من عمرو ، و كذلك بالنسبة الى عقد النكاح ، فاذا عقد هنداً لنفسه وقبل من طرفها فصول كان له ان يعقد اختها ، كما ان له ان يبطل النكاح ، ولا نسلم صدق [عقودكم] قبل اجازة الطرف حتى يكون ملتزماً بالوفاء به .

الامع فرض حصول العلم بحصول الاجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحققها من حين العقد .

ويؤيد ذلك ان كثيراً من الاحكام لا يترتب قطعاً، مثل الوطي ووجوب النفقة وصحة الطلاق [وان ناقش بعض في عدم صحة الطلاق] وكيف يمكن ترتب بعض الاحكام [مثل حرمة المصاهرة] وعدم ترتب بعض [كالنفقة والوطي] مع ان الشارع رتب الجميع على العقد ، فاللازم اما ان يترتب الكل ، وهذا ما لا يقول به أحد ، أو لا يترتب الكل ، وهذا هو الذي تقتضيه القاعدة .

وان شئت قلت : ان عدم ترتب بعض الاحكام قطعاً دليل على عدم ترتب كل الاحكام .

والمحصل : ان الثابت من الادلة كون النكاح ، أما ثابت أو ليس بثابت فلا يكون نكاح ثابت من جانب واحد .

وبما ذكرنا يظهر انه لاوجه لاستثناء المصنف بقوله : (الامع فرض حصول العلم بحصول الاجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحققها من حين العقد) اذ التصرف المبطل لا يدع مجالاً للعقد حتى يقويه الاجازة اللاحقة ، فقد عرفت انه مثل تصرف الموجب في المبيع قبل قبول القابل ، حيث لا يدع مجالاً للقبول .

وحيث عرفت انه لا يتحقق شيء من الاحكام بالفضولية في جانب ظهر انه لا يتحقق شيء منها بالفضولية في الجانبين ، وعليه فاذا عقد فضوليان لم يلزم اخبار الاصيلين بانهما عقدا لعدم الدليل على لزوم ذلك ، وكذلك اذا عقد أصيل وفضولي لا يلزم اخبار الطرف الاخر بالعقد له ، وما تقدم في بعض المسائل من ان الاصيل [في أصيل وفضولي] اذا تضرر بسبب عدم اجازة ورد طرف الفضول كان له الابطال ، انما هو بناء على تحقق العقد من طرف الاصيل ، لاعلى ما

مسألة - ٣٣ - إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة سواء أجاز الطرف الآخر أو كان اصيلا أم لا لعدم حصول الزوجية بهذا العقد غير المجاز ، وتبين كونه كأن لم يكن وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقودة عليها

نختاره ، فلاحظ .

(مسألة - ٣٣ - إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة) وكذا إذا رد وليه فيما لو كان للصغير والمجنون ونحوهما (سواء أجاز الطرف الآخر أو كان اصيلا أم لا) وذلك (لعدم حصول الزوجية بهذا العقد غير المجاز ، وتبين كونه كأن لم يكن) فلا يشمل دليل الوفاء بالعقد ، لانه لا يصدق [عقودكم] وهذا هو المشهور بين المتعرضين لهذه المسألة ، بل قال في الجواهر : انه يمكن تحصيل الاجماع ، بل الضرورة على عدم ترتب الاحكام على مثل هذا العقد .

(وربما يستشكل في خصوص نكاح ام المعقودة عليها) وكأنه أشار بذلك الى كلام المستند قال : اذا كانت المعقودة فضولا البنت ، ففي تحريم امها بعد تحقق الفسخ من البنت اشكال ، نظراً الى ان حرمة أم الزوجة ليست مشروطة بالدخول بينتها على الاصح ، ولا ببقاء زوجية البنت ، بل هي محرمة أبداً ، ويصدق عليها انها ام الزوجة بالعقد الصحيح [الى ان قال] : والظاهر هو الاول - أي الحرمة - لما مر من صدق أم الزوجة بالعقد الصحيح اللازم بالنسبة اليه . الى آخر كلامه .

وهو في غير محله بعد ان لم يتحقق نكاح ومجرد العقد لا يوجب شيئاً مع انه لا فرق بينه وبين نكاح البنت وكون الحرمة في الاول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق .

مسألة - ٣٤ - اذ ازوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوجت من آخر ثم علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز لفوات محل الاجازة

(وهو في غير محله بعد ان لم يتحقق نكاح ومجرد العقد لا يوجب شيئاً) فان العقد ذا طرفين ، فاذا لم يتحقق طرف لم يتحقق العقد أصلاً . نعم ، ما أجراه الفضولي قابل ان يكون عقداً ، ومن الواضح الفرق بين العقد وبينما يقبل أن يكون عقداً [أي يقبل ان يكون عقود كم]. مع انه لا فرق بينه وبين نكاح البنت) مع ان المستند فرق بينهما قال : لو فسخ المعقود فضولا العقد فلا شك في حلية جميع ماسر من المصاهرات حتى تزويج البنت ، لكون الام غير مدخولة الا في الام [الى آخر عبارته المتقدمة].

(و) انما لا يصح فرقه ، لان (كون الحرمة في الاول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق) فاللازم أما القول بحرمتها وأما القول بحليتها فالفرق غير تام وقد عرفت ان اللازم القول بحليتها وعدم ترتب شيء من الاحكام. (مسألة - ٣٤ - اذ ازوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوجت من آخر ثم علمت بذلك العقد) الفضولي (ليس لها أن تجيز) أي لا اثر لاجازتها (لفوات محل الاجازة) كما نص عليه المستند ، و تبعه الشيخ الانصاري ، بل ظاهر من تعرض للمسألة عدم الاشكال فيها . واستدل لذلك بأمر :

وكذا اذا زوج رجل فضولا بامرأة وقبل ان يطلع على ذلك تزوج أمها أو بنتها أو اختها ثم علم ودعوى ان الاجازة حيث انها كاشفة اذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني كما ترى .

الاول : انصراف عقد الفضول عنه .

الثاني : ان لازم الصحة جواز الاجازة ولو بعد خمسين سنة ، والحكم ببطلان العقد الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات .

الثالث : ان تأثير الاجازة في لزوم الفضولي انما هو اذا لم يمنع منه مانع وهو هنا موجود لاستلزامه ، أما تزويج زوجة واحدة بزوجين في زمان واحد ، أو بطلان نكاح لازم ، أو تحقق خيار الفسخ فيه من غير دليل .

الرابع : ان المرأة المذكورة بعد ان صارت ذات بعل حرم عليها التزويج ولم يصح منها ، والاجازة للعقد الفضولي تزويج ولا يصح منها ، وانما كان تزويجاً لانه بذلك يصح ان ينسب اليها العقد فيقال : [عقودكم] .

(وكذا اذا زوج رجل فضولا بامرأة وقبل ان يطلع على ذلك تزوج أمها أو بنتها أو اختها) أو الخامسة (ثم علم) .

ومما تقدم يظهر انه اذا كانت عنده أربع - مثلاً - فزوجه الفضولي بالخامسة ولم يعلم بذلك الا بعد طلاق احدها - مثلاً - لم يصح له الاجازة حتى على القول بأن الاجازة ناقلة ، اذ الاجازة الناقلة انما تصحح العقد السابق ، ولا يصح العقد على الخامسة بكل صورة .

(ودعوى ان الاجازة حيث انها كاشفة اذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني كما ترى) اذ ان العقد الثاني صدر عن أهله ووقع في محله وشملته الادلة

فلماذا يبطل ؟

مسألة - ٣٥ - اذا زوجها أحد الوكيلين من رجل وزوجها الوكيل الاخر من آخر فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح وان علم الاقتران بطلا معاً وان شك في السبق والاقتران فكذلك لعدم العلم بتحقق عقد صحيح والاصل عدم تأثير واحد منهما

ومما تقدم ظهر ، انه لو عقدها اثنان فضولا كان لها اجازة ايهما شاء ، فاذا اجازت احدهما ليس لها بعد ذلك اجازة الاخر ، اذ بالاجازة اصبحت ذات زوج ولا يصح لها نكاح ثان .

(مسألة - ٣٥ - اذا زوجها أحد الوكيلين من رجل وزوجها الوكيل الاخر من آخر فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح) لانه حدث بلامانع ، أما العقد الثاني فحيث كان له المانع فهو لا ينفذ ، وذلك خلاف الفصوليين ، فانه حيث لم يكن عقدها مالم تجز فلها أن تعجز أياً من السابق واللاحق .

(وان علم الاقتران بطلا معاً) وعلمه المستمسك ببطلان الجميع بلامرجح لكن يحتمل القرعة وتكون هي المرجحة ، كما في من أسلم عن أكثر من أربع وعليه فاللازم مراعاة الاحتياط ، وهل ميزان الاقتران أول العقد أو آخره أو جميعه؟ لا يبعد الوسط ، لانه قبل تمام العقد لا يصدق انه عقد فلا يشمله الدليل؟ (وان شك في السبق والاقتران فكذلك) مع عدم العلم بتاريخ أحدهما (لعدم العلم بتحقق عقد صحيح والاصل عدم تأثير واحد منهما) وأما مع العلم بتاريخ أحدهما فيحكم بصحة ما علم تاريخه ، كما قيده بذلك السادة ابن العم والبروجردى والحكيم وغيرهم ، وذلك لاستصحاب كونها خلية الى ما بعد معلوم التاريخ فيحصل شرط صحة معلوم التاريخ بسبب الاستصحاب الذي هو حاكم على اصاله عدم ترتب الاثر كما هو واضح .

وان علم السبق واللحوق ، ولم يعلم السابق من اللاحق ، فان علم تاريخ احدهما حكم بصحته دون الاخر وان جهل التاريخان ففي المسألة وجوه احدهما التوقيف حتى يحصل العلم.

الثاني : خيار الفسخ للزوجة .

الثالث : ان الحاكم يفسخ .

(وان علم السبق واللحوق، ولم يعلم السابق من اللاحق، فان علم تاريخ احدهما حكم بصحته دون الاخر) لما تقدم من اصاله عدم تقدم الاخر عليه، وذلك يوجب كونها خلية يصح تزويجها ، ولايجري الاصل في مجهول التاريخ .

(وان جهل التاريخان ففي المسألة وجوه احدهما التوقيف حتى يحصل العلم) لما عن المبسوط والتحرير ، وذلك للقواعد الاولى ولم يذكر هذا الوجه انه اذا لم يحصل العلم ماذا يصنع ؟ ولا يخفى ان اللازم الفحص في المسألة أولا في كل صور الشك لما تقدم غير مرة من لزومه في الشبهات الموضوعية هذا اذا لم يطلق، والالم يلزم الفحص كما هو واضح .

(الثاني : خيار الفسخ للزوجة) لانه كالمعاملة الغيبية يتدارك بالخيار بعد ان استلزم الضرر على المرأة، وما في المستمسك من الاشكال في ذلك بأن الضرر يلزم من ترتيب احكام الزوجية، لامن نفس الزوجية، غير تام لما ذكرناه في غضون بعض مباحث [الفقه] من عدم الفرق في رفع الضرر للحكم بين الامرين، والوجه رد هذا الوجه بانه لاتصل النوبة الى الاضرار بعد وجود قاعدة القرعة، لانه ضرر اذا لم تكن القاعدة .

(الثالث : ان الحاكم يفسخ) كما جعله محكى القواعد الاقوى ، لان فيه

الرابع : القرعة والافوق بالقواعد الوجه الاخير .
وكذا الكلام اذا زوجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى أو
زوجه أحدهما بأمرأة ، والآخر ببنتها أو أمها أو أختها

رفع الضرر، وفيه ماتقدم بالاضافة الى انه ان كان فيه ضرر كانت الزوجة أولى
بالفسخ .

(الرابع : القرعة) كما عن احتمال القواعد والتذكرة (والافوق بالقواعد
الوجه الاخير) لانها لكل أمر مشكل والمقام منه، وهذا هو الذي قواه المستمسك
وآخرون ، وان اشكل عليه جامع المقاصد بأن القرعة لامجال لها فى الامور
التي هى مناط الاحتياط التام ، وهى الانكحة التي يتعلق بها الانساب والارث
والتحريم ، كما أشكل عليه غيره بان القرعة تحتاج الى العمل ولاعمل فى
المقام .

اذ يرد على الاول : ان اطلاق القرعة شامل للمقام ، ومن اين ما ذكره
المحقق المذكور من الاستثناء ؟

وعلى الثاني : ان احتياجها الى العمل محل منع ، كيف ونرى جملة من
أعظم الفقهاء عملوا بها ابتداءً بدون ان يكون هناك عمل سابق عليهم .
نعم ، لاشكال في ان الاحتياط في المقام طلاقهما وترتيب آثار التحريم على
كليتهما .

(وكذا الكلام اذا زوجه احد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى) حيث لاتصح
الخامسة ، ولم يعلم ايتهما الخامسة (أو زوجه أحدهما بأمرأة ، والآخر ببنتها
أو أمها أو أختها) وليس مثل المقام لو زوجه فضولي ووكيل أحدهما بهذه
الاخت والآخر بأخت أخرى ولم يعلم السابق منهما، وكل قال: اجزت الفضولي

وكذا الحال اذا زوجت نفسها من رجل وزوجها وكيلها من آخر
أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بآخرى لا يمكن الجمع بينهما ولو ادعى
احد الرجلين المعقود لهما السبق ، وقال الاخر : لأدرى من السابق
وصدقت المرأة المدعى للسبق حكم بالزوجية بينهما لتصادقهما
عليها

اذ سواء كان فضولي بعد أو قبل لا يصح ، اما اذا كان بعد فواضح ، اذ لا مجال له
لما تقديم من لزوم صلاحية المحل .

وأما اذا كان قبل فهو من قبيل ان زوجه الفضولي ، ثم زوج هو بنفسه للاخت
الاخرى ، حيث ان عمله أبطل صلاحية الفضولي للاجازة .

نعم ، لو اوقع الفضول عقداً واجازه ووقع الوكيل عقداً على اختها ، ثم
لم يعلم هل ان عقد الفضول واجازته كانا سابقين او لاحقين ، كان ذلك من قبيل
عقد الوكيلين .

(وكذا الحال) في ان المرجع القرعة (اذا زوجت نفسها من رجل وزوجها
وكيلها من آخر أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بآخرى لا يمكن الجمع بينهما)
الى غير ذلك من الامثلة .

(ولو ادعى احد الرجلين المعقود لهما السبق ، وقال الاخر : لأدرى من
السابق وصدقت المرأة المدعى للسبق حكم بالزوجية بينهما لتصادقهما عليها)
كما هو المشهور ، لقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، واشكال المستمسك
على القاعدة المذكورة بأن أحكام الزوجية التي يقصد ترتيبها قد تكون على
وارثهما أو على أجنبي عنهما ومن المعلوم ان العموم المذكور لا يصلح لاثبات
ذلك فاذا العمد في الحكم المذكور الاجماع المعتمدة بالسير القطعية - انتهى

غير وارد ، اذ غالب الاقرارات تكون كذلك كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة كما اذا ادعى رجل وامرأة الزوجية بينهما بدون منازع فانه اقرار بحق الغير الى غير ذلك من الامثلة .

ثم ان جعل العمدة في المسألة الاجماع مع عدم تعرض كثير من الفقهاء للمسألة وجعل السيرة القطعية معتزدة مع ان مثل هذا الفرض قليل جداً - ان سلم انه علم حتى وقوع فرد منه - محل نظر ، انتهى شرح المتن بحمد الله سبحانه والله نسئل القبول والفائدة والتوفيق لاتمام بقية [الفقه] انه ولي ذلك وهو المستعان ، والحمد لله رب العالمين .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، وخاصة محمد سيد النبيين ، وعلى آله الطيبين الطاهرين .

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

٦٦ : ...
 ٥٦ : ...
 ٧٦ : ...
 ١٦ : ...
 ١٣ : ...
 ٢٣ : ...
 ٥٣ : ...

الفهرست

٥ فصل في المحرمات بالمصاهرة
 ٧ لماذا النساء المحرمات ؟
 ٩ حرمة زوجة كل من الابن والابن
 ١١ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
 ١٣ تحرم مملوكة أحدهما مع الدخول
 ١٥ حرمة ام الزوجة وبنات الزوجة
 ١٧ علاج تعارض الاخبار
 ١٩ لافرق بين كونها حجرة أم لا ؟
 ٢١ حرمة بنت الزوجة المدخولة سلقا
 ٢٣ أقسام الدخول
 ٢٥ تقويم الاب مملوكة الابن
 ٢٧ زنا الابن بمملوكة الاب
 ٢٩ وطى احدهما مملوكة الاخر
 ٣١ النكاح على العممة والخالة

- ٣٣ الجمع بين العمة والخالة و بنت الاخ والاخت
 هل يكفي الرضا الباطني ؟
 ٣٥ اذا رجعت عن الاذن بعد العقد
 ٣٧ اذا شرط في عقدهما اذنهما
 ٣٩ اذا اجازتا بعد الزواج
 ٤١ اذا دعنا عدم الاذن
 ٤٣ اذا طلقتهم ثم تزوج بالبينتين
 ٤٥ الزنا الطاري على التزويج
 ٤٧ اذا تزوج امرأة ثم زنا بينتها
 ٤٩ الزنا السابق على التزويج
 ٥١ لو كان الزنا بغير العمة والخالة
 ٥٣ جوابات المحرم عن روايات الحل
 ٥٥ الوطى بالشبهة هل يوجب الحرمة ؟
 ٥٧ لو زنى بمملوكة أبيه
 ٥٩ لو علم بأنه زنى باحديهما
 ٦١ لو طلق الزوجة بعد الزنا
 ٦٣ منظورة وملموسة الاب
 ٦٥ ام المرأة المملوكة
 ٦٧ هل يقوم اللمس والنظر مقام الوطى ؟
 ٦٩ يحرم الجمع بين الاختين
 ٧١ صور الجمع بين الاختين
 ٧٣ تزوج اختاً وملك اختاً
 ٧٥ وطىء أحد الاختين
 ٧٧

- ٧٩ لو تزوج باخت ثانية بعد الزواج بالاولى
- ٨١ لو تزوج الاختين
- ٨٣ هل يجبر الرجل على الطلاق؟
- ٨٥ لو تزوج الاختين في عقد واحد
- ٨٧ القرعة أو الحاكم يفسخ النكاح؟
- ٨٩ قاعدة العدل
- ٩١ لو اقترن عقد الاختين
- ٩٣ لو شك في السابق والاقتران
- ٩٥ لو وطىء احدى الاختين المملوكتين
- ٩٧ فروع الجمع بين الاختين
- ٩٩ لو كانت الاختان من الزنا
- ١٠١ اذا طلق الاخت رجعيًا
- ١٠٣ اذا زنى بأحدى الاختين
- ١٠٥ يجوز الجمع بين فاطميتين
- ١٠٧ رواية الصدوق (ره) تحمل على الكراهة
- ١٠٩ مسألة تزويج الامة
- ١١٣ لو شك في السابق من عقدهما
- ١١٥ تزويج العبد من غير اذن المولى
- ١١٧ لو كان العبد لمالكين
- ١١٩ اذا كان أحدا البوين حراً
- ١٢١ لو ادعت الامة انها حرة
- ١٢٣ اذا زوج عبد امته

- ١٢٥ فصل في الطواري
- ١٢٧ فروع عتق الزوجين
- ١٢٩ فصل في العقد واحكامه
- ١٣١ الاحتياج الى الصيغة
- ١٣٣ لا يصح النكاح الا باللفظ
- ١٣٥ هل يشترط العربية ؟
- ١٣٧ اذا أتى بترجمة النكاح
- ١٣٩ يكفى المستقبل والجملة الخبرية
- ١٤١ الايجاب من جانب الرجل
- ١٤٣ الايجاب بلفظ الامر
- ١٤٥ التطابق بين الايجاب والقبول
- ١٤٧ الملحق في الصيغة
- ١٤٩ الموالاة بين الايجاب والقبول
- ١٥١ التمييز في النكاح
- ١٥٣ عدم انفصال زمان النكاح عن زمان العقد
- ١٥٥ العقد المخالف للاحتياط
- ١٥٧ العاقد يجب كماله
- ١٥٩ صحة عقد المميز
- ١٦١ لوشك في السابق من عقدهما
- ١٦٣ في عقد السكرى
- ١٦٥ لأبأس بعقد السفهيه
- ١٦٧ بقاء المتعاقدين على الاهلية

- ١٦٩ لوجن بعد الايجاب
- ١٧١ يشترط تعيين الزوج والزوجة
- ١٧٣ التعيين بدون لفظ
- ١٧٥ اختلاف الاسم والوصف
- ١٧٧ صور اختلاف الزوجين
- ١٧٩ لو اختلفا انها فاطمة أو خديجة
- ١٨١ صحیحة الحذاء في المسألة
- ١٨٣ لا یصح نكاح الحمل وانكاحه
- ١٨٥ لا یصح علم كل من الزوجین بأوصاف الآخر
- ١٨٧ فصل في مسائل متفرقة
- ١٨٩ شرط الخيار في العقد فاسد
- ١٩١ اشتراط الخيار في المهر
- ١٩٣ لو ادعى أحدهما الزوجية وصدقه الآخر
- ١٩٥ اذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر
- ١٩٧ ترتب على المدعی آثار النكاح
- ١٩٩ لو رجع المنكر منهما الى الاعتراف
- ٢٠١ لو تزوج امرأة تدعی خلوها
- ٢٠٣ لا تكفي شهادة ثقة واحد بصدق المدعی
- ٢٠٥ لو ادعی رجل امرأة مزوجة
- ٢٠٧ لو أقرت زوجة رجل انها زوجة رجل آخر
- ٢٠٩ هل يجوز التزويج قبل تمام الدعوى
- ٢١١ لو قامت البينة انها زوجة رجل آخر

- ٢١٣ لو ادعت اخت الزوجة انها زوجة الرجل
- ٢١٥ تسمع دعوى الاخت بأنها زوجة
- ٢١٧ بينتان مطلقتان أولاً
- ٢١٩ صور احتمال زوجته اختين أو ..
- ٢٢١ لو اشترى العبد زوجته المملوكة
- ٢٢٣ اشترى زوجته لنفسه أو لمولاه
- ٢٢٥ اذا ادعت المرثة انها خلية
- ٢٢٧ لو غاب الرجل وادعت الزوجة موتها
- ٢٢٩ لا تجوز المقاربة الا بعد العلم بالعقد
- ٢٣١ لو أخبر الوكيل باجراء العقد كفى
- ٢٣٣ الاولياء هم الاب والجد
- ٢٣٥ ليس الوصي ولياً
- ٢٣٧ ولاية الاب والجد على الصغيرين
- ٢٣٩ ولاية الاب والجد على المجنون
- ٢٤١ الولاية على البكر
- ٢٤٣ الاقوال في استقلال البكر وعدمه
- ٢٤٥ التفصيل بين الدوام والانقطاع
- ٢٤٧ الاقوال في مسألة ولاية زواج البكر
- ٢٤٩ لو تزوجت البكر من دون اذن الاب
- ٢٥١ اذا عضلها الولى
- ٢٥٣ اذا ذهبت البكارة بغير الزواج
- ٢٥٥ لكل من الاب والجد الولاية
- ٢٥٧ لاختيار للصغيرين مع تزويج الاب

- ٢٥٩ القول بخيارهما مع تزويج الاب
 ٢٦١ في تزويج الصغيرين يشترط عدم المفسدة
 ٢٦٣ الاحوط مراعات المصلحة في تزويجها
 ٢٦٥ لوزوجها بدون مهر المثل
 ٢٦٧ نكاح السفية باذن الولى
 ٢٦٩ كل من الاب والجد مستقل
 ٢٧١ لوزوجها كل من منهما شخص
 ٢٧٣ لو تشاح الاب والجد
 ٢٧٥ لايزوج المولى عليه بمن به عيب
 ٢٧٧ هل خيار العيب للمولى ؟
 ٢٧٩ الخيار للصغير اذا بلغ
 ٢٨١ للموصى أن يزوج المجنون والصغير
 ٢٨٣ الكلام في تزويج الوصى
 ٢٨٥ الحاكم له حق التزويج
 ٢٨٧ يستحب للمرأة استئذان الاب و نحوه
 ٢٨٩ سكوت البكر رضاهما
 ٢٩١ يشترط في الولى البلوغ والعقل
 ٢٩٣ لاولاية لبعض الاء والاجداد
 ٢٩٥ تزويج الولى في حال الاحرام
 ٢٩٧ اذا خالف الوكيل كان فضولياً
 ٢٩٩ النكاح الفضولى
 ٣٠١ دليل صحة العقد الفضولى

- ٣٠٣ اقسام الفضولى
- ٣٠٥ لو كان طرف العقد فضوليين
- ٣٠٧ لا يشترط في الاجازة لفظ خاص
- ٣٠٩ لو اعتقد المجيز لزوم العقد
- ٣١١ الرضا الباطنى لا يكفى في الاجازة
- ٣١٣ الاجازة بالقول أو بالفعل
- ٣١٥ لا يشترط في الفضولى قصد الفضولية
- ٣١٧ هل تصح اجازة العقد دون المهر؟
- ٣١٩ اذا ظن كونه فضولا فبأن وكيلا
- ٣٢١ اذا أوقع الولى العقد بعنوان الفضولية
- ٣٢٣ لومات أحد الصغيرين بعد عقدهما
- ٣٢٥ ان بلغ أحدهما و اجاز قبل بلوغ الآخر
- ٣٢٧ المجيز يحتاج الى الحلف
- ٣٢٩ يجري حكم الصغير في المجنونين
- ٣٣١ احد الطرفين الولى والاخر الفضولى
- ٣٣٣ لو لم يتحقق ردولا اجازة
- ٣٣٥ اذا رد العقد بطل
- ٣٣٧ تزوج المعقود فضولا باخرى
- ٣٣٩ وكيلان زوجها لتفريق
- ٣٤١ زوجت نفسها وزوجها وكيلاها باخر



