

مُسْتَمْسَكَ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم

مشرقات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي

قم - إيران ۱۴۰۴ هـ ق

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

DUPL



32101 015225301

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

JUN 15 2008

هدیه از کتابخانه عمومی آیه الله العظمی
مرعشی نجفی قم بکتابخانه

۱۳۵

وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

فَلَا يَضِلُّ

مُسْتَمْسِكُ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

تأليف

فقيه عصر آیت الله العظمی

السیدین الطباطبائی حکیم

قد ترجمته

الجزء الرابع عشر

(Arab)

KBL

.T22

1980

juz' 14

منشورات مَكْتَبَةِ آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى الْمَرْعَشِيِّ الرَّجْفِيِّ

قم - ايران ۱۴۰۴ هـ ق



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

للنكاح مستحب في حد نفسه بالاجماع ، والكتاب ،
واللسنة المستفيضة ببل المتواترة . قال الله تعالى : (وانكحوا
الأباى منكم ، والصالحين من عبادكم وامائكم ، إن يكونوا
فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) (١) . وفي للنبي
المروي بين للفريقين : « للنكاح سنتي فمن رغب عن سنتي
فليس مني » (٢) ، وعن للصادق (ع) عن امير المؤمنين (ع)
قال : « تزوجوا فان رسول الله (ص) قال : من أحب أن
يتبع سنتي فان من سنتي للتزويج » (٣) ، وفي للنبي : « ما بني
بناء أحب الى الله تعالى من التزويج » (٤) ، وعن للنبي (ص) :
« من تزوج أحرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر » (٥)

(١٥) الفور : ٣٢ .

(٢٥) مستدرک الوسائل باب : ١٠٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١٥٠ . وكسز العمال

الجزء : ٨ . حديث : ٣٧٢٠ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٠٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٠٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٠٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١٢ .

بل يستفاد من جملة من الاخبار : استحباب حب للنساء ، ففي الخبر عن الصادق (ع) : « من أخلاق الانبياء حب للنساء » (١) ، وفي آخر عنه (ع) : « ما أظن رجلاً يزاد في هذا الأمر خيراً إلا ازداد حباً للنساء » (٢) . والمستفاد من الآية وبعض الاخبار : أنه موجب لسعة الرزق ، ففي خبر اسحاق بن عمار : « قلت لأبي عبدالله (ع) : الحديث الذي يرويه للناس حق ؟ إن رجلاً أتى للنبي (ص) فشكى إليه الحاجة فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات . قال أبو عبدالله (ع) : نعم هو حق . ثم قال (ع) : للرزق مع النساء والعيال » (٣) .

(مسألة ١) : يستفاد من بعض الأخبار كراهة للعزوبة فعن النبي (ص) : « رذال موتاكم العزاب » (٤) . ولا فرق على الأقوى في استحباب للنكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق ، لاطلاق الاخبار ، ولأن فائدته لا تنحصر في كسر للشهوة ، بل له فوائد ، منها زيادة للنسل وكثرة قائل : (لا لله إلا الله) ، فعن الباقر (ع) : « قال رسول الله (ص) ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله » (٥) .

(١٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(مسألة ٢) : الاستحباب لا يزول بالواحدة بل للتعدد مستحب أيضا ، قال الله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) (١) . والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح للدائم أو المنقطع بل المستحب أعم منها ومن للتسري بالاماء .

(مسألة ٣) : المستحب هو للطبيعة أعم من أن يقصد به القربة أولا . نعم عباديته وترتب للثواب عليه موقوفة على قصد القربة .

(مسألة ٤) : استحباب النكاح إنما هو بالنظر الى نفسه وطبيعته ، وأما بالنظر الى الطوارئ فينقسم بانقسام الاحكام الخمسة ، فقد يجب بالندر أو للعهد أو الحلف وفيما إذا كان مقدمة لواجب مطلق ، أو كان في تركه مظنة للضرر ، أو للوقوع في الزنا أو محرم آخر . وقد يحرم كما إذا أفضى الى الاخلال بواجب من تحصيل علم واجب أو ترك حق من الحقوق للواجبة ، وكان زيادة على الرابع . وقد يكره كما اذا كان فعله موجبا للوقوع في مكروه . وقد يكون مباحا كما اذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها . وبالنسبة الى المنكوحة أيضا ينقسم الى الأقسام الخمسة ، فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها ، أو يبتي بالزنا معها لولا تزويجها والمحرم نكاح المحرمات عيناً أو جمعا ، والمستحب المستجمع

للصفات المحمودة في النساء ، والمكروه للنكاح المستجمع
للاوصاف المذمومة في النساء ، ونكاح القابلة المربية ونحوها ،
والمباح ما عدا ذلك .

(مسألة ٥) : يستحب عند إرادة للتزويج أمور :
منها : الخطبة . ومنها : صلاة ركعتين عند إرادة للتزويج قبل
تعيين المرأة وخطبتها ، والدعاء بعدها بالمأثور ، وهو : « اللهم
إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا وأحفظهن
لي في نفسها ومالي وأوسعهن رزقا وأعظمهن بركة وقدر لي
ولدا طيباً يجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي » . ويستحب
أيضاً أن يقول : « أقررت للذي أخذ الله إمساك بمعروف
أو تسريح باحسان » . ومنها : للوليمة يوماً أو يومين لا يزيد
فانه مكروه ، ودعاء المؤمنين ، والأولى كونهم فقراء ، ولا بأس
بالاغنياء خصوصاً عشيرته وجيرانه وأهل حرفته ، ويستحب
إجابتهم وأكلهم ، ووقتها بعد للعقد أو عند الزفاف ليلاً أو
نهاراً ، وعن النبي (ص) : « لا وليمة إلا في خمس عرس
أو خرص أو عذار أو وكار أو ركاز » (١) للعرس : للتزويج
والخرص : للنفاس ، وللعذار : الختان ، وللوكار : شراء للدار
وللركاز : للعود من مكة . ومنها : الخطبة أمام العقد بما يشمل
على الحمد والشهادتين والصلاة على النبي (ص) والائمة (ع)
وللوصية بالتقوى ، والدعاء للزوجين ، والظاهر كفاية اشتغالها

على الحمد وللصلاة على للنبي وآله (ص) ، ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضا . ومنها : الاشهاد في الدائم والاعلان به ، ولا يشترط في صحة للعقد عندنا . ومنها : إيقاع للعقد ليلا . (مسألة ٦) : يكره عند للتزويج أمور : منها : إيقاع للعقد والقمر في للعقرب أي في برجها لا المنازل المنسوبة اليها وهي للقلب والاكليل وللزبانا وللشولة . ومنها : إيقاعه يوم الاربعاء . ومنها : ايقاعه في أحد الايام المنحوسة في للشهر ، وهي للثالث ، والخامس ، ولالثالث عشر ، وللسادس عشر ، والحادي وللعشرون ، وللرابع وللعشرون ، والخامس وللعشرون ومنها : إيقاعه في محاق للشهر وهو الليلتان أو الثلاث من آخر للشهر .

(مسألة ٧) : يستحب اختيار امرأة تجمع صفات ، بأن تكون بكرأ ، واودأ ، ودودا ، عفيفة ، كريمة الأصل - بأن لا تكون من زنا أو جيبض أو شبهة أو ممن تنال اللسن آباءها أو امهاتها أو مسهم رق أو كفر أو فسق معروف - وأن تكون سراء ، عيناء : عجزاء ، مربوعة ، طيبة للريح ، ورمة للكعب ، جميلة ، ذات شعر ، صالحه ، تعين زوجها على الدنيا والآخرة ، عزيزة في أهلها ذليلة مع بعلمها ، متبرجة مع زوجها حصاناً مع غيره ، فعن النبي (ص) : « إن خير نسائكم للولود للودود للعفيفة للعزيزة في أهلها للذليلة مع بعلمها المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره التي تسمع قوله وتطيع

أمره وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها ولم تبذل كتبذل للرجل (١) . ثم قال (ص) : ألا أخبركم بشرار نساءكم : للذليلة في أهلها للعزيزة مع بعلمها العقيم الحقود التي لا تلترع من قبيح ، المتبرجة اذا غاب عنها بعلمها ، الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله ولا تطيع أمره وإذا خلا بها بعلمها تمنعت منه كما تمنع للصعبة عن ركوبها ، لا تقبل منه - ذرا ولا تغفر له ذنبا « (٢٥) . ويكره اختيار العقيم ومن تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجبية ، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة ، ويكره تزويج جملة أخرى . منها : الغابلة وابنتها للمولود . ومنها : تزويج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه . ومنها : أن يتزوج اخت أخيه ومنها : المتولدة من الزنا . ومنها الزانية . ومنها : المجنونة . ومنها : المرأة الحمقاء أو للعجوز . وبالنسبة الى الرجال يكره تزويج سيء الخلق ، والمخنث ، والزنج ، والاكراد ، والخزر ، والاعرابي ، والفاسق وشارب الخمر .

(مسألة ٨) : مستحبات للدخول على للزوجة أمور :

منها : للوليمة قبله أو بعده . ومنها : أن يكون ليلا لأنه أوفق بالستر والحياء ، ولقوله (ص) : « زفوا عرائسكم ليلا واطعموا ضحى » (٣٥) . بل لا يبعد استحباب للستر المسكاني أيضا .

(١٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

ومنها: أن يكون على وضوء . ومنها: أن يصلي ركعتين للدعاء بعد الصلاة بعد الحمد وللصلاة على محمد وآله بالالفه وحسن الاجتماع بينهما . والأولى المأثور ، وهو : « اللهم ارزقني إفتها وودها ورضاها بي وأرضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنفس ابتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » : ومنها: أمرها بالوضوء وللصلاة أو أمر من يأمرها بهما . ومنها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها . ومنها: أن يضع يده على ناصيتها مستقبل للقبلة ويقول : « اللهم بأمانتك أخذتها وبكلماتك استحلتها فان قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقياً من شيعة آل محمد (ص) ولا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيباً » ، أو يقول : « اللهم على كتابك تزوجتها وفي أمانتك أخذتها وبكلماتك استحلت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » . ويكره للدخول ليلة الاربعاء .

(مسألة ٩) : يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الاذن ولو بشاهد الحال ، إن كان عاماً فالعموم وإن كان خاصاً فللمخصوصين . وكذا يجوز تملكه مع الاذن فيه ، أو بعد الاعراض عنه فيملك ، وليس لما لكة الرجوع فيه وإن كان عينه موجوداً ، ولكن الاحوط لها مراعاة الاحتياط .

(مسألة ١٠) : يستحب عند الجماع للوضوء والاستعاذة والتسمية وطلب اللواذ للصالح السوي وللدعاء بالمأثور وهو أن

يقول : « بسم الله وبالله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان مارزقتني » ، أو يقول : « اللهم بامانتك أخذتها . . . » الى آخر للدعاء للسابق ، أو يقول : « بسم الله الرحمن الرحيم للذي لا اله الا هو بديع السموات والارض اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيباً ولا حظاً واجعله مؤمناً مخلصاً مصفى من الشيطان ورجزه جل ثناؤك » . وأن يكون في مكان مستور .

(مسألة ١١) : يكره الجماع ليلة خسوف للقمر ، ويوم كسوف الشمس ، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما للريح للسوداء وللصفراء والحمراء ، واليوم الذي فيه للزلزلة . بل في كل يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة ، وكذا يكره عند الزوال ، وعند غروب الشمس حتى يذهب للشفق ، وفي المحاق وبعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس ، وفي أول ليلة من كل شهر الا في الليلة الأولى من شهر رمضان فانه يستحب فيها وفي للنصف من كل شهر ، وفي للسفر إذا لم يكن عنده الماء للإغتسال ، وبين الاذان والاقامة ، وفي ليلة الاضحى ، ويكره في للسفينة ، ومستقبل للقبلة ومستدبرها ، وعلى ظهر للطريق والجماع وهو عريان ، وعقيب الاحتلام قبل للغسل أو للوضوء والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة ، وعلى الامتلاء ، والجماع قائماً ، وتحت للشجرة المثمرة ، وعلى سقوف للبنيان ، وفي وجه الشمس إلا مع الستر ، ويكره أن يجامع وعنده من

ينظر ليه ولو للصبي غير المميز ، وأن ينظر الى فرج الامراة
حال الجماع ، وللكلام عند الجماع إلا بذكر الله تعالى ، وأن
يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن . ويستحب
الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة ويوم الخميس
عند الزوال ويوم الجمعة بعد العصر ، ويستحب عند ميل
للزوجة ليه .

(مسألة ١٢) : يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً

حتى يصبح .

(مسألة ١٣) : يستحب للسعي في التزويج ، وللشفاعة

فيه بارضاء الطرفين .

(مسألة ١٤) : يستحب تعجيل تزويج البنات وتحسينها

بالزوج عند بلوغها فعن أبي عبدالله (ع) : « من سعادة المرء
أن لا تطمئث ابنته في بيته » (١٠) .

(مسألة ١٥) : يستحب حبس المرأة في البيت فلا

تخرج إلا لضرورة ، ولا يدخل عليها أحد من الرجال .

(مسألة ١٦) : يكره تزويج للصغار وقبل البلوغ .

(مسألة ١٧) : يستحب تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر

(مسألة ١٨) : يستحب ملاعبة للزوجة قبل المواقعة .

(مسألة ١٩) : يجوز للرجل تقبيل أي جزء من جسد

زوجته ، ومس أي جزء من بدنه ببدنها .

- (مسألة ٢٠) : يستحب اللبث وترك التعجيل عند الجماع .
 (مسألة ٢١) : تكره المجامعة تحت السماء .
 (مسألة ٢٢) : يستحب إكثار للصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله .
 (مسألة ٢٣) : يستحب خلع خف للعروس إذا دخلت للبيت ، وغسل رجليها ، وصب الماء من باب الدار الى آخرها .
 (مسألة ٢٤) : يستحب منع للعروس في إسبوع للعرس من الايبان والخل والكزبرة والتفاح الحامض .
 (مسألة ٢٥) : يكره اتحاد خرقه للزوج وللزوجة عند الفراغ من الجماع .
 (مسألة ٢٦) : يجوز لمن يريد (١) تزويج امرأة أن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وله الحمد ، والصلاة والسلام على رسوله الأكرم ، وآله الطاهرين .
 (١) في كشف اللثام : اتفاق الأصحاب عليه في الجملة . وفي الجواهر :
 نفي الخلاف فيه بين المسلمين ، ودعوى الاجماع بقسميه عليه . ويشهد له
 النصوص ، منها مصحح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع)
 عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر لايها ؟ قال (ع) : نعم ، إنما
 يشتريها بأغلى الثمن » (١٠) ، ومصحح هشام بن سالم وحامد بن عثمان
 وحفص بن البخيري ، كلهم عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) :

(١٠) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

ينظر الى وجهها وكفها وشعرها ومحاسنها (١) ، بل لا يبعد

لا بأس بأن ينظر الى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها ، (١٠) ،
وصحيح الحسن بن السري قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل
يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلفها ، والى وجهها ، قال (ع) :
نعم ، لا بأس أن ينظر الرجل الى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . ينظر الى
خلفها والى وجهها ، (٢٠) الى غير ذلك من النصوص .

(١) أما الأولان : فلا إشكال فيهما . والأول منها صريح النصوص
السابقة . وأما الثاني : فلاستفادته من ذكر المعاصم في مصحح الفضلاء .
وأما الأخيران : فنسب الجواز فيهما الى المشايخ الثلاثة ، وجمع من الأصحاب
ويشهد لأولها صحيح عبد الله بن سنان : « قلت لأبي عبد الله (ع) :
الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر الى شعرها ؟ فقال (ع) : نعم ، إنما
يريد أن يشتريها بأغلى الثمن » (٣٠) ويشهد لثانيهما خبر غياث بن ابرهيم
عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع) : « في رجل ينظر الى محاسن
امرأة يريد أن يتزوجها ، قال (ع) : لا بأس ، إنما هو مستام فإن
يقض أمر يكن ، (٤٠) . ونحوه خبر مسعدة بن اليسع الباهلي عن أبي
عبد الله (ع) (٥٠) . وفي مرسل عبد الله بن الفضل عن أبيه عن رجل
عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت أينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها
فينظر الى شعرها ومحاسنها ؟ قال (ع) : لا بأس بذلك إذا لم يكن
متلذذاً ، (٦٠) .

- (١٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .
(٢٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .
(٣٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٧ .
(٤٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٨ .
(٥٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١٢ .
(٦٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

وفي الشرائع والارشاد والقواعد وغيرها : تخصيص الجواز بالوجه والكفين . بل ربما نسب الى المشهور . وكأنه لحمل المعاصم في الصحيح السابق على الكفين ، وعدم الاعتداد بالنصوص الأخيرة . وضعفه ظاهر ، لئذ المعصم غير الكف . والنصوص لا مانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها ، بل لإطلاق جواز النظر الى المرأة في مصحح ابن مسلم يقتضي ذلك ، ولا سيما بملاحظة التعليل فيه وفي غيره بأنه يشتريها بأعلى الثمن ، فإنه يقتضي ذلك ، وأوضح منه موثق يونس المروي عن علل الصدوق : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها قال (ع) : نعم ، وترقق له الثياب ، لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن » (١٥) ، فان ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكن من النظر الى ما خلف الثياب من سائر البدن ، ولذلك قال في الجواهر « فلا محيص للفقهاء الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر الى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها - وفيها الصحيح ، والموثق ، وغيرها - الدالة بأنواع الدلالة على ذلك » .

لكن شيخنا الأعظم (ره) في رسالة النكاح استشكل في الاطلاق المذكور في مصحح ابن مسلم تارة : من جهة أن المتبادر من النظر الى المرأة بحكم العرف هو النظر الى الوجه واليد لأنها موقع النظر غالباً ، وغيرها مستور غالباً بالثياب . وأخرى : من جهة أن تخصيص النظر في مصحح الفضلاء بالوجه والمعاصم لا يظهر له وجه إلا اختصاصهما بجواز النظر ، وأوضح منه في ذلك ما في صحيح السري (٢٥) فإنه (ع) بعد أن قال : « ينظر إليها » قال : « ينظر الى خلفها والى وجهها » .

(١٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١١ .

(٢٥) تقدم في أول المسألة .

جواز النظر الى سائر جسدها ما عدا عورتها (١) ، وإن كان الاحوط خلافه ، ولا يشترط أن يكون ذلك باذنها ورضائها (٢)

أقول : يشكل ما ذكره أولاً : بأن الغلبة لا توجب الانصراف المعتد به . مع أنها ممنوعة في نفسها ، فان الغالب عدم ستر مقدار من الشعر ، والرقبة ، والصدر والساقين ، ومقتضى ذلك عدم الاختصاص بالوجه والكفين ، لا الاختصاص بهما . وثانياً : بأن التخصيص في مصحح الفضلاء لا يصلح للتقييد إلا بناء على مفهوم اللقب . نعم ما ذكر لو سلم اقتضى سقوط إطلاق المصحح المذكور ، لا سقوط إطلاق غيره . وثالثاً : بأن التخصيص بالخلف والوجه في صحيح السري إنما كان لذكره في السؤال لبيان المراد من الاطلاق . مع أنه لو سلم فلا يقتضي الا سقوط الاطلاق المذكور فيه لا سقوط إطلاق غيره .

ومثله في الاشكال مناقشته (قدّه) في التعليل بأن المراد به تجويز النظر الى ما يندفع به معظم الغرر ، الحاصل من جهة حسن الخلقة واللون وقبحها ، وان ذلك يندفع بالنظر الى الوجه والكفين ، إذ يستدل بهما غالباً على حسن سائر الأعضاء ، وقبحها من حيث الخلقة واللون . إذ فيه : أنه لاوجه للتخصيص بالمعظم من الغرر ، فانه خلاف الاطلاق . مع أن الاستدلال بالوجه على غيره غير ظاهر . ومن ذلك يظهر لك الوجه في قول المصنف : « بل لا يبعد جواز النظر الى . . . كما تقدم من الجواهر . (١) كما نص على ذلك في الجواهر . وكأن الوجه فيه الاجماع ، فان أحداً لم يقل بالجواز فيها ، كما في كلام شيخنا الأعظم ، وإلا فاطلاق النص والتعليل شامل لها كغيرها .

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع والقواعد وغيرها . والظاهر عدم الخلاف فيه منا ، ولذا نسب في كشف اللثام الخلاف فيه الى مالك .

نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ (١) وإن علم أنه يحصل بنظرها قهراً (٢) . ويجوز تكرار النظر (٣) إذا لم يحصل للغرض - وهو الاطلاع على حالها - بالنظر الاول . ويشترط أيضاً أن لا يكون مسبوقاً بحالها (٤) ، وأن يحتمل اختيارها (٥) وإلا فلا يجوز . ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص ، أو كان قاصداً لمطلق للتزويج (٦) وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار ، وإن كان الأحوط الاقتصار على وبقضيه عموم النصوص . وليس النظر من حقوق الزوجة ، كي يحل باذنها ، بل هو من الأحكام .

(١) الظاهر لا إشكال في ذلك ، لاختصاص النصوص المتقدمة بالنظر للاطلاع فيرجع في غيره الى عموم المنع ، وقد تقدم ما في مرسل عبد الله ابن الفضل (١٠) ، المحمول على ذلك .

(٢) كما في كلام شيخنا الأعظم (ره) . وبقضيه عموم النصوص ، ولا سيما كونه الغالب .

(٣) كما في كلام شيخنا الأعظم (ره) بشرط أن يحتمل أن يفيد الثاني ما لا يفيد الأول ، لاطلاق النصوص ، والتعليل .

(٤) لخروجه عن مورد النصوص ، وهو النظر للاطلاع ، فيرجع فيه الى عموم المنع .

(٥) لأنه مورد النصوص فيرجع في غيره الى عموم المنع .

(٦) لاطلاق النصوص . وورداً وتعليلاً . واحتمال أن مورد النصوص

من يريد أن يتزوجها بالخصوص بعيد .

الأول . وأيضا لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر - من توكيل امرأة تنظر ليهي وتخبهه - أولا (١) ، وان كان الاحوط الاقتصار على الثاني . ولا يبعد جواز نظر المرأة أيضا الى للرجل الذي يريد تزويجها (٢) . ولكن لا يترك الاحتياط بالترك . وكذا يجوز للنظر الى جارية يريد شراءها (٣) ، وإن

(١) كما في رسالة شيخنا الاعظم (ره) ، لاطلاق الادلة ، ولا سيما بملاحظة ما اشتهر من أنه ليس الخبر كالعيان .

(٢) كما في القواعد وغيرها ، وقواه شيخنا الأعظم (ره) في الرسالة .

لما يستفاد من التعليل في أخبار المسألة ، فان الرجل اذا جاز له النظر لثلا يضيع ماله الذي يعطيه على جهة الصداق وغيره ، فلأن يجوز للمرأة لثلا يضيع بضعها أولى . وبشكل بخفاء المقايسة بين البضع والمال . مع أنها لو تمت فانما تقتضي لزوم معرفتها بالمال الذي هو عوض البضع لا بالرجل . ومثله في الاشكال الاستدلال عليه بما ورد في بعض النصوص أنه (ص) قال لرجل من أصحابه وقد خطب امرأة : « لو نظرت اليها فانه احرى أن يؤدم بينكما » (١٥) . فان الخبر ضعيف لا مجال للاعتداد عليه فيما نحن فيه ، ولذلك اختار في الجواهر المنع . بل في كشف اللثام : « لم أعرف من الأصحاب من قال به غيره (يعني : غير مصنفة) ، والحلي ، وابن سعيد . وإنما ذكرته العامة ، وروته عن عمر » .

(٣) نسب الى الاصحاب . وفي المسالك : أن جواز النظر الى وجهها

وكفيتها ومحاسنها وشعرها موضع وفاق . وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه » . ويشهد له نصوص المقام المشتملة على التعليل بأنه يشتريها بأعلى الثمن . مضافاً الى النصوص الواردة فيها بالخصوص ، كخبر أبي بصير

كان بغير إذن سيدها . وللظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل للوكيل وللولي والفضولي (١) . وأما في للزوجة فالمقطوع هو الاختصاص .

(مسألة ٢٧) : يجوز النظر الى نساء أهل للذمة (٢) ،

قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها . قال (ع) : لا بأس أن ينظر الى محاسنها ، ويمسها مالم ينظر الى مالا ينبغي النظر اليه » (١٥) ونحوه غيره . وتحقيق المسألة في كتاب البيع .
(١) في الجواهر : منع جواز ذلك لغير مريد التزويج ونو ولياً ، لقصور الأدلة عن إخراجها عن مقتضى الحرمة ، بخلافه في شراء الأمة الشامل له ولغيره ، عدا الفضولي على الظاهر . انتهى . وكأن عدم الشمول للفضولي من جهة علم تحقق الشراء حقيقة منه ، بخلاف الوكيل والولي . لكن الفرق بينهما في شراء الأمة وبينهما في التزويج غير ظاهر ، بعداشغال النصوص على الشراء ، وصدق المشتري على الوكيل والولي كصدقه على الاصيل . اللهم الا أن يقال الملحوظ في شراء الأمة المالية ، ولا مانع من شمول المشتري للولي والوكيل ، والملحوظ في التزويج مناسبات خاصة لا تقوم بغير من يريد التزويج لنفسه ، فينصرف المشتري عنه .
(٢) على المشهور ، كما في الحدائق ، وعن المسالك . قال في الشرائع :

« ويجوز النظر الى نساء أهل الذمة وشعورهن لأنهن بمنزلة الاماء » . ونحوه ما عن المقنعة والخلاف والنهاية . فيحتمل أن يكون المراد أنهن بمنزلة الاماء للمسلمين ، لأن الكفار فيء المسلمين ، وإنما يحرمهم الذمة ، فتكون نساء أهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد . لكن إثبات هذا المعنى غير ظاهر ، بل ممنوع ، وإنما يكون الملك بالاسترقاق . مع أنه يتوقف

على جواز النظر الى الأمة المشتركة . ويحتمل أن يكون المراد أنهم ملك
للإمام ، لما في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « إن أهل
الكتاب مماليك للإمام » (١٥) ، وخبر زرارة عنه (ع) : « إن أهل الكتاب
مماليك للإمام ، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة الى
مواليهم » (٢٥) ، وفي صحيح أبي ولاد عن أبي عبدالله (ع) : « وهم
مماليك للإمام ، فمن أسلم منهم فهو حر » (٣٥) . لكن الاستدلال بها متوقف
على ثبوت كلية جواز النظر الى أمة غيره ، وهو غير ظاهر . والاستدلال عليه
بالسيرة ، ليس بأولى من الاستدلال بها على المقام . نعم يمكن الاستدلال
على الحكم بخبر السكوني عن أبي عبدالله (ع) قال : « قال رسول الله (ص) :
لاحرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر الى شعورهن وأيديهن » (٤٥) . فانه
لابأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه . وإن كان ظاهر من علل بأنها
بمنزلة الامناء عدم الاعتماد عليه . ولكن اعتماد غيره كاف في جبر ضعفه
لو كان . وبؤيده خبر أبي البخترى عن جعفر (ع) عن أبيه عن علي بن
أبي طالب (ع) : « لا بأس بالنظر الى رؤوس النساء من أهل الذمة » (٥٥) .
ومن ذلك يظهر ضعف ما عن ابن ادريس من المنع من النظر اليهن عملاً
بعموم الآية المحرمة للنظر ، التي لا يجوز تقييدها بخبر الواحد . وتبعه على
ذلك في المختاف ، وكشف اللثام .

(١٥) الوسائل باب : ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٢ . لكن وردت روايته
من ابي بصير كما في الكافي الجزء : ٥ صفحة ٣٥٨ والنهذيب الجزء : ٧ صفحة ٤٤٩ ويأتي من
الشارح (قده) في فصل ما يحرم باستيفاء العدد .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب العدد حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١ من ابواب العاقلة حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٥٥) الوسائل باب : ١١٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

بل مطلق للكفار ، مع عدم التلذذ وللريبة (١) ، أي : خوف الوقوع في الحرام (٢) . والأحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهن على عدم ستره (٣) . وقد يلحق بهم نساء أهل

(١) كما نص على ذلك في المقنعة ، والخلاف ، والنهاية ، والشرائع ، والقواعد وغيرها ، والعمدة في دليله الإجماع ظاهراً . وإلا فالنص مطلق .
(٢) قال في المسالك : « ينبغي أن يكون المراد بها خوف الوقوع معها في المحرم ، وهو المعبر عنه بخوف الفتنة » وفي كشف اللثام : « هي ما يخطر بالبال من النظر ، دون التلذذ به ، أو خوف افتتان . والفرق بينه وبين الريبة ظاهر مما عرفت ، ولذا ذكر الثلاثة في التذكرة ، ويمكن تعميم الريبة للافتتان ، لأنها من (راب) إذا وقع في الاضطراب ، فيمكن أن يكون ترك التعرض له هنا ، وفي التحرير ، وغيرهما لذلك . والمراد مما يخطر بالبال من النظر : الميل الى الوقوع في الحرام مع المنظور اليه ، وإن كان عالماً بعدم وقوعه . فنقول : بناء على ذلك يكون المراد من الريبة مردداً بين الأمرين : الخطور الخاص ، وخوف الوقوع في الحرام . ويظهر من التذكرة : حرمة الجميع ، كما يظهر منها ومن كشف اللثام : حرمة الوقوع في الافتتان ، فإن تم إجماع عليه - كما هو الظاهر وفي المستند : « أنه متحقق في الحقيقة ، ومحكي في بعض المواضع حكاية مستفيضة » - فهو ، وإلا فيشكل تحريم أحدهما ، لعدم وضوح دليل على ذلك . وظاهر شيخنا في الرسالة : وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام ، وأما حرمة مع أحد الأمرين ، فلأن فيها الفساد المنهي عنه . والاشكال عليه ظاهر .

(٣) إذا كان المستند في الحل التعليل فهو يقتضي جواز جميع البدن . وإذا كان المستند خبر السكوني لزم الاقتصار على خصوص الشعور والأبدي .

للبوادي والقرى من الاعراب وغيرهم (١) ، وهو مشكل (٢) نعم للظاهر عدم حرمة للتردد في الاسواق ونحوها مع للعلم بوقوع للنظر عليهن ، ولا يجب غض للبصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان .

وقد عرفت أنه المتعين . اللهم إلا أن يفهم أن ذكر الشعور والأيدي من باب أن المتعارف كشفه ، لا لخصوصية فيهما .

(١) لخبر عباد بن صهيب : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لا بأس بالنظر الى رؤوس نساء أهل تهامة ، والأعراب ، وأهل السواد ، والعلوج ، لأنهم إذا نهوا لا ينتهون » (١٠) . وعن الفقيه أنه رواه مكان « أهل السواد والعلوج » : « أهل البوادي من أهل الذمة » (٢٥) .

(٢) لضعف عباد . لكن رواه في الكافي هكذا : « عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن محبوب ، عن عباد بن صهيب » وأحمد بن محمد بن عيسى أخرج البرقي من قم لأنه يروي عن الضعفاء ، ويعتمد المراسيل . وابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الاجماع ، ومن لا يروي إلا عن ثقة . ولا يبعد أن يكون ذلك كافياً في جبر ضعف السند . واحتمل في الجواهر أن يكون المراد من التعليل عدم وجوب غض النظر وترك التردد في الاسواق والازقة من أجلهن ، لأنهن لا ينتهين بالنهي ، فيلزم من ترك ذلك العسر والحرج . لكنه خلاف الظاهر . فلا يبعد إذا العمل بالحديث ، لولا ما قد يظهر من المشهور من عدم العمل به ، لعدم

(١٥) الوسائل باب : ١١٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة ٣٠٥ طبعة النجف الحديثة . لكن الموجود فيه هكذا : « لا بأس بالنظر الى شعور أهل تهامة والاعراب وأهل البوادي من أهل الذمة والعلوج لأنهن إذا نهين لا ينتهين » .

(مسألة ٢٨) : يجوز لكل من للرجل والمرأة (١) للنظر الى ما عدا للعورة من مماثله شيعها أو شاباً ، حسن الصورة أو قبيحها ، ما لم يكن بتلذذ أو ريبة (٢) . نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية والنصرانية (٣) ، بل مطلق للكافرة (٤) ، فانهن يصفن ذلك لأزواجهن . والقول بالحرمة

تعرضهم لمضمونه . نعم لا بأس بالعمل به بالمقدار الذي عليه السيرة ، وهو ما أشار اليه المصنف (ره) بقوله : « نعم الظاهر . . . » .

(١) بلا إشكال ولا خلاف ، بل لعله من ضروريات الدين المعلومة باستمرار عمل المسلمين عليه في جميع الاعصار والامصار . كذا في الجواهر ، ويشهد له النصوص الواردة في آداب الحمام (١٥) .

(٢) لما سبق .

(٣) لما في صحيح حفص بن البخري عن أبي عبد الله (ع) : « لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية ، فانهن يصفن ذلك لأزواجهن » (١٥) . وقوله (ع) : « لا ينبغي » لا يدل على أكثر من الكراهة ، كما أن التعايل يقتضي اختصاص الكراهة بالمزوجة التي هي مظنة الوصف للزوج ، فلا تشمل من لزوج لها ، أو كان مفقوداً ، أو كانت مأمونة من جهة التوصيف ، كما لا تشمل المرأة التي لاصفات لها حسنة لا يحسن نقلها ، كما أن مقتضى التعليل التعدي الى غير اليهودية والنصرانية إذا كانت تصف لزوجها من تراه من النساء .

(٤) كأنه لعموم التعليل .

(١٥) راجع الوسائل باب : ٣ ، ٤ ، ٥ ، ١٨ من ابواب آداب الحمام .

(٢٥) الوسائل باب : ٩٨ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

للآية (١) حيث قال تعالى : (أو نسائهن) فخص بالمسلمات ضعيف لاحتمال كون المراد من (نسائهن) (٢) الجوّاري والخدم لهن من الحرائر .

(مسألة ٢٩) : يجوز لكل من للزوج والزوجة للنظر الى جسد الآخر (٣) ، حتى للعوّرة (٤) ، مع التلذذ وبدونه ،

(١) قال في كشف اللثام : « والشيخ ، والطبرسي في تفسيرهما ، والراوندي في فقه القرآن ، على المنع من نظر المشتركة الى المسلمة . قال الشيخ والراوندي : إلا أن تكون أمة . وفسروا (نسائهن) بالمؤمنات وهو قوي » وفي الحدائق : موافقتهم . لأن « لا ينبغي » في الصحيح بمعنى : لا يجوز ، ولأن النهي في الآية للتحريم .

(٢) هذا الاحتمال نسبة في المسالك الى المشهور ، وعن الكشاف : « المراد من (نسائهن) من في صحبتهن من الحرائر » . ويحتمل أن يكون المراد منه ما يعم الأمرين معا . ويحتمل أن يكون المراد منه مطلق النساء سواء كن في صحبتهن أو خدمتهن ، أم لم يكن كذلك ، كما احتمله في الجواهر . ويحتمل أن يكون المراد النساء اللاتي من الأرحام كالعمة والخالة والأخت . ولعل قرينة السياق تقتضي ذلك ، فيكون أقرب . وبالجملة : يكفي في الاضافة أدنى ملابسة ، والملابسة المصححة للاضافة في المقام مجهولة مرددة بين وجوه لاقريئة على واحد منها ، والحمل على جهة الاشتراك في الدين ليس أولى من غيره ، ومع الاجمال لا مجال للاستدلال . وأقرب الاحتمالات الأخير ، وأبعدها ما في الجواهر .

(٣) إجماعاً ، نصاً (١) وفتوى ، بل هو من الضروريات .

(٤) كما صرح به في النصوص ، بل المصرح فيها أكثر من ذلك .

بل يجوز لكل منهما مس الآخر بكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ وبدونه (١) .
(مسألة ٣٠) : الخنثى مع الأنثى كالذكر (٢) ، ومع للذكر كالأنثى .

نعم عن ابن حمزة حرمة النظر الى فرج المرأة حال الجماع . لما في خبر أبي سعيد الخدري في وصية النبي (ص) لعلي (ع) : « ولا ينظر الرجل الى فرج امرأته ؛ وليغض بصره عند الجماع ، فان النظر الى الفرج يورث العمى في الولد » (١٠) . لكن في موثق سماعة قال : « سألت عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها . قال (ع) : لا بأس به إلا أنه يورث العمى » (٢٠) .

(١) هذا كما قبله من القطعيات .

(٢) قال في جامع المقاصد : « الخنثى المشكل بالنسبة الى الرجل كالمرأة ، وبالنسبة الى المرأة كالرجل ، لتوقف يقين امتثال الأمر بغض البصر والستر على ذلك » . وعن صاحب المدارك : الاتفاق عليه .
أقول : الخنثى مع ابتلائه بكل من الرجل والمرأة يعلم إجمالاً بحرمة النظر الى أحد الصنفين فيجب عليه الاجتناب عنها معاً . وأما مع عدم الابتلاء إلا بأحدهما ، فيشكل وجوب الاحتياط عليه للشبهة الموضوعية ، كما أشار الى ذلك في الجواهر . ومثله الأنثى مع الخنثى فإنه لما لم يجرز ذكوره ، لم يجب التستر عنه ، ولم يحرم النظر اليه . وكذا الكلام في الذكر مع الخنثى . وسيأتي في المسألة الخمسين ماله تعلق بالمقام .

(١٥) الوسائل باب ٥٩٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب ٥٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(مسألة ٣١) : لا يجوز للنظر الى الاجنبية (١) ، ولا للمرأة للنظر الى الأجنبي (٢) من غير ضرورة .

(١) لإجماعا ، بل ضرورة من المذهب . كذا في الجواهر . ويشهد له قوله تعالى : (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ، ويحفظوا فروجهم ، ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون . وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ، ويحفظن فروجهن ، ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها ، وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن ، أو آبائهن ، أو آباء بعولتهن ، أو أبناء بعولتهن ، أو إخوانهن ، أو بني إخوانهن ، أو بني أخواتهن ، أو نسائهن ، أو ما ملكت أيمانهم أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال ، أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء . ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ، وتوبوا الى الله جميعا أيها المؤمنون ، لعلكم تفلحون) (١٥) . وإن كانت دلالة لا تخلو من تأمل . فان غضض الابصار غير ترك النظر . مع أنه من المحتمل أن يكون المراد الفروج بقريئة السياق ، لا العموم . مع أن إرادة العموم تقتضي الحمل على الحكم الأولي ، وهو غضض النظر عن كل شيء . وحمله على الغضض عن المؤمنات لا قريئة عليه . اللهم الا أن يكون المستند في تعيين المراد الإجماع .

(٢) كما هو المعروف ، لعموم الأمر بغضهن من أبصارهن ، بناء على ما عرفت من الإجماع ، ويؤيده ما ورد من قول النبي (ص) لعائشة وحفصة ، حين دخل ابن أم مكتوم : « ادخلا البيت ، فقالتا : إنه أعمى . فقال : إن لم يركبا فاركبا تريانه » (٢٥) . لكن في التذكرة : « حكي عن بعض الجواز . مستدلا على ذلك بأنه لو استوبا لأمر الرجل بالاحتجاب

(١٥) النور : ٣٠ ، ٣١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

واستثنى جماعة للوجه والكفين فقالوا بالجواز فيهما (١)

كالنساء . وهو كما ترى .
والذي يظهر من كلماتهم مساواة المرأة للرجل في المستثنى منه والمستثنى .
فان الحكم في المستثنى بالنسبة الى نظر الرجل كان مستنداً الى قوله تعالى :
(الا ما ظهر منها) ، وليس مثله ثابتاً في نظر المرأة ، فلا مستند في
المساواة كلية الا الاجماع ، كما ادعاه بعضهم ، ففي الرياض : « تتحد
المرأة مع الرجل ، فتمنع في محل المنع ، ولا تمنع في غيره ، إجماعاً » ،
ونحوه كلام شيخنا الأعظم (ره) في الرسالة . لكن الاعتماد على الاجماع
المخالف للسيرة القطعية الفارقة بين الرجل والمرأة في ستر الوجه والكفين ،
كما ترى .

(١) نسب هذا القول الى الشيخ وجماعة ، واختاره في الحدائق والمستند
وشيخنا الأعظم في رسالة النكاح ، مستندين في ذلك الى صحيح الفضيل
قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الذراعين من المرأة ، هما من الزينة
التي قال الله تعالى : (ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن) ؟ قال : نعم ،
ومادون الخمار من الزينة ، وما دون السوارين » (١٥) وظاهر أن ما يستره
الخمار هو الرأس والرقبة ، والوجه خارج عنه ، وان الكف فوق السوار
لادونه ، فيكونان خارجين عن الزينة . وفي موثق زرارة عن أبي عبد الله (ع)
في قول الله عزوجل : (إلا ما ظهر منها) قال : « الزينة الظاهرة :
الكحل والخاتم » (٢٥) ، وهما في الوجه والكف : ورواية أبي بصير
عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن قول الله عزوجل : (ولا يبدن

(١٥) الوسائل باب : ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

زينتهن الا مظهر منها) قال (ع) : الخاتم والمسكة ، وهي القلب (١٥) والقلب - بالضم - : السوار ، وخبر مسعدة بن زياد : « سمعت جعفر (ع) وسئل عما تظهر المرأة من زينتها ، قال (ع) : الوجه والكفين » (٢٥) ، وخبر أبي الجارود المروي عن تفسير علي بن ابراهيم عن أبي جعفر (ع) : « في قوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) ، فهي الثياب ، والكحل ، والخاتم ، وخضاب الكف ، والسوار . والزينة ثلاثة : زينة للناس ، وزينة للمحرم ، وزينة للزوج . فاما زينة الناس فقد ذكرنا . واما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها ، والدمليج فما دونه ، والخامخال وما سفلى منه . واما زينة الزوج فالجسد كله » (٣٥) . الى غير ذلك من النصوص التي يستفاد منها صراحة ، أو ظهوراً ، أو إشعاراً : الجواز . ومنها : ماورد في المرأة تموت وليس معها الا الرجال ، وفي الرجل يموت وليس معه الا النساء . ومنها : صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها ، إما كسر ، وإما جرح ، في مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء ، يصلح له النظر إليها ؟ قال (ع) : إذا اضطرت فليعالجها إن شاءت » (٤٥) ، فان الرواية كالصريحة في أن من جسد المرأة ما يصلح النظر إليه ، وما لا يصلح بل يمكن الاستدلال بالآية الشريفة : (وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن) ، فان استثناء ما ظهر من الزينة يدل على أن من الزينة

(١٥) الوسائل باب : ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٨٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٣٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

ما هو ظاهر ، ولا يكون إلا بظهور موضعها ، فيدل على أن بعض جسد المرأة ما يجوز لإظهاره ولا يحرم كشفه . لا أقل من استفادة ذلك من قوله تعالى : (وليضربن بخمرهن على جيوبهن) ، فإن تخصيص الجيوب بوجود الستر يدل على عدم وجوب ستر الوجه ، وإلا كان أولى بالذكر من الجيب ، لأن الخمار يستر الجيب غالباً ولا يستر الوجه .

وقيل : لا يجوز . واختاره العلامة في التذكرة والارشاد ، وتبعه عليه جماعة ، منهم كاشف اللثام ، وشيخنا في الجواهر ، لعموم ما دل على غرض البصر ، وقوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن) ، وما في كنز العرفان من إطباق الفقهاء على أن بدن المرأة عورة إلا على الزوج والمحارم ، ولسيرة المتدينين من الستر ، ولما في الروايات المتضمنة أن النظر سهم من سهام إبليس ، وأن زنا العين النظر ، وأنه رب نظرة أوجبت حسرة يوم القيامة (١٥) ومكاتبة الصفار الى أبي محمد (ع) : « في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم ، هل يجوز له أن يشهد عليها وهو من وراء الستر يسمع كلامها ، إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التي تشهدك ، وهذا كلامها ، أو لا يجوز له الشهادة حتى تبرز ويثبتها بعينها؟ فوقع (ع) : تنتقب وتظهر للشهود » (٢٥) ، ولما ورد من أن المرأة الخثعمية أتت رسول الله (ص) بمنى في حجة الوداع تستفتيه ، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله (ص) ، فأخذ ينظر إليها وتنظر إليه فصرف رسول الله (ص) وجه الفضل عنها ، وقال : « رجل شاب وامرأة شابة . أخاف أن يدخل الشيطان بينهما » (٣٥) .

(١٥) راجع الوسائل باب : ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٥٠٢٠١ .

(٢٥) من لا يحضره الفقيه باب : ٢٩ من ابواب القضاء حديث : ٢ .

(٣٥) مستدرک الوسائل باب : ٨٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٧ ، كنز العمال :

مع عدم الريبة والتلذذ (١) .

والمناقشة في جميع ذلك ممكنة ، فان عموم مادل على لزوم غض البصر مقيد بما سبق ، مع أن غض البصر أعم من ترك النظر . وقوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن) قد استثنى منه ما ظهر منها . وحمله على زينة الثياب - كما حكاها في كشف اللثام عن ابن مسعود - مع أنه خلاف الظاهر في نفسه ، مخالف لقريئة السياق مع قوله تعالى : (وليضرن بخمرهن) . وأما إطباق الفقهاء المحكي عن كثر العرفان : فلا مجال للاعتماد عليه مع وضوح الخلاف وشهرته ، وأما السيرة : فأعم من الوجوب . وأما ما في الروايات من أن النظر سهم من سهام ابليس : فالظاهر أنه بملاحظة ما يترتب على النظر من الأثر المحرم ، فان ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم ، فيكون مختصاً بالنظر بشهوة . وأظهر منه في ذلك ماورد من أن زنا العين النظر ، وأنه رب نظرة أرجبت حسرة . على أن الأخير لإيجاب جزئي ، وهو لا يدل على عموم التحريم . وأما الأمر بالتنقب في المكاتب : فلا يظهر أنه للوجوب التعبدية ، ومن الجائز أن يكون للمحافظة على خفارة المرأة ومنع ما يوجب الاستحياء . مع أنها تدل على جواز النظر الى بعض الوجه . وأما رواية الخثعمية : فتدل على الجواز ، كما في المسالك ، لأنه (ص) لم ينهها عن النظر ، وإنما صرف وجه الفضل عن المرأة ، معللاً بخوف دخول الشيطان ، الناشئ من التلذذ ، الحاصل من وقوع النظر المؤدي الى الافتتان . هذا مضافاً الى ما يظهر من الرواية من أن المرأة كانت مكشوفة الوجه ، وأن النبي (ص) كان ينظر إليها ، فرآها تنظر الى الفضل . وهناك وجوه أخرى للجواز ، وللتحريم ، لا يهم ذكرها لوضوح المناقشة فيها .

(١) قد عرفت أن الريبة مفسرة في كلامهم بأحد أمور : خوف الوقوع في الحرام ، وما يخطر في البال عند النظر من الميل الى الوقوع

في الحرام مع المنظور اليه من تقبيل ونحوه ، وخوف الافتتان . ويظهر من كلماتهم حرمة النظر في جميع ذلك ، وأن العمدة فيه الإجماع وارتكاز المتشعبة ، وكذا النظر مع التلذذ

وهل يختص التحريم بقصد التلذذ - كما قد يظهر من عبارة الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، حيث ذكر فيها أنه لا يجوز النظر لتلذذ أورية - أويعم ما إذا حصل التلذذ ، في حال النظر وإن لم يكن واقعاً بقصد التلذذ ، فيجب عايه الكف مع التلذذ ؟ وجهان . وفي رسالة شيخنا الأعظم : الظاهر الأول ، لاطلاق الأدلة ، ولأن النظر الى حسان الوجوه من الذكور والاناث لا ينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المحبولة على ملائمة الحسان ، فلو حرم النظر مع حصول التلذذ لوجب استثناء النظر الى حسان الوجوه ، مع أنه لا قائل بالفصل بينهم وبين غيرهم . وأيده (قده) بصحيح علي بن سويد : « قلت لأبي الحسن (ع) : لاني مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر إليها ، فقال (ع) : لا بأس يا علي إذا عرف الله من نيتك الصدق ، وإياك والزنا ، فانه يذهب بالبركة ، ويذهب بالدين » (١٥) . فان مراد السائل أنه كثيراً ما يتفق له الابتلاء بالنظر الى المرأة الجميلة ، وأنه حين النظر إليها يتلذذ لمكان حسنها . وفيه : أن الظاهر من المرتكزات الشرعية حرمة النظر مع التلذذ ، فيقيد به الاطلاق . وأما ما ذكره ثانياً ، ففيه : أن التلذذ الذي هو محل الكلام التلذذ الشهوي . وما تقتضيه الطبيعة البشرية المحبولة على ملائمة الحسان هو التلذذ غير الشهوي ، كالتلذذ الحاصل بالنظر الى المناظر الحسنة ، كالحدائق النظرة ، والعمارات الجميلة ، والاشعة الكهربائية المنظمة على نهج معجب ، ونحو ذلك . وكل ذلك ليس مما نحن فيه . وأما صحيح

وقيل بالجواز فيهما مرة (١) ، ولا يجوز تكرار النظر ، والأحوط المنع مطلقاً .

علي بن سويد فالظاهر منه الاضطرار الى النظر لعلاج ونحوه ، بقريظة قوله (ع) : « إذا عرف الله من نيتك الصدق ، يعني : الصدق في أن نظرك للغاية اللازمة ، لا مذكوره (قده) ولا مذكر في كشف اللثام والجواهر من النظر الاتقائي ، إذ النظر الاتقائي لانية فيه .

(١) اختار هذا القول في الشرائع ، والتقواعد . للجمع بين أدلة القولين ، كما يشهد به النبوي : « لا تتبع النظرة النظرة ، فإن الأولى لك . والثانية عليك ، والثالثة فيها الهلاك » (١٥) وعن العيون روايته بدل : « فان . . . » : « فإيس لك يا علي إلا أول نظرة » (٢٥) ، وخبر الكاهلي عن الصادق (ع) : « النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة ، وكفى بها لصاحبها فتنة » (٣٥) . وفيه : أن من أدلة القولين ما يأتي هذا الجمع جداً . مع أنه بلا شاهد . والنبوي لا يصلح لذلك ، لقصوره سنداً ، بل دلالة أيضاً ، لقرب كون المراد من أن النظرة الثانية عليه : أنها توجب الريبة واللذة ، بقريظة جعل المراتب ثلاثة . وبالجملة : القول المذكور أضعف الأقوال دليلاً . وأقواها القول الاول ، لولا ما عليه مرتكزات المتشرعة من المنع ، على وجه يعد ارتكاب النظر عندهم من المنكرات التي لا تقبل الشك والتردد ، ولا يقبل فيها عذر ولا اعتذار . واحتمال أن يكون ذلك من جهة الغيرة ، بعيد . ولذلك لا يستنكرون النظر الى

(١٥) لم نثر على هذا النص ، نعم يوجد هذا المضمون متفرقاً في احاديث الباب : ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح من الوسائل .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٦ .

(مسألة ٣٢) : يجوز النظر الى المحارم (١) التي يحرم عليه نكاحهن ، نسباً ، أو رضاعاً (٢) ،

القواعد من النساء استنكاراً دينياً ، وإن كانوا يستنكرونه من جهة الغيرة ولا يرونه حراماً . نعم يختص هذا الاستنكار في النساء التي يكون النظر اليها مظنة التلذذ ، وإن لم يكن بقصد التلذذ ، ولا مقروناً معه . ولأجل ذلك لا مجال للاقدام على الفتوى بالجواز فيهن ، وإن قام عليه دليل . اللهم إلا أن يكون الاستنكار من جهة ما يترتب عليه من التلذذ غالباً . والمسألة محتاجة الى تأمل .

(١) إجماعاً ، صريحاً وظاهراً . في كلام جماعة . وفي الجواهر : هذه من الضروريات . ويشهد له في الجملة قوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن . . .) (١٥) . وما ورد في تغسيل المحارم مجردات ويلقى على عورتهم خرقه (٢٥) . لكن في القواعد في آخر حد المحارب : « ليس للمحرم التطلع على العورة ، والجسد عارياً » ، ونسب الى ظاهر التحرير هناك ، وعن التذكرة : حكايته عن الشافعية في وجهه ، وعن التنقيح : استثناء الثدي حال الرضاع . ولكنه كما ترى مخالف لاطلاق الكتاب ، ومعاقب الاجماع . وإن كان قد يشهد له خبر أبي الجارود المتقدم (٣٥) . لكنه لا يصلح لمعارضة ما ذكر .

(٢) إذا كان حكمه مستفاداً مما دل على أنه بمنزلة النسب ، فلا يشمل ما يستفاد حكمه مما دل على أنه لا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن (٤٥)

(١٥) النور : ٣١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٠ من ابراب غسل الميت .

(٣٥) راجع صفحة : ٢٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث : ٢٤١ .

أو مصاهرة (١) ، ما عدا العورة ، مع عدم تلذذ وريبة (٢).
وكذا نظرهن ليه (٣) .

(مسألة ٣٣) : المملوكة كالزوجة بالنسبة الى السيد (٤)
إذا لم تكن مشتركة ، أو وثنية ، أو مزوجة (٥) أو مكاتبسة
أو مرتدة .

أو في أولاد المرضعة (١٥) ، فإن دليل التحريم في مثل ذلك لا يقتضي
الخروج عن عموم حرمة النظر وعموم وجوب التستر .

(١) بالمعنى الآتي بيانه ، وهو المختص بعلاقة الزوجية ، لا غير ،
فانه الذي تقتضيه الأدلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر . فلا يشمل
التحريم الحاصل من الزنا ، أو اللواط ، أو نحو ذلك .
(٢) لإجماعا على ما عرفت .

(٣) لما عرفت من البناء على المساواة بين الرجل والمرأة .

(٤) الذي يظهر من جماعة التلازم في الأمة بين جواز النكاح ذاتا
والنظر ، فإذا جاز نكاح الأمة ذاتاً جاز النظر ليهما ، والافلا . وإذا حرم نكاحها
عرضاً لحبص ونحوه ، لم يحرم النظر ليهما . ولأجل ذلك استثنى في المتن
- تبعاً للتذكرة ، وغيرها - المشتركة وما بعدها ، لعدم جواز نكاحهن .

(٥) في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال : « سألت أبا عبد الله (ع)
عن الرجل يزوج مملوكته عبده ، أنقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفاً
أو يراها على تلك الحال ؟ فكره ذلك ، وقال : قد منعتني أن أزوج بعض
خدمني غلامي لذلك » (٢٥) ، ونحوه غيره . لكن في دلالاته على الحرمة
تأمل ولذا مال أو قال بالجواز فيها جماعة .

(١٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع حديث : ٢٤١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب نكاح العبيد حديث : ١ .

(مسألة ٣٤) : يجوز النظر الى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة (١) ، وإن حرم وطؤها . وكذا الأمة كذلك . وكذا الى المطلقة للرجعية (٢) ما دامت في العدة ، وله لم يكن بقصد الرجوع (٣) .

(مسألة ٣٥) : يستثنى من عدم جواز النظر من الاجنبي والاجنبية مواضع . (منها) : مقام المعالجة (٤) ، وما يتوقف عليه من معرفة نبض للعروق ، والكسر ، والجرح ، وللفصد

(١) لعموم ما دل على جواز الاستمتاع بالزوجة . وعليه كما يجوز النظر بجوز غيره من أنواع الاستمتاع ، عدا الوطاء ، فانه لا ريب عندهم في حرمة ، وكونه القدر المتيقن من اعتداد الزوجة للوطء شبهة . لكن في القواعد والمسالك : المنع من الاستمتاع بها الى أن تنقضي العدة . وفي الجواهر : ولا دليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة . (٢) لما تضمن النص من أنها زوجة فتترتب عليها أحكامها ، ومنها جواز النظر .

(٣) لكن ترتب الرجوع عليه غير ظاهر . لعدم كونه من إمارات الزوجية ، اللهم إلا أن يكون بتلذذ وشهوة .

(٤) لا إشكال في ذلك ولا خلاف ، وفي المسالك : الاجماع على جواز النظر مع الحاجة اليه . ويشهد له صحيح التالي المتقدم في أدلة جواز النظر الى الوجه والكفين (١٥) ، وعموم نهي الضرر (٢٥) . ومقتضى عبارات الأكثر جواز النظر لمطلق الحاجة . ولكنه غير ظاهر . إذ صحيح

(١٥) راجع صفحة : ٢٧ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ١٦ من ابواب الحيار في كتاب البيع ، وباب : • من كتاب

الشفعة ، وباب : ١٢٧ من كتاب احياء الموات .

والحجامة ، ونحو ذلك إذا لم يمكن بالمائل (١) ، بل يجوز المس واللمس حينئذ (٢) . (ومنها) : مقام للضرورة ، كما إذا توقف الاستنقاذ من للغرق أو الحرق أو نحوها عليه ، أو على المس (٣) . (ومنها) : معارضة كل ما هو أهم في نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة للنظر أو اللمس (٤) . (ومنها) : مقام للشهادة تحملاً أو أداء مع دعاء للضرورة (٥) وليس منها ما عن العلامة من جواز للنظر الى اللزانيين لتحمل الشهادة (٦) . فالأقوى عدم الجواز . وكذا ليس منها النظر

الثمالي مختص بالضرورة . والعمومات لا تقتضي الجواز إلا معها . فالبناء على تسوية النظر بمجرد الحاجة ضعيف .

(١) كما في المسالك ، وكشف الثام ، وغيرهما . لعدم الضرورة أو

الحاجة حينئذ . فالمرجع عموم المنع .

(٢) لعموم ما دل على الجواز للضرورة ، مثل قاعدة : « لا ضرر

ولا ضرار » . وأما قوله (ع) : « ما من شيء إلا وقد أحله الله تعالى

لمن اضطر إليه » (١٥) . فيختص بالمضطر ، ولا يشمل الطبيب . نعم

يمكن دخول ذلك في عموم صحيح الثمالي المتقدم . فلاحظ .

(٣) فان مزاحمة تحريم النظر بما هو أهم منه - من وجوب حفظ

النفس المحترمة من الهلاك - يقتضي سقوطه ، وتقديم الأهم ، والعمل عليه .

(٤) لما عرفت . بل ما سبق من بعض موارد وصغرياته ، فكان

الأولى الاقتصار على هذا وترك ما قبله .

(٥) لما سبق .

(٦) ذكر ذلك في القواعد . وعلة في المسالك : بأنه وسيلة الى إقامة

الى الفرج للشهادة على للولادة ، أو للثدي للشهادة على للرضاع
وإن لم يمكن إثباتها بالنساء ، وإن استجوده الشهيد للثاني (١)

حدود الله تعالى ، ولما في المنع من عموم الفساد ، واجترأ النفوس على
هذا المحرم ، وانسداد باب ركن من أركان الشرع ، ولم تسمع الشهادة
بالزنا ، لتوقف تحملها على الاقدام على النظر المحرم ، وإدامته لاستعلام
الحال ، بحيث يشاهد الميل في المكحلة ، وإيقاف الشهادة على التوبة يحتاج
الى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة ، فيعود المحذور السابق . ثم قال :
« وهذا القول ليس بذلك البعيد » . لكن عن العلامة في قضاء القواعد
والتذكرة : أنه استقرب المنع . وفي كشف اللثام : أنه الأقرب . وفي
الجواهر : أنه الأقوى . لعدم ثبوت جواز النظر فيه . وما ذكره في
المسالك لا يقتضيه ، إذ من الجائز أن لا يتعلق الغرض بإثباته بنحو يقتضي
تحليل النظر . ويشير اليه عدم الاجتزاء بشهادة العدلين ، بل لا بد في
إثباته من شهادة الأربعة ، فان ذلك يناسب عدم الاهتمام به في مقام
الاثبات . غير أن استقرار السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد
يقتضي الجواز . اللهم إلا أن يقال : إن السيرة مجملة ، لا يمكن أن يستفاد
منها الجواز ، لاحتمال الحمل على الصحة ، للغفلة أو نحوها .

(١) في المسالك : « وأما نظر الفرج للشهادة على الولادة ، والثدي
للشهادة على الرضاع ، فان أمكن إثباتها بالنساء لم يجز للرجال . ولألا
فوجهان ، أجودهما : الجواز ، لدعاء الضرورة اليه ، وكونه من مهام
الدين وأتم الحاجات ، خصوصاً أمر الثدي ، ويكفي في دعاء الضرورة
الى الرجال المشقة في تحصيل أهل العدالة من النساء على وجه يثبت به
الفعل » . وفيه : المنع من حصول الضرورة الى ذلك كلية . وكونه من
مهام الدين وأتم الحاجات لا يقتضيه إلا مع وجود جهة تقتضي وجوب

(ومنها) : للقواعد من النساء (١) اللاتي لا يرجون نكاحاً بالنسبة الى ما هو المعتاد له (٢) من كشف بعض للشعر وللذراع

إثباته ، إذ من البديهي جواز الرجوع الى أصل الطهارة مع الشك في النجاسة ، والى أصل الحل مع الشك في الحرمة ، والى قاعدة الفراغ مع الشك في تمام الاداء ، والى أصالة الصحة مع الشك في أكثر الموارد التي هي من مهام الدين ، كما لا يخفى .

(١) قال الله تعالى : (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة ، وأن يستعففن خير لهن ، والله سميع عليم) (١٥) .

(٢) ففي مصحح الحلبي عن أبي عبدالله (ع) . « أنه قرأ : (أن يضعن ثيابهن) قال : الخمار والجلباب . قلت : بين يدي من كان ؟ قال (ع) : بين يدي من كان ، غير متبرجة بزينة » (٢٥) ، ونحوه مصحح حرير بن عبدالله عن أبي عبدالله (ع) (٣٥) . لكن في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (ع) : « ما الذي يصاح لهن أن يضعن من ثيابهن ؟ قال : الجلباب » (٤٥) ، وفي خبر محمد بن أبي حمزة عنه (ع) : « الجلباب وحده » (٥٥) ، وفي خبر الكمفاني عنه (ع) : « الجلباب إلا أن تكون أمة فليس عليها جناح أن تضع نمارها » (٦٥) . والجمع بينها

(١٥) النور : ٦٠ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٥٥) الوسائل باب : ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٦٥) الوسائل باب : ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٦ .

ونحو ذلك ، لا مثل الثدي والبطن (١) ونحوهما مما يعتاد سترهن له . (ومنها) : غير المميز من الصبي وللصبية (٢) ، فإنه

يقتضي حمل الأخير على الاستحباب . ومقتضى ذلك جواز كشف ما يستر الخمار من الشعر والرقة وبعض الصدر ، وكشف ما يستره الجلباب وهو الذراع . ومنه يشكك ما في المتن من تخصيص الكشف ببعض الشعر . ولا سيما بملاحظة صحيح البنزطي المروي في قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال : « سألته عن الرجل يحل له أن ينظر الى شعر أخت امرأته ؟ فقال (ع) : لا ، إلا أن تكون من القواعد . قلت له : أخت امرأته والغريبة سواء ؟ قال (ع) : نعم : قلت : فإني من النظر اليه منها ؟ فقال (ع) : شعرها وذراعها » (١٠) . ومنه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع وإن لم يكن الجلباب ساتراً له بنهاه . كما أن الاقتصار على الشعر والذراع لا بد أن يكون لمزيد الاهتمام بهما ، وإلا فوضع الجلباب والخمار يقتضي جواز كشف غير ذلك ، ويتعين العمل به .

(١) لخروجه عن مفاد النصوص المذكورة ، فيرجع فيه الى عموم حرمة النظر وعموم الحجاب . وإن كان ظاهر عبارة التذكرة ارتفاع حكم العورة عن جميع أجسادهن . وحكاه في الجواهر عن ظاهر عبارة الشهيد وغيرها . وكأذنه اعتماداً على ظاهر الآية . لكنه ضعيف ، لما ذكر .

(٢) هذا في الجملة من القطعيات . ويقتضيه قوله تعالى : (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) (٢٥) . فإن المتيقن منه غير المميز . كما تقتضيه أيضا السيرة ، وما ورد في موارد متفرقة ، مثل ما ورد في تغسيل الرجل الصغيرة ، والمرأة الطفل الصغير (٣٥) ، وغير

(١٥) الوسائل باب : ١٠٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) النور : ٣١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٣ من ابواب غسل الميت .

يجوز النظر اليهما ، بل اللمس . ولا يجب للتستر منهما . بل
الظاهر جواز للنظر اليهما قبل البلوغ (١) ،

ذلك . وكذلك الحكم في اللمس ، وعدم وجوب التستر منها .
(١) كما صرح به جماعة . لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال :
« سألت أبا إبراهيم (ع) عن الجارية التي لم تدرك متى يذغى لها أن تغطي
رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم ؟ ومتى يجب عليها أن تقنع رأسها
للصلاة ؟ قال (ع) : لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة » (١٥) .
وهو وإن كان وارداً في الصبية ، لكن يتعدى منها الى الصبي بالاولوية
فيجوز نظر المرأة اليه قبل البلوغ . كما يتعدى الى غير الشعر بعدم القول
بالفصل . والرواية وإن كانت ظاهرة في جواز تكشف الصبية للبالغ ،
لكنها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره اليها . وأما نظرها الى غير
المائل البالغ ، فبدل عليه صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن
الرضا (ع) : « قال : يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين ، ولا
تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم » (٢٥) ، ونحوه صحيحه الآخر المروي
عن قرب الاسناد (٣٥) . ودلالتهما على جواز التكشف له ظاهرة . ولا
يحتاج في إثبات جواز نظره الى دعوى الملازمة العرفية ، إذ لا إشكال في
حلية نظره ، لحديث رفع القلم عن الصبي (٤٥) ، بل مقتضاه جواز النظر
الى عورة غير المائل ، وإن وجب على المنظور التستر عنه .
وقد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر الى العورة ، تخصيصاً منه

(١٥) الوسائل باب : ١٢٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب مقدمات العبادات حديث : ١١ .

لحديث رفع القلم عن الصبي بالآية الشريفة وهي قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ، من قبل صلاة الفجر ، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ، ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ، كذلك بين الله لكم الآيات ، والله عليم حكيم . وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ، كذلك بين الله لكم آياته ، والله عليم حكيم) (١٥) . وفيه أن الآية الشريفة ليست واردة في تحريم نظر الصبي الى العورة ، وانما واردة في تحريم التطلع على بعض الافعال والاحوال التي يستتبع التطلع عليها ويستحى منه ، التي يغلب وقوعها في الاوقات الثلاثة . والخطاب فيه للبالغين ، لا لغير البالغين ، يعني : يلزم البالغين أن يكلفوهم بالاستئذان على وجه يتحقق ذلك منهم ، فالآية الاولى ليست واردة في النظر الى العورة الحرام ، ولا في تحريم ذلك على غير البالغ . نعم الآية الثانية ظاهرة في تحريم التطلع على البالغين والخطاب فيها لهم . يظهر هذا الاختلاف في الخطاب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين . وكما تختلف الآيتان في الخطاب تختلفان في زمان الخطاب ، فان مورد الآية الاولى يختص بالاقوات الثلاثة ومورد الآية الثانية عام لجميع الازمنة . ولعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف في موضوع التطلع بأن تختص الاولى بما يقبح والثانية شاملة له ولغيره . وكيف كان لا مجال للاستدلال بالآية على تحريم النظر الى العورة على غير البالغ بنحو يخص بها حديث رفع القلم . وإن بناء الفقهاء بل المسلمين على عدم تكليف الصبي مطلقاً حتى وقع الكلام في وجه عقابه على ترك الاسلام .

إذا لم يبلغ مبلغاً يترتب على للنظر منها أو ليهما ثوران الشهوة (١).
(مسألة ٣٦) : لا بأس بتقبيل للرجل الصبية (٢) .

(١) أما مع بلوغ الصبي ذلك ففي الجواهر : « ظاهر غير واحد من الاصحاب المفروغية عن وجوب التستر عنه ، ومنع الولي لإياه ، بل في جامع المقاصد : نفى الخلاف فيه بين أهل الاسلام . كما أن فيه الاجماع على عدم جواز نظر البالغ الى الاجنبية التي بلغت مبلغاً صارت به مظنة الشهوة ، من غير حاجة الى نظرها . فان تم ذلك ، كان هو الحجة ، وإلا كان محل البحث » . وهو كما ذكر . لكن الظاهر أن الاجماع المدعى عليه لا طريق اليه إلا ارتكازيات المتشعبة ، التي لا ريب فيها ولا إشكال .
(٢) هذا في الجملة لا إشكال فيه . وتقتضيه السيرة العملية القطعية .
مضافاً الى أصل البراءة والنصر ، كصحيح عبدالله بن يحيى الكاهلي - الذي رواه الصدوق في الفقيه - قال : « سأل أحمد بن النعمان أبا عبدالله (ع) عن جارية ليس بيني وبينها رحم تفشاني فأحملها وأقبلها . قال (ع) : إذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك » (١٥) ، وخبر زرارة عن أبي عبدالله (ع) : « إذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها » (٢٥) ، ومرفوع زكريا المؤمن : « قال أبو عبدالله (ع) : إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام . والغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين » (٣٥) . ونحوها غيرها . ولم يتعرض المصنف لحكم التقبيل بعد ست سنين ، والمستفاد من النصوص المذكورة هو الكراهة دون الحرمة ، كما يشير الى ذلك الصحيح الاول الذي اقتصر

(١٥) الوسائل باب : ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح ملحق حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

لتي ليست له بمحرم ، ووضعها في حجره ، قبل أن يأتي عليها ست سنين ، إذا لم يكن عن شهوة (١) .
(مسألة ٣٧) : لا يجوز للمملوك للنظر الى مالكته (٢)

فيه على النهي عن الوضع في الحجر مع أن السؤال كان فيه عنه وعن التقبيل . وبعض النصوص وإن كان ظاهراً في الحرمة ، لكنه قاصر السند . فلاحظ .

- (١) أما إذا كان عن شهوة فلما عرفت من الاجماع الارتكازي على الحرمة :
(٢) على المشهور شهوة عظيمة كادت تكون إجماعاً . وإن كان ظاهر المسالك : الميل إلى الجواز ، بل نسبة التردد في ذلك إلى الشيخ في المبسوط حيث قال : « مع أن الشيخ ذكر في المبسوط ما يدل على ميله إلى جواز نظر المملوك مطلقاً ، وإن كان قد رجع عنه أخيراً وهذه عبارته : « إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً فهل يكون محرماً لها حتى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها ؟ قيل : فيه وجهان ، أحدهما - وهو الظاهر - : أنه يكون محرماً ، لقوله تعالى : (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن . . . إلى قوله تعالى : أو ما ملكت أيمانهن) . والثاني : - وهو الاشبه بالمنهـب - : أنه لا يكون محرماً ، وهو الذي يقوى في نفسي . وهذا الكلام يدل على ترده ، وإن كان ميله أخيراً إلى التحريم . والمقصود أن الحكم بتحريم نظر المملوك الفحل ليس باجماعي . فيمكن الاستدلال عليه بعموم الآية . وقد روى الشيخ في المبسوط وغيره : أن النبي (ص) أتى فاطمة (ع) بعبد قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله (ص) ما تلقى قال : (إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك وغلأمك) (١٠) .
- (١٠) الصفحة : ٤ من كتاب النكاح الطيبة الاولى . لكن فيه «وخادمك» بدل قوله : «وغلأمك» .

وروى الكليني أخباراً كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق (ع) : أن المراد بقوله تعالى : (أو ما ملكت أيمانهن) شامل للمملوك مطلقاً ، وروى في الصحيح عن معاوية بن عمار قال : (قلت لأبي عبدالله (ع) : المملوك يرى شعر مولاته وساقها . قال (ع) : لا بأس) ، (١٥) . انتهى ما في المسالك .

ويشهد للقول بالجواز الصحيح عن يونس بن عمار ويونس بن يعقوب جميعاً عن أبي عبدالله (ع) : « لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها ، غير متعمد لذلك » (٢٥) . قال في الكافي : « وفي رواية أخرى : لا بأس بأن ينظر إلى شعرها إذا كان مأموناً » (٣٥) ، وصحيح معاوية بن عمار (٤٥) المتقدم في كلام المسالك ، وخبر معاوية بن عمار قال : « كنا عند أبي عبدالله (ع) نحواً من ثلاثين رجلاً إذ دخل أبي فرحب به .. إلى أن قال : هذا ابنك ؟ قال : نعم ، وهو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً ما لا يحل لهم . قال (ع) : وما هو ؟ قال : المرأة القرشية والهاشمية تركب وتضع يدها على رأس الأسود وذراعها على عنقه . فقال أبو عبدالله (ع) : يا بني أما تقرأ القرآن ؟ قلت : بلى . قال : اقرأ هذه الآية : (لا جناح عليهن في آباتهن ولا أبنائهن .. حتى بلغ : ولا ما ملكت أيمانهن) ، ثم قال : يا بني لا بأس أن يرى المملوك الشعر والساق » (٥٥) ، ومصحح اسحاق بن عمار : « قلت لأبي

(١٥) الكافي الجزء : ٥ الصفحة : ٥٣١ الطبعة الحديثة . وقد رواها في الوسائل باب : ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح .

- (٢٥) الوسائل باب : ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ١ .
- (٣٥) الوسائل باب : ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .
- (٤٥) الوسائل باب : ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .
- (٥٥) الوسائل باب : ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

ولا للخصي للنظر الى مالكته ، أو غيرها (١) ،

عبدالله (ع) : أينظر المملوك الى شعر مولاته ؟ قال (ع) : نعم ، والى ساقها ، (١٥) ، وخبر القاسم الصيقل قال : « كتبت اليه أم علي تسأل عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، وقالت له : إن شيعتك اختلفوا علي فقال بعضهم : لا بأس . وقال بعضهم : لا يحل . فكتب (ع) : سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، لا تكشفي رأسك بين يديه ، فان ذلك مكروه ، (٢٥) . ولا يخفى أن مقتضى العمل بالنصوص الاخذ بما دل على الجواز .

لكن لا مجال له بعد لإعراض الاصحاب عنها . فیتعين حمها على التقية ، أو الضرورة ، أو النظر الاتفاقي . وإن كان الأخران في غاية البعد ولا سيما بملاحظة ما فيها من التفصيل بين الشعر والساق وغيرهما . ويشير الى الاول ما في خبر معاوية الخاكي دخول أبيه على أبي عبدالله (ع) . وأما الآية : فلا مجال للاخذ باطلاقها بعد ورود مرسة الشيخ في الخلاف : « روى أصحابنا في قوله تعالى : (أو ما ملكت أيمانهن) أن المراد به الاماء ، دون العبيد الذكران ، (٣٥) . ونحوها في المبسوط (٤٥) . وفي الشرائع : « وملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الاماء . ومعارضها قد عرفت إشكاله .

(١) على المشهور شهرة عظيمة . وفي الشرائع : « قيل : نعم ، وقيل . لا . لكن في الجواهر : « لم نعرف القائل بالاول سابقاً على

(١٥) الوسائل باب : ١٢٤ من ابواب مقدمات الفكاك حديث : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٤ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٩ .

(٤٥) آخر مقدمة كتاب النكاح الصفحة : ٤ .

زمن المصنف (ره) . نعم عن الفاضل في المختلف جوازه في المملوك
 بالنسبة الى مالكته . قال في المختلف : « والحق عندي أن الفحل
 لا يجوز له النظر الى مالكته . أما الخصي ففيه احتمال ، أقربه الجواز على
 كراهية ، للآية . والتخصيص بالاماء لا وجه له ، لاشتراك الاماء والحرائر
 في الجواز . وعن المحقق الثاني : متابعتة ، وفي التحرير استشكل فيه .
 ويشهد له بعض النصوص ، ففي صحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع قال :
 « سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن قناع الحرائر من الخصيان . فقال :
 كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن (ع) ولا يتقنعن . قلت : فكانوا
 أحراراً ؟ قال (ع) : لا . قلت : فالاحرار يتقنعن منهم ؟ قال (ع) :
 لا » (١٥) ، وروى الشيخ (ره) مرسلًا قال : « وروى في خبر آخر : أنه
 سئل عن ذلك فقال (ع) : أمسك عن هذا ، ولم يجبه » (٢٥) ، ولعله
 أراد بذلك ما رواه في قرب الاسناد عن صالح بن عبدالله الخثعمي عن أبي
 الحسن (ع) قال : « كتبت اليه أسأله عن خصي لي في سن رجل مدرك
 يحل للمرأة أن يراها وتنكشف بين يديه ؟ قال : فلم يجبني » (٣٥) . ولعل
 في هذا الخبر دلالة على كون الصحيح وارداً للتقية . لكن العمدة في وهنه
 لإعراض الأصحاب عنه ، مع صحة سنده وصرحة دلالته . فليحمل على
 التقية أو يطرح .

وقد يستدل على الجواز بقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي الإربة
 من الرجال) (٤٥) وفيه : أن المذكور في صحيح زرارة قال : « سألت

(١٥) الوسائل باب : ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٦ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٨ .

(٤٥) الفور : ٣١ .

كما لا يجوز للعنين والمجبوب بلا إشكال (١) . بل ولا لكبير

أبا جعفر (ع) عن قوله عز وجل : (أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال . . .) الى آخر الآية قال (ع) : الأحق الذي لا يأتي النساء ، (١٥) ونحوه غيره . وهو لا ينطبق على الخصي .

ومن ذلك تعرف ضعف القول بجواز نظره مطلقاً ، حرماً كان الخصي أو مماو كآ ، الى مالكنه وغيرها ، كما نسب الى ابن الجنيدي ، وطائفة من المتأخرين ، منهم السبزواري في الكناية ، وإن كان في النسبة الى الاول تأمل . مع أنه قد ورد المنع في بعض النصوص من نظره الى غير مالكنه ، ففي خبر عبد الملك بن عتبة النخعي قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن أم الولد ، هل يصلح أن ينظر إليها خصي مولاها وهي تغتسل ؟ قال (ع) : لا يحل ذلك » (٢٥) ، وخبر مهابدين إسحاق قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) قلت : يكون الرجل خصي يدخل على نسائه ، فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن . قال (ع) : لا » (٣٥) . وإن كان مقتضى الجمع العرفي بينها وبين الصحيح المتقدم الحمل على الكراهة . فالعمدة عمومات المنع من النظر ووهن الصحيح المتقدم باعراض المشهور .

(١) لخروجها عن الخصي الذي هو محل الخلاف والاشكال ، فيرجع فيها الى عمومات المنع . وعن الشافعي : تفسير : (غير أولي الإربة) بالخصي ، والمجبوب . ولم يعرف ذلك لغيره . وكأنه حمل الآية على معنى من لم يكن له حاجة في النساء . لكن على هذا لا يختص بما ذكر . وكيف كان لا مجال للأخذ بالآية الشريفة في غير ما فسرت به في النصوص المتقدمة .

(١٥) الوسائل باب : ١١١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

للسن الذي هو شبه للقواعد من النساء ، على الاحوط (١) .
(مسألة ٣٨) : الاعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة اليه (٢)

(١) فان المقداد في كنز العرفان في تفسير : (غير أولي الاربة) قال :
« قيل : المراد بهم الشيوخ الذين سقطت شهوتهم وليس لهم حاجة الى النساء . وهو مروى عن الكاظم (ع) . والاربة : الحاجة ، وفيه : أنه مرسل ضعيف في نفسه . فضلا عن صلاحية معارضته لما عرفت . ولذا قال في محكي جامع المقاصد : « ولو كان شيخاً كبيراً جداً هرمأً ففي جواز نظره احتمال . ومثله العنين والمخنث ، وهو المشبه بالنساء . واختار في التذكرة أنهم كالفحل ، لعموم الآية . وهو قوي . لكن في الجواهر : « أن المراد بغير اولي الاربة من لا يشتهي النكاح ، لكبر سن ونحوه ، شبه القواعد من النساء التي لا ترجو نكاحا ولا تطمع فيه . وضعفه ظاهر مما سبق .

(٢) نص على ذلك في الشرائع والقواعد وغيرهما . ويظهر من كلمات بعض : أنه من المسلمات ، لعمومات المنع من النظر ، وفي مرفوع أحمد ابن أبي عبد الله قال : « استأذن ابن أم مكتوم على النبي (ص) وعنده عائشة وحفصة ، فقال لهما : قوما فادخلا البيت ، فقالتا : إنه أعمى . فقال (ص) : إن لم يركبا فانكما تريانه ، (١٥) ، والمرسل عن ام سلمة قالت : « كنت عند رسول الله (ص) وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم - وذلك بعد أن أمر بالحجاب - فقال : احتجبا ، فقلنا : يا رسول الله : أليس أعمى لا يبصرنا ؟ قال : أفعميا وان أنتما ألستما تبصرانه ؟ ! ، (٢٥) .

(١٥) الوسائل باب : ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(مسألة ٣٩) : لا بأس بسماع صوت الاجنبية (١) ،
 ما لم يكن تلذذ ولا ريبة (٢) ، من غير فرق بين الأعمى والبصير (٣)

(١) وفي الشرائع والقواعد والارشاد والتحرير والتلخيص : القول
 بالحرمة ، بل نسب الى المشهور . لما ورد من أن صوتها عورة . ولموثق
 مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال أمير المؤمنين (ع) :
 لا تبدأوا النساء بالسلام ، ولا تدعوهن الى الطعام ، فان النبي (ص) قال :
 النساء عي ، وعورة ، فاستروا عينهن بالسكوت ، واستروا عورتهم
 بالبيوت » (١٥) ، وفي خبر غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله (ع) أنه
 قال : « لا تسلم على المرأة » (٢٥) .

لكن الأول لا مأخذ له يعتد به ، فقد قال في كشف اللثام :
 « لا يحضر في الخبر بكون صوتها عورة مسنداً ، وإنما رواه المصنف في المدنيات
 الاولى مرسلًا ، ونفقات المبسوط تعطي العدم » والآخرا قاصرا الدلالة ،
 كما يظهر من التأمل فيها . ولو سلمت فالسيرة القطعية على خلافها ،
 كما صرح بذلك جمع من الأعاظم . ولذا اختار الجواز العلامة في التذكرة ،
 والكركي ، وغيرهما - على ما حكى - واختاره في الجواهر ، وشيخنا الأعظم (ره) ،
 وغيرهما من أكبر علماء الاعصار الأخيرة ، بل كاد يكون من الواضحات
 التي لا يحسن الكلام فيها والاستدلال عليها .

(٢) قطعاً كما في الجواهر ، باضافة خوف الفتنة ، وهو كذلك ،
 لما سبق .

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر ، بل قال : « لافرق بينهما نصاً ،
 وفتوى » . وهو كذلك . وكأن الاقتصار في الشرائع والقواعد على ذكر

(١٥) الوسائل باب : ١٣١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

وإن كان الاحوط الترك في غير مقام للضرورة . ويحرم عليها إسماع للصوت للذي فيه تهيج للسامع بتحسينه وترقيقه . قال تعالى : (فلا تخضعن بالقول فيطمع للذي في قلبه مرض) (١) . (مسألة ٤٠) : لا يجوز مصافحة الأجنبية (٢) .

الأعمى لأن ابتلاء النساء إنما يكون به . وأما سماع المرأة صوت الأجنبي فلم يعرف في جوازه كلام أو إشكال . نعم قال في المستند : « ومن الغريب فتوى اللمعة بحرمته مع أنها تقرب مما يخالف الضرورة ، فان تكلم النبي (ص) والأئمة وأصحابهم مع النساء مما بلغ حداً لا يكاد يشك في » (١٠) (١) صدر الآية الشريفة : (يا نساء النبي لستن كأحد من النساء إن اتقيتن فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولا معروفاً) (٢٥) ، وظاهر صدرها أنه حكم يختص بنساء النبي (ص) ، فالبناء على التحريم في غيرهن غير ظاهر . ولذا قال في الجواهر : « ينبغي للمتدينة منهن اجتناب إسماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع ، وتحسينه ، وترقيقه ، كما أومى إليه الله تعالى شأنه بقوله : (فلا تخضعن بالقول ...) كما أنه ينبغي للمتدين ترك سماع صوت الشابة الذي هو مثار الفتنة ... » . نعم ارتكاز المتشعبة يقتضي الحرمة .

(٢) للنهي عن ذلك في مصحح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) ال : « قلت له : هل يوافق الرجل المرأة ليست بذات محرم ؟ فقال : لا . إلا من وراء الثوب » (٣٥) ، وموثق سماعة : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة . قال (ع) : لا يحل للرجل

(١٥) المظنون وقوع الغلط في نسخة اللمعة : منه قد سره .

(٢٥) الاحزاب : ٣٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

نعم لا بأس بها من وراء الثوب . كما لا بأس بلمس المحارم (١) .
(مسألة ٤١) : يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام ،

أن يصافح المرأة . إلا لمرأة يحرم عليه أن يتزوجها : أخت أو بنت ، أو عمّة أو خالة . أو بنت أخت ، أو نحوها . وأما المرأة التي يحل له أن يتزوجها فلا يصافحها إلا من وراء الثوب ، ولا يغمز كفها (١٥) . وقد يستفاد منها حرمة لمس الأجنبية ولو بغير المصافحة ، كما نص عليه جماعة . وفي الجواهر : « لا أجد فيه خلافاً ، بل كأنه ضروري على وجه يكون محرماً لنفسه » . وفي كلام شيخنا الأعظم (ره) : « إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً . بل لا إشكال في حرمة اللمس وإن جاز النظر ، للاخبار الكثيرة . والظاهر أنه مما لا خلاف فيه » . وكأنه يريد بالاجبار : أخبار المصافحة المتقدمة ، وما ورد في كيفية بيعة النساء للنبي (ص) (٢٥) . ومورد الجميع الماسة في الكفين ، فالتعدي عنه لا دليل عليه إلا ظهور الاجماع .

(١) من غير خلاف يعتد به ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ولو بملاحظة السيرة القطعية . لكن في مرسل محمد بن سالم عن بعض أصحابنا عن الحكم بن مسكين قال : « حدثني سعيدة ومناة أختا محمد بن أبي عمير قالتا : دخلنا على أبي عبد الله (ع) فقلنا : تعود المرأة أخاها ؟ قال : نعم . قلنا : تصافحه ؟ قال (ع) : من وراء الثوب . . . (٣٥) ولا بد أن يكون محمولاً على الاستحباب .

(١٥) الوسائل باب : ١١٥ من ابواب مقدمات الفكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ ، ٤ ، ٥ ، وباب : ١١٧

حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

ودعائهن الى الطعام (١) . وتؤكد الكراهة في للشابة .
 (مسألة ٤٢) : يكره الجاوس في مجلس المرأة إذا
 قامت عنه إلا بعد برده (٢) .
 (مسألة ٤٣) : لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت
 عنده زوجته إلا بعد الاستئذان . ولا بأس بدخول للوالد على
 ابنه بغير إذنه (٣) .

(١) لموثق مسعدة بن صدقة المتقدم (١٥) المحمول على الكراهة بقريظة
 مصحح ربعي عن أبي عبدالله (ع) : « كان رسول الله (ص) يسلم على
 النساء ويرددن عليه . وكان أمير المؤمنين (ع) يسلم على النساء . وكان
 يكره أن يسلم على الشابة منهن ويقول : أتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل
 علي أكثر مما طلبت من الأجر » (٢٥) . لكن لظهور المصحح في الاستمرار
 الظاهر في الاستحباب يشكل القول بالكراهة ، لتعارض النصوص في ذلك .
 وحمل المصحح على أنه من خواصه (ص) ، بخلاف الظاهر . والمصحح
 أرجح سنداً ، فأولى بالعمل به . إلا أن يحمل الموثق على الشابة .
 (٢) في خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال رسول الله (ص) :
 إذا جاست المرأة مجلساً فقامت عنه فلا يجلس في مجلسها
 رجل حتى يبرد » (٣٥) .
 (٣) في صحيح أبي أيوب الخزاز عن أبي عبدالله (ع) : « قال :
 يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه ، ولا يستأذن الأب على الابن » (٤٥)

(١٥) راجع المسألة : ٣٩ من هذا الفصل .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(مسألة ٤٤) : يفرق بين الاطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين . وفي رواية : إذا بلغوا ست سنين (١) .
(مسألة ٤٥) : لا يجوز للنظر الى العضو المبان من الاجنبي (٢)

وفي خبر محمد بن علي الحلبي قال : « قلت لأبي عبدالله (ع) : الرجل يستأذن على أبيه ؟ فقال : نعم . قد كنت أستأذن على أبي وليست أمي عنده وإنما هي امرأة أبي ، توفيت أمي وأنا غلام ، وقد يكون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما عليه ولا يجبان ذلك مني ، والسلام أحسن وأصوب » (١٠) وظاهره الاستحباب . لكنه ضعيف بأبي جميلة ، فلا يكون قرينة على صرف غيره عن ظهوره في الوجوب . ثم إن ظاهر الصحيح الاستئذان بالدخول على الأب وإن لم تكن معه زوجة ، فالتخصيص بذلك غير ظاهر (١) في مصحح عبدالله بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه : « قال : قال رسول الله (ص) : الصبي والصبي والصبي ، والصبية ، والصبية والصبية ، يفرق بينهم في المضاجع لعشر سنين » (٢٥) . قال في الفقيه : « وروي أنه يفرق بين الصبيان في المضاجع لست سنين » (٣٥) . وظاهر الجملة الوجوب . لكن الظاهر بناء الاصحاب على خلافه .

(٢) كما نص على ذلك غير واحد . وفي القواعد : « والعضو المبان كالمتمصل على إشكال » . ووجهه : قصور الأدلة عن شمول حال الانفصال وان مقتضى الاستصحاب المنع . وقد يشكل الاستصحاب بتعدد الموضوع ، لأن موضوع المنع المرأة مثلا ، وهو غير صادق في الجزء المنفصل ، فالمرجع أصل البراءة كما في كلام شيخنا الاعظم (ره) . وفيه : أنه يتم إذا كان المرجع في

(١٥) الوسائل باب : ١١٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢٨ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢٨ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

مثل اليد ، والانف ، واللسان ، ونحوها ، لا مثل السن ، والظفر
والشعر ، ونحوها (١) .

(مسألة ٤٦) : يجوز وصل شعر للغير بشعرها (٢) .

بقاء الموضوع وارتفاعه الدليل ، لأن موضوع الحكم في الدليل هو المرأة
مثلا . أما إذا كان المرجع في بقاء الموضوع العرف فالموضوع باق ، فان
الاتصال والانفصال من الحالات الطارئة على الاجزاء عرفا ، لا مقومة
للموضوع . ولذا جاز استصحاب النجاسة للجزء المقطوع من الكلب ،
والملكية للجزء المقطوع من المملوك . بل لا ينبغي التأمل في حرمة النظر
للأجزاء المجتمعة بعد تقطيعها .

وقد يستدل على الجواز بما ورد من جواز وصل الشعر . وفيه :
أنه ناظر الى حكم الوصل ، لا الى حكم النظر ، وليس هو من لوازمه كي
يكون الاذن فيه إذناً فيه . اللهم إلا أن يكون منصرف نصوص الوصل
التزين للزوج ، فيكون حكم النظر مسؤولاً عنه ولو ضمناً .

(١) في كلام شيخنا الاعظم (ره) : « لا ينبغي الاشكال في جواز
النظر الى مثل الظفر والسن ، بل وكذا الشعر » ، وقريب منه ما في
الجواهر . وكأنه لأن مثل هذه الأمور من قبيل الثابت في الجسم لا جزء
منه وتحريمها في حال الاتصال بالتبعية ، ويحتمل أن يكون لأجل أنها
بسيرة لا يعتد بها في بقاء الموضوع . ومثلها قشور الجلد . بل الاجزاء
اليسيرة منه ومن العظم مما يشك في بقاء الموضوع فيه .

(٢) للأصل . ولخبر ثابت بن سعيد قال : « سئل أبو عبدالله (ع)
عن النساء تجعل في رؤوسهن القرامل ، قال (ع) : يصلح الصوف وما
كان من شعر امرأة لنفسها . وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر

ويجوز لزوجها للنظر إليه (١) على كراهة ، بل الاحوط الترك .
 (مسألة ٤٧) : لا تلازم بين جواز النظر وجواز
 المس (٢) ، فلو قلنا بجواز النظر الى الوجه وللکفن من الاجنبية
 لا يجوز مسها إلا من وراء الثوب .
 (مسألة ٤٨) : اذا توقف للعلاج على النظر دون
 اللمس ، أو اللمس دون للنظر يجب الاقتصار على ما اضطر
 اليه (٣) ، فلا يجوز الآخر بجوازه .
 (مسألة ٤٩) : يكره اختلاط النساء بالرجال ، إلا
 للعجائز ، ولهن حضور الجمعة والجماعات (٤) .

غيرها ، فان وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها فلا يضرها (١٥) .
 ونحوه خبر سليمان بن خالد (٢٥) .
 (١) لما عرفت . والعمدة الأصل بعد قصور أدلة الحرمة عن شموله .
 ولا مجال للاستصحاب لتبدل الموضوع ، فان حرمة النظر الى الشعر في
 حال الاتصال من باب النظر الى المرأة بتوابعها ، لا على نحو الاستقلال .
 (٢) نص على ذلك في الجواهر ، وكذلك شيخنا الاعظم . وهو
 كذلك . لكن عرفت الاشكال في عموم الدليل . فالعمدة فيه الاجماع .
 (٣) لما عرفت من عدم التلازم في الجواز ، وحينئذ تقدر الضرورة بقدرها
 (٤) في خبر غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله (ع) : « قال : قال
 أمير المؤمنين (ع) : يا أهل العراق نبئت أن نساءكم يدافعن الرجال في
 الطريق أما تستحيون ؟ ! » (٣٥) ، ومرسل الكليني (ره) : « ان

(١٥) الوسائل باب : ١٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(مسألة ٥٠) : اذا اشتبه من يجوز للنظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع (١) . وكذا بالنسبة الى من يجب للتستر عنه ومن لا يجب ، وإن كانت الشبهة غير محصورة أو بدوية : فان شك في كونه مماثلاً أولاً ، أو شك في كونه من المحارم النسبية أولاً فالظاهر وجوب الاجتناب ، لأن للظاهر من آية وجوب الغض : أن جواز النظر مشروط بأمر وجودي وهو كونه مماثلاً أو من المحارم ، فمع الشك يعمل بمقتضى للعموم ، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصادقية ، بل لاستفادة شرطية الجواز (٢)

أمير المؤمنين (ع) قال : أما تستحيون ولا تغارون على نساءكم يخرجن الى الاسواق ويزاحن العلوج ؟ ! « (١٥) ، وخبر محمد بن شريح قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن خروج النساء في العيدين فقال (ع) : لا ، إلا العجوز عليها منقلاها . يعني : الخفين « (٢٥) ، وموثق بونس بن يعقوب قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن خروج النساء في العيدين والجمعة ، فقال (ع) : لا إلا امرأة مسنة « (٣٥) . والمستفاد منها كراهة مزاحمة النساء للرجال في الطرق والاسواق ونحوها مطاقاً حتى للعجائز ، وكراهة خروج النساء للعيدين والجمعة إلا للعجائز . وهو مخالف لما في المتن : (١) للعلم الاجمالي الموجب للاحتياط عقلاً . وكذا فيما بعده .

(٢) هذا يتم او كان دليل حرمة النظر عاماً وقد خرج عنه المماثل بدليل خاص . لكنه غير ظاهر ، فان قوله تعالى . (قل للمؤمنين بغضوا

(١٥) الوسائل باب : ١٣٢ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

بالمماثلة ، أو المحرمية ، أو نحو ذلك . فليس للتخصيص في المقام من قبيل التنويع ، حتى يكون من موارد أصل للبراءة ، بل من قبيل المقتضي والمانع (١) . وإذا شك في كونه زوجة أولا

من أبصارهم . . .) (١٥) ، غير مراد منه العموم للمماثل ، بل المفهوم غير المماثل ، فموضوع الحرمة خاص ، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمر وجودي ، وهو المخالف . وبالجمل : إذا لوحظ الأمر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى لغير الانسان ، وإذا لوحظ مناسبة الحكم والموضوع وقريته السياق اختص بغير المماثل . اللهم إلا أن يقال : قوله تعالى : (أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن) يدل على العموم للمماثل وإلا كان الاستثناء منقطعاً . اللهم إلا أن يقال إن الاستثناء كان في إبداء الزينة لافي الغض . فتأمل .

(١) يعني : أن النظر فيه مقتضى الحرمة ، والمماثلة من قبيل المانع ، فمع الشك في المانع يرجع الى أصالة عدمه ، فبيني على ثبوت أثر المقتضي . أقول : فيه المنع صغرى ، وكبرى . إذ من الجائز أن يكون النظر الى المخالف هو الذي يكون فيه مقتضى الحرمة ، لامطلق النظر . ولو سلم فاصالة عدم المانع إن كان المراد بها قاعدة غير الاستصحاب ، فلا أصل لها ، وقد تحقق في محله عدم صحة قاعدة الاقتضاء . وإن كان المراد بها استصحاب عدم المانع ، يعني : استصحاب عدم المماثلة ، فحججته مبنية على جريان الأصل في العدم الأزلي . بل لو قلنا به فلا نقول به في المقام مما كان مورده عرفاً من الذاتيات ، مثل الانوثة والذكورة . فلا يصح أن يقال : الأصل عدم ذكورية ما يشك في ذكوريته وأنوثيته ، ولا أصالة عدم أنوثيته ، فإن الذكورة والانوثة معدودة عرفاً من الذاتيات الثابتة للذكر والانثى

مع قطع النظر عن وجودهما ، مثل إنسانية الانسان ، وحجرية الحجر .
وما عن الشهيد (ره) من جريان أصالة عدم كون الخنثى امرأة ، بخلاف
ما تقرر من الرجوع الى العرف في جريان الاستصحاب .

ولأن بعض الاعاظم (ره) في حاشيته على الكتاب سلك في المقام
مسلكا آخر ، فانه قال : « يدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة
والجواز باحراز ذلك الأمر ، وعدم جواز الاقتحام عند الشك فيه ،
ويكون من المداليل الاتزامية العرفية » . وفيه : أنه إن كان المراد أن إناطة
الرخصة بالأمر الوجودي مرجعها الى إناطة الرخصة الواقعية بذلك الأمر
الواقعي ، وإناطة الرخصة الظاهرية بالعلم بوجوده ، فيكون المحمول حكيمين :
واقعيًا منوطاً بوجود ذلك الأمر واقعاً ، وظاهرياً منوطاً بالشك في وجوده
والأول مدلول مطابق ، والثاني مدلول التزامي عرفي . فهو ممنوع ،
وليست إناطة الرخصة بشيء إلا كاناطة المنع بشيء ليس المقصود منها إلا
جعل حكم واقعي لموضوع واقعي ، بل استفادة الحكم الظاهري من دليل الحكم
الواقعي غريبة . وإن كان المراد أن هنا قاعدة عقلائية ظاهرية ، نظير أصالة
العموم ، وأصالة الظهور ، ونحوهما . فهو أيضا غير ثابت ، بل ممنوع .
ولأجله يشكل أيضا ما ذكره بعض الاعاظم (ره) في حاشيته من أنه عليه
يبني انقلاب الأصل في النفوس ، والاموال ، والفروج . فان ما ذكره
من الوجه ليس له في كلام الجماعة عين ولا أثر ، بل المذكور في كلامهم
الرجوع الى عموم المنع تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية ، لبناء المشهور
منهم على جواز ذلك . ومن لا يجوز الرجوع منهم الى العموم في الشبهة
المصدقية يرجع في إثبات المنع الى الاصول الموضوعية ، مثل أصالة عدم
الزوجية ، وأصالة عدم إذن المالك ، وأصالة عدم السبب الموجب لهدر
الدم ، ونحو ذلك . وبالجملة : فليس مستند الجماعة في الاصول المذكورة

ما ذكره طاب ثراه ، بل إما الرجوع الى العام في الشبهة المصدقية ، وإما الاصول النافية موضوعية أو حكيمية . لكن الاصول المذكورة ليست ثابتة بنحو العموم ، ضرورة جواز الرجوع الى استصحاب الزوجية الموجب لحلية الفروج ، وكذا أصالة عدم الرضاع المحرم ، ونحو ذلك . كما يجوز الرجوع الى استصحاب الملك ، أو إذن المالك ، أو نحوهما من الأصول المحللة للتصرف في المال . ويجوز الرجوع الى استصحاب بقاء الكفر ، أو عدم الذمة ، أو نحو ذلك مما يجوز قتل الشخص . فالأصول غالبية . والمستند فيها أحد الأمرين المذكورين فلا ابتناء لها عندهم على ما ذكر في الحاشية . والمتحصل : أن البناء على تحريم النظر في الفرض لا يتوجه بهذه الوجوه المذكورة في المتن ، ولا في الحاشية .

والذي يظهر بالتأمل في كلامهم : أن الوجه فيه هو الرجوع الى العام في الشبهة المصدقية . قال في التذكرة : « الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر اليه ، ولا للخنثى النظر إليه ، ولا يجوز للمرأة النظر اليها ، وبالعكس . عملاً بالاحتياط . وهو قول بعض الشافعية . وقال آخرون منهم بالجواز للرجل ، والمرأة ، ولها بالنسبة إليهما . استصحاباً لما كان في الصغر حتى يعلموا خلافه . وليس بجيد . لعموم الآية ، ونحوه كلام غيره وشيخنا الأعظم (ره) في رسائله قال : « قد يقال : بجواز نظر كل من الرجل والمرأة اليها (يعني : الخنثى) . لكونها شبهة في الموضوع ، والأصل الاباحة . وفيه : أن عموم وجوب الغض على المؤمنات إلا عن نساثن . أو الرجال المذكورين في الآية ، يدل على وجوب الغض عن الخنثى . لكن في رسالة النكاح في مقام الرد على جامع المقاصد في البناء على حرمة النظر الى الخنثى ، قال : « ولهذا لا يحرم النظر الى البعيد المردد بين الرجل والمرأة . وظاهره المفروغية عن جواز النظر في مفروض المسألة .

فيجري - مضافاً الى ما ذكر من رجوعه الى الشك في الشرط - أصالة عدم حدوث الزوجية . وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع . نعم لو شك في كون المنظور اليه أو للناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب الاحتياط . لانصراف عموم وجوب اللغض الى خصوص الانسان (١) . وإن كان للشك في كونه بالغاً أو صبيّاً ، أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ، ففي وجوب الاحتياط وجهان : من العموم على الوجه الذي ذكرنا . ومن إمكان دعوى الانصراف . والأظهر : الاول (٢) .

(مسألة ٥١) : يجب على النساء التستر (٣) كما يحرم على للرجال النظر . ولا يجب على الرجال التستر (٤) وإن كان يحرم على النساء النظر نعم حال للرجال بالنسبة الى للعورة

(١) قد عرفت إشكاله .

(٢) هذا خلاف مقتضى الأصل الموضوعي ، أعني : استصحاب الصبا ، وعدم التمييز ، فانه لو سلم الرجوع الى العام في مثل هذه الشبهة الموضوعية ، فانما هو حيث لا يكون أصل موضوعي يثبت عنوان الخاص . ولذا لو شك في بقاء زوجية المرأة يرجع الى استصحاب زوجيتها ، وترتيب أحكامها ، ومنها جواز النظر .

(٣) بلا إشكال ، ولا خلاف . ويقتضيه قوله تعالى : (ولا يبدن

زينتهن ...) (١٠)

(٤) يظهر من كلماتهم أنه من القطعيات عند جميع المسلمين . وينبغي أن يكون كذلك ، فقد استقرت السيرة القطعية عليه ، بل تمكن دعوى الضرورة عليه .

حال للنساء (١) . ويجب عليهم للتستر مع العلم بتعمد للنساء في للنظر من باب حرمة الاعانة على الاثم (٢) .

(مسألة ٥٢) : هل المحرم من للنظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين للرجل والمرأة . وأنه للعضو للفلافي أو غيره ، أو مطلقه ؟ فلو رأى الاجنبية من بعيد ، بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها ، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة ، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جهاذاً

(١) للأمر بسترها في النصوص الواردة في آداب التخلي (١٥) والحمام (٢٥) . وقد ورد في تفسير قوله تعالى : (وبخفظوا فروجهم) (٣٥) أن المراد حفظها من أن ينظر اليها .

(٢) التحقيق : أن الاعانة على الشيء تتوقف على قصد التسبب الى ذلك الشيء بفعل المقدمة ، فاذا لم يكن الفاعل للمقدمة قاصداً حصوله لا يكون فعل المقدمة إعانة عليه . فمجرد علم الرجل بأن المرأة تنظر اليه عمداً لا يوجب التستر عليه من باب حرمة الاعانة على الاثم . مع أن مورد السيرة على عدم التستر من ذلك قطعاً . ومن ذلك يشكل البناء على تحريمه من باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بناء على عمومته للمقام . بحيث يقتضي ترك المقدمة ، كي لا يقع غيره في الحرام . وإن كان الظاهر عدم عمومته له ، إذ النهي عن المنكر يراد منه الزجر عن المنكر تشريعاً ، بمعنى : إحداث الداعي الى الترك ، فلا يقتضي وجوب ترك بعض المقدمات لئلا يقع المنكر ، كما لا يقتضي الأمر بالمعروف فعل بعض المقدمات لئلا يتحقق المعروف . فلاحظ .

(١٥) راجع الوسائل باب : ١ من ابواب احكام الخلوة .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٣ من ابواب آداب الحمام .

(٣٥) الوسائل باب : ١ من آداب الخلوة حديث : ٥٠٣ .

هل هو حرام أو لا ؟ وجهان . الأحوط : الحرمة (١) .

فصل

فما يتعلق بأحكام للدخول على الزوجة ، وفيه مسائل :
(مسألة ١) : الأقوى - وفاقاً للمشهور - جواز وطء
للزوجة والمملوكة دبراً (٢) ، على كراهة شديدة

(١) كما يقتضيها إطلاق حرمة النظر ووجه الجواز : دعوى انصرافه
الى غير ذلك . وفي مباحث التخلي قد يظهر من المصنف ترجيح الجواز
بقوله : « والواجب ستر لون البشرة دون الحجم » . اللهم إلا أن يكون
مراده من لون البشرة نفس البشرة ، ومن الحجم الهيئة الخاصة عندما
تستر بالنورة ونحوها ، كما تقدم هناك . وكيف كان فالإطلاق محكم ،
والانصراف لا يعتد به .

فصل

فما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

(٢) عن الانتصار ، والخلاف ، والغنية ، والسرائر : الاجماع عليه
وفي التذكرة : « ذهب علمائنا الى كراهة إتيان النساء في أدبارهن ، وأنه
ليس بمحرم » . ويشهد له جملة من النصوص . كصحيح علي بن الحكم
قال : « سمعت صفوان يقول : قلت لارضا (ع) : إن رجلاً من مواليك
أمرني أن أسألك عن مسألة ، فهابك واستحى منك أن يسألك عنها .
قال (ع) : ما هي ؟ قال : قلت : الرجل يأتي امرأته في دبرها قال :

نعم ، ذلك له . قلت : وأنت تفعل ذلك . قال (ع) : إنا لا نفعل ذلك ، (١٥) ، وخبر عبدالله بن أبي يعفور : « سألت أبا عبدالله (ع) عن الرجل يأتي المرأة في دبرها ، قال (ع) : لا بأس إذا رضيت . قلت : فأين قول الله عزوجل : (فاتوهن من حيث أمركم الله) ؟ قال (ع) : هذا في طلب الولد ، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله ، إن الله عزوجل يقول : (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) ، (٢٥) ، وخبر حماد بن عثمان : « سألت أبا عبدالله (ع) - وأخبرني من سأله - عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع - وفي البيت جماعة - فقال لي - ورفع صوته - : قال رسول الله (ص) : من كآف مملوكه مالا يطيق فليعنه . ثم نظر في وجه أهل البيت ثم أصغى الي فقال (ع) : لا بأس به ، (٣٥) . ونحوها غيرها .

وفي كشف اللثام ، وعن القميين ، وابن حمزة والشيخ أبي الفتوح الرازي ، والراوندي في اللباب ، والسيد أبي المكارم صاحب بلابل القلاقل : الحرمة ، وعن كشف الرموز لتلميذ المحقق « وكان فاضل منا شريف يذهب اليه (يعني : التحريم) ويدعي أنه سمع ذلك مشافهة عن قوله حجة . » وقد يشهد لهم مصحح معمر بن خلاد ، قال : « قال لي أبو الحسن (ع) : أي شيء يقولون في إتيان النساء في أعجازهن ؟ قلت : إنه بلغني أن أهل المدينة لا يرون به بأساً . فقال : إن اليهود كانت تقول : إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول ، فانزل الله عز وجل : (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من خلف أو قدام ، خلافاً

١٥) الوسائل باب : ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

٢٥) الوسائل باب : ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

٣٥) الوسائل باب : ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

اليهود ، ولم يعن في أدبارهن ، (١٥) ، وخبر سدير قال : « سمعت
أبا جعفر (ع) يقول : قال رسول الله (ص) : محاش النساء على أمي
حرام » (٢٥) ، ومرسل الصدوق في الفقيه : « قال رسول الله (ص) :
محاش نساء أمي على رجال أمي حرام » (٣٥) . ونحوها غيرها . لكن
الأول إنما يدل على قصور الآية عن الدلالة على الجواز ، ولعل أهل
المدينة يستدلون بها عليه ، فأراد (ع) بيان بطلان استدلالهم ، فلا يدل
على الحرمة . وأما الثاني : فضعيف السند . وأما غيره من النصوص :
فهو قاصر السند ، بل بعضها قاصر الدلالة . ولو سلمت الدلالة في
الجميع ، فلا تصلح لمعارضة ما هو نص في الجواز مما عرفت ، بل الجمع
بينها يقضي بالحمل على الكراهة .

هذا كله الكلام في النصوص . وأما في الآيات : فقد استدل القائلون
بالجواز بقوله تعالى : (فأتوا حرثكم أنى شئتم) (٤٥) ، كما أشير إلى ذلك
في مصحح معمر . والقائلون بالمنع بقوله تعالى : « فإذا تطهروا فأتوهن
من حيث أمركم الله » (٥٥) كما أشير إليه في صحيح علي بن الحكم المتقدم .
وفي كلا الاستدلاليين إشكال ، لخفاء الدلالة في المقامين ، وعدم وضوح
المقصود بنحو يعول عليه في إثبات الحكم الشرعي ، فإن (أنى) في الآية
الأولى لا يظهر أن المراد منها المكان ، بمعنى الموضع من المرأة ، حتى
يشمل الدبر ، والمنصرف من المكان مكان الفعل ، لا الموضع من المرأة .

(١٥) الوسائل باب : ٧٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٧٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

(٤٥) البقرة : ٢٢٣ .

(٥٥) البقرة : ٢٢٢ .

- بل الأحوط تركه ، خصوصاً مع عدم رضاها بذلك (١) .
 (مسألة ٢) : قد مر في باب الحيض الاشكال في
 وطء الحائض دبراً (٢) وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض .
 (مسألة ٣) : ذكر بعض الفقهاء (٣) ممن قال بالجواز :
 أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً .
 وهو مشكل (٤)

و (من حيث أمركم) في الآية الثانية لا يظهر المراد منها على وجه تختص
 بالقبل ، فالاستدلال بالآيتين محل تأمل وإشكال بالنظر اليهما . وأما بالنظر
 الى النصوص فهي متعارضة في تفسيرها والجمع العرفي بينها مشكل .
 لأن خبر ابن أبي يعفور ظاهر في تفسير الآية الأولى مما يقتضي جواز الوطء
 في الدبر . ومصحح معمر بن خلاد ظاهر في تفسيرها بغير ذلك . ولعل
 الجمع بينها يقتضي أن الاستدلال بالآية الأولى من باب المجازاة والاقناع ،
 لا من باب بيان الحقيقة والواقع . فلاحظ .

- (١) لما تقدم في خبر عبد الله بن أبي يعفور (١٥) .
 (٢) وتقدم أن ظاهر النصوص الدالة على تحليل ما عدا القبل ، أو
 موضع الدم ، أو ذلك الموضع : تحليل الوطء في الدبر . فراجع .
 (٣) المراد به صاحب الجواهر في مبحث النفقات .
 (٤) يكفي في الاشكال ما في رواية عبد الله بن أبي يعفور المتقدمة ،
 فإن اعتبار رضاها في جوازه دليل على أنه ليس من حقوق الزوجية .
 وما دل من النصوص على وجوب إطاعتها الزوج (٢٥) لا يخلو من إجمال .
 إذ لا يمكن الأخذ به في كل فعل ضرورة . وما ورد من كونها لعبة

(١٥) راجع اول الفصل .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٩١ من ابواب مقدمات النكاح .

لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كسل ما هو جاز من أنواع الاستمتاع ، حتى يكون تركه نشوزاً .

(مسألة ٤) : للوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها

في وجوب للغسل (١) ، وللعدة ، واستقرار المهر ، وبطلان الصوم وثبوت حد الزنا إذا كانت أجنبية ، وثبوت مهر المثل اذا وطأها شبهة ، وكون المناط فيه دخول الحشفة أو مقدارها ، وفي حرمة البنات والأُم ، وغير ذلك من أحكام المصاهرة المتعلقة على للدخول . نعم في كفايته في حصول تحليل المطلقة

الرجل (١٥) ، أو ريحانته (٢٥) ، أو نحو ذلك ، غير ظاهر فيما نحن فيه . ومثله ما ورد من أن من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه في حاجته ولو كان على ظهر قتب (٣٥) .

(١) قال في القواعد : « وهو كالقبول في جميع الأحكام ، حتى ثبوت

النسب وتقرير المسمى ، والحد ، ومهر المثل مع فساد العقد ، والعدة ، وتحريم المصاهرة ، إلا في التحليل ، والاحصان ، واستنطاقها في النكاح ، وفي كشف اللثام : نسب ذلك الى الشيخ وكثير . والوجه فيه : صدق الوطء ، والمس ، والدخول ، والابتداء ، ونحوها من العناوين التي أخذت موضوعاً للأحكام المذكورة .

(١٥) راجع الوسائل باب : ٨٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ ، باب : ٧٢

حديث : ١٠٤٤ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٨٧ من ابواب مقدمات النكاح .

(٣٥) الوسائل باب : ٧٩ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

ثلاثاً إشكال (١) . كما أن في كفاية الوطاء في القبل فيه بدون الانزال أيضاً كذلك ، لما ورد في الاخبار (٢) من اعتبار

(١) بل منع ، كما تقدم عن القواعد ، بل عن المبسوط : نفي الخلاف في ذلك ، لنصوص العسيلة التي أشار إليها في المتن ، والمرأة لا تذوق العسيلة بوطنها في الدبر ، كما نص على ذلك غير واحد ، ومنهم الشيخ في المبسوط ، واستدل له بقوله (ص) : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » (١٠) .

(٢) قال في الجواهر : « ظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء بذلك (يعني الوطاء) ولأن لم يحصل تكرار منه ، ولا إنزال . فان تم إجماع كان هو الحجة . وإلا فهو محل للنظر ، لظهور نصوص ذوق العسيلة في خلافه ، حتى على تفسيره بلذة الجماع » . والمراد من النصوص المشار إليها موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) في حديث قال : « فاذا طلقها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فاذا تزوجها غيره ، ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الاول حتى يذوق الآخر عسيلتها » (٢٥) ونحوه رواية أبي حاتم عن أبي عبدالله (ع) (٣٥) . وفي موثق زرعة عن سماعة قال : (سألته عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر ، ولم يصل إليها حتى طلقها تحل للاول ؟ قال (ع) : لا ، حتى يذوق عسيلتها » (٤٥) وهي خالية من التعرض لأن تذوق عسيلته . نعم هو مذكور في رواية المخالفين ، فقد ذكر في الحدائق أنه روى غير واحد منهم : « أنه جاءت

(١٥) الوسائل باب : ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٧ من ابواب اقسام الطلاق ملحق حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٣ .

ذوق عسيلته وعسيلتها فيه . وكذا في كفايته في للوطء الواجب في أربعة أشهر (١) . وكذا في كفايته في حصول للفئة والرجوع في الايلاء (٢) أيضا .

امرأة رفاة القرطي الى النبي (ص) فقالت : كنت عند رفاة فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فطلقني قبل أن يمسي ، وفي رواية : وأنا معه مثل هدية الثوب ، فتبسم النبي (ص) وقال : أريدن أن ترجعي الى رفاة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك (١٥) . ولعل هذه الرواية هي مرسله المبسوط المتقدمة . لكن الاستدلال بها على اعتبار تلذذ المرأة كما ترى .

(١) فقد جزم في المسالك بعدم كفايته . وكأنه لأن دليل وجوبه ظاهر في كونه لإرفاقا بالزوجة ، بل هو صريحه ، والارفاق إنما يحصل بالوطء في القبل ، وعليه فاللازم اعتبار كونه على نحو خاص ، لأنه الذي لاتصبر عنه ، كما تعرضت له النصوص الآتية .

(٢) وفي كشف اللثام : « من جهة أن الايلاء لا يقع إلا به (يعني : بالقبل) دون الوطء دبراً . فلا حاجة الى استثنائه » . والوجه في عدم وقوع الايلاء بالوطء في الدبر : أن المعتبر فيه وقوعه على وجه الاضرار بالزوجة ، ولا يحصل الاضرار بها بترك وطئها دبراً ، ولذا لو حالف على أن لا يطأ في دبرها لم يكن مولياً . اللهم إلا أن يقال : ترك الوطء دبراً وإن لم يوجب لإضرار بالزوجة من جهة التلذذ ، ولكنه لإضرار بها من جهة الهجران ، فاذا وطأها دبراً فقد انتفى الهجران والاضرار المقصود منه .

(١٥) راجع مستدرک الوسائل باب : ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٥ . مع اختلاف

سير عما في المتن ، كنز العمال الجزء : ٥ حديث ٣٢٣١ ، سنن البيهقي الجزء : ٧ الصفحة ٣٣٣

صحیح البخاري باب : ٣ من كتاب الطلاق حديث : ٢ .

(مسألة ٥) : اذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقق الحنث بوطئها دبراً (١). إلا أن يكون هناك انصراف الى اللوطء في القبل ، من حيث كون غرضه عدم انعقاد للنطفة .

(مسألة ٦) : يجوز للعزل بمعنى : إخراج الآلة عند الانزال وافرغ المني خارج للفرج (٢) ، في الأمة (٣)

(١) لأنه نوع من الوطاء المذكور تركه .
 (٢) بذلك فسر في المسالك ، وغيرها . وهو ظاهر النصوص الآتية .
 (٣) لإجماعا حكاه غير واحد كما في الجواهر . وفي الحدائق : « ظاهرهم الاتفاق عليه » . وفي المستند : « الظاهر انه لاخلاف فيه » . ويشهد له صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن العزل فقال : أما الأمة فلا بأس . فاما الحرة فاني اكره ذلك . إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها » (١٥) . وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) مثل ذلك ، وقال في حديثه : « إلا أن ترضى ، أو يشترط ذلك عليها » (٢٥) ، وصحيحه الثالث عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية ؟ فقال : لا . ولكن إن كان له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ، ولا يطلب ولدها » (٣٥) ، وخبر يعقوب الجعفي قال : « سمعت أبا الحسن (ع) يقول : لا بأس بالعزل في ستة وجوه : المرأة التي تيقنت أنها لا تلد . والمسننة ، والمرأة السليطة ، والبذية ، والمرأة التي لا ترضع ولدها والأمة » (٤٥) .

(١٥) الوسائل باب : ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

وإن كانت منكوحة بعقد للدوام (١) ، والحررة المتمتع بها (٢) ومع إذنها وإن كانت دائمة (٣) ، ومع اشتراط ذلك عليها في للعقد (٤) وفي للدبر (٥) ، وفي حال الاضطراب (٦) ، من ضرر ، أو نحوه . وفي جوازه في الحررة المنكوحة بعقد للدوام في غير ما ذكر قولان ، الأقوى ما هو المشهور (٧) من الجواز

(١) لاطلاق النص . وفي الجواهر : اطلاق النص ، والفتوى ، ومعقد الاجماع .

(٢) قولاً واحداً - كما عن جامع المقاصد - واجماعاً - كما عن غيره . وليس في النصوص تعرض لها بالخصوص ، فلو قبل بالحرمة يكون المعتمد في التخصيص : الاجماع .

(٣) كما هو المعروف . ويشهد به صحيح ابن مسلم المتقدم الثاني ، بل الثالث أيضاً . لظهوره في كونه من حقوق الزوجة ، فيجوز برضاها : (٤) هذا مما لا إشكال فيه . ويقتضيه الصحيحان السابقان :

(٥) عن الفخر : أن محل الخلاف ما إذا كان الوطاء في الفرج ، دون الدبر . ويقتضيه بعض أدلة المنع الآتية . بل قد يستفاد من خبر الجعفي . (٦) لعموم ما دل على حلية ما اضطرت اليه (١٥) أو نفى ما اضطروا اليه (٢٥) .

(٧) للنصوص الدالة على الجواز ، مثل صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل ، فقال : ذاك إلى الرجل يصرفه

(١٥) راجع الوسائل باب : ١ من ابواب القيام حديث : ٦ ، ٧ ، باب : ١٢ من ابواب

كتاب الايمان حديث : ١٨ ، مستدرک الوسائل باب : ٢٤ من ابواب الامر بالمعروف حديث : ٣

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٥٦ من ابواب جهاد النفس .

حيث شاء ، (١٥) ، وموثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل ، فقال : ذلك الى الرجل » (٢٥) ، والصحيح عن عبد الرحمن الحذا عن أبي عبد الله (ع) : « قال : كان علي بن الحسين (ع) لا يرى بالعزل بأساً . يقرأ هذه الآية : (وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم) (٣٥) فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج ، وإن كان على صخرة صماء » (٤٥) وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « لا بأس بالعزل عن المرأة الحرة إن أحب صاحبها وإن كرهت ، وليس لها من الامر شيء » (٥٥) ، وصحيحه : « قلت لأبي جعفر (ع) : الرجل يكون نمته الحرة أيعزل عنها ؟ قال : ذلك إليه إن شاء عزل وإن شاء لم يعزل » (٦٥) .

وعن المقنعة والمبسوط والخلاف : الحرمة . بل في الأخير : الاجماع عليها . ومستنده الاجماع المذكور . وصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة (٧٥) . ولما روي أن النبي (ص) نهى أن يعزل عن الحرة إلا باذنها (٨٥) . وما روي عنه (ص) أنه قال : « ذلك الواد الخفي » (٩٥) . ومفهوم رواية الجعفي المتقدمة (١٠٥) . مضافاً الى ما فيه من توضيح النسل الذي لأجله

(١٥) الوسائل باب : ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٣٥) الامراف : ١٧٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٦٥) الوسائل باب : ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٥ .

(٧٥) راجع اول المسألة .

(٨٥) مستدرک الوسائل باب : ٥٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٩٥) كنز العمال الجزء : ٨ حديث : ٤٢٤٥ ، وينقله عن علي (ع) في الجزء : ٨ حديث :

٥٢٠٩ لأنه قال (ذاك . . .) .

(١٠٥) راجع اول المسألة .

مع الكراهة (١). بل يمكن أن يقال: بعدمها، أو أخفيتها في العجوزة (٢)، والعقيمة، والسليطة، والبلدية والتي لا ترضع ولدها. والأقوى عدم وجوب دية للنطفة عليه (٣) وإن قلنا بالحرمة. وقيل بوجوبها عليه (٤) للزوجة وهي عشرة دنانير، للخبر للوارد (٥) فيمن أفزع رجلاً عن عرسه، فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة: عشرة دنانير، عليه. لكنّه في

شرع النكاح، ولذا حرم الاستمنا. وفيه: منع الإجماع مع شهرة الخلاف: ومنع ظهور الكراهة في الحرمة. وعدم حجية النبيين. ومفهوم رواية الجعفي ليس بحجة. وتضييع النسل لا دليل على حرمة كلية، ولذا يجوز ترك التزويج، وترك الوطء، وكذا الاحتلام. وحرمة الاستمنا دليل لخاص به، فلا يتعدى إلى غيره.

(١) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة.

(٢) لرواية الجعفي المتقدمة. وظاهرها عدم الكراهة في الموارد المذكورة، ومنها الأمة. وتركها في المتن لأن كلامه في الحرمة.

(٣) كما عن المعظم، والمصرح به في كلام غير واحد من الاعاظم، كالمحقق والشهيد الثانيين، وغيرهم. للأصل مع عدم الدليل عليه. بل ظاهر نصوص جواز العزل عدمه.

(٤) كما عن الشيخ، والقاضي، وأبي الصلاح، وأبي حمزة وزهرة، والكيدري، والعلامة في القواعد، والارشاد، وكاشف اللثام. ولعله ظاهر، الشرائع هنا. لكن نفاه في كتاب الديات.

(٥) في جامع المقاصد: «روى الشيخ في الصحيح عن يونس عن أبي الحسن (ع): أن علياً (ع) قضى في الرجل يفزع عن عرسه،

غير ما نحن فيه ، ولا وجه للقياس عليه ، مع أنه مع الفارق (١) وأما عزل المرأة - بمعنى : منعها من الانزال في فرجها - فالظاهر حرمة بدون رضا للزوج (٢) ، فانه مناف للتمكين للواجب عليها . بل يمكن وجوب دية للزوجة عليها (٣) . هذا ولا فرق في جواز للعزل بين الجماع للواجب وغيره ، حتى فيما يجب في كل أربعة أشهر (٤) .

(مسألة ٧) : لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر (٥) ،

فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك : نصف خمس المائة : عشرة دنانير « (١) ، وروى في الكافي بأسانيد عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين (ع) قال : « وأفتى (ع) في مني رجل يفزع عن عرسه ، فيعزل عنها الماء ، ولم يرد ذلك ، نصف خمس المائة : عشرة دنانير « (٢٥) .

(١) لأن الجنائية في الخبر من الأجنبي ، وفي المورد من الوالد ، ومن المعلوم أن جنابة الوالد لا يلحقها حكم جنابة الأجنبي .

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر للما ذكر .

(٣) كما استظهره في الجواهر ضرورة كونها حينئذ كالمفزع أو أعظم في التفويت إذا كانت قد نحت نفسها عنه عند إزاله . وإشكاله ظاهر ، للفارق المتقدم .

(٤) إلا أن يدعى انصراف دليل وجوبه الى المتعارف ، بملاحظة كونه إرفاقاً بالزوجة ، نظير ما تقدم في الوطاء في الدبر . فتأمل .

(٥) في المسالك : أنه موضع وفاق . ويشهد له مصحح صفوان بن

(١٥) راجع الوسائل باب : ١٩ من ابواب ديات الاعضاء ملحق حديث : ١ ، التهذيب الجزء

١٠ الصفحة : ٢٨٥ طبعة النجف الحديثة *

(٢٥) الوسائل باب : ١٩ من ابواب ديات الاعضاء حديث : ١ .

من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها (١)، ولا الشابة وللشابة على الأظهر (٢) ،

يجي عن الرضا (ع) : « أنه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة ، فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لم مصيبة يكون في ذلك آثماً ؟ قال (ع) : إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك » (١٠) . كذا رواه الصدوق ، والشيخ . ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن أحمد بن أشيم بزيادة : « إلا أن يكون باذنها » (٢٥) .

(١) لاطلاق النص . وفي الجواهر : « المتيقن هو الدائم ، فلا يجب ذلك في المنقطع الساقط فيه الايلاء ، وأحكام الزوجية من النفقة وغيرها ، لأنهن مستأجرات » وفي رسالة شيخنا الأعظم (ره) : فيه وجهان . لكن ذلك لا يوجب وهنا في الاطلاق ، فالعمل به لازم . وعدم جريان أحكام الايلاء لا يقتضي العدم في المقام ، لأنه حكم خاص ، ولو كان مبنياً على ما نحن فيه لم يكن وجه للكفارة ، لبطلان اليمين ، كما لا يخفى .

(٢) لاطلاق الفتاوى ومعقد الاتفاق . وفي كشف اللثام : « ولم يفرقوا بين الشابة وغيرها ، وعن الرياض : الاجماع على التعميم ، ونسب في الجواهر التخصيص الى بعض القاصرين . وكأنه يريد به الكاشاني في مفاتيحه ، والبحراني في حدائقه ، والحر في وسائله ، وظاهر كشف اللثام : التوقف فيه . وهو في محاه . لعدم ثبوت الاجماع المعتد به ، لاحتمال أن يكون المستند فيه الصحيح القاصر عن التعميم ، كما عرفت . والاجماع في الرياض إنما كان على التعميم في الايلاء ، لا فيما نحن فيه . وأما حسن حفص عن أبي عبد الله (ع) : « إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين

(١٥) الوسائل باب : ٧١ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧١ من ابواب مقدمات النكاح ملحق حديث : ١ .

والأمة والحرة (١) ، لاطلاق الخبر . كما أن مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمسافر (٢) ، في غير سفر للواجب . وفي كفاية اللوط في الدبر إشكال كما مر (٣) .

أربعة أشهر استعدت عليه ، فاما أن يقي وإما أن يطلق ، فان كان من غير مغاضبة أو يمين فليس بمول ، (١٥) ، وظاهره أن الاستعداد إنما هو ترك اللوط . لكن مورده المغاضبة ، وظاهره إلحاق المغاضبة بالايلاء في الحكم ، فلا يكون مما نحن فيه .

(١) في الجواهر : « أما الدائمة الأمة فلم أجد فيها تصريحاً من الأصحاب » . لكن لامعدل عن العمل باطلاق النص ، المؤيد باطلاق الفتوى .
(٢) في شمول النص للغائب تأمل . لاحتمال أن يكون المراد من قوله في السؤال : « عنده المرأة الشابة » : أن تكون حاضرة عنده . وربما تشهد به السيرة . ولذا قيدي كشف اللثام الحكم المذكور بحضور الزوج : نعم استدل على التعميم بما روي عن عمر : أنه سأل نساء أهل المدينة لما أخرج أزواجهن الى الجهاد ، وسمع امرأة تنشد أبياتاً من جملتها :
فو الله لولا الله لاشيء غيره
لنزله من هذا السرير جوانبه

عن أكثر ما تصبر المرأة عن الجماع ، فقبل له : أربعة أشهر ، فجعل المدة المضروبة للغيبة أربعة أشهر (٢٥) : لكنه ليس بحجة سنداً ، ولا مسنداً اليه ، ولا دلالة ، إذ من الجائز أن يكون ضرب المدة من الأحكام السياسية ، لا الشرعية .

(٣) يعني : في المسألة الرابعة .

(١٥) الوسائل باب : ١ من أبواب الايلاء - حديث : ٢ .

(٢٥) راجع كثر المهالك الجزء : ٨ - حديث : ٥٢٢٧ ، ٥٢٣٤ . مع اختلاف يمين .

وكذا في الادخال بدون الانزال (١) ، لانصراف الخبر الى للوطء المتعارف (٢) وهو مع الانزال وللظاهر عدم توقف للوجوب على مطالبتها ذلك (٣) . ويجوز تركه مع رضاها ، أو اشتراط ذلك حين للعقد عليها ، ومع عدم للتمكن منه (٤)

(١) في المسالك : «المعتبر من الوطاء الواجب ما أوجب الفسل وإن لم ينزل ، في المحل المعهود ، فلا يكفي الدبر» .

(٢) التعارف لا يوجب وهن الاطلاق ، كما هو محرر في محله . والعمدة في الانصراف أن الظاهر أن الحكم المذكور لإرفاق الزوجة ، وهو لا يحصل بمجرد الوطاء مطلقاً .

(٣) لاطلاق النص والفتوى لكن الظاهر من النصوص أنه من حقوق الزوجة ، بل صريح بعض متون الصحيح المتقدم ، وحينئذ يتوقف أدائه على المطالبة كسائر الحقوق . إلا أن يقال : إن الأصل يقتضي وجوب أداء الحق إلا مع الرضا بالتأخر ، لاجواز ترك الأداء إلا مع المطالبة ، لأن إبقاء الحق بدون إذن من له الحق تصرف فيه ، وهو خلاف السلطنة على الحقوق والأموال . ولذا نقول : بأن الدائن إذا جهل الدين أو نسيه لا يجوز للمدينون تأخيرها ، فكذا في المقام إذا كانت الزوجة لا تدري أن لها حق الوطاء ، أو جهات ذلك فلم تطالب ، لم يجز للزوج ترك أدائه . وعلى هذا يكون عدم توقف الوجوب على مطالبتها من مقتضيات الأصل فيه وفي عموم الحقوق مع قطع النظر عن إطلاق النص . ومن ذلك يظهر الوجه في جواز تركه مع رضاها . وكذا مع اشتراط ذلك عند العقد .

(٤) فإن العجز عذر عقلي في مخالفة التكليف . وكذلك الضرر ، لحديث نبي الضرر ، أو ما دل على حرمة الضرر .

لعدم انتشار للعضو ، ومع خوف للضرر عليه أو عليها ، ومع غيبتها (١) باختيارها ، ومع نشوزها (٢) . ولا يجب أزيد من الادخال والانزال ، فلا بأس بترك سائر المقدمات (٣) من الاستمتاع . ولا يجري الحكم في المملوكة غير المزوجة (٤) فيجوز ترك وطئها مطلقاً .

(مسألة ٨) : اذا كانت للزوجة من جهة كثيرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر الى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها . فالاحوط المبادرة الى موافقتها قبل تمام الاربعة (٥) ، أو طلاقها وتخليتها سبيلها .

(١) لا يتضح الفرق بين غيبتها وغيبته ، فان كان يصدق عليه أنه عنده زوجة في حال سفره ، كان الصدق كذلك في حال سفرها ، وإن لم يصدق في الثاني لم يصدق في الاول .
(٢) هذا خلاف إطلاق النصوص المتقدم . إلا أن يفهم من الأدلة أن النشوز مسقط لجميع حقوق الزوجة . ويظهر من كلماتهم في مبحث القسم التسالم عليه .

(٣) للأصل ، وقصور النص المتقدم عن إثباته .
(٤) لخروجها عن مورد النص المتقدم . ويتعين الرجوع فيها الى الأصل .
(٥) للمرسل عن أبي عبد الله (ع) : « من جمع من النساء ما لا ينكح فزنى منهن شيء فالأثم عليه » (١٠) . لكن الاعتماد عليه غير ظاهر . ولا سيما بملاحظة التحديد في الصحيح السابق . ولا يجب الأمر بالمعروف على نحو يقتضي وجوب ما يوجب رفع المقتضي لداعي المعصية ، فلا يجب أن

(مسألة ٩) : إذا ترك مواعقتها عند تمام الأربعة أشهر
لمانع من حيض أو نحوه ، أو عصباناً لا يجب عليه للقضاء (١)
نعم الاحوط ارضائها بوجه من اللجوء ، لأن للظاهر أن
ذلك حق لها عليه (٢) وقد فوته عليها . ثم لللازم عدم التأخير

يتزوج المرأة التي لو لم يتزوجها زنت ، ولا تزويج الرجل الذي لولا
زوجه زنى ، ولا نحو ذلك :

(١) للأصل . فان قلت : الأصل يقتضي وجوب الوطء ، لأن الوجوب
كان سابقاً فيستصحب . قلت : لا إشكال في وجوب الوطء بعد تمام
الأربعة أشهر إذا لم يكن وطأ فيها . وإنما الكلام في وجوبه ثانياً بعنوان
القضاء عما فات ، والأصل فيه الرأفة ، واستصحاب عدمه .

(٢) كأنه يشير الى قاعدة كلية ، وهي : من فوت حق غيره وجب
عليه استحلاله . وقد استدل عليها شيخنا الاعظم في مكاسبه بالأصل ، والنصوص ،
منها ما رواه الكراجكي عن علي بن الحسين (ع) عن أبيه عن أمير المؤمنين
عليه السلام قال : قال رسول الله (ص) : للمؤمن على أخيه ثلاثون
حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو . . . الى أن قال : سمعت
رسول الله (ص) يقول : إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه
به يوم القيامة ويقضى له عليه (١٠) . ونحوه غيره . لكن يشكل الأصل
المذكور : بأنه بعد التصرف في الحق يسقط بذهاب موضوعه ، فلا يحتاج
في سقوطه الى عفو وإرضاء . مثلاً إذا كان لأحد حق على آخر أن لا يأكل
من طعام ، فأكل ، عصى وجرى على خلاف الحق ، فبطل الحق وسقط .
ولا مجال لأصالة بقائه . نعم إذا احتمل دخله في رفع العقاب وجب عقلا
تحصيله ، لكن إطلاق أن التوبة ماحية للذنب : رافع للاحتفال المذكور .

من وطء الى وطء أزيد من الاربعة ، فبدأ اعتبار الاربعة
للاحقة إنها هو الوطاء المتقدم (١) ، لاجن انقضاء الاربعة المتقدمة.

فصل

(مسألة ١) : لا يجوز وطء للزوجة قبل إكمال تسع

سنين (٢)

وأما النصوص المشار إليها فلا يخلو سندها من إشكال . بل دلالتها أيضاً ،
لاشتمالها على أمور لا قائل بوجود البراءة منها ، كما اعترف بذلك شيخنا
الأعظم (ره) في مكاسبه في مباحث حرمة الغيبة . مضافاً الى أن النصوص
مرمية بالهجر والاعراض ، لعدم ذكر مضمونها في كتاب الكفارات . فلاحظ .
وكانه لذلك توقف المصنف عن الفتوى في المقام .

(١) لأن ظاهر النص إرادة المدة المساوية للأربعة أشهر من حين

الوطء ، لا الأربعة أشهر المتعينة .

فصل في أحكام المذخول

(٢) بالنص ، والاجماع كما في كشف اللثام ، وإجماعاً بقسميه ، ونصوصاً ،

كما في الجواهر . وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) :

إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة ، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع

سنين ، (١٥) ، وفي خبر زرارة عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا يدخل

(١٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

جرة كانت أو أمة ، دواماً كان النكاح أو متعة (١) . بسل
لا يجوز وطاء المملوكة (٢) والمحللة كذلك . وأما الاستمتاع بما

بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين ، أو عشر سنين ، (١٥) ، ونحوه خبر
أبي بصير عن أبي جعفر (ع) (٢٥) . والتخير فيها بين الأقل والأكثر
يستوجب حمل الأكثر عرفاً على الاستحباب . وأما خبر غياث بن إبراهيم عن
جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع) : قال : لا توطأ جارية لأقل
من عشر سنين ، فإن فعل فعبت فقد ضمن ، (٣٥) . فشاذ مهجور ، يجب
حمل صدره على الاستحباب ، بقريئة ما سبق ، إن أمكن ، وإلا طرح .
(١) إجماعاً - أيضاً - بقسميه ، كما في الجواهر : وبقتضيه إطلاق
النصوص المتقدمة .

(٢) كما صرح به جماعة . وفي الجواهر : حكاية الإجماع عليه عن
التنقيح ومحكي النهاية والكفاية وظاهر المجمع . وبقتضيه إطلاق الخبرين
الأخيرين المتقدمين . وأما في صحيح الحلبي عن أبي عبدالله (ع) : أنه
قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمئ ، فل (ع) : إن كانت صغيرة
لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة ، وليطأها إن شاء . وإن كانت
قد بلغت ولم تطمئ فإن عليها العدة ، (٤٥) ، وصحيح ابن أبي يعفور عن أبي
عبدالله (ع) : « في الجارية التي لم تطمئ ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها
الرجل ، قال (ع) : ليس عليها عدة ، يقع عليها ، (٥٥) ، ونحوهما

(١٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(٥٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٢ .

عدا اللوطء من النظر واللمس بشهوة وللضم وللتفخيز ، فجائز في الجميع (١) ، ولو في الرضیعة .

(مسألة ٢) : اذا تزوج صغيرة دواماً أو متعة ، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها ، حرمت عليه أبسداً على المشهور (٢) .

غيرها . وهي وإن كانت واردة في الجواز من حيث الاستبراء وعدمه ، لكنها ظاهرة في المفروغية عن الجواز في الصغيرة ، فيقيد بها إطلاق ماسبق . لكن من القريب حمل الصغيرة فيها على معنى : ما لا يتخوف عليها الحبل ، جمعاً بينها وبين الإطلاق المتقدم . وإن كان الانصاف يقتضي البناء على المعارضة بين الإطلاقين ، فيرجع الى الاصل في مورد المعارضة . ولا وجه لتعين إطلاق هذه النصوص للتصرف . ولا سيما بعد ملاحظة رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع المروية في عيون الاخبار . عن الرضا (ع) : وفي حد الجارية الصغيرة السن الذي إذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبرائها . قال (ع) : إذا لم تبلغ استبرأت بشهر ، قلت : وإن كانت ابنة سبع سنين أو نحوها مما لا تحمل . فقال : هي صغيرة ، ولا يضرك أن لا تستبرأها ، فقلت : ما بينها وبين تسع ، فقال (ع) : نعم تسع سنين ، (١٥) . اللهم إلا أن يقال : لا مجال للعمل بها بعد ما عرفت من حكاية الاجماع على خلافها .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر . للاصل السالم عن المعارضة .
(٢) بل إجماعاً محكياً صريحاً عن الايضاح والتنقيح وكنز الفوائد ، وغاية المرام ، وظاهراً في المسالك ومحكي كشف الرموز والمقتصر والمهذب البارع بل والسرائر إن لم يكن محصلاً . كذا في الجواهر . واستدل له

بخبر يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) :
 « قال (ع) : إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين
 فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً » (١٥) . وفيه : أنه لا مجال للاعتقاد عليه
 مع ضعف سنده ، وشموله لصورة عدم الافضاء ، ودلالته على انتفاء الزوجية
 بمجرد الوطء ، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجية مع الافضاء ، فضلاً
 عن صورة عدمه ، كخبر يزيد بن معاوية عن أبي جعفر (ع) : « في
 رجل افتض جارياً - يعني : امرأته - فأفضاها ، قال (ع) : عليه الدية
 إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين . قال : وإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء
 عليه . وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه ، إن شاء أمسك ، وإن
 شاء طلق » (٢٥) ، وصحيح حران عن أبي عبد الله (ع) قال : « سئل
 عن رجل تزوج جارية بكرأ لم تدرك ، فلما دخل بها افتضها فأفضاها ،
 فقال : إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه ،
 وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضها
 فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج ، فعلى الامام أن يغرمه ديتها ، وإن
 أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه » (٣٥) . ولأجل ذلك قال
 في كشف اللثام : « ولم نظفر بخبر يدل على التحريم بالافضاء . ومادل
 على التحريم بالدخول قبل التسع ضعيف مرسل . فالأقرب - وفقاً للنزهة -
 الحل » . وفي الجواهر : أنه لا يتخاو من قوة . اللهم إلا أن يقال : ضعف
 السند منجبر بعمل الأصحاب به . والنصوص الدالة على بقاء الزوجية مع
 الافضاء ربما تنافي فتوى المشهور بالتحريم ، فقد قيل : إن التحريم المؤبد

(١٥) الوسائل باب : ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

وهو الأخوط وإن لم تخرج عن زوجيته (١). وقيل بخروجها عن للزوجية أيضا (٢). بل الأخوط حرمتها عليه بمجرد للدخول (٣) وإن لم يفضها. ولكن الأقوى بقاؤها على للزوجية وإن كانت مفضاة (٤) وعدم حرمتها عليه أيضا ، خصوصا

ينافي مقتضى النكاح . أو هي مخالفة للمشهور من ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها . فإذا لاجال للاعتاد عليها . فلم يبق إلا عموم المرسل ، ويمكن تقييده بصورة الافضاء ، لظهور الاجماع على عدم التحريم بدونه . لكن بشكل ذلك : بأن الفتوى هي أن التحريم يستند الى الافضاء ، والمرسل ظاهر في أنه يستند الى الدخول ، فتكون الفتوى أجنبية عن المرسل ، لا مقيدة له ، لأن الافضاء من مقارنات الدخول ، لامن حالاته . فحمل المرسل على مضمون الفتوى تصرف فيه بنحو آخر غير التقييد بعيداً جداً . ولعله الى ذلك أشار في الجواهر بقوله : «لانه لا يورث الفقيه ظناً» . وبالجملة : الاستدلال على فتوى المشهور بالمرسل بعيد عن السليقة العرفية . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، وعن السرائر ، والجامع ، وغيرها . وفي كشف اللثام : أنه الأقوى لصحيفة حران ورواية بريد المتقدمين ، المصرحتين بذلك . (٢) لأن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح ، إذ ثمرته حل الاستمتاع . ولما تقدم من مرسل يعقوب بن يزيد ، الصريح في انتفاء الزوجية بمجرد الدخول ، فضلا عن الافضاء ، أو بعد جماله على الافضاء . ولكن المرسل قد عرفت إشكاله ، فلا معدل عن العمل بغيره .

(٣) فقد نسب ذلك الى الشيخين في المقنعة والنهاية والى ابن لإدريس . ويشهد له المرسل المتقدم . لكن في صلاحيته لذلك تأمل ، لعدم ثبوت الفتوى المذكورة ، فضلا عن صلاحيتها لجبر المرسل .

(٤) عملاً بالنصوص المتقدمة من دون معارض ظاهر . مضافاً الى

إذا كان جاهلاً (١) بالموضوع أو الحكم ، أو كان صغيراً ، أو مجنوناً ، أو كان بعد اندمال جرحها (٢) ، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً . نعم يجب عليه دية الأفضاء وهي دية للنفس (٣) ففي الحرة نصف دية للرجل وفي الأمة أقل الأمرين من قيمتها ودية الحرة . وظاهر المشهور : ثبوت للدية مطلقاً وإن أمسكها

أنه مقتضى الأصل ، وليس ما يوجب الخروج عنه إلا المرسل الذي لم تثبت حججته . ولأجل ذلك يتعين القول بعدم حرمتها عليه ، لما ذكر .

(١) فقد حكى في الجواهر عن تصريح بعضهم ، وظاهر كثير : عدم التحريم في ذلك ، حيث رتبوا الحكم على الوطاء المحرم ، ولما في كلام جماعة من تعليل التحريم بأنه عقوبة ، وهي إنما تترتب على الحرام دون المباح . لكن إطلاق الدليل على التحريم - لو تم - لا يخل به مثل ذلك . والانصراف والتعليل ممنوعان .

(٢) اقتصاراً في التحريم على المتيقن ، وهو غير هذا الفرد . ولكن ظاهر فتوى الأصحاب العموم له ، عملاً بالاستصحاب . ولذلك حكى القطع به عن الصيمري في غاية المرام ، وعن السيوري : أنه أولى الوجهين . وأما ما ذكر من الاقتصار على القدر المتيقن فلا يجدي في الحل بعد جريان استصحاب التحريم . اللهم إلا أن يشك في ثبوت التحريم من أول الأمر ، فيبني على الحل من الأول . ولكنه غير محل الكلام كما لا يخفى . وكذا الكلام بناء على البيئونة . فالعمدة حينئذ ملاحظة دليل الحرمة . فان كان هو المرسل فمقتضاه بقاء الحرمة ، ولو بالاستصحاب . ومثله الكلام فيما لو طلقها ثم عقد عليها جديداً . فان مقتضى الاستصحاب أيضاً بطلان العقد ، إلا أن يكون الشك في الحرمة من أول الأمر .

(٣) على ما ذكره في كتاب الديات . فراجع

ولم يطلقها . الا أن مقتضى حسنة حمران وخبر بريد المثبتين لها (١) عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها . والأحوط ما ذكره المشهور . ويجب عليه أيضا نفقتها مادامت حية (٢) وإن

(١) المتقدمين آنفاً . وعن ابن الجنيدي : الفتوى بمضمونها . ولعله اعتاداً منه عليهما . لكن في الجواهر : « يجب حملها على سقوطها صلحاً ، بأن تختار المقام معه بدلا عن الدية ، فان الدية قد لزمته بالافضاء بدلالة النص والفتوى ، فلا تسقط مجاناً من غير عوض . لأنه لو لم يحمل على الصلح فاما أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الامسك ، أو بنفس الامسك المستمر الى الموت بأن تسقط الدية به ، أو يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت فان أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الامسك ، أو عدم ثبوت الدية بالافضاء . واللوازم - خصوصاً بعضها - في غاية البعد . والاشكال عليه ظاهر ، فانه أشبه بالاجتهاد في مقابل النص . نعم يمكن الاشكال : بأن النصوص مهجورة عند الاصحاب ، فلا مجال للاعتاد عليها . والدية وإن لم يصرح بلفظها في غير الخبرين ، لكن دل عليها جملة من الروايات ، منها خبر غياث المتقدم في أول الفصل ، ومنها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب ، فهو ضامن » (١٥) . ونحوهما غيرهما .

(٢) بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل قد حكى الاجماع عليه جماعة ، كما في الجواهر : ويشهد له صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « سألته عن رجل تزوج جارية فوقع عليها فأفضاها ، نال (ع) : عليه الاجراء عليها مادامت حية » (٢٥) . وعن الاسكافي : سقوطها بالطلاق . ووجهه غير

(١٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

طلقها ، بل وان تزوجت بعد للطلاق (١) على الاحوط .
 (مسألة ٣) : لا فرق في للدخول الموجب للافضاء
 بين أن يكون في للقبيل أو للدبر (٢) . والافضاء أعم من أن
 يكون (٣) باتحاد مسلكي للبول والحيض ، أو مسلكي الحيض

ظاهر في مقابل الاطلاق ، ولا سيما مع دعوى الاجماع على خلافه .
 (١) كما هو المشهور . وعن ابن فهد والصيمري وابن قطان والايضاح
 والروضة : تقييد الحكم بما إذا لم تتزوج بغيره . وفي القواعد : « على
 الاشكال » لزوال الزوجية التي هي علة الوجوب . ولزوال التعليل على الازواج :
 ولأنها واجبة على الثاني ، فلا نجب على الأول . وفيه : أن ظاهر صحيح
 الحلبي أن علة الوجوب الافضاء ، لا الزوجية . ومنه يظهر الاشكال في
 الأخير . وأما التعطيل على الازواج فانما ذكر في صحيح حمران (١٥) .
 علة للذبة ، لا للنفقة ، فلا يكون انتفاؤه موجباً لانتفائها .

(٢) لا طلاق النص ، والفتوى .

(٣) قد اختلفت الكلمات في تفسير الافضاء . قال في القواعد :

« وهو - يعني : الافضاء - صيرورة مسلك البول والحيض واحداً . أو
 مسلك الحيض والغائط واحداً ، على رأي » . وظاهر مجمع البحرين : أنه
 جعل مسلك البول والغائط واحداً . ونحوه عن كشف الرموز ، فيكون
 قولاً ثالثاً . وفي الشرائع في مبحث العيوب وغيرها تفسيره يجعل
 مسلكها مسلكاً واحداً . والظاهر منه القول الثاني . هذا ولا ريب في أن
 الاقوال المذكورة متقابلة مفهوماً . إنما الاشكال في أن الاحكام السابقة هل
 تختص بأحد هذه المعاني ؟ وحينئذ يحتاج في تعيينه الى دليل . أو أنها
 عامة للجميع . ظاهر المشهور أن موضوع الاحكام المعنى الاول . وعن

والغائط، أو اتحاد الجميع. وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالاول.
(مسألة ٤) : لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبدية (١)

صريح كلام العلامة في جملة من كتبه ، وغيره أن موضوع الاحكام الجامع بين المعنيين . قال في الجواهر بعد نقل كلمات الفقهاء وأهل اللغة في تفسير الافضاء : « وكيف كان فكلام الفقهاء وأهل اللغة متفق على أن إفضاء المرأة شيء خاص . لأن المراد به مطلق الوصل ، أو التوسعة ، أو الشق ، أو الخلط ، كي تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك ، كما هو مبنى كلام العلامة ومن تابعه . ووجود معنى المطلق في ذلك الخاص لا يقتضي كون المراد المطلق وأن ذكر الخاص من باب المثال . . . الى أن قال : نعم يبقى الكلام في تعيينه من بين الافراد التي سمعتها أقوالاً ، أو احتمالاً . ولا ريب في أن المظنون منها ما هو المشهور ، للشهرة ، والاجماع المنقول ، وتعارف الوقوع ، وغير ذلك . . . » . وما ذكره (ره) في محله ، لأن الجامع بين الافراد ليس من معاني الافضاء ، كي يحمل عليه الكلام . وحمله على المعنى اللغوي يقتضي ثبوت الاحكام له وإن كان بنحو آخر غير الانحاء المذكورة ، ولا يظن القول به من أحد . وعليه يتعين حمله على المشهور . لحصول الوثوق بصحته ، الموجب للترجيح ، كما تحقق ذلك في مبحث الأخذ بقول اللغوي

(١) لخروجها عن مورد النصوص ، وهو الزوجة الصغيرة المفوضة بالوطء . كما نص على ذلك في الجواهر . وحينئذ يتعين الرجوع في غيرها الى القواعد المقتضية للعدم . وعن العلامة وولده : تحريم الأجنبية . وعن غيرهما : تحريم الأجنبية والأمة . وكأن الوجه في الاخير استفادة عدم الخصوصية من مورد النص . وفي الأول الأولوية ، لأن الاثم في الأجنبية أشد . أو لأن الزوجية ليست سبباً في الحرمة ، لأنها سبب الحل ، فلا تكون

- على القول بها - ووجوب للنفقة المملوكة والمحلاة والمطوعة
 بشبهة أوزنا ولا للزوجة للكبيرة . نعم تثبت للدية في الجميع (١)
 - عدا للزوجة للكبيرة (٢) - إذا أفضاها بالدخول بها (٣) ،
 حتى في الزنا ، وإن كانت عالمة مطاوعة (٤) وكانت كبيرة .
 وكذا لا يلحق بالدخول الافضاء بالاصبع (٥) ونحوه ، فلا
 سبباً لضده ، بل السبب الصغر والافضاء ، والمفروض حصولها في الأجنبية .
 وهو كما ترى .

(١) كما في الجواهر حاكياً عن بعضهم التصريح به ، لصحيح سليمان
 ابن خالد قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كسر بعصوه ،
 فلم يملك أسته ، ما فيه من الدية ؟ فقال (ع) : دية كاملة . وسألته عن
 رجل وقع بجارية فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد ، فقال (ع) :
 الدية كاملة » (١٠) ، ولما رواه في الفقيه باسناده الى قضايا أمير المؤمنين (ع) :
 أنه (ع) قضى في امرأة أفضيت بالدية (٢٠) .

(٢) لما سبق من صحيح حمران وخبر يزيد (٣٥) ، المعتضد باجماع
 الخلاف . وعن الحلبيين : لإطلاق لزوم الدية في الافضاء . وهو ضعيف .
 (٣) قيد للمستثنى منه .

(٤) لإطلاق الصحيح ، كما نص على ذلك كله في الجواهر .

(٥) كما نص عليه في الجواهر ، ويظهر منه التسالم عليه . لخروجه

عن مورد النص .

(١٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب ديات المنافع حديث : ١ .

(٢٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٤ صفحة : ١١١ طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ٢٦

من ابواب ديات الاعضاء حديث : ١ .

(٣٥) راجع اول المسألة : ٢ من هذا الفصل .

تحرم عليه مؤبدا . نعم تثبت فيه للدية (١) .
 (مسألة ٥) : إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع
 فأفضاها لم تحرم عليه ولا تثبت للدية كما مر . ولكن الاحوط
 الانفاق عليها ما دامت حية (٢) .

(مسألة ٦) : إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً ففي
 كون للدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال (٣) ، وان كان الوجه
 للثاني لا يخلو عن قوة .

(مسألة ٧) : إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب
 آخر غير الافضاء ضمن أرشه . وكذا إذا حصل مع الافضاء
 عيب آخر يوجب الارش أو للدية ضمنه مع دية الافضاء .

(١) لأنها من أحكام الجناية .

(٢) كما قد يستظهر من محكي الخلاف ، لاطلاق صحيح الحلبي
 المتقدم (١٥) في الانفاق على المفضاة . لكن في الجواهر : « المشهور بين
 الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً على اختصاص الصغيرة بذلك » .
 بل ظاهر الخلاف الاجماع على ذلك . ولعل وجهه إطلاق ما في صحيح
 حران وخبر يريد من قوله (ع) : « لاشيء عليه » ، فانه شامل للنفقة
 والدية معاً . لكن يشكل ذلك بمعارضتهما بصحيح الحلبي ، فانه كما يمكن
 تقييده بالصغيرة يمكن تقييدهما بالدية . بل الثاني هو المتعين لثبوت النفقة
 في الكبيرة ما دامت في حباله . وحينئذ لا يكونان متعرضين لها ، فلأمانع
 حينئذ من الأخذ باطلاق صحيح الحلبي .

(٣) ينشأ من إطلاق النصوص أن عليه الدية . ومن إطلاق ما دل

(مسألة ٨) : إذا شك في إكمالها تسع سنين لا يجوز

على أن عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة (١٥). لكن العمل على الثاني متعين ،
لحكومته على الأول . نعم في الشرائع في كتاب الديات : « أن دية الأفضاء في
مال المضي ، لأن الجناية إما عمد أو شبه عمد » . ومثله ما عن المبسوط ،
بل قال في محكيه : « وأحال بعضهم أن يتصور في الأفضاء خطأ محض » .
لكن قال في الجواهر بعد حكاية ذلك : « قد يتصور في الصغير ، والمجنون ،
والنائم ، بل وفيما لو كان له زوجة قد وطأها ويعلم أن وطأها لا يفضيها ،
فأصاب على فراشه امرأة فأفضاها ، ويعتقدها زوجته ، فانه أيضاً خطأ محض » ،
والفرض الأخير حكاه في كشف اللثام عن بعض المتأخرين . وكأن الوجه
في تأمل المصنف في الحكم المذكور: أن الظاهر من قوله (ع) : « عمد الصبي
وخطؤه واحد » (٢٥) الاختصاص بما إذا كان المورد موضوع حكيم ،
أحدهما في حال العمد ، والآخر في حال الخطأ ، مثل ماورد في قتل العمد وقتل
الخطأ ، ولا يشمل المورد الذي كان الدليل فيه للجامع بين العمد والخطأ ،
مثل المقام ، ونحو قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، وكذا الضمان
باليد مما لم يكن العمد فيه قد أخذ موضوعاً للضمان . وفيه : أن ذلك
مسلم في مثل الحديث الشريف : لا في مثل ما في صحيح محمد بن مسلم
عن أبي جعفر (ع) : « كان أمير المؤمنين يجعل جنابة المعتوه على عاقلته
خطأً كان أو عمداً » (٣٥) . نعم لم أقف على مثل ذلك في الصبي .
وبالجملة : فالاشكال يتم إذا لم يستفد من الأدلة ما يقضي بالتفصيل بين
العمد والخطأ .

(١٥) مستدرک الوسائل باب : ٨ من ابواب العاقلة حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب العاقلة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب العاقلة حديث : ١ .

له وطؤها ، لاستصحاب الحرمة للسابقة (١) . فان وطأها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضا كونها حال للوطء بالغة أو لا لم تحرم أبداً ولو على للقول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع (٢) والأصل لا يثبت ذلك . نعم يجب عليه للدية (٣)

(١) أو لاستصحاب الموضوع ، وهو عدم البلوغ ، لأن موضوع الحرمة ما لم يأت لها تسع سنين ، وهو عديمي .

(٢) فان الرواية الدالة على الحرمة الابدية قد جعل موضوعها الوطء قبل التسع ، والقبلية صفة وجودية لا يمكن إحرازها بالأصل ، بل الاصل عدمها ، فينتفي به كونها قبل التسع ، ولذلك تنتفي الحرمة الابدية ، لأن موضوعها الموطوءة قبل التسع وهو منتف . وفيه : أن المراد من كونها قبل التسع : أنها لم تبلغ التسع ، لا أن يكون بعدها تسع ، كي يكون وجودياً . وإلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشك في بلوغها التسع بعد ذلك ، لعدم إحراز القيد الوجودي المذكور . وهو كما ترى . وبالجملة : لا ينبغي التأمل في كون القيد المذكور عديماً فيثبت بالأصل .

(٣) لأن موضوعها في صحيح حمران المتقدم (١٥) من لم تبلغ التسع ، فيمكن إثباته بالأصل . ويشكل بأن المذكور في خبر بريد : أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين . فاذا كان الوصف المذكور وجودياً - حسبما ذكره سابقاً - كان مقيداً لاطلاق صحيح حمران . فاذا لم يمكن إثباته بالأصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية .

وللنفقة عليها ما دامت حية (١) .

(مسألة ٩) : يجري عليها بعد الافضاء جميع أحكام
للزوجة (٢) من حرمة الخامسة ، وحرمة الاخت واعتبار الاذن
في نكاح بنت الاخ والاخت ، وسائر الاحكام ، ولو على
للقول بالحرمة الابدية ، بل يلحق به للولد (٣) وإن قلنا بالحرمة
لأنه على اللقول بها يكون كالحرمة حال الحيض .

(مسألة ١٠) : في سقوط وجوب الانفاق عليها
ما دامت حية بالنشوز إشكال لا احتمال كون هذه للنفقة لا من
باب انفاق للزوجة (٤) ، ولذا تثبت بعد الطلاق ، بل بعد
التزويج بالغير . وكذا في تقدمها على نفقة الاقارب (٥) .

(١) كأنه لعموم صحيح الحايي المتقدم (١٥) ، والكبيرة - على تقدير
خروجها عنه - يكون خروجها بالاجماع ، وهو مخصص لي . فمع الشك
من جهة الشبهة الموضوعية يرجع الى العموم .

(٢) كما نص على ذلك وعلى أنه لا إشكال في التوارث بينهما في
الجواهر ، بناء على بقائها على الزوجية ، كما تقدم . والوجه فيه عموم
أدلة الاحكام المذكورة .

(٣) كما في الجواهر ، لقاعدة الفراش .

(٤) الذي يقتضيه إطلاق النص هو ثبوت النفقة في حال النشوز ،
وإن كانت من قبيل نفقة الزوجية ، فإنه لا مانع من أن يكون الافضاء
موجباً لاستمرارها حتى في حال النشوز . فيتعين العمل باطلاق النص
(٥) يعني : أنه أيضاً محل إشكال . لأن الوجه في تقديم نفقة الزوجة

وظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت للزوجة تسقط بموت الزوج (١) أيضاً . لكن يحتمل بعيداً عدم سقوطها بموته . والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه ، فتصير ديناً عليه . ويحتمل بعيداً سقوطها . وكذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكنه ، إذ كونها حكماً تكليفاً صرفاً بعيد . هذا بالنسبة الى ما بعد للطلاق ، وإلا فما دامت في حباله للظاهر أن حكمها حكم الزوجة .

الاجماع ، وهو غير حاصل في المقام . وأما مجرد كونها ديناً مالياً فلا يكتفي في وجوب التقديم ، ولذا لا يقدم الدين على نفقة الأقارب ، بل نفقة الزوجة إذا صارت ديناً بالقوات لا تقدم على نفقة الأقارب .
 (١) كما نص على ذلك في الجواهر ، وقال : « كما هو واضح ، ولم يستدل عليه بشيء . وكان وجهه : أن التعبير بالاجراء في الصحيح ظاهر في أن اشتغال الزمة به تدريجي ، فيختص بحال الحياة ، لا أنه تشتغل الزمة بتام النفقة مدة العمر كي تكون كسائر الديون تتعلق بتركته . وإلا لزم ثبوت أمرين عليه : نفقة الزوجية تدريجاً ، ونفقة الاقضاء دفعة ، ولا يظن الالتزام به ، فان ظاهر الصحيح تشريع استمرار الانفاق مادامت حية ، لا تشريع أصل الانفاق مضافاً الى تشريع نفقة الزوجية بحيث تكون عليه نفقتان . ولذلك جعل المصنف (ره) احتمال عدم السقوط بموته بعيداً . وبالجملة : الظاهر من الصحيح الحكم باستمرار نفقة الزوجية مادامت حية ، فيكون لها مال النفقة الزوجية من الأحكام ، ومنها السقوط بالموت ، وعدم السقوط بعدم التمكّن ، وتكون ديناً عليه . وكذا إذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته . نعم السقوط بالنشوز وإن كان من أحكام نفقة الزوجية لا يثبت في المقام ، لظهور الصحيح في الاستمرار المنافي

فصل

لا يجوز في للعقد للدائم الزيادة على الأربع (١)

للسقوط . والسقوط بالموت من باب علم الثبوت ، لا من باب السقوط ، فلا يقاس على السقوط بالنشوز . ومن ذلك يظهر الوجه في قول المصنف : « إذ كونها حكماً تكليفاً صرفاً بعيداً . وكذا ما ذكره بقوله : « الظاهر أن حكمها حكم الزوجة » .

فصل

(٢) إجماعاً ، بل حكى غير واحد عليه إجماع المسلمين . قال في المسالك : « لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام » . وفي الجواهر : دعوى الضرورة من الدين عليه . وما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع ، لم يثبت ، بل المحكي عن مشايخهم البراءة من ذلك . انتهى . وقد وردنا في هذه الأيام من العلويين في اللاذقية سؤال عن ميت مات عن ثمان . ولعله لم يكن عن اعتقاد المشروعية .

وتشهد به النصوص . كصحح زرارة بن أعين ومجد بن مسلم عن أبي عبدالله (ع) : « قال : إذا جمع الرجل أربعاً وطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طاق . وقال (ع) : لا يجمع مائة في خمس » (١٥) . ونحوه غيره . ويستفاد مما ورد فيمن تزوج خمساً بعقد واحد (٢٥) ، وفيمن كان عنده ثلاث نسوة فتزوج اثنتين في عقد (٣٥) ،

(١٥) الوسائل باب : ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ١ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد .

(٣٥) راجع الوسائل باب : ٥ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد .

حرراً كان أو عبداً ، وللزوجة حرة أو أمة (١) . وأما في الملك
وللتحليل : فيجوز ولو الى ألف (٢) .

وفي الكافر اذا أسلم وعنده أكثر من أربع (١٠) ، ومما ورد فيمن كانت
عنده أربع زوجات فبانت لإحداهن (٢٥) . فتأمل .

ثم في جملة من النصوص المشار إليها ذكر الماء ، فيختص بجرمة
الوطء والآنزال في أكثر من أربع ، ولا يمنع من أصل النزويج بالأكثر .
لكن الظاهر أن المراد الكناية عن حلية الوطاء فتأمل . وفي المسالك :
« الأصل فيه قوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع) ، (٣٥) . وتبعه عليه في الجواهر ، بقريئة أن الأمر فيها للإباحة ،
ومقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها ، إذ لو كان مباحاً
لما خص الجواز بها ، لمنافاته للامتنان ، وقصد التوسع في العيال ، ولأن
مفهوم لإباحة الأربع حظر ما دون الأربع ، أو ما زاد عليها ، والأول
باطل بتجويز الثلاث فيها صريحاً ، فيتعين الثاني . ثم قال : « فمن القريب
دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم ما زاد » . والاشكال عليه
ظاهر . إذ ليس هو إلا تمسك بمفهوم العدد ، والتحقيق خلافه .

(١) كل ذلك لإطلاق الأدلة .

(٢) بلا خلاف بين المسلمين ، كما في الجواهر . وفي كشف اللثام :

« إتفاقا من المسلمين » . وفي المسالك : « هو موضع وفاق من جميع
المسلمين » . ويقضيه إطلاق الأدلة . مضافاً الى خبر اسماعيل بن الفضل
الهاشمي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن المتعة ، فقال : إلق عبد الملك

(١٥) راجع الوسائل باب : ٦ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : .

(٣٥) النساء : ٣ .

وكذا في للعقد الانقطاعي (١) .

ابن جريح . . . الى أن قال : وكان فيما روى لي فيها ابن جريح أنه ليس فيها وقت ولا عدد ، إنما هي بمنزلة الاماء يتزوج منهن كم شاء ، (١٠) ، وصحيح ابن أذينة عن أبي عبدالله (ع) : قلت له : كم يحل من المتعة ؟ قال : فقال : هن بمنزلة الاماء ، (٢٥) . ونحوهما غيرهما . والى ماورد في العبد المأذون من مولاه ، وأنه يتسرى ماشاء إذا كان أذن له مولاه (٣٥) .

(١) على المشهور بين أصحابنا ، كما في المسالك . وفي الجواهر : « بلا خلاف معتد به فيه بيننا » وعن الحلبي : الاجماع عليه . ويشهد له كثير من النصوص ، منها ما تقدم في الاماء ، وفي موثق زرارة عن أبي عبدالله (ع) : « ذكرت له المتعة أهى من الاربع ؟ فقال : تزوج منهن ألفاً ، فانهن مستأجرات » (٤٥) ، وصحيحه : « قلت : ما يحل من المتعة ؟ قال (ع) : كم شئت » (٥٥) . ونحوها غيرها .

نعم في موثق عمار السابطي عن أبي عبدالله (ع) : « عن المتعة . فقال : هي أحد الأربع » (٦٥) وفي المسالك : أنها حملت على الاستحباب ، جمعاً بينها وبين ما سبق . وعن ابن البراج : العمل به . وفي المسالك : « عن المختلف أنه اقتصر على حكاية الشهرة ، ولم يصرح بمختاره . وعذره

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٦ .

(٣٥) راجع الوسائل باب : ٢٢ من ابواب نكاح المييد وباب : ٩ من ابواب ما يحرم

باستيفاء العدد .

(٤٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٣ .

(٦٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ١٠ .

ولا يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين (١) .

واضح . ولكنه غير ظاهر ، فانه حكى عن المشهور علم احصار المتعة في عدد . ثم حكى عن ابن البراج ما سبق . ثم قال : « لنا الأصل ، وما رواه زرارة في الصحيح » ، ثم ذكر غيره من النصوص الدالة على المشهور ، ثم استدل لابن البراج بما سبق . ثم ذكر جواب الشيخ عنه بأنه ورد احتياطاً ، لا حظراً . وظاهره موافقة المشهور ، لا التوقف . وكيف كان فلا مجال للأخذ بالموثق بعد إمكان الجمع العرفي بينه وبين ما سبق بالحمل على الاستحباب ، أو على التقية ، كما يظهر من صحيح البنزطي عن الرضا (ع) : « قال أبو جعفر : إجماعها من الاربع . فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط فقال (ع) : نعم » (١٥) ، وصحيحه الآخر المروي عن قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال : « سألته عن المتعة .. الى أن قال : وسألته من الاربع هي ؟ فقال (ع) : إجماعها من الاربع على الاحتياط . قال : وقلت له : إن زرارة حكى عن أبي جعفر (ع) : إنما من مثل الاماء يتزوج منهن ماشاء ، فقال (ع) : هي من الأربع » (٢٥) . فان الظاهر من الاحتياط : الاحتياط في المحافظة على نفسه وماله . لأن التزويج بالخمس لا يصح دواماً ، والمتعة ممنوعة عند المخالفين . ويحتمل أن يكون المراد : الاحتياط في المحافظة على ملاكات الاحكام . لكنه بعيد . وعلى كل حال فالصحيح المذكورة بمنزلة الحاكم على الموثق ، فلا مجال للعمل بظاهره . على أنه مهجور ، ومعارض بما هو أصح سنداً ، وأكثر عدداً ، وأوضح دلالة . فلا مجال لتقديمه على غيره .

(١) بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه . كذا في

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ١٣ .

ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرتين (١) . وعلى هذا فيجوز للحر أن يجمع بين أربع حرائر (٢) ، أو ثلاث وأمة أو حرتين وأمتين . وللعبد أن يجمع بين الأربع إماء ، أو حرة وأمتين ، أو حرتين . ولا يجوز له أن يجمع بين أمتين وحرتين (٣)

الجواهر . وفي الرياض : « باجماعنا ، حكاه جماعة من أصحابنا » واستدل له بمصحيح أبي بصير عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية ؟ فقال : إن أهل الكتاب مما يليك للإمام ، وذلك موسع منا عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج . قلت : فإنه يتزوج عليها أمة ؟ قال (ع) : لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء » (١٠) . لكن في دلالة : « لا يصلح » على المنع نظر .

(١) بلا خلاف ظاهر . لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « عن العبد يتزوج أربع حرائر ؟ قال (ع) : لا ، ولكن يتزوج حرتين ، وإن شاء أربع إماء » (٢٠) ، وخبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن المملوك ما يحل له من النساء ؟ فقال (ع) : حرتان ، أو أربع إماء » (٣٠) ، وخبر زرارة عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا يجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين » (٤٥) ، ونحوها .
(٢) تقتضي الأدلة الأولية جواز ذلك . وكذا الفرضان اللذان بعده .
وكذا الصور المذكورة للعبد .

(٣) فإن الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم . وكذا مرسل

- (١٥) الوسائل باب : ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٢ .
(٢٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ١ .
(٣٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٢ .
(٤٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٤ .

أو ثلاث حرائر ، أو أربع حرائر (١) ، أو ثلاث إماء وحررة (٢) كما لا يجوز للحر أيضاً أن يجمع بين ثلاث إماء وحررة (٣) .
(مسألة ١) : إذا كان للعبد مبعوضاً أو الأمة مبعوضة

ففي حقوقها بالحر أو للقن إشكال ، ومقتضى الاحتياط : أن يكون للعبد المبعوض كالحر بالنسبة إلى الإماء فلا يجوز له للزيادة على أمتين ، وكالعبد للقن بالنسبة إلى الحرائر ، فلا يجوز له للزيادة على حرتين وأن تكون الأمة المبعوضة كالحررة بالنسبة إلى للعبد ، وكالأمة بالنسبة إلى الحر (٤) . بل يمكن أن يقال : إنه بمقتضى القواعد . بدعوى أن المبعوض حر وعبد ، فمن حيث حرته لا يجوز له أزيد من أمتين ، ومن حيث عبديته

الفقهاء : « يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين وحررة » (١٥) . ومنها يظهر : أنه لا يجوز أن يجمع بين حرتين وأمة . قال في الشرائع : « إذا استكمل العبد أربعاً من الإماء ، أو حرتين ، أو حررة وأمتين ، حرم عليه ما زاد » . ومثله كلام غيره . وادعى عليه الإجماع في كلام جماعة كثيرة .

(١) لما سبق .

(٢) للمرسل السابق . وصحيح محمد بن مسلم لا يدل على المنع فيه .

(٣) لمصحح أبي بصير السابق .

(٤) قال في القواعد : « والمعتق بعضها كالأمة في حق الحر ، وكالحررة

في حق العبد ، والمعتق بعضه كالحر في حق الإماء ، وكالعبد في حق الحرائر » ونحوه كلام غيره . وعلوه بالاحتياط ، وتغليب جانب الحرمة . ولكن قال في الجواهر : « لا ريب في أنه أحوط ، وإن كان لا يخلو من بحث ، إن

لا يجوز له أزيد من حرتين (١) . وكذا بالنسبة الى الامة المبعضة . إلا أن يقال : إن الاخبار الدالة على أن الحر لا يزيد على أمتين وللعبد لا يزيد على حرتين منصرفاً الى الحر وللعبد

لم يكن إجماعاً خصوصاً في التبعض اللاحق للتزويج ، الذي قد يتعارض فيه الاحتياط ، وفي الرياض : « لعل ذلك تغليب للحرمة ، كما يستفاد من بعض المعبرة : (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال) (١٥) . فتأمل ، وقاعدة التغليب غير ثابتة . والرواية إما محمولة على الشبهة المحصورة ، أو على صورة المزج بين الحرام والحلال . ولولا ذلك لأشكل الحكم في كثير من الموارد ، كما لا يخفى .

(١) لا يقال : إنه يقع التزاحم بين الحرية المقتضية لعدم جواز أزيد من أمتين ، وبين العبدية المقتضية لجواز أربع إماء . وكذا بالنسبة الى الحرائر ، فان العبدية تقتضي المنع من أزيد من حرتين ، والحرية مقتضية لجواز أزيد من حرتين .

فانه يقال : التزاحم بينهما من قبيل التزاحم بين المقتضي واللامقتضي ، فان اقتضاء الحرية لجواز أربع حرائر بمعنى عدم اقتضاها للمنع من أزيد من حرتين وكذلك اقتضاء العبدية لجواز أربع إماء بمعنى عدم المقتضي للمنع عن ذلك . ومع تزاحم المقتضي واللامقتضي يكون العمل والأثر للمقتضي .

ثم إن هذا التوجيه مبني على أن يكون المراد من الحر والعبد الطبيعة ولو في جزء الفرد . فيكون المراد من العبد ما هو أعم مما كان بعضه عبداً . والمراد من الحر ما هو أعم مما كان بعضه حراً . وسياتي الكلام فيه .

الخالصين (١) . وكذا في الأمة . فالمبعض قسم ثالث خارج عن الاخبار ، فالمرجع عمومات الادلة على جواز للتزويج ، غاية الامر عدم جواز للزيادة على الاربع ، فيجوز له نكاح أربع حرائر ، أو أربع إماء . لكنه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحر الخالص (٢) ، وحينئذ فلا يبعد أن يقال : إن المرجع الاستصحاب . ومقتضاه إجراء حكم للعبد والامة عليهما (٣) ودعوى : تغير الموضوع . كما ترى (٤) . فتحصل : أن الاولى

(١) لا ينبغي التأمل في أن صفة الحرية والرقيّة من الصفات القائمة بتمام الموضوع ، فالحر من يكون تمامه حرّاً ، والعبد من يكون تمامه عبداً . وهو المعنى الحقيقي للفظ . فمن يكون بعضه حرّاً وبعضه عبداً خارج عن موضوع الحر والعبد ، فلا يجري عليه حكم أحدهما . فمن الغريب ما في بعض الحواشي على المقام من أنه لو سلم الانصراف فكونه من الانصرافات البدوية ظاهر . انتهى . فان من يكون بعضه حرّاً إنما الحر بعضه لأكله ، وكذلك من يكون بعضه عبداً إنما العبد بعضه لأكله ، ومن المعلوم أن موضوع الأحكام في الأدلة الانسان الحر أو العبد ، والمبعض لآخر ولا عبد ، بل بعضه حر وبعضه عبد .

(٢) لم يتضح بطلان اللازم المذكور ، إذ من الجائز أن يكون الوجه في عدم تزويج الحر بأربع إماء كرامته وهي مفقودة في المبعض . وأن يكون الوجه في عدم تزويج العبد بأربع حرائر نقصه ، وهو مفقود في المبعض أيضاً .

(٣) فله أن يتزوج بأربع إماء ، وللعبد أن يتزوج بأربعاً منها .

(٤) لما عرفت مراراً من أن المعيار في تبدل الموضوع العرف ، بحيث

الاحتياط للذي ذكرنا أولاً ، والأقوى للعمل بالاستصحاب وإجراء حكم للعبيد والاماء عليهما .

(مسألة ٢) : لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق وصار حراً ، لم يجز إبقاء الجميع ، لأن الاستدامة كالابتداء (١) ، فلا بد من طلاق للواحدة أو الاثنتين . وللظاهر

تكون القضية المشكوكة غير القضية المتيقنة عرفاً ، ومن المعلوم أن تحرير بعض القن لا يستوجب ذلك . نعم يمكن الاشكال في الاستصحاب بأنه تعليقي ، لأن معنى جواز عقده على أربع إماء حال الرقة : أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه ، فاستصحاب ذلك الى حال حرية بعضه معارض على التحقيق - بالاستصحاب التنجيزي ، وهو أصالة عدم ترتب الأثر . فالمرجع لا بد أن يكون دليلاً آخر ، وهو إما أصالة حرمة الوطء بناء على أصالة الحرمة في الفروج ، أو أصالة لإباحة الوطء ، فيتحدد مفاد الأصل مع مفاد الاستصحاب في الأثر المذكور . وإن كان يختلف معه بالنسبة الى الآثار الأخرى ، فإن مقتضى الاستصحاب وجوب الانفاق على الاماء الاربع لو عقد عليهن ، ومقتضى أصل البراءة العدم . وكذلك بالنسبة الى التوارث . هذا بالنسبة الى التزويج بأربع إماء الذي كان جائزاً له قبل التبعض . وأما بالنسبة الى عدم جواز تزويج أربع حرائر ، فالأصل المذكور يتحدد مع أصالة عدم ترتب الأثر ، فلا باس بالرجوع اليه وبحكم حينئذ بحرمة التزويج بأربع حرائر . وبالجمله : فالاستصحاب المذكور إن أشكل جريانه فهو من هذه الجهة . لكن عرفت أن النوبة لا تنتهي اليه بعد إمكان الرجوع الى عمومات الحل .

(١) هذا مما لا إشكال فيه ظاهر . لاطلاق دليل المنع .

كونه مخيراً بينهما كما في إسلام للكافر (١) عن أزيد من أربع .
ويحتمل للقرعة (٢) . والأحوط أن يختار هو للقرعة بينهما .

(١) فإنه لا إشكال عندهم في ثبوته فيه . ويشهد له خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله (ع) : « في مجوسي أسلم وله سبع نسوة ، وأسلمن معه ، كيف يصنع ؟ قال (ع) : يمك أربعاً ويطلق ثلاثاً ، (١٠) ويؤيده أو يعضده ماورد فيمن تزوج نكحاً بعقد واحد ، وفيمن تزوج الأختين بعقد واحد ، كصحيح جميل عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة ، قال (ع) يمك أيتها شاء ويخلى سبيل الأخرى . وقال في رجل تزوج نكحاً في عقدة واحدة . قال (ع) : يخلى سبيل أيتها شاء ، (٢٥) . والأخير وارد في الابتداء ، وجريانه في الاستدامة أولى ، بل الأول أيضاً وارد في الاستدامة بلحاظ إقرار الزوج على ما يراه في مذهبه ، ولكنه في الحقيقة وارد في الابتداء لأن الإقرار لا يقتضي أكثر من المعاملة معه معاملة الصحيح ، من دون حصول الصحة واقعاً .

(٢) هذا الاحتمال ذكره جماعة فيما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع ومات قبل الاختيار . وأشكل عليه بأن القرعة إنما تكون طريقاً الى تعيين الواقع المتعين في نفسه ، والمفروض عدمه . ولذا اختار بعضهم في تلك المسألة التوقف حتى يصطلح الورثة . وبعضهم اختار القسمة بالسوية ، نظير ما لو تداعيا مالاً معيناً . والأشكال على الأخير ظاهر ، لاختصاص الدليل بصورة التداعي ، والمفروض عدمه . ويشكل ما قبله بأن تصالح الورثة تابع لاستحقاقهم ، وهو غير ظاهر . ومن هنا قوى في الجواهر القرعة ، مانعاً اختصاصها بصورة تعيين الواقع المتعين في نفسه ،

(١٥) الوسائل باب ٦ : من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ٢٥ : من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

لاطلاق أدلتها من الآية ، والرواية .

أقول : المراد من الآية قوله تعالى في سورة آل عمران : (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، وما كنت لديهم إذ يختصمون) (١٥) ، أو قوله تعالى في سورة الصفات : (فساهم فكان من المدحضين) (٢٥) . وأما الرواية : فمنها رواية محمد بن حكيم قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن شيء ، فقال لي : كل مجهول ففيه القرعة . قلت له : إن القرعة تخطيء وتصيب ، قال (ع) : كلما حكم الله به فليس بمخطيء » (٣٥) ، وعن دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين (ع) وأبي جعفر عليه السلام وأبي عبدالله (ع) : أنهم أوجبوا القرعة فيما أشكل (٤٥) ، وقال أبو عبدالله (ع) : « وأي حكم في الملتبس أثبت من القرعة ! ؟ أليس هو التفويض الى الله جل ذكره ؟ ... » (٥٥) ، وخبر عبد الرحيم المروي في كتاب الاختصاص للمفيد (ره) : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : إن علياً (ع) كان إذا ورد عليه أمر لم يجيء فيه كتاب ولا سنة رجم فيه ، يعني : ساهم فأصاب ، ثم قال : يا عبد الرحيم وتلك من المعضلات » (٦٥) . - وقريب منه خبره الآخر (٧٥) . - وصحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل يكون له المملوكون فيوصي بعق ثلثهم ، قال (ع) : كان علي (ع) يسهم بينهم » (٨٥) ، وصحيح

(١٥) الآية : ٤٤ .

(٢٥) الآية : ١٤١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١١ .

(٤٥) مستدرک الوسائل باب : ١١ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١ .

(٥٥) مستدرک الوسائل باب : ١١ من ابواب كيفية القضاء حديث : ٢ .

(٦٥) مستدرک الوسائل باب : ١١ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١٤ .

(٧٥) مستدرک الوسائل باب : ١١ من ابواب كيفية القضاء ملحق حديث : ١٤ .

(٨٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١٦ .

الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل قال أول مملوك أملكه فهو حر ، فورث سبعة جميعاً ، قال (ع) : يقرع بينهم ، ويعتق الذي خرج اسمه (١٥) . ونحوها غيرها ، ذكرها في الوسائل في أواخر مباحث القضاء . وقد ذكر في ذلك الباب أخباراً كثيرة متضمنة لجريان القرعة أيضاً فيما له تعيين واقعاً . فلاحظه .

لكن يشكل الاستدلال بالآيتين الشريفتين على جريانها فيما لم يكن له تعيين واقعاً أولاً : لاحتمال أنه من باب التراضي والاتفاق منهم على ذلك ، لامن باب أنه حجة شرعية يرجع إليها على كل حال ، كما لو اتفقوا على ترجيح الأكبر سناً ، أو الأقوى بدنأً ، أو نحو ذلك . وثانياً : أنه يتوقف على أن التنازع في موردهما لم يكن في تعيين الأولى ، وهو غير ظاهر ، بل يظهر من بعض الأخبار الواردة في تفسير الآية الثانية : أن الراكبين في السفينة علموا أن الخطر الوارد على السفينة كان من جهة أن فيها عبداً أبقأً ، واختلفوا في تعيينه (٢٥) . نعم المذكور في الروايات أن النزاع في كفيل مريم (ع) كان بين أنبياء (٣٥) ، ويمتنع أن يكون نزاعهم في أمر مجهول ، بل يكون حالهم المتسابقين إلى الخير . لكن لا عموم في الآية ، لورودها في مورد خاص ، والتعدي منه غير ظاهر .

ومن ذلك يشكل الاستدلال بالنصوص الأخيرة ، فإنها واردة في موارد خاصة لا يستفاد منها العموم . فلم يبق إلا العمومات المستفادة من

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١٥ .

(٢٥) قال في مجمع البيان الجزء : ٨ الصفحة : ٤٥٨ « وقيل : ان السفينة احتجبت فقال الملاحون : ان مهنا عبداً أبقأً . . . » وفي تفسير القمي الجزء : ١ الصفحة : ٣١٨ طبعه النجف الحديثة : « فخرج اهل السفينة فقالوا فينا عاص . . . » .

(٣٥) الوسائل باب : ٤١ من ابواب الحيض حديث : ٥ .

النصوص المتقدمة مثل : إن القرعة في كل مجهول ، الذي يظهر من محكي الخلاف ، وقواعد الشهيد الإجماع عليه ، أو : أنها لكل أمر مشكل ، كما هو المذكور في كلام الفقهاء ، وإن لم أقف على نص فيه غير ما تقدم عن الدعائم ، وإنما حكى عن رواية المخالفين . نعم نسبة في جامع المقاصد إلى قولهم (ع) . ومثله : « القرعة لكل أمر مشتبّه » . لكن قول الراوي في الرواية الأولى : « قلت له : إن القرعة تخطيء وتصيب » ظاهر في وروده فيما له تعيين واقعي ، لأنه الذي يتصور فيه الخطأ والصواب . ولا ينافيه قوله (ع) في الجواب : « كلما حكم الله تعالى به فليس بمخطيء » ، لأن الظاهر منه أنه ليس بمخطيء باعتبار أنه حكم الله ، ولو ظاهراً . بل لعل منصرف « المجهول » ماله تعيين واقعي وجهل تعيينه فالبناء على عموم الرواية لما نحن فيه غير ظاهر . مضافاً إلى أن البناء على إطلاقه يوجب سقوط جميع أدلة الأصول . فلا بد أن يكون المراد من المجهول معنى غير الظاهر ، فيكون مجملاً . وكذلك « المشكل » و « الملتبس » المذكوران في رواية الدعائم ، فإنها وإن كانا شاملين لما نحن فيه ، لكن الأخذ بعموم مفهومها مشكل ، ولا سيما بملاحظة ما رواه المفيد في كتاب الاختصاص . فيتعين حملها على ما لا مخرج فيه ، بنحو لا تفي الأدلة فيه ، بل لعله المنصرف إليه منها ، فلا تشمل ما نحن فيه ، لأنه إذا فهم من أدلة الاختيار الواردة في الموارد المتقدمة العموم لما نحن فيه ، فلا إشكال ولا إلتباس ، وإن لم يمكن الاستفادة حكم ما نحن فيه منها . كان المرجع قاعدة امتناع الترجيح بلا مرجح ، ومقتضاها البطلان في الجميع . نعم لو أمكن البناء على بطلان العقد في أمتين وصحته في أمتين على وجه التردد . كان الرجوع إلى القرعة في محله ، للإشكال الذي لا يمكن التخلص فيه إلا بالرجوع إلى القرعة . لكن ذلك ممنوع ، لامتناع قيام الزوجية في الفرد المبهم .

نعم لا يبعد صدق المشكل فيما إذا اشتبهت المطلقة أو المعقود عليها بين اثنتين أو أكثر ، فإن الرجوع الى القواعد في حرمة الوطء أو النظر لا يوجب إشكالا ، لكن الرجوع إليها في بقية الاحكام من النفقات ، وحق القسم ، والتوارث ، ونحوها ، مما يوجب الاشكال ، فيرجع فيه الى القرعة . وكذا إذا تردد مالك العين بين الشخصين ، لتعذر الرجوع الى القواعد فيه . ولعل منه مصحح مجد بن عيسى عن الرجل (ع) في الشاة الموطوءة إذا اشتبهت في قطيع غنم ، من أنه إن عرفها ذبحها وأحرقها ، وإن لم يعرفها قسم القطيع نصفين ، وأقرع بينهما ، ثم لا يزال يقرع حتى يقع السهم على واحدة (١٠) . فان وجوب الاحتياط بترك جميع القتم وإن كان ممكنا ، لكن لزوم الضرر المنفي في الشريعة يستوجب الدوران بين محذورين ، فيكون من المشكل الذي يرجع فيه الى القرعة أيضاً .

لكن ظاهر الفقهاء أن الفتوى بذلك اعتماداً على الخبرين (٢٥) الواردين فيه ، لا لعمومات القرعة . بل ظاهرهم عدم الرجوع الى القرعة عند تراحم حقوق الله تعالى ، مثل تراحم الواجبات ، أو المحرمات ، أو الواجب والحرام ، حتى فيما لو كان هناك تعين في الواقع ، كما في صورة الدوران بين الوجوب والحرمة ، فان الجميع - وإن كان من المشكل - لا يرجع فيه الى القرعة . وإنما يرجع إليها عند تراحم حقوق الناس ، مثل المال المرده بين المالكين ، والحق المرده بين شخصين ، كالأمثلة التي سبقت . وكذلك النصوص ، فان الوارد منها في الموارد الخاصة - على كثرتها - واردة في تراحم حقوق الناس . وكذا مورد الآيتين الشريفتين . نعم مورد المصحح الوارد في الشاة الموطوءة من قبيل تراحم حق الله وحق

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب الاطعمة المحرمة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب الاطعمة المحرمة حديث : ٤٤١ .

ولو أعتقت أمة أو أمتان فإن اختارت للفسخ - حيث أن للعتق موجب لخيارها بين للفسخ وللبقاء - فهو (١) ، وإن اختارت للبقاء يكون للزوج مخيراً . والأحوط اختياره للقرعة كما في للصورة الاولى .

(مسألة ٣) : إذا كان عنده أربع وشك في أن الجميع بالعقد الدائم أو للبعض المعين أو غير المعين منهن بعقد الانقطاع ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال (٢)

الناس . فالبناء على اختصاصها بمورد تراحم حقوق الناس متعين . ومن ذلك يظهر الاشكال في جريانها في المسألة لأنه إذا كان مقتضى القاعدة البطلان لاحقوق لها ، ولا تراحم ، فلا يكون المورد من المشكل . فلاحظ ، وكذا الحكم لو عقد الوكيلان عن امرأة واقترن العقدان . (١) يعني : تتعين هي للخروج عن الزوجية ، ويتعين غيرها للبقاء عليها . ويشكل بأن أدلة التخيير مطلقة ، وانصرافها الى صورة بقاء الجميع على الزوجية غير ظاهر .

(٢) للاشكال في أن الزوجية المنقطعة هي الزوجية الدائمة ، والاختلاف بينهما في الدوام والانقطاع . أو أنها غيرها . الذي ذكره في الجواهر : الأول . واستدل له بظهور بعض النصوص فيه . ولأن شرط الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح ، فمع عدم ذكر الشرط لا أثر له ، بناء على أن الشرط المقدر لا يجري عليه حكم الشرط المذكور ، فقصد النكاح حينئذ بحاله . وأورد عليه شيخنا الاعظم (ره) بأن الذي يظهر من النصوص والفتاوى أن الدائم والمنقطع حقيقتان مختلفتان ، وليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق والمشروط ، كما يشهد به تعبير

الفقهاء بقولهم : « اذا أخل بالأجل انقلب دائماً » ، فان التعبير بالانقلاب يدل على أن الانشاء الصادر من أول الأمر لم يكن مقتضياً للدوام . ويشهد له أيضاً اتفاق النص (١٥) والفتوى على أن المهر ركن هنا للعقد ، دون الدائم ، فانه يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع وتمليك الانتفاع به ، كالأجارة كما ورد من أنهن مستأجرات (٢٥) . وبأنه لازم القول الأول أنه اذا أخل بالأجل والمهر معا انقلب دائماً أيضاً ، مع أن ظاهر المسالك الاتفاق فيه على البطلان ، وأن الخلاف يختص بما إذا ذكر المهر وترك ذكر الأجل . وبأنه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر بعدم تمكين الزوجة في الانقطاع وعدم سقوطه بذلك في الدوام .

أقول : الوجوه المذكورة لا تدل على الاختلاف في الحقيقة بين الدوام والانقطاع . فان تعبير الفقهاء بالانقلاب - مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانقضاء قال في الشرائع : « ولو لم يذكره - يعني : الأجل - انعقد دائماً » - يكفي في صحته الاختلاف في بعض الاحوال ، كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب في باب المطهرات ، فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الخمر ، وفرقوا بينه وبين الاستحالة بأن الانقلاب لا يقتضي اختلافاً في الحقيقة ، بخلاف الاستحالة ، ولذا اقتصروا في مطهريه الانقلاب على خصوص الخمر ، بخلاف الاستحالة ، فانها مطهرة في جميع الموارد من غير استثناء . وأما كون المهر ركناً في المنقطع دون الدائم ، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة . إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينها ولو في التأجيل ، فان القبض شرط في السلم ، مع أنه لا يختلف مع بقية أنواع البيع في الحقيقة . وما في بعض النصوص

(١٥) راجع الوسائل باب : ١٨٠١٧ من ابواب المتعة .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٢ ، ٤ .

من قوله (ج) : « لانهن مستأجرات » ، مبني على نوع من المسامحة ، كما ورد في جواز النظر الى من يريد تزويجها : أنه مستام (١٥) ، وأنه يشتريها بأعلى الثمن (٢٥) . والاتفاق المذكور في المسالك إن تم كان هو الموجب للخروج عن القواعد . وإلا كان اللازم البناء على الانقلاب أيضاً في صورة عدم ذكر الأجل والمهر معاً . وأما سقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة : فمن الجائز أن يكون حكماً للمنقطع ثبت لبعض الجهات الخارجية ، لا لاختلاف الحقيقة .

ولو كان المنقطع من قبيل المعاوضة لزم بطلانه من أصله بالموت ، ولزم تبعضه في الحيض أيضاً بالنسبة الى سائر الاستمتاعات ، ولزم أيضاً استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول ، مع اتفاق النص والفتوى على التنصيف حينئذ .

فالعمدة في مبني القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائماً ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية الى الأجل . أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوثاً ، والدوام يكون لذاتها ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الرفع للدوام الزوجية . فعلى الأول يكون عدم التعرض للأجل موجباً لبطلان العقد انقطاعاً ، ودواماً ، أما الأول فلعدم ذكر الأجل ، وأما الثاني فلعدم جعل الدوام . وعلى الثاني يكون عدم التعرض للأجل موجباً لعدم صحة الانقطاع ، ولصحة الدوام ، أما الأول فلما ذكر ، وأما الثاني فلعدم جعل الرفع ، والمفروض أن الدوام يكون لذاتها ، لا يجعل جاعل .

والتحقيق هو الأول ، فان الزوجية وأمثالها من الملكية . والحرية ،

(١٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح حديث : ١ .

(مسألة ٤) : إذا كان عنده أربع فطاق واحدة منهن وأراد نكاح الخامسة ، فإن كان للطلاق رجعيّاً لا يجوز له ذلك إلا بعد خروجها عن العدة (١) . وإن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان ، المشهور على الجواز ، لا انقطاع

والرقية ، والبيعية ، وغيرها من مضامين العقود والايقاعات ، إنما يكون العقد موجباً لحدوثها ، وهو المقصود من إنشائها ، والبقاء إنما يكون باستعداد ذاتها ، فبقاؤها عند العقلاء لا يكون منشأ العقد ، بل استعداد ذاتها ، وليس العقد الا متضمناً لجعل الحدوث لا غير . فالاختلاف بين الانقطاع والدوام يرجع الى الاختلاف في أن الاول قد جعل فيه الانقطاع زائداً على جعل الحدوث ، بخلاف الثاني ، فإنه لم يجعل فيه إلا الحدوث . فاذا شك في الدوام والانقطاع فقد شك في جعل الانقطاع زائداً على جعل الحدوث وعدمه ، فيرجع فيه الى أصالة العدم . فالمقام نظير ما لو شك في شرط الانفساخ وعدمه ، فيكون الانقطاع على خلاف الأصل والدوام على وفقه . كيف ولو كان الدوام معمولاً في الدائم كان الطلاق مخالفة لوجوب الوفاء بالعقد . وهو كما ترى . ومقتضى ما ذكرنا جواز اشتراط الطلاق في عقد النكاح ، كجواز اشتراط الاقالة فيه . لكن عن الشيخ : بطلان الشرط في الأول ، بل عن المسالك : الاتفاق عليه . وهو غير ظاهر .

(١) بلا خلاف أجله فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه . لأنها بحكم الزوجة نصاً وفتوى كذا في الجواهر .

أقول : قد استفاضت النصوص في ذلك ، ففي خبر محمد بن قيس قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : في رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح أخرى قبل أن تستكمل المطلقة العدة ، قال : فليلحقها

للعصمة بينه وبينها (١) . وربما قيل بوجوب للصبر الى انقضاء

بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها . . . (١٠) ، وموثق علي بن أبي حمزة .
قال : و سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق
إحدهن ، أيتزوج مكانها أخرى ؟ قال (ع) : لا حتى تنقضي عدتها ، (٢٥) ،
ومصحح زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « إذا جمع الرجل
أربعاً فطلق إحدهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلقته ،
وقال : لا يجمع مائة في خمس ، (٣٥) . ونحوها غيرها .

(١) هذا التعليل مذكور في كلام جماعة ، وإجماله كاشكاله ظاهر ،
إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية ، فهو حاصل في الطلاق الرجعي ،
ولا يجوز التزويج معه . وإن كان لارتفاع جميع العلائق ، فهو غير حاصل
في البائن ، كما يشهد به عدم جواز تزويجها . نعم هو مذكور في حسنة
الخلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل طلق امرأته ، أو اختلعت منه ،
أو بانت ، أله أن يتزوج أختها ؟ فقال (ع) : إذا برئت عصمتها فلم
يكن له عليها رجعة فله أن ينخطب أختها ، (٤٥) . ونحوها صحيحة
أبي بصير (٥٥) ، وخبر الكناني (٦٥) . وقد فسر بأن لا يكون له عليها
رجعة . لكن موردها الجمع بين الأختين ، واستفادة ما نحن فيه منها لا تخلو
من تأمل . وأولى منه في الدلالة القواعد العامة المقتضية للجواز ، لأن

- (١٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء المدد حديث : ١ .
(٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء المدد حديث : ٢ .
(٣٥) الوسائل باب : ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء المدد حديث : ١ .
(٤٥) الوسائل باب : ٤٨ من ابواب المدد حديث : ٢ .
(٥٥) الوسائل باب : ٤٨ من ابواب المدد حديث : ١ .
(٦٥) الوسائل باب : ٢٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

عدتها ، عملاً باطلاق جملة من الأخبار (١) . والأقوى المشهور . والأخبار محمولة على للكراهة (٢) . هذا ولو كانت

الحرام تزويج الخمس ، ومع الطلاق تخرج المطلقة عن الزوجية ، فلا يكون إلا تزويج الأربع . نعم يعارضها إطلاق النصوص المتقدمة وغيرها المتضمنة أنه لا يجوز تزويج الخامسة بعد طلاق أحد الأربع إلا بعد خروجها عن العدة ، الذي لافرق فيه بين الرجعي وغيره . ولذلك قال في كشف اللثام : « وظاهر التهذيب الحرمة قبل الانقضاء . وهو ظاهر الاخبار » .

(١) إشارة الى ما تقدم في كشف اللثام . وظاهر المتن التوقف من

نسبة القول بالتحريم الى قائل .

(٢) عند المشهور . وفي المسالك : « في الحمل نظر من حيث عدم

المعارض » . وفي الجواهر جعل مافي حسنة الحلبي المتقدمة قرينة على تقييد النصوص بالرجعي . ولكنه غير ظاهر . وكذا مافي الجواهر أيضاً من أن في النصوص مايتضمن أنه لا يجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدة المطلقة ، وما يتضمن من أنه إذا ماتت لإحدى الأربع لم يجز له أن يتزوج حتى يعتد أربعة أشهر وعشراً : بل فيه أنه يعتد وإن كانت متعة . كما سيأتي بعضها . لكن قرينة ذلك غير ظاهرة ، فان ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب في بعض الموارد لا يقتضي مقابسة غيره عليه ، وإلا كان اللازم الحمل على الاستحباب حتى في الطلاق الرجعي .

وبالجملة : إطلاق النصوص يقتضي عدم الفرق بين الطلاق الرجعي

والبائن ، ولا قرينة على تقييدها بالرجعي . ووحد السباق في موثق عمار الآتي لا تكون قرينة على التصرف فيه فضلاً عن غيره .

فان قلت : المنع عن تزويج الخامسة بعد طلاق إحدى الأربع إنما

هو من باب حرمة الجمع بين الخمس . فاذا كان الطلاق بائناً لاجمع .

الخامسة أخت المطلقة فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن للعدة للبائنة ، لورود للنص فيه (١)، معللاً بانقطاع العصمة . كما أنه لا ينبغي الاشكال إذا كانت للعدة لغير للطلاق (٢) كالفسخ بعيب أو نحوه . وكذا إذا ماتت للرابعة ، فلا يجب للصبر الى أربعة أشهر وعشر (٣) . وللنص للوارد بوجود للصبر (٤)

قلت : هذا المقدار لا يوجب حمل النصوص على الكراهة ، لاحتمال كون وجود بعض العلائق كاف في المنع . كما في الطلاق الرجعي .

فالعدة تسالم الاصحاب عليه من دون مخالف صريح فيه ، ويكون هو المقيد لاطلاق النصوص .

(١) يشير به الى حسنة الحلبي المتقدمة ، ونحوها صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن رجل اختاعت منه امرأته أبجل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدة المختلعة ؟ قال : نعم ، قد برأت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة » (١٥) . ونحوها خبر الكتاني . لكن النصوص المذكورة إنما اقتضت نفي الاشكال في الجواز من حيث الجمع بين الاختين ، لا من حيث الجمع بين الخمس ، فاذا اتفق كون الخامسة أختاً للمطلقة فالاشكال في المسألة السابقة بحاله .

(٢) كما هو مقتضى القواعد العامة ، فان الفسخ يوجب انتفاء الزوجية ، فلا يكون جمع بين خمس نساء . والنصوص الدالة على الانتظار مختصة بالطلاق . (٣) بلا اشكال ظاهر .

(٤) هو موثق عمار ، قال : « سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يكون له أربع نسوة فتموت إحداهن ، فهل يحل له أن يتزوج أخرى

معارض بغيره (١) ، ومحمول على للكراهة . وأما إذا كان للطلاق أو للفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتى يجب للصبر أو لا يجب (٢) .

مكانها ؟ قال (ع) : لا حتى تأتي عليها أربعة أشهر وعشر ، سئل فان طلق واحدة هل يحل له أن يتزوج ؟ قال (ع) : لا حتى تأتي عليها عدة المطلقة ، (١٠) .

(١) ففي خبر علي بن جعفر (ع) عن أخيه موسى (ع) قال : « سألت عن رجل كانت له أربع نسوة فمات إحداهن ، هل يصلح له أن يتزوج في عدتها أخرى قبل أن تنقضي عدة المتوفاة ؟ قال (ع) : إذا ماتت فليتزوج متى أحب ، (٢٠) .

(٢) في خبر سنان بن طريف ، عن أبي عبدالله (ع) ، قال : « سئل عن رجل كن له ثلاث نسوة ، ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها ، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها ، فقال : إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك ، (٣٠) .

(١٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث : ٦ .

فصل

لا يجوز التزويج في عدة للغير (١) دواماً أو متعة ، سواء كانت عدة للطلاق بائنة أو رجعية ، أو عدة للوفاة ، أو عدة وطء للشبهة ، حرة كانت المعتدة أو أمة . ولو تزوجها حرمت عليه أبدأ (٢)

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير

(١) بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، كما في الجواهر . واستدل عليه بقوله تعالى : (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) (١٥) بناء على أن المراد من عزم العقدة : نفس العقدة ، لا العزم نفسه ، لظهور تحليله كما يظهر من سياق الآيات . والمراد من بلوغ الكتاب أجله : انتهاء العدة . بلا خلاف ، كما في مجمع البيان : ولكن مورد الآية عدة الوفاة ، فالتعدي عنها لا بد أن يكون بالاجماع .

(٢) بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه . وتدل عليه النصوص بعد ضم بعضها الى بعض ، فان بعضها مطلق في الحرمة الابدية ، كخبر محمد بن مسلم ، قال : وسألت أبا عبدالله (ع) عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها . قال (ع) : يفرق بينهما ولا تحل له

أبدأ ، (۱۰) . وبعضها مطلق في نفي الحرمة الأبديّة ، كخبر علي بن جعفر عن أخيه (ع) قال : « سألته عن امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها . قال (ع) : يفرق بينها وبينه ، ويكون خاطباً من الخطاب ، (۲۰) ، وبعضها يفصل فيه في الحرمة الأبديّة بين الدخول وعدمه ، كصحح الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن المرأة الحبلية يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر . فقال : إن كان دخل بها فرق بينها ولم تحل له أبداً ، واعتدت ما بقي عليها من الأول ، واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة فروع . وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما ، واعتدت بما بقي عليهما من الأول وهو خاطب من الخطاب ، (۳۰) . ونحوه موثق مجد بن مسلم (۴۰) ، وخبر قرب الاسناد (۵۰) . وقريب منه مصحح سليمان بن خالد (۶۰) ، وموثق أبي بصير (۷۰) . وبعضها يفصل فيه بين الجهل والعلم ، كصحیح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم (ع) قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة ، أمي ممن لا تحل

(۱۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۲۲ .

(۲۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۱۹ .

(۳۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۶ .

(۴۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۹ . لكنه وارد في مطلق

المتدة لا خصوص الحبل . والذي ورد في خصوص الحبل هو صحیح مجد بن مسلم وهو الحديث الثاني المروي في الوسائل في نفس الباب . والذي سيأتي من الشارح (قدمه) التمرض له في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل .

(۵۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۲۰ .

(۶۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۷ .

(۷۰) الوسائل باب : ۱۷ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ۸ .

له أبدأ ؟ فقال (ع) : لا ، أما إذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها ، وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك . قلت : بأي الجهالتين يعذر ، بجهالته إن لم يعلم أن ذلك محرم عليه ، أم بجهالته أنها في عدة ؟ فقال (ع) : لإحدى الجهالتين أهون من الأخرى ، الجهالة بأن الله تعالى حرم ذلك عليه ، وذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها ، فقلت : فهو في الأخرى معذور ؟ قال (ع) : نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها ، فقلت : فان كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل ؟ فقال (ع) الذي تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً ، (١٥) ، ومصحح إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي إبراهيم (ع) : بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً . فقال (ع) : هذا إذا كان عالماً ، فإذا كان جاهلاً فارقها وتعدت ، ثم يتزوجها نكاحاً جديداً ، (٢٥) وبعضها يفصل فيه بين كل من الدخول والجهل ، كصحح الحلبي عن أبي عبدالله (ع) : « قال : إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً عالماً أو جاهلاً ، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر ، (٣٥) .

والجمع العرفي يقتضي حمل النصوص السابقة على الأخير جمعاً بين المطلق والمقيد . مع أن الجمع العرفي بين الطوائف مع غض النظر عن المصحح الأخير يقتضي ما ذكره الأصحاب . أما بالنسبة إلى الجمع بين الطائفتين الأولتين والأخيرتين فظاهر ، لأنه من الجمع بين المطلق والمقيد . وأما بالنسبة إلى الجمع بين إحدى الطائفتين إلى الأخرى ، فالجمع العرفي

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع (١) ، أو كان أحدهما عالماً
بهما (٢) مطلقاً ، سواء دخل بها أولاً . وكذا مع جهلهما بهما

يقتضي كون سبب الحرمة الابدية كل من العلم والدخول ، نظير الجمع بين
القضايا الشرطية حيث يتعدد الشرط ويتحد الجزاء غاية الأمر في الفرق أن
المفهوم هنا مصرح به ، فيحمل على كونه لعدم المقتضي .

(١) كما هو المصرح به في كلام جماعة ، ومنصرف إطلاق كلام
غيرهم . والظاهر أنه لا إشكال فيه . ويقتضيه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج
المتقدم . مضافاً الى انصراف إطلاق العلم الى ذلك بأن كان عالماً ان فعله
في غير محله .

(٢) أما في علم الزوج . فيقتضيه إطلاق مصحح اسحاق بن عمار
المتقدم ، ونحوه ، وصحيح ابن الحجاج . ومنه يستفاد الاجتزاء بعلم الزوجة
وفي الجواهر : استدلال على التحريم مع علم أحدهما بصحيحة علي بن رباب
عن حمران قال : سألت أبا عبدالله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها
بجهالة بذلك ، فقال (ع) : لا أرى عليها شيئاً ، ويفرق بينها وبين الذي
تزوج بها ، ولا تحل له أبداً . قلت : فان كانت قد عرفت أن ذلك محرّم
عليها ثم تقدمت على ذلك ، فقال : إن كانت تزوجته في عدة لزوجها
الذي طلقها عايبها الرجعة ، فاني أرى أن عليها الرجعة ، فان كانت تزوجته
في عدة ليس لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة ، فاني أرى أن عليها
حد الزاني ، ويفرق بينها وبين الذي تزوجها ، ولا تحل له أبداً ، (١٥)
والدلالة غير ظاهرة ، لأن المفروض في الرواية الدخول بقربنة التعرض
لحد . مع أنه حكم فيها بالحرمة الابدية في كل من صورتني العلم والجهل . فلاحظ .
هذا ولا ينبغي الاشكال في أنه مع علم أحدهما يبطل العقد حتى

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٧ .

لكن بشرط للدخول بها . ولا فرق في للتزويج بين للدوام

بالإضافة الى الجاهل ، وإن اختلفا في الحكم الظاهري . ولعله المراد مما في القواعد : « ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود اليه أبداً » . ولو كان المراد منه الحكم الوضعي لم يكن وجه للاختصاص بها ، فان الزوجية لا تقبل التبعض ، بحيث تكون الزوجية ثابتة من طرف وغير ثابتة من طرف آخر . ومثلها الأخوة ، والابوة ، والبنوة ، والفوقية والتحتية ، والتقدم والتأخر ، وأمثالها من الإضافات القائمة بين اثنين ، فانها لا تصح بالنسبة الى أحدهما إلا مع صحتها بالنسبة الى الآخر ، فاذا لم تصح في أحدهما لم تصح في الآخر . وكذا المراد مما في صحيح ابن الحجاج المتقدم من قول السائل : « فقلت : فان كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل فقال (ع) : الذي تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً » ، فان الظاهر منه الحكم التكليفي الظاهري ، وهو يختص بالجهل ، فاذا علم الزوج بعد العقد والدخول أن ذلك كان في العدة ، وان الزوجة كانت عالمة ، فقد انكشف له عدم صحة عقده عليها بعد ذلك ، فاذا عقد كان العقد باطلا بالنسبة اليه أيضا . وقد أشار الى ما ذكرنا في المسالك وغيرها . قال في الاول : « وإن جهل أحدهما وعلم الآخر اختص كل واحد بحكمه وإن حرم على الآخر التزويج به ، من حيث مساعدته على الاثم والعدوان ويمكن التخلص من ذلك بأن يجهل التحريم أو شخص المحرم عليه ، ومتى تجدد علمه تبين فساد العقد ، إذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون أخرى في نفس الأمر ، وإن أمكن في ظاهر الحال ، كالمختلفين في صحة العقد وفساده » . وإن كان يشكل بأنه مع جهل أحدهما لا يحرم العقد منه . والمساعدة على الاثم والعدوان غير ثابتة مع جهله بالبطان . نعم هي مساعدة على التجري . ولعله المراد .

والمتمعة (١) . كما لا فرق في للدخول بين للقبل ، وللدبر (٢) .
ولا يلحق بالعدة أيام استبراء الامة (٣) ، فلا يوجب للتزويج
فيها حرمة أبدية ، ولو مع للعلم وللدخول . بل لا يبعد جواز
تزويجها فيها وإن حرم للوطء قبل انقضائها ، فإن المحرم فيها
هو للوطء (٤) دون سائر الاستمتاع . وكذا لا يلحق بالتزويج

(١) كما صرح به في المسالك . وجعله في الجواهر معقد الاجماع .
ويقتضيه إطلاق النصوص .

(٢) كما صرح به في الجواهر . لإطلاق النصوص .

(٣) قال في القواعد : « هل وطء الامة في الاستبراء كالوطء في
العدة ؟ إشكال » . وفي المسالك : « وفي إلحاق مدة الاستبراء بالعدة
وجهان . وعدمها أقوى ، وقوفاً على موضع النص ، واستصحاباً للحل في
غيره » . وفي الجواهر : جزم بذلك لذلك . وفي كشف اللثام : أنه الأقوى
لعدم التبادر الى الفهم من العدة ، لاختصاصها باسم آخر .

(٤) كما هو المشهور . وعن الخلاف : الاجماع عليه . ويقتضيه
صريح جملة من النصوص ، كصحيح محمد بن اسماعيل قال : « سألت أبا
الحسن (ع) عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها
أبجزى ذلك ، أم لا بد من استبرائها ؟ قال : يستبرؤها بحيضتين . قلت :
يحل للمشتري ملامستها ؟ قال : نعم ، ولا يقرب فرجها » (١٥) ، وموثق
عمار الساباطي : « قال أبو عبدالله (ع) : الاستبراء على الذي يبيع الجارية
واجب إن كان يطؤها . وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً . قلت :
فيحل له أن يأتيها دون الفرج ؟ قال (ع) : نعم قبل أن يستبرئاً » (٢٥)

(١٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : . .

(٢٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : . .

للوطء بالملك أو للتحليل (١) . فلو كانت مزوجة فمات زوجها أو طلقها وإن كان لا يجوز لملكها وطؤها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها ، ولا تحليلها للغير ، لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً عليه ، أو على ذلك للغير ، ولو مع العلم بالحكم والموضوع .

وفي خبر عبدالله بن محمد أنه قال له أبو عبدالله (ع) : « لا بأس بالتفخيز لها حتى تستبرئها ، وإن صبرت فهو خير لك » (١٠) .

وعن المبسوط : اعتبار ترك باقي الاستمتاع فيه أيضا . وهو صريح محكي السرائر : وليس له دليل ظاهر . نعم في خبر ابراهيم بن عبد الحميد قال : « سألت أبا ابراهيم (ع) عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أبطؤها قال (ع) : لا . قلت : فدون الفرج ، قال : لا يقربها » (٢٥) . وفيه - مع أنه وارد في الحبلى التي لا استبراء فيها - : أنه معارض بصحيح ورفاعة قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) فقلت : اشترى الجارية . . . (الى أن قال) : قلت : فان كانت حبلى فمالي منها اذا أردت ؟ قال (ع) : لك ما دون الفرج » (٣٥) . ونحوه موثق زرارة (٤٥) ، وخبر أبي بصير (٥٥) فالمتعين حمل الرواية على الكراهة .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر ، وحكى عن الكركي : أنه امتشكل فيه ولم يرجح ، ثم قال : « لكن وجه الترجيح فيه واضح . ضرورة

(١٥) الوسائل باب : « من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : « من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : « من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٤٥) الوسائل باب : « من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٤ .

(٥٥) الوسائل باب : « من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(مسألة ١) : لا يلحق بالتزويج في العدة وطء المعتدة
شبهة (١) من غير عقد ، بل ولا زنا ، إلا إذا كانت العدة
رجعية (٢) ، كما سيأتي . وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم
تمامية أركانه (٣) . وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان
فساده لتعبد شرعي - كما إذا تزوج أخت زوجته في عدتها ،
أو أمها ، أو بنتها (٤) ، أو نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج
وإن كان فاسداً شرعاً - ففي كونه كالتزويج الصحيح لإلزام
جهة كونه في العدة ، وعدمه ، لأن المتبادر (٥) من الأخبار
التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدة ، إشكال .

عدم الاندراج في الأدلة ، والحكم مخالف للأصول ، والقياس محرم عندنا .
(١) لخروجه عن مورد النصوص ، فيبقى داخلاً تحت عموم الحل .
(٢) فيكون من الزنا بذات العدة الرجعية ، وهو بنفسه سبب للتحريم
الأبدي ، كما سيأتي .

(٣) يعني : عند العرف ، فإنه حينئذ لا يصدق العقد ، فلا يكون
موضوعاً لنصوص التحريم .

(٤) ذكر الأم غير ظاهر ، لأنها محرمة أبداً قبل أن يتحقق العقد
عليها . وكذلك الكلام في ذكر البنت إذا كان قد دخل بالأم ، فإن الربية
المدخول بأمرها حرام أبداً ، وإن لم يتحقق العقد عليها .

(٥) بل هو الظاهر من الأخبار . بل في التحريم : « والظاهر أن
مراد علمائنا بالعقد في المحرم والعقد في ذات العدة إنما هو العقد الصحيح
الذي لولا المانع ترتب عليه أثره » . لكن في الجواهر : « وفيه : أن لفظ
التزويج والنكاح للأعم » . وهو - كما ترى - غير ظاهر ، ولذا لا نقول

والاحوط اللاحق في التحريم الابدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً ، ومع للدخول في صورة الجهل .
(مسألة ٢) : إذا زوجه للولي في عدة الغير مع علمه بالحكم (١)

به في الشهادات ، وفي الاقارات ، والوصايا ، والنذور ، وغيرها . وكون لفظ التزويج كغيره من ألفاظ المعاملات والعبادات موضوعة للأعم لا للصحيح لا يتنافي ظهوره في مقام الاستعمال في خصوص الصحيح . ولذا قال في الجواهر في مبحث عقد المحرم : « نعم قد يقال : إن المنساق من نصوص المقام وفتاواه العقد الصحيح في نفسه ، خصوصاً خبر ابن قيس (١٥) . فلا عبرة بالفاسد كنيكاح الشغار بل ولا بالفاسد لفقد شرط من شرائط الصحة ، كالعربية ونحوها . بخلاف ما لو كان فساد بالعدة ، والبعل ، ونحوهما مما هو كالأحرام في الفساد . فتأمل . » ولم يتضح وجه الفرق في التفصيل الذي ذكره بين أن يكون الفساد من جهة المهر ، أو من جهة اللفظ ، وبين أن يكون من جهة الخلل . ومثله في الاشكال ما ذكره في التحرير أخيراً حيث قال : « أما العقد الفاسد ، فإن كان العاقد يعلم فساد ، فلا اعتبار به . وإن لم يعلم فساد - كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهة - ففي الاعتداد به إشكال ، أقرب أنه كالصحيح . فإنه أيضاً تفصيل بلا فاصل ظاهر . وأما خبر الحكم بن عيينة : « سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزويج امرأة في عدتها ، قال (ع) : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبداً » (٢٥) . فمع ضعفه في نفسه ، محمول على خصوص مورده ، فإن التعدي عنه الى غيره غير ظاهر في مقابل ما عرفت من الظهور .
(١) يعني : علم الولي .

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب ترك الاحرام حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٥ .

والموضوع ، أو زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين للزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الابدية ، لأن المناط علم للزوج (١) لأوليه أو وكيله . نعم لو كان وكيلًا في تزويج امرأة معينة وهي في العدة ، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه (٢) ، لكن المدار علم الموكل ، لا للوكيل .

(١) لأنه ظاهر الأدلة ، والمفروض عدمه ، وأن العالم هو الوكيل أو الولي لا غير . وعلى هذا لا موجب لتقييد الفرض بصورة عدم تعيين الزوجة ، فلو عينها ولم يكن عالماً وكان الوكيل عالماً لم تحرم .

(٢) لم يتضح هذا الاستدراك . إذ ليس الكلام في المباشرة وعدمها ، وإنما الكلام في صدق التزويج في العدة مع علم الزوج ، وهذا المعنى لا يفرق فيه بين تعيين الزوجة في التوكيل وعدمه ، فإن الزوج إذا كان عالماً بأن فلانة في العدة ، فوكل على التزويج بها ، فزوجه الوكيل ، صدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو عالم ، سواء كانت الوكالة على تزويجها بالخصوص أم بالعموم ، كما إذا قال : « زوجني إحدى بنات زيد أياً منهن شئت » ، وكان يعلم بأن واحدة منهن معينة في العدة ، فإنه يصدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو عالم . وأما المباشرة فليس في الأدلة ما يشعر باعتبارها في التحريم . لأن النصوص موضوعها أن يتزوج امرأة في عدتها ، وهذا المعنى حاصل في صورتها المباشرة وعدمها . نعم لو كان موضوع الحكم أن يعقد على امرأة في عدتها ، أمكن الاشكال في صورة التوكيل ، لعدم المباشرة في العقد . لكن النصوص تضمنت التزويج . ولو فرض أن بعضها تضمن العقد ، فالمراد منه التزويج . وعلى فرض اعتبار المباشرة ، فلا فرق بين صورتها تعيين الزوجة وعدمه في عدم حصول المباشرة .

(مسألة ٣) : لا إشكال في جواز تزويج من في للعدة لنفسه (١) ، سواء كانت عدة للطلاق ، أو للوطء شبهة ، أو عدة المتعة ، أو للفسخ بأحد الموجبات (٢) أو المجوزات له . وللعقد صحيح ، إلا في للعدة الرجعية ، فإن للتزويج فيها باطل لكونها بمنزلة الزوجة (٣) . وإلا في للطلاق للثالث للذي يحتاج الى المحلل ، فإنه أيضا باطل ، بل حرام (٤) ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الابدية ، وإلا في عدة للطلاق للتاسع في للصورة التي تحرم أبداً ، وإلا في للعدة لوطنه زوجة للغير

(١) لأن العدة إنما شرعت لمنع عن التزويج من غير ذي العدة احتراماً للذي العدة ، فلا تمتع من تزويجه .

(٢) مثل الكفر ، والرضاع ، ونحوهما مما يوجب انفساخ النكاح .
 (٣) هذا غير كاف في المنع . لأن التنزيل يختص بالأحكام الشرعية ، ولا يشمل غيرها . والمنع من تزويج الزوجة إنما هو لأجل أن الزوجية لا تقبل التأكد ولا التكرار ، فيمتنع أن يترتب أثر على العقد على الزوجة . فإذا كان الطلاق الرجعي يوجب زوال علقة الزوجية وضرورة المرأة أجنبية ، فلا مانع من حدوث الزوجية لها بالعقد . والزوجية التنزيلية - بمعنى : ثبوت أحكام الزوجية - لا يمنع من الزوجية الحقيقية . ويترتب على صحة العقد ثبوت المهر ، واستحقاقه بالدخول ، وغير ذلك من أحكام الزوجية الحديثة ، وإلا فهي ليست بذات بعل ، ولا معتدة .

(٤) لم أقف على ما يبدل على هذه الحرمة ، إذ المذكور في الكتاب (١٥)

(١٥) وهو قوله تعالى : (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها

فلا جناح عليها أن يتراجعا . . .) البقرة : ٢٣٠ .

شبهة ، لكن لا من حيث كونها في العدة ، بل لكونها ذات بعل . وكذا في للعدة لوطنه في للعدة شبهة إذا حملت منه ، بناء على عدم تداخل للعدتين ، فان عدة وطء للشبهة حينئذ مقدمة على للعدة السابقة التي هي عدة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل ، وبعد وضعه تأتي بتتمة للعدة السابقة ، فلا يجوز له تزويجها في هذه للعدة - أعني : عدة وطء للشبهة - وإن كانت لنفسه ، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل (١) ، ولكن في إيجابه للتحريم الأبدي اشكال (٢) .

(مسألة ٤) : هل يعتبر في للدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبديّة في صورة الجهل أن يكون في للعدة ، أو يكفي كون للتزويج في للعدة مع للدخول بعد انقضائها ؟ قولان (٣) . الأحوط الثاني ، بل لا يخلو عن قوة ، لاطلاق الاخبار بعد منع الانصراف الى للدخول في للعدة .

والسنة (١٥) : أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره ، وذلك إنما يدل على بطلان العقد وعدم ترتب أثر عليه ، لحرمة العقد تكليفاً . (١) العمدة فيه : أنه معلوم من مذاق الشارع ، وأن جعل العدة يقتضي عدم جواز التزويج إلا بعد انتهائها . وسيأتي نظير ذلك في المسألة العاشرة . (٢) وسيأتي منه في نظيره في المسألة العاشرة أن التحريم الأبدي لا يخلو من قوة . ولكنه غير ظاهر ، كما سيأتي . فانتظر . (٣) اختار أولهما في المسالك ، قال فيها : « وطء الجاهل بالتحريم بعد العدة لا يؤثر في التحريم وإن تجدد له العلم ، وإنما المحرم الوطء فيها ،

(مسألة ٥) : لو شك في أنها في للعدة أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز للتزويج (١) ، خصوصاً إذا أخبرت بالعدم (٢)

أو العلم بالتحريم حالة العقد . . وتبعه عليه في الجواهر ، وغيرها . ولا يخفى أن نصوص الباب مختلفة ، فبعضها وارد في صورة الدخول في العدة ، كمصحح الحلبي الأول . ونحوه مصحح ابن مسلم ، وحسن محران ، وغيرها . وبعضها مطلق ، كمصحح الحلبي الأخير (١٥) . ولا يخفى أن الأول لا يقوى على تقييد الثاني ، لعدم التنافي في الحكم بينهما . وحينئذ يتعين العمل باطلاق الثاني . إلا أن يمنع إطلاقه ، لاقتران المطلق بما يصلح للقربنية من جهة المناسبات الكلامية ، إذ المقام نظير ما إذا تعقب المخصص جملاً متعددة ، فإن المخصص قربنة على تخصيص الأخير ، ويصلح للقربنية على تخصيص ما قبل الأخير . وكذا في المقام ، فإنه لا فرق بين قولنا : « إذا جاءك زيد وأكرمك يوم الجمعة » ، وقولنا : « إذا جاءك زيد يوم الجمعة وأكرمك » في احتمال رجوع القيد الى الجملة الأولى في المثال الأول ، والى الجملة الثانية في المثال الثاني . ولعل مثلها ما إذا تقدم الظرف على الجميع ، مثل : « إذا جاء يوم الجمعة وجاء زيد وأكرمك فاخلع عليه » ، فإن ذكر القيد صالح للقربنية على تقييد ما بعده فيسقط المطلق عن الاطلاق ، والصور الثلاث من باب واحد . وإن اختلفت في الوضوح والخفاء . وحينئذ يتعين الرجوع في المقام الى عمومات الحل . ومن ذلك تعرف الاشكال في القول بالتحريم وإن كان الدخول في خارج العدة لاطلاق الفتاوى كالنصوص ، كما في الرياض .

(١) لأصالة عدم كونها في العدة .

(٢) ففي مصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) :

(١٥) تقدم التمرض لهذه النصوص في اول الفصل .

وكذا إذا علم كونها في العدة سابقاً وشك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء . وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها . وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك ؟ للظاهر ذلك (١) . وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن للعدة ، أو من غير التفات إليها ثم أخبرت بأنها كانت في العدة فالظاهر قبول قولها (٢) ، وإجراء حكم للتزويج في العدة ، فمع للدخول بها تحرم أبداً (٣) .

العدة والحيض للنساء ، إذا ادعت صدقت ، (١٥) . ومقتضى الجمود على عبارة النص وإن كان تصديق المرأة في دعوى وجود العدة والحيض ، فلا عموم فيه لعدم العدة وعدم الحيض ، لكن المنسب منه العموم ، ولا سيما بملاحظة كون الابتلاء بالثاني أكثر ، فيكون بيان حكمه أولى . مضافاً إلى ما دل على حجية قول ذي اليد على ما في يده ، فضلاً عن نفسه ، فإذا أخبر بظاهرة بدنه أو نجاسته ونحوهما صدق ، كما عليه سيرة العقلاء والمنشعة . فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح (٢٥) . ومن ذلك يظهر الوجه في قوله (ره) : « إذا أخبرت بالانقضاء » .

(١) لأن الاستصحاب يقوم مقام العلم الموضوعي إذا أخذ موضوعاً على نحو الطريقة ، كما فيما نحن فيه . وتحقيق ذلك في محله من الأصول .
(٢) للمصحح وغيره مما تقدم . بل هو المتيقن من المصحح كما عرفت .
(٣) لأن إطلاق دليل الحجية يقتضي ثبوت جميع الأحكام الثابتة للعدة ، ولو بتوسط وقوع الدخول فيها . وما في بعض الحواشي من أنه أحوط ، كأنه مبني على عدم وضوح الإطلاق المذكور ، لاحتمال اختصاص

(١٥) الوسائل باب : ٤٧ من ابواب الحيض حديث : ١ .

(٢٥) راجع الجزء : ١ المسألة : ٦ من فصل ماء البشر .

(مسألة ٦) : إذا علم أن للتزويج كان في للعدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً ، ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً ، أو لا ؟ يبني على عدم للدخول (١) . وكذا إذا علم بعدم للدخول بها وشك في أنها كانت عاتمة أو جاهلة فانه يبني على عدم علمها (٢) ، فلا يحكم بالحرمة الأبدية .
 (مسألة ٧) : إذا علم لإجمالا بكون إحدى الامراتين المعينتين في للعدة ، ولم يعلمها بعينها ، وجب عليه ترك تزويجها (٣) ولو تزوج إحداها بطل (٤) . ولكن لا يوجب الحرمة الأبدية

حجية قولها بما إذا لم يعارض أصل الصحة . ولذا ذكر في الشرائع : أنه لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة فالقول قول الزوج . إذ الأصل صحة الرجوع . انتهى . ونحوه ما في غيرها . وفيه : أن الاحتمال المذكور خلاف الاطلاق . نعم لو كان تاريخ انقضاء العدة معلوماً وتاريخ العقد مجهولاً ، فأخبرت بأن العقد كان في العدة ، لم يسمع قولها ، لأنه لإخبار عن العقد ، لا عن العدة . ويحتمل أن يكون وجه الاشكال في الفرض : أن قبول العقد منها لإخبار منها بانتهاء العدة ، فيكون إخبارها بالعدة منافياً له . وفيه : - مع أن الفعل لا يدل على شيء من ذلك ، إلا من باب الحمل على الصحة ، وهو لا يعارض الخبر اللاحق - أنه لو سلم التعارض يكون المرجع استصحاب العدة الى حين وقوع العقد فيبطل ، ويقتضي التحريم الأبدى مع الدخول .

(١) لأصالة عدمه .

(٢) لأصالة عدم علمها .

(٣) للعلم الاجمالي ، الموجب لتنجز المعلوم ، فيجب فيه الاحتياط .

(٤) لأصالة عدم ترتب الأثر عليه .

لعدم إحراز كون هذا للتزويج في للعدة (١) . نعم لو تزوجها
 معا حرمتا عليه في للظاهر (٢) ، عملاً بالعلم الاجمالي .
 (مسألة ٨) : إذا علم أن هذه الامرأة المعينة في للعدة
 لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره ، جاز له
 تزويجها ، لأصالة عدم كونها في عدة للغير (٣) ، فحاله حال
 للشك للبدوي .

(مسألة ٩) : يلحق بالتزويج في للعدة في إيجاب
 الحرمة الأبديّة تزويج ذات للبعل (٤) ، فلو تزوجها مع للعلم

(١) المقام نظير ما لو توضحاً بأحد الاناثين المعلوم نجاسة أحدهما ، فانه
 يبني فيه على عدم ترتب الاثر ، عملاً باستصحاب الحدث ، ولا يبني على
 نجاسة أعضاء الوضوء ، لعدم إحراز نجاسة الماء ، إلا إذا كانت الحالة
 السابقة نجاسة الاناثين معاً ، بناء على صحة استصحاب النجاسة ، لعدم
 منافاته للعلم الاجمالي بطهارة أحدهما عملاً . وهنا أيضاً لا يبني على الحرمة
 الابدية ، لعدم إحراز كون العقد في للعدة ، إلا إذا كانت الحال السابقة
 في المرأتين معا أنها في للعدة ، وعلم خروج إحداها عنها وبقاء الاخرى
 فيها ، فان التحقيق جواز جريان الاستصحاب فيها معاً لما لم ينافيا العلم عملاً .
 (٢) لأصالة عدم ترتب الاثر ، ولا تجري أدلة الصحة ، للعلم الاجمالي
 بالطلاق في إحداها .

(٣) ولا يعارضها أصالة عدم كونها في عدة نفسه ، لعدم الاثر له .
 (٤) قال في القواعد : « ولو تزوج بذات البعل ، ففي إلحاقه
 بالمعتدة إشكال ، ينشأ من عدم التنصيص ، ومن أولوية التحريم » . وقد
 ذكر غير واحد ممن تأخر عنه أن في كل من الوجهين إشكالا . إذ الاولوية

غير ظاهرة ، لما عرفت من احتمال أن يكون التحريم الأبدي ، الذي هو حكم تعديدي ، من آثار العدة بالخصوص ، وإن كان لعلاقة الزوجية دخل فيه في الجملة ، لكن لا على الاستقلال ، وحينئذ لا مجال للقطع بالاولوية . على أنه لو ثبتت الاولوية كان العمل عليها ، وعدم التنصيص لا يعارضها فانها مقدمة على أصالة الحل ، أو عموم الحل . وأما عدم التنصيص فاشكاله أظهر ، لورود النصوص المتضمنة للتحريم المؤبد ، ففي موثق أديم بن الحر قال : « قال أبو عبدالله (ع) . التي تزوج ولها زوج يفرق بينهما ، ثم لا يتعاودان أبداً » (١٥) ، وموثق زرارة عن أبي جعفر (ع) : « في امرأة فقد زوجها أو نعي إليها فتزوجت ، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال (ع) : « تعتد منها جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة . وليس للآخر أن يتزوجها أبداً » (٢٥) ، وموثقه الآخر عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) إذا نعي الرجل الى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها ، فاعتدت ، وتزوجت فجاء زوجها الأول ، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير ، دخل بها الأول أو لم يدخل بها . وليس للآخر أن يتزوجها أبداً . ولها المهر بما استحل من فرجها » (٣٥) ، ومرفوع أحمد بن محمد : « إن الرجل إذا تزوج امرأة وعلم أن لها زوجاً فرق بينهما . ولم تحمل له أبداً » (٤٥) . نعم يعارضها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبدالله عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم ، فطلقها الأول ، أو مات عنها ، ثم علم الأخير ، أيراجعها ؟ قال (ع) : لا حتى تنقضي

- ١٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .
- ٢٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .
- ٣٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .
- ٤٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٠ .

بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً مطلقاً ، سواء دخل بها أم

عدتها ، (١٥) . فانه أخص من الموثق الأول ، لاختصاصه بصورة الجهل فيقيد به الموثق ، ويحمل على صورة العلم . كما أن بينه وبين الموثقين الآخرين عموماً من وجه ، لاختصاصهما بصورة الدخول . بقريئة الاعتداد من الأخير في أحدهما ، واستحقاق المهر في ثانيهما ، والصحيح لا يختص بها ، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم ، وهما لا يختصان بها . وفي مورد المعارضة وهي صورة الجهل والدخول يرجع الى اصالة الحل . وفيه : أن الموثقين كما يختصان بصورة الدخول يختصان بصورة الجهل ، فيكونان أخص مطلقاً من الصحيح ، فيتعين حمله على صورة عدم الدخول . وحينئذ يكون أخص مطلقاً من الموثق الأول فيقيد به ، وتكون نتيجة الجمع عدم الحرمة في صورة الجهل وعدم الدخول ، والحرمة فيما عداها . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره كاشف اللثام من أنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً ، مع الجهل والعلم ، ومع الدخول وبدونه ، لاطلاقها .

نعم في صحيحه الآخر قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة ، ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجاً غائباً ، فتركها . ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها ، أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم أن لها زوجاً ؟ قال (ع) : ما أحب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره » (٢٥) . ولعل المراد من الدخول فيه الخاوة بها ، كما في الوسائل ، وإن كان بعيداً ، فانه أولى من التصرف في النصوص السابقة . فتأمل . ومن الغريب ما وقع في هذه المسألة ، فقد عرفت ما في القواعد -

(١٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة - حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة - حديث : ٤ .

لا . ولو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلا مع للدخول بها ، من غير فرق بين (١) كونها حرة أو أمة مزوجة ، وبين للدوام والمتعة في للعقد للسابق ولللاحق . وأما تزويج أمة للغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجة ، فلا يوجب الحرمة الأبديّة (٢) وإن كان مع للدخول وللعلم .

(مسألة ١٠) : إذا تزوج امرأة عليها عدة ولم تشرع فيها - كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر فإن عدتها من حين

ونحوه في الروضة ، وعن الايضاح - من نفي النص فيها . وفي كشف اللثام أن مقتضى إطلاق الاخبار عموم التحريم . وفي الجواهر ، والرياض ، والحدائق ، وغيرها لم يتعرض لهذا الصحيح وكيفية الجمع بينه وبين النصوص . هذا كله في حكم الدخول مع الجهل . أما صورة عدم الدخول مع الجهل : ففي المسالك : أنه لا إشكال في الحل ، وفي الرباعس : دعوى الاجماع عليه ، وفي الحدائق : « ليس فيه خلاف يعرف » . أما صورة العلم والدخول : فالظاهر أنه لا إشكال في التحريم الأبدي فيها - كما في المسالك . وفي الرياض : « لا خلاف فيه » . ونحوه كلام غيره - لأنه زنا بذات بعل ، فيدخل في المسألة الآتية . ثم إن الذي يظهر من صحيح ابن الحجاج أن جهل الزوج مانع من الحرمة الابدية ، وإن كانت المرأة عاملة . فالبناء على الحرمة الأبديّة مع علم الزوجة لا يكون إلا من طريق الأولوية التي قد عرفت الاشكال فيها ، أو بقاعدة الاشتراك ، بناء على جريانها في المقام . وسيأتي الكلام فيه في حكم التزويج حال الاحرام .

(١) لإطلاق الأدلة ، مع عدم ظهور خلاف في ذلك .

(٢) للأصل ، بعد خروجه عن مورد النصوص .

بلوغ الخبر - فهل يوجب الحرمة الأبديّة ، أم لا ؟ قولان (١)
أحوطهما الأول ، بل لا يخلو عن قوة .

(مسألة ١١) : إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها
مع الجهل ، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الأول ، فجاءت
بولد ، فإن مضى من وطء للثاني أقل من ستة أشهر ، ولم

(١) قال في القواعد : « ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة ،
فالأقرب عدم التحريم المؤبد » . ونحوه في المسالك . وعلمه في كشف اللثام
والجواهر : بأنها ليست زوجة ، ولا معتدة ، لعدم الاعتداد عليها قبل العلم
بالوفاة ، فيرجع فيها الى أصالة الحل . لكن في الرياض : « لو تزوجها
بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم البتة ، ففيه أولى ، لأنه
أقرب الى زمان الزوجية . والمناقشة في هذه الأولوية ممنوعة . فالتحريم
لا يخلو من قوة » . وفيه : أنه لا وجه للمنع عن المناقشة في الأولوية ،
حيث لا دليل عليها ، إذ لم يثبت أن التحريم المؤبد مع التزويج في العدة
من جهة نفس علاقة الزوجية ، إذ من الجائز أن يكون للعدة خصوصية
اقتضت ذلك ، وان كان لعلاقة الزوجية أيضاً دخل في ذلك .

نعم لا ينبغي التأمل في بطلان العقد ، فإن المفهوم من الأدلة أن
ذات العدة لا يصح تزويجها إلا بعد انقضاء العدة ، فما دامت العدة غير
منتهية فعلاقة الزوجة للأول باقية ، وهي تنافي التزويج للآخر . ولأجل
ذلك افترق المقام عما قبله ، فإن ما قبله لما كان حكماً تعبدياً احتمال أن
يكون للعدة دخل فيه . وأما المقام - وهو عدم صحة التزويج - فالذي
تساعد عليه الأذواق العرفية أنه من أحكام نفس الزوجية للتمانع عندهم
بين الزوجتين .

يمض من وطء للزوج الأول أقصى مدة الحمل لحق للولد بالأول (١) . وإن مضى من وطء الأول أقصى المدة ومن وطء للثاني ستة أشهر أو أزيد الى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني (٢) . وإن مضى من الأول أقصى المدة ومن للثاني أقل من ستة أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما (٣) . وإن مضى من الأول ستة فما فوق ، وكذا من للثاني ، فهل يلحق بالأول ،

(١) قطعاً ، كما في المسالك والجواهر . وقد صرح به الجماعة على نحو يظهر التسالم عليه . ويقتضيه مرسل جميل بن صالح (١٥) عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) : « في المرأة تزوج في عدتها ، قال (ع) : يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعاً ، وإذا جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير ، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول » ، وتقتضيه قاعدة الفراش ، فإن الزوج الأول حال انعقاد النطفة هو الفراش ، فيكون الولد له .

(٢) قطعاً ، كما في المسالك والجواهر . وبلا إشكال ، كما في الرياض ، ويظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه . لقاعدة الفراش ، بناء على أن الواطء شبهة فراش ، لأن المراد به ما يقابل العاهر ، والواطء شبهة غير عاهر . مضافاً الى مرسل جميل المتقدم .

(٣) بلا إشكال فيه عندهم . للعلم بانتفائه عنها ، لتولده في

خارج الحد .

(١٥) في هامش النسخة المحطية : « كذا ذكر في جامع الروات والوسائل » وقد روى الحديث هكذا في الوسائل في باب : ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث : ١٣ . وفي باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٤ رواه عن جميل من دون نسبه الى أبيه . لكن نقل من الصدوق في الموضوعين روايته عن جميل بن دراج .

أو الثاني ، أو يقرع ؟ وجوه أو أقوال (١) ، والأقوى لحوقه
بالثاني ، لجملة من الاخبار . وكذا إذا تزوجها الثاني بعد
تمام للعدة للأول ، واشتبه حال للولد .

(١) حكي الأخير عن المبسوط . وفخر الاسلام . لأن كلا منهما فراش ،
فتعارض قاعدة الفراش فيها ، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فيكون المقام
من المشكل ، فيرجع فيه الى القرعة لأنها لكل أمر مشكل . وفي الشرائع -
في بعض فروع السبب الأول من أسباب التحريم - اختار اللاحق بالثاني ،
واختاره في القواعد ، والمسالك ، وكشف اللثام ، وغيرها . ونسبه في
المسالك الى الأكثر . للنصوص ، منها مرسل جميل المتقدم ، كما يقتضيه
إطلاقه . ومنها صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إذا
كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت ، فان وضعت
لخمسة أشهر فانه لمولاها الذي أعتقها ، وإن وضعت بعد ما تزوجت لسته
أشهر فانه لزوجها الأخير » (١٥) . وصحيح البنزطي عن رواه عن زرارة
قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت
وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول ، وإن كان ولد أنقص من
سته أشهر فلأمه ولأبيه الاول ، وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير » (٢٥) ،
وموثق أبي العباس قال : « قال : إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير ،
وإن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأول » (٣٥) . وإن كان الأخير لا يخلو
من إجمال المورد . وما قبله ليس مما نحن فيه ، عدا المرسل . وكأنه لذلك
ولضعف المرسل لم يعتد بالأخبار في المسالك ، وإنما اعتمد على قاعدة

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث : ١١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث : ١٢ .

(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدة وطء للشبهة مع التزويج (١) أولاً معه ، وعدة للطلاق أو للوفاة أو نحوهما فهل تتداخل للعديتان ، أو يجب للتعدد ؟ قولان ، المشهور على الثاني (٢) . وهو الأحوط . وإن كان الأول لا يخلو عن قوة (٣) ، حملاً للاخبار للدلالة على التعدد (٤) على للتقية . بشهادة خبر زرارة ،

الفراش بناء منه على ترجيح تطبيقها على الثاني على تطبيقها على الأول ، لأن الثابت أولى من الزائل . وفيه : أن المراد بالفراش : الفراش حال الانعقاد ، ونسبته اليها متساوية ، والاحتمال بالنسبة الى كل منها على السواء . لكن مرسل جميل بن صالح رواه الصدوق في الفقيه . عن جميل بن دراج (١٥) . وظاهره أنه بلا إرسال . على أن الظاهر بناء الأصحاب على عدم الفصل بين الموارد .

(١) يعني : التزويج الباطل ، ولذا كان الوطء شبهة .

(٢) وفي الجواهر : « يمكن دعوى الاجماع عليه ، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه » .

(٣) كما عن الصدوق ، وابن الجنيد ، ونسب في الجواهر الميل إليه الى جماعة من متأخري المتأخرين .

(٤) يريد بها صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها ، فتضع وتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشراً ، فقال : إن كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقي عليها من عدة الأول ، واستقبلت عدة أخرى من الآخر

(١٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة ٣٠١ طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ١٧ من ابواب احكام الاولاد ملحق حديث : ١٣ ، باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث : ١٤ .

وخبر يونس (١) .

ثلاثة قروء . وإن لم يكن دخل بها فرق بينها ، وأتمت ما بقي من عدتها ، وهو مخاطب من الخطاب ، (١٥) . ونحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ، وخبر علي بن جعفر عن أخيه ، (٢٥) . وكلها واردة في الحامل وقد مات عنها زوجها فوضعت وتزوجت قبل تمام الأربعة أشهر وعشرة أيام ، وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في الرجل يتزوج المرأة في عدتها (٣٥) . ونحوه صحيح علي بن رثاب عن علي بن بشير النبال عن أبي عبد الله (ع) (٤٥) . ودلالته على وجوب الاعتداد للثاني بعد إتمام الاعتداد للأول ظاهرة .

(١) أما الأول : فرواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن امرأة نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ، فجاء زوجها الأول ففارقها الآخر كم تعتد للثاني ؟ قال (ع) : ثلاثة قروء ، وإنما يستبرأ رحمة بثلاثة قروء ، وتحل للناسم كلهم . قال زرارة : وذلك أن أناساً قالوا : تعتد عدتين من كل واحد عدة ، فأبى أبو جعفر عليه السلام (ع) وقال : تعتد ثلاثة قروء ، وتحل للرجال ، (٥٥) . وكان السؤال فيه عن صورة مفارقة الزوج لها أيضاً بالطلاق . وأما خبر يونس : فهو ما رواه في الكافي عن يونس عن بعض أصحابه : « في امرأة

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ ، ٢٠ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٩ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٨ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

نعمي لبيها زوجها فتزوجت ، ثم قدم الزوج الأول فطلقها ، وطلقها الآخر قال : فقال إبراهيم النخعي : عليها أن نعتد عدتين . فحملها زارة الى أبي جعفر (ع) ، فقال : عليها عدة واحدة (١) . والخبران المذكوران واردان في ذات البعل . وشهادتها بحمل نصوص التعدد الواردة في المعتدة على التقية ، والأخذ بنصوص التداخل - كما استظهره في الحدائق - مبنية على كون المسألتين من باب واحد . والمراد بنصوص التداخل صحيح زارة عن أبي جعفر (ع) : « في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال (ع) : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منها جميعا » (٢) . ونحوه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله (ع) (٣) ، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) (٤) . ونحوها موثق زارة عن أبي جعفر (ع) المتقدم في ذات البعل (٥) . هذه نصوص التداخل ، مضافا الى الخبرين المذكورين في المتن .

وعن الشيخ: حمل نصوص التداخل على عدم دخول الثاني ، لعدم صراحتها في الدخول ، وصراحة نصوص التعدد فيه . وضعفه ظاهر ، كما ذكر جماعة ، إذ لا معنى للاعتداد من الثاني إذا لم يكن دخول منه . وحملها جماعة آخرون على التقية . وهو غير ظاهر ، لما عرفت ، ولما حكى من أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي ، فطلقها ألبتة ، فنكحت في آخر عدتها ، ففرق عمر بينهما ، وضربها بالحقفة وزوجها ضربات ، ثم قال : « إنما رجل تزوج امرأة في عدتها ، فإن لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما

(١٥) الوسائل باب : ٣٨ من أبواب المدد حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٤ .

(٥٥) راجع أول المسألة : ٩ من هذا الفصل .

وتأتي ببقية عدة الأول ، فان شاء تزوجها . وإن كان دخل بها فرق بينهما ،
وتأتي ببقية عدة الاول ، ثم تستأنف عدة الثاني ، ثم لا تحل له أبداً (١)
وقد ترجح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل . وفيه :
أن الغرض من الاعتداد استبراء الرحم من الولد ، وهذا المعنى لا يحتاج
الى التعدد . مع أن ظاهر الأدلة اعتدادها متصلاً بالسبب الموجب له ،
وهذا المعنى لا يقبل التعدد . فمقتضى ظاهر الأدلة الاولية هو التداخل ،
فتكون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل :

فالعلة حينئذ هو ثبوت صلاحية نصوص التداخل للمعارضة وعدمه .
فعلى الثاني : تسقط عن الحجية ، ولا حاجة الى توجيهها بالحمل على التقية ،
أو عدم دخول الثاني ، أو نحو ذلك . وعلى الأول : يمكن الجمع العرفي
بينها وبين نصوص التعدد ، بحمل الثانية على الاستحباب ، لأنه أبرأ للرحم
وأحفظ للحقوق . والانصاف يقضي البناء على ذلك ، لأن إعراض المشهور
عنها لم يعلم أنه كان لاطلاعهم على خلل في الدلالة ، أو الصدور ، أو
لبنائهم على ترجيح نصوص التعدد بموافقتها لأصالة عدم التداخل عندهم ،
أو للاحتياط ، أو لأنها أشهر الروايتين ، كما في الشرع . فلم يثبت ما
يوجب سقوطها عن الحجية ، ولا سيما بملاحظة أنهم اعتنوا بها فوجهها
بما عرفت الذي قد عرفت إشكاله ، ولم يطعنوا بها بما يوجب خروجها
عن الحجية .

ومن القريب أن الصدوق الذي نسب اليه القول بالتداخل في كتاب
المقنع - حيث قال في آخر كتاب الايلاء منه : وفان نعي الى المرأة زوجها
فاعتدت وتزوجت ، ثم قدم زوجها فطلقها ، وطاقها الأخير ، فانها تعتد

(١٥) كز المال الجزء : ٨ حديث : ٤٩٤٩ ، سنن البيهقي الجزء : ٧ باب اجتماع المتدين

وعلى التعدد يقدم ما تقدم سببه (١) ، إلا إذا كان إحدى للعديتين بوضع الحمل فتقدم وان كان سببها متأخراً (٢) ، لعدم إمكان للتأخير حينئذ . ولو كان المتقدمة عدة وطء للشبهة

عدة واحدة ثلاثة قروء « وهو مضمون موثق زرارة الوارد في ذات البعل - قال في كتاب النكاح منه : « واذا تزوج الرجل امرأة في عدتها ولم يعلم ، وكانت هي قد علمت أنه قد بقي من عدتها ، ثم قذفها بعد علمه بذلك ، فان كانت علمت أن الذي عملت محرم عليها ، فندمت على ذلك ، فان عليها الحد الزاني ، ولا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً . فان فعلت بجهالة منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحد ، وفرق بينهما ، وتعدت عدتها الأولى ، وتعدت بعد ذلك عدة كاملة » . وهو مضمون رواية علي بن بشير المشار إليها في أخبار التعدد . فنسبة القول بالتداخل اليه غير ظاهرة . ولو أمكن التفكيك بين المسألتين ، كان اللازم نسبة التداخل اليه في تزويج ذات البعل ، والتعدد اليه في تزويج ذات العدة . لكن عرفت التسالم على عدم الفرق . فالكلامان متنافيان مع قرب ما بينهما .

(١) بلا خلاف فيه في الجملة ، ولا إشكال . للأصل ، والنصوص .

نعم إذا كانت معتدة للشبهة فمات زوجها ، فقد احتمل في المسالك تقديم عدة الوفاة ، لكونها للزوج ، وهي مستندة الى العقد اللازم . وكذا لو كانت معتدة للشبهة فطلقها زوجها ، فقد احتمل تقديم عدة الطلاق ، لكونها أقوى سبباً . ولكنه - كما ترى - خلاف الاصل . هذا وإذا اقترن السببان فبناء على التعدد يكون لها الخيار في التقديم والتأخير ، لعدم المرجح .

(٢) كما صرح بذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . وفي غير

موضع من الجواهر نفي الخلاف والاشكال فيه ، لما ذكر في المتن .

والتأخرة عدة للطلاق للرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدته (١) ؟ وهل ترث للزوج إذا مات قبله في زمان

(١) كما اختاره في كشف اللثام . لأن الرجعة استدامة ، وهي لا تنافي الاعتداد من الغير . وتبعه عليه في الجواهر . والأصل في ذلك ما في المبسوط . قال : « إن مذهبننا أن له الرجعة في زمان الحمل » . قال : « لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضي العدة ، وهذه ما لم تضع الحمل وتكمل العدة الأولى ، فعدتها لم تنقض ، فثبتت الرجعة عليها ، وله الرجعة ما دامت حاملا ، وبعد أن تضع مدة النفاس والى أن تنقضي عدتها بالاقراء » . قال : « وإذا قلنا لا رجعة له عليها في حال الحمل مادامت حاملا ، فاذا وضعت ثبت له عليها الرجعة ، وإن كانت في عدة النفاس لم تشرع في عدتها منه ، لأن عدة الأول قد انقضت ، فثبت له الرجعة وإن لم تكن معتدة منه في تلك الحال ، كحال الحيض في العدة » . وفي القواعد : « إن له الرجعة في الاكمال دون زمان الحمل » . وفي المسالك : « له الرجعة في زمان إكمالها بعد الحمل ، لازمان الحمل ، لأنها حينئذ ليست في عدة رجعية » .

أقول : العدة في الوجهين ثبوت لإطلاق يقتضي صحة الرجوع مادامت لم تخرج من العدة وعدمه . والظاهر الأول ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) . قال : « سألته عن رجل طلق امرأته واحدة ، قال (ع) : هو أملك برجعته ما لم تنقض العدة » (١٥) وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) : « وإذا أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضي أقرؤها » (٢٥) ، وفي خبره عن أبي جعفر (ع) : « هي

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٢ .

عدة وطء للشبهة ؟ (١) وجهان ، بل قولان ، لا يخلو الأول منها من قوة . ولو كانت المتأخرة عدة للطلاق للبائن فهل يجوز تزويج المطلق لها في زمان عدة للوطء قبل مجيء زمان

امراته مالم تنقض العدة ، (١٠) ، وفي موثق ابن بكير وغيره عن أبي جعفر (ع) ، وهو أحق برجعتهما مالم تنقض ثلاثة قروء ، (٢٥) ، وفي موثق عبد الله بن سنان عن عبد الله (ع) : « فان طاقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها ، فان شاء راجعها قبل أن ينقضي أجلها ، فان فعل ففي عنده على تطليقتين ، (٣٥) . . . الى غير ذلك من النصوص التي لا تحصى لكثرتها . وإطلاقها يقتضي جواز الرجوع له في المدة التي تكون بين الطلاق وعدته . ولم أقف عاجلاً على ما يدل على اعتبار كون الرجوع في العدة ، ولو فرض أمكن حمله على لإرادة نفي الرجوع بعد العدة جمعاً ، وبقتضيه مافي صحيح علي بن رثاب عن يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) : لا ترث المختلعة والخيرة ، والمباراة ، والمستأجرة في طلاقها ، هؤلاء لا يرثن من أزواجهن شيئاً في عدتهن ، لأن العصمة قد انقطعت فيما بينهن وبين أزواجهن من ساعتهم ، فلا رجعة لأزواجهن ولا ميراث بينهم » (٤٥) .

(١) هذه المسألة نظير المسألة السابقة دليلاً ، فقد ورد في كثير من النصوص أن المطلقة ترث زوجها إذا مات قبل انقضاء العدة ، ففي صحيح زرارة عن أحدهما : « المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم الثالث ،

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٦ . .

(٢٥) الوسائل باب : ١ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ١ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الازواج حديث : ٦ .

عدة الطلاق ؟ وجهان لا يبعد الجواز بناء (١) على أن المنوع

فاذا رآته فقد انقطع ، (١٥) ، وفي موثقه : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يطلق المرأة ، فقال (ع) : يرثها وترثه مادام له عليها رجعة » (٢٥) ، وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « وإن ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها وورثته » (٣٥) ، وفي موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : « أما امرأة طلقت فمات عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها فإنها ترثه ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، وإن توفيت في عدتها ورثها » (٤٥) . نعم ظاهر ذيله اعتبار الوفاة في العدة . ونحو غيره ، ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدة ، فإذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ولا ميراث بينهما » (٥٥) . ونحوه غيره . ولا يبعد أن يكون الجمع بينهما بحمل الثانية على كونه في مقابل الموت بعد العدة ، فإنه مقتضى مناسبة الحكم ، كما فيما سبق .

(١) قد تقدم من المصنف (ره) : أنه لا يجوز التزويج بذات العدة وإن كانت عدة وطء الشبهة ، وحكي في كشف اللثام : الاتفاق على أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة في عدة شبهة . ولذا فرض في القواعد وغيرها المسألة فيما لو كانت عدة الطلاق البائن مقدمة ، واختار علم جواز الرجوع إليها في عدة الطلاق بعقد جديد ، لأنه إذا لم يجز تجديد العقد في

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٥ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٨ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ١٠ .

في عدة وطاء للشبهة وطاء الزوج لها لاسائر الاستمتاعات بها كما هو الاظهر (١). ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطابق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبدية أيضاً ، لصدق للتزويج

عدة الوطاء اللاحقة لعدم الجواز قبلها أولى . ولأن تجديد العقد يوجب انتهاء عدة الطلاق ودخول عدة الوطاء ، فيمتنع عليه الاستمتاع فلا يكون للعقد أثر ، فيبطل . والمصنف فرض المسألة فيما لو تقدم الوطاء على الطلاق ، وجواز تجديد العقد بعد الطلاق البائن في تنمة عدة الوطاء ، لأنه لا مانع من العقد إلا دعوى أنه لا أثر للعقد ، لحرمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً وطأ كان أو غيره . وقد قال في القواعد : « وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً » ، فاذا بنيينا على جواز سائر الاستمتاعات غير الوطاء لم يكن مانع من العقد .

(١) واستوجهه في الجواهر ، لعدم الدليل عليه يصلح لمعارضة مادل على الاستمتاع بالزوجة . وفيه : أن الظاهر من الاعتداد الامتناع عن ذلك ، وبذلك افرقت العدة عن مدة الاستبراء . ولأجل ذلك لا يصح العقد عليها ، فانه أيضاً مفهوم من الأمر بالاعتداد ، ولولا ذلك لم يكن حرمة الوطاء وسائر الاستمتاعات مانعاً من صحة العقد . ودعوى : أنه لا أثر له غير ظاهرة ، فان اعتبار الزوجية يكفي فيه الآثار الأخرى ، مثل وجوب النفقة والتوارث ، وحرمة الزوجة على أب الزوج وولده ، وحرمة أمها على الزوج ، وغير ذلك من الآثار . ولذا لو فرض عدم التمكن من الاستمتاع بالزوجة لم تبطل زوجيتها ، ولم يمتنع تزويجها . وكذا لو فرض حرمة الاستمتاع بها بنذر ونحوه ، فان ذلك لا يمنع من صحة التزويج بها ، ولا يبطل زوجيتها .

فاذا الاقوى حرمة جميع الاستمتاعات بالموطوءة شبهة ، وعدم جواز

في عدة للغير . لكنه بعيد . لانصراف أخبار التحريم المؤبد
عن هذه للصورة (١) .

هذا ولو كانت للعدتان لشخص واحد ، كما إذا طلق
زوجته بائناً ثم وطأها شبهة في أثناء للعدة ، فلا ينبغي الاشكال
في للتداخل (٢) ، وإن كان مقتضى إطلاق بعض للعلماء (٣)
للتعدد في هذه للصورة أيضا .

(مسألة ١٣) : لا إشكال في ثبوت مهر المثل (٤) في

التزويج بها ، لأنه الظاهر من الأمر بالاعتداد ذلك ، فان الاعتداد من
المفاهيم المجملة التي أوكل الشارع معرفتها الى بيانها في عدة الطلاق .
فكما أن المعتدة عدة الطلاق لا يجوز لغير من له العدة العقد عليها ، ولا
الاستمتاع بها ، كذلك المعتدة للوطء لا يجوز لغير الواطء العقد عليها ،
ولا الاستمتاع بها . ونظيره كثير من المفاهيم الشرعية التي أوكل بيانها الى
البيان الصادر في بعض الموارد ، كما أشرنا الى ذلك في جملة من المباحث
من هذا الشرح .

(١) يعني : الانصراف الى صورة سبق العدة بزوجة العاقد . لكن
دعوى هذا الانصراف غير ظاهرة ، وإن وافقه عليها شيخنا الأعظم (ره)
في رسالة النكاح . وإطلاق الفتوى بمنعه جداً ، بل إنهم تعرضوا لمدة
الاستبراء ، وجعل بعضهم إلحاقها بالعدة محل إشكال ، وبعضهم لم يلحقها
بها ، ولم يتعرضوا لعدة وطء شبهة فليس ذلك إلا لبناهم على العموم لها .

(٢) كما استوجهه في الجواهر وفاقا للفاضلين .

(٣) بل الأكثر ، كما في الجواهر .

(٤) لأنه عوض الانتفاع بالبضع . وقد تضمنت ذلك النصوص .

للوطء بالشبهة المجردة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة (١) وإن كان للواطئ عالماً . وأما إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى أو مهر المثل قولان (٢) ، أقواهما الثاني . وإذا كان للتزويج مجرداً عن للوطء فلا مهر أصلاً (٣) .

(مسألة ١٤) : مبدأ للعدة في وطء للشبهة المجردة عن

للتزويج حين للفراغ من للوطء (٤) . وأما إذا كان مع للتزويج

(١) إذ لو كانت عالمة كانت بغياً ، « ولا مهر لبغي » .
 (٢) حكى أولها عن الشيخ في المبسوط ، لأن العقد هو السبب في ثبوت المهر ، لأنه الوجه في الشبهة ، فكان كالصحيح المقتضي ضمان ما وقع عليه التراضي . وفيه : أن استحقاق المسمى إنما يكون بالعقد ، فإذا فرض بطلانه لم يكن وجه لاستحقاقه . وكونه سبب الشبهة ، لا يقتضي سببية ضمان المسمى . والرضا به إنما كان مبنياً على العقد ، فإذا بطل بطل : فيتعين الضمان بمهر المثل . نظير ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فإنه يكون بالمثل ، لا بالمسمى . نعم في موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « فإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » (١٥) . ونحوه ما في موثق سليمان بن خالد (٢٥) . ولا يبعد أن يكون المراد منه جنس المهر ، كما يشير إليه التعليل ، لا المسمى ، فإن التعليل لا يقتضيه .
 (٣) للأصل مع عدم المقتضي له ، إذ هو إما العقد ، وإما الوطاء ، وكلاهما منتف .

(٤) كما في الجواهر . لأنه السبب في العدة ، وظاهر الأدلة كونها متصلة بالسبب ، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته

(١٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

فهل هو كذلك ، أو من حين تبين الحال ؟ وجهان (١) .
والأحوط للثاني ، بل لعله للظاهر من الاخبار .

(مسألة ١٥) : إذا كانت الموطوءة بالشبهة عاملة - بأن
كان الاشتباه من طرف للواطىء فقط - فلا مهر لها إذا كانت
حرة ، إذ لا مهر لبغي . ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك

عن رجلين نكحا امرأتين ، فأتي هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا ، قال (ع) :
تعتد هذه من هذا ، وهذه من هذا ، ثم ترجع كل واحدة الى زوجها (١٥) .
ونحوه غيره .

(١) للأول : ما سبق . وللثاني : أنه ظاهر النصوص المتضمنة للأمر
بالاعتداد بعد التفريق ، كما أشار الى ذلك في المتن ، ففي مصحح ابراهيم
ابن عبد الحميد المروي في الفقيه : أن أبا عبد الله (ع) قال في شاهدين
شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها ، فتزوجت ، ثم جاء زوجها ، قال (ع) :
« يضر بان الحد ويضمنان الصداق للزوج ثم تعتد وترجع الى زوجها
الأول » (٢٥) . وقريب منه غيره . والجميع ينسب الى الذهن منه أن
الاعتداد بعد التفريق ، وهو وقت تبين الحال . ولذلك مال في الجواهر الى
ذلك . وعلاه بعض : بأن الشبهة بمنزلة النكاح الصحيح ، فزوال الشبهة
بمنزلة الطلاق ، فيكون الاعتداد منه . وهو - كما ترى - أشبه بالاستحسان .
لكن لا يبعد أن يستفاد من النصوص المذكورة لزوم الاعتداد عند ارتفاع
الشبهة ، سواء كان هناك عقد فاسد اشتبهاً ، أم لم يكن عقد وكان الاشتباه
في وقوعه لا اعتقاده وقوعه ، أو للاشتباه في المعقود له أو عليه ، وأن المدة

(١٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب العيوب حديث : ٢ .

(٢٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة : ٣٥٥ طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ١٦

من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .

أو يثبت المهر لأنه حق للسيد ، وجهان ، لا يخلو الأول منها
من قوة (١) .

التي تكون فيها الموطوءة تحت سلطان الواطيء وفي حباله يستمتع بها
ويضاجعها ليست جزءاً من العدة ، فيكون مبدأ العدة في جميع الصور
ارتفاع الاشتباه ، لاحق الوطء .

(١) كما اختاره في الشرائع في مباحث نكاح الاماء ، قال (ره) :
« إذا تزوج الحر أمة من غير إذن المالك ، ثم وطأها قبل الرضا علماً بالتحريم
كان زانيا ، وعليه الحد ، ولا مهر لها إذا كانت عالمة مطاوعة » . وفي
كتاب الرهن قال : « ولو وطأ المرتهن الأمة مكرها لها كان عليه عشر
قيمتها أو نصف العشر . وقيل : عليه مهر أمثالها . ولو طأوعته لم يكن
عليه شيء » ، وفي باب بيع الحيوان قال : « من أولد جارية ثم ظهر أنها
مستحقة انتزعتها المالك ، ويجب على الواطيء عشر قيمتها إن كانت بكرأ
ونصف العشر إن كانت ثيباً . وقيل : يجب مهر أمثالها . والأول مروى » .
وكلامه الثاني يدل على نفي المهر والارش للمطاوعة ، فيحمل عليه كلامه
الأخير ، فيحمل على غير المطاوعة ، بناء على اتحاد المسألتين حكماً . وأما
كلامه الاول فلا تعرض فيه للارش وإنما يتعرض لنفي المهر .

وقد يظهر من ذلك أن الكلام في مقامين . الأول : لزوم المهر للسيد
في وطء الأمة مع علمها بعدم حلية الوطء وعدم لزومه ، الثاني : أنه على
تقدير عدم لزوم المهر يلزم الارش للسيد أو لا يلزم .

أما الكلام في الأول : فهو أنك عرفت ما ذكره المحقق . وتبعه
عليه جماعة من نفي المهر . ووجهه : إما النبوي المشهور : « لا مهر لبغي » :
وإما لأن الانتفاع بالبضع مما لا يضمن كسائر الاستمتاعات ، فكما لا يضمن
الاستمتاع بالتقبيل ونحوه لا يضمن الاستمتاع بالوطء . لكن ناقش في

المسالك في شمول الخبر للاماء ، بقرينة ذكر المهر الذي يكون للحرائر المتعارف إطلاقه على الصداق ، بخلاف عوض بضع الامة فانه يسمى بالعقر ، ولأجل ذلك سميت الحرة مهيرة ، دون الأمة . وبقرينة اللام أيضا ، فانها ظاهرة في الملك ، وهو لا يكون إلا في الحرة ، فان الأمة مهرها لسيدها . وحل اللام على الاختصاص بخلاف الظاهر . وناقش أيضا فيما بعده - وكذا في الجواهر - بأنه لا وجه لقياس الوطاء على غيره من الاستمتاع ، لو سلم الحكم في المقيس عليه ، باعتبار عدم عده مالا في الشرع والعرف ، بخلاف الوطاء المقابل به عرفاً وشرعاً . وبشكل : بأن عد الانتفاع بالبضع مالا شرعاً مصادرة ، ومالا عرفاً غير ظاهر ، إذ لا مجال لمقايسة ذلك باستخدام الرجل والمرأة ، فانه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم ، لكونه مالا ويعاوض عليه عند العرف ، بخلاف الاستمتاع الواقعة بين الرجل والمرأة ، فان استمتاع كل منهما بالآخر لا يعد مالا ولا يقابل بالمال ، وليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل في انتفاع الطرف الآخر ، فكما لا يصح للرجل مطالبة المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه ، لا يصح للمرأة مطالبة الرجل ، فان الاستفادة من الطرفين على نحو واحد ، وفي الطرفين لا يعد عرفاً من المنافع المقصودة المعاوض عنها . ولعله يظهر ذلك بأقل تأمل . فالقواعد العامة لا تقتضي ضمان المهر . وما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر ، كما سبق . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس من لزوم المهر للسيد .

وأما الكلام في المقام الثاني : فهو أن الذي يظهر من كلام الشرائع في كتاب الرهن المتقدم عدم استحقاق الأرض على الواطئ . وعن جماعة استحقاقه . واختاره في الرياض حاكياً له عن المقنع والنهاية والقاضي وابن حمزة . واختاره في الجواهر ، وحكاه عن السيد في المدارك ، بل

نسبه الى فتوى المشهور فيمن اشترى أمة ووطأها ثم ظهر أنها مستحقة لغير البائع ، لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها قد دلست نفسها له ، قال : إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد . . (الى أن قال) : وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرآ ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها » (١٥) ، وصحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) : « فيمن أحل جاريتته لأخيه ، قلت : رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضاها ، قال (ع) : لا ينبغي له ذلك . قلت : فإن فعل أيكون زانياً؟ قال (ع) : لا ، ولكن يكون خائناً ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرآ ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها » (٢٥) . وإطلاقها يقتضي عدم الفرق بين العالمة والجاهلة . بل نسب الى ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم الفرق بينهما فيما لو تزوجها لدعواها الحرية فتبين أنها أمة . بل في المسالك عن بعضهم : دعوى لإجماع المسلمين عليه . فإذا لا مجال للتوقف فيه بعد ورود الصحيحين المذكورين به .

ثم إنه قد ادعي اختصاص الصحيح الأول بصورة علم الأمة . لكنه ضعيف ، لأن تدليسها كونها أمة لا يستلزم العلم بجرمة الوطء . وكذلك الصحيح الثاني ، لا يمكن عدم اطلاع المحللة على ما وقع بين مالكتها والمحلل له ، فإطلاقها بالنسبة الى حالتي علم الأمة وجهلها محكم ، نعم يختص الأول بصورة الشبهة في الواطئ ، والثاني بصورة علمه ، فتعميم الحكم لهما في محله . كما أنها يختصان بموردتهما . فالتعدي الى غيرهما غير ظاهر ، إلا من

(١٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العيب والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٥ من ابواب نكاح العيب والاماء حديث : ١ .

(مسألة ١٦) : لا يتعدد المهر بتعدد اللوطاء (١) مع استمرار الاشتباه . نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد .
 (مسألة ١٧) : لا بأس بتزويج المرأة للزانية غير ذات اللبعل للزاني (٢) ،

جهة التعليل بالاستحلال . ولا يخلو من تأمل ، وإن كان هو الاظهر .
 (١) كما استظهره في الجواهر في مبحث بيع الحيوان ، لأنه ظاهر الصحيح الاول .

(٢) كما هو المشهور . وعن الخلاف : الاجماع عليه . لعمومات الحل ، ولعموم : « الحرام لا يحرم الحلال » (١٥) ، وخصوص صحيح عبيد الله ابن علي الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « أيما رجل فجر بامرأة ثم بداله أن يتزوجها حلالاً ، قال (ع) أوله سفاح وآخره نكاح ، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً » (٢٥) ، وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن رجل فجر بامرأة ثم بداله أن يتزوجها ، فقال (ع) : حلال ، أوله سفاح وآخره نكاح ، أوله حرام وآخره حلال » (٣) . ونحوهما غيرهما .

وعن الشيخين وجماعة : المنع إلا مع التوبة . ويشهد لهم جملة من النصوص ، كوثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها ؟ قال (ع) : إن أنس منها رشداً فنعم ، وإلا فليأودها على الحرام ، فإن تابعته فهي عليه حرام ،

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ ، ٥ ، وباب : ٦ حديث :

١٢٠١١٤٩٠٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

وغيره (١) . والأحوط الأولى أن يكون بعد استبراء رحمها

وإن أبت فليتزوجها (١٥) . ونحوه غيره . وفيه - كما في الجواهر - : أنها قاصرة عن ذلك بالشهرة على خلافها . وبموافقتها لابن حنبل ، وقتادة . ويشكل : بأن مخالفتها المشهور في المقام لا يسقطها عن الحجية . وكذلك موافقتها لابن حنبل ، مع أنها مروية عن أبي جعفر وأبي عبد الله (ع) ، وزمانها متقدم على زمان ابن حنبل ، فلا مجال للاتقاء منه . فالجمع بين هذه النصوص وما قبلها بالتقييد متعين ، لو لا ما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع ، وما في صحيح الحلبي المتقدم من التمثيل ، وما ورد من جواز تزويج الزانية - كما سيأتي - من الحمل على التنزيه مخافة اختلاط المياه واشتباه الانساب .

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، للنصوص الكثيرة ، منها صحيح علي بن رثاب المروي في قرب الاسناد ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم ؟ قال (ع) : نعم ، وما يمنعه ؟ ولكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد » (٣٥) ، وخير زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا الثناء عليها في شيء من الفجور ، فقال (ع) : لا بأس بأن يتزوجها ويحصنها » (٣٥) ، ونحوهما غيرهما .

وعن الحلبي ، وظاهر المقنع : الحرمة . للاية الشريفة : (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) (٤٥) ، بدعوى ظهورها في حرمة تزويج الزانية لغير

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٤٥) النور : ٣ .

بحيضة من مائه أو ماء غيره (١) إن لم تكن حاملاً . وأما

الزاني والمشرک ، وحرمة التزويج من الزاني لغير الزانية والمشرکة . وفيه : عدم ظهور كون الآية الشريفة في مقام تشريع التحليل والتحريم ، بل من الجائز كونها في مقام الاخبار ، ويكون المراد من النكاح الوطء إذ لو حمل على تشريع التحليل والتحريم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزاني المشرکة ، وجواز تزويج المشرک الزانية المسلمة ، ولم يقل به أحد ، فلا بد من تنزيلها على غير هذا المعنى ، ولا مجال حينئذ للاستدلال بها على ما نحن فيه . والنصوص الآتية ربما تشير الى ذلك .

(١) كما في موثق اسحاق بن جرير ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « قلت له الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك ؟ قال (ع) : نعم : إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها ، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على تويتها » (١٥) وفيما رواه الحسن بن علي بن شعبة في تحف العقول عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد (ع) : « أنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا أبجل له أن يتزوجها ؟ فقال : يدعها حتى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره ، إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه ، ثم يتزوج بها إن أراد ، فانما مثلها مثل نخلة أكل منها رجل حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالاً » (٢٥) .

وفي المسالك عن التحرير : لزوم العدة على الزانية مع عدم الحمل ، ثم قال : « ولا بأس به حذراً من اختلاط المياه وتشويش الانساب » ، واختاره

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ . لكنه رواه عن اسحاق

ابن حرير .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب العدد حديث : ٢ .

الحامل : فلا حاجة فيها الى الاستبراء (١) ، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل . نعم الاحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا (٢)

في الوسائل ، والحدايق ، للروايتين المذكورتين ، المعتضدين بعموم ما دل على لزوم العدة بالدخول (١٥) ، وقولهم (ع) : « العدة من الماء » (٢٥) . وفي الجواهر لم يستبعد حمل الخبيرين على ضرب من النذب . والعمومات لا مجال للاخذ بها في بعض الموارد لإجماعاً . والاشكال عليه ظاهر ، إذ الأول : لا قرينة عليه والثاني : لا يمنع من الأخذ بالعموم في غير مورد الاجماع . وكان الأولى الاشكال على العمومات بأنها واردة في العدة لغير صاحب الماء ، وقد تقدم أنه يجوز التزويج في عدة نفسه . وأما الخبران : فمخالفتان للمشهور ، فلا مجال للعمل بهما . على أن الثاني منها مرسل . فتأمل . وأما إطلاق ما دل على جواز تزويج الزانية فلا نظر فيه الى المقام . ولو فرض فهو مقيد بما ذكر .

(١) بلا إشكال ظاهر فيه ، ولا خلاف ، لعدم الدليل على لزوم العدة فيها . والنصوص المتقدمة لا تشملها ، بل ظاهرها عدمها .
(٢) فقد ورد في جملة من النصوص تفسير الآية الشريفة بها ، ففي صحيح زرارة قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عزوجل : (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) (٣٥) ، قال (ع) : هن نساء مشهورات بالزنا ، ورجال مشهورون

(١٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب العدد حديث : ٣ . وباب : ٥٤ من ابواب المهور حديث

: ٣ / ٤ / ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب العدد حديث : ٤ . وباب : ١ حديث : ١ وباب : ٥٤

من ابواب المهور حديث : ١ .

(٣٥) النور : ٣ .

إلا بعد ظهور توبتها . بل الاحوط ذلك بالنسبة الى الزاني بها وأحوط من ذلك ترك تزويج للزانية مطلقاً إلا بعد توبتها . ويظهر ذلك بدعائها الى للفجور ، فان أبت ظهر توبتها (١) .
(مسألة ١٨) : لا تحرم للزوجة على زوجها بزناها (٢)

بالزنا ، قد شهروا بالزنا وعرفوا به ، والناس اليوم بذلك المنزل ، فمن أقيم عليه حد الزنا ، أو شهر منهم بالزنا ، لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته ، (١٥) ، ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (٢٥) وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) (٣٥) ، وخبر حكم ابن حكيم عن أبي عبد الله (ع) : « في قول الله عزوجل : (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) قال : إنما ذلك في الجهر ، ثم قال : لو أن إنساناً زنا ثم تاب تزوج حيث شاء ، (٤٥) . وفي رسالة المحكم والمتشابه عن تفسير النعماني : « نزلت هذه الآية في نساء كن بمكة معروفات بالزنا ، منهن سارة ، وخيثة ، ورباب ، حرم الله نكاحهن ، فالآية جارية في كل من كان من النساء مثلهن » (٥٥) . وعن المفيد ، وتلميذه سلا : الحرمة اعتماداً على ما ذكر . لكن عرفت سابقاً أن الآية لا يراد منها التشريع . والاختبار المذكورة تشير الى ذلك ، وأن المقصود منها التبييت والذم لنساء ورجال مشهورين بالزنا مواظبين عليه .

(١) كما تقدم في النصوص .

(٢) على المشهور ، للاصل ، ولما ورد من أن الحرام لا يحرم

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

وإن كانت مصرة على ذلك . ولا يجب عليه أن يطلقها (١) .
(مسألة ١٩) : إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعة
حرمت عليه أبداً (٢) ، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها

الحلال (١٥) ، ولرواية عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) :
« قال : لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني وإن لم يقم عليها
الحد فليس عليه من إثمها شيء » (٢٥) . وعن المفيد وسائر : الحرمة .
وكانه للآية الشريفة ، التي قد عرفت الأشكال في دلالتها على التحريم
ابتداءً ، فضلاً عن الاستدامة . أو لجملة من النصوص الدالة على حرمتها
إذا زنت قبل الدخول ، كخبر الفضل بن يونس : « سألت أبا الحسن
موسى (ع) عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت ، قال (ع) :
يفرق بينهما ، وتحد الحد ، ولا صداق لها » (٣٥) ونحوه غيره (٤٥) .
لكنها أخص من المدعى . ولما لم يقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها .
(١) للأصل ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه ، ولا قائل بوجود الطلاق .
(٢) في كشف الثام : « قطع به الأصحاب إلا المحقق في الشرائع » .
وعن الانتصار . والغنية ، والحلي ، وفخر المحققين : الإجماع عليه ، وفي
الرياض : حكاية الإجماع عليه عن جماعة ، وفي الحدائق : حكاية عن
غير واحد وفي الشرائع : نسبتها إلى قول مشهور . وظاهره التوقف فيه .
وحكى ذلك عن بعض المتأخرين ، لعدم ثبوت الإجماع . وفي المسالك : عدم
تحقق الإجماع على وجه يكون حجة . ثم استدلل له بالأولوية ، لأن العقد

(١٥) راجع الوسائل باب : ٦ من أبواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ١٢٤١١٠٩٠٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢ من أبواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦ من أبواب العيوب حديث : ٢ .

(٤٥) راجع الوسائل باب : ٦ ، ١٧ من أبواب العيوب .

أو طلاقه لها ، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعة . ولا فرق على للظاهر (١) بين كونه حال للزنا علماً بأنها ذات بعل أو لا . كما لا فرق بين كونها حرة أو أمة ، وزوجها حراً أو عبداً ، كبيراً أو صغيراً ، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا ، ولا بين أن يكون ذلك باجراء للعقد عليها وعدمه بعد فرض للعلم بعدم صحة للعقد ، ولا بين أن تكون للزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة . نعم لو كانت هي للزانية وكان للواطئ مشتبهاً فالأقوى عدم الحرمة الابدية (٢) . ولا

على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً فالزنا أولى ، وإذا كان الدخول مع العقد محرماً فالزنا أولى . وتبعه على ذلك غيره . لكن القاطع بالأولوية غير حاصل . فالعمدة ظهور الاجماع . وتوقف المحقق لا يدل على انتفائه ، وإنما يدل على عدم ثبوته عنده .

وقد يستدل بما في الرضوي : « ومن زنا بذات بعل محصناً كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها وأراد الذي زنا بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً » (١٥) . لكن الرضوي غير حجة . وبمجرد الموافقة للشهرة غير جابرة . ونحوه ما عن بعض المتأخرين من أنه قال : « روي أن من زنا بامرأة لها بعل ، أو في عدة رجعية حرمت عليه ، ولم تحل له أبداً » .

(١) لاطلاق معقد الاجماع ، كما نص على ذلك في الجواهر .
(٢) وفي الجواهر : « في الحرمة أبداً لإشكال ، وإن كان ظاهر العبارات عدم شموله ، لاختصاص كلامهم بالزنا ، فلا يشمل الشبهة . لكن يمكن

(١٥) مستدرک الوسائل باب : ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .

يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة ولا المحللة (١) . نعم لو كانت الأمة مزوجة فوطأها سيدها لم يبعد الحرمة الأبديّة عليه (٢) وإن كان لا يخلو عن إشكال (٣) . ولو كان للواطئ مكرهاً على للزنا فالظاهر لحوق الحكم (٤) ، وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً .

(مسألة ٢٠) : اذا زنا بامرأة في العدة للرجعية حرمت عليه أبداً (٥) ، دون البائنة ، وعدة للوفاة (٦) ، وعدة المتعة وللوطء بالشبهة ، والفسخ . ولو شك في كونها في العدة أولاً

استفادته من حكم العقد على ذات البعل ، بناء على الاولوية المزبورة ، وأن حكمها الحرمة أبداً مع علمها دونه بمجرد العقد . وفيه : ما عرفت من الأشكال في الاولوية بأنها غير قطعية .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر ، وغيرها ، لخروجها عن معقد الاجماع ، بل في الجواهر : « لم نجد فيه خلافاً » .

(٢) لأنه زنا بذات بعل ، فيدخل في معقد الاجماع على الحرمة .

(٣) كأنه من جهة احتمال الانصراف .

(٤) لاطلاق معقد الاجماع ، وإن كان يحتمل انصرافه الى الوطء المحرم

بالفعل ، الموجب للعقاب ، وهو منتف مع الاكراه . لكن الانصراف ممنوع .

(٥) لما تقدم في المسألة السابقة من الاجماع ، والمرسل . وتوقف فيه

في الشرائع . لكن لا مجال للتوقف ، كما سبق بعينه .

(٦) لخروجها عن معقد الاجماع . لكن في الرياض : « فيه نظر ،

لجريان بعض ما تقدم هنا ، كالأولوية الواضحة للدلالة في ذات العدة ،

بناء على ما يأتي من حصول التحريم بالعقد عليها فيها مع العلم ، ومع

أو في العدة للرجعية أو البائنة فلا حرمة مادام باقياً على الشك (١) . نعم لو علم كونها في عدة رجعية وشك في انقضائها وعدمه فالظاهر الحرمة (٢) ، وخصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء (٣) . ولا فرق بين أن يكون للزنا في القبل أو الدبر (٤) . وكذا في المسألة السابقة .

(مسألة ٢١) : من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفة (٥) حرمت عليه (٦) أمه أبداً وإن علت ،

الدخول في حال الجهل . لكن عرفت الاشكال في الأولوية .

(١) للأصل المتقضي للبناء ظاهراً على الحل .

(٢) لاستصحاب كونها في العدة .

(٣) لأن اخبارها حجة ، كما سبق .

(٤) للاطلاق .

(٥) كما نص على ذلك في القواعد ، والمسالك ، وجامع المقاصد ، والروضة وغيرها . وفي الرياض : « الاتفاق في الظاهر واقع عليه » . لصدق الايقاب ، وتقبيده بتمام الحشفة في وجوب الغسل لدليله - مثل : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » (١٥) - لا يقتضي التقيد بذلك هنا ، لحرمة القياس . ودعوى الانسباق الى ما يحصل به حرمة المصاهرة في غير المقام ، ممنوعة بنحو يعتد به .

(٦) لإجماعاً ، كما عن الانتصار ، والخلاف . وفي المسالك : « أنه متفق عليه بين الأصحاب » . وفي الرياض : حكايته عن الغنية . والتذكرة ، وشرح النافع للسيد وغيرهم . وفي الجواهر : « هو في أعلى درجات الاستفاضة أو التواتر » . ويشهد له النصوص ، منها صحيح ابن أبي عمير عن بعض

وبنته وإن نزلت (١) ، وأخته ، من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين (٢) . ولا تحرم على الموطوء

أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يعبت بالغلام ، قال (ع) : إذا أوقب حرمت عليه بنته وأخته ، (١٥) ، وموثق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل لعب بغلام هل تحل له أمه ؟ قال (ع) : إن كان ثقب فلا ، (٢٥) . ونحوهما غيرهما .

(١) نص على ذلك في القواعد ، وحكي عن ابن ادريس . وتنتظر فيه في كشف اللثام ، لعدم وضوح عموم الأم للجدة والبنت لبنت البنت . والأصل يقتضي الحل لولا دعوى الاتفاق عليه ، المحكية عن جماعة .

(٢) أما إذا كان الواطء صغيراً : فقد استشكل فيه في القواعد وغيرها ، لاختصاص النصوص بالرجل الذي لا يشمل الصغير ، ولا إجماع على عدم الفصل بينه وبين الكبير ، فيتعين الرجوع فيه إلى أصالة الحل . خلافاً للمحقق والشهيد الثانيين وغيرهما ، فالأقوى عندهم عدم الفرق ، لعدم الفرق في حكم المصاهرة بين البالغ وغيره ، ولصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ ، فيقال : «إنه رجل أوقب» وإن كان إيقابه سابقاً . ولأن التحريم في النص خارج مخرج الغالب . ولكن الجميع غير ظاهر . بل الثاني خلاف الظاهر ، فإن الظاهر من قول القائل : «رجل أوقب» أنه أوقب حال كونه رجلاً ، وكذا كل عنوان أخذ موضوعاً للحكم ، فإن الظاهر منه المقارنة بين الحكم وبين العنوان ، مثل قولنا : «مسافر صلى قصرأ» ، وحاضر صلى تماماً» ، ونحو ذلك . ومن العجيب ما في كشف اللثام فإنه استدل على الحكم بالصحيح والموثق المتقدمين ، ثم ذكر

(١٥) الوسائل باب ١٥٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ١٥٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

أم للواطىء وبنته وأخته على الأقوى (١) . ولو كان الموطوء
خنثى (٢) حرمت أمها وبنتها على للواطىء ، لأنه إما لواط

في وجه الاشكال الذي ذكره في القواعد فقال : « من عموم الخبر الثاني
وهو خيرة التحرير والاصل واختصاص الخبر الاول . . . مع أن الخبر
الثاني أيضا خاص كالأول .

وأما عدم الفرق في الموطوء بين الصغير وغيره : فهو المصرح به
في القواعد وغيرها ، بل قد استظهر من عبارة جامع المقاصد : أنه من معقد
إطباق الاصحاب ، ومن عبارة الروضة : أنه إجماع . وإن كان لا يخلو من
نظر ، لاحتمال رجوع الإجماع في الثاني الى النسب مقابل الرضاع ، ورجوع
الاطباق في الاول الى أصل الحكم . وكيف كان فالعمدة في وجه الاشكال :
أن المذكور في النصوص هو الغلام ، وهو لا يشمل الشيخ والكهل .
فالتعدي الى الرجل يحتاج إما الى فهم المثالية من الغلام ، والمراد مطلق
الذكر ، أو الإجماع على عدم الفصل . لكن كلا من الأمرين معا غير
ظاهر . وإن كان غير بعيد ،

(١) للاصل . وفي كشف اللثام وغيره عن الشيخ أنه حكى عن
بعض الأصحاب التحريم عليه أيضا . ومأخذه غير ظاهر غير احتمال رجوع
الضمير في الاخبار لكل من الفاعل والمفعول . وفيه : أن المسؤول عن
حكمه الواطىء ، فالحكم - وهو التحريم - يكون عليه ، وضمير المخاطب
بالحكم راجع اليه . نعم الضمير الآخر راجع الى الموطوء . فالقول المذكور
ضعيف . ولا سيما بعد دعوى الإجماع على العدم ، كما عن صريح التذكرة
وظاهر الروضة .

(٢) قال في القواعد : « ولو أوقب خنثى مشكل ، او أوقب ،
فالأقرب عدم التحريم » . وعلة في كشف اللثام بالأصل مع الشك في

أو زنا (١) ، وهو محرم إذا كان سابقاً كما مر (٢) . والأحوط
حرمة المذكورات على اللواط وإن كان ذلك بعد للتزويج (٣)

السبب ، ووجه الخلاف الاحتياط ، وتغليب جانب الحرمة ، ثم قال :
« نعم إن كان مفعولاً وكان الايقاب بادخال تمام الحشفة لم يشكل تحريم
الأم والبنت على القول بنشر الزنا الحرمة . وإن كان فاعلاً حرمت عليه
النساء قاطبة ، كما حرم على الرجال ، للاشكال في الذكورية والانوثية :
على أن كلامهم في إرث الخنثى المشكل إذا كان زوجاً أو زوجة يدل على
الاباحة . لكن قد يدفع الاشكال الأول : بأن الكلام بالنظر الى الايقاب ،
والمقصود نفي الحرمة من جهته ، لا من جهة الزنا .

(١) لكن المحرم باللواط بنته التي تتولد من مائه ، والمحرم بالزنا بنت
الموطوءة التي تتولد منها ، فاختلف المفهوم والمصداق ، وحينئذ لا يحصل
العلم بالتحريم إلا مع الابتلاء بالطرفين ، من جهة العلم الاجمالي ، ويكون
التحريم في كل منها عقلياً لا شرعياً .

(٢) بل يأتي في المسألة الثامنة والعشرين من الفصل الآتي .

(٣) كما عن ابن سعيد في الجامع ، بل هو ظاهر جماعة ممن أطلق
التحريم للمذكورات ، المرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله
عليه السلام : « في رجل يأتي أخا امرأته ، فقال : إذا أوقبه فقد حرمت
عليه المرأة » (١٥) ، المعتضد باطلاق نصوص الباب . والمشهور الحل في
الفرض ، بل هو المذكور في كلام جماعة مرسلين له لإرسال المسلمات ، بل
في كلام شيخنا أنه اتفقي لا مخالف فيه فتوى ورواية ، إلا ما يظهر
من المرسل المذكور . ويتعين حمله على كونها امرأته في الحال دون زمان
الأتیان ، وإن كان خلاف الظاهر . والعمدة : أن المرسل المذكور في نفسه

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

خصوصاً إذا طلقها وأراد تزويجها جديداً (١) .

لا دليل على حجيته ، وإن كان المرسل ابن أبي عمير ، كما أشرنا الى ذلك في مبحث النجاسات من هذا الشرح ، فضلاً عن ملاحظة دعوى الاتفاق أو الشهرة العظيمة على خلافه .

(١) أما إذا كان الطلاق بعد وقوع الايقاب : فقد نسب في الجواهر الميل الى عدم الجواز الى بعض الأفاضل ، ولعله السيد في الرياض ، فقد جعل احتمال التحريم أقوى . للاطلاقات المخصص بها الأصل والعموم . لكن في كشف اللثام : الاقرب عدم التحريم . وفي الجواهر : « يقوى الجواز ، الاستصحاب » . وفيه : أن استصحاب الحل الفعلي لا مجال له ، للحرمة بالطلاق . والاستصحاب التعليقي لا يقين سابق بمؤداه ، بل مقتضى استصحاب عدم ترتب الأثر على العقد هو الحرمة . مع أن الاستصحاب لا مجال له مع إطلاق الأدلة . والخروج عنها بالنسبة الى من سبق العقد عليها بعموم : « الحرام لا يحرم الحلال » (١٥) ، يختص بحال العقد ، ولا يشمل ما بعد الطلاق . فالإطلاق بالنسبة اليه محكم . كما ذكر في الرياض . أما إذا كان الطلاق قبل وقوع الايقاب : فالحكم بالعدم فيه أظهر لعدم الحل بحال الايقاب ، فلا يشمل قوله (ع) : « الحرام لا يحرم الحلال » ، فيبقى داخلاً تحت الإطلاق . ولم أجد من تعرض لهذا الفرض إلا شيخنا في رسالة النكاح ، وقد استظهر فيه الحرمة ، لما ذكر . ولم يتعرض للفرض السابق . وبالجملة : المستفاد من النصوص المتضمنة أن الحرام لا يحرم الحلال ، أو لا يفسده ، بعد ضم بعضها الى بعض وملاحظة موارد ما : أن الحرام لا يرفع الحلية ، ولا تدل على أنه لا يدفع الحلية . والفرضان المذكوران من الثاني ، فالمرجع فيها غير النصوص المذكورة .

(١٥) الوسائل باب : ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٢٠١١، ٩٦، ١٢٠١١، ٩٦ .

والأم للرضاعية كالنسبية (١). وكذلك الأخت والبنات. وللظاهر عدم للفرق (٢) في اللوطء بين أن يكون عن علم وعمد واختيار أو مع الاشتباه ، كما إذا تخيله امرأته ، أو كان مكرهاً ، أو كان المباشر للفعل هو المفعول (٣). ولو كان الموطوء ميتاً فقي للتحريم إشكال (٤). ولو شك في تحقق الايقاب وعدمه بنى على لعدم (٥). ولا تحرم من جهة هذا للعمل للشنيع غير الثلاثة المذكورة (٦) ، فلا بأس بنكاح ولد للواطئ ابنة الموطوء

(١) كما عن التحرير. وقواه في الروضة والرياض. وقربه في كشف اللثام. واستظهره في الجواهر. لعموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١٥)، الموجب لثبوت حكم النسب للرضاع. ومن ذلك يظهر ضعف الاشكال في القواعد، للاصل والخروج عن ظاهر نصوص الباب، لاختصاصها بالنسبية لا غير. فان الدليل على الحرمة ليس أدلة الباب، وإنما هو عموم تنزيل الرضاع منزلة النسب.

(٢) للاطلاق، المعتضد باطلاق الفتاوى.

(٣) يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبة الفعل الى الفاعل، وإنما تصح نسبتها الى المفعول، فيخرج عن ظاهر النصوص.

(٤) كما في القواعد. وفي جامع المقاصد: «لم يبعد التحريم، لعموم النص». وفيه: أن الغلام حقيقة في الحي، واطلاقه على الميت مجاز. فعموم النص ممنوع. وعموم الحل يقتضي الجواز.

(٥) لأصالة الدم.

(٦) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر.

أو أخته أو أمه ، وإن كان الأولى للترك في ابنته (١) .

فصل

من المحرمات الأبديّة للتزويج حال الاحرام
لا يجوز للمحرم أن يتزوج (٢) امرأة محرمة

(١) لم يرسل موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) فقال له رجل : ما ترى في شابين كانا مصطحبين ، فولد لهذا غلام وللآخر جارية أينزوج ابن هذا ابنة هذا ؟ فقال (ع) : نعم ، سبحان الله ، لم لا يحل ؟ ! فقال : إنه كان صديقاً له ، قال : وإن كان فلا بأس ، قال : فإنه كان يفعل به ، قال : فأعرض بوجهه ، ثم أجابه وهو متمسك بذراعه ، فقال : إن كان الذي كان منه دون الايقاب فلا بأس أن يتزوج ، وإن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج » (١٥) .
ولأجل إرساله ، وعدم معرفة القائل به ، لا مجال للاعتداد عليه .

فصل

من المحرمات الأبديّة التزويج حال الاحرام

(٢) بلا خلاف ولا إشكال ، وفي الجواهر : أن الاجماع بقسميه عليه . ويشهد له غير واحد من النصوص ، منها ما رواه زرارة بن أعين ، وداد بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) - في حديث - : « قال : والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً » (٢٥) . ونحوه ما رواه

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

أو محملة (١) ، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء للوكيل للعقد حال الاحرام (٢) ، سواء كان للوكيل محرماً أو محلاً ، وكانت للوكالة قبل الاحرام أو حاله (٣) . وكذا لو كان باجازه عقد للفضولي للواقع حال الاحرام ، أو قبله مع كونها حاله بناء على للنقل (٤) ، بل على للكشف الحكمي (٥)

أديم يباع الهروي عن أبي عبد الله (ع) (١٥) . وفي كشف اللثام : والخبر وإن كان ضعيفاً لكن الأصحاب قطعوا بمضمونه ، وحكى عليه الاجماع في الانتصار ، والخلاف ، والغنية .

(١) للاطلاق . وكذا ما بعده .

(٢) يعني : لإحرام الموكل .

(٣) للاطلاق .

(٤) لتحقق التزويج حالها ، وهو حال الاحرام :

(٥) الكشف الحكمي بمعنى أنه حال الاجازة يثبت مضمون العقد ،

ويجب ترتيب أحكام ثبوته من حين العقد ، فالمضمون لما كان على هذا القول ثابتاً حال الاجازة ، وهو حال الاحرام ، كان التزويج حال الاحرام ، فيبطل وإن كانت أحكام المضمون ثابتة من حين العقد . نعم لا مانع من صحة الاجازة بناء على الكشف الانقلابي ، الراجع الى أن زمان الاجازة هو زمان جعل المضمون من حين العقد فالمجبول هو المضمون من حين العقد وإن كان جعله حين الاجازة ، فاذا كان العقد المحاز واقعاً حال الاحلال يكون التزويج واقعاً حينئذ ، فلا مانع منه . اللهم الا أن يدعى أن المستفاد من الأدلة حرمة جعل التزويج حال الاحرام وإن كان زمان المجبول حال الاحلال . ولأجل ذلك قال المصنف (ره) : « بل الأحوط مطلقاً » يعني :

(١٥) أشار الى هذا الحديث في الوسائل باب : ٣١ من أبواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ١ .

بل الأحوط مطلقاً . ولا إشكال في بطلان للنكاح في الصور المذكورة (١) .

حتى على الكشف الحقيقي أو الكشف الانقلابي . واحتمله في الجواهر ، بناء على أنه نوع تعاق بالنكاح ممنوع منه ، كما يشير إليه مرسل أبي شعيرة : « في المحرم يشهد على نكاح المحلين ؟ قال (ع) : لا يشهد . ثم قال : يجوز للمحرم أن يشير بصيد على محل ؟ » (١٥) . ثم قال : « ويحتمل الجواز ، لأنه ليس تزويجاً حال الاحرام بناء على الكشف . والأحوط الأول ، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة » . وكأنه لضعف المرسل المانع من الخروج به عن عموم الصحة أو أصل البراءة . وأما ما سبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية ، كنفس الزوجية . فغير بعيد من النصوص الآتية ، المتضمنة أنه لا يتزوج ولا يزوج غيره ، فإذا منع من أن يزوج غيره فأولى أن يمنع من أن يزوج نفسه .

(١) ادعى عليه الاجماع غير واحد : وتشهد له النصوص كصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « ليس للمحرم أن يتزوج ، ولا يزوج . وإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل » (٢٥) ، وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، قال : « قال أبو عبد الله (ع) : إن رجلاً من الانصار تزوج وهو محرم فأبطل رسول الله (ص) نكاحه » (٣٥) ، ومصحيح معاوية ابن عمار : « قال : المحرم لا يتزوج ، ولا يزوج ، فإن فعل فنكاحه باطل » (٤٥) ، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) « قال : قضى

- (١٥) الوسائل باب : ١ من ابواب ترك الاحرام حديث : ٨ .
 (٢٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب ترك الاحرام حديث : ١ .
 (٣٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب ترك الاحرام حديث : ٤ .
 (٤٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب ترك الاحرام حديث : ٩ .

وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبدأ (١) ،
سواء دخل بها أو لا (٢) . وان كان مع الجهل بها لم تحرم
عليه على الأقوى (٣) ،

أمير المؤمنين (ع) في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحل ففقد
أن يخلي سبيلها ، ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل . فإذا أحل خطبها إن
شاء ، وإن شاء أهلها زوجها ، وإن شاؤا لم يزوجوه (١٥) الى غير
ذلك مما يأتي بعضه .

(١) إجماعاً محكياً عن الانتصار والخلاف والغنية . وعن التذكرة ،
والمنتهى : نسبه الى علمائنا . ويشهد له ما تقدم من روايات زرارة ، وداود
ابن سرحان ، وأديم بياع الهروي ، المعتضدة باطلاق خبر أديم بن الحر
الخراعي عن أبي عبد الله (ع) قال : وإن المحرم إذا تزوج وهو محرم
فرق بينهما ، ولا يتعاودان أبدأ (٢٠) .
(٢) لاطلاق النص والفتوى .

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة ، كما يقتضيه الجمع بين مثل صحيح
محمد بن قيس المتقدم ، وبين خبر أديم بن الحر الخراعي المتقدم ونحوه ،
كخبر إبراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله (ع) (٣٥) ، فيحمل الاول على
صورة الجهل ، والأخيرة على صورة العلم ، بشهادة روايات زرارة ، وداود
ابن سرحان ، وأديم بياع الهروي . ومن ذلك يظهر ضعف القول بالتحريم
الأبدي كما عن الصدوق وسائر ، اعتماداً على إطلاق نصوص التحريم الأبدي ،
لما عرفت من كونها محمولة على صورة العلم جمعاً .

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب تروك الاحرام حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب تروك الاحرام حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب تروك الاحرام حديث : ١ .

دخل بها أو لم يدخل (١) ، لكن للعقد باطل على أي حال (٢) بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وإن كان له العقد محلاً (٣) . ولو كان للزوج محلاً وكانت للزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان للعقد (٤) . لكن هل يوجب الحرمة الأبدية فيه قولان . الأحوط الحرمة (٥) ، بل لا يخلو عن قوة .

(١) كما يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس . وعن الخلاف والكافي والغنية والسرائر والوسيلة : الحرمة أبدأ مع الدخول ، وعن الأول : الاجماع عليه . ودليله غير ظاهر بعدما عرفت . واللاحق بذات العدة لا مجال له ، لأنه قياس باطل . والاجماع الذي ادعاه في الخلاف موهون بمخالفة الأكثر : (٢) لما عرفت .

(٣) لما عرفت من النصوص الصريحة فيه .

(٤) وفي المنتهى : أنه ذهب إليه علماءنا أجمع ، لدخوله في النصوص المتقدمة ، بناء على أن المراد من المحرم الجنس الشامل للمرأة ، أو لقاعدة الاشتراك (٥) كما عن الخلاف ، مستدلاً عليه بالاجماع ، والاحتياط ، والأخبار . وأشكل عليه في محكي الرياض بأن الأخبار لم تقف عليها . ودعوى الوفاق غير واضحة . والاحتياط ليس بحجة .

وفي الجواهر : وقلت : يمكن إثباته بقاعدة الاشتراك . أو بارادة الجنس من الألف واللام في بعض النصوص السابقة . ثم استشكل في الأول : بأن قاعدة الاشتراك تختص بما يصلح وقوعه منها ، والنصوص السابقة دلت على تحريم تزويج المحرم ، بمعنى : اتخاذ زوجته ، وهذا المعنى يختص بالرجال ، فلا تشمله قاعدة الاشتراك . وفي الثاني : بأن الجنسية المرادة من الألف واللام بمعنى الجنسية في المدخول ، والمدخول هو المحرم المختص بالذكر ، والجنس منه لا يشمل الانثى ، وإنما الذي يشملها الجنس من الجامع بين

الذكر والانثى ، وهو غير المدخول .

وحاصل الاشكال الاول : أن مفاد قاعدة الاشتراك تعميم الخطاب المتوجه للرجال الى النساء مع المحافظة على جميع قيوده ، فاذا امتنعت المحافظة على القيود امتنعت قاعدة الاشتراك ، فاذا ورد خطاب : « يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة » المختص بالرجال وجب تعميمه الى النساء ، فكأنه قيل أيضاً : « يا أيها النساء أقمن الصلاة » . وإذا ورد : « يا أيها الرجال أنفقوا على زوجاتكم » لم يصح تعميمه الى النساء بحيث يحكم بمضمون « يا أيها النساء أنفقن على أزواجكن » لاختلاف قيود الموضوع . وكذلك في المقام ، فان مفاد نصوص المقام أنه يحرم على الرجال المحرمين أن يتزوجوا النساء ، فاذا بني على تعميمه الى النساء فلا بد من اختلاف قيود الموضوع ، إذ الموضوع حينئذ يحرم على النساء المحرمات أن يتزوجن الرجال . وحاصل الاشكال الثاني : أن المراد من الجنس إن كان جنس المدخول فهو مختص بالجنس الذكري ، وإن أريد الشامل للذكر والانثى فهو خلاف الظاهر محتاج الى قرينة .

ودفع الاشكال الاول : بأن حرمة التزويج من أحكام نفس الاحرام المشترك بين الرجال والنساء ، راجع الى التمسك باطلاق الدليل ، لاعمل بقاعدة الاشتراك . مع أنه غير ظاهر من عبارة النص بعد البناء على ظهور الحرم في الذكر ، لأنه يكون من أحكام إحرام الذكر ، لا مطابقاً . نعم يندفع بأن التزويج بالمعنى المضاف الى الذكر مضاف الى الأنثى ، وليس هو بمعنى آخر . وحينئذ فاذا كان مطلق التزويج محرماً على الذكر كان ذلك المعنى محرماً على الانثى بقاعدة الاشتراك . ولا مانع من جريانها حينئذ ، نظير : « يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة » ، فان قاعدة الاشتراك تقتضي وجوب الصلاة على الاناث وإن كانت صلاة الاناث تخالف صلاة الذكور ،

ولا فرق في البطلان (١) وللتحريم الابدي بسين أن يكون الاحرام لحج واجب ، أو مندوب ، أو لعمره واجبة أو مددوبة ، ولا في النكاح بين للدوام والمتعة .

(مسألة ١) : لو تزوج في حال الاحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلا عن كونه محرماً أو ناسياً له فلا إشكال في بطلانه (٢) ، لكن في كونه محرماً أبداً إشكال (٣) . والأحوط ذلك .

(مسألة ٢) : لا يلحق وطء زوجته للدائمة أو المتقطعة حال الاحرام بالتزويج في التحريم الأبدي ، فلا يوجب وإن كان مع العلم بالحرمة والعمد (٤) .

(مسألة ٣) : لو تزوج في حال الاحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الاحرام - كتزويج أخت الزوجة أو الخامسة - هل يوجب التحريم أو لا ؟ للظاهر ذلك (٥) ،

لأن الواجب على الذكور طبيعة الصلاة ، فكذا في المقام :

(١) كما صرح به غير واحد . لاطلاق النصوص والفتاوى . وكذا لافرق بين كون الاحرام لنفسه أو غيره .

(٢) لاطلاق النصوص :

(٣) لمنافاة الغفلة والنسيان للعلم بكونه حراماً عليه .

(٤) كما نص على ذلك في الجواهر . وحكى عن بعض الاجماع عليه .

للاصل من غير معارض ، لاختصاص الأدلة المتقدمة بغيره . مضافاً الى عموم عدم تحريم الحرام الحلال .

(٥) تقدم في المسألة الاولى من الفصل السابق الكلام في نظير المسألة :

لصدق للتزويج ، فيشملة الاخبار . نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الاركان بحيث لا يصدق عليه للتزويج لم يوجب .

(مسألة ٤) : لو شك في أن تزويجه هل كان في الاحرام أو قبله بنى على عدم كونه فيه (١) ، بل وكذا لو شك في أنه كان في حال الاحرام أو بعده ، على إشكال (٢) . وحينئذ فلو اختلف للزوجان في وقوعه حاله ، أو حال الاحلال سابقاً أو لاحقاً . قدم قول من يدعي للصحة (٣) ، من غير

وقد تقدم منه (ره) التوقف . وتقدم أن الظاهر عدم التحريم ، لأن الظاهر من التزويج : التزويج الصحيح ، كما يظهر ذلك من ملاحظة باب الشهادة ، والاقرار ، والوصية والنذر ، والوقف ، ونحوها ، فان التزويج في جميع ذلك وغيره يراد منه الصحيح . وأما خبر الحكم بن عيينة : وسألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة في عدتها قال : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبداً ، (١٥) ، فضعيف . مع أنه مجمل من حيث أن السبب في التحريم الأبدي التزويج في حال الاحرام ، أو كونه في العدة ، أو هما . ووارد في مورد خاص لا يمكن استفادة قاعدة منه . فراجع ما سبق .

(١) لأصالة صحة العقد ، المعتضد بأصالة عدم الاحرام في صورة ما إذا كان تاريخ العقد معلوماً وتاريخ الاحرام مجهولاً .

(٢) كأنه لأصالة بقاء الاحرام الى حين العقد . وفيه : أنه لا يطرد في صورة ما إذا كان تاريخ الاحرام معلوماً وتاريخ العقد مجهولاً . مع أن أصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب .

(٣) كما في الشرائع وغيرها ، بل هو المعروف بينهم . لأصالة الصحة

فرق بين جهل للتاريخين أو للعلم بتاريخ أحدهما (١). نعم لو كان محرماً وشك في أنه أحل من إحرامه أم لا ، لا يجوز له

في كل فعل يحتمل فيه الصحة والفساد ، بمعنى لزوم ترتيب آثار الصحة . فانها من القواعد العقلائية ، ولا فرق فيها بين فعل نفسه وفعل غيره ، ولا بين فعل المسلم وغيره . وتشير اليها بعض النصوص . وهي غير حمل فعل المسلم على الصحة التي هي من الأحكام الأدبية الاجتماعية الاستجابية ، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن ، وفعل الغير ، الملحوظ فيها الحمل النفساني فقط ، أعني : الحمل في نفسه على ما لا يكون معصية . ويشهد بها جملة من النصوص . ومن ذلك يظهر ما بين القاعدتين من الاختلاف مفهوماً ، وموردأ ، ودليلاً ، وحكماً .

ولأجل ذلك يشكل ما ذكر في المدارك من النظر أولاً ، بأنها إنما تتم إذا كان المدعي لوقوع الفعل في حال الاحرام عالماً بفساد ذلك ، أما مع اعترافها بالجهل فلا وجه للحمل على الصحة . وثانياً : بأن كلا منها يدعي وصفاً ينكره الآخر ، فتقديم أحدهما يحتاج الى دليل . فان ما ذكره مبني على أن المراد بأصالة الصحة المعنى النفساني ، الذي لا يجري مع الجهل والعدر ، ولا يكون من يوافقه منكرأ وخصمه مدعياً .

(١) فانه إذا جهل تاريخ الاحرام وعلم تاريخ العقد صح جريان اصالة عدم الاحرام الى حين العقد ، فيثبت كون العقد في حال عدم الاحرام ، فيصح ولو لم تجر أصالة الصحة . وإذا انعكس الأمر فاصالة عدم العقد الى حين الاحرام لا يثبت بها وقوع العقد حال الاحرام ، فيتعين الرجوع الى أصالة الصحة . وإذا جهل التاريخان فالمرجع أصالة الصحة ، سواء قلنا بأن مجهولي التاريخ لا يجري الاصل فيها ذاتاً ، أم قلنا بأنه يجري لكن يسقط فيها للمعارضة . فان المرجع أصل الصحة على كل من القولين .

التزويج ، فان تزوج مع ذلك بطل ، وحرمت عليه أبدا ، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الاحرام (١) .

(مسألة ٥) : إذا تزوج حال الاحرام علماً بالحكم والموضوع ، ثم انكشف فساد احرامه ، صح للعقد ولم يوجب الحرمة (٢) . نعم لو كان لإحرامه صحيحاً فأفسده ثم تزوج ففيه وجهان (٣) : من أنه قد فسد . ومن معاملته معاملة للصحيح في جميع أحكامه .

(مسألة ٦) : يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق (٤)

(١) ولا يجري أصل الصحة . لاختصاص جريانه بصورة حدوث الشك بعد العمل ، والمفروض في المقام الشك حال العمل .

(٢) لتبين انتفاء موضوع البطلان والتحریم .

(٣) في الجواهر عن غير واحد التصريح بالحاق الاحرام بعد إفساده بالصحيح . ولعله لمعاملته معاملة الصحيح في جميع الاحكام ، انتهى . أقول : المذكور في كلامهم أن من جامع امرأته في إحرام العمرة قبل السعي فسدت عمرته ، وحكي عليه الاتفاق ، والنصوص به وافرة . ومقتضاه عدم ترتب آثار الاحرام مطلقاً . لكن المصرح به في كلام جماعة وجوب الاتمام . وذلك يدل على عدم البطلان بالمرة . ولعله لبنائهم على استصحاب بقاء الاحرام ، لكنه خلاف ظاهر النصوص المتضمنة للفساد . أو للأمر باتمام الحج والعمرة ، لكنه غير ظاهر ، لاختصاصه بالصحيحين ، فلا يشمل الفاسدين . نعم تشعر بعض النصوص بأن الفساد يراد به الفساد في الجملة . والكلام في ذلك موكول الى محله .

(٤) بلا إشكال ولا خلاف ، كما في الجواهر ، لخروجه عن موضوع

في العودة الرجعية . وكذا تملك الاماء (١) .

(مسألة ٧) : يجوز للمحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد إحلاله (٢) . وكذا يجوز له أن يوكل محرماً في أن يزوجه بعد إحلالها (٣) .

(مسألة ٨) : لو تزوجه فظولي (٤) في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه . وهل له ذلك بعد إحلاله الاحوط للعدم ، ولو على القول بالنقل (٥) . هذا إذا كان

نصوص التحريم ، فيبقى داخل تحت أصالة الحل وعمومه ، مثل قوله تعالى :
(وبعولتهن أحق بردهن) (١٠) .

(١) بلا خلاف أيضاً ، لما ذكر فيما قبله . ويشهد له صحيح سعد ابن سعد الأشعري القمي عن أبي الحسن الرضا (ع) : سألت عن المحرم يشترى الجواري ويبيعهما ؟ قال (ع) : نعم ، (٢٥) .

(٢) بلا إشكال ولا خلاف أيضاً ، لما سبق . وقد صرح به الاصحاب من دون تعرض لشبهة فيه وتأمل .

(٣) لما عرفت . لكن استثنائها بعض من الجواز . ولعله لعدم قابلية المحرم لايقاع الموكل فيه حال التوكيل ، الموجب للمنع من صحة الوكالة . وفيه : أنه لا دليل على منعه ذلك ، وليس المنع الشرعي بأقوى من المنع العقلي ، مع أنه غير مانع عن صحة الوكالة .

(٤) تقدم الكلام فيه في أول الفصل .

(٥) هذا الاحتياط ضعيف إذ على هذا القول يكون التزويج حال الاحلال إنشأاً ومنشأً ، ولا يرتبط بالاحرام . نعم على القول بالكشف

(١٥) البقرة : ٢٢٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب تزويج الاحرام حديث : ١ .

للفضولي محلاً ، والا فعقده باطل (١) لا يقبل الاجازة ولو كان المعقود له محلاً .

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد للطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجية أو الملك سناً أو انتفاعاً (٢) ، بالتحايل ، أو الوطاء شبهة أو زناً ، أو للنظر واللمس في صورة مخصوصة .

الحقيقي يكون التزويج حال الاحرام لإنشاء ومنشأ . وعلى الكشف الانقلابي يكون التزويج حال الاحرام منشأ ، لا إنشاء . وعلى الكشف الحكمي لا يكون التزويج حال الاحرام لا إنشاء ، ولا منشأ ، وإنما محض جعل الاحكام . وتحريم ذلك غير ظاهر .

(١) لما عرفت من النصوص المتضمنة أنه لا يتزوج ولا يزوج . لكن الظاهر جريان أحكام الصور المتقدمة هنا بعينها ، فيصح بناء على النقل والكشف الحكمي ، ولا يصح بناء على الكشف الحقيقي والكشف الانقلابي . ولا فرق بين المسألتين ، كما يظهر بالتأمل .

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

(٢) الذي يظهر من المصاهرة لغة وعرفاً اختصاصها بالزوجية ، كما اعترف به في الجواهر ، وشيخنا الاعظم . ويشير إليه قوله تعالى : (وهو

(مسألة ١) : تحرم زوجة كل من الأب والابن على الآخر (١) ، فصاعداً في الأول ونازلاً في الثاني (٢) ، نسبا

الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً (١٠) . لكن في المسالك عممها لما يحدث بالنظر ، واللمس ، والوطء ، على وجه مخصوص . وأخرج وطء الأمة ، والشبهة ، والزنا ، وأنكر أن تكون الحرمة فيها من باب المصاهرة . وفي الشرائع : « وهي تتحقق مع الوطء الصحيح ، وتشكل مع الزنا ، والوطء بالشبهة ، والنظر ، واللمس » . وكان مراده بالوطء الصحيح الوطء الناشئ عن عقد ولو تحليلاً ، وإلا فالوطء بالشبهة من الوطء الصحيح أيضاً . كما أن مراده بيان مجرد التحقق بالوطء ، لا الحصر به ، وإلا فهي تتحقق بالعقد أيضاً ، كما سيأتي . والمصنف (ره) جعل التحريم في جميع ذلك من باب المصاهرة ، جرياً على ما بنى عليه الاصحاب من ذكر الحرمة في جميع ذلك في باب أحكام المصاهرة . وإلا فقد عرفت معناها لغة وعرفاً . ومن ذلك يظهر أن التفصيل بين الأسباب المذكورة غير ظاهر .

(١) لإجماعا بل لعله ضروري من ضروريات الاسلام . ويشهد به قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) ، وقوله تعالى : (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) (٢٠) .

(٢) لإجماعاً . ويشهد له بعض النصوص ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه قال : لو لم تحرم على الناس أزواج النبي (ص) لقول الله عز وجل : (ما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا تنكحوا أزواجه من بعده أبداً) حرمن على الحسن والحسين بقول الله عز وجل : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) ، ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة

(١٠) الفرقان : ٥٤ .

(٢٠) النساء : ٢٢ ، ٢٣ .

أو رضاعاً (١) ، دواماً أو متعّة (٢) ، بمجرد للعقد وإن لم يكن دخل (٣) . ولا فرق في للزوجين والاب والابن بين الحر والمملوك (٤) .

(مسألة ٢) : لا تحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس (٥) مع عدم للدخول وعدم للمس والنظر . وتحرم مع للدخول (٦)

جده (١*) . وأما قوله تعالى : (الذين من أصلابكم) فالمراد به النسبي ، في مقابل المتبني ، الذي جرت عادة العرب على تسميته ابناً .

(١) لعموم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٢*) :
(٢) للاطلاق .

(٣) إجماعاً . وهو العمدة فيه ، لاحتمال أن يتكون المراد من النكاح في قوله تعالى : (ما نكح آباؤكم) الوطء . نعم حلائل الابناء تشمل المدخول بها وغيرها .

(٤) لاطلاق الادلة .

(٥) كما صرح به جماعة على نحو يظهر أنه من المسلمات ، وفي كشف اللثام : دعوى الانفاق عليه . وعن شرح النافع للسيد : دعوى الاجماع عليه . وكذا في الرياض . وفي الحدائق نفي الخلاف فيه . ويقتضيه الأصل بعد ظهور حصر المحرمات في غيرهما ، وللنصوص الآتية نحوها . ولاحتمال ظهور (ما نكح آباؤكم) وقوله تعالى : (حلائل أبناءكم) في الزوجات .

(٦) إجماعاً من المسلمين ، كما قيل . وقد استدل له بالكتاب ، والسنة . وفيه تأمل ، لما عرفت من التأمل في عموم : (ما نكح آباؤكم) (وحلائل

(١٥) الوسائل باب ٢ : من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ١ : من ابواب ما يحرم من الرضاع .

أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة (١)

ابناتكم) لغير الزوجات (١٠). نعم في خبر موسى بن بكر عن زارة قال :
 قال أبو جعفر (ع) في حديث : إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحل
 تلك الجارية لابنه ولا لأبيه ، (٢٠) .

(١) كما هو المشهور . وحكي عن الصدوق ، والشيخ ، والقاضي ،
 وابني حمزة وزهرة ، وغيرهم . ويشهد له صحيح محمد بن اسماعيل قال :
 سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟
 قال : بشهوة ؟ قلت : نعم . قال ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة . ثم قال
 ابتداء منه : إن جردها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه . قلت :
 إذا نظر إلى جسدها ، قال : إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت
 عليه ، (٣٠) ، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « في
 الرجل تكون عنده جارية بمجردا وينظر إلى جسمها نظر شهوة هل تحل
 لأبيه ؟ وإن فعل أبوه هل تحل لابنه ؟ قال (ع) : إذا نظر إليها نظر
 شهوة ونظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه ، وإن فعل ذلك الابن
 لم تحل للأب » (٤٠) وفي صحيحه الآخر عن أبي عبد الله (ع) : « في
 الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لا يزيد على ذلك ،
 قال (ع) : لا تحل لابنه إذا رأى فرجها » (٥٠) وفي صحيح محمد بن مسلم

(١٥) سيأتي في شرح المسألة الاحدى والاربعين تقريبا دلالة الآية على حرمة الزوجة

وملك اليمين . منه قدس سره .

- (٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .
- (٣٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .
- (٤٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .
- (٥٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه » (١٥) ، ومصحح عبد الرحمن بن الحجاج وحفص بن البخاري ، وعلي بن يقطين قالوا : « سمعنا أبا عبد الله (ع) يقول في الرجل تكون له الجارية أفتحل لابنه ؟ فقال (ع) : ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس » (٢٥) ، ونحوها غيرها .

وفي الشرائع ، وعن الحلبي ، والعلامة في أكثر كتبه ، وغيرهم : الجواز . لموثق علي بن يقطين عن العبد الصالح : « عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لأبيه ؟ قال (ع) : لا بأس » (٣٥) ، وخبر عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبد الله (ع) في حديث قال : « سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها إلى ما يحرم من شهوة فكره أن يمسه ابنه » (٤٥) : بناء على أن الجمع بينها وبين ما سبق بحمله على الكراهة . أو لأجل أن الخبر ظاهر فيها ، وفيه : أن الموثق نسبته إلى الصحيحين الأولين نسبة المطابق إلى المقيد ، فيقيد بها . مضافاً إلى أن الموثق والصحيح الثالث من قبيل المتعارضين ، والجمع بينهما بالتفصيل بين الشهوة وغيرها أقرب إلى الجمع العرفي من الحمل على الكراهة . وأما خبر الكاهلي فالأمر فيه أهون ، لأنه إن كان ظاهراً في الخلل جرى فيه ما جرى في الموثق ، وإن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجية على الجواز . مع أن مورده صورة كون النظر أو اللمس من غير المالك ، وهو غير ما نحن فيه .

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٧٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

وهذا هو العمدة في القول بالتحريم ، لا ما قيل من أن النظر واللمس أقوى من العقد ، فاذا حصل التحريم به حصل بهما ، فان الاولوية غير قطعية ، بل ولا ظنية .

هذا ، وعن المفيد ، والشهيد في اللمعة : حل منظورة الابن على الاب خاصة ، وربما ينسب الى أبي الصلاح وسلاح ، حيث اقتصرنا في التحريم على منظورة الاب خاصة . وليس له وجه ظاهر غير اقتصار بعض نصوص التحريم على منظورة الاب كما تقدم . وهو كما ترى لا يصلح لمعارضة نصوص التحريم فيها معاً ، كما هو ظاهر .

ثم إنه لا إشكال في عدم نشر الحرمة على الاب والابن بالنظر الى الوجه والكفين بغير شهوة ، بل الاجماع بقسميه عليه ، كما في الجواهر . وفي القواعد نفى الخلاف فيه ، ولا يبعد ذلك بالنظر اليهما بشهوة ، وإن حرم على غير المالك . لظهور التجريد والكشف ونحوهما مما ذكر في النصوص في غير ذلك ، كما اعترف به في المسالك والجواهر . بل لا يبعد لذلك عدم شمول التحريم للنظر الى ما يبدو غالباً من الجوارى مثل بعض الرقبة ، وبعض الذراع ، وبعض الساق ، ونحو ذلك ، فلا يكون النظر اليه بشهوة موجباً للتحريم على أب الناظر وابنه ، وإن كان مع التلذذ ، كما مال اليه في الجواهر . والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون التجريد والكشف بداعي التلذذ أو بداع آخر ، فحصل به التلذذ ، لعموم النصوص . ودعوى الانصراف الى الاول غير ظاهرة . ثم إن النصوص المذكورة موردها الجارية المملوكة للناظر واللامس ، ولا يبعد شمول بعضها للمحللة ، فشمول الحكم لهما معاً غير بعيد ، وإن كان ظاهر كلام المصنف وغيره الاختصاص بالأولى . لكن التعميم أقوى . والمعروف كما في الجواهر قصر الحكم على المملوكة ، ولعله يأتي التعرض لغيرها فيما يأتي إن شاء الله .

وكذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة (١)
 (مسألة ٣) : تحرم على الزوج أم للزوجة وإن علت
 نسباً أو رضاعاً (٢) ، مطلقاً (٣) .

(١) يعني : بمجرد التحليل ، بشبهة أن التحليل بمنزلة العقد ، فانها ممنوعة . والنصوص المقتضية للتحريم لا تشملها ، فيتعين الرجوع فيه الى عمومات الحل .

(٢) لعموم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١٥) :
 وتوضيحه يطلب من محله .

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة ، وفي الروضة : « كاد يكون لإجماعاً » . بل عن الغنية والناصرات : الإجماع عليه . لعموم قوله تعالى :
 (وأمهات نسائكم) (٢٥) ، وللنصوص ، ففي رواية إسحاق بن عمار عن
 جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع) في حديث : « قال : والامهات
 مبهات ، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن ، فحرموا وأبهموا ما حرم الله
 تعالى » (٣٥) وفي خبر أبي حمزة المروي عن تفسير العياشي قال : « سألت
 أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل
 تحل له ابنتها ؟ قال : فقال : قد قضى في هذا أمير المؤمنين (ع) لا
 بأس ، إن الله تعالى يقول : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي
 دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) (٤٥) ، ولو تزوج
 الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها . قال : قلت : أليس

(١٥) راجع الوسائل باب : ١ من ابواب ما يحرم من الرضاع .

(٢٥) النساء : ٢٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٤٥) النساء : ٢٣ .

هما سواء ؟ قال : فقال لا ، ليس هذه مثل هذه ، إن الله تعالى يقول :
 (وأمهات نسائكم) ، ولم يستثن في هذه كما اشترط في تلك . هذه هنا
 مبهمة ليس فيها شرط ، وتلك فيها شرط ، (١٥) ، وخبر غياث بن ابراهيم
 عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) : « أن علياً (ع) قال : إذا تزوج الرجل
 المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم ، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن
 يتزوج بالابنة . فإذا تزوج بالابنة فلدخل بها أو لم يدخل بها فقد حرمت
 عليه الام ، وقال : الربائب عليكم حرام كن في الحجر أو لم يكن ، (٢٥) ،
 وموتى أبي بصير قال : « سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن
 يدخل بها ، فقال : يحل له ابنتها ، ولا تحل له أمها ، (٣٥) .

وعن ابن أبي عقيل : اشترط الدخول بالبنت في تحريم الام .
 للاشكال في عموم الآية ، لأن الآية هكذا : (وأمهات نسائكم ، وربائبكم
 اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم
 بهن فلا جناح عليكم) ومن المحتمل رجوع القيد الى الجملتين معا . وفيه :
 أنه خلاف الظاهر ، بل عن بعض : دعوى جمهور العلماء على خلافه ،
 لأن أهل العربية ذهبوا الى أن الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف
 الايمان بوصف واحد ، فلا يجوز « قام زيد وقعد عمرو الظريفان » . مع
 أن القيد المدعى ارجاعه الى الجملتين إن كان المراد به (من نسائكم) ،
 فهو ممتنع ، لأنه إذا رجع الى الربائب كانت (من) ابتدائية ، وإن رجع
 الى (نسائكم) كانت (من) بيانية ، فارجاعه اليها يوجب استعمال كلمة
 (من) في معنيين ، كما ذكره جماعة من المحققين ، ومنهم الزمخشري في

(١٥) الوسائل باب : ٢٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

الكشاف . وإن كان المراد به (اللاتي دخلتم بهن) ، فارجاعه الى الجملتين وإن لم يلزم منه المحذور المذكور ، لكن يلزم من إرجاعه الى الأولى الفصل بين الصفة والموصوف بالأجنبي ، كما ذكر في كشف اللثام ، بل هو لازم على الأول أيضا ، وهو غير جائز . والعمدة في الاشكال على رجوع القيد الى الأول : أنه خلاف الظاهر ، وإلا فاللوازم المذكورة ليست محذورا ، ولا سيما ما ذكر من لزوم استعمال كلمة (من) في معنيين ، فانه مبني على كونها من قبيل المشترك اللفظي ، وهو بعيد جداً .

واستدل لهذا القول بالنصوص ، منها صحيح جميل بن دراج وحامد ابن عثمان عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) : الأم وال بنت سواء إذا لم يدخل بها يعني إذا تزوج المرأة ثم طلقها فانه إن شاء تزوج أمها وإن شاء ابنتها » (١٥) . وفي الفقيه هكذا : « عن جميل بن دراج : أنه سئل أبو عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، هل تحل له ابنتها ؟ قال : الأم وال بنت في هذا سواء إذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى » (٢٥) . وصحيح منصور بن حازم ، قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوج بأمرها ؟ فقال أبو عبد الله (ع) قد فعله رجل منا فلم ير به بأسا . فقلت له : جعلت فداك : ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي (ع) في هذه الشمخية (السجبة خ ل) التي أفتاها (٣٥) ابن مسعود أنه لا بأس بذلك ، ثم أتى علياً فقال له علي (ع) من أين أخذتها ؟ فقال : من قول الله عزوجل : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

(٣٥) هكذا في الوسائل الطبعة الحديثة ، والثابت بقلم الشارح (قدمه) : « أفنى بها » .

دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) . فقال علي (ع) :
 إن هذه مستثناة وهذه مرسله (وأمها نساءكم) ، فقال أبو عبد الله (ع)
 أما تسمع ما يروي هذا عن علي (ع) ؟ فلما قمت ندمت وقلت : أي شيء
 صنعت ؟ يقول هو : قد فعاه رجل منا فلم نر به بأساً ، وأقول أنا : قضى
 علي (ع) ، فلقيته بعد ذلك فقلت : جعلت فداك مسألة الرجل ، إنما كان
 الذي كنت تقول كان زلة مني فما تقول فيها ؟ فقال : يا شيخ تخبرني أن
 علياً قضى فيها وتسالني ما تقول فيها !! (١٥) ، وخبر محمد بن اسحاق
 ابن عمار قال : « قلت له : رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم مات ، أحل
 له أن يتزوج أمها ؟ قال (ع) : سبحان الله كيف يحل له أن يتزوج أمها
 وقد دخل بها ؟ ! قال : قلت له : فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل
 بها تحل له أمها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها ؟ ! (٢٥) .
 وأشكل على الصحيح الاول : بأن قوله : « يعني . . . » لم يعلم أنه من
 كلام الامام (ع) . وما قبله لا يخلو من إجمال ، لعدم وضوح ما به المساواة .
 وفيه : أن ذلك خلاف الظاهر . ولو سلم فالقربة الخارجية دالة على إرادة
 المساواة في التحريم الأبدي . مع أن المتن الذي رواه الصدوق كافٍ في
 الحجية . وعن الشيخ أنه أشكل على الصحيح المذكور : بأن الأصل فيه جميل
 وحماد ، وهما تارة يرويانه عن أبي عبد الله (ع) بلا واسطة ، وأخرى
 يرويانه عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، ثم إن جملة تارة يرويه مرسلًا

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ . ولم يثبت الحديث بتأمة
 المذكور وإنما ذكر تنمة المعلق عليها في الطبعة الحديثة . وقد ذكره في الكافي الجزء : ٥ صفحة :
 ٤٢٢ الطبعة الحديثة ، وفي التهذيب الجزء : ٧ صفحة - ٢٧٤ الطبعة الحديثة ، وفي الاستبصار
 الجزء : ٣ صفحة : ١٥٧ الطبعة الحديثة .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥

وكذا بنتها (١) وإن نزلت (٢)

عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) . وهذا الاضطراب في الحديث مما يضعف الاحتجاج به . وهذا الاشكال غير ظاهر ، ومن الجائز وقوع ذلك كله ، ولا محذور فيه . ومثله إشكاله على جميع النصوص المذكورة بأنها مخالفة لكتاب الله تعالى ، والاخبار المخالفة لها موافقة له ، فتكون أرجح . فان ذلك إنما يتم بعد تعذر الجمع العرفي بين النصوص ، وهو ممكن بحمل المنع مع عدم الدخول على الكراهة ، ونتيجة ذلك تقييد إطلاق الكتاب بالحمل على صورة الدخول . ومثل ذلك حمل نصوص الجواز على التقية . فانه إنما يكون بعد تعذر الجمع العرفي . مضافا الى أن المشهور بين علماء المخالفين عدم اعتبار الدخول في المنع . وفي المسالك حكاية ذلك عن أكثر علماء الاسلام . فتأمل .

فاذا العمدة في وجه الأخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم عليه بيننا ، بنحو لا يقدح في حججه خلاف ابن أبي عقيل ممن تفرد بمخالفة المشهور والمسلمات ، الموجب لسقوط النصوص عن الحجية .

(١) بلا خلاف ، بل هو ضروري ، للآية الشريفة ، وهي قوله تعالى : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) (١٠) .

(٢) كما صرح بذلك في مجمع البيان ، والقواعد ، والتحرير ، وكنز العرفان ، واللمعة ، والروضة ، وكشف اللثام ، وآيات الأحكام للجزائري ، والجواهر ، وغيرها . وفي بعضها التصريح بعدم الفرق بين بنت الابن وبنت البنت ، قال في المستند : «فروع : الأول : حكم بنت البنت وبنت الابن فنازلا حكم البنت بالاجماع ، وإن لم يستنبط من الاخبار . لكن في آيات

بشرط للدخول بالأم (١) ، سواء كانت في حجره أم لا (٢) وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته . وكذا تحرم أم

الاحكام : « يعلم الحكم من النصوص والاجماع » . بل في التذكرة استدل بعموم الآية . ولا يخلو من إشكال أو منع . نعم لا تبعد دعوى دلالة النصوص المشتملة على التعبير بالبنت ، لقرب عمومها للبنت بواسطة . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في المستند .

(١) لإجماعاً . ويقتضيه نص الكتاب ، وصريح السنة . وسيأتي في المسألة السابعة والثلاثين الكلام في تحريم البنت بالنظر الى أمها ولمسها .

(٢) بلا خلاف فيه . وفي التذكرة : « سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره عند جميع العلماء . وقال داود : إنما تحرم عليه إذا كانت في حجره وكفالته ، فاما إذا لم تكن في حجره وكفالته فانها لا تحرم وإن دخل بامها . وهو رواية عن مالك » ، وفي المسالك : « أجمع علماء الاسلام إلا من شذ منهم على أن هذا الوصف غير معتبر ، وإنما جرى على الغالب » وفي الحدائق : « وقع الاتفاق نصاً وفتوى على أن هذا الوصف غير معتبر » .

ويشهد لما ذكر خبر إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه : « إن علياً كان يقول : الربائب عليكم حرام من الامهات اللاتي قد دخل بهن ، هن في الحجور وغير الحجور سواء . والامهات مبهمات » (٢٥) ونحوه خبر غياث بن ابراهيم (٢٥) ، ومرسل الفقيه (٣٥) . نعم في خبر محمد بن عبدالله بن جعفر المروي في الاحتجاج عن صاحب الزمان (ع) : « انه

(١٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

المملوكة الموطوءة على للواطئ وإن علت مطلقاً ، وبنيتها (١).

كتب اليه : هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته ؟ فقال (ع) : إن كانت ربيبة في حجره فلا يجوز . وإن لم تكن ربيبة في حجره وكانت أمها في غير حباله فقد روي أنه جائز ، (١٠) . ولكن لا مجال للأخذ به مع ما هو عليه من ضعف السند ، والدلالة ، والمخالفة لما عليه الاصحاب .
 (١) إجماعاً محققاً . والنصوص به وافية ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتها ، فباعها ، فاعتقت ، وتزوجت فولدت ابنة ، هل تصلح انتنها لمولاها الأول ؟ قال : هي عليه حرام ، وهي ابنته . والحرة والمملوكة في هذا سواء » (٢٥) ، وصحيح الحسين بن سعيد قال : « كتبت الى أبي الحسن (ع) : رجل له أمة يطؤها ، فماتت أو باعها ، ثم أصاب بعد ذلك أمها ، هل له أن ينكحها ؟ فكتب (ع) : لا تحل له » (٣٥) ، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) : « في رجل كانت له جارية فوطأها ، ثم اشترى أمها أو بنتها ، قال (ع) : لا تحل له » (٤٥) ، وفي رواية رزين ببيع الانمط عن أبي جعفر (ع) : « في رجل كانت له جارية فوطأها ، ثم اشترى أمها وبنيتها ، قال (ع) : لا تحل له الأم والبنت » (٥٥) ونحوها غيرها .
 نعم يعارضها جملة أخرى ، منها خبر رزين ببيع الانمط عن أبي جعفر (ع) قال : « قلت له : تكون عندي الأمة فأطأها ، ثم تموت أو

(١٥) الوسائل باب : ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ . مع اختلاف في متن الرواية

(٣٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .

(٥٥) الوسائل باب : ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٤ .

(مسألة ٤) : لا فرق في للدخول بين للقبيل والدبر (١) ويكفي الحشفة أو مقدارها (٢) .

تخرج عن ملكي فأصيب ابنتها ، أيحل لي أن أطأها ؟ قال (ع) : نعم لا بأس به ، وإنما حرم ذلك من الحرائر ، فاما الاماء فلا بأس به (١٠) ، وخبر الفضيل بن يسار وربيعي بن عبد الله قال : « سألنا أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت له مملوكة يطؤها فإنت ، ثم أصاب بعد أمها ، قال (ع) : لا بأس ، ليست بمنزلة الحرة » (٢٠) . لكن لا مجال للعمل بها بعد دعوى الاجماع على خلافها .

(١) كما نص عليه غير واحد على نحو يظهر أنه من المسامات . نعم في القواعد : « والأقرب مساواة الوطاء في الفرجين » وفي كشف اللثام : « ويحتمل العدم . لتبادر القبل ، وانتفاء الاحصان في الدبر . وفيه : منع التبادر . وأن الاحصان ليس منوطاً بالدخول » . وبالجملة : ليس ما يوجب رفع اليد عن الاطلاق .

(٢) لا إشكال في ذلك ، ولا خلاف . وبقتضيه إطلاق الأدلة . بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة ، لصدق الدخول معه ، كما تقدم في حكم من لاط بغلام . لكن ظاهرهم الاجماع على عدم الاكتفاء به هنا . وكانهم أخذوه مما ورد من النصوص في اشتراط العدة ، والمهر ، والغسل بالتقاء الختانين (٣٠) . لكن دلالتها على المقام غير ظاهرة . فالعمدة الاجماع إن تم .

(١٥) الوسائل باب : ٢١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٥ .

(٣٥) راجع الوسائل باب : ٦ من ابواب الجنابة ، وباب : ٥٤ من ابواب المهور .

ولا يكفي الانزال على فرجها من غير دخول (١) وإن حبلى به (٢) . وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو للنوم اختياراً (٣) أو جبراً منه أو منها (٤) .

(مسألة ٥) : لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل (٥) ، وإن لم تكن

(١) لخروجه عن موضع الأدلة ، فيرجع فيه الى أصالة الحل .
(٢) ونسب اليه الحمل ، فيكون ولدأ ، كما في الدخول ، على ما في النصوص (١٥) .

(٣) كما نص على ذلك في كشف اللثام . وكان وجه الاشكال : أن الخطاب في الآية الشريفة للمكافئين ، فالدخول متعاقب بهم ، فلا يشمل دخول غيرهم . وفيه : أن الدخول مطلق لا يختص بحال التكليف .

(٤) عن الابيضاح أنه نفى احتمال الخلاف في جانب الموطوءة .
(٥) كما في الشرائع وغيرها ، بل إجماعاً ، كما في الرياض ، لحرمة التصرف في ملك الغير بغير إذنه . وللنصوص الآتية . نعم في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « قال : في كتاب علي (ع) إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً ، ويأخذ الوالد من مال ولده ما شاء ، وله أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها . وذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، (٢٥) . وظاهره جواز الوطء من غير تقويم ، وإن كان الولد كبيراً . ولا بد حينئذ من تأويله ، أو طرحه .

(١٥) راجع الوسائل باب : ١٦ من أبواب احكام الاولاد .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٦ . لكن ذكره من دون الدليل وهو : « وذكر أن رسول الله ... » نعم رواه مع الذيل في ضمن حديث عن أبي عبد الله (ع) في باب : ٧٨ من أبواب ما يكتسب به حديث : ١ ، مع خلاف يسير في متن الحديثين .

مدخولة له ، وإلا كان زانياً (١) .

(مسألة ٦) : يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه للصغير

على نفسه ووطؤها (٢) .

وقد تعرضنا لذلك في شرح المسألة الثامنة والخمسين من فصل شرائط وجوب حجة الاسلام .

(١) بلا خلاف ، ولا إشكال ، كما في الجواهر ، لأنه وطء غير

مستحق من دون شبهة .

(٢) بلا خلاف ظاهر ، كما في الرياض . بل الاجماع بقسميه عليه ،

كما في الجواهر ، للنصوص ، منها صحيح الكناي عن أبي عبد الله (ع) :

« عن رجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار ، هل يصلح له أن يطأها ؟ فقال (ع) : يقومها قيمة عدل ثم يأخذها ، ويكون لولده عليه

ثمنها ، (١٥) ونحوه خبر داود بن سرحان عنه (ع) (٢٥) وفي صحيح محمد ابن اسماعيل قال : « كتبت الى أبي الحسن (ع) في جارية لابن لي صغير ،

يجوز لي أن أطأها ؟ فكتب : لا ، حتى تخلصها ، (٣٥) . وفي صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن موسى قال : « قلت له : الرجل

يكون لابنه جارية أله أن يطأها ؟ قال : يقومها على نفسه ويشهد على نفسه بثمنها أحب الي ، (٤٥) . وفي خبر الحسن بن صدقة قال : « سألت

أبا الحسن (ع) فقلت له : إن بعض أصحابنا روى أن للرجل أن ينكح جارية ابنه وجارية بنته ، ولي ابنة وابن ، ولا بنتي جارية اشتريتها لها من

صداقها ، أفيجل لي أن أطأها ؟ فقال (ع) : لا ، إلا باذنها . فقال الحسن بن الجهم : أليس قد جاء أن هذا جائز ؟ قال (ع) : نعم ذلك

(١٥) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ . .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

ج ١٤ (الحاق الجد بالاب في تقويم مملوكة ابنه الصغير على نفسه) ١٩٣ -

وللظاهر إلحاق الجد بالاب (١) ، وللبنت بالابن (٢) وإن كان الاحوط خلافه . ولا يعتبر إجراء صيغة للبيع (٣)

إذا كان هو سببه . ثم التفت إلي وأومى نحووي بالسبابة ، فقال : إذا اشترت أنت لابنتك جارية أو لابنك وكان الابن صغيراً ولم يطأها حل لك أن تقبضها فتنكحها . وإلا فلا إلا باذنها (١٠) . وكان المراد صورة ما إذا لم تدخل في ملك الابن والبنت ، وإنما كان من الوالد مجرد التحليل والعارية . وفي صحيح الحسن بن محبوب قال : « كتبت الى أبي الحسن الرضا (ع) : اني كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجتها ، فلم تزل عندها وفي بيت زوجها حتى مات زوجها ، فرجعت إلي هي والجارية ، أفيجل لي أن أطأ الجارية ؟ قال : قومها قيمة عادلة ، وأشهد على ذلك ، ثم إن شئت تطأها (٢٠) . وظاهره جواز التقويم في الكبير أيضاً . اللهم إلا أن يحمل على صورة ما إذا كانت البنت قد فوضت الى الأب جميع شؤونها .

(١) كما نص على ذلك غير واحد ، منهم جامع المقاصد . وقواه في الجواهر ، للقطع باتحاد الجميع . لكنه غير ظاهر . قال في الرياض : « وفي تعدية الحكم الى الجد إشكال ، من اختصاص النصوص بالأب ، ومن اتحاد المعنى . وهو أقوى » .

(٢) يظهر من الرياض اختصاص الاشكال في الجد دون البنت . وكان الوجه فيه . إطلاق صحيح الكناني المتقدم ، فان الولد شامل للبنت . (٣) قال في جامع المقاصد : « ولا يكفي مجرد التقويم قطعاً ، إذ لا ينتقل الملك إلا بسبب ناقل ، وقبل الانتقال لا يجوز التصرف ، ولا

(١٠) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والامهات حديث : ٥ .

(٢٠) الوسائل باب : ٧٩ من ابواب ما يكتسب به حديث : ١ .

ونحوه ، وإن كان أحوط . وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبي (١)
نعم يعتبر عدم المفسدة (٢) . وكذا لا يعتبر الملاءة في الأب (٣)
وإن كان أحوط .

(مسألة ٧) : إذا زنا الابن بمملوكة الأب حد (٤) .

وأما إذا زنا الأب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه (٥)

أثر للتقويم بدون العقد المملك . ولا خلاف في شيء من هذه الأحكام ،
وفي الجواهر : « عن غير واحد من الاصحاب التصريح بذلك . لأصالة
عدم دخولها في الملك إلا بالمملك الشرعي » .

أقول : الذي يظهر من التقويم في النص والفتوى هو إيقاع المعاوضة
عليه بالقيمة في ذمته والالتزام بذلك في نفسه ، فيكون إيقاعاً لا عقداً ،
ونفسياً مجتأً بلا مظهر له من قول أو فعل . وبذلك يفترق أيضاً عن اقتراض
القيمي ، فإنه أيضاً مشتمل على الإيجاب والقبول ، وله مظهر من قول أو
فعل ، بخلاف المقام كما عرفت . ولا مانع عن الأخذ بظاهر النص المعتضد
بالفتوى . إلا أن يكون إجماع ، كما يظهر من جامع المقاصد . ولكنه غير ثابت .
(١) كما يقتضيه إطلاق النص ، خلافاً لآخريين فاشتروطها ، كما في

الرياض . والإطلاق يردهم .

(٢) إجماعاً كما في الرياض . وبه ترفع اليد عن إطلاق النصوص .

(٣) كما نص على ذلك في المسالك وجامع المقاصد ، للإطلاق . وكان
وجه الإشكال ما دل على اعتبار الملاءة في الاتجار بمال البيتيم . لكنه غير
ما نحن فيه .

(٤) بلا إشكال ولا خلاف ، لعموم أدلة الحد .

(٥) كما في الشرائع ، والتذكرة ، والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك
وغيرها . وفي جامع المقصد : أنه لا خلاف في ذلك . وفي الجواهر : « لا

وفيه إشكال (١) .

(مسألة ٨) : إذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم
يحد (٢) ، ولكن عليه مهر المثل (٣) . ولو حبلت فإن كان

أجد فيه خلافاً .

(١) لعدم وضوح ما يستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد . وما
في جامع المقاصد من تعليقه بأن الأب لما كان أصلاً في وجود الابن أثبت
له الشارع هذه المزية ونحوها ، ونحوه ما في كشف اللثام وغيره . غير ظاهر .
نعم في المسالك قال : « والفرق بين الاب والابن بعد النص أن الأب أصل
له فلا يناسبه إثبات العقوبة عليه ، بخلاف العكس » . وظاهره وجود النص
الفارق ، ولم أعثر عليه ، ولا على من أشار إليه سواء . ولعله أراد به
ما ذكره في جامع المقاصد بقوله : « وقوله (ع) : أنت ومالك لأبيك
إيماء الى ذلك » (١٥) . وفيه : أن الظاهر منه كونه حكماً أدبياً ، كما
تقتضيه قرينة السياق ، فإن الولد حر لا مملوك لوالده ولا لغيره . ولأجل
ذلك يكون الإشكال في محله . إلا أن يتم لإجماع عليه . لكن في المسالك
في أواخر حد السارق في شرح المسألة الرابعة ما يظهر منه المفروغية عن
ثبوت الحد في المقام ، حيث قال في الفرق بين الزنا والسرقة : « ألا ترى
أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع وإذا زنى بجاريته يحد » . لكن ذلك منه
ينافي ما ذكره هو وغيره هنا ونفى الخلاف فيه . فلا بد أن يحمل على بعض
الوجوه ، ويكون العمل على ما ذكره هنا .

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٣) لما استحل من فرجها .

للوطيء هو الابن عتق للولد قهراً مطلقاً (١). وإن كان الاب لم ينعنق (٢) إلا إذا كان أنثى . نعم يجب على الأب فكه (٣) إن كان ذكراً .

(مسألة ٩) : لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على للعمة والخالة إلا باذنها (٤) ،

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، وغيرها . لأنه لو بقي رقاً كان ملكاً للمالك الأمة ، وهو جده ، والرجل لا يملك ولده وإن نزل ذكراً كان أم أنثى .
(٢) كما نص عليه الجماعة . لأنه لو بقي رقاً كان ملكاً للمالك الأمة ، وهو أخوه ، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه . نعم إذا كان الولد أنثى انعتق قهراً ، لأن الرجل كما لا يملك عموديه لا يملك محارمه ، ومنها الأخت ، فلما لم يمكن أن يكون مملوكاً للمالك الأمة إنعتق قهراً أيضاً .
ثم إنه يأتي من المصنف (ره) في نكاح الاماء تبعية الولد لأشرف الأبوين كما هو مذهب جماعة . وعليه يكون الولد حراً لا رقاً ، فيكون ما ذكره هنا منافياً لما يذكره فيما يأتي من نكاح الاماء . ولعل المراد من الحكم بالرقية : الرقية من حيث النسب ، بمعنى أن النسب لا يقتضي الحرية لا الرقية مطلقاً . وسيأتي إن شاء الله وجه الجمع بين الكلامين . فانتظر .
(٣) كما صرح به الجماعة للنصوص الدالة على ذلك ، الآتية في مبحث نكاح الاماء . ويتعين كون المراد منه بناء على الحرية : أن الأب ضامن لقبته ، لا أنه رق يجب على الأب شراؤه .

(٤) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه . كذا في الجواهر . ويشهد له النصوص الكثيرة ، منها موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا تتزوج ابنة الأخ ولا

ابنة الأخت على العمة ولا على الخالة إلا باذنها ، وتزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الأخت بغير إذنها » (١٠) ، وخبر أبي عبيدة الخذاء قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا باذن العمة والخالة » (٢٥) ، ونحوهما غيرهما .

وعن الاسكافي والعماني : الجواز مطلقاً . وفي المسالك ناقش في صحة النسبة . وعلى تقديرها فكأنه لعمومات الحل ، وخبر علي بن جعفر (ع) المروي في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال : « سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها ؟ قال (ع) : لا بأس » (٣٥) . ومثله خبره المروي في قرب الاسناد (٤٥) . وفيه : أن العموم مخصص ، والخبر مقيد بما ذكر .

ومثله ما في المقنع من المنع مطلقاً قال : « ولا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة اختها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على أختها من الرضاة » . وكأنه لاطلاق بعض النصوص ، مثل صحيح أبي عبيدة قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على اختها من الرضاة » (٥٥) . ونحوه غيره . لكن الجميع مقيد بما ذكر ، ومحمول على صورة عدم الاذن . وبالجملة : النصوص طوائف ثلاث : مانعة مطلقاً ، ومجوزة مطلقاً ، ومفصلة بين الاذن وعدمه : والمقنع اعتمد على الأولى لا غير . والقديمان اعتمدا على الثانية . والمشهور

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الثاني للحديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الأول للحديث : ٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .

من غير فرق بين للدوام والانقطاع (١) ، ولا بين علم للعممة والخالة وجهلها . ويجوز للعكس (٢) ، وإن كانت للعممة والخالة جاهلتين بالحال على الأقوى (٣) .

اعتمدوا على الجميع بعد الجمع بينها بحمل الأولتين على الأخيرة حملاً للمطابق على المقيد .

(١) لاطلاق الأدلة فيه ، وفيما بعده .

(٢) على المشهور شهرة عظيمة ، وعن التذكرة : الاجماع عليه ، للنصوص التي تقدم بعضها . وفي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « قال : تزوج الخالة والعممة على بنت الاخ وأبنة الاخت بغير إذنهما » (١٥) ، وصحيح ابن مسلم المروي عن نواذر ابن عيسى عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا تنكح ابنة الاخت على خالتها ، وتنكح الخالة على ابنة أخيها . ولا تنكح ابنة الاخ على عمتها ، وتنكح العممة على ابنة أخيها » (٢٥) ونحوهما غيرهما . وتقدم عن المقنع المنع مطلقاً . وكانه لاطلاق خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » (٣٥) . لكنه مقيد بما سبق .

(٣) وهو المشهور : وفي المسالك : « يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته ، وإلا لم يصح » . ولم يعلم له وجه ظاهر . وفي الجواهر : « لعله أخذه مما تسمعه في نكاح الحرة على الأمة ، بناء على اشتراك المسألتين في كيفية دلالة الدليل ، وفي حكمة الحكم ، وهي الاحترام ، إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن في الجواز والصحة ، وإنما تتسلط هي على الخيار » .

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

ويحتمل أن يكون الوجه فيه : خبر محمد بن مسلم عن الباقر (ع) : « لا تزوج الخالة والعممة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير إذنها » (١٥) ، كما ذكره بعض ، بناء على رجوع الضمير الى العممة والخالة ، وفيه : أن المضبوط روايته : « تزوج الخالة والعممة . . . » وقد رواه في المسالك كذلك . مع أن الظاهر رجوع الضمير الى المدخول عليهما . وحينئذ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العممة والخالة على ابنة الأخ والأخت وبين العكس ، كحديث علي بن جعفر الذي رواه في المسالك قال : « تزوج العممة والخالة على ابنة الأخ والأخت ، ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العممة والخالة إلا برضا منها ، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل » (٢٥) . وكذا غيره من الأخبار المفصلة ، فإن الجمع بينهما يقتضي الجواز على كراهية . ومن العجيب ما في الرياض حيث قال : « لا فرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا ، وفاقاً للاكثر ، للأصل ، وإطلاق النصوص . وعن العلامة : اشتراط العلم . ومستنده غير واضح . والنصوص باعتبار إذنها المختصة بالصورة الاولى » . وظاهر الصورة الاولى صورة علم الداخلة ، فيكون عكس ما ذكر في المسالك . ولا يخفى ما فيه أولاً : من عدم الوقوف على هذه النصوص ، وثانياً : أنه مناف لما ذكره من إطلاق النصوص ، وثالثاً : أنه لا معنى لاعتبار اذن الداخلة مع علمها ، فإن دخولها مع العلم لإذن ، فلا معنى لاعتبار الاذن حينئذ . والمظنون أن أصل العبارة « بالصورة الثانية » الآتية في كلام مصنفه ، وهي صورة دخول بنت الأخ او الأخت على العممة والخالة . هذا وفي القواعد : « والأقرب أن للعممة والخالة فسخ عقدهما لو

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(مسألة ١٠) : للظاهر عدم الفرق (١) بين للصغيرتين
 وللكبيرتين والمختلفتين ، ولا بين اطلاع للعمة والحالة على
 ذلك وعدم إطلاعها ابداً ، ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة
 ولو ساعة أو طويلة ، على إشكال في بعض هذه للصور ،
 لا يمكن دعوى انصراف الاخبار (٢) .
 (مسألة ١١) : للظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم
 سبق للعمة والحالة (٣) .

جهلتا لا المدخول عليها . ووجهه في كشف اللثام بعدم الفرق في الاحترام
 بين التقدم والتأخر ، والخبر أبي الصباح . وفيه : أن مقتضى الاحترام
 البطلان - كما ذكر في المسالك - لا الصحة والتسلط على الفسخ . ولو سلم
 فالتعدي الى الفرض غير ظاهر ، لا اختصاصه بما إذا كان المدخول عليها
 العمه ، والفرق بين الداخلة والمدخول عليها في الاحترام وعدمه ظاهر عرفاً .
 وأما الخبر : فقد عرفت أنه مقيد بما سبق . وبالجملة : مقتضى القواعد
 الأولية صحة العقد ولزومه وليس ما يدل على البطلان أو الخيار فيتعين
 العمل بها .

(١) للاطلاق .

(٢) لكنه بدوي لا يعول عليه في رفع اليد عن الاطلاق .

(٣) النصوص الواردة في الباب كلها يتضمن إدخال بنت الأخ والأخت ،
 عدا رواية أبي الصباح (١٥) المتضمنة للمنع عن الجمع بين العمه وابنة الأخ
 والحالة وبنت الأخت ، ومثلها النبوي (٢٥) ، وهما شاملان للمقام . لكنها
 مرميان بالضعف ، وظاهرهما المنع من مطلق الجمع كما هو منهب المخالفين ،

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٢٥) مستدرک الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

- (مسألة ١٢) : لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين (١).
 (مسألة ١٣) : لا فرق في للعمه والخالة بين للدنيا منهما وللعليا (٢).
 (مسألة ١٤) : في كفاية الرضا للباطني منها من دون إظهاره، وعدمها وكون للإلزام إظهاره بالاذن قولاً أو فعلاً وجهان (٣).

فالاتحاد عليهما في ذلك غير ظاهر . وكأنه لذلك قال في الجواهر : وقد يقال : إن مقتضى ما ذكرنا جواز الجمع بينهما بعقد واحد بغير إذن منها ، لاختصاص النصوص باعتبار الإذن لهما في صورة إدخالها على العمه والخالة . اللهم إلا أن يستفاد حكم ذلك مما تسمعه في الجمع بين الحره والأمة بعقد واحد ، بناء على اتحادهما في كيفية دلالة الدليل ، وقد ورد الخبر الصحيح هناك بصحة عقد الحره دون الأمة ، أي مع عدم الإذن . فلاحظ وتأمل جيداً . أقول : الوجه الثاني أضعف مما قبله ، لأنه أشبه بالقياس .

- (١) لاطلاق الأدلة . اللهم إلا أن يقال : الاحترام المعلل به المنع في النصوص (١٠) لا يقتضي المنع في صورة كون العمه أو الخالة كافرة .
 (٢) كما عن المبسوط : الجزم به . واختاره جماعة . وقواه في الجواهر : واستشكل فيه في القواعد وغيرها ، للاشتراك في العلة ، واحتمال صدق العمه والخالة وبنات الأخ والأخت . ولزوم الاقتصار على المتيقن في الخروج عن عموم الحل . لكن الأول أقرب .

(٣) المذكور في أكثر النصوص اعتبار الإذن ، وفي خبر علي بن جعفر (ع) اعتبار الرضا . والجمع العرفي يمكن أن يكون بالثقيد ، فلا بد من الرضا والاذن معاً . ويمكن أن يكون يجعل الإذن طريقاً الى الرضا ، فيكون الشرط الرضا لا غير . والثاني أقرب ، فيكون الرضا هو الشرط والاذن طريق إليه ، فإذا حصل الرضا صح العقد واقعاً ، وإذا علم الرضا

(مسألة ١٥) : إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن للسابق (١) .
 (مسألة ١٦) : إذا رجعت عن الاذن بعد للعقد لم يؤثر في البطلان (٢) .

(مسألة ١٧) : للظاهر كفاية إذنها وإن كان عن غرور (٣) ، بأن وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده ، سواء كان بانياً على اللوفاء حين للعقد أم لا . نعم لو قيدت الاذن باعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط كشف عن بطلان الاذن والعقد (٤) ، وإن كان حين للعقد بانياً على العمل به (٥) .
 (مسألة ١٨) : للظاهر أن اعتبار إذنها من باب الحكم

بطريق آخر صح واقعاً وظاهراً . ولكنه مع ذلك لا يخاو من إشكال ، وإن قربناه فيما سبق من مباحث مكان المصلي من هذا الشرح .
 (١) لأن العدول عنه يوجب كونه بمنزلة العدم . والقياس على فعل الوكيل الذي لم يبلغه العزل لا وجه له .

(٢) إذ لا دليل على كون العدول عن الاذن رافعاً لأثر العقد وفاسخاً له ، فاستصحاب بقاء الأثر بحاله . فان قلت : العدول يوجب كون الاذن السابق بمنزلة العدم . قلت : إنما يوجب ذلك بالنسبة الى ما بعد العدول ، لا من أول الأمر ، فحين وقوع العقد عن إذنه يترتب عليه الأثر ، لتحقق شرط التأثير ولا موجب لارتفاعه ، فيستصحب .

(٣) لاطلاق الادلة .

(٤) لانقضاء المقيد بانتفاء قيده .

(٥) لأن الشرط الاعطاء ، وهو مفقود ، لا البناء على العمل .

الشرعي ، لأن يكون لحق منها (١) ، فلا يسقط بالاسقاط .
(مسألة ١٩) : إذا اشترط في عقد للعمة أو الخالة
إذنها في تزويج بنت الاخ أو الأخت ، ثم لم تأذنا عصياناً
منها في للعمل بالشرط ، لم يصح للعقد على إحدى البنيتين (٢)
وهل له إجبارهما في الاذن ؟ وجهان (٣) . نعم إذا اشترط
عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له للعقد على ابنة الاخ أو

(١) يعني : ليس اعتبار الاذن في المقام من باب اعتبار إذن المالك
لعين أو حق في التصرف فيه . بل مجرد حكم الشارع بالتوقف على الاذن .
لأن البناء على الأول يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل ، وهو خلاف
الاصل ، بل خلاف إطلاق الدليل ، الموجب لاعتباره ولو بعد الاسقاط .
(٢) لإطلاق الأدلة .

(٣) مبنيان على أن الشرط يقتضي ثبوت حق للمشروط له على المشروط
عليه بحيث يكون المشروط له مالكاً على المشروط عليه الفعل المشروط ،
أو لا يقتضي ذلك ؟ فعلى الأول : يكون الزوج مالكا عليها الاذن في
العقد ، فيكون له المطالبة به ، ومع امتناعها يكون له الاجبار عليه . فان
تعذر أمكن قيام الحاكم الشرعي مقامه في استيفاء الحقوق باعمال ولايته .
وعلى الثاني : يكون مفاد الشرط محض الالتزام بالاذن ، فيجب عليها شرعاً
كسائر الواجبات الشرعية ، فاذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها
من باب الأمر بالمعروف ، فاذا تعذر الاجبار لم يكن للحاكم الشرعي القيام
مقامها ، إذ لا ولاية للحاكم الشرعي على تحصيل الواجبات الشرعية على
الناس ، وإنما له الولاية عليهم فيما لهم الولاية عليه لا غير . ومن ذلك
يظهر أن اختلاف المبنيين ليس في مجرد جواز الاجبار وعدمه ، وإنما هو
في نفوذ سلطان الحاكم الشرعي عند تعذر الاستيفاء . هذا ، وقد تقرر في

الأخت فالظاهر للصحة (١) ، وإن اظهرتا للكرامة بعد هذا .
 (مسألة ٢٠) : إذا تزوجها من غير إذن ثم أجازتا
 صح على الأقوى (٢) .
 (مسألة ٢١) : إذا تزوج للعممة وابنة الاخ ، وشك

غير موضع من هذا الشرح أن مفاد الشرط ثبوت حق للمشروط له . فراجع .
 (١) بعد ما كان اعتبار الاذن من باب الحكم الشرعي يكون شرط
 أن يكون له العقد من قبيل الشرط المخالف للكتاب ، فيبطل ، إلا أن
 يرجع الى شرط الوكالة عنها في الاذن ، فيصح . لكن في جواز عزله
 الوجهان السابقان . أو يرجع الى اشتراط بقاء الاذن له الى حين العقد .
 لكن في جواز العدول عن الاذن أيضا الوجهان السابقان . أو يرجع الى
 اشتراط الاذن فعلا . لكنها غير كافية مع ظهور الكرامة بعد ذلك .
 (٢) كما عن العلامة في جملة من كتبه ، وكثير من المتأخرين ، لتحقيق
 شرط الصحة وهو الاذن ، فيشمله دليل الصحة من غير معارض . وفي
 الشرائع والنافع وغيرهما : البطلان ، للنهي عنه المقتضي للفساد . لكنه ممنوع
 بعد حصول الاذن . أو لدلالة النهي على خروج العقود عليها عن قابلية
 النكاح . وهو أيضا ممنوع بعد حصول الاذن . أو لخبر علي بن جعفر (ع)
 عن أخيه (ع) : « ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العممة والخالة إلا
 برضا منها ، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل » (١٥) . وفيه : أنه لا يشمل
 المقام بعد الاذن وإن شمله قبل الاذن ، ولا تنافي بين الحكيمين في زمانين .
 أو لظهور أدلة اعتبار الاذن في كونها مقارنة للعقد . وهو أيضا ممنوع :
 أو لأن العقد على بنت الأخ والأخت بدون إذن العممة أو الخالة معصية
 لله سبحانه ، فيكون فاسداً ، لما ورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه من

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز (١٥) ، إذ يدل الحديث على أنه لو عصى الله تعالى كان نكاحه فاسداً ، فيدل على أن معصية الله تعالى كلية موجبة للفساد . وفيه : أن الظاهر من معصية الله سبحانه معصيته في نكاح المحرمات من النساء ، مثل الأصول والفروع ، لا مطلق المعصية ، وإلا كما التعليل غير ظاهر ، فيكون تعديداً . وهو خلاف الأصل في التعليلات . على أن البناء على تحريم العقد تعديداً بحيث يوجب الإثم لنفسه غير ظاهر من الأدلة .

هذا ، وعن الشيخين ومن تبعهما ، بل عن غير واحد نسبته إلى الأكثر أن للعممة والحالة الخيار في فسخ العقد الواقع على بنت الأخ والأخت وبين فسخ عقدهما بلا طلاق . لوقوع العقدين صحيحين ، وحيث أنه لا يمكن الجمع بينهما إلا باذن فمما مخيران في رفع الجمع بينهما بين رفع الأول ورفع الثاني . وفيه : أنه لا دليل على سلطنتها على رفع الأول ، وإنما الدليل على سلطنتها على رفع الثاني لا غير . وعن ابن ادريس : بطلان العقد الثاني وتزول العقد الأول ، فيكون للمدخول عليها فسخ عقد نفسها . ويظهر ضعف القول المذكور بكلا شقيه من وجوه الاشكال على القول الثاني والقول الثالث . مع أنه إذا بني على بطلان العقد الثاني لم يكن وجه لتزول الأول .

فاذا العمدة القولان الأولان المبنيان على ظهور أدلة اعتبار الاذن في المقارنة وعدمه . وأما الوجوه الأخر مما ذكرناه وغيره فضعيفة . وقد عرفت منع ظهور الأدلة في اعتبار مقارنة الاذن للعقد . ويتضح ذلك بمقايضة المقام بعقد الفضولي . ولأجل ذلك يخرج عن الأصل بناء على أن مقتضاه مقارنة الشرط للعقد .

في سبق عقد للعممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة (١) . وكذا إذا شك في السابق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران . (مسألة ٢٢) : إذا ادعت للعممة أو الخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منها قـدم قولها (٢) . وإذا كانت للدعوى بين للعممة وابنة الاخ مثلاً في الاذن وعدمه فكذلك قدم قول للعممة .

(١) لأصالة الصحة .

(٢) لأصالة عدم الاذن الموافق لقولها . وأصل الصحة وإن كان مقدماً على أصالة عدم الجزء أو الشرط الذي يكون فقده موجباً للفساد ، لكن دليله من السيرة والاجماع غير ثابت في مثل المقام مما كان المدعي لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط . ففرق بين أن تكون دعوى عدم الاذن صادرة ممن تقوم به الاذن ، وأن تكون صادرة من غيره ، فإذا ادعى عدم الاذن غير من يقوم به الاذن كان المرجع أصل الصحة ، وإذا كان المدعي من يقوم به الاذن كان المرجع أصالة عدم الاذن ، لعدم ثبوت أصل الصحة فيه ، وإلا كان مقدماً أيضاً . فبناء على هذا لو ادعى البائع عدم البلوغ ، أو عدم العلم بالعوضين ، أو نحو ذلك يكون منكراً . وهو كما ترى . إلا أن يقال : إن دعواه ذلك خلاف ظاهر فعله واقدامه ، فيكون لأجل ذلك مدعياً . فتأمل . وربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر في موضوع السلطنة جزءاً أو شرطاً ، ولا يشمل الشك في السلطنة ، فالمدعي عدم السلطنة منكر . وفيه : أنه خلاف السيرة على البناء على الصحة لو شك في السلطنة مع عدم الدعوى ممن له السلطنة ، وعلى هذا يختص المنع من جريان القاعدة بصورة دعوى وجود إعطاء السلطنة باذن أو بالتملك أو نحوهما ، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التملك من خصمه وذلك غير بعيد من طريقة العقلاء والمنشوعة .

(مسألة ٢٣) : اذا تزوج ابنة الاخ أو الاخت ، وشك في أنه هل كان عن إذن من للعممة أو الخالة أو لا ؟ حمل فعله على الصحة .

(مسألة ٢٤) : إذا حصل بنتية الاخ أو الاخت بعد للتزويج بالرضاع لم يبطل (١) . وكذا إذا جمع بينهما في حال للكفر ثم أسلم على وجه (٢) .

(مسألة ٢٥) : إذا طلق العممة أو الخالة طلاقاً رجعيّاً لم يجز تزويج إحدى البنيتين (٣) إلا بعد خروجهما عن العدة .

(١) لخروجه عن مورد النصوص . لكن بناء على ما تقدم من المنع عن اقتران العقدین إلا باذن العممة أو الخالة ، عملاً بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا باذنها (١٥) ، يتعين البناء على ذلك هنا ، لتحقق الجمع بعد الرضاع ، فلا يجوز إلا بالاذن ، إذ لا فرق بين اقتران العقد وبين المقام في صدق الجمع .

(٢) يوافق الاستصحاب . لنفوذ الجمع في حال الكفر ، فان لكل قوم نكاحاً (٢٥) ، فيستصحب بعد الاسلام . وفيه : أن الاستفادة من الأدلة ترتب آثار النكاح حال الكفر ، لا نفوذه ، كما يقتضيه الجمع بين الأدلة الأولية ومثل : « لكل قوم نكاح » . واستصحاب بقاء الآثار لا مجال له مع الدليل الدال على حرمة نكاح الاجنبية . مع أنه لو فرض صحة النكاح حال الكفر ، فبعد الاسلام يرجع الى عموم المنع المقدم على الاستصحاب . (٣) لأن المطلقة رجعيّاً زوجة ، ولا يجوز إدخال بنت أخيها وأختها

(١٥) راجع المسألة : ٩ من هذا الفصل .

(٢٥) هذا المضمون موجود في بعض النصوص راجع الوسائل باب : ٨٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ، وباب : ٧٣ من ابواب جهاد النفس ، وباب : ١ من ابواب حد القذف .

(* 1) الوسائل باب: 30 من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: 3.

(205)

أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز (* 1)، إذ يدل الحديث على انه لو عصى الله تعالى كان نكاحه فاسداً، فيدل على أن معصية الله تعالى كلية موجبة للفساد. وفيه: أن الظاهر من معصية الله سبحانه معصيته في نكاح المحرمات من النساء، مثل الاصول والفروع، لا مطلق المعصية، والا كالتعليل غير ظاهر، فيكون تعديداً. وهو خلاف الاصل في التعليلات. على أن البناء على تحريم العقد تعديداً بحيث يوجب الاثم لنفسه غير ظاهر من الادلة. هذا، وعن الشيخين ومن تبعهما، بل عن غير واحد نسبته إلى الاكثر ان للعمة والخالة الخيار في فسخ العقد الواقع على بنت الاخ والاخت وبين فسخ عقدهما بلا طلاق. لوقوع العقدین صحیحین، وحيث أنه لا يمكن الجمع بينهما إلا بأذن فهما مخيران في رفع الجمع بينهما بين رفع الاول ورفع الثاني. وفيه: أنه لا دليل على سلطنتهما على رفع الاول، وإنما الدليل على سلطنتهما على رفع الثاني لا غير. وعن ابن ادريس: بطلان العقد الثاني وتزلزل العقد الاول، فيكون للمدخول عليها فسخ عقد نفسها. ويظهر ضعف القول المذكور بكلا شقيه من وجوه الاشكال على القول الثاني والقول الثالث. مع أنه إذا بني على بطلان العقد الثاني لم يكن وجه لتزلزل الاول. فإذا العمدة القولان الاولان المبنيان على ظهور أدلة اعتبار الاذن في المقارنة وعدمه. وأما الوجوه الاخر مما ذكرناه وغيره فضعيفة. وقد عرفت منع ظهور الادلة في اعتبار مقارنة الاذن للعقد. ويتضح ذلك بمقايسة المقام بعقد الفضولي. ولأجل ذلك يخرج عن الاصل بناء على أن مقتضاه مقارنة الشرط للعقد.

(* 1) الوسائل باب: 24 من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث: 1، 2.

(206)

[في سبق عقد العمدة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة (1). وكذا إذا شك في السابق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران. (مسألة 22): إذا ادعت العمدة أو الخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منهما قدم قولهما (2). وإذا كانت الدعوى بين العمدة وابنة الاخ مثلاً في الاذن وعدمه فكذلك قدم قول العمدة.] (1) لاصالة الصحة. (2) لاصالة عدم الاذن الموافق لقولها. وأصل الصحة وإن كان مقدماً على اصالة عدم الجزء أو الشرط الذي يكون فقده موجباً للفساد، لكن دليلاً من السيرة والاجماع غير ثابت في مثل المقام مما كان المدعي لعدم الشرط ممن

يقوم به الشرط. ففرق بين أن تكون دعوى عدم الاذن صادرة ممن تقوم به الاذن، وأن تكون صادرة من غيره، فإذا ادعى عدم الاذن غير من يقوم به الاذن كان المرجع أصل الصحة، وإذا كان المدعي من يقوم به الاذن كان المرجع أصالة عدم الاذن، لعدم ثبوت أصل الصحة فيه، وإلا كان مقدا أيضا. فبناء على هذا لو ادعى البائع عدم البلوغ، أو عدم العلم بالعوضين، أو نحو ذلك يكون منكرا. وهو كما ترى. إلا أن يقال: إن دعواه ذلك خلاف ظاهر فعله واقدامه، فيكون لاجل ذلك مدعيا. فتأمل. وربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر في موضوع السلطنة جزءا أو شرطا، ولا يشمل الشك في السلطنة، فالمدعي عدم السلطنة منكر. وفيه: أنه خلاف السيرة على البناء على الصحة لو شك في السلطنة مع عدم الدعوى ممن له السلطنة، وعلى هذا يختص المنع من جريان القاعدة بصورة دعوى وجود إعطاء السلطنة باذن أو بالتملك أو نحوهما، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التملك من خصمه وذلك غير بعيد من طريقة العقلاء والمتشعبة.

(207)

[مسألة 23): إذا تزوج ابنة الاخ أو الاخت، وشك في أنه هل كان عن إذن من العمّة أو الخالة أم لا؟ حمل فعله على الصحة. (مسألة 24): إذا حصل بنتية الاخ أو الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل (1). وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه (2). (مسألة 25): إذا طلق العمّة أو الخالة طلاقا رجعيا لم يجز تزويج إحدى البنيتين (3) إلا بعد خروجهما عن العدة.] (1) لخروجه عن مورد النصوص. لكن بناء على ما تقدم من المنع عن اقتران العقدين إلا باذن العمّة أو الخالة، عملا بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا باذنهما (* 1)، يتعين البناء على ذلك هنا، لتحقق الجمع بعد الرضاع، فلا يجوز إلا بالاذن، إذ لا فرق بين اقتران العقد وبين المقام في صدق الجمع. (2) يوافق الاستصحاب. لنفوذ الجمع في حال الكفر، فإن لكل قوم نكاحا (* 2)، فيستصحب بعد الاسلام. وفيه: أن المستفاد من الأدلة ترتب آثار النكاح حال الكفر، لا نفوذه، كما يقتضيه الجمع بين الأدلة الأولية ومثل: " لكل قوم نكاح ". واستصحاب بقاء الآثار لا مجال له مع الدليل الدال على حرمة نكاح الاجنبية. مع أنه لو فرض صحة النكاح حال الكفر، فبعد الاسلام يرجع إلى عموم المنع المقدم على الاستصحاب. (3) لان المطلقة رجعيا زوجة، ولا يجوز إدخال بنت أخيها وأختها

(* 1) راجع المسألة: 9 من هذا الفصل. (* 2) هذا المضمون موجود في بعض النصوص راجع الوسائل باب: 83 من ابواب نكاح العبيد والاماء، وباب: 73 من ابواب جهاد النفس، وباب: 1 من ابواب حد القذف.

ولو كان للطلاق بائناً جاز من حينه .

(مسألة ٢٦) : إذا طلق إحداها بطلاق الخلع جاز له للعقد على للبنت ، لان طلاق الخلع بائن . وإن رجعت في البذل لم يبطل للعقد (١) .

(مسألة ٢٧) : هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين وجهان . أقواهما للعدم (٢) .

(مسألة ٢٨) : للزنا الطارىء على للتزويج لا يوجب

عليها إلا باذنها .

(١) بل يكون من باب إدخال العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت ، لأن الرجوع في البذل يوجب الحكم بالزوجية الترتيلية ، وهو حادث . نعم إذا رجع هو بها يكون رجوعه بها بحسب اعتبار العقلاء ليس إحداثاً للزوجية بل رجوعاً للزوجية السابقة كما سيأتي من المصنف (ره) في المسألة الرابعة والثلاثين ، فيكون من ادخال بنت الاخ والأخت عليها : اللهم إلا أن يكون هذا النحو من الادخال ليس موضوعاً لادلة المنع ، حتى لو قيل بالمنع عن الجمع بينهما بغير إذن ، كما هو مضمون خبر أبي الصباح (١٥) . لأن رجوع العمة بالبذل بمنزلة الاذن في الجمع بينهما وبين البنت . اللهم إلا أن تكون جاهلة بذلك .

(٢) وفي الجوهر : أنه التحقيق ، وأنه ظاهر النصوص والفتاوى ، لاشتغالها على التزويج والنكاح الظاهرين في العقد ، واشتغالها على الاذن المختص بالحرمة . فتأمل . وخبر أبي الصباح لو سلمت حججه ، فحمله على الوطاء لا قرينة عليه ، وكذا على الجامع بينه وبين العقد ، لما ذكر . مع أن الجامع العرفي متعذر ، فيتعذر عرفاً استعماله فيه ، فلا يصلح حجة على المقام .

الحرمة ، إذا كان بعد للوطء (١) ، بل قبله أيضا على الأقوى (٢)

(١) لإجماعا بقسميه عليه ، كما في الجواهر . ويشهد به النصوص المستفيضة أو المتواترة ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة ، أينزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا ، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمرها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ، إن الحرام لا يفسد الحلال » (١٥) ، وفي مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمرها أتحرم عليه امرأته ؟ فقال : لا ، لأنه لا يحرم الحلال الحرام » (٢٥) ، ومصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « أنه قال في رجل زنا بأمر امرأته أو ببنتها أو بأختها فقال (ع) : لا يحرم ذلك عليه امرأته . ثم قال : ما حرم حراما حلالا قط » (٣٥) . ونحوها غيرها .

(٢) وهو المشهور شهرة عظيمة . وعن أبي علي : أنه قال إن عقد الأب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد ما لم يطأها . لعموم : (ما نكح أباًؤكم) (٤٥) مع عدم القول بالفرق ، ولموثق عمار عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجسد ، أو الرجل يزني بالمرأة هل يجوز لابنه أن يتزوجها ؟ قال (ع) : لا ، إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنى بها ابنه لم يضره ، لأن الحرام لا يفسد الحلال . وكذلك الجارية » (٥٥) . ونحوه خبر أبي

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٤٥) النساء : ٢٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

فلو تزوج امرأة ثم زنا بأمرها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته .
وكذا لو زنا الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن . وكذا لو
زنا الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه . وكذا الحال في اللواط
للطاريء على للتزويج (١) . فلو تزوج امرأة ولاط بأخيها أو
أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته إلا أن الاحتياط فيه لا يترك
وأما إذا كان للزنا سابقاً على للتزويج فان كان بالعمة أو الخالة

الصباح الكنانى عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إذا فجر الرجل بالمرأة
لم تحل له ابنتها أبداً ، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها
فقد بطل تزويجه ، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمرها بعد ما
دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامرأته نكاح ابنتها إذا هو دخل بها ، وهو
قوله : لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا (١٥) . ونسب هذا القول
الى ظاهر الاستبصار . ومال اليه في الحدائق ، وحكى ذلك عن بعض مشايخه
الحققيين من متأخري المتأخرين ، اعتماداً على الخبرين ، لانها من المقيد
الواجب حمل المطلق عليه .

ونوقش في الاول : بانه استدلال بالمفهوم ، وهو ضعيف . وفي الثاني :
بضعف السند . لكن مفهوم الحصر حجة . والثاني من الموثق ، وهو أيضاً
حجة . فالعمدة في وهن الخبرين لإعراض المشهور عنهما . بل في الرياض
بعد الاستدلال للقول المذكور بخبر الكنانى قال : « وهو ضعيف ، لشذوذه ،
وقد ادعى جماعة من الأصحاب الاجماع على خلافه » . فإذاً لا مجال للاعتداد
عليها في تقييد لإطلاق نصوص الحل .

(١) كما تقدم الكلام فيه في المسألة الاحدى والعشرين من الفصل السابق ،
كما تقدم فيها وجه الاحتياط الآتى . والظاهر أنه لا فرق في المقام بين

يوجب حرمة بنتيهما (١) ، وإن كان بغيرهما

الدخول وعدهم عندهم . وخلاف أبي علي كدليله يختص بغيره .
 (١) على المشهور شهرة عظيمة ، بل في محكي الانتصار : الاجماع عليه . وفي التذكرة : نسبه الى علمائنا . ويشهد له في الخالة مصحح محمد بن مسلم قال : «سأل رجل أبا عبد الله (ع) وأنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : لا . قلت : إنه لم يكن أفضى اليها إنما كان شيء دون شيء . فقال : لا يصدق ولاكرامة» (١٠) ، وموثق أبي أيوب عن أبي عبد الله (ع) قال : «سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا . قال : إنه لم يكن أفضى اليها إنما كان شيء دون ذلك ، قال (ع) : كذب» (٢٠) . وبضميمة عدم القول بالفصل يتعدى من الخالة الى العمة ، أو لرواية السرائر قال : «وقد روي أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما» (٣٠) . ثم قال : «فإن كان على المسألة إجماع فهو الدليل عليها» . ثم ناقش في ثبوت الاجماع . وظاهره التوقف في الحكم المذكور : ولأجله يشكل الاستدلال بروايته فضلا عن كونها مرسلة . كما يشكل التمسك بالاجماع ، لما في المختلف من قوله : «ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة ، فإن عموم قوله تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (٤٥) يقتضي الاباحة» . وظاهره أيضا عدم الاعتداد برواية الخالة . ولعله لما في المسالك من أنها ضعيفة السند ردية المتن ، فإن السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولا ، وصرح

(١٥) الوسائل باب : ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٤٥) النساء : ٢٤ .

ففيه خلاف (١) ، والأحوط للتحريم ، بل لعله لا يخلو عن قوة .

بعده ثانياً ، وكذبه الامام (ع) في ذلك ، وهذا غير لائق بمقامه ، وهو قرينة الفساد . إنتهى . لكن السند مصحح في رواية الكافي وموثق في رواية التهذيب ، وكلاهما حجة . وتكذيب الامام (ع) لا بد أن يكون لوجه يعلمه ، ونحوه صحيح يزيد الكناسي قال : « إن رجلاً من أصحابنا تزوج امرأة قد زعم أنه كان يلاعب أمها ويقبلها من غير أن يكون أفضى إليها . قال : فسألت أبا عبد الله (ع) ، فقال لي : كذب ، مره فليفارقتها . قال : فأخبرت الرجل ، فوالله ما دفع ذلك عن نفسه ، وخلي سبيلها » (١٥) . مع أنه لا يقدر في حجية الدلالة . ومثله الاشكال بأن الظاهر أن الروايتين حاكيتان عن واقعة واحدة ، وفي رواية مجد أن السائل رجل وهو جالس ، وفي رواية أبي أيوب أن السائل مجد وهو جالس ، فهذا الاختلاف يوجب نوعاً من الوهن .

وبالجملة : لا مجال للمناقشة في الرواية بعد اعتماد الاصحاب عايتها . والموهنات المذكورة لا تخرجها عن موضوع الحجية . بل الانصاف أن تسالم الاصحاب على الحكم المذكور وعدم حكاية الخلاف فيه من أحد ، بل ولا التوقف فيه إلا من الحلّي والعلامة يوجب الاطمئنان بثبوتها ، وأن منشأ التسالم عند أصحاب الائمة (ع) عليه . ومن العجيب - كما قيل - توقف المختلف في الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة في غير العمة والحالة ، فان أدلة التحريم في غيرها دالة عليه فيها أيضاً . إلا أن يكون مراده الحل من الخيشية المذكورة .

(١) فالحكي عن الأكثر ، أو الأشهر ، أو المشهور : الحرمة . ويقتضيه جملة من النصوص ، كصحيح مجد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل

(١٥) الوسائل باب : ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال (ع) : لا ، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ، إن الحرام لا يفسد الحلال ، (١٥) ، وصحيح العيص بن القاسم قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأة وقبّل غير أنه لم يفض اليها ، ثم تزوج ابنتها . فقال : إن لم يكن أفضى الى الأم فلا بأس ، وإن كان أفضى اليها فلا يتزوج ابنتها ، (٢٥) وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل كان بينه وبين امرأة فجور ، هل يتزوج ابنتها ؟ فقال : إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها ، وليتزوجها هي إن شاء . لكن رواها في الكافي بسند فيه لإرسال هكذا : « فليتزوج ابنتها إن شاء ، وإن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها » (٣٥) فتكون دلالتها بالمفهوم المصرح به . وروى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن رجل فجر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : إن كان قبله أو شبهها فلا بأس ، وإن كان زنا فلا » (٤٥) ونحوها غيرها .

والمنسوب الى الفقيه ، والمقنع ، والمقنعة ، والمسائل الناصرية ، والمراسم ، والسرائر ، والارشاد ، وكشف الرموز : الجواز . وفي النافع : أنه الوجه : وفي الرياض : نسبه الى المشهور عند القدماء . وعن المسائل الناصرية : الاجماع عليه . للنصوص الكثيرة ، منها صحيح سعيد بن يسار قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل فجر بامرأة ، يتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : نعم يا سعيد ، إن الحرام لا يفسد الحلال ، (٥٥) وصحيح هشام بن المثنى عن

-
- (١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .
 (٢٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .
 (٣٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .
 (٤٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٨ .
 (٥٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

أبي عبد الله (ع) : « أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال (ع) : نعم ، وأمها وبناتها » (١٥) . وصحيحته الأخرى قال : « كنت عند أبي عبد الله فقال له رجل : رجل فجر بامرأة أتحمّل له ابنتها ؟ قال (ع) : نعم ، إن الحرام لا يفسد الحلال » (٢٥) . وفي بعض النسخ رواية المنز الاول عن هاشم بن المثنى والظاهر منها واحد . وموثق حنان بن سدير قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحا ، هل تحل له ابنتها ؟ قال (ع) : نعم ، إن الحرام لا يحرم الحلال » (٣٥) . وصحيح صفوان قال : وسأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها ، أتحمّل له ذلك ؟ قال (ع) : لا يحرم الحرام الحلال . ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا يحرم الحرام الحلال » (٤٥) . والمرسل عن زرارة قال : « قلت لابي جعفر (ع) : رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : ما حرم حرام حلالاً قط » (٥٥) . وهذه النصوص - كما ترى - مشتملة على الصحيح وغيره ، كالطائفة السابقة .

وفي الجواهر : « أن الجميع - كما ترى - قاصر عن معارضة ما عرفت (يعني : الطائفة الأولى) سنداً ، وعدداً ، وعاملاً ، ودلالة ، لاحتمال الجميع الفجور بغير الجماع ، أو به ولكن بعد التزويج ، أو التقية ، وهو أحسن المحامل » .

ولا يخفى أن كلامنا للطائفتين مشتمل على الصحيح وغيره . وتفاوت

(١٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١١ .

(٤٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٩ .

العدد في الجملة ما لم يبلغ حد صدق الأشهر كتفاوت عدد العامل لا أثر له في الترجيح . واحتمال حمل الأخير على الفجور بغير الجماع - مع أنه بعيد في نفسه - لا يتأتى في صحيحة هشام وموثق حنان . كما أن حملها على ما بعد التزويج أيضاً بعيد . والحمل على التقيّة إنمّا يكون مع تعدد الجمع العرفي ، وهو ممكن بحمل الطائفة الأولى على الكراهة ، بل هو أقرب الوجوه . مع أنه لا قرينة على الحمل على التقيّة ، ولا سيما بملاحظة أن القول بالحرمة مشهور عند المخالفين ، فقد نسب في التذكرة الى عمران بن الحصين ، وعطا ، وطاووس ، ومجاهد والنخعي ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . ومن ذلك تشكل دعوى أن الظاهر من النبوي : والحرام لا يفسد الحلال ، أو لا يحرم الحلال ، : الحلال الفعلي ، وهو إنمّا يكون مع سبق التزويج على الزنا ، أما مع سبق الزنا فالحل تقديري ، والحمل على التقديري خلاف الظاهر . فارادوا (ع) تنبيه المخالفين على غلطهم في الحمل على التقديري . فانها غير واضحة المأخذ ، كيف ؟! وصریح الطائفة الثانية الحل التقديري ، كما هو ظاهر الآية الشريفة : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١٥) فمن الجائز أن يكون الغلط في الحمل على الحلال الفعلي ، لأن النبوي جار مجرى الآية الشريفة ، والحل فيها تقديري ، فتكون قرينة على إرادة الحل التقديري من النبوي أيضاً ، ويكون التخصيص بالفعلي لأجل التقيّة . وبالجملة : النصوص الواردة في هذه الأبواب على أربع طوائف . إحداها : ما لم يتعرض لبيان المراد من الحديث من حيث الاختصاص بالحلال الفعلي أو الأعم منه ومن التقديري ، كمصحح الحلبي ، ومصحح زرارة المتقدمين ونحوهما ، فإن موردها وإن كان الحلال الفعلي لكن المورد لا يخصص الوارد . والطوائف الثلاث الباقية متعرضة لذلك . الأولى :

ما يدل على أن المراد بالحلل الحلال الفعلي بشرط الوطاء ، كموثق عمار ،
 وخبر الكنانى المتقدمين في صدر المسألة . الثانية : ما يدل على أن المراد
 الحلل الفعلي بعقد او ملك . كصحيح محمد بن مسلم المتقدم . الثالثة : ما
 يدل على أن المراد الحلل ولو تقديرياً ، كصحيح سعيد بن يسار ، وصحيح
 صفوان ، وصحيحة هشام بن المنثى ، وموثق حنان بن سدير ، والمرسل
 عن زرارة . ونحوها ، وخبر محمد بن منصور الكوفي قال : « سألت الرضا (ع)
 عن الغلام يعث بجارية لا يملكها ولم يدرك أبجل لأبيه أن يشتريها أو
 يمسه ؟ فقال : لا يحرم الحرام الحلل » (١٥) . وقد عرفت أن الطائفة
 الأولى منها مهجورة ، فيبقى التعارض بين الطائفتين الأخيرتين . ولا ينبغي
 التأمل في ترجيح الثانية ، لكثرة العدد ، وانفراد الثالثة بالصحيح المذكور .
 وأما الحمل على التقية : فقد عرفت أنه لا مأخذ له في كلتا الطائفتين ،
 وليس في النصوص ما فيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين في المسألة
 هو التحريم ، أو أن المراد بالحديث الشريف هو العموم أو الخصوص .
 نعم استدل في التذكرة على الحل بعد أن نسبه الى جماعة من المخالفين ومنهم
 مالك ، والشافعي ، بما رواه العامة عن النبي (ص) : « أنه سئل عن
 رجل يزني بامرأة ثم يريد أن يتزوج ابنتها . فقال : لا يحرم الحرام
 الحلل » (٢٥) ، ثم استدل للشيخ بعد أن نسب اليه القول بالحلل بأمر ،
 منها قوله : « لا يحرم الحرام الحلل » ، فحمل الحلل في الحديث على
 الحلل ولو تقديراً لا يختص بالمخالفين ، ولا هو مذهب جميعهم ، ولا المشهور
 بينهم . وأما صحيح مرازم قال « سمعت أبا عبد الله (ع) وقد سئل عن

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

(٢٥) يوجد قريب منه في كز العمال الجزء : ٨ حديث : ٤٠٦٤ ، سنن البيهقي الجزء : ٧

باب الزنا لا يحرم الحلل .

امراة أمرت ابنها أن يقع على جاربية لأبيه فوقع ، فقال (ع) : أثمت ، وأثم ابنها . وقد سألتني بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له : أمسكها فان الحلال لا يفسده الحرام ، (١٠) : فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه .

والمتحصل : أن نصوص التحريم صالحة للحمل على الكراهة ، عدا مصحح يزيد الكناسي المتقدم ، وصحيح محمد بن مسلم . والتعارض بينهما وبين نصوص التحليل يقتضي الأخذ بالثانية ، لأنها أرجح بكثير العدد . وكان ما في الشرائع من حكمه بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً مبني على ملاحظة جميع نصوص التحريم حتى ما أمكن الجمع العرفي بينها وبين نصوص التحليل . وإلا فالذي لا يقبل الجمع العرفي منها منحصراً بالروايتين المذكورتين ، بل مصحح يزيد يمكن حمل الفراق فيه على الفراق بالطلاق ، فتتحصر المعارضة بصحيح محمد . ولو سلم التساوي من حيث السند والعدد فنصوص التحليل موافقة للكتاب ، ومعتزدة بعموم قوله تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ، فالأخذ بها متعين .

ثم إنه لو قلنا بالتحريم فكما تحرم بنت المزني بها وأمها على الزاني تحرم المزني بها على أبي الزاني وابنه . لأن الزنا على هذا القول بمنزلة الدخول بالعقد الصحيح ، فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين ، فلاحظ كلماتهم . ونصوص التحريم أيضاً متعرضة لذلك ، ففي صحيح أبي بصير : « سألته عن الرجل يفجر بالمرأة ، أتحل لابنه ؟ أو يفجر بها الابن ، أتحل لابيه ؟ قال : إن كان الأب أو الابن مسها لم تحل » (٢٥) . وخبر ابن جعفر عن أخيه موسى (ع) قال : « سألته عن رجل زنى بامرأة ، هل تحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال (ع) : لا » (٣٥) . ونحوهما غيرهما .

(١٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

وكذا الكلام في الوطء بالشبهة ، فإنه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة (١) ، وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها (٢) .

(١) كما عن الأكثر ، للأصل .

(٢) كما هو المشهور شهرة عظيمة . وخالف في ذلك ابن ادريس قال : « فاما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة ، ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال » . وقال في الشرائع : « وأما الوطء بالشبهة فالذي خرج به الشيخ أنه بمنزلة النكاح الصحيح . وفيه تردد ، أظهره أنه لا ينشر الحرمة » . ونحوه في النافع . وفي القواعد : « وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح ؟ خلاف » . وفي جامع المقاصد « ان الزنا يحرم ، كما سيأتي إن شاء الله ، فالوطء بالشبهة أولى . لأنه وطء محترم شرعاً ، فيكون الحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا . ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به ، فان أعظم الاحكام النسب ، وهو في الشبهة كالصحيح . وكذا وجود المهر . وتختلف المحرمية لا يضر ، فانها متعلقة بكمال حرمة الوطء وسبقه الى بعض ذلك في التذكرة ، وتبعه على ذلك في المسالك وغيرها . لكن الخروج عن عموم الحل بذلك كما ترى . ومثله الاستدلال بقوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) (١٥) ، إذ لم يثبت لإرادة الوطء من النكاح . ولأجل ذلك لم يعتمد في الجواهر إلا على الإجماع الذي ادعاه في التذكرة . وحكى فيها عن ابن المنذر دعوى الإجماع عليه من كل من يحفظ من علماء الأمصار ، وعد منهم أصحاب النص ، وهم الإمامية . وسبقه الى ذلك في الرياض . وهو كما ترى أيضاً ، فان خلاف مثل الحلّي ، والمحقق ، وتوقف العلامة في القواعد مانع من صحة الاعتماد على الإجماع . وكان الأولى الاستدلال له بحديث : « لا يحرم

(مسألة ٢٩) : اذا زنى بمملوكة أبيه ، فان كان قبل أن يطاها الأب حرمت على الأب (١) ،

الحرام الحلال ، بناء على أن المراد من الحلال الأعم من التقديري ، فان تعليل انتفاء المصاهرة بالوطء من جهة الحرمة يقتضي ثبوت المصاهرة مع انتفاء الحرمة ، كما في الشبهة . لكن مقتضى ذلك ثبوت المصاهرة حتى إذا كان الوطاء لاحقاً ، ولا يظن الالتزام به . مع أنه موقوف على لإرادة الزنا من الحرام ، مع أن الظاهر منه الحرام الواقعي ولو مع العذر ، فيشمل الشبهة .

ثم إن الأدلة المذكورة مختلفة المقاد ، فان الإجماع يقتضي الاقتصار في التحريم على الوطاء السابق على العقد ، لأنه القدر المتيقن منه . ومثله الاولوية من الزنا بناء على التحريم به ، فانه مختص بالزنا السابق . وأما الاستقراء ، وعموم : (لا تنكحوا ما نكح آباؤكم) : فمقتضاهما العموم للسابق واللاحق ، فان الوطاء الصحيح إذا فرض لاحقاً لا يسد أن يبطل السابق ، وكذا إطلاق الآية . فلاحظ .

(١) قال في القواعد : « ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر (يعني : قبل وطء المالك ، كما يظهر مما بعده) بزنا أو شبهة ففي التحريم نظر » . وحكى في كشف اللثام : التحريم عن الشيخ وابني الجنيد والبراج . واستدل له بعموم : (ما نكح آباؤكم) مع عدم القول بالفصل - يعني : بين منكوحة الأب ومنكوحة الابن - ، وكون النكاح في اللغة بمعنى الوطاء . ولخبر عمار المتقدم في صدر المسألة . وهو وإن ضعف ، لكن يؤيده أخبار تحريم زوجة أحدهما عليه بزنا الآخر قبل العقد . لانتهاى . وفي جامع المقاصد جعل التحريم هو الأصح ، لما ذكر .

لكن انطباق العموم على ما نحن فيه غير ظاهر ، لعدم ثبوت لإرادة

الوطء من النكاح . وموثق عمار قد عرفت إشكالا ، وعدم العامل به الا ابن الجنيد . اللهم إلا أن يكون حجة على الحرمة في الجارية غير الموطوءة للمالك وإن لم يكن حجة عليها في الزوجة غير الموطوءة ، ولا مانع من التفكيك بين المفادين في الحجية . مضافا الى صحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي قال : « سئل أبو عبد الله (ع) وأنا عنده عن رجل اشترى جارية ولم يمسه ، فامرت امرأته ابنة وهو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها ، فما ترى فيه ؟ فقال : أثم القلام ، وأثمت أمه ، ولا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها » (١٥) . نعم يعارضه صحيح مرازم المتقدم في أواخر المسألة السابقة . لكنه مطلق من حيث الوطاء وعدمه ، فيقيد لإطلاقه بالصحيح المذكور . وكذلك خبر زرارة قال : « قال أبو جعفر (ع) : إذا زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فان ذلك لا يحرمها على زوجها ، ولا يحرم الجارية على سيدها ، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية وهي له حلال ، فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه » (٢٥) .

اللهم إلا أن يقال : إن ظاهر الموثق أن التحريم في الزنا السابق وكذا الملاحق إذا لم يكن دخول ناشئ من كون المراد من « أن الحرام لا يفسد الحلال » (٣٥) خصوص الحلال بعد الوطاء ، فالتحريم في الزوجة والجارية فرع على التفسير المذكور ، فاذا بطل الأصل بطل الفرع ، والتفكيك غير ممكن عرفاً . وأما صحيح الكاهلي فالظاهر أو المحتمل من قوله (ع) : « ولا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها » أنه إشارة عليه بذلك ونصيحة له ، وإن كان لأجل الكراهة ، فلا يدل على الحرمة ، ولا يصلح

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم (١) . وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه (٢) .

(مسألة ٣٠) : لا فرق في الحكم بين الزنا في اللقبيل أو للدبر (٣) .

لتقييد إطلاق ما دل على الحل . فالبناء على الحل أنسب بقواعد العمل بالأدلة . فتأمل :

(١) في القواعد : أنه الاصح . ونسبه في جامع المقاصد وكشف اللثام الى الأكثر ، لعموم : « الحرام لا يحرم الحلال » (١٥) . ويقتضيه موثق عمار ، وصحيح مرازم (٢٥) ، وخبر زرارة ، وقيل بالتحريم ، لعموم قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) . وهو ضعيف لعدم ثبوت كون النكاح هو الوطء أولا ، ولتخصيصه بما عرفت ثانيا . هذا ويظهر من الجواهر أنه لا قائل بالتحريم وأن الاجماع بقسميه على عدمه . لكن عرفت ما في جامع المقاصد وكشف اللثام من حكاية قولين في المسألة ، وأن الأكثر على عدم التحريم .

(٢) فإن المسألتين عند الاصحاح من باب واحد وحكم واحد ، وإن خلت النصوص عن التعرض للثانية مع تعرضها للأولى .

(٣) قال في التذكرة : « تنبيه : لا فرق في الزنا بين الوطء في القبل والدبر ، لعموم الآية قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) و (وربائبكم) و (وأمهات نسائكم) (٣٥) . ولأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة ، فكذلك في الزنا . والاشكال عليه ظاهر . والعمدة صدق الزنا في المقامين . مع أن الحكم مما لا إشكال فيه على الظاهر .

(١٥) راجع المسألة : ٢٨ من هذا الفصل .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ٤٤٣ .

(٣٥) النساء : ٢٣، ٢٢ .

(مسألة ٣١) : إذا شك في تحقق الزنا وعلمه بنى على للعدم (١) . وإذا شك في كونه سابقاً أولاً بنى على كونه لاحقاً (٢)

(١) للأصل .

(٢) ظاهر العبارة : العمل بأصالة تأخر الحادث التي اشتهر ذكرها في كلماتهم . وقد تحقق أنها لا أصل لها ولا حجة عليها .
هذا والذي ينبغي أن يقل : إن الصور المفروضة في المقام ثلاث :
تارة : يعلم تاريخ العقد ويشك في تاريخ الزنا . وأخرى : عكس تلك .
وثالثة : يجهل تاريخ الأمرين ، أما إذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا فأصالة عدم الزنا إلى حين العقد يقتضي الحل . وأما إذا شك في تاريخ العقد وعلم تاريخ الزنا فأصالة عدم العقد إلى حين الزنا تثبت كون الزنا محرماً ، لأن من زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه حرمت عليها ، وهذا المعنى يثبت بعضه بالوجدان وبعضه بالأصل ، فيترتب التحريم عليه .
وبالجملة : المستفاد من الأدلة أن من عقد على امرأة لم يزن بها أبوه أو ابنه فهي له حلال ، ومن زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه فهي عليها حرام ، والأول يثبت بعضه بالوجدان وبعضه بالأصل إذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا . والثاني يثبت بعضه بالأصل وبعضه بالوجدان إذا علم تاريخ الزنا وجهل تاريخ العقد . وأما إذا جهل التاريخان معا فأصالة عدم أحدهما إلى زمان الآخر إما غير جارية ذاتا ، أو ساقطة للمعارضة ، فلا يمكن إثبات موضوع التحريم الأبدي ولا نفيه ، وحينئذ تكون الشبهة موضوعية ، ولأجل أنه لا يجوز الرجوع إلى عمومات الحل فيها يتعين الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الاثر على العقد ، فيحكم ببطلانه . إلا أن يقال : المرجع أصالة الصحة في العقد ، فيبنى على ترتب أثره وتحقق الزوجية . هذا في الزوجه . وأما الأمة : فالكلام فيها بعينه ما ذكر أولاً في

(مسألة ٣٢) : إذا علم أنه زنى باحدى الامراتين ولم يدر أيتها هي ؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت (١) . وأما إذا لم يكن لاحدهما أم ولا بنت ، فالظاهر جواز نكاح الأم أو للبنت من الأخرى (٢) .

(مسألة ٣٣) : لا فرق في للزنا بين كونه إختياريا او إجباريا أو اضطراريا (٣)

الزوجة ، فان الاستفادة من الأدلة أيضا أن من زنى بمملوكة أبيه أو ابنه قبل أن يطأها المالك حرمت على المالك ، ومن زنى بها بعد أن وطأها المالك لم تحرم . فاذا علم بهما وشك في المتقدم منها ، فان علم تاريخ الزنا وشك في تحقق الوطء من المالك قبله فاصالة عدم الوطء الى حين الزنا يثبت كونه محرماً . وإذا علم تاريخ الوطء وشك في تاريخ الزنا فاصالة عدم الزنا الى حين الوطء يثبت كونها حلالا . وإذا جهل التاريخان لم يجز الاصلان معا . ولا مجال للرجوع الى عمومات الحل ، لكون الشبهة موضوعية ولا مجال للرجوع الى أصالة الصحة ، لأن الوطء لا يتصف بالصحة والفساد ، بل يتعين الرجوع الى استصحاب الحل الثابت قبل الزنا : ولولاه تعين الرجوع الى أصالة البراءة ، إلا بناء على ما اشتهر من لزوم الاحتياط في الفروج .

(١) لأن العلم الاجمالي بالحرمة يوجب تنجز الحرمة ، فيجب الاحتياط عقلا في جميع الاطراف والمختملات .

(٢) لأنه مع خروج بعض الاطراف عن محل الابتلاء يكون الباقي بحكم الشبهة البدوية التي عرفت أن الحكم فيها الحل ، لاصالة عدم الزنا من غير مانع ولا معارض .

(٣) قد اختلفت كلمات الجماعة في تمييز الشبهة من الزنا ، فالذي

ذكره في المسالك في المقام أن المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه ، كالوطء في نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، لم يعلم فسادهما ، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته ، أو أمة مشتركة بينه وبين غيره ، فظن لإباحتها له بذلك . انتهى . وفي الجواهر عن مصابيح العلامة الطباطبائي : أنه الوطاء الذي ليس يستحق في نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق ، أو صدوره عنه بجهالة مغتفرة في الشرع . أو مع ارتفاع التكليف بسبب غير محرم . انتهى . ومقتضى التعريفين المذكورين للشبهة : أن الزنا الاجباري ، والاكراهي ، وفي حال الصبا ، وفي حال النوم ، وزنا الجنون ، كله من الشبهة ، لصدق عدم العلم بتحريمه في التعريف الاول ، وصدق ارتفاع التكليف بسبب غير محرم في التعريف الثاني ، في الجميع . وفي الجواهر - بعد ذكر التعريف الثاني وما يتعلق به - قال : « فالمتحصل من ذلك أن وطء الشبهة ثلاثة أقسام . . . الى أن قال : الثالث : الوطاء غير المستحق ولكن صدر ممن هو غير مكلف كالنائم والمجنون والسكران بسبب محلل ونحوهم » ، ثم تعرض بعد ذلك للاشكال على التعريف المذكور من وجوه ، ولم يتعرض للاشكال في كون القسم الثالث من أقسام وطء الشبهة . ثم حكى عن بعض عن الأكثر تعريفه بأنه الوطاء الذي ليس بمستحق مع ظن الاستحقاق . وأشكل عليه بوجوه : منها : أنه يخرج منه وطء غير المكلف كالمجنون والنائم وغيرهما . وظاهره المفروغية عن كون وطء غير المكلف من الشبهة ، لا من الزنا .

وفي المسالك في كتاب الحدود في شرح قول ماته : « أما الموجب (يعني : موجب حد الزنا) فهو ايلاج الانسان ذكره في فرج امرأة محرمة ، من غير عقد ولا ملك ولا شبهة » قال : « وهذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحد في الجملة . ويدخل في الانسان الصغير والكبير والعاقل والمجنون ،

فلو زاد فيه المكلف لكان أجود . ويمكن تكلف لإخراجها بقوله : « في فرج امرأة محرمة عليه » ، فإنه لا تحريم في حقها . وكلنا يدخل فيه المختار والمكروه ، ويجب لإخراج المكروه ، إلا أن يخرج بما يخرج به الأولان . وظاهر ، أيضاً كون وطء غير المكلف خارج عن الزنا وداخل في الشبهة . لكن في الجواهر أشكل عليه بانها على التقدير المزبور (يعني : تقدير عدم التحريم في حقها) تكون من الشرائط في الحد ، لا في حقيقة الزنا : وظاهره أن وطء غير المكلف داخل في الزنا ، وإن لم يجب عليه الحد . وفي الرياض بعد قول مائنه في الكلام على حد الزنا : « أما الموجب فهو إيلاج الانسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة » قال : « وإطلاق العبارة وإن شمل غير المكاف ، إلا أنه خارج بما زدناه من قيد التحريم . مع احتمال أن يقال : التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنا ، لأنه جزء من مفهومه ، فلا يحتاج الى ازدياد التحريم من هذا الوجه » . وظاهره الميل الى ماسبق عن الجاغة من كون وطء غير المكلف من الشبهة ، وإن احتمل أخيراً أنه من الزنا ، وأشكل عليه في الجواهر : بأن ذلك لا يوجب الزيادة المزبورة ، ضرورة تحقق الإيلاج بامرأة بلا عقد ولا ملك ولا شبهة وإن لم يكن في ذلك حرمة عليه ، لعدم التكليف الذي فرض عدم مدخليته في تحقق معنى الزنا الذي هو على التقدير المزبور وطء الاجنبية التي هي غير الزوجة والمملوكة عيناً أو منفعة . ومقتضاه أن وطء الشبهة زنا لغة وعرفاً لكنه لا يوجب الحد ، وهو مناف لمقابلته به في النكاح ، المقتضية لكونه وطء الاجنبية على أنها اجنبية . ثم قال : « ولعل ذكر الأصحاب بعض القيود في التعريف من حيث ثبوت الحد به وعدمه ولو للشرائط الشرعية لذلك ، لا لكشف مفهومه » ، وقال رسول الله (ص) لما غر بعد اقراره بالزنا أربعاً ، أتعرف الزنا ؟ فقال :

هو أن يأتي الرجل حراماً كما يأتي أهله حلالاً ، (١) . انتهى ما في الجواهر .
 وظاهره الميل الى عموم الزنا لوطء غير المكلف . وفي التذكرة قال :
 و أما إذا اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانياً بأن يأتي الرجل فراش
 غير زوجته غلطاً ، فيطؤها وهي عالمة ، أو أنت المرأة غير زوجها غالطة
 وهو عالم ، أو كانت هي جاهلة أو نائمة أو مكرهة وهو عالم ، أو مكنت
 البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً فكذلك ، . وظاهره كون وطء النائم
 والمكره من وطء الشبهة . . . الى غير ذلك من كلمات الجماعة الظاهرة
 في اختلافهم في دخول وطء من ارتفع عنه التكليف لصبا ونوم ونحوهما
 في الزنا ، أو في وطء الشبهة . وكلمات الجواهر في المقام وفي كتاب
 الحدود لا تخلو من مدافعة .

والذي يظهر بعد النظر والتأمل هو دخوله في الزنا بالمعنى اللغوي
 والعرفي ، بل دخول وطء الشبهة فيه ، وليس الزنا إلا مطلق الوطء غير
 المستحق وإن كان شبهة . وأما في عرف الشارع والمتشعبة : فالزنا يقابل
 وطء الشبهة : والمراد بوطء الشبهة : الوطء غير المستحق لشبهة ، بحيث
 تكون الشبهة من علل وجوده ، فإذا كان الوطء غير مستحق وكانت
 الشبهة دخيلة في وجوده فهو وطء شبهة ، وليس من الزنا ، وإن لم تكن
 دخيلة فيه فهو زنا . وهذا هو وجه المقابلة بين الشبهة والزنا ، ولا تقتضي
 المقابلة بينهما أن يكون معناه وطء الاجنبية على أنها أجنبية ، كما تقدم عن
 الجواهر . ولعل قول ماغر : « أتيت منها حراماً . . . » بيان الزنا الذي
 يجب فيه الحد ، لا الزنا في مقابل الشبهة . على أنه غير ثابت . وعليه
 فالاحكام الثابتة للزنا في مقابل الشبهة تثبت في فروض المسألة كلها ، إلا
 أن تقوم القرينة على الاختصاص بنوع دون نوع وبحال دون حال .

ومن ذلك يظهر أن الأحكام الأربعة المشهورة الثابتة للزنا في الجملة - وهي نفي العدة ، ونفي المهر ، ونفي النسب ، وثبوت الحد - لا بد من ملاحظة أدلتها ليتضح أنها ثابتة له مطابقة أو مقيداً .

والظاهر من أدلة الحد اختصاصه بالمعصية ، لأنه المجازاة عليها لقطع دابر الفساد ، فلا يشمل صورة ارتفاع التكليف . مضافاً الى ماورد من أنه لا حد على مجنون حتى يفيق ، ولا على صبي حتى يدرك ، ولا على النائم حتى يستيقظ (١) ونحوه غيره مما ورد في الصبي ، والمستكره (٢) وغيرهما . ولعل أدلة نفي النسب عن الزاني أيضاً مختصة بذلك ، لأن العدة فيه قول النبي (ص) : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » (٣) . وعموم العاهر لمطلق الزاني غير ظاهر . ولا يبعد أيضاً ذلك في مثل : « لامهر لبغي » ، فان البغاء غير ظاهر العموم لمطلق الزنا . وأما نفي العدة فهو محل كلام وخلاف ، وقد أفق بعض بوجود العدة على الزانية وعدم جواز تزويجها قبل انتهاء العدة . وبالجملة لا بد من ملاحظة أدلة الأحكام من حيث العموم والخصوص . والكلام في ذلك موكول الى مقام آخر . نعم لا ينبغي التأمل في أن نشر الحرمة بالزنا لا قصور في إطلاق أدلته ، فيجب الأخذ بها في فرض المسألة .

ثم إن الذي يظهر من تعريف الشبهة المنسوب الى الأكثر الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة ، بل هو ظاهر المحكي من كلام جماعة من الفقهاء ، كالشيخ في النهاية ، والمحقق في الشرائع ، والنافع ، والعلامة في

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٨ من ابواب حد الزنا .

(٣٥) مستدرک الوسائل باب : ٧٣ من ابواب احكام الأولاد حديث : ١ ، الوسائل باب : ٨

من ابواب ميراث ولد الملائنة حديث : ١ ، ٤ .

القواعد ، وغيرهم ، فقد اشتملت عباراتهم في تمثيل الشبهة على ذكر الظن وإخبار مخبر . ونحو ذلك ماتقدم عن المسالك في تعريف الشبهة والتمثيل لها . وظاهر ذلك الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة في نظر الواطئ . ويحتمل اعتبار كونه حجة شرعاً ، فإذا لم يكن حجة شرعاً كان الوطئ زناً . وهو ظاهر محكي مصابيح العلامة الطباطبائي ، معللاً بأن الفروج لا تستباح إلا بسبب شرعي ، فإذا لم يتحقق فيه السبب المبيح فهو وطئ محرم داخل في الزنا . ومن المعلوم أن الشارع لم يبيح الوطئ بمجرد الاحتمال أو الظن ، وإنما أباحه بشرط العلم بالاستحقاق أو حصول ما جعله أمارة للحلل ، فبدونها لا يكون الوطئ إلا زناً ... إلى آخر كلامه المحكي . وفي المسالك - بعد أن نقل عن الشيخ وغيره تحقق الشبهة في الوطئ بظن المرأة خلية من الزوج ، أو ظن موت زوجها ، أو طلاقه ، سواء استند إلى حكم الحاكم ، أو شهادة الشهود ، أو إخبار مخبر - قال : « إن الحكم المذكور لا إشكال فيه على تقدير حكم الحاكم أو شهادة شاهدين يعتمد على قولها شرعاً وإن لم يحكم حاكم ... إلى أن قال : وأما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شرعاً - كالواحد - فينبغي تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلاً منها بالحكم ، فلو علما بعدم الجواز كانا زانين ، فلا يلحق بهما الولد ، ولا عدة عليها منه . ولو جهل أحدهما ثبتت العدة ولحق به الولد ، دون الآخر وفي التحرير صرح بالاجتزاء بخبر الواحد . وهو محمول على ما ذكرنا ليوافق القوانين الشرعية . »

ونحوه المحكي من عبارة شرح النافع وغيرها . وظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجة غفلة ، وإن لم يكن حجة شرعاً ، وكان الوطئ فيه محرماً ، لكون الواطئ من الجاهل المقصر المستحق للعقاب . ويحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة لا واقعاً ولا ظاهراً ، بأن كان متردداً ومتمنبها للسؤال ، فلم

يسأل وأقدم على الوطء . وفي الجواهر : أنه لا يخلو من قوة . وهو ظاهر
تعريف المسالك ، بناء على لإرادة الأعم من العلم بحقيقة أو تعبداً . فهذه
احتمالات أو أقوال أربعة في الفرق بين الشبهة والزنا مستفادة من كلمات الاصحاب .
وأما المنصوص : ففي موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « إذا
نعمي الرجل الى أهله ، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ، ثم تزوجت ،
فجاء زوجها الأول ، فإن زوجها الأول أحق بها من هذا الأخير ، دخل
بها الأول أو لم يدخل بها ، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً ، ولها المهر
بما استحل من فرجها » (١٥) . ومصحح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع)
قال : « قضى في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل ، فتكلمت امرأته
وتزوجت سرية ، فولدت كل واحدة من زوجها ، ثم جاء الزوج الأول
أو جاء مولى السرية . قال : فقضى في ذلك أن يأخذ الزوج الأول امرأته
ويأخذ السيد سرية وولدها ، أو يأخذ عوضاً من ثمنه » (٢٥) . ومصحح
زيد الكناشي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في
عدتها . فقال : إن كانت تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة
فان عليها الرجم . . الى أن قال : قلت : أرأيت إذا كان منها بجمالة
قال : فقال ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا وهي تعلم أن عليها
عدة في طلاق أو موت . ولقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك . قلت :
فان كانت تعلم أن عليها عدة ولا تدري كم هي ؟ فقال : إذا علمت أن
عليها العدة لزمها الحجة فتسأل حتى تعلم » (٣٥) ، ومصحح أبي عبيدة
الحذاء عن أبي عبد الله (ع) : « عن امرأة تزوجت رجلاً ولها زوج .

(١٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث : ٢ .

فقال (ع) : إن كان زوجها الأول مقياً معها في المصر التي هي فيه
تصل اليه ويصل إليها فان عليها ما على الزاني المحصن الرجم . . . الى
أن قال : قلت : فان كانت جاهلة بما صنعت : قال : فقال : أليس
هي في دار الهجرة ؟ قلت : بلى . قال : ما من امرأة من نساء المسلمين
إلا وهي تعلم أن المرأة المسلمة لا يحل لها أن تزوج زوجين . قال : ولو
أن المرأة إذا فجرت قالت : لم أدر ، أو جهلت أن الذي فعلت حرام ،
ولم يقم عليها الحد إذا لتعطت الحدود ، (١٥) .

لكن الأخير غير ظاهر في وطء الشبهة ، وإنما هو ظاهر في دعوى
الشبهة وأنها غير مسموعة ، لأنها لو صححت لا تجدي في رفع اليد حتى
عن الحد ، حتى يكون مما نحن فيه . ونحوه ما قبله . نعم ظاهر ذيله صحة
الدعوى ، لكن لا تعرض فيه للحد ، وإنما فيه تعرض لوجوب السؤال
وعدم المذورية . اللهم إلا أن يكون المراد ان سماع دعواها لا يستوجب
رفع الحد لوجوب السؤال . لكن على هذا التقدير يكون وجوب الحد
مختصاً بالجاهل المتردد ، فلا يشمل الجاهل الغافل وإن كان مقصراً ومأثوماً .
لكن هذا المصحح يكون نافياً للاحتيال الأخير الذي اختاره في الجواهر ،
وللاحتيال الأول المنسوب الى ظاهر المشهور ، ولا ينفي الاحتمالين الآخرين .
وأما مصحح محمد بن قيس : فلا يظهر منه انه وارد في وطء الشبهة ،
بل أخذ مالك السرية للولد من أحكام الزنا ، لا من أحكام الشبهة . وأما
موثق زرارة : فمقتضى ما فيه من استحقاق المهر أنه وارد في الشبهة .
ومقتضى الجمود على مورد السؤال الاجتزاء في الشبهة بمطلق الخبر ولو مع
التردد في حجيته . لكن المنصرف الى الذهن من قوله : « فاعتدت . . »
أن الاعتداد كان مبنيًا على اعتقاد الحجية غفلة أو اعتقاد صدق الخبر :

ولا بين كونه في حال للنوم ، أو لليقظة . ولا بين كون الزاني بالغاً ، أو غير بالغ وكذا المزني بها . بل لو أدخلت المرأة ذكر للرضيع في فرجها نشر الحرمة ، على إشكال (١) . بل لو زنا بالميتة فكذلك على إشكال أيضا (٢) . وأشكل من

ولو سلم إطلاقه فهو مقيد بمصحح الكناسي المتقدم بناء على ظهوره في ثبوت الحد مع التردد ، وتكون نتيجة الجمع بينها اعتبار عدم التردد في الحجية في ثبوت الشبهة وإن كان الواطئ مقصراً . فيتم ما ذكره في المسالك وغيرها . ومن ذلك يتضح وجه بقية النصوص التي ذكرها في الجواهر التي ادعى فيها إطلاقها من حيث وجود الحجية الشرعية وعدمها ، والتردد في الحجية وعدمه ، فان إطلاقها لو سلم يكون مقتضى الجمع بينها وبين مصحح الكناسي اعتبار عدم التردد في الحجية .

والمتمحصل مما ذكرنا أمران : الأول : أن المايز بين وطء الشبهة وبين الزنا ما ذكر في المسالك من أن الأول الوطء غير المستحق مع البناء فيه على الاستحقاق ولو كان جاهلاً مقصراً ، والثاني ماعداه . والثاني : أن اللازم ترتيب أحكام الزنا على الزنا بالمعنى المذكور ؛ إلا إذا كان دليل الحكم لا عموم فيه ، فيقتصر فيه على القدر المتيقن :

(١) ينشأ من أن تعريفهم للزنا بأنه « إيلاج الانسان ذكره :: » ، ظاهر في عدم صدق الزنا إذا كان الإيلاج من طرف المرأة . لكن الظاهر أن القصور في التعريف . وإلا فلا ريب في أنه من الزنا ، كما اعترف بذلك كله في الجواهر في كتاب الحدود . ويحتمل أن يكون الاشكال من جهة كون الزاني الرضيع . وهو أيضا كما ترى ، لما عرفت في صدر المسألة : (٢) ينشأ من ظهور الزنا في الانسان الحي ، فلا يشمل الميت . واستعمال الزنا في الميت مجاز ، كاستعماله في غير الانسان .

ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل (١) . وأما لو أدخلت للذكر للمقطوع فالظاهر عدم للنشر (٢) .

(مسألة ٣٤) : إذا كان للزنا لاحقاً فطلقت للزوجية رجعيّاً ثم رجع للزوج في أثناء للعدة لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمة ، لأن الرجوع إعادة للزوجية الأولى (٣) . وأما إذا نكحها بعد الخروج عن للعدة ، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد ، ففي صحة للنكاح وعدمها وجهان . من أن للزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً . ومن أنه سابق بالنسبة الى هذا للعقد الجديد . والأحوط النشر (٤) .

(مسألة ٣٥) : إذا زوجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأمرها أو بنتها ثم أجاز للعقد فان قلنا بالكشف الحقيقي ، كان للزنا لاحقاً (٥) . وإن قلنا بالكشف الحكمي أو للتقل كان سابقاً (٦)

- (١) لان الأشكال يكون من الوجهين السابقين معاً ، لكن عرفت أن الاشكال الأول ضعيف ، والثاني قوي .
- (٢) ينبغي أن يكون من الواضحات . وكذا لو أدخل صاحب الذكر المقطوع ذكره في فرج امرأة لا يكون زانياً .
- (٣) كما تقدمت الاشارة الى ذلك في المسألة السادسة والعشرين .
- (٤) بل هو الأقوى . كما يقتضيه إطلاق الأدلّة . كما عرفت في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل السابق .
- (٥) لتحقق الزوجية على هذا القول قبل الزنا .
- (٦) تقدم الكلام فيه في نظير المقام . وتقدم أنه بناء على الكشف

(مسألة ٣٦) : إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه (١) . وكذا للعكس على الأقوى فيهما . بخلاف ما إذا كان للنظر أو اللمس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتفاقياً ، بل وإن أوجب شهوة أيضاً (٢) . نعم لو لمسها لاثارة للشهوة - كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة - فالظاهر للنشر (٣) (مسألة ٣٧) : لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس وللناظر على الأقوى (٤) ، وإن كان الاحوط الانقلابي أيضاً يكون الزنا لاحقاً .

(١) تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل .

(٢) كما استظهر في الجواهر . لكنه خلاف النصوص كما تقدم .

(٣) كما لم يستبعده في الجواهر ، لاطلاق النصوص .

(٤) كما في القواعد ، بل هو ظاهر المشهور ، حيث اقتصرنا على

تحريم الأمة المنظورة والملموسة على أب الناظر وابنه ، ولم يتعرضوا لتحريم

أمها وبناتها عليه . بل في الشرائع : « ومن نشر به الحرمة قصر التحريم

على أب اللامس والناظر وابنه خاصة ، دون أم المنظورة أو الملموسة وبناتها » .

نعم عن أبي علي والشيخ : القول بتحريمها على الناظر . ولم يستبعده

في الجواهر . وعن الشيخ : دعوى الاجماع عليه . وهو ممنوع كما في كشف

الثمام . وقد استدل بالاحتياط ، ولكنه غير واجب في مقابل عمومات التحليل :

وبالأخبار فعن النبي (ص) : « لا ينظر الله تعالى الى رجل نظر الى فرج

امرأة وابنتها » (١) ، وعنه (ص) : « من كشف قناع امرأة حرمت

الاجتناب . كما أن الاحوط اجتناب للربيبة الملموسة أو المنظورة أمها ، وإن كان الأقوى عدمه (١) . بل قد يقال : إن اللمس

عليه أمها وبناتها ، (١) ، وصحيح مجد بن مسلم : « سئل أحدهما (ع) عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها وإلى بعض جسدها ، أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها ، (٢) : وفي كشف اللثام : « ونحوه أخبار آخر » . وكأنه أراد بها خبر أبي الربيع قال : « سئل أبو عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة فمكث أياماً معها لا يستطيعها ، غير أنه قد رأى منها ما يحرم على غيره ، ثم يطلقها ، أيصلح له أن يتزوج ابنتها ؟ قال : أيصلح له وقد رأى من أمها ما رأى ، (٣٠) ونحوه موثق مجد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) (٤٥) . لكن النبيين عاميان ضعيفان ، والأول قد أنكره المحدثون منهم ، كما قيل . ومورده النظر الى موضع خاص : ولا مجال للأخذ باطلاقها . وصحيح ابن مسلم وما بعده واردة في الزوجة . فلا مجال للاستدلال بها على حكم الأمة .

(١) بل هو ظاهر الأصحاب ، حيث اشترطوا في تحريم الربيبة الدخول بأمها . كما يقتضيه ظاهر الكتاب المحيد ، لقوله تعالى : (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) (٥٥) ، ولصحيح العيص بن القاسم قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل باشر امرأته وقبل غير أنه لم يفض إليها ، ثم تزوج ابنتها . قال (ع) : إن لم يكن أفضى الى الأم

(١٥) لم نشر عليه في مظانه من كنز العمال وسنن البيهقي .

(٢٥) الوسائل باب : ١٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث : ٢ .

(٥٥) النساء : ٢٣ .

وللتظر يقومان مقام اللوطء في كل مورد يكون اللوطء ناشراً للحرمة (١) ، فتحرم الاجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة أو

فلا بأس ، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها ، (١٥) . نعم يعارض ذلك صحيح محمد بن مسلم وموثقه وخبر أبي الربيع المتقدمة . لكن الأخيرين غير ظاهرين في الحرمة . والأول يمكن حمله على الكراهة . لكن في الجواهر قوى التحريم . وناقش في صحيح العيص بأن الموجود في النسخة الصحيحة « باشر امرأة » بدل : « باشر امرأته » فيكون محمولاً على الاجنبية ، فيبقى صحيح محمد بن مسلم المعتضد بغيره من النصوص سالماً عن المعارض . وفيه : أن ظاهر الكتاب انحصار سبب التحريم بالدخول ، فلو كان المس سبباً للتحريم لكان الدخول لغواً ، لتقدم المس عليه دائماً . وكذلك النظر فإنه متقدم على الدخول غالباً إلا في الظلام والأعمى ونحوهما . فالبناء على محرمة النظر واللمس موجب لاقاء سببية الدخول . فيكون الصحيح معارضاً للكتاب ، فلا مجال للعمل به . مع أن البناء على إطلاقه غير ممكن . وتقييده بما يكون عن شهوة ، ليس بأولى من حمله على الكراهة . ولو سلم التساوي فالمرجع الكتاب والنصوص المتفقة على انحصار سببية التحريم بالدخول لا غير . هذا مضافاً الى إعراض الأصحاب عن الصحيح المذكور ، وعدم تعرضهم لمضمونه ، فضلاً عن الاعتماد عليه . ولأجل ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الجواهر من كون النظر واللمس يقومان مقام الدخول المتمم لسبب المصاهرة ، وهو الملك والعقد . فكما تحرم أم المملوكة وبناتها بنظر المالك اليها ولمسه . كذلك تحرم أم المعقود عليها وبناتها بنظر العاقد اليها ولمسه فقد عرفت الاشكال عليه في المسألتين معاً . فلاحظ :

(١) قال في المسالك : « اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة

حراماً على الاب والابن ، وتحرم أمها وبناتها حرة كانت أو أمة . وهو وإن كان احوط ، إلا أن الاقوى خلافه (١) .
وعلى ما ذكر فتتخصر الحرمة في مملوكة كل من الاب والابن على الآخر إذا كانت مأموسة أو منظورة بشهوة (٢) .
(مسألة ٣٨) : في إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه للكافرين إذا كان بشهوة نظر . والاقوى للعدم (٣) ، وإن كان هو الاحوط .

المصاهرة في أن النظر الى الأجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم وإن علت ، والبنات وإن نزلت أم لا ؟ هكذا نقله فخر الدين في شرحه . ولم نقف على القائل بالتحريم . . . الى أن قال : وهو قول ضعيف جداً ، لا دليل عليه ، وما ذكره قوي جداً . لاختصاص نصوص الحرمة بما إذا وقعا على الوجه الحلال بالأمه ، كما عرفت ، أو مع التعميم للزوجة ، كما سبق من الجواهر . فلا مجال للتعدي عن ذلك الى وقوعها على الوجه الحرام في الأمة - كما لو نظر إليها المالك وهي مزوجة - فضلاً عن الأجنبية .

(١) عملاً باصالة الحل ، التي لم يثبت ما يستوجب الخروج عنها .
(٢) على الوجه المحلل ، كما أشرنا الى ذلك ، وقواه في الجواهر ، لاختصاص النصوص به ، فلو نظر إليها المالك كذلك وهي مزوجة ، أو قبل أن يملكها ثم تملكها لم تحرم على أبيه ، ولا على ابنه .

(٣) كما مال اليه في الجواهر ، لما سبق في صدر الفصل من اختصاص النصوص بالنظر واللمس المستتبعين لكشف أو تجريد أو نحوهما مما اشتملت عليه النصوص ، فلا تشمل مثل ذلك . وحينئذ يتعين الرجوع الى أصالة

(مسألة ٣٩) : لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح (١)
دواماً أو متعة (٢) ، سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين (٣) .

الحل . نعم تقدم في الروايات محرمة التقبيل بشهوة . ولا يبعد التعدي الى غيره من اللمس المتعلق بالوجه ، مثل وضع خده على خدها ، وقرصها ونحوهما . فاستثناء الوجه والكفين ينبغي أن يكون مختصاً بالنظر . فتأمل .
(١) إجماعاً . بل بإجماع علماء الاسلام كافة . ويشهد له صريح قوله تعالى : (وأن تجمعوا بين الأختين) (١٥) ، والنصوص المستفيضة بل المتواترة . معني ، ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : « قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في أختين نكح أحدهما رجل ، ثم طلقها وهي حبلى ، ثم خطب أختها ، فجمعها قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها . فأمره أن يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها ، وبصدقها صداقاً مرتين » (٢٥) . ونحوه غيره مما تأتي الإشارة الى بعضه .

(٢) بلا إشكال ، لاطلاق الأدلة . وفي صحيح البزنطي المروي في قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال : « سألته عن رجل تكون عنده امرأة ، يحل له أن يتزوج أختها متعة ؟ قال (ع) : لا » (٣٥) ، واما ما في خبر منصور الصبقل عن أبي عبد الله (ع) « لا بأس بالرجل ان يتمتع بأختين » (٤٥) فلا بد ان يحمل على صورة التفريق ، وإلا فهو مطروح ، لخالفته الأصحاب .

(٣) بلا إشكال ، ولا خلاف : وبقتضيه عموم : « يحرم من الرضاع

(١٥) النساء : ٢٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئها (١). وأما الجمع

ما يحرم من النسب ، (١٥) . وفي صحيح أبي عبيدة قال : « سمعت ابا عبد الله (ع) يقول : لا تنكح المرأة على عمته ، ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة ، (٢٥) . هذا وفي بعض النسخ زيادة : (او مختلفتين) . والظاهر انها غلط . وحمله على بعض المحامل البعيدة لا يظن من المصنف وقوعه ، مع عدم تعرضه لشرح ذلك .

(١) فاذا جمع بينهما في الملك فوطئ لإحداهما حرم عليه وطء الأخرى . بلا خلاف ، كما في المسالك . واتفاقاً ، كما في كشف اللثام . وفي الجواهر : الإجماع بقسميه عليه . ويقتضيه قوله تعالى : (وان تجمعوا بين الأختين) بناء على إرادة الوطء . والنصوص ، كوثق الجليبي عن ابي عبد الله (ع) قال : « قلت له : الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ، ثم يطأ الأخرى بجهالة . قال (ع) : إذا وطئ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى . وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً ، (٣٥) . وخبر عبد الغفار الطائي عن ابي عبد الله (ع) : « في رجل كانت عنده اختان فوطئ إحداهما ، ثم اراد ان يطأ الأخرى . قال (ع) : يخرجها عن ملكه . قلت : الى من ؟ قال (ع) : الى بعض اهله . قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها . قال (ع) : حرمتا عليه كلتاها ، (٤٥) . ونحوهما غيرهما . وقد يظهر من صحيح علي بن يقطين خلاف ذلك ، قال : « سألت ابا ابراهيم (ع) عن اختين مملوكتين وجمعهما . قال : تستقيم ، ولا

(١٥) راجع الوسائل باب : ١ من ابواب ما يحرم من الرضاع .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا مانع منه (١) . وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون للوطء ، بأن لم يطأها أو وطئ إحداها واستمتع بالآخرى بما دون للوطء ؟ فيه نظر . مقتضى بعض النصوص (٢) : الجواز وهو الاقوى . لكن الاحوط للعدم .

أحبه لك ، (١٥) . وقريب منه غيره . لكن لا مجال للعمل به بعد الاجماع على خلافه .

(١) بلا إشكال نصاً وفتوى . وفي التذكرة والمسالك : الاجماع عليه . والنصوص الماضية والآية دالة عليه .

(٢) هو خبر عيسى بن عبدالله المروي عن تفسير العياشي قال : « سئل ابو عبدالله (ع) عن اختين مملوكتين ينكح إحداها ، اتحل له الأخرى ؟ فقال (ع) : ليس ينكح الأخرى إلا فيما دون الفرج ، وإن لم يفعل فهو خير له . نظير تلك المرأة تحيض فتحرم على زوجها ان يأتيها في فرجها ، لقول الله عزوجل (ولا تقربوهن حتى يطهرن) (٢٥) ، وقال : (وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف) (٣٥) يعني : في النكاح فيستقيم للرجل ان يأتي امراته وهي حائض فيما دون الفرج ، (٤٥) . لكن الخبر ضعيف ، ولا يصلح للخروج به عن ظاهر بعض النصوص والفتاوى من ان الأخت تكون حراماً بوطاء اختها . فلاحظ موثق الحلبي المتقدم . وفي جامع المقاصد : « وإنما يحرم الجمع بينهما (يعني : بين

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٢٥) البقرة : ٢٢٢ .

(٣٥) النساء : ٢٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١١ .

(مسألة ٤٠) : لو تزوج باحدى الاختين وتملك
الاخرى ، لا يجوز له وطء المملوكة (١) إلا بعد طلاق المزروجة

(الاختين) في النكاح ، لعموم قوله تعالى : (وأن تجمعوا بين الأختين) ،
والمراد في النكاح ، كما يقتضيه سياق الآية ، فيتناول العقد والوطء ،
وكذا توابع الوطء من الاستمتاع ، فمتى وطئ أمته المملوكة حرمت
عليه اختها بالملك ، فلو كانت الأخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع بها
مادامت الأولى في ملكه . ولا خلاف في ذلك . وفي المسالك في
الاستدلال على تحريم الثانية قال : « ولأن الجمع الحقيقي يمكن بالاستمتاع
بمادون الوطء ، وإذا حرم ذلك حرم الوطء ، لعدم القائل بالفصل .
ونحوه في كشف اللثام . ولأجل ذلك يتعين ان يكون الأقوى تحريم
سائر الاستمتاع .

(١) كما نص عليه جماعة ، منهم في المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر .
ويظهر منهم المفروغية منه . وكأنه بناء منهم على ان الجمع المحرم
بين الأختين ما هو أعم من الجمع بالعقد والوطء ، فاذا ثبت احدهما امتنع
الآخر . ومقتضى الجمود على الأدلة اللفظية من الآية والرواية وإن كان
الاقتصار على تحريم الجمع بين الأختين بالعقد ، وبين المملوكتين بالوطء .
وأما الجمع بينهما بالعقد على إحداهما والوطء للأخرى فمخارج عن مدلولها .
ومقتضى عموم الحل الجواز . إلا ان بناء الاصحاب على تحريم الجمع
بالنحو المذكور . وكانهم فهموا من التحريم في قوله تعالى : (حرمت
عليكم أمهاتكم . .) (١) تحريم مطلق الاستمتاع بهما على النحو الخاص
الذي يكون للرجال مع النساء ، لا تحريم العقد . نعم تحريم الاستمتاع
المذكور يستوجب بطلان عقد الزوجية ، لأن قوامها ذلك النحو من الاستمتاع ،

وخرجها عن العدة إن كانت رجعية . فلو وطئها قبل ذلك

فاذا حرم امتنعت الزوجية ، وهي بخلاف الملكية ، فانها ليست متقومة باستمتاع المالك ، فلا مانع من اعتبارها وإن حرم الاستمتاع ، ولذلك جاز ملك الأختين ، ولم يجز تزويج الأختين . وأما تحريم العقد تكليفاً فغير مستفاد من الآية ، بل إن ثبت فلا بد أن يكون للدليل آخر . وعليه فتحريم الجمع بين الأختين يستوجب تحريم الاستمتاع بهما سواء كان المحلل هو العقد ، أم الملك . فاذا عقد على إحداهما حل الاستمتاع بها ، فاذا ملك الأخرى حرم الاستمتاع بها ، لحرمة الجمع بين الأختين للاستمتاع .

نعم يبقى الاشكال في تعيين الثانية للتحريم ، دون الأولى ، مع أن الجمع إنما يكون بهما معا ، ونسبته اليهما على نحو واحد ، فلم لا تحرم الأولى وتحل الثانية ؟ ! والتقدم الزماني لا أثر له في الترجيح .

فان قلت : التقدم الزماني إنما لا يكون له أثر في الترجيح عند تراحم المقتضيات - مثل تراحم الواجبين كصلاتين ، وصومين ، وصلاة وصوم ، ونحو ذلك - لا فيما نحن فيه ، إذ الحرام إنما هو الجمع بين الأختين ، والجمع إنما يكون بضم الثانية الى الأولى ، فاذا حرم الجمع بين الأختين فقد حرم ضم الثانية الى الأولى في الاستمتاع . وليس معنى ذلك إلا تحريم الثانية بعينها ، لأن الجمع إنما يكون بهما ، لا بالأولى .

قلت : ليس معنى تحريم الجمع بين الأختين إلا تحريم الاستمتاع بهما معا ، وكما أن تحريم الثانية بعينها يتحقق به تحريم الجمع بينهما ، كذلك تحريم الأولى بعينها أيضاً يتحقق به تحريم الجمع بينهما ، فلا ميز بينهما في ذلك ، ولا مرجح لاحداهما على الأخرى . فاذا العدة في تعيين الثانية للتحريم هو الاستصحاب ، لان تحريم الأولى بعد تملك الثانية رفع للحل السابق ، وتحريم الثانية إبقاء للتحريم . ومقتضى الاستصحاب عند الشك

فعل حراما . لكن لا تحرم عليه للزوجة بذلك (١) . ولا يحسد حد للزنا بوطء المملوكة (٢) ، بل يعزر ، فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض .

(مسألة ٤١) : لو وطئ إحدى الاختين بالملك ثم تزوج الأخرى فالأظهر بطلان التزويج (٣) وقد يقال بصحتها وحرمة وطء الأولى إلا بعد طلاق الثانية (٤) .

في الترجيح شرعاً هو البناء على بقاء ما كان من تحليل الأولى ، وتحريم الثانية . فلاحظ .

(١) كما نص عليه في كشف اللثام ، وغيره . وفي الجواهر : « لم تحرم المنكوحه قطعاً » . وكأنه لقوله (ص) : « الحرام لا يحرم الحلال » (١) (٢) لاختصاصه بغير العقد والملك والشبهة . فلا يحسد من وطئ زوجته وإن حرم وطؤها كالحائض والصائمة ، ولا من وطئ أمته وإن حرم وطؤها لحيض أو غيره . ومنه المقام . ولزوم الحد في وطء الأمة المزوجة للاجماع والنص . ويشير الى نفي الحد في المقام النصوص الآتية في المسألة الخامسة والأربعين .

(٣) لما عرفت في المسألة السابقة .

(٤) كما عن المبسوط ، والمختلف ، والتحرير . وظاهر المسالك : الميل اليه ، لكون التزويج أقوى من ملك اليمين ، لكثرة ما يتعلق به من الأحكام التي لا تلحق الملك ، كالطلاق ، والظهار ، والايلاء ، والميراث ، وغيرها وهو كما ترى ، إذ الأحكام المذكورة لا تدل على الترجيح فيما نحن فيه ، ولا على رفع اليد عن الاستصحاب الذي قد عرفته :

(مسألة ٤٢) : لو تزوج باحدى الأختين ، ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية (١) ، سواء كان بعد وطء الاولى أو قبله (٢) . ولا يحرم بذلك وطء الأولى (٣) وإن كان قد

(١) بلا إشكال ، ولا خلاف ، كما في الجواهر . وفي كشف اللثام : أنه قطعي . وبقتضيه ما عرفت من الاستصحاب . ويشهد له صحيح زرارة بن أعين قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة في العراق ، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى ، فإذا هي أخت امرأته التي بالعراق . قال (ع) : يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام : ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضي عدة الشامية . قلت : فإن تزوج امرأة ، ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها . قال (ع) : قد وضع الله تعالى عنه جهالته بذلك . ثم قال : إن علم أنها أمها فلا يقربها ولا يقرب الابنة حتى تنقضي عدة الام منه ، فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة » (١٠) .

نعم في صحيح ابن مسكان ، عن أبي بكر الحضرمي ، قال : وقلت لأبي جعفر (ع) : رجل نكح امرأة ، ثم أتى أرضاً فنكح أختها ولا يعلم . قال (ع) : يمسك أيتها شاء ، ويخلي سبيل الأخرى » (٢٥) . ولكن يتعين طرحه ، أو حمله على ما لا ينافي ما سبق ، كما عن الشيخ ، فحمله على أنه إذا أراد إمساك الاولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر ، وإن أراد إمساك الثانية فليطلق الأولى ، ثم ليمسك الثانية بعقد مستأنف :

(٢) كما نص عليه الجماعة . وبقتضيه لإطلاق النص ، والأصل ، والفتوى .
(٣) بلا إشكال . لأن الحرام لا يحرم الحلال .

(١٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

دخل للثانية . نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى
يكبره له وطء الأولى قبل خروج للثانية من للعدة (١) . بل
قيل : يحرم (٢) ، للنص للصحيح . وهو الأحوط .

(مسألة ٤٣) : لو تزوج بالاختين ولم يعلم للسابق
وللاحق ، فان علم تاريخ أحد للعقدين حكم بصحته (٣) دون
المجهول . وإن جهل تاريخها حرم عليه وطؤها (٤) . وكذا
وطء لإحداهما (٥) إلا بعد طلاقها (٦) أو طلاق للزوجة

(١) كما صرح به جماعة . لأن العدة من علائق الزوجية ، كما في
كشف اللثام . ولصحيح زرارة المتقدم بعد حمله على الكراهة ، بعد إعراض
المعظم عنه .

(٢) حكى عن ظاهر نهاية الشيخ ، وعن ابني حمزة والبراج ، عملاً
منهم بظاهر النص .

(٣) لأصالة عدم تزويج الأخرى إلى حينه ، المتمم لموضوع الصحة ،
فان العقد على الأخت إذا كان قد عقد على أختها باطل ، وإذا لم يعقد
على أختها صحيح ، فموضوع الصحة مؤلف من العقد والقيد المذكور ،
فاذا ثبت القيد بالأصل ثبتت الصحة ، ولا يجري مثل ذلك في مجهول
التاريخ ، بناء على التحقيق ، كما ذكر في مباحث الخلل في الوضوء من
هذا الشرح .

(٤) للعلم الإجمالي .

(٥) لوجوب الموافقة القطعية ، على ما هو التحقيق .

(٦) يعني : طلاق كل منهما برجاء انها زوجة ، وإلا فالأخرى

ليست بزوجة كي تحتاج إلى طلاق .

لواقعية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى من للعدة (١) إن كان دخل بها أو بها . وهل يجبر على هذا للطلاق دفعاً لضرر للصبر عليهما ؟ لا يبعد ذلك (٢) ،

(١) لاحتمال أنها زوجة ، فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العدة إذا كان دخل بها ، وكان الطلاق رجعياً كما سيأتي .
 (٢) كما جزم به في التذكرة . وفي القواعد : أنه اقرب : وتبعه في كشف اللثام . لكن في مبحث الولاية فيما إذا عقد الوليان مرتين ونسي السابق منها ، استشكل في الالتزام بالطلاق بأن الاجبار يوجب وقوعه عن إكراه ، وطلاق المكره باطل . وجعل الأقوى فسخ الحاكم ، وأجاب عنه غير واحد بأن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراهاً على واجب ، وإلا فهو بمنزلة الاختيار . ووجوب الطلاق لأنه أحد علي الواجب التخيري المستفاد وجوبه من قوله تعالى في سورة البقرة : (الطلاق مرتان ، فامسك بمرحوف ، أو تسريح بإحسان) ، وقوله تعالى منها (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمرحوف ، أو سرحوهن بمرحوف) (١٥) وقوله تعالى في سورة الطلاق : (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمرحوف أو فارقوهن) (٢٥) . لكن الظاهر من الآيتين الأخيرتين أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة ، لا الطلاق : وأما الآية الأولى : فالظاهر منها ذلك أيضاً . لكن في موثق الحسن بن فضال المروي في الفقيه عن الرضا (ع) - في حديث - : « إن الله عز وجل أذن في الطلاق مرتين ، فقال : (الطلاق مرتان ، فامسك بمرحوف أو تسريح بإحسان) يعني : في التطليقة الثالثة » (٣٥) . وفي رواية العياشي

(١٥) الآية : ٢٣١٠٢٢٩ .

(٢٥) الآية : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب أقسام الطلاق حديث : ٧ .

عن أبي عبد الله : « إن الله تعالى يقول : (الطلاق مرتان ، فامسك بمعروف أو تسريح باحسان) ، والتسريح هو التطليقة الثالثة » (١٠) . ونحوها مارواه العياشي عن أبي بصير (٢٠) ، وسماعة بن مهران عن أبي عبد الله (ع) (٣٠) . إلا أن ذلك خلاف ظاهر الآية المذكورة الى تمامها وما بعدها ، وهو قوله تعالى : (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يترابعا إن ظنا أن يقيما حدود الله . وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون . وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا . .) (٤٥) فإن الظاهر - بعد ملاحظة ما ذكره بتامه - أن المراد من التسريح ترك الرجوع بها كما هو الظاهر من الآيتين الاخيرتين والطلاق الثالث يشار اليه بقوله تعالى : (فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح . . .) . وقد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفي الحرج (٥٥) والضرر (٦٥)

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ١٠ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ١٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث : ١٣ .

(٤٥) البقرة : ٢٢٩ الى ٢٣١ .

(٥٥) مثل قوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » البقرة : ١٨٥ ، وقوله

تعالى : (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) المائة : ٦ ، وقوله تعالى : (ما جعل عليكم في الدين من حرج) الحج : ٧٨ . وقد يدل عليه خبر عبد الأهل مولى آل سام راجع الوسائل باب : ٣٩ من ابواب الوضوء حديث : ٥ .

(٦٥) راجع الوسائل باب : ١٧ من ابواب الخيار من كتاب البيع ، وباب : ٥ من كتاب

الشفعة ، وباب : ٧ ، ١٢ من كتاب إحياء الموات .

لقوله تعالى : (فامسك بمعروف أو تسريح باحسان) .
وربما يقال : بعدم وجوب للطلاق عليه ، وعدم إجباره ، وأنه
يعين بالقرعة (١) .

كما في كشف اللثام وغيره ، فان بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وخرج ،
وفيه : أن الضرر أو الحرج ليس من الزوجية ، بل من أحكام الزوجية
بعد الاشتباه ، فدليل نفيها يقتضي نفي تلك الاحكام . لكن ليس بناء الفقهاء
عليه ، فلا يجوز الزنا للحرج ، ولا يجوز أكل مال الغير للحرج ، ولا يجوز
شرب الخمر للحرج ، فلا يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم ، وإن
كان مجوزاً لترك الواجبات ، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في
ذلك غير ظاهر ، ومقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفي الوجوب . ومقتضى
ذلك أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعا للحرج ،
لا وجوب الطلاق على الزوج . وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في
المقام ، وبين الضرر في المعاملة المشتملة على الفين . فان الضرر هناك من
نفس المعاملة ، ومبادلة القليل بالكثير بخلاف المقام ، فان الضرر هنا يلزم
من ثبوت أحكام الزوجية ، لا من نفس الزوجية . ولو سلم فمقتضى ذلك
أن يكون للزوجة الخيار في الفسخ ، لا وجوب الطلاق على الزوج ، كما
هو المبدعى ، ولا سيما بملاحظة أن الطلاق يوجب الضرر على الزوج
بنصف المسمى :

(١) هذا القول لم أقف على قائله . نعم في القواعد ، فيما لو زوجها
الوليان من اثنين واشتبه السابق واللاحق ، احتمل القرعة . لكن قال :
« ويؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق ويجدد من وقعت له النكاح » .
واستدل له في جامع المقاصد وغيره بما قالوه (ع) : « كل أمر مشكل فيه

وقد يقال : إن الحاكم يفسخ نكاحهما (١) . ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون إحداها زوجة وجوب الانفاق عليهما (٢) ما لم يطلق ، ومع للطلاق قبل للدخول نصف المهر لكل منهما ،

القرعة (١٥) . وأشكل عليه في جامع المقاصد : بأن القرعة لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الأنكحة التي تتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحریم ، والمحرمية . وفيه : أن ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة . نعم ليس بناء الأصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالشبهة المحصورة . لكن ذلك إذا لم يلزم منه محذور ، والمفروض لزومه . وقد ورد في نصوص القرعة ما تضمن مشروعيتها فيمن نزا على شاة في قطع غم وقد اشتبهت بغيرها . والمقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط . ومن ذلك يظهر توجه الاشكال على ما في القواعد : بأنه إذا عمل بالقرعة لم يكن وجه لأمر من وقعت له بالنكاح ، وأمر من لم تقع له بالطلاق . فان ذلك خلاف مقتضى القرعة . اللهم إلا أن تكون القرعة لتعيين من يؤمر بالطلاق أو النكاح ، لا لتعيين الزوجة . وهو كما ترى ، إذ لا دليل على هذا الأمر ، ليستخرج مورده بالقرعة ، بل أمر كل منهما بالطلاق أولى من أمر أحدهما به ، وأمر الآخر بالنكاح .

(١) هذا اختاره في القواعد في تزويج ولي المرأة من رجلين مع اشتباه السابق . وتبعه في جامع المقاصد . لأن فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الاجبار في الطلاق . وفيه : أن هذا المقدار لا يقتضي ولاية الحاكم على ذلك ، بل الاولى من ذلك ولايتها على الفسخ ، نظير المعاملة الغيبية .

(٢) لكن لزوم الضرر المالي من الاحتياط يوجب ارتفاعه ، وحينئذ

يتعين الرجوع الى القرعة في تعيين المستحق للنفقة :

وإن كان بعد للدخول فتمامه (١) . لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لها ، فلكل منهما للربع في صورة عدم للدخول (٢) ،

(١) عملاً بالعلم الاجمالي . لكن عرفت إشكاله .

(٢) قال في القواعد : « فان اشبه السابق منع منها . والاقرب للزامة بطلاقها ، فثبت لها ربع المهرين ، مع اتفاقها واختلافها على إشكال » . ويحتمل أن قوله : « على إشكال .. » راجع الى أصل الحكم بقرينة قوله - بعد ذلك - : « ويحتمل القرعة في مستحق المهر » . ويحتمل أن يكون راجعاً الى صورة اختلاف المهرين . لأنه مع اتفاق المهرين جنساً وقدرأً ووصفاً يكون ربع مجموع المهرين عين نصف أحدهما ، فيكون تقسيمه على الأختين عملاً بقاعدة العدل والانصاف . أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما ، وهو مخالف لربع مجموعها ، فايجاب الربع عليه . يوجب إسقاط الواجب وإيجاب غيره . اللهم إلا أن تكون قاعدة العدل والانصاف مبنية على ذلك ، فكما أنه مع الاتفاق يلزم حرمان المستحق ، لعدم المرجح مع التردد ، فكذلك في صورة الاختلاف يلزم مع ذلك إعطاء غير الواجب . لعدم المرجح . فعلم للمرجح الموجب للحرمان مع الاتفاق هو الموجب لإعطاء غير الواجب أيضاً . هذا ولأجل أن قاعدة العدل والانصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يترأى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك ، لعدم المرجح ، وقد يشير اليه التعبير عنها بقاعدة العدل والانصاف . أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة ، المتضمنة للتنصيف .

والأول غير ظاهر ، فان عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف ، يقتضي التخيير ، نظير ما ذكره في مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة ، من أن التخيير استمراري ، وأن حكم العقل بالتخيير ابتداءً بعينه يقتضي

التخيير ثانياً، وأنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة ، وبين القطع بالمخالفة المقرون بالقطع بالموافقة . ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية ، والتوزيع يوجب الموافقة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية . ولا فرق بينهما في نظر العقل .

والثاني أيضاً : غير ظاهر ، لأن ما ورد (٥) في الموارد الخاصة المذكورة

(٥) مثل رواية عبدالله بن المغيرة ، من غير واحد من اصحابنا عن ابي عبدالله (ع) : « في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيئي وبينك . فقال: أما الذي قال : هما بيئي وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له ، وأنه لصاحبه ، ويقسم الآخر بينهما » (١٥) ، ورواية السكوني عن الصادق (ع) عن أبيه : « في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر دينار ، فصاح دينار منها . فقال (ع) : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ، ويقسم الآخر بينهما نصفين » (٢٥) . ورواية اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله (ع) : « في رجلين اختصما في دابة في أيديهما . . الى أن قال : فقبل له : فلو لم تكن في يد واحد منها ، وأقاما البيعة . فقال : أحلفها ، فأبها حلف ونسكل الآخر جعلتها للحالف . فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين » (٣٥) ، ورواية قيات بن ابراهيم : « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين » (٤٥) ونحوهما رواية تميم بن طرفة (٥٥) . ورواية يونس بن يعقوب عن ابي عبدالله (ع) : « في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة . قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة ، وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما » (٦٥) ، ورواية رفاعة : « وما يكون للرجال والنساء قسم

(١٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب الصلح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب الصلح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب كيفية القضاء حديث : ٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب كيفية القضاء حديث : ٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب كيفية القضاء حديث : ٤ .

(٦٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٣ .

وتتام أحد المهرين لها في صورة للدخول . والمسألة محل إشكال
كنظائرهما من للعلم الاجمالي في الماليات .

(مسألة ٤٤) : لو اقترن عقد الأختين - بأن تزوجهما

بصيغة واحدة ، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى
في زمان واحد - بطلا معاً (١) . وربما يقال : بكونه مخيراً في

في كتاب الصلح ، وفي كتاب القضاء ، وغيرهما ، لا يمكن التعدي من
مورده الى غيره . وليس فيه إشارة الى قاعدة كلية . مع ثبوت خلافها
في بعض مواردنا ، وفي موارد أخرى ، كما يظهر ذلك من ملاحظة مواردنا
وباب لارث الفرقي والمهدوم عليهم . فالبناء عليها غير ظاهر . ولأجل ذلك
يتعين الرجوع الى القرعة - كما احتمله في القواعد ، وجعله في جامع المقاصد
وكشف اللثام : أقوى . وفي الجواهر : لعاه الأقوى - عملاً بعموم أدلتها .
ثم إنه لو بني على التوزيع فلا بد من ملاحظة النسبة بين المهرين
فاذا كان مهر إحداهما عشرة ، ومهر الثانية ثلاثين ، وبني على توزيع ربع
المهرين كان اللازم إعطاء الأولى لإثنين ونصفاً وإعطاء الثانية سبعة ونصفاً ،
لا توزيع ربع الاربعين بينهما بالسوية . يظهر ذلك بالتأمل .

(١) كما نسب الى المبسوط ، وابني حمزة وادريس ، بل الى أكثر
المتأخرين أيضاً . واختاره في الشرائع ، لبطلان العقد بالنسبة اليهما معا
اتفاقاً ، فصحته بالنسبة الى إحداهما بعينها ترجيح بغير مرجح .

بينهما (١٥) ، ورواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) : «في رجل أقر عند موته لفلان
وفلان ، لاحدهما عندي ألف درهم ، ثم مات على تلك الحال . فقال علي (ع) : أيها أقام البينة
فله المال ، وإن لم يقم واحد منها البينة فالمال بينهما نصفان » (٢٥) . منه قدس سره .

(١٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب ميراث الأزواج حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٥ من أبواب أحكام الوصايا حديث : ١ .

اختيار أيها شاء (١) ، لرواية (٢) محمولة على للتخيير بعقد جديد (٣) و لو تزوجها وشك في السبق والاقتران حكم يبطلانها أيضا (٤) .

(١) نسب في الجواهر ذلك الى الشيخ واتباعه . وفي كشف اللثام الى النهاية والمهذب والجامع والمختلف .

(٢) يريد بها صحيحة جميل ، المروية في الفقيه عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة . قال (ع) : يمسك أيتهما شاء ، ويخلى سبيل الأخرى . وقال ! في رجل تزوج نسماً في عقدة واحدة ، قال (ع) : يخلى سبيل أيتها شاء » (١٠) . وفي الشرائع رمى الرواية بالضعف . وهو كما ذكر على رواية الكافي (٢٥) ، للإرسال ، لأنها رواها عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) . وعلى رواية التهذيب (٣٥) ، لذلك أيضا ، ولأن في طريقه الى جميل علي بن السندي وهو مجهول . لكن عرفت رواية الفقيه لها بطريق صحيح . ومقتضى القاعدة الأخذ وتخصيص القاعدة بها .

(٣) هذا الحمل لا دليل عليه ، ولا داعي اليه ، إذ لا مانع من تخصيص القواعد العامة ، بل قد اشتهر ذلك حتى قيل : ما من عام إلا وقد خص . وفي كشف اللثام : « وان الخبر وإن كان صحيحاً ، لكنه ليس نصاً في المدعى . لاحتمال أن يراد يمسك أيتهما شاء بتجديد العقد ، فحينئذ لا يكون الخيار معيناً » وهو كما ترى ، إذ لا يعتبر في التخصيص أن يكون نصاً بل يكفي في تخصيصه للقواعد أن يكون ظاهراً ، فان الظاهر حجة كالتص .

(٤) لعدم إمكان إحراز السبق بالأصل ، وإن كان بمعنى عدم سبق

(١٥) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة : ٢٦٥ طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ٢٥

من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث : ٢ .

(مسألة ٤٥) : لو كان عنده اختان مملوكتان فوطيء
إحداهما حرمت عليه الأخرى (١) حتى تموت الأولى أو
يخرجها عن ملكه (٢) ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما ، ولو

العقد على الأخت ولا مقارنته ، لأن الأصل الميثب لذلك متعارض فيها ،
فإن كل واحد منهما يصح أن يقال : العقد عليها لم يكن مسبقاً بالعقد
على أختها ، ولا مقارناً له . وأصالة صحة العقد بالنسبة إلى كل واحد
منها أيضاً متعارضة . فيتعين الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر فيها معاً .
هذا إذا كان الشك في السبق والاقتران بالنسبة إلى كل منهما . أما إذا كان
بالنسبة إلى واحدة منها بعينها ، دون الأخرى ، بأن تردد في العقد على
هند بين كونه سابقاً ومقارناً ، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارناً .
فقد علم بطلان العقد على زينب ، إما لمقارنته ، أو لمخوقه ، فلا يكون
مجري للأصول الموضوعية والحكومية . فلا مانع من جريانها بالنسبة إلى عقد
هند ، فيقال : إنه لم يسبق بالعقد على الأخت ، ولم يقترن به ، كما يقال :
إنه صحيح لأصالة الصحة .

(٢) إجماعاً كما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين .

(٣) فتحل حينئذ بلا إشكال ، ولا خلاف . ويقضي عمومات الحل
بعد انتفاء صدق الجمع بين الأختين . مضافاً إلى صحيح عبد الله بن سنان
قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إذا كانت عند الرجل الأختان
المملوكتان ، فنكح إحداهما ، ثم بداله في الثانية فنكحها ، فليس ينفي
له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى من ملكه ، يهبها ، أو يبيعها .
فإن وهبها لولده يجزيه » (١٠) . ونحوه ما تقدم في خبر الطائي (٢٥) :

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) راجع المسألة : ٣٩ من هذا الفصل .

بأن يهبها من ولده . وللظاهر كفاية للتملك الذي له فيه الخيار (١) ، وإن كان الاحوط اعتبار لزومه . ولا يكفي - على الأقوى - ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية (٢) ، كالتزويج للغير ، والرهن ، والكتابة ، ونذر عدم المقاربة ، ونحوها . ولو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا (٣) ،

(١) لاطلاق الأدلة . لكن في القواعد : « وفي اشتراط اللزوم إشكال » . وفي التذكرة : « ولو باع بشرط الخيار فكل موضع يجوز للبائع الوطء لا تحل فيه الثانية » . وكان ذلك من جهة دعوى ظهور النص في الخروج عن الملك على وجه يستوجب حرمة الوطء ، ومع عدم اللزوم يحل الوطء . وفيه : أن الحل إنما يكون بالفسخ ، لا بلا واسطة . كما أنه مع اللزوم أيضا يحل الوطء بالشراء ، أو الاستيهاب ، أو الاستحلال ، مع التمكن من ذلك ، بلا فرق بين المقامين ، فاللازم عدم الفرق بينهما في حل الثانية . (٢) قال في القواعد : « وفي الاكتفاء بالتزويج ، أو الرهن ، أو الكتابة إشكال » . وفي التذكرة : « يكفي التزويج ، لان التحريم يحصل به . فان رهنها لم تحل الاخت ، لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ، ولهذا تحل باذن المرتهن في وطئها . ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه . ولو حرم إحداهما باليمين على نفسه لم تبح الاخرى لان هذا لا يجرمها ، وإنما هو يمين مكفر . . الى أن قال : ولو كاتب إحداهما حلت له الاخرى : وهو قول الشافعية . لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه ، فأشبهه التزويج » . وفيه : أن الاستفادة من الأدلة أن التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك ، وهو غير حاصل في الفروض المذكورة : مع أن المناقشة في التعليقات المذكورة ظاهرة : (٣) لما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين .

فلا يحسد ويلحق به للولد (١) . نعم يعزر .
(مسألة ٤٦) : إذا وطئ الثانية بعد وطئ الأولى
حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم (٢) . وحينئذ فان

(١) لانه فراش ، إذ المراد منه ما يقابل العاهر ، وهو الزاني .
(٢) أما حرمة الثانية : فلما تقدم . وقد عرفت أنه لا إشكال فيها ،
وإن كان قد يظهر مما في الشرائع من قوله : « أما إذا وطئها (يعني :
الثانية) قيل : حرمت الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه ، وجود القائل
بجلية الثانية بعد وطئها ، واختصاص التحريم بالأولى . لكن في المسالك :
« لم نعرف قائله ، ولا من نقله ، غير المصنف » . ونحوه في الجواهر . وربما
يستدل له بنحو معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل
كانت عنده جاريتان أختان ، فوطئ إحداهما ثم بداله في الأخرى . قال (ع) :
يعتزل هذه ويطأ الأخرى . قلت : فانه تنبعت نفسه للأولى . قال (ع) :
لا يقربها حتى تخرج تلك من ملكه » (١٥) . لكنه لا يدل على ذلك ،
ولأنما يدل على حاية الثانية بمجرد الاعتزال عن الأولى ، الذي قد عرفت
أنه خلاف النص ، والفتوى ، بل الإجماع . وأما حرمة الأولى بعد وطئ
الثانية : فيشهد به خبر أبي الصباح الكتاني عن أبي عبد الله (ع) . في
حديث . قال : « سألت عن رجل عنده أختان مملوكتان ، فوطئ إحداهما ،
ثم وطئ الأخرى . فقال (ع) : إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه
الأولى حتى تموت الأخرى . قلت : أرأيت إن باعها فقال (ع) : إن
كان إنما يبيعها لحاجة ، ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى
بذلك بأسا . وإن كان إنما يبيعها ليرجع الى الأولى فلا » (٢٥) . ونحوه

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل في باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٩ .

أخرج الأولى عن ملكه حلت للثانية مطلقاً (١) ، وإن كان ذلك بقصد للرجوع إليها (٢) . وإن أخرج للثانية عن ملكه يشترط في حلية الأولى أن يكون إخراجها لها لا بقصد للرجوع الى الأولى (٣) ، وإلا لم تحل . وأما في صورة الجهل بالحرمه موضوعاً أو حكماً فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها وللثانية على حرمتها (٤) ، وإن كان الاحوط عدم حلية الأولى إلا

مصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) (١٠) وموثق علي بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم (٢٥) ، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) (٣٥) . ففي صحيح الحلبي التصريح بحرمتها جميعاً بعد وطء الثانية عمداً .

(١) كما سبق في المسألة السابقة .

(٢) للاطلاق .

(٣) كما عرفت التقييد به من النصوص .

(٤) كما حكاه في الشرائع قولاً لبعض ، أخذاً بظاهر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ، ثم يطأ الأخرى بجهالة . قال (ع) : إذا وطئ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى ، وإن وطئ الأخرى وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً » (٤٥) . ولا ينافي ذلك ما في خبر عبد الغفار الطائي ، فإن ما فيه من قوله : « قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها (يعني : الثانية) .

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ملحقاً حديث : ٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١٠ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

قال (ع) : حرمتا عليه كلاتهما ، (١٥) ظاهر في حرمة الأولى مع وطء الثانية جهلاً ، لا يمكن الجمع بالحمل على الكراهة . وهو أقرب مما ذكره في الجواهر من حمل صحيح الحلبي على أن المراد أنه لم يحرم عليه الأولى في حال الجهل كما تحرم في حال العلم ، فانه في حال العلم لا ترتفع الحرمة إلا باخراج الثانية عن الملك لا بقصد الرجوع الى الأولى ، أما في حال الجهل فيكفي خروج الثانية عن الملك ولو بقصد الرجوع الى الأولى ، وتحل الأولى بذلك . بل هو بعيد جداً وليس من الجمع العرفي أصلاً ، وإن حكي عن النهاية ، وتبعه عليه في المختلف وجامع المقاصد وغيرها ، فلو فرض تعين الجمع المذكور بينهما فاللازم لإجراء حكم التعارض ، والترجيح للصحيح ، بل في حجية خبر الطائي في نفسه إشكال ، لضعفه .

ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الشرائع ، ونسبه في المسالك الى أكثر المتأخرين ، بل هو ظاهر المبسوط من أن الثانية تحرم على التقديرين - أي : العلم والجهل - دون الأولى ، فانها تبقى على الحل . فانه مخالف لجميع النصوص على اختلاف مفادها . وأما الأصل ، واختصاص أدلة المنع من الجمع بين الاختين بالاخيرة ، وقاعدة : « الحرام لا يحرم الحلال » فلا تصلح لمعارضة النصوص المعتمدة سنداً ، ودلالة ، ولا يستوجب طرحها : وقريب منه في الضعف التفصيل بين وطء الثانية جهلاً فلا تحرم الأولى ، ووطئها عمداً فتحرم الأولى ، ولكن تحل بخروج الثانية عن الملك ، ولو بقصد الرجوع الى الأولى . فانه وإن كان موافقاً لبعض النصوص ، لكنه مخالف لبعضها الآخر الصريح في تقييد حل الأولى بخروج الثانية عن الملك بما إذا لم يكن بقصد الرجوع الى الأولى .

والمتحصل : أن الأقوال في وطء الثانية بعد وطء الأولى نحمة :

باخراج للثانية ولو كان بقصد للرجوع الى الأولى (١) .
وأحوط من ذلك كونها كصورة للعلم (٢) .

الاول : حرمة الثانية دون الاولى . اختاره في الشرائع والقواعد وغيرهما .
الثاني : حرمة الاولى دون الثانية ، على ما حكاه في الشرائع قولاً . الثالث :
حرمة الاولى مع العلم ، ولا تحل إلا باخراج الثانية عن الملك لا بقصد العود
الى الاولى . ومع الجهل لا تحرم الاولى ، كما حكاه في الشرائع قولاً ،
وحكاه في كشف اللثام عن ابن حمزة ، وجعله أقوى من قول الشيخ .
وهو الذي اختاره في المتن . الرابع : القول المذكور بعينه ، لكن مع الجهل
تحرم الاولى وتحل باخراج الثانية عن ملكه . ولو بنيت العود الى الاولى .
اختاره في النهاية . وتبعه عليه جماعة ، منهم صاحب الجواهر . الخامس :
أنه إن كان عالماً حرمت عليه الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه مطلقاً .
وإن كان جاهلاً لم تحرم . وهذا القول حكاه في التهذيب قولاً ، ولم يعرف
قائله . ومن ذلك يظهر أن الاقوال في التفصيل بين العلم والجهل ثلاثة .
والمتمحصل من الأدلة هو القول الثالث ، المختار في المتن . أما القولان
الاولان : فهما منافيان لجميع النصوص المشتملة على التفصيل بين العلم والجهل ،
وللنصوص المتضمنة أنه إذا وطئ الثانية حرمتا جميعاً . وأما الرابع : فمتناف
لنصوص التفصيل بين العلم والجهل والحرمة في الاول والحل في الثاني ،
من دون وجه ظاهر ، غير خبر الطائي الذي هو مع ضعف سنده ، يمكن
الجمع بينه وبينها بالحمل على الكراهة . وأما الخامس : فمتناف لخبر الكتاني
وما بضمونه من النصوص الكثيرة . من دون وجه ظاهر . فلاحظ .

(١) كما يقتضيه إطلاق القول الثاني والرابع .

(٢) يعني : فلا تحل الاولى إلا باخراج الثانية عن ملكه لا بقصد

الرجوع الى الاولى . لكن هذا الاحتمال لا قائل به .

(مسألة ٤٧) : لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من للزنا فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما (١) في النكاح ، والوطء إذا كانتا مملوكتين .

(مسألة ٤٨) : إذا تزوج باحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعيّاً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن للعدة (٢) . وأما إذا كان بائناً بأن كان قبل للدخول ، أو ثلثاً

(١) وإن كان خلاف المتسالم عايه عندهم من نفى النسب بالزنا ، كما يقتضيه قوله (ص) : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » (١٥) ، فإن الظاهر منه أنه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي من نفى النسب عن العاهر واقعا . ويشير اليه ما في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال أيما رجل وقع على وليدة قوم حراماً ، ثم اشتراها ، فادعى ولدها ، فإنه لا يورث منه شيء ، فإن رسول الله (ص) قال : الولد للفراش ، وللعاهر الحجر . ولا يورث ولد الزنا ، إلا رجل يدعي ابن وليدته » (٢٥) فإن قوله : « ولا يورث ولد الزنا » كالصريح في ولد الزنا الواقعي . ونحوه غيره . لكن المستفاد من بعض الروايات ، ومن مذاق الشرع الاقدس : أن حرمة النكاح والوطء تابعة للنسب العرفي . فلاحظ ما ورد في الاستنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم . وأن تحريم النكاح من الاحكام الانسانية ، لا من الاحكام الشرعية تبعداً .

(٢) بلا خلاف ، كما في الجواهر ، لأنها بمنزلة الزوجة . ويقتضيه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن رجل اختلعت منه امرأته ، أيحل له أن يخطب أختها قبل أن تنقض عدها ؟

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب ميراث ولد الملائمة حديث : ٤٤١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

أو كان للفراق بالفسخ لأحد للعيوب ، أو بالخلع ، أو المباراة جاز له نكاح الأخرى (١) . وللظاهر عدم صحة رجوع للزوجة في البذل بعد تزويج أختها (٢) ، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله . نعم لو كان عنده إحدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة لا يجوز له - على الأحوط - نكاح أختها في عدتها وإن كانت بائنة ، للنص للصحيح (٣) .

قال : إذا برئت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة فقد حل له أن ينخطب أختها ، (١٠) ، وخبر زرارة عن أبي جعفر (ع) : « في رجل طلق امرأته وهي حبلى ، أيتزوج أختها قبل أن تضع ؟ قال (ع) : لا يتزوجها حتى يخلو أجلها (بطنها خال) » (٢٥) بناء على حمله على الطلاق الرجعي ، جمعا بينه وبين ما قبله .

(١) بلا خلاف ظاهر : ويقنضه خبر الكنافي المتقدم . مضافاً الى عمومات الحل بعد عدم كونه جمعا بين الاختين .

(٢) لما يستفاد من نصوص جواز رجوع المختلعة بالبذل من كونه أشبه بالمعاوضة بينه وبين رجوع الزوج بها ، فاذا تعذر الثاني - للزوم الجمع بين الاختين أو نحو ذلك من موانع الرجوع - تعذر الأول أيضا .

(٣) وهو ما رواه في التهذيب بإسناده عن الحسين بن سعيد قال : « قرأت في كتاب رجل الى أبي الحسن الرضا (ع) : الرجل يتزوج المرأة متعة الى أجل مسمى ، فينقضي الأجل بينها ، هل يحل له أن ينكح أختها من قبل أن تنقضي عدتها ؟ فكتب (ع) : لا يحل له أن يتزوجها حتى

(١٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

وللظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها (١) ، وإن كان مورد للنص انقضاء المدة .

(مسألة ٤٩) : إذا زنى باحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى . وكذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أختها في عدتها ، لأنها بائنة . نعم الأحوط اعتبار الخروج عن للعدة (٢) ، خصوصاً في صورة كون للشبهة من طرفه

تنقضي عدتها (١٥) . ونحوه ما رواه في الفقيه أيضاً عن علي بن أبي حمزة (٢٥) ، وما رواه في الكافي عن يونس (٣٥) ، وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره (٤٥) . وعن نهاية المرام : أن العمل به متعين . لكن في السرائر : وهي رواية شاذة ، مخالفة لأصول المذهب ، لا يلتفت إليها ولا يجوز التعرّيج عليها . ولأجل ذلك توقف في المتن عن الفتوى بمضمونها . بل لإعراض الأصحاب عنها موجب لسقوطها عن الحجية ، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضية للجواز .

(١) لأجل أن المفهوم عرفاً : أن موضوع الحكم العدة الموجبة للعلاقة ، وليس لانقضاء الأجل خصوصية في ذلك .

(٢) كأن الوجه في الاحتياط المذكور الخبر الآتي بناء على علم فهم خصوصية مورده .

(١٥) التهذيب الجزء : ٧ صفحة ٢٨٧ طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الثالث لتحديث : ١ .

(٢٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة : ٢٩٥ . الوسائل باب : ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الاول لتحديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الرابع لتحديث : ١ .

والزنا من طرفها من جهة الخبر (١) للوارد في تدليس الاخت
التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها .
(مسألة ٥٠) : الاقوى جواز الجمع بين فاطميتين (٢)

(١) وهو صحيح بريد العجلي قال : وسألت أبا جعفر (ع) عن
رجل تزوج امرأة فزفتها اليه أختها ، وكانت أكبر منها ، فادخلت منزل
زوجها ليلا ، فعمدت الى ثياب امرأته فزعتها منها ، ولبستها ، ثم قعدت
في حجلة أختها ونحت امرأته وأطفأت المصباح ، واستحيت الجارية أن تتكلم ،
فدخل الزوج الحجلة فواقعها ، وهو يظن أنها امرأته التي تزوجها ، فلما
أن أصبح الرجل قامت اليه امرأته ، فقالت : أنا امرأتك فلانة التي تزوجت ،
وان أختي مكرت بي فأخذت ثيابي فلبستها ، وقعدت في الحجلة ، ونحتني ،
فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر . فقال : أرى أن لا مهر للتي دلست
نفسها . وأرى أن عليها الحد لما فعلت حد الزاني غير محصن . ولا يقرب
الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضي عدة التي دلست نفسها ، فاذا انقضت
عدتها ضم اليه امرأته (١٥) . وهذا الصحيح نظير ما قبله يظهر من
الأصحاب لإعراضهم عنه ، لعدم تعرضهم لمضمونه . فالعمل به غير ظاهر .
مع أن مورده وطء الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة من عدتها ،
وهو غير ما نحن فيه . اللهم إلا أن يستفاد منه حكم ما نحن فيه ،
لعدم الفرق .

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه ،
وفي الجواهر : « لم أجد أحدا من قدماء الأصحاب ولا متأخريهم ذكر
ذلك في المكروهات ، فضلا عن المحرمات المحصورة في ظاهر بعض وصريح
آخر في غيره » . وقال في الحقائق : « هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام

على كراهة . وذهب جماعة من الاخبارية الى الحرمة والبطلان بالنسبة الى الثانية (١) . ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان فالاحوط للترك (٢) . ولو جمع بينهما فالاحوط طلاق الثانية أو طلاق الاولى وتجديد للعقد على الثانية بعد خروج الاولى عن العدة ، وإن كان الاظهر على القول بالحرمة عدم البطلان لانها تكليفية ، فلا تدل على الفساد (٣) . ثم للظاهر عدم

إلا في هذه الأعصار الأخيرة . وإلا فكلام المتقدمين من أصحابنا رضوان الله عليهم والمتأخرين خال من ذكرها والتعرض لها . وقد اختلف فيها الكلام وكثر النقض والابرام بين علماء عصرنا ، ومن تقدمه قليلا ، فما بين من جزم بالتحريم ، ومن جزم بالحلل ، ومن توقف في ذلك :

(١) يظهر ذلك من الحقائق ، حيث قال : « والتحقق : أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الاختين حذو النعل بالنعل . وحينئذ فالمخرج منها هنا كما تقدم ثمة ، وهو أن يفارق الثانية ، وإن طلقها فهو أولى » . ولم أعرف من وافقه على ذلك .

(٢) يظهر ذلك من الشيخ جعفر بن كمال الدين ، ولم يتحقق لدي موافق له على ذلك . نعم نسب الى الشيخ سليمان البحراني ، فقد حكي عنه أنه أمر رجلاً بطلاق إحدى نسائه ، وكانت عنده فاطميتان : ونسب اليه أيضا التوقف ، كما نسب الى الحر العاملي ، وهو ظاهر الوسائل ، حيث قال : « باب حكم الجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع) » : وكيف كان فالقائل بالحرمة والبطلان أو بالحرمة فقط نادر من الأخباريين . ونسبته الى جماعة منهم غير ظاهرة .

(٣) أما أنها تكليفية على تقديرها : فلأجل التعليل في الخبر بالمشقة ،

للفرق في الحرمة أو للكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً أولاً (١) . كما أن للظاهر اختصاص للكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الابوين أو الاب ، فلا تجري في المنتسب إليها - صلوات الله عليها - من طرف الأم (٢) . خصوصاً إذا كان انتسابها إليها باحدى الجدات للعاليات . وكيف كان فالاقوى عدم الحرمة ، وإن كان للنص للوارد في المنع صحيحاً ، على ما رواه الصدوق في اللعلل باسناده عن حماد (٣) قال : « سمعت أبا عبدالله (ع) يقول : لا يحل لاحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع) ، إن ذلك يبلغها

المحمولة على الابناء المحرم . لا لأجل القصور في موضوع العقد ، لتدل على الفساد .

(١) لاطلاق النص الآتي .

(٢) هذا يتم لو كان موضوع المنع الفاطميتين . لكن الموضوع من كان من ولد فاطمة ، وهو يصدق على من تولد منها ، ولو من البنات . كما ذكره في الجواهر ، وجعله من جملة وجوه الاشكال في الخبر ، لأنه لا يتخلو منه كثير من الناس ، بل أكثر الناس . ولعله لذلك خص المصنف (ره) الحكم بغيره .

(٣) رواه عن محمد بن علي ماجيلويه ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن أبان بن عثمان ، عن حماد ، قال : « سمعت . . . » (١٥) ورواه الشيخ باسناده عن علي بن الحسن ، عن السندي بن الربيع (عن علي بن السندي عن محمد بن الربيع . خ) عن

فيشق عليها . قلت : يبلغها ؟ قال (ع) إي والله ، وذلك لاعراض المشهور عنه (١) ، مع أن تعليقه ظاهر في الكراهة . إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها (٢) إيذاء لها حتى يدخل في قوله (ص) « من آذها فقد آذاني » .

محمد بن أبي عمير ، عن رجل من أصحابنا ، قال : « سمعته يقول : لا يحل .. » (١٥) : (١) بل في الجواهر : « عن بعض الناس أنه من البدع » . واحتمل كون الخبر المزبور من انتحال أبي الخطاب ، نظير انتحاله أن العلويات إذا حضن قضين الصوم والصلاة . وكفى في تحقق الاعراض أنه لم يتعرض للحكم المذكور في كلام المتقدمين والمتأخرين ومتأخريهم الى زمان المحدث البحراني وما قارب عصره ، ولم يتعرض له إلا جماعة من الاخباريين ، ولم يتضح البناء على الحرمة إلا من نادر منهم ، والباقون ما بين راد له ، ومتردد فيه .

(٢) هذا الاشكال ذكره في الحدائق ، وأجاب عنه بأن المشقة النقل والشدة والصعوبة ، وذلك يستلزم الأذى ، فإن الأذى هو الضرر ، وهو أقل مراتب المشقة . وفيه : أن إيذاءها (ع) المنهي عنه يراد به الايلاء النفساني ، وهو غير لازم من المشقة ، فانه إذا نزل على الانسان ضعف عزيز يجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام في إكرامه وتهيئة الطعام ولوازم الضيافة له ، مع التلذذ النفساني في ذلك ، والصلحاء من الناس يتحملون المشقة في صيام شهر رمضان في الصيف ، مع التلذذ النفساني ، والمجاهدون في ميدان القتال والجلاد في أعظم مشقة ، مع التلذذ النفساني . . . وهكذا . فالآلام النفسانية لا تلازم المشقة . نعم الحمل على الكراهة بقريئة التعليل المذكور موقوف على إثبات ان إدخال الشاق عليها مكروه . وهو غير

(مسألة ٥١) : الاحوط ترك تزويج الامة دواماً مع

عدم للشرطين (١) ،

ظاهر ، لجواز كونه حراماً ، كالايداء . فتأمل .

(١) بل هو المنسوب في كشف اللثام الى أكثر المتقدمين ، وحكاها في الحدائق عن المبسوط ، والخلاف ، والمفيد ، وابن البراج ، وابن الجنيد ، وابن أبي عقيل . وفي محكي كلام الأخير نسبتة الى آل الرسول : لقوله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات . والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض ، فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ، ولا متخذات أخدان . فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب . ذلك لمن خشى العنت منكم . وأن تصبروا خير لكم . والله غفور رحيم) (١٥) فان صدر الآية الشريفة ظاهر في اشتراط جواز نكاح الامة بأن لا يستطيع طويلاً ، وظاهر ذيلها اشتراطه بخوف العنت . فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين . وصحيح زرارة بن أعين عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن الرجل يتزوج الامة ؟ قال (ع) : لا ، إلا أن يضطر الى ذلك » (٢٥) . وموثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « في الحر يتزوج الامة . قال (ع) : لا بأس إذا اضطر اليها » (٣٥) : وموثق محمد بن مسلم ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يتزوج المملوكة . قال (ع) : إذا اضطر اليها فلا بأس » (٤٥) .

(١٥) النساء : ٢٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٦ .

ونوقش في الاستدلال المذكور بالآية تارة : بمنع حجبية مفهوم الشرط .
ويدفعها : أن المحقق في الأصول الحجبية . وأخرى : بمنع حجبية مفهوم
الشرط في قبال عمومات التحليل . ويدفعها : أن المفهوم كالمنطوق ، فقد
يكون مقتضى الجمع العرفي تقديم المفهوم ، لكونه أخص ، كما في المقام :
وثالثة : بأن دلالة المفهوم على المنع بدون الشرط إذا لم يكن وارداً مورد
الارشاد الى ما فيه مصلحة المكلف بل كان وارداً في مقام جعل الحكم
الشرعي . ويدفعها ، أن قرينة سياق الآية في سياق آيات التحليل والتحريم
يقتضي الثاني ، ولا سيما وكون الأصل في كلام الشارع ذلك ، لا الارشاد ،
حيث يدور الأمر بينهما . ورابعة : بأن الشرط في المقام شرط للوجوب أو
الاستحباب ، فمع انتفائه ينتفي الوجوب أو الاستحباب لا الجواز . وفيه : أن
الظاهر كونه شرطاً للجواز ، بقرينة السياق ، وقوله تعالى : (وأن تصبروا خير
لكم) . وخامسة : بعدم ثبوت كون كلمة (من) بمنزلة (إن) في إفادة المفهوم .
ويدفعها : أن الظاهر ذلك ، كما يظهر بمراجعة مباحث مفهوم الشرط في الأصول .
وسادسة : بأن مقتضى المفهوم العموم للعبد ، وهو خلاف الاجماع على الجواز فيه
بدون الشرط ، فيتعين رفع اليد عن المفهوم . ويدفعها : أنه لا مانع من البناء
على تخصيص المفهوم بغير العبد ، كما في كثير من الموارد . وسابعة : بأن
من المحتمل أن يكون المراد مما ملكت أيمانكم السراري والجواري . وفيه : -
مع أنه لا يناسب الشرط - مناف لقوله تعالى : (فانكحوهن باذن أهلن ...) ،
فانه صريح في التزويج . ومثل هذه المناقشات مناقشات أخرى يظهر اندفاعها
بأقل تأمل . فاذاً لا مجال إلا للأخذ بظاهر الآية .

وأما النصوص : فتمكن المناقشة فيها بأن الضرورة أخص من الشرطين .
فيتعين حمل النهي على الكراهة ، للاجماع على عدم اشتراط الجواز بالأخص
منها ، كما سيأتي . وفيه : أنه يمكن الجمع بين النصوص وغيرها بحمل

من عدم للتمكن من المهر للحررة ، وخوف للعنت بمعنى :
المشقة أو للوقوع في الزنا (١) .

الضرورة على الشرطين . وهو أولى من التصرف بالحكم :
وقيل بالجواز ولو مع عدم الشرطين ، وفي الشرائع : أنه الأشهر :
وعن الغنية : الإجماع عليه . لعمومات الحل التي يجب تقييدها بما سبق .
ولما دل على أنه لا يجوز نكاح الأمة على الحررة بغير إذنها ، لاشعارها
بالجواز في غير موردها من وجهين - كما في الرياض - أحدهما : تخصيص
النهي بتزويجها على الحررة ، فلو عم النهي لخلا التقييد بالحررة عن الفائدة .
والثاني : دلالتها على جواز تزويجها ولو في الجملة ، وهو ينصرف إلى
العموم ، حيث لا صارف له عنه . وفيه : أن الأدلة المذكورة واردة في
مقام آخر ، ولا تعرض فيها لما نحن فيه . ووجود الحررة مع الإذن لا
يوجب فقد أحد الشرطين . وخبر يونس عنهم (ع) : « لا ينبغي للمسلم
الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حررة » (١٥) ، وخبر أبي بصير عن
أبي عبد الله (ع) : « لا ينبغي للحر أن يتزوج الأمة وهو يقدر على الحررة » (٢٥) .
ونحوهما مرسل ابن بكير ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) (٣٥) :
لكن ظهور « لا ينبغي » في الجواز ممنوع . ولو سلم فليس بحيث يقوى
على صرف الظواهر المتقدمة في المنع .

(١) حمله على المعنى الأول جماعة . وهو الأوفق بالمعنى اللغوي .
وعلى الثاني جماعة أخرى ، بل في مجمع البيان نسبتته إلى أكثر المفسرين ،
وفي كشف اللثام نسبتته إلى المشهور . وكان الذي دعى إلى هذا الحمل -

(١٥) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

مع مخالفته للمعنى اللغوي - قوله تعالى : (وأن تصبروا . . .) ، إذ الصبر لا يكون إلا مع حصول المشقة ، ولا يكفي في تحقق مفهومه خوفها ، فيتعين إرادة الثاني ، إذ لا ثالث لهما . وعن بعض الفقهاء : أنه المعنى الشرعى للعنت ، نقل إليه عن المعنى اللغوي . لكنه - كما ترى - غير ظاهر .
والعلامة في القواعد مع أنه في هذا المقام فسر العنت بمشقة الترك ، قال في مبحث نكاح الاماء : « وخوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة ، وضعف التقوى » . فكأنه حمل خشية العنت على خشية أثره مع تحققه فعلاً ، نظير قوله تعالى : (إنما يخشى الله من عباده العلماء) (١٥) ، وقوله تعالى : (ذلك لمن خشى ربه) (٢٥) ، لا على خشية نفسه ، نظير قوله تعالى : (تجاره نخشون كسادها) (٣٥) ، وقوله تعالى : (خشية إملاق) (٤٥) . وعلى هذا لا يكون خلاف في معنى العنت ، بل الخلاف في معنى خوف العنت ، فهو بمعنى المشقة الشديدة ، وخوفه : إما بمعنى خوف وقوعه ، أو بمعنى خوف أثره بعد المفروغية عن وقوعه . فالمشهور على الثاني . وغيرهم على الأول . وبذلك يرتفع ظهور التناهي بين كلامي العلامة ، وترتفع الغرابة عن تفسير المشهور بخوف الزنا .

نعم يبقى الاشكال في وجه تخصيص الزنا من بين الآثار المترتبة على المشقة الشديدة ، التي يخاف مما يترتب عليها ، فانه لا قرينة على إرادته من أثر العنت . بل من الجائز أن يكون المراد مطلق المخدور المترتب على المشقة ، سواء لم يكن بالاختيار ، مثل المرض ونحوه ، أم كان بالاختيار ، مثل

. (١٥) فاطر : ٢٨ .

. (٢٥) البينة : ٨ .

. (٣٥) التوبة : ٢٤ .

. (٤٥) الاسراء : ٢١ .

الزنا ونحوه من المحرمات . اللهم إلا أن يقال : القسم الأول إذا كان مخوفاً يجب الاحتياط فيه . فيجب التزويج ، ولا يكون الصبر أفضل فيتعين حمله على القسم الثاني . لكن عرفت أنه لا قرينة على إرادة الزنا بالخصوص من بين المحرمات الشرعية ، بل من الجائز العموم للنظر المحرم ، واللمس المحرم ، وغيرهما . اللهم إلا أن يكون المراد من الزنا في كلامهم ما هو أعم من ذلك ، على أن الفرق بين ما يترتب بلا اختيار وما يترتب بالاختيار في وجوب التزويج في الأول ، وعدم وجوبه في الثاني ، غير ظاهر . إذ في المقامين لا يكون ترك التزويج مقدمة للحرام . فإن ترك التزويج إنما يكون مقدمة لحرمة الزوجة ، إذ مع التزويج تحل ، وبدونه تحرم ، ولا يكون مقدمة لوقوع المرض ونحوه بلا اختيار ، ولا لوقوع الزنا ونحوه بالاختيار وهذا نظير ما يقال : وإن شراء الدواء واجب مقدمي لدفع المرض ، فإن الشراء إنما يوجب حل الشرب ، ولا يوجب دفع المرض ، وإنما الذي يدفع المرض شرب الدواء لا شراؤه . فالفرق بين القسمين في المقدمية للحرام - كي يدعى عدم جواز الصبر في القسم الأول ، وجواز الصبر في القسم الثاني - غير ظاهر . فإذا لا مانع من كون ترك التزويج أفضل في المقامين . هذا بناء على أن الأفضلية حكم حقيقي . أما إذا كان حكماً فعلياً ، فلا يجوز في المقامين ، كما لا يخفى . وسيجيء التعرض لذلك . فانتظر .

والذي يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقة الشديدة ، وحمل خوفها على خوف ما يترتب عليها من محذور شرعي أو عرفي . ودعوى : نقل العنت شرعاً الى خصوص الزنا . عرفت أنها لا دليل عليها ، كما لا قرينة على إرادته بالخصوص . فاللازم الأخذ بالاطلاق . ولا ينافيه قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) الدال على أن ترك التزويج أفضل ، وهو لا يتم إذا لزم محذور شرعي منه ، لا مكان تخصيصه بما إذا لم يترتب

بل الاحوط تركه متعة أيضا ، وإن كان للقول بالجواز فيها غير بعيد (١) . وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز . ذلك عليه . كما عرفت .

(١) كما حكاها في الحدائق عن شرح النافع . فخص المنع بالدائم ، لأنه المنصرف اليه من أدلة المنع . ولمصحح البنزطي عن أبي الحسن الرضا (ع) : « لا يتمتع بالأمة إلا باذن أهلها » (١٥) ، وصحيحه الآخر عنه (ع) : « عن الرجل يتمتع بأمة رجل باذنه ؟ قال (ع) : نعم » (٢٥) ، وصحيحه الآخر المروي عن قرب الاسناد عنه (ع) : « أنه قال في الأمة : يتمتع بها باذن أهلها » (٣٥) ، وصحيحه الآخر عنه (ع) قال : « سألته يتمتع بالأمة باذن أهلها ؟ قال (ع) : نعم . إن الله عز وجل يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) » (٤٥) .

وفيه : أن الانصراف ممنوع . بل الانسب بقوله تعالى : (وآتوهن أجورهن) الانصراف الى التمتع ، لما ورد في المتمتع بهن من أنهن مستأجرات (٥٥) . والنصوص واردة في مورد حكم آخر ، وهو اعتبار اذن المالك في صحة المتعة ، لرفع احتمال عدم اعتبار الاذن في المتعة ، كما يشير اليه خبر سيف بن عميرة عن أبي عبد الله (ع) : « لا بأس بأن يتمتع بأمة المرأة بغير اذنها . فاما أمة الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره » (٦٥) .

(١٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب المتعة حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب المتعة حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب المتعة حديث : ٥ .

(٤٥) الوسائل باب : ١٥ من ابواب المتعة حديث : ٣ .

(٥٥) راجع الوسائل باب : ٤ من ابواب المتعة حديث : ٤٢ .

(٦٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب المتعة حديث : ١ .

لقلوله تعالى : (ومن لم يستطع ..) الى آخر الآية (١) . ومع ذلك للصبر أفضل (٢) في صورة عدم خوف للوقوع في الزنا (٣) .

ونحوه خبر داود بن فرقد (١٥) . ويشير الى ذلك صحيح البنظري الثالث حيث تمسك فيه بالآية الشريفة ، الدالة على أن التزويج متعة داخل في الآية الدالة على اعتبار إذن المالك في تزويج الأمة ، لدفع توهم خلاف ذلك . فاذا التفصيل المذكور ضعيف .

ومثله التفصيل بين من عنده الحرة فلا يجوز ، وبين غيره فيجوز ، ولو مع فقد الشرطين . فعن الشيخ (ره) : أنه حكاه عن قوم من أصحابنا . لكن بعضهم أنكروا وجود القول المذكور : وكيف كان فلا دليل عليه في قبال ما عرفت من أدلة المنع . ولذا كان الأولى لإرجاعه الى القول بالمنع . واستدل له بمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة . ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل » (٢٥) . ونحوه غيره . ودلالته على جواز تزوج الأمة لمن لم يكن عنده حرة ولو مع فقد الشرطين خفية .

(١) فان قوله تعالى : (فانكحوهن ...) صريح في الجواز .

(٢) لما في ذيل الآية الشريفة من قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) ولا منافاة بين ذلك وبين اشتراط الجواز بخوف العنت . لا يمكن تخصيصه بصورة ما إذا لم يترتب عليه محذور شرعي ، كما سيأتي .

(٣) قال في المسالك : « أطلق القائلون بجوازه بالشرطين أن الصبر له أفضل ، عملاً بظاهر قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) . وفي الجمع بين خيريته مع اشتراط الجواز بنخبة العنت إشكال . وجه الاشكال :

(١٥) الوسائل باب : ١٤ من أبواب المتعة حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك (١) ، بل وكذا بالتحليل (٢) ولا فرق بين اللقن وغيره . نعم للظاهر جوازه في المبعضة ،

ما أشرنا اليه من أنه إذا كان ترك التزويج يترتب عليه الزنا ، يكون حراماً ، فيمتنع أن يكون أفضل . لكن عرفت ما فيه ، وأن ترك التزويج إنما يترتب عليه تحريم الزوجة ، ولا يترتب عليه الزنا . وإنما يترتب الزنا على حصول الشهوة ، نظير ترك شراء الدواء ، الذي لا يترتب عليه المرض ، وإنما يترتب على ترك استعمال الدواء . وحيث لا مانع من كون ترك تزويج الأمة أفضل في نفسه ، وإن كان يلزمه الوقوع في الزنا ، أو المرض ، أو نحوهما مما يحرم وقوعه اختياراً ، لعدم المقدمية ، ولا مانع من اختلاف المتلازمين في الأحكام .

لكن الظاهر من قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) كونه حكماً فعلياً لا يصح مع تحريم ملازمه . فلا بد أن يختص بصورة ما إذا لم يلزم المحرم ، سواء كان اختيارياً كالزنا ونحوه ، أم لا كالمرض ونحوه . بأن يلزم منه ما ليس بمحرم كتشويش باله ، ووقوف أعماله ، ومكاسبه ، ونحو ذلك . فانه حيثئذ يكون الصبر أفضل . وهذا مما يؤكد ما ذكرناه من الاطلاق وعدم الاختصاص بالزنا . وفي الجواهر دفع الاشكال بأن الزنا بعد ما كان بالاختيار لم يكن ترك التزويج مقدمة محرمة ، كي يتنافى ذلك كونه أفضل . وفيه : أن الظاهر من قوله تعالى : (خير لكم) أنه أفضل فعلاً ، وأنه في مقام الحث عليه . وهو يتنافى مع تحريم ما يلزمه من الزنا ، كما عرفت .

(١) باتفاق المسلمين . وفي الجواهر : أنه لا ريب فيه .

(٢) بناء على التحقيق من أنه داخل في ملك اليمين ، وليس من قبيل

التزويج . نعم بناء على الثاني يكون حكمه حكم الدائم ، كما في المسالك وغيرها .

لعدم صدق الأمة عليها (١) ، وإن لم يصدق الحرة أيضا .
 (مسألة ٥٢) : لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط
 طلاقها (٢) . ولو حصل بعد للتزويج جأد نكاحها إن أراد
 على الأحوط (٣) .
 (مسألة ٥٣) : لو تحقق للشرطان فتزوجها ثم زال أو
 زال أحدهما لم يبطل (٤) ولا يجب للطلاق .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر ، وإن كانت الآية الشريفة لم يذكر
 فيها الأمة وإنما ذكر فيها « ما ملكت أيما نكم » ، وهو أيضا لا يشمل
 المبعوضة ، فلا تدخل في أدلة المنع .
 (٢) لاحتمال صحة النكاح ، فلا يجوز تركها بلا طلاق .
 (٣) لاحتمال عدم صحته حين حدوثه .
 (٤) كما في المسالك والجواهر ، لأن الشرطين - على تقدير اعتبارهما -
 شرط في الحدوث ، فإذا تحقق وصح حين حدوثه جرى استصحاب صحته
 بعد ذلك ، وإن زال الشرطان ، بل لو فرض أنه طلقها رجعيًا جاز له
 الرجوع بها بعد فقد الشرطين ، لأنها بمنزلة الزوجة . واستشكل فيه في
 الحدائق ، لخلو الفرض عن النص بنفي أو اثبات ، وعدم حجية الاستصحاب .
 وعن بعض العامة : بطلان العقد . والجميع - كما ترى - خلاف الأصل .
 بل خلاف النصوص الدالة على جواز نكاح الحرة على الأمة ، فإنها محمولة
 على صورة ما إذا تزوج الأمة لوجود الشرطين ، ثم زال أحدهما بحصول
 الطول إلى تزويج الحرة . بل في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) :
 « في الرجل نكح أمة فوجد طولاً إلى حرة وكره أن يطلق الأمة . قال (ع) :
 ينكح الحرة على الأمة ، إن كانت الأمة أولها عنده » (١٠) .

(١٠) ذكره بهذا المتن في الحدائق - عن البحار عن كتاب الحسين بن سعيد - في مسألة الجمع -

(مسألة ٥٤) : لو لم يجد للطول أو خاف للعت ولكن أمكنه اللوطء بالتحليل أو بملك اليمين يشكّل جواز للتزويج (١)
(مسألة ٥٥) : إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها ، لمرض ، أو رتق ، أو قرن ، أو صغر ، أو نحو ذلك ، فكما لم يتمكن (٢) . وكذا لو كانت عنده (٣) واحدة من هذه ، أو كانت زوجته الحرة غائبة .

(١) بل في المسالك والجواهر : لم يجز له نكاح الامة ، لفقد الشرط وهو خوف العنت . وحكى فيها احتمال الجواز ، لانه لا يستطيع طول حرة . وفيه : أن خوف العنت شرط آخر ، وهو مفقود . ومن ذلك يظهر الاشكال في توقف المصنف عن الفتوى . إلا أن يكون من باب الاشكال في الحكم في أصل المسألة . نعم بشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين . وكأنه يريد خوف العنت لا من جهة العجز عن النكاح ، فانه لا ينافي التمكن من نكاح الامة . لكن الظاهر منه في الآية الشريفة الخوف الناشئ من العجز الشرعي عن النكاح ، بحيث يكون العجز عن النكاح داعياً اليه . وهذا المعنى لا يتحقق مع التمكن من نكاح الامة بالملك والتحليل . ولذا قال في القواعد : « والقادر على ملك اليمين لا يخاف العنت ، فلا يترخص » .

(٢) لصدق عدم الطول على نكاح الحرة .

(٣) كما في المسالك والجواهر والحدائق . وفي الأخير : نسبه الى تصريح الاصحاب . لصدق عدم الطول على نكاح الحرة . والظاهر عدم

- بين الحرة والامة الجزء : ٦ صفحة : ١١٧ الطبعة القديمة ولا يوجد في الوسائل ، والموجود فيها حديث آخر عن محمد بن قيس مختلف معه متنا متحد معه . راجع الوسائل باب : ٨ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث : ٢ .

(مسألة ٥٦) : إذا لم تكفه في صورة تحقق للشرطين
أمة واحدة ، يجوز الاثنتين (١) . أما الأزيد فلا يجوز ، كما
سيأتي (٢) .

(مسألة ٥٧) : إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنّها
تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه ، فكصورة
عدم للقدرة (٣) ، لقاعدة نفي للضرر . نظير سائر المقامات ،

الاشكال فيه ، كما يقتضيه ماسيأتي من جواز نكاح الامة على الحرة باذنها
نصاً ، وفتوى . نعم إذا تمكن من بعض الاستمتاع بها غير الوطء ،
على وجه يزول خوف العنت ، لم يجز له نكاح الامة ، لفقد الشرط الثاني .
(١) نسبه في الحدائق اليهم . لإطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين ،
الشامل لمن لم يتزوج الامة ولمن تزوجها .

(٢) وتقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين .

(٣) قال في المسالك : ولو وجدت الحرة ، وقدر على ما طلبته من
المهر ، لكن طلبت أزيد من مهر مثلها ، بحيث تجحف بالزيادة ، ففي
وجوب بذله ، وتحريم نكاح الأمة وجهان ، من تحقق القدرة المقتضية
لوجود الطول . ومن لزوم الضرر والمشقة بدفع الزيادة ، وحمل القدرة على
المتعارف . وهو قوي مع استلزام بذل الزيادة الاسراف عادة بحسب حاله ،
أو الضرر . وإلا فالأقوى الأول .

والمصنف (ره) فرض مجرد الضرر المالي . واستدل له بقاعدة نفي
الضرر . ويشكل أولاً : بأن قاعدة نفي الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية ،
كباب المعاوضات المالية ، والنكاح ليس منها ، فان المهر لم يلاحظ فيه
المعاوضة المالية ، فان الزوجة لا كلا ولا بعضا تكون ملكا للزوج عوض
المهر ، ولا حق له فيها أيضاً لو حظ عوضاً عنه . وإنما عنوان الاصداق

كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقف تحصيل الزاد وللراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل ، أو على شراء للراحلة بأزيد من ثمن المثل ، فان للظاهر سقوط للوجوب وإن كان قادراً على ذلك . والأحوط في الجميع

عنوان آخر . ولذا لم يكن بناء الفقهاء على الرجوع الى قاعدة نفي الضرر فيما لو تزوج وأصدق أكثر من مهر المثل ، كما هو حكم المغبون . وثانياً : أن غابة ما تقتضيه القاعدة المذكورة نفي الحكم الذي يؤدي الى الضرر ، لا لإثبات صحة تزويج الأمة مع فقد شرطه ، ولا لإثبات شرطه . نعم إذا توقف التخلص من الوقوع في الحرام على تزويج الحرة المذكورة ، وكان تزويجها ضرراً مالياً ، سقط وجوب تزويجها . لكن لا بشرح صحة تزويج الأمة مع فقد شرطها . ووجوب التخلص من الحرام لا يقتضي مشروعيتها . وكذلك رفع السهو والنسيان لا يقتضي صحة الصلاة التي وقع فيها السهو والنسيان . ودليل نفي الحرج لا يقتضي صحة المركب الذي كان بعض أجزائه حرجياً .

فالمتحصل : أن قاعدة نفي الضرر تصلح لنفي الحكم الضرري ، ولا تصلح لتشريع الحكم الذي به يرتفع الضرر . ومن ذلك يظهر الاشكال في مقايسة المقام بمسألة وجوب الحج ، إذا توقف على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل ، أو شراء الراحلة أو الزاد بأكثر من ثمن المثل ، فان القاعدة هناك جارية على مقتضاها من نفي الحكم الضرري ، فينتفي وجوب الحج ، لأنه ضرري . وهنا يقصد إثبات صحة تزويج الأمة بالقاعدة ، وهي لا تصلح لذلك . مضافاً الى أن الذي اختاره المصنف عدم سقوط الحج بذلك . فراجع المسألة السابعة من مبحث الاستطاعة من حيث المال .

اعتبار كون للزيادة مما يضر بحاله (١) لا مطلقاً .

فصل

الأقوى جواز نكاح الامة على الحرة مع إذنها (٢) .

(١) كما فرضه في المسالك : وحيثئذ يجوز التزويج لصدق عدم الاستطاعة عرفاً من نكاح الحرة . وليس من باب التمسك بقاعدة في الضرر .

تبيين

حكى عن المفيد (ره) أنه قال : « ومن تزوج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف الله عزوجل وشرطه عليه . إلا أنه لا يفسخ بذلك نكاحه ، وحكي مثله عن ابن البراج . وظاهره صحة العقد ولزوم الاثم . فتكون الحرمة تكليفية . وفيه : أن ذلك خلاف ظاهر الأدلة والآية وغيرها من الارشاد الى عدم حصول الزوجية ، كما في أمثال المقام .

فصل

(٢) كما هو المعروف . نعم عن الشيخ : أنه حكى عن قوم من أصحابنا عدم الجواز ، وإن أذنت . ولعله أراد صورة عدم خوف العنت ، لوجود الحرة . وحيثئذ يكون في محله . وإلا فلا ينبغي التأمل في بطلانه . وفي الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » . ويشهد له صحيح محمد بن اسماعيل ابن بزيع : « سألت أبا الحسن (ع) هل للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن أهلها وله امرأة حرة ؟ قال (ع) : نعم إذا رضيت الحرة . قلت : فان

والاحوط اعتبار الشرطين (١) من عدم الطول وخوف للعنت
وأما مع عدم إذنها فلا يجوز ، وإن قلنا في المسألة المتقدمة (٢)
بجواز عقد الامة مع عدم للشرطين ، بل هو باطل (٣) .

أذنت الحرة يتمتع منها ؟ قال (ع) : نعم « (١٠) .
(١) على ما تقدم . وتوقف المصنف هنا من أجل توقفه في أصل
المسألة ، كما سبق .

(٢) يعني مسألة الاحدى والخمسين .

(٣) بلا خلاف ظاهر ، لمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) :
« قال تزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة . ومن تزوج
أمة على حرة فنكاحه باطل » (٢٠) ، وخبر أبي بصير : « سألت أبا عبد
الله (ع) : عن نكاح الامة . فقال : تزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج
الأمة على الحرة . ونكاح الأمة على الحرة باطل . . . » (٣٠) . وخبر محمد
ابن الفضيل عن أبي الحسن (ع) : « قال لا يجوز نكاح الأمة على الحرة . . . » (٤٠)
وخبر الحسن بن زياد : « قال أبو عبد الله (ع) : تزوج الحرة على الأمة ،
ولا تزوج الأمة على الحرة . . . » (٥٠) . ونحوها غيرها . ودلالة الجميع
على البطلان ما بين صريحة وظاهرة . ومقتضى إطلاقها البطلان مطلقاً .
وإن أذنت الحرة كما تقدمت حكاية ذلك عن قوم من أصحابنا . لكن عرفت
لزوم تقييدها بصورة عدم إذن الحرة ، لمصحح ابن بزيع المتقدم . وهو

(١٠) الوسائل باب : ١٦ من ابواب المتعة حديث : ١ .

(٢٠) الوسائل باب : ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ١ .

(٣٠) الوسائل باب : ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٤٠) الوسائل باب : ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٤ .

(٥٠) الوسائل باب : ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٥ .

نعم لو أجازت بعد للعقد صحح على الاقوى (١) بشرط تحقق

وإن كان مورده المتعة ، إلا أنه لا قائل بالفرق بينها وبين الدوام . كما في الرياض . ولا سيما بملاحظة دعوى الاجماع على الصحة مع الاذن ، كما عن التبيان ، والسرائر ، والتذكرة ، والمسالك .

(١) كما في الجواهر والمسالك ، لاطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم ، الذي عرفت تقييد نصوص البطلان به . فيكون المتحصل من الجمع بين النصوص : هو البطلان ما لم تأذن سابقاً ، أو لاحقاً . خلافاً لما في الشرائع وغيرها من البطلان . بل عن المبسوط ، وظاهر التبيان ، والسرائر : الاجماع عليه ، واختاره في الرياض ، اعتماداً على ذلك . وهو كما ترى ، لشهرة الخلاف . فقد حكي في المختصر النافع قولاً : بأن لحرمة الخيار بين إجازة عقد الامة وفسخه . ونسبه في الرياض الى الشيخين وابني البراج وحزة ، فكيف يكون البطلان لإجماعاً ؟ وكيف يعتمد على نقل الاجماع على البطلان مع العلم بالخلاف ؟ ! .

وحكى في المسالك عن الجماعة : القول بالخيار لحرمة بين فسخ عهد الامة وامضائه ، وعقد نفسها وامضائه . لموثق سماعة عن أبي عبد الله (ع) : « عن رجل تزوج امة على حرة . فقال : إن شئت لحرمة أن تقيم مع الامة أقامت ، وإن شئت ذهبت الى أهلها . قال : قلت : فان لم ترض بذلك وذهبت الى أهلها ، فله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام ؟ قال (ع) : لا سبيل له عليها إذا لم ترض حين تعلم . قلت : فذهابها الى أهلها طلاقها ؟ قال (ع) : نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ، ثم تتزوج إن شئت » (١٥) . قال في المسالك - بعد ذكر الموثق - : « وهو يدل على جواز فسخها عقد نفسها . ويسهل بعده القول بجواز فسخ عقد

(١٥) الرسائل باء : ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .

الأمة . وفي المختلف حكى عن الشيخين ، وابن البراج ، وسلار ، وابن حمزة : القول بتخيير الحرة في فسخ عقد الأمة وامضائه . ثم قال : وهل للحرة أن تفسخ عقد نفسها لو دخلت الأمة عليها ؟ قال الشيخان : نعم . وبه قال ابن البراج ، وسلار ، وابن حمزة . وقريب منه ما في كشف اللثام . فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين . بخلافاً لما يظهر من بعضهم من أن قول الشيخين هو تخير الحرة في عقد نفسها لا غير ، ولما تقدم عن الرياض من أن المنسوب الى الشيخين واتباعها هو تخير الحرة بين إجازة عقد الأمة وفسخه .

وكيف كان لا مجال لدعوى الاجماع على البطلان بعد شهرة الخلاف من القدماء . وحينئذ يتعين الرجوع الى النصوص . وقد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن زريع . وأما موثق سماعة فمقتضى الجمع بينه وبين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن زريع : هو مذهب الشيخين ، المؤلف من دعويين ، كما عرفت . فيثبت البطلان مع عدم الاذن من الحرة بمفهوم الصحيح ، الموافق لنصوص البطلان مطلقاً . والصحة مع الاذن منها بمنطوق الصحيح ، لاطلاقه . وثبوت الخيار لها حينئذ في عقد نفسها بموثق سماعة . والظعن بالموثق بالضعف . كما في النافع والمسالك - ضعيف .

وفي الحدائق : اختار البطلان . وأجاب عن الموثق بأنه لا يقوى على معارضة نصوص البطلان . وكأنه لأن الموثق ظاهر في صحة عقد الأمة مطلقاً ، في قبال نصوص البطلان مطلقاً . ولم يتعرض للصحيح . وكأنه بناء منه على عدم إطلاقه . وفيه : أنه غير ظاهر . فاذا قيد الصحيح اطلاق البطلان بمنطوقه ، أمكن أن يقيد بمفهومه إطلاق الصحة في الموثق . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في الرياض من أن الموثق يدل على صحة نكاح

للشرطين على الاحوط (١) . ولا فرق في المنع بين كون للعقدين دوامين أو انقطائيين أو مختلفين (٢) ، بل الاقوى عدم للفرق (٣) بين إمكان وطء الحرة وعدمه لمرض ، أو

الأمة ، فيعارضه نصوص البطلان اللازم تقديمها عليه . نعم يشكل الموثق بأنه رواه في الكافي هكذا : « في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة ، ولم تعلم الحرة أن له امرأة . قال : إن شاءت الحرة . . . » (١٥) . فلا يكون فيما نحن فيه . وكأنه لذلك لم يتعرض في الجواهر للاستدلال به على المسألة ، بل استدل بما رواه في الكافي للمسألة الثانية ، وفي تزويج الحرة على الأمة . واحتمال أن تكونا روايتين في واقعتين مع اتحاد السائل ، والمسؤول منه ، والسند ، والجواب على طوله . واشتماله على سؤالات وأجوبة متكررة من السائل والحبيب . بعيد ، ولا سيما وأن الكليني لم ينقل المتن الأول ، والشيخ لم ينقل المتن الثاني . فلو كانا حديثين لكان اللازم نقلهما معا ، لأنها جميعاً رويها ذلك عن الحسن بن محبوب عن يحيى الخمام ، عن سماعة ، والظاهر أن ذلك كان في كتاب الحسن بن محبوب ، فما الذي دعى الى هذا التبعض ؟ ! وإنه لبعيد جداً . والمظنون قوياً أنها حديث واحد اختلف النقلان في موضوع سؤاله . ولا ينبغي التأمل في تقديم نقل الكليني مع معارضته لنقل الشيخ . ولم يتحقق استدلال الشيخين واتباعها به على القول بالتحخير في الفرض ، بل من الجائز أن يكون دليلهم شيئاً آخر ، كما تقدم في تزويج بنت الأخ والأخت على العمة والحالة . فراجع .

(١) على ما تقدم من الاشكال في أصل المسألة .

(٢) لاطلاق الأدلة .

(٣) يعني : في المنع إلا مع الاذن . لاطلاق أدلة المنع .

قرن ، أو رتق ، إلا مع عدم للشرطين (١) . نعم لا يبعد الجواز (٢) إذا لم تكن الحرة قابلة للاذن لصغر أو جنون ، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً . ولكن الاحوط مع ذلك المنع . وأما للعكس - وهو نكاح الحرة على الأمة - فهو جائز ولازم إذا كانت الحرة عاتمة بالحال (٣) . وأما مع جهلها فالاقوى خيارها في بقائها مع الأمة وفسخها ورجوعها الى أهلها (٤)

(١) لم يتضح وجه هذا الاستثناء ، لأنه مع عدم الشرطين يكون المنع أولى . والمظنون أن هذا الاستثناء راجع الى الجواز المذكور بقوله : نعم لا يبعد الجواز . . . لكن نسخة الأصل كما هنا .

(٢) كما احتل ذلك في الجواهر ، بناء على ظهور دليل اعتبار الاذن في القابلة ، فيبقى غيرها داخلا تحت عمومات الحل . ثم احتمل العدم ، لاطلاق النهي عن نكاح الأمة على الحرة ، المقتصر في تقييده على صورة الاذن من القابلة ، ويبقى غيرها داخلا تحت عموم المنع . وهذا هو الموافق للقواعد ، لأن عموم المنع اخص من عموم الحل ، فيقدم عليه . ومنه يظهر ضعف ما عن المبسوط من القول بالصحة .

(٣) بلا خلاف فيه ولا إشكال ، لأصالة الحل واللزوم . وخصوص

النصوص المتضمنة جواز تزويج الحرة على الأمة ، كما تقدم بعضها .

(٤) كما هو المعروف . ويشهد له خبر يحيى الأزرق : « سألت أبا

عبد الله (ع) عن رجل كانت له امرأة وليدة ، فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة . فقال (ع) : إن شاءت الحرة أقامت ، وإن شاءت لم تقم . قلت : قد أخذت المهر ، فتذهب به ؟ قال (ع) : نعم ، بما استحلت من فرجها » (١٥) . ونحوه موثق سماعة المتقدم عن الكافي . وعن

(١٥) الوسائل باب : ٤٧ من ابواب ما يجرم بالمصاهرة حديث : ١ .

والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال (١). فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً .

(مسألة ١) : لو نكح الحرة والامة في عقد واحد

مع علم الحرة صح (٢) . ومع جهلها صح بالنسبة لليها (٣) وبطل بالنسبة الى الامة (٤) ،

التبيان : أن للحرة الخيار في عقد الأمة أيضاً ، كالخيار في عقد نفسها . ودليله غير ظاهر في مقابل عمومات اللزوم . وعن المبسوط : أنه رواية ولكنها لم تثبت .

(١) كما في الجواهر ، للأصل ، ولما يستفاد من الخبرين المذكورين . ومجرد كون الخيار من حقوقها لا يستلزم وجوب إعلامها به . على أن كون الخيار في المقام من الحقوق غير ظاهر ، حتى في حال العلم ، فضلاً عن حال الجهل . وحكى في الجواهر عن الرياض أنه قال : « ولو أدخل الحرة على الأمة جاز ، ولزم علم الحرة بأن تحته أمة إجماعاً ونصوصاً » . ثم قال في الجواهر : « ولم نتحقق ذلك . ويمكن أن يريد الإجماع والنصوص على الحكم الأول . . . » ولكن نسخة الرياض التي عندنا هكذا : « جاز ولزم مع علم الحرة . . . » ، فلا إشكال عليه حينئذ .

(٢) بلا إشكال ظاهر ، لعمومات الصحة . ولزم ، لدليل اللزوم .

(٣) بلا إشكال لعمومات الصحة .

(٤) بلا إشكال فيه في الجملة . ويقتضيه صحيح أبي عبيدة الخذاء عن أبي جعفر (ع) قال : « سئل أبو جعفر (ع) : عن رجل تزوج امرأة حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد . قال (ع) : أما الحرة فنكاحها جائز ، وإن كان سمي لها مهرأ فهو لها . وأما المملوكتان فإن نكاحها في عقد

إلا مع إجازتها (١) . وكذا الحال لو تزوجها بعقدين في زمان واحد على الاقوى (٢) .

(مسألة ٢) : لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة (٣) . وأما على الحرة ففيه إشكال (٤) . وإن كان لا يبعد جوازه (٥) ، لان الممنوع نكاح الامة على الحرة ، ولا يصدق الامة على المبعضة ، وإن كان لا يصدق أنها حرة أيضا .

مع الحرة باطل ، يفرق بينه وبينهما (١٠) .
 (١) فيصح عقد الامة حينئذ ، كما في المسالك والجواهر وغيرهما .
 وفي المسالك حكاه عن الشيخين واتباعهما . وفي الرياض عن جماعة من الاعيان البطلان . ويقتضيه إطلاق صحيح أبي عبيدة المتقدم . لكن في الرياض احتمال الحمل على الغالب ، وهو صورة عدم الاذن وظاهره التردد في البطلان . وكذا قوله في القواعد : « كان عقد الامة موقوفاً ، أو باطلاً » . لكن في الجواهر دعوى القطع بالصحة مع الاذن . وكأنه مستفاد مما تقدم في عقد الامة على الحرة . وهو غير بعيد . وفي المختلف : « كان للحرة الخيار في فسخ عقد الامة وامضائه ، والخيار في عقد نفسها ، لأن العقد واحد وقع متزاولاً ولا أولوية » ويشبه أن يكون من الاجتهاد في قبالة النص .

(٢) فإنه وإن لم يدخل في عبارة النص صريحاً ، لكنه يدخل في مفهومه كما لا يخفى ، لاغناء خصوصيته عرفاً .

(٣) فإنه لا يدخل في نصوص المنع ، فيرجع فيه الى عمومات الحل .

(٤) لاحتمال كون شرف الحرية هو الموجب للمنع عن الفاقد لها .

(٥) كما مال اليه في الجواهر ، لما ذكر في المتن .

(مسألة ٣) : إذا تزوج الامة على الحرية فماتت للحره أو طلقها أو وهب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة (١) بل لا بد من للعقد على الامة جديداً اذا أراد .

(مسألة ٤) : إذا كان تحت حرة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الامة في عدتها (٢) . وأما إذا كان للطلاق رجعيّاً ففيه إشكال ، وإن كان لا يبعد الجواز ، لانصراف الاخبار عن هذه للصورة (٣) .

(مسألة ٥) : إذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي ، فعلى للنقل لا يكون من نكاح الامة على للحره فلا مانع منه ، وعلى للكشف مشكل (٤) .

(١) لاستصحاب عدم ترتب الاثر . اللهم إلا أن يرجع الى عموم الصحة ، المقنن في تقييده باعتبار إذن الحره على صورة كونه عقد الأمة على حرة ، وهو غير صادق في الفرض .

(٢) إذ ليس عنده حرة ، فلا يكون من تزويج الامة على الحره ، الذي هو موضوع المنع ، فعموم الحل بجائزه شامل له . اللهم إلا أن يرجع الى استصحاب حال ما قبل الطلاق . لكن التحقيق عدم جريانه في مثل المقام مقابل العموم .

(٣) لو سلم لا يجدي في الجواز ، لأن دليل تنزيل المطلقة رجعيّاً بمنزلة الزوجة كاف في ثبوت الحكم الأول ، المقدم على عموم الحل .
(٤) أما على الكشف الحقيقي : فلا ينبغي الاشكال في المنع ، لأنه بالاجازة ينكشف أن الحره زوجة حين عقد الفضولي ، قبل عقد الامة ، فيكون العقد على الامة من تزويج الأمة على الحره . وأما على الكشف

(مسألة ٦) : إذا عقد على حرة وعقد وكيله له على أمة وشك في السابق منها لا يبعد صحتها (١) . وإن لم تجز للحررة . والاحوط طلاق الامة مع عدم إجازة للحررة .
(مسألة ٧) : لو شرط في عقد للحررة أن تأذن في

الانقلابي : فعقد الامة حين وقوعه لم يكن من تزويج الأمة على الحرية ، لكن بعد الاجازة وحكم الشارع بتحقيق الزوجية حين عقد الفصولي ينقلب العقد على الأمة بعد أن لم يكن من تزويج الأمة على الحرية ، فيكون من تزويج الأمة على الحرية . نعم يشكل المنع : بأن الأدلة منصرفه عن مثل ذلك ، والظاهر منها تزويج الأمة على الحرية حين حدوثه ، وليس الأمر كذلك على هذا المبني . وأولى منه بالاشكال لو بني على الكشف الحكمي .

(١) أما عقد الحرية : فمعلوم الصحة على كل حال ، سابقاً كان أو لاحقاً أو مقارناً . وأما عقد الأمة : فإن كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا باذن الحرية ، وإن كان سابقاً فهو صحيح . ومع الشك في الصحة يبنى على الصحة ، لقاعدة الصحة . وأما الأصول الموضوعية : فمقتضاها الصحة أيضاً إذا علم تاريخ عقد الامة ، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرية سابقاً ، ولا حين وقوع العقد على الأمة ، فلا يكون عقد الأمة لمن كانت عنده حرة لا سابقاً ولا مقارناً ، فيكون صحيحاً . وأما إذا علم تاريخ عقد الحرية فأصالة عدم وقوع العقد على الأمة سابقاً ولا حين وقوع العقد على الحرية لا يقتضي صحة عقد الامة ، بل يلازم فساده ، كما هو ظاهر . وحينئذ لا يمكن إثبات صحة عقد الامة بالأصل الموضوعي في هذه الصورة ، ويتعين الرجوع الى أصالة الصحة . إلا أن يستشكل فيها ، لأن الشك ناشئ من الشك في الأمور الاتفاقية ، وجريانها في مثله محل إشكال وكلام .

نكاح الامة عليها صح . ولكن إذا لم تأذن لم يصح (١) ،
بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الامة .

فصل

في نكاح للعبيد والاماء

(مسألة ١) : أمر تزويج للعبد والامة بيد للسيد ،
فيجوز له تزويجها (٢) ولو من غير رضاها ، أو إجبارها
على ذلك . ولا يجوز لها للعقد على نفسها من غير إذنه (٣) ،

(١) تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة التاسعة عشرة من فصل
المحرمات بالمصاهرة . فراجع .

فصل

في نكاح العبيد والاماء

(٢) بلا إشكال فيه ظاهر في الجملة . وسيأتي بيان التعرض لذلك
في الفتاوى والنصوص في المسألة السادسة عشرة . وتقتضيه قاعدة السلطنة
بعد ثبوت قابلية المحل ، فإذا كان للحر ولاية تزويج نفسه ، فالعبد تكون
ولاية تزويجه لمولاه .

(٣) فقد طفحت بذلك عباراتهم من دون نقل خلاف أو احتمال
خلاف في ذلك . وتقتضيه قاعدة السلطنة ، فان ثبوت السلطنة على ذلك
للمولى يقتضي نفيها عن غيره . مضافا الى قوله تعالى : (فانكحوهن باذن
أهلن) (١٠) ، وبعض النصوص الآتية في المسألة الثانية .

كما لا يجوز لغيرهما للعقد عليهما كذلك (١) ، حتى لو كان لهما
أب حر . بل يكون إيقاع للعقد منهما أو من غيرهما عليهما
حراماً إذا كان ذلك بقصد ترتيب الاثر (٢) . ولو لامع إجازة
المولى . نعم لو كان ذلك بتوقع الاجازة منه فالظاهر
عدم حرمة ، لأنه ليس تصرفاً في مال للغير عرفاً (٣) كبيع
الفضولي مال غيره . وأما عقدهما على نفسيهما (٤) من غير إذن
المولى ، ومن غيرهما (٥) بتوقع الاجازة فقد يقال بحرمة (٦)

(١) لما عرفت ، من غير فرق بين أن يكون العاقد أباً حراً ، وغيره ،

لعموم القاعدة للجميع .

(٢) لحكم العقل باستحقاق العقاب على ما يصدر من المكلف من فعل

أو ترك بقصد التوصل الى الحرام ، فتكون الحرمة عقلية لا شرعية :

(٣) لاختصاص التصرف في مال غيره المحرم بما يكون تصرفاً خارجياً ،

وإيقاع التزويج - كإيقاع البيع الفضولي - من التصرف الاعتباري ، فلا

يدخل في الدليل .

(٤) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ، فان ما قبلها كان

في عقدهما على أنفسهما ، وعقد غيرهما عليهما ، وفي هذه المسألة كذلك :

(٥) التصرف من غيرهما لا يناسب التعليل الآتي ، فاللازم الضرب

عليه . والمظنون أن أصل العبارة غير موجود فيه قوله : « ومن غيرهما » .

كما أن أصل العبارة السابقة هكذا : « نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع

الاجازة . . . » . فتكون العبارة السابقة في إيقاع الغير لا غير ، وهذه

العبارة في إيقاعها لا غير . فحينئذ تختلف المسألتان . وقد راجعت نسخة

الاصل فوجدتها كما ذكرنا ، على ما هو الظاهر .

(٦) يظهر ذلك من الجواهر ، فانه بعد قول مائته : « ولا يجوز للعبد

لسلب قدرتها وإن لم يكونا مسلوبى العبارة . لكنه مشكل ، لانصراف سلب للقدرة عن مثل ذلك (١) . وكذا لو باشر أحدهما للعقد للغير باذنه أو فضولة ، فانه ليس بحرام على الأقوى وإن قيل بكونه حراماً (٢) .

(مسألة ٢) : لو تزوج للعبد من غير إذن المولى وقف على إجازته ، فان أجاز صح . وكذا الأمة على الأقوى (٣) .

ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً إلا باذن المالك قال : « بل ولا يجوز على الاصح - أن يعقدا لغيرهما أيضا ذلك ولا غيره من العقود . وإن كان لو وقع منها ترتب الاثر وإن أتما » ، فحمل كلام الشرائع على نفي الجواز التكليفي . وفي الرياض : علل الحكم المذكور في متن الشرائع بانها ملك له ، فلا يتصرفان في ملكه بغير إذنه ، لقبحه . إنتهى . ونحوه كلام غيرهما .

(١) هذا الانصراف غير ظاهر . نعم ما جرت السيرة على وقوعه بغير إذن الولي مخصص لعموم سلب القدرة . لكن في كون المقام منه غير ظاهر . ومن ذلك بشكل ما يأتي في قوله (ره) : « على الأقوى » .
(٢) تقدم ذلك عن الجواهر :

(٣) كما عن الأشهر ، أو الأكثر ، او المشهور . وفي الشرائع : أنه الاظهر . وفي المختصر النافع : أنه أشبه . للتصريح بذلك في جملة من النصوص الواردة في العبد ، كصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « سألته عن مموك تزوج بغير إذن سيده . فقال (ع) : ذلك الى سيده إن شاء أجازة . وإن شاء فرق بينهما . قلت : أصلحك الله تعالى ، إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح فاسد ، ولا تحل إجازة السيد له . فقال أبو جعفر (ع) : إنه لم يعص الله سبحانه ،

إنما عصى سيده ، فإذا أجازته فهو له جائز (١٥) . والمراد من معصية السيد فعله بغير إذنه ، كما أن المراد من عدم معصية الله سبحانه فعله بإذنه . توضيح ذلك : أن المعصية إنما يصح اعتبارها في التكليف ، فهي الجري على خلاف مقتضى التكليف ، كما أن الاطاعة الجري على وفق مقتضى التكليف ، والمقام لما لم يكن فيه تكليف ، لا من الله تعالى ، ولا من السيد ، تعين أن يكون المراد بالمعصية فيه معنى آخر ، وهو فعل ما لم يأذن به ، فمعصية السيد فعل ما لم يأذن به السيد . وعدم معصية الله تعالى عدم فعل ما لم يأذن به الله تعالى ، بأن كان فعله مأذوناً فيه منه تعالى ، فإن عقد العبد لا قصور فيه في نفسه ، فهو مشروع ، ومأذون فيه من الله تعالى ، فلم يكن فعله معصية لله تعالى بهذا المعنى ، كما أنه لم يأذن فيه السيد ، فيكون فعله معصية للسيد بهذا المعنى . ويشير الى ما ذكرنا خبر زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه ، فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك مولاه . قال (ع) : ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما ، وإن شاء أجاز نكاحها . فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً . وإن أجاز نكاحها فهما على نكاحها الأول . فقلت لأبي جعفر (ع) : فإن أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر (ع) : إنما أتى شيئاً حلالاً ، وليس بعاص لله ، إنما عصى سيده ، ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه ، من نكاح في عدة وأشباهه (٢٥) . ومن النصوص الواردة في العبد صحيح معاوية بن وهب قال : « جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ، ثم أعتقوني

(١٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

بعد ذلك ، فاجدد نكاحي لباها حين أعتقت ؟ فقال (ع) له : أكانوا خلموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي . قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم لإقرار منهم . اثبت على نكاحك الأول « (١٥) . ونحوها خبر الحسن بن زياد الطائي (٢٥) وغيره . ومن التعليل في الصحيح يظهر عموم الحكم للأمة . مضافاً الى إطلاق النصوص المدالة على أنه لا يجوز تزويج الأمة إلا باذن مولاه ، مثل خبر أبي العباس القباقي : « قلت لأبي عبد الله (ع) : يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها . قال : هو زنا إن الله تعالى يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) « (٣٥) وموثق أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن نكاح الأمة . قال (ع) : لا يصلح نكاح الأمة إلا باذن مولاه « (٤٥) بناء على عمومها للاذن بعد العقد ، كما تحقق ذلك في مبحث الفضولي . وقوله (ع) : « هو زنا » مختص بصورة عدم الاذن ، كما يظهر من الاستشهاد بالآية الشريفة . وقيل بالبطلان فيهما ، وهو المحكي عن أكثر القائلين ببطلان نكاح الفضولي ، وإن كان بعضهم بنى على الصحة في العبد ، كالشيخ في الخلاف والمبسوط ، فقد حكى عنه أنه استثنى نكاح العبد بدون إذن سيده . وفيه : أن البناء على بطلان الفضولي في النكاح ، لا يقتضي البناء عليه في المملوك ، للنصوص الخاصة به التي عرفت .

وقيل بالبطلان ، وأن الاجازة كالعقد المستأنف . حكى عن النهاية والتهذيب والمهذب . لكن في كشف اللثام - تبعاً للمختلف - حمل البطلان

(١٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٤ .

والاجازة كاشفة (١) . ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها ، أو لا بل على الوجه المحرم . ولا يضره للنهي ، لأنه متعلق بأمر خارج (٢) متحد . وللظاهر اشتراط عدم للرد منه

على النزول ، فيرجع هذا القول الى المشهور .

وقبل بالبطلان في الأمة ، والصحة في العبد . حكى عن ابن حمزة . واختاره في الحدائق . للنصوص الواردة في الأمة ، المتضمنة أن نكاحها بغير إذن مولها فاسد أو زنا بناء منه على عدم عمومها للاذن بعد العقد . وأما الصحة في العبد فلما تقدم من النصوص . وفيه : ما عرفت في وجه الاستشهاد بنصوص الأمة .

(١) قد تحقق في مبحث الفضولي : أن الاجازة كاشفة . على نحو الكشف الانقلابي ، بمعنى : أن الشارع حين الاجازة يحكم بصحة العقد ، وثبوت مضمونه . ومضمون العقد وإن كان نفس الزوجية لا الزوجية حين العقد ، إلا أن المرتكز العرفي كون الزوجية من قبيل المسبب عن العقد ، على نحو المسببات الحقيقية عن أسبابها ، بحيث لا تنفك عنها . وهذا الارتكاز قرينة على حمل عمومات الصحة والنفوذ على النحو المذكور من النفوذ ، أعني : النفوذ على نحو المقارنة . فلاحظ مبحث الفضولي من كتابنا نهج الفقاهة : (٢) التحقيق : أن النهي في المعاملات سواء كان متعلقاً بأمر داخل أم خارج ، متحد مع المعاملة أو غير متحد . لا يقتضي فساد المعاملة ، فإن النهي عن البيع وقت النداء نهى عن أمر داخل ، بل عن نفس مضمون العقد ، ولا يقتضي فساد العقد ، ولا عدم ترتب المضمون . نعم في العبادات يمكن التفصيل بين النهي عن العبادة نفسها أو عن أمر داخل فيها ، كالجزء ، وبين النهي عن أمر خارج ، فإن الأول يقتضي الفساد ، والثاني لا يقتضيه إذا لم يكن المنهي عنه متحداً مع ذات العبادة ، ومع الاتحاد يقتضي الفساد ،

قبل الاجازة ، فلا تنفع الاجازة بعد الرد (١) . وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق للنهي من المولى فيكون للنهي للسابق كالرد بعد للعقد ، أولا ؟ وجهان . أقواهما : للثاني (٢) .

(مسألة ٣) : لو باشر المولى تزويج عبده أو اجبره على للتزويج فالمهر إن لم يعين في عين يكون في ذمة المولى (٣)

الإبقاء على جواز اجتماع الأمر والنهي . ثم إنك عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الاجازة عقلية ، لا شرعية ، فالنهي لإرشادي من باب لزوم دفع الضرر ، لا شرعي ، فاستحقاق العقاب علة للنهي ، لا معاول له . ثم إن صحة العقد الواقع على الوجه المحرم بالاجازة اللاحقة صريح النصوص المتقدمة . (١) كما هو المشهور ، بل المدعى عليه الإجماع . وكان الوجه فيه : أن الرد بمنزلة الحائل بين الاجازة والعقد ، فلا يمكن ارتباط الاجازة به ، كما إذا كان بعد الإيجاب قبل القبول ، فإنه مانع من ارتباط الإيجاب بالقبول عرفاً .

(٢) لعمومات الصحة . وعن جماعة : البناء على البطلان . وهو غير ظاهر الوجه ، إلا بناء على أن النهي السابق على العقد يستوجب وقوع الكراهة حال العقد وبعده آنأما ، فيكون الكراهة بمنزلة الرد . وفيه : أن الكراهة لا تكون رداً ، ولذا يصح عقد المكره إذا أجاز بعد ذلك . وبالجملة : عمومات الصحة لا فرق في شمولها لعقد الفضولي بين سبق النهي وعدمه .

(٣) الكلام تارة يكون في المهر المذكور في متن العقد . وأخرى في المهر المستحق بالوطء إذا لم يذكر المهر في العقد . والظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الأولى . وحينئذ يكون الوجه فيه ظاهر ، لأن المهر المذكور لما لم يعين في ذمة ولا في عين انصرف الى ذمة العاقد المباشر

ويجوز أن يجعله في ذمة للعبد يتبع به بعد العتق مع رضاه . وهل له ذلك قهراً عليه ؟ فيه إشكال (١) كما إذا استدان على أن يكون للدين في ذمة للعبد من غير رضاه . وأما لو اذن له في التزويج فان عين كون المهر في ذمته ، أو في ذمة للعبد أو في عين معين تعين (٢) . وإن أطلق ففي كونه في ذمته ، أو في ذمة للعبد مع ضمانه له وتعهده أدائه عنه (٣) ، أو كونه في كسب للعبد ، وجوه . أقواها : الأول (٤) . لان الاذن في الشيء إذن في

وعهده ، وفي صورة الاجبار يكون الأمر بمنزلة المباشر . لكنه غير ظاهر . فالأولى إلحاق صورة الاجبار بالصورة الآتية .

(١) للاشكال في دخول الذمة تحت سلطان المالك ، لأن الملكية قائمة بالعبد لا بدمته ، فلا تكون ذمته مملوكة ، ولا تحت ولاية المالك . إلا أن يقال : إن الذمة من شؤون المملوك ، فتكون تحت ولاية مالكة . ويحتمل أن يكون وجهه الاشكال في أن العبد حر بعد العتق ، فكونه يتبع به بعد العتق حق عليه في حال الحرية ، فلا سلطان للمولى على جعله . إلا أن يقال : إن المحمول أن يكون عليه حال الرقية أن يدفعه حال الحرية ، فالحق المحمول عليه جعل عليه في حال الرقية ، لا في حال الحرية .

(٢) لأنه مقتضى سلطان المولى .

(٣) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالاداء ، لا الضمان الاصطلاحي ،

بأن يكون المهر في ذمة المولى بعد أن كان في ذمة العبد .

(٤) كما في الشرائع والقواعد ، وغيرهما . وحكي عن ابني حمزة وادريس

وفي المسالك : أنه المشهور ، وأنه الأصح . لأن الاذن في النكاح يستلزم

الاذن في توابعه ولوازمه ، كما لو أذن له في الاحرام بالحج ، فانه يكون

لوارمه . وكون المهر عليه - بعد عدم قدرة للعبد على شيء ،

إذناً في توابعه من الافعال وإن لم يذكر . لانتهى . لكن التعليل المذكور إنما يقتضي الاذن في جعل المهر ، لا كون المهر في ذمة المولى . نعم لو ثبت أن العبد لا ذمة له تعيين أن يكون المهر المحعول المأذون في جعله في ذمة المولى . ولكنه غير ظاهر . بل خلاف المتسالم عليه . فقد ذكروا أنه إذا جعل المهر أكثر من مهر المثل كان الزائد على مهر المثل في ذمته . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في الجواهر من الاستدلال على المشهور بقوله : « ضرورة عدم ذمة للعبد صالحة للاشتغال ، وإلا لكان المهر جميعه فيها ، ولم يقل به أحد . » وأما عدم كون المهر جميعه فيها إذا كان زائداً على مهر المثل فليس ذلك لعدم ذمة للعبد ، بل من الجائز أن يكون لدليل آخر . ولأجل ما ذكرنا من الاشكال على التعليل فسره في المتن : بأن المراد أن من لوازم الاذن في التزويج عرفاً أن يكون المهر على المولى ، لعدم قدرة العبد وكونه كلاً على مولاه . فالجعل في ذمة العبد وإن كان ممكناً ، لكنه خلاف ظاهر الاذن عرفاً . فكأن مراد المسالك ذلك . وكذا قبله في جامع المقاصد ، فقد ذكر فيه التعليل بعينه ، بزيادة أن النكاح يمتنع لإخلاقه عن المهر ، والعبد لا يملك شيئاً ، فلا يجب عليه شيء ، لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه ، لامتناع التكليف بما لا يطاق . فيكون وجوبه على المولى . انتهى . فلو لم يكن تعهد من المولى بالمهر كان الاذن صورياً ، لا جدياً . هذا بالنظر الى الغالب . ولذلك كان الاذن دالاً على كون المولى متعهداً بالمهر بالدلالة العرفية . وليس من باب أن الاذن في الشيء إذن في لوازمه ، بل من باب أن لازم الاذن عرفاً التعهد بالمهر . وكان الأولى لذلك إسقاط الجملة الأولى من التعليل ، والاقتصار على ما بعدها . وهو غير بعيد .

وكونه كلاً على مولاه - من لوازم الاذن في للتزويج عرفاً . وكذا للكلام في للنفقة . ويدل عليه أيضاً في المهر رواية علي ابن أبي حمزة (١) ، وفي للنفقة موثقة عمار للساباطي (٢) . ولو تزوج للعبد من غير إذن مولاه ثم أجاز ، ففي كونه كالاذن

(١) رواها عنه الحسن بن محبوب عن أبي الحسن (ع) : « في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم . ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها . فقال (ع) يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها . وإنما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده » (١٥) . ومن ذيلها يظهر أن التزويج كان من العبد باذن المولى ، لا من المولى مباشرة كما يظهر من صدر الرواية ، ولما لم ينسجم بذيلها . فلاحظ .

(٢) قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها ثم ان العبد أبق من مواليه ، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد . فقال (ع) : ليس على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه . فان إباق العبد طلاق امرأته . . . » (٢٥) . فان تعليل نفي النفقة على المولى بأنها بانت عصمتها يدل على ثبوتها على السيد مع عدم البيئونة . وعن المبسوط وابني البراج وسعيد : أن المهر في كسب العبد . وفي كشف اللثام : « وهو عندي أقوى ، لأن الأصل براءة ذمة المولى . والاذن في النكاح لا يقتضي تعاقب لازمه في الذمة ، وإنما يستلزم الاذن في لازمه ، وهو الكسب للمهر والنفقة » . وفيه : أنه لا مجال للأصل مع الدليل ، وقد عرفت أن من لوازم الاذن في النكاح عرفاً التعهد بالمهر والنفقة . ومنع استزام الاذن في النكاح الاذن في الكسب والمهر ، بل لا بد في فعل

(١٥) الوسائل باب : ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

للسابق في كون المهر على المولى ، أو بتعهده ، أولاً ، وجهان (١) .

الكسب من الاستئذان . وكذلك صرف النماء في الوفاء . نعم إذا كانت قرينة خاصة على ذلك كان العمل عليها . وأما الكلية فغير ظاهرة . بل لو كان العبد معتاداً للخدمة في المضيف أو المنزل ، فاذن له المولى في التزويج ، فذهب واشتغل بالكسب من نساجة وغيرها ، بلا إذن من المولى في ذلك كان شاذاً ومرتدداً على مولاه . ولذا قال في الجواهر : « ليس في الاذن ما يقتضي اختصاص ذلك بخصوص الكسب من أموال السيد » . والاشكال عليه . كما في رسالة شيخنا الاعظم - بأن مراد كاشف اللثام أنه لا تسلط عليه في إلزامه بالدفع من غير الكسب . ضعيف . كيف ؟ ! ولم يقل بذلك أحد . وإنما القائلون بتعلقه في ذمة المولى يريدون بذلك أنه له الدفع من أي مال شاء من كسب أو غيره . والشيخ وأتباعه يعينون الدفع من الكسب . هذا إذا كان العبد كسوباً ، أما إذا لم يكن ، أو كان كسبه يقصر عن المهر ، بقي المهر في ذمته ، يتبع به بعد العتق . وقد يستفاد من كلام المبسوط : أنه يتعلق برقبته كأرش الجناية .

وفي الجواهر : « قد يقال : إنه في ذمة العبد ، لكونه عوض ما انتقل إليه من البضع ، ولكن يستحق على السيد أدائه حالاً ، أو عند حلول الأجل . ولعل هذا هو المراد من قولهم في ذمة السيد ، وأنه في عهده أدائه عن العبد ، وإلا فالمهر على الزوج نصاً ، وفتوى » . وكأنه الى ذلك أشار في المتن بقوله : « أو في ذمة العبد . . . » ، كما تقدم شرح المراد منه . وما ذكره (ره) غير بعيد عن الأذواق العرفية .

(١) أقربهما : الاول . لما ذكر فيما إذا كانت الاذن سابقة . وفي القواعد : « وإجازة عقد العبد كالاذن المبتدأة في النفقة : وفي المهر إشكال » . وفي كشف اللثام - في وجه الاشكال - : « أن العقد لما وقع تبعه المهر ،

ويمكن للفرق بين ما لو جعل المهر في ذمته فلا دخل له بالمولى (١) وإن اجاز للعقد . أو في مال معين من المولى أو في ذمته (٢) فيكون كما عين أو أطلق ، فيكون على المولى . ثم إن المولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهر ، وتارة يعمم ، وتارة يطلق ، فعلى الأولين : لإشكال . وعلى الأخير : ينصرف الى المتعارف (٣) . وإذا تعدى وقف على إجازته (٤) . وقيل : يكون للزائد في ذمته (٥) يتبع به بعد للعتق . وكذا

ولم يلزم المولى حينئذ ، وأنها رضية بكونه في ذمة العبد . وفيها منع ظاهر . (١) قد عرفت أن عدم قدرة العبد على الاداء قرينة عرفية على إرادة

تعهد المولى بالدفع من إجازته العقد السابق .

(٢) الصورتان المذكورتان غير داخلتين في محل الكلام ، إذ لا ريب

في أن مقتضى الاجازة صحة تعيين المملوك .

(٣) قد تكرر بيان أن التعارف لا يوجب الانصراف المعتد به ،

ولو أوجب ذلك لزم تأسيس فقه جديد . لكن بناء الفقهاء في باب التوكيل في البيع والشراء والاجارة وأمثالها . على الانصراف الى المتعارف ، وتقيد

الاطلاق به ، فإذا تعدى الوكيل كان العقد فضولياً ، ولا يصح إلا باجازة المالك . ووجهه : أن الوكيل يجب عليه ملاحظة مصلحة الموكل ، فالتعدي

عن مهر المثل خلاف مصلحته . وكأنه في المقام كذلك . وعليه فلا بد من ملاحظة مصلحة المالك في تصرف العبد ، والتجاوز عن مهر المثل خلاف

مصلحته . وإذا كان المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق ، وقد أذن له المولى ، فلا بأس لو تجاوز المهر مهر المثل ، لأنه لا يرتبط بمصلحة المولى .

(٤) راجع الى الصورة الأولى والأخيرة ، التي يمكن فرض التعدي فيهما .

(٥) كما لعله المشهور ، والمصرح به في الشرائع والقواعد . وفي المسالك :

الحال بالنسبة الى شخص الزوجة ، فانه إن لم يعين ينصرف الى اللائق بحال العبد من حيث للشرف والضعفة (١) . فان تعدى وقف على إجازته .

(مسألة ٤) : مهر الأمة المزوجة للمولى (٢) ، سواء

أن الفرق بينه وبين الشراء بأكثر من ثمن المثل - حيث يبطل البيع من أصله إلا باجازه المالك ، بخلاف المقام - : أن النكاح لا يتوقف على المهر ، ولا تلازم بينها بخلاف البيع ، فان الثمن شرط في صحته . ويشكل : بأن ثبوت الزائد على العبد أيضا محتاج الى الاذن ، فمع عدمه لا يصح تصرف العبد ، ولا يثبت شيء في ذمته . ولذا قال في جامع المقاصد : « إن الانسب بالقواعد ثبوت الخيار للمولى في العقد أو الصداق » .

(١) قد عرفت الاشكال في الانصراف إذا لم يرجع الى مصلحة المالك : وحينئذ يتعين العمل بالاطلاق ، كما ذكره بعض . إلا إذا كان اللائق بحال العبد هو اللائق بحال المالك ، فان التعدي عن ذلك خلاف مصلحة المالك حينئذ ، فيحتاج الى الاجازة .

(٢) بلا خلاف ، كما في الرياض ، وبلا خلاف ، ولا إشكال ، كما في الجواهر ، واتفاقاً ، كما في رسالة شيخنا الأعظم . لأنه عوض منافعها المستوفاة منها ، فهو كأجرة الأمة المستأجرة . لكن عرفت أن باب النكاح ليس من قبيل المعاضات ، والمهر المذكور في العقد لم يلحظ فيه عوضية . نعم المهر المستحق بالوطء لوحظ فيه ذلك . وكيف كان فالاتفاق المدعى كاف في استحقاق المولى للمهر . مضافاً الى خبر أبي بصير عن أحدهما (ع) : « في رجل يزوج مملوكة له من رجل حر على أربعمئة درهم ، فعجل له مائتي درهم ، وأخر عنه مائتي درهم ، فدخل بها زوجها . ثم إن سيدها باعها بعد من رجل ، لمن تكن المائتان المؤخرة على الزوج ؟ قال (ع) :

كان هو المباشر ، أو هي باذنه ، أو باجازته . ونفقتها على الزوج ، إلا إذا منعها مولاها (١) عن التمكين لزوجها ، أو اشتراط كونها عليه (٢) . وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج . والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلاً (٣) .

إن كان الزوج دخل بها وهي معه ، ولم يطالب السيد منه بقية المهر حتى باعها ، فلا شيء له عليه ، ولا لغيره . وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر ، إذا كان يعرف هذا الأمر . . . (١٥) واشتماله على ما لا يعمل بظاهره غير قادح في حجتيه على المقام .

(١) يعني : منعاً تكوئياً بأن حبسها ، أو تشريعياً وقد امتنعت بمنعه . لكن في الصورة الأولى لا موجب لسقوط النفقة ، لأنها معذورة في ترك التمكين ، ومعه لا تسقط النفقة . وكان الأولى استثناء صورة نشوزها ، بدل ما ذكر .

(٢) يعني : اشتراط كون أداؤها عليه . أما إذا اشترط كون ثبوتها عليه ففيه إشكال ، لأنه مخالف للكتاب ، فقد جعل فيه ثبوتها على الزوج . قال تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (٢٥) .

(٣) قال في القواعد : « للسيد استخدام الأمة نهاراً . وعليه تسليمها الى زوجها ليلاً » . وفي جامع المقاصد : « لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلاً ونهاراً قطعاً . بل يستخدمها نهاراً ويسلمها الى الزوج ليلاً ، لأن السيد يملك من أمته منفعة الاستخدام ، ومنفعة الاستمتاع ، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها ، وبقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفائها

(١٥) الوسائل باب : ٨٧ من ابواب نكاح العبد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) البقرة : ٢٣٣ .

ولا بأس به . بل يستفاد من بعض الاخبار (١) . ولو اشترطوا
غير ذلك فهما على شرطهما (٢) . ولو أراد زوجها أن يسافر
بها هل له ذلك من دون إذن للسيد ؟ قد يقال : ليس له ،

في وقتها . وهو النهار ، كما لو أجر الأمة . . . » . ونحوه في كشف اللثام .
ولم ينقل في ذلك خلاف ، ولذلك نسبة في المتن الى المشهور . وفيه :
أنه غير ظاهر . وفي الجواهر - في المسألة الرابعة ، آخر مسائل تحليل الأمة -
قال : « إن المتجه على أصول الامامية جريان حكم الزوجة عليها ، فيجب
تسليمها حينئذ ليلاً ونهاراً . نعم يجوز للسيد الانتفاع بها في كل منهما ،
ما لم يعارض حق الاستمتاع بها . وملك السيد لها لا يزيد على ملك الحرة
نفسها ، الذي قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك . والمقتضي تسليط
الزوج على زوجته في جميع الأزمنة والأمكنة ، فان الرجال قوامون على
النساء . » ومن ذلك يظهر لك الاشكال فيما ذكر في المتن من قوله (ره) :
« ولا بأس به » .

(١) وهو ما رواه الراوندي في محكي نوادره ، باسناده عن موسى
ابن جعفر (ع) عن أبيه (ع) : « ان علياً (ع) قال : إذا تزوج الحر
أمة ، فإنها تخدم أهلها نهاراً ، وتأتي زوجها ليلاً . وعليه النفقة إذا فعلوا
ذلك » (١٥) . لكن الخبر ضعيف لم يثبت جبره بعمل . ومورده الأمة
المعدة للخدمة ، ولعل إعدادها لذلك قرينة على اشتراط عدم مزاحمة حقوق
الزوج لها .

(٢) عملاً بعموم نفوذ الشروط .

(١٥) لم نعثر عليه بالسند المذكور في كتب الحديث ، وإنما ذكره : باختلاف يسير في مستدرک
الوسائل باب : ٥٨ من ابواب نسكاح العبيد والاماء حديث : ١ ، ورواه عن الجمعيات
بسنده عن موسى قال : « حدثنا أبي عن أبيه من جده جعفر بن محمد عن ابيه عن علي (ع) . . . » .

بخلاف ما إذا أراد للسيد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون إذن للزوج (١) . والأقوى للعكس ، لأن للسيد اذا أذن بالتزويج فقد التزل بلوازم الزوجية ، وللرجال قوامون على للنساء . وأما للعبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه (٢) ، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته ، إلا ما كان واجباً عليه من اللوطء في كل أربعة اشهر ، ومن حق للقسمة .
(مسألة ٥) : اذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صحح على الأقوى من ملكية العبد والأمة (٣) ، وإن كان للمولى أن يملك ما ملكاه (٤) .

(١) القائل العلامة في القواعد . وعلة في جامع المقاصد : بأن السيد مالك للرقبة ، وإحدى المنفعتين . وليس للزوج إلا المنفعة الأخرى ، فكان جانبه أقوى . وفي كشف اللثام : علة بسبق حقه ، وتعلقه بالرقبة ، وعدم منافاته لحق الزوج إنتهى . والأخير ممنوع . وما قبله لا يقتضي الجواز . (٢) لأنه لا يقدر على شيء ، ومخالفته لمولاه تصرف في ملك الغير بغير إذنه .

(٣) تعرضنا لتحقيق ذلك في أوائل كتاب الحج من هذا الشرح .
(٤) لعموم عدم قدرة العبد على شيء ، وعموم : الناس مسلطون على أمواهم (١٥) ، فان إخراج شيء عن ملكه - كادخال شيء في ملكه - داخل في العموم المذكور ، بل مقتضاه جواز تمليك المالك مال العبد لشخص ثالث ، سواء كان فيه مصلحة للعبد ، أم مفسدة عليه ، إذ لا

(١٥) البحار الجزء : ٢ باب : ٣٣ ما يمكن أن يستنبط من الآيات والاعبار من متفرقات

مسائل أصول الفقه حديث : ٧ الطبعة الحديثة ص : ٢٧٢ .

بل الأقوى كونه مالكا لها ولما لها ملكية طواية (١) .

يعتبر في عموم السلطنة وجود مصلحة للمملوك ، كما هو ظاهر . وعن المختلف : ولو ملك (يعني : العبد) لما جاز للمولى أخذه منه قهراً . والثاني باطل لإجماعاً . وهو شامل لما نحن فيه .

(١) هذا لم يعرف قولاً لأحد منا ، فان الأقوال المحكية في المسألة -

على كثرتها - ليس هذا منها ، فقد حكاه جماعة ، ومنهم الشيخ الكبير (قلده)

في شرح القواعد ، ولم يذكر هذا القول منها . قال (ره) - بعد الاستدلال

على عدم الملكية مطلقاً - : « فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً . فنسب

الى الأكثر في رواية ، والى ظاهر الأكثر في أخرى . أو يملك فاضل الضريبة

فقط ، أو أرش الجنابة كذلك . ونسبنا الى الشيخ وأتباعه . أو ما ملكه

مولاه . وربما عد منه فاضل الضريبة . أو ما أذن له في ملكه . أو المركب

منهما ، على اختلاف أقسامه . أو يملك ملكاً غير تام . أو التصرف خاصة .

وكان وجه هذا القول : الأخبار الصحيحة - كما قيل - الدالة على

أن العبد وماله لمولاه . ومنها صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) :

« أنه قال في المملوك : ما دام عبداً فانه وماله لأهله ، لا يجوز له تحرير ،

ولا كثير عطاء ، ولا وصية ، إلا أن يشاء سيده » (١٥) . وتقريب الاستدلال

بها : أنه لما امتنع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مملوك واحد ، يدور الأمر

بين التصرف في إضافة المال الى العبد ، بحملها على غير الملكية الحقيقية ،

لأنه يكفي في الإضافة على نحو الخبز أدنى ملابسة ، والتصرف في إضافتها

الى المالك ، بحملها على جواز التصرف فيه ، وبين التصرف في موضوع

ملكية المولى ، فيجعل موضوعها المال المضاف الى العبد ، حتى تكون ملكية

المولى قائمة بغير ما تقوم به ملكية العبد ، فان ملكية العبد قائمة بذات

(١٥) الوسائل باب : ٧٨ من أبواب الوصايا حديث : ١ .

(مسألة ٦) : لو كان للعبد أو الأمة للمالكين أو أكثر توقف صحة للنكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١) . ولو كانا مبعوضين توقف على إذنهـما وإذن المالك (٢) . وليس له إجبارهما حينئذ (٣) .

المال ، وملكية المولى قائمة بالمال المضاف اليه ، فتكون ملكية المولى غني طول ملكية العبد ، لأن موضوعها متأخر رتبة عن موضوع ملكية العبد ، فلا تكون من اجتماع الملكيتين في موضوع واحد ، بل هما في موضوعين مترتبين . وفيه : أن هذا المعنى بعيد عن الأذواق العرفية . فيتعين أحد التصرفين الأولين . وإذا دار الأمر بين التصرف في الصدر ، والتصرف في اللذيل ، يتعين الثاني ، لأن الأول يقع في موقعه من الذهن ، فيحمل الثاني عليه ، لا العكس . مضافاً الى أن الظاهر تضاد الملكيتين ولو كانتا طوليتين . واختلاف الرتبة لا يرفع التضاد بينهما ، ولا يسوغ اجتماعهما . وملكية الله سبحانه للعباد وما هو لهم ليس من باب اجتماع الملكيتين الطوليتين ، فان ملكية الله تعالى قائمة بذات مال العبد ، لا بما هو مضاف ، بل من باب اجتماع ملكيتين من سنخين ، فان سنخ ملكية الله تعالى غير سنخ ملكية العبد ، والاضافة القائمة بين المال والعباد غير الاضافة القائمة بين المال وخالقه - جل شأنه . وتقديست أسماؤه - نظير اختلاف الاضافتين في مثل قولنا : « السرج للدابة » و « السرج لزيد » . فلاحظ وتأمل .

(١) على ما عرفت في المالك المتحد ، فانه لا فرق بين اتحاد المالك وتعددده ، بلا إشكال ولا خلاف .

(٢) أما التوقف على ذلك : فلقاعدة السلطنة . وأما الصحة حينئذ :

فلما عرفت سابقاً ، لعدم الفرق بين الفروض .

(٣) إذ لا دليل على ذلك ولا سلطنة للمالك عليهما ، بعد أن كان

(مسألة ٧) : إذا اشترت للعبد زوجته بطل للنكاح (١) وتستحق المهر إن كان ذلك بعد للدخول (٢) . وأما إن كان قبله ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه ، أو ثبوت تمامه ، وجوه مبنية على أنه بطلان أو انفساخ (٣) . ثم هل يجري عليها حكم بعضها خارجاً عن ملكه .

(١) لأنه إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك وبطل النكاح ، إجماعاً بقسميه ، كما في الجواهر . ويشهد له النصوص ، منها خبر سعيد ابن يسار قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه ، هل يبطل نكاحه ؟ قال (ع) : نعم . لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء » (١٠) . ونحوه صحيح عبد الله بن سنان ، ومصحح محمد بن قيس (٢٥) ، وغيرهما .

(٢) بلا خلاف ظاهر . لأن الدخول سبب الاستحقاق ، فلا يزول ببطلان العقد الطارىء ، لأن البطلان الطارىء لا يرفع الاستحقاق السابق . نعم لو كان البطلان من أول الأمر كان مقتضاه الرجوع الى مهر المثل ، لا المسمى .

(٣) لا يظهر الفرق عرفاً بين البطلان والانفساخ ، فانها واحد . وكان مراده من البطلان : البطلان من أول الأمر ، ومن الانفساخ : الانفساخ من حين السبب الطارىء . لكن لم يذكر في كليتهما في مبنى المسألة ذلك . وإنما المذكور في المسألة احتمالان : التنصيف ، وسقوط المهر ، كما سيأتي في عبارة القواعد . ومبناهما الحاق المقام بالخلع ، لأن الفسخ حصل من

(١٥) الوسائل باب : ٤٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣٤١ . لكن مورد الحديثين

الملك بالارث لا بالشراء .

الزوجين ، كباب الخلع قبل الدخول . أو من الزوجة فقط ، كما لو أسلمت مع كفره ، أو ارتدت مع إسلامه ، قبل الدخول ، فانها لا تستحق من المهر شيئاً . نعم إذا ملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول احتتمل التنصيف ، وتمام المهر . قال في جامع المقاصد في الفرض الأول : « في سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان » . ثم ذكر أن وجهه الأول : أن الفراق حصل بصنع الزوجين . ووجه الثاني : أن الفراق حصل بالزوجة والسيد ، لا اختيار للزوج فيها : ونحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الاولى أول مبحث نكاح الاماء . ثم قال في جامع المقاصد : « ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول ، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضا ، ووجه الأول : أن الفراق كان بفعل الزوجين . ووجه الثاني : أن الفراق كان بفعل الزوج لا غير . ثم قال : « لكن المتجه هنا وجوب الجميع ، وقد سبق نظائره في الرضاع ، وتجدد الاسلام » . والذي يتحصل من كلامه : أن الفراق إن كان بفعل الزوجين تعين التنصيف ، وإن كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر ، وإن كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر . قال في القواعد : « وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال . ولا مهر إن كان من المرأة ، وإلا فالنصف . ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة » . وفي كشف اللثام : جعل الاحتمال الأخير قوياً ، إلحاقاً للارتداد بالموت ، الموجب اثبوت تمام المهر . وفي جامع المقاصد في شرح ذلك قال : « وقيده المصنف (ره) بما إذا كان الارتداد عن فطرة . ولا وجه له ، لأنه قد سبق في غير موضع من كلام المصنف (ره) احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الرجل ، أو لا من قبل واحد من الزوجين ، لان المهر يجب جميعه بالعقد على أصح الاقوال ، ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق ، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق . إذ الحمل

عليه قياس . . . ، وفي رسالة شيخنا الأعظم (ره) فيما لو أسلمت قبل الدخول : أنه لا مهر لها ، لأن الحدث جاء من قبلها . وفيما لو أسلم أحد الحريين : أن عليه نصف المهر ، إن كان الإسلام منه . وقيل : عليه جميع المهر ، لثبوته بالعقد ، ولا دليل على سقوطه . وإلحاقه بالطلاق قياس ، وإلا يكن الإسلام منه بل كان الإسلام منها فلا شيء ، لما تقدم . انتهى . لكن مقتضى التعليل المذكور وجوب الجميع حتى لو كان الفسخ من الزوجة . فما الذي أوجب الفرق بين الفسخ من الزوجة ، فلا يحتمل فيه التام - كما في فرض المسألة المذكورة في المتن - والفسخ من الزوج ، فيكون المتجه فيه التام .

وكيف كان فالمتحصل مما ذكرنا : أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التام ، كالموت بناء على المشهور . والتنصيف ، كالطلاق . أو السقوط ، كالفسخ من أحد الزوجين يعيب في صاحبه ، زوجاً كان الفاسخ أو زوجة ، إلا في العنن ، ففيه التنصيف ، للدليل .

والذي يقتضيه الذوق العرفي : أن الفراق إن كان لقصور في موضوع العقد ، لموت ، أو ارتداد ، أو رضاع موجب لكون الزوجة من المحارم ، أو نحو ذلك ، لزم جميع المهر . لعدم خلل في العقد ، بل الخلل في موضوعه ، فهو باق في موضوعه الحقيقي ، الذي ارتفع بطرو الطارئ ، فالطارئ إنما يرفع موضوع العقد ، ولا يرفع نفس العقد ، نظير ما لو باعه أو وهبه طعاماً ، فأكله ، فإن الأكل لا يبطل البيع ولا الهبة . وكذا موت أحد الزوجين لا يبطل النكاح . ولذلك كان الأصل فيه بقاء تمام المهر - كما هو المشهور - وإن كان التحقيق هو التنصيف ، كالطلاق . لكنه للدليل ، لا لأنه مقتضى الأصل . فانه إذا كان العقد

الطلاق قبل للدخول أو لا ؟ وعلى للسقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة للسيد بطل للشراء ، للزوم خلو للبيع عن للعرض (١) . نعم لا بأس به إذا كان للشراء بعد

باقياً في موضوعه كان المهر باقياً أيضاً . وعلى هذا يتعين تمام المهر في جميع الصور المذكورة ، كما يتعين العمل بالشروط التي تضمنها العقد : فإذا ماتت الزوجة وقد اشترطت على زوجها في عقد النكاح أن يسرج في المسجد عشرين سنة ، وجب على الزوج الاسراج المدة المذكورة : وكذا الكلام في الشروط في عقد النكاح إذا ارتدت الزوجة ، أو أسلمت ، أو حرمت على زوجها برضاع ، فإنها لا تبطل بذلك ، وإن خرجت الزوجة عن الزوجية .

وإذا كان الفراق بالفسخ الاختياري بطل تمام المهر ، لأن المهر قائم بالعقد ، وقد ارتفع وانحل . وكذا الشروط القائمة بالعقد ، فإنها تبطل ، ولا يجب العمل بها . ولا فرق بين أن يكون المباشر للفسخ الزوج ، والزوجة ، كما هو الحكم في فسخ أحد الزوجين بغير في الآخر قبل الدخول ، إلا في العن ، ففيه التنصيف ، للدليل . كما لا فرق في الفرض الأول بين أن يكون السبب الطارىء باختيار الزوج ، أو الزوجة ، وأن يكون باختيارهما معاً ، وأن لا يكون باختيار أحدهما . وأما الطلاق بأنواعه فما لا يرتبط بالعقد ، ولا بموضوعه ، وإنما يحدث أثراً مضاداً لأثر العقد ، فلا مجال للحاق المقام به . وعلى ما ذكرنا يشكل الحكم فيما ذكره هنا ، وفي باب إسلام أحد الزوجين ، وفي باب الرضاع المحرم .

(١) قال في القواعد : « ولو اشترته زوجته أو اتهمته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي ضمنه السيد ، أو جميعه . فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع ، حذراً من الدور ، إذ سقوط العوض بحكم

الفسخ يقتضي عراء البيع عن العوض . قال في جامع المقاصد في بيان ذلك :
 « انه إذا صح البيع دخل في ملكها ، وانفسخ النكاح ، فيسقط المهر ،
 لأنه المقدر . فيبقى البيع بغير عوض يقابله ، فينفسخ ، لامتناع صحة البيع
 بدون ثمن . فصحة البيع تستلزم بطلانه . وذلك دور عند الفقهاء . وبطلانه
 ظاهر . لأن كلما يفضي صحته الى بطلانه يجب الحكم ببطلانه » . وفي حاشية
 بعض الأعاظم : « أجيب عنه : بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد ،
 وفي رتبة الشراء يكون المهر ثابتاً ، وهو كاف في صحة الشراء ، فلا يلزم
 خلو البيع من العوض » . ويشكل : بأن سقوط المهر في الرتبة اللاحقة
 للشراء موجب لبطلان الشراء في الرتبة اللاحقة ، ويلزم المحذور . وهكذا
 كل ما يلزم من وجوده عدمه الذي قيل إنه محال ، فانما يلزم من وجوده في
 رتبة عدمه في الرتبة اللاحقة .

نعم يمكن أن يقال : إن البناء على عدم صحة الشراء من جهة لزوم
 المحذور المذكور راجع الى تخصيص ما دل على صحة الشراء ، باخراج
 المورد عنه . وحينئذ يدور الأمر بين التخصيص المذكور ، وبين تخصيص
 ما دل على أن الشراء يبطل النكاح ، وبين تخصيص ما دل على أن النكاح
 إذا بطل بطل المهر . فانه لو بني على عدم التخصيص للعمومات المذكورة ،
 وعلى الأخذ بها ، لزم المحذور . والتخلص منه كما يكون بالبناء على عدم
 صحة الشراء ، يكون بالبناء على صحة الشراء وعدم بطلان النكاح به ،
 ويكون أيضاً بالبناء على صحة الشراء وبطلان النكاح به وعدم سقوط المهر .
 ولأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها ، يتعين سقوط الأخير عن
 الحجية . للعلم الاجمالي إما بالتخصيص أو التخصص . ولا وجه للبناء على
 التخصيص الأول ، فانه خلاف أصالة العموم . فالفتوى بصحة الشراء
 وبطلان النكاح وعدم سقوط المهر أولى من البناء على عدم صحة الشراء ،

للدخول ، لاستقرار المهر حينئذ . وعن العلامة في للقواعد (١) :
 للبطلان إذا اشترته بالمهر للذي في ذمة للعبد وإن كان بعد
 للدخول ، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر ، فيخلو
 للبيع عن للعوض . وهو مبني على عدم صحة ملكية المولى في
 ذمة العبد (٢) . ويمكن منع عدم للصحة (٣) . مع أنه لا يجتمع

وأوفق بقواعد العمل بالأدلة . مضافاً إلى أن الاشكال إنما يتم لو كان الشراء
 بالمهر بما أنه مهر . أما إذا كان بعنوانه الذاتي ، فالسقوط يقتضي ضمانه
 على الزوجة لتصرفها فيه ، ولا يقتضي بطلان البيع . كما لو اشترت به
 شيئاً آخر ثم فسخ النكاح ، فإنه يرجع عليها ببذل الصداق . وقد تنبه
 لذلك في جامع المقاصد . ولكن لم يكتف به في الجواب ، لأن التقدم
 اعتباري ، لا زماني ، بخلاف المثال المذكور . والفرق بين التقدم الزماني
 والاعتباري غير ظاهر .

(١) قال (ره) : « ولو اشترته به بعد الدخول صحح : ولو جوزنا
 إذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد ، فاشترته به ، بطل العقد ،
 لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته ، فيخلو للبيع عن العوض » .
 (٢) إذ لو قلنا بجواز ملك السيد ما في ذمة عبده ، لا يكون تملك

السيد للعبد موجباً لبراءة ذمة العبد ، فلا يلزم المحذور .
 (٣) في جامع المقاصد : « لامتناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه
 مالا ، لأنه وذمته ملك له ، فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا ؟ ! » .
 ونحوه في كشف اللثام . وقد استشكل في ذلك المصنف (ره) ، لعدم
 وضوح وجه المنع ، ولا سيما بملاحظة أنه لو أتلف مال المولى كان ضامناً .
 ودعوى : أن ذلك للضرورة ، حذراً من ضياع الأموال . كما ترى ، فإن
 الضرورة لا تجعل الممتنع ممكناً :

ملكيتها له ولما في ذمته (١) ، بل ينتقل ما في ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال للعبد ليها .

(مسألة ٨) : للولد بين المملوكين رق (٢) ، سواء كان عن تزويج مأذون فيه ، أو مجاز ، أو عن شبهة مع للعقد أو مجردة ، أو عن زنا منها ، أو من أحدهما ، بلا عقد أو عن عقد معلوم للفساد عندهما ، أو عند أحدهما . وأما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (٣)

(١) لأن المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين الى ملك مالك الآخر ، فكما أن العبد انتقل الى الزوجة من مالكة ، كذلك ينتقل المهر منها الى مالكة ، فلا يجتمع المهر والعبد في ملكية مالك واحد ، وإلا لزم الجمع بين العوض والمعوض ، وهو خلف .

(٢) بلا خلاف ولا إشكال . وفي كشف اللثام : دعوى الاتفاق عليه ، لأنه نماء المملوك ، والنماء تابع للأصل . ولو بنى على الاشكال في ذلك كان مقتضى الأصل الحرية . ولا فرق فيما ذكرنا بين الصور المذكورة في المتن .

(٣) على المشهور شهرة عظيمة . ويشهد له جملة من النصوص ، منها صحيح جميل بن دراج قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد . قال (ع) : يلحق الولد بأبيه . قلت : فعبد تزوج حرة . قال (ع) : يلحق الولد بأمه » (١٥) ، وخبره : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار . وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار » (٢٥) ، وخبره الآخر قال : « سألت أبا عبد الله (ع) »

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٦ .

عن الحر يتزوج الأمة ، أو عبد يتزوج حرة . قال : فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً ، إنه يلحق بالحر منها ، أيها كان أباً أو أمّاً ، (١٥) ، ومصحح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « في العبد تكون تحته الحرة . قال (ع) : ولده أحرار . فان أعتق المملوك لحق بأبيه » (٢٥) . ونحوها غيرها .

وعن ابن الجنيد : الإلحاق بالأم ، كانت أمة أو حرة . ويشهد له جملة من النصوص ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج أمته من رجل ، وشرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر ، فطلقها زوجها أو مات عنها ، فزوجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ، ما جعل ذلك إلا للأول ، وهو في الآخر بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك » (٣٥) ، وخبر الحسن بن زياد : « قلت له أمة كان مولاهما يقع عليها ، ثم بدا له فزوجها ، ما منزلة ولدها ؟ قال (ع) بمنزلتها ، إلا أن يشترط زوجها » (٤٥) ، وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج جاريته رجلاً ، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر ، فطلقها زوجها ، ثم تزوجت آخر ، فولدت . فقال (ع) : إن شاء أعتق ، وإن شاء لم يعتق » (٥٥) . ونحوها غيرها . لكنها لمخالفتها للأصحاب عداه لا مجال للأخذ بها ، ولا سيما في مقابل ما تقدم ، فيتعين طرحها أو حملها على التقية . ثم إنه ربما تقدم في المسألة الثانية من فصل

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١١ .

إذا كان عن عقد صحيح (١) ، أو شبهة مع للعقد أو مجردة (٢) حتى فيما لو دأست الأمة نفسها (٣) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى ، وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة للولد الى مولاهما . وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع للعلم من الحر بفساد للعقد ، أو عن زنا من الحر منها ، فالولد رق (٤) .

ما يحرم بالمصاهرة ما ظاهره المنافاة لما هنا ، وتقدم الكلام في ذلك .

(١) كما هو مورد أكثر النصوص .

(٢) لإجماعاً ظاهراً . ويقتضيه إطلاق قوله (ع) في خبر جميل : « ليس يسترق الولد إذا كان . . . » ، فانه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة . ومورده وإن كان التزويج ، لكن المورد لا يخصص الوارد .

(٣) سيأتي الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة .

(٤) الظاهر أنه لا إشكال فيه . ويقتضيه أن الحر إذا كان زانياً ، أو عالماً بفساد العقد ، كان ذلك مانعاً من انتساب الولد اليه ، فيتعين انتسابه الى الآخر . بل هو واضح إذا كان الحر هو الزوج ، فان لحوق الولد بالأم حينئذ في محله . أما إذا كان الحر الزوجة فالتحاقه بالأب دون الأم مبني على إهمال قاعدة تبعية الولد لأمه . وقد عرفت أنه محل تأمل . نعم قد يدل عليه خبر العلاء بن رزين : « في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى الى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد ، فولد له اولاد وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره . . . فقال (ع) العبد وولده لورثة الميت » (١٥) . لكن مورده صورة جهل الحر وعلم العبد ، عكس مفروض المسألة ، وقد عرفت أن الحكم فيه للحق بالحر . فلا بد من تأويل الخبر ، وإلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالأولوية . نعم يدل على الحكم في صورة زنا الزوج

ثم اذا كان المملوكان لملك واحد فالولد له (١) . وإن كان كل منهما لملك فالولد بين المالكين بالسوية (٢) ، إلا إذا اشترطا للتفاوت أو الاختصاص بأحدهما (٣) . هذا إذا كان للعقد

مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) : « في رجل أقر على نفسه بأنه غصب جارية رجل ، فولدت الجارية من الغاصب ، قال (ع) : ترد الجارية والولد على المغصوب إذا أقر بذلك الغاصب » (١٥) .

(١) بلاريب ، لأنه نماء ملكه أيا منهما كان . ويشهد به رواية أبي هارون المكفوف (٢٥) .

(٢) على المشهور بين الأصحاب ، بل كافتهم ، عدا أبي الصلاح ، فذهب الى أنه يتبع الأم كغيره من الحيوانات . وفي المسالك : « فرقوا بينهما بأن النسب مقصود في الآدميين ، وهو تابع لهما . بخلاف غيره من الحيوانات ، فإن النسب فيه غير معتبر ، والنمو والتبعية فيه لاحق بالأم خاصة . وفي الفرق خفاء ، إن لم يكن هناك لإجماع » . ونحوه في الرياض . وفي كشف اللثام : « الفرق ضعيف » . وفي الحدائق : أنه مشكل . وفي جامع المقاصد : أن الفرق - وراء النص والاجماع - ثبوت النسب المقتضي للتبعية . لإنتهى . وكأنه يشير بالنص الى ما ورد في تزويج العبد حرة ، وبالعكس ، المتضمن أنه يلحق بالحر منها . وفي الجواهر : أن هذه النصوص تسمى الى ذلك . ولكنه غير ظاهر فإن جهة الحرية غير جهة المالكية والمملوكية ، ومن الجائز غلبة الجهة الأولى على الثانية . فما ذكره أبو الصلاح أوفق بالقواعد ، لولا أن خلافه مظنة الاجماع .

(٣) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد . وفي الجواهر : « بلا

(١٥) الوسائل باب : ٦١ من ابواب نكاح العبيد والاماء مالمق حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما (١). وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك. ولكن المشهور

خلاف أجده . لعموم : المؤمنون عند شروطهم ، (١٥) . بناء على صحة شرط النتيجة في مثله ، كما ذكروا ذلك في كتاب الشركة .

(١) في المسالك : « ظاهرهم الاتفاق عليه » . وفي الجواهر : « بلا

خلاف ولا إشكال في الصورتين » بناء على عدم المزية لأحدهما ، الموجبة لترجيح الإلحاق به على الإلحاق بالآخر . خلافاً لأبي الصلاح ، كما تقدم . نعم يشكّل : بأنه مع الزنا بالأمة يلحق الولد بالأم عندهم ، والعقد بلا إذن بمنزلة العدم ، فالنكاح معه يكون من الزنا . ولأجل ذلك خص بعض الحكم بالتشريك في المقام بصورة الجهل ، لئلا يكون من الزنا . وفي الجواهر دفعه بأن مقتضى النصوص الواردة في نكاح الأمة من غير إذن مولاه المتضمنة لإلحاق الولد بها ، والنصوص الواردة في نكاح العبد من غير إذن مولاه المتضمنة لإلحاق الولد به : هو أن عدم الإذن موجب للإلحاق ، وفي المقام حاصل في الأبوين معا ، فيلحق الولد بهما معاً . لكن ما ذكر لا يخلو من خفاء ، لاختلاف المورد . مع أنك عرفت الأشكال في خبر العلماء ابن رزين الدال على رقية ولد العبد المتزوج بلا إذن . وسيجيء أيضاً الأشكال في نصوص الأمة المتزوجة بغير إذن مولاه ، والخلاف في ذلك ، واختيار المصنف والجواهر حرية الولد ، خلافاً لما نسب إلى المشهور . ولأجل ذلك يكون تخصيص الحكم المذكور بصورة جهلها ، وإلحاق صورة علمها بالزنا في الإلحاق بالأم - عملاً بقاعدة تبعية النماء للام - أولى ، لو لم يكن إجماع على خلافه .

أن للولد حينئذ لمن لم يأذن (١). ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الاذن (٢)، بحيث يستفاد منه اسقاط حق نائية للولد حيث ان مقتضى الاطلاق جواز للتزويج بالحر أو الحرة، وإلا فلا وجه له (٣). وكذا لو كان للوطء شبهة (٤) منها سواء كان مع للعقد أو شبهة مجردة، فان للولد مشترك. وأما لو كان للولد عن زنا من للعبد فالظاهر عدم الخلاف في أن للولد للمالك الأمة (٥)، سواء كان من طرفها شبهة أو زنا.

(١) وفي المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عاينه... الى أن قال: علوه بأن الآذن للملوكه في التزويج مطلقاً مقدم على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق، فينعقد الولد حراً. بخلاف من لم يأذن، فيكون الولد له خاصة».

(٢) قد عرفت تعليلهم له بذلك. لكنه عليل، لأن إلحاق الولد بالملوك حكم شرعي، لا يقبل الاسقاط، فضلاً عن السقوط بالاقدام على خلافه، ولا يمكن فرض اختصاص الاذن بتزويج الملوك، مع أن الحكم عندهم فيه كذلك.

(٣) ذكر في الجواهر: أن الوجه فيه النصوص الواردة في تزويج العبد غير المأذون، والواردة في تزويج الأمة غير المأذونة، المتضمنة تبعية الولد لغير المأذون، المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونية الإلحاق، كما تقدم منه نظيره في غير المأذونين. لكن عرفت لإجمال الأشكال في النصوص المذكورة. وسيأتي الكلام فيها في المسألة الثانية عشرة، والثالثة عشرة.

(٤) لما تقدم في غير المأذونين.

(٥) وفي الجواهر: «من غير خلاف، ولا إشكال». وفي المسالك:

(مسألة ٩) : إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (١) لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى (٢) في ضمن ظاهرهم الاتفاق عليه . وقد يدل عليه مرسل جميل المتقدم .

(١) كما تقدم . وتقدم الخلاف فيه من الاسكافي .
 (٢) كما في المسالك ، وغيرها . والمشهور بين الأصحاب - كما في المسالك - : القول بالصحة . وفي الشرائع : نسبة الى قول مشهور . وظاهرة التردد فيه . وصرح بالتردد في المختصر النافع . وفي الجواهر : « لم أجد فيه تردداً - فضلاً عن الخلاف - قبل المصنف » . ووجه المشهور عمومات نفوذ الشرط ، ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لو أن رجلاً دبر جارية ، ثم زوجها من رجل فوطئها ، كانت جاريته وولدها مدبرين . كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالك » (١٠) ، بناء على حملها على صورة شرط الرقية - كما عن الشيخ (ره) - جمعاً بينها وبين ما دل على حرية المتولد بين الحر والمملوك ، كما سبق . لكن الرواية - مع أنها غير واضحة السند ، لأن في سندها أبا سعيد ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف - غير واضحة الدلالة . والحمل على إرادة صورة شرط الرقية في مقام الجمع بينها وبين معارضتها ، لا يقتضي حجيتها فيه ، كما لعله ظاهر . وأما عمومات نفوذ الشرط - مثل قوله (ص) : « المؤمنون عند شروطهم » (٢٥) - فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب ، والمحقق في محله أن المراد به شرط حكم على خلاف المقتضي الشرعي ، وظاهر نصوص حرية المتولد بين الحر والمملوك

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١٠ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٥ من أبواب المهور حديث : ٤ ، مشترك الوسائل باب : ٥ من

أبواب الحيار حديث : ٧ .

عقد التزويج ، فضلاً عن عقد خارج لازم . ولا يضر بالعقد (١) إذا كان في ضمن عقد خارج . وأما إن كان في ضمن عقد للتزويج فمبني على فساد للعقد بفساد للشرط وعدمه . والأقوى

- مثل : « ليس يسترق ولد حر » - ان الانتساب الى الحر مقتضى للحرية ، فشرط الرقية يكون مخالفاً للمقتضي الشرعي ، فلا يصح .

ودعوى : أن الشرط راجع الى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبتته العقده من الشركة في الولد ، فيختص الآخر بالنماء ، فيتبعه في الملك ، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك ، لا بالشرط . وليس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غير . مندفعة : بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضا فيرجع الاشكال . ولا تنفع الدعوى في حله ، وإن ذكرها في الجواهر . ومثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الأمة إذا كان زوجها حراً ، فان إطلاقها شامل لصورتي الشرط وعدمه ، فيعمل بها في صورة الشرط ، لعمل الاصحاب بها حينئذ . وفيه : أن النصوص المذكورة - ومنها خبر أبي بصير المتقدم - ظاهرة في الرقية بالتبعية ، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملاً بتلك النصوص . ومثلها في الاشكال مقايسته شرط الرقية بشرط الحرية ، مع ما بينها من البون البعيد ، فانه لم يرد في الرقية : لا يتحرر الرق ، كما ورد في الحرية : لا يسترق الحر . ولذا جاز شرط الحرية ، ولم يجز شرط الرقية ، وإن كانا من شرط النتيجة ، لامكان صحته في بعض الموارد ، كما لا يخفى .

(١) يعني : عقد التزويج . أما نفس العقد الخارج الذي كان في ضمنه الشرط فبطالانه مبني على فساد العقد بفساد الشرط ، كعقد التزويج إذا كان في ضمنه الشرط المذكور .

عدمه (١) . ويحتمل للفساد وإن لم نقل به في سائر للعقود إذا كان من له للشرط جاهلاً بفساده ، لأن في سائر للعقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار ، بخلاف المقام حيث انه لا يجري خيار الاشرط في للنكاح (٢) . نعم مع العلم بالفساد

(١) لأن الشرط في ضمن العقد من قبيل الانشاء في ضمن الانشاء ، على نحو تعدد المطلوب ، فلا يكون فساده موجباً لفساده . وإن حكي ذلك عن أكثر المتأخرين .

(٢) لأن خيار الاشرط - سواء كان حكماً تعديلاً ، دل على ثبوته الاجماع ، كما يظهر من شيخنا الاعظم ، أم حكماً عرفياً للاشرط ، دل على إفضائه الاجماع وعدم الردع عنه ، أم خياراً جعلياً للمتعاقدين من لوازم الاشرط ، دل على لزومه عمومات نفوذ الشروط - لا يجري في النكاح لإجماعاً ، ولعدم تمامية الاجماع على ثبوته ، ولمثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في الرجل يتزوج الى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له . قال (ع) : لا ترد . وقال : إنما يرد النكاح من البرص ، والجذام ، والجنون ، والعفل » (١٥) ، بناء على أن خيار العيب من قبيل خيار الاشرط ، لأن الصحة شرط في موضوع النكاح ، كما هي شرط في المبيع ، فاذا دل الدليل على عدم الخيار في غير الموارد المذكورة ، فقد دل على نفي خيار الاشرط فيه . نعم مورد هذه النصوص شرط الصحة دون غيره من الشروط ، فيحتاج في التعميم لبقية الشروط الى دعوى الاجماع على عدم الفصل ، أو إلغاء خصوصية المورد . وربما يأتي تمام الكلام في المقام في فصل مسائل متفرقة . فانظر .

ثم إن عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح لا يستوجب فساد بفساد

لا فرق ، إذ لا خيار في سائر للعقود أيضا (١) .

الشرط ، لأن ذلك يتوقف على كون الانشاء بنحو وحدة المطلوب . وهو كما ترى ، ضرورة عدم الفرق بين النكاح وغيره في كيفية إنشائه مشروطاً ، فإذا كان غيره على نحو تعدد المطلوب كان هو كذلك . فيتعين البناء على الصحة من دون خيار . ولعل الوجه المميز بينه وبين غيره من العقود المالية : أن الملحوظ فيه الجهات الأدبية ، وتختلف الشرط لا يقدر فيها ، ولذلك لا يرد بالعيوب مهما كانت غير العيوب المخصوصة . فلاحظ :

كما أن عدم ثبوت خيار الأشرطاط في النكاح ليس على كليتته ، فقد ذكر في القواعد : أنه لو شرط أحد الزوجين على الآخر نساءً فظهر من غيره كان له الفسخ ، مخالفة الشرط ، وكذا لو شرط بياضاً ، أو سواداً ، أو جمالا . انتهى . ووافق عليه في الجواهر ، وغيرها . لكنه إن تم فهو لدليل خاص ذكره في الجواهر ، وإن كان الأشكال عليه ظاهراً ، إذ لا دليل يقتضي العموم . نعم ورد في صحيح محمد بن مسلم : الخيار فيمن تزوجت مملوكاً على أنه حر فتيين أنه رق (١٥) ، وفي صحيح الحلبي : ثبوته فيمن تزوجت رجلاً على أنه من بني فلان فتيين أنه من غيرهم (٢٥) . ولكن التعدي عن موردهما إلى قاعدة كلية كما ترى .

(١) لأن العالم بالفساد مقدم على عدم لزوم العمل بالشرط ، فلا موجب لثبوت الخيار له . وفيه : أن الأقدام يكون حينئذ على عدم لزوم العمل بالشرط شرعاً ، لا على عدم العمل به ، والذي يسقط الخيار الثاني ، لا الأول .

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب العيوب والتدليس حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٦ من أبواب العيوب والتدليس حديث : ١ .

(مسألة ١٠) : إذا تزوج حرأمة من غير إذن مولاها
 حرم عليه وطؤها (١) ، وإن كان بتوقع الاجازة (٢) . وحينئذ
 فان أجاز المولى كشف عن صحته ، على الأقوى من كون
 الاجازة كاشفة (٣) . وعليه المهر (٤) . وللولد حر . ولا يحد
 حد للزنا وإن كان عالماً بالتحريم ، بل يعزر (٥) . وإن كان عالماً
 بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم للتعزيز أيضاً (٦) .

(١) لأنها أجنبية .

(٢) إذ التوقع للاجازة غير الاجازة ، والموجب لكونها زوجة هو
 الاجازة ، والأصل عدمها ، فيكون الحكم الظاهري الحرمة .

(٣) أما بناء على الكشف الحقيقي : فيكون العقد صحيحاً حين وقوعه ،
 والوطء حلالاً واقعاً حين وقوعه ، وإن كان حراماً ظاهراً حين وقوعه ،
 لأصالة عدم وقوع الاجازة ، كما عرفت . أما بناء على الكشف الانقلابي -
 كما هو الظاهر - : فيكون باطلاً حين وقوعه ، والوطء حراماً حين وقوعه ،
 وبعد الاجازة يحكم بكون العقد صحيحاً والوطء حلالاً من حين وقوعه .
 فلو أخذ الى الامام قبل تحقق الاجازة على الأول لا يجوز حمله واقعاً ،
 وعلى الثاني يجوز حمله واقعاً ، وإن كان يتبدل بالاجازة .

(٤) يعني . المسمى ، لصحة العقد . وكذا يكون الولد حراً ، لحرية
 الوالد ، ولا يلحق بالأمة ، لاختصاص ذلك بالزنا ، وهو منتف ، لأن
 المفروض صحة العقد واقعاً ، ولذا لا يحد الواطء حد الزنا ، وإن كان
 عالماً بجرمة وطء أمة الغير من غير عقد باذن مولاها .

(٥) لمخالفته الحكم الظاهري .

(٦) لصحة العقد حين وقوعه ، فيحل الوطء من أول الأمر ، ولا

وإن لم يحجز المولى كشف عن بطلان التزويج . ويحد حينئذ حد للزنا إذا كان عالماً بالحكم (١) ، ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى (٢) . وعليه المهر بالدخول ، وإن كانت الأمة أيضاً عالمة على الأقوى (٣) . وفي كونه المسمى ، أو مهر المثل ،

موجب للتعزير ، للعلم بحل الوطاء حين وقوعه : نعم بناء على الكشف الانقلابي لا يكون العلم بلحق الاجازة موجباً للعلم بصحة العقد حين وقوعه ، ولا لحلية الوطاء حين وقوعه ، بل العقد باطل حين وقوعه ، والوطاء حرام حين وقوعه ، ويجوز حد الواطء قبل تحقق الاجازة ، كما عرفت .

(١) يعني : كان عالماً بجرمة وطنها إذا لم يأذن المولى ولم يحجز .
(٢) مثل أن يتخيل أنها أمته ، أو زوجته ، أو أن المولى قد حلها له ، أو نحو ذلك من الاشتباه ، فإنه يكون الوطاء شبهة ، ولا يستحق الحد به ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٣) قد تقدم من المصنف (ره) في المسألة الخامسة عشرة من (فصل : لا يجوز التزويج في عدة الغير) : أن الأقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الأمة بجرمة الوطاء . وقد تقدم في الشرح أن الذي يظهر من كلام بعضهم أن الكلام في هذه المسألة في مقامين : الأول : استحقاق السيد المهر . والثاني : استحقاق السيد الأرش . والمصنف فيما سبق ذكر أن الأقوى عدم استحقاق المهر . وهنا ذكر أن الأقوى استحقاقه ، وتردد في أنه المسمى ، أو مهر المثل ، أو العشر ونصفه ، مع أن العشر ونصفه ليس من المهر ، بل هو من الأرش . وتبع في ذلك جماعة منهم صاحب المسالك والجواهر ، فإنه في الجواهر - بعد أن اختار ثبوت المهر للأمة - ذكر أن في وجوب المسمى عليه ، أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكرأ ونصفه إن كانت ثيباً . وجوه ، بل أقوال ، لا يخلو الأخير منها من

توة ، وفاقاً للمحكي عن أبي حمزة . واختاره سيد المدارك ، والرياض ،
على ما حكي عن أولهما . لانتهاى . فجعل العشر ونصفه من وجوة المهر مع
أن المذكور في كلام بعضهم أنه في مقابل المهر . ولعله هو المراد من المهر
في كلام المصنف فيما سبق ، فلا ينافي كلامه هنا .

وكيف كان لا دليل على ثبوت مهر المثل ، فضلاً عن المسمى المعلوم
فساده بفساد العقد . وأما الأرش - وهو العشر أو نصفه - : فيدل عليه
صحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج امرأة
حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له . قال (ع) : إن كان الذي زوجها
إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد . قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي
أخذت منه ؟ قال (ع) : إن وجد مما أعطاه شيئاً فليأخذه ، وإن لم
يجد شيئاً فلا شيء له . وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما
أخذت منه . ولو وليها عليه عشر ثمنها . إن كانت بكرأ ، وإن كانت غير
بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها . قال : وتعتد منه عدة
الأمة . قلت : فإن جاءت منه بولد . قال (ع) : أولادها منه أحرار إذا
كان النكاح بغير إذن الموالي ، (١٥) . وصحيح الفضيل بن يسار ، قال :
« قلت لأبي عبد الله (ع) : جعلت فداك إن بعض أصحابنا كلف روى
عنك أنك قلت : إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريتيه فهي له حلال .
فقال (ع) : نعم يا فضيل . قلت . فما تقول في رجل عنده جاريتة له
نفيسة وهي بكر ، أحل لأخيه ما دون فرجها ، أله أن يفتضها ؟ قال (ع) :
لا ، ليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبله لم يحل له ما سوى
ذلك . قلت أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فقلبت الشهوة فافتضها ؟
قال (ع) : لا ينبغي له ذلك . قلت : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال (ع) :

(١٥) الوسائل باب : ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث : ١ .

أو للعشر إن كانت بكرأ ونصفه إن كانت ثيباً . وجوه ، بل أقوال ، أقواها : الأخير . ويكون للولد لمولى الأمة (١) .
وأما إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً من جهة أخرى فلا يحذ (٢) . ويكون للولد حرأ . نعم ذكر بعضهم : أن عليه قيمته يوم سقط حياً (٣) . ولكن لا دليل عليه في المقام (٤) .

لا ، ولكن يكون خائناً . ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرأ ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها (١٥) . والروايتان وإن كانتا واردتين في موارد خاصة غير ما نحن فيه ، ولأجله استشكل في الحدائق في ثبوت ذلك فيما نحن فيه ، لكن التعليل في أولها بقوله (ع) : « بما استححل من فرجها » ظاهر في عموم الحكم لما نحن فيه . وقد تقدم فيما سبق ماله نفع في المقام . فراجع .

(١) بلا إشكال ، كما في الجواهر ، وبغير إشكال ، كما في المسالك ، لما عرفت في المسألة الثامنة .

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات . ويكون الولد حرأ لما تقدم في المسألة الثامنة .

(٣) قال في الشرائع - فيما إذا تزوج الحر أمة بغير إذن المولى - : « وإن كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة فلا حد ، ووجب المهر ، وكان الولد حرأ . لكن يازمه لمولى الأمة قيمته يوم سقوطه حياً » . وتبعه عليه في القواعد ، والمسالك ، وكشف اللثام . وقال في جامع المقاصد : « ولا شك أن على الأب قيمته للمولى » .

(٤) في جامع المقاصد : جعله مما دلت عليه الرواية ، يريد بها موثقة سماعة الآتية في الأمة التي دلست نفسها . وصرح بذلك في كشف اللثام ،

ودعوى : أنه تفويت لمنفعة الأمة (١) . كما ترى ، إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية . وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم للتولد ، بل مقتضى للقاعدة قيمة يوم الانعقاد (٢)

والرياض ، والحدائق . وفي دلالتها على المقام إشكال ، لاختلاف المورد ، ولعدم ظهور قوله (ع) فيها : « وعلى مولاها أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم بصير اليه » في قيمة يوم الولادة ، كما سيأتي . ومثله الاستدلال عليه بموثق جميل عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يجيء مستحق الجارية ؟ قال (ع) : يأخذ الجارية المستحق . ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد . ويرجع على من باعه بثمن الجارية ، وقيمة الولد التي أخذت منه » (١٥) . ونحوه مرسله (٢٥) . وخبر اسماعيل ابن جابر عن أبي عبد الله (ع) الوارد في رجل زوجه قوم أمة غيرهم وقد كان طلب منهم أن يزوجه امرأة منهم (٣٥) .

(١) علله في التذكرة : بأنه نماء ملكه ، وقد حال بينه وبينه بالحرية . وفي الجواهر : بأنه كالمثل مال غيره بغير إذنه . واشكال المصنف (ره) على ذلك ظاهر . وفي بعض الحواشي : أن الاستيلاء استيفاء لمنفعة أمة الغير ، فيكون مضموناً على المستوفي . ومقتضاه ضمان منفعة الأمة هذه المدة ، لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى .

(٢) قال في التذكرة : « ولا يقوّم قبل سقوطه ، لأنه لا قيمة له حينئذ » . وفي جامع المقاصد : « وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً ، لأنه وقت الحيلولة ، ووقت افراده بالتقويم ، ووقت الحكم عليه بالمالية » . ونحوه في المسالك . وقال في كشف اللثام : « لأنه أول وقت إمكان التقويم » .

(١٥) الوسائل باب : ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٧ .

لأنه انعقد حراً ، فيكون للتفويت في ذلك الوقت .
(مسألة ١١) : إذا لم يجز المولى للعقد للواقع على أمته
ولم يرده أيضا حتى مات ، فهل يصح إجازة وارثه له ، أم
لا ؟ وجهان ، أقواهما : للعدم ، لأنها على فرضها كاشفة ،
ولا يمكن للكشف هنا ، لأن المفروض أنها كانت للمورث (١)
وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك (٢) .

والاشكال في الجميع ظاهر ، ولا سيما بملاحظة أنه لو ضربها جان وهي
حامل فاسقطت كان ضامناً . وذلك يدل على أن له مالية ، وقابل للتقويم ،
ولم يكن وجه للضمان . فكان الأولى الاستدلال عليه بأن النصوص الدالة
على الضمان تضمنت ضمان قيمة الولد ، وعنوان الولد إنما يكون بالولادة ،
لا بالانعقاد . نعم إذا كان المستند في ضمان القيمة القاعدة كان مقتضاها
ضمان قيمة زمان الانعقاد .

(١) وعلى تقدير الكشف تكون للمشتري من حين العقد ، فيلزم
اجتماع ملكيتين في زمان العقد ؛ ملكية المورث ، وملكية المشتري ، إذ
لو لم تكن ملكاً للمورث لم تنتقل الى الوارث .

(٢) فان المالك فيه حين البيع غير المالك حين الاجازة ، فيكون كما
نحن فيه . نعم يفترقان بأن الفضولي في المقام غير المالك الثاني ، بخلاف
النظير ، فانه عينه . ويمكن أن يقال : بأن المالك حال الاجازة لما كان وارثاً
فقد لوحظ فيه قيامه مقام مورثه ، فالاجازة منه كأنها إجازة من مورثه ، وكان
المالك حال الاجازة هو المالك حال العقد ، ولا يلحقه حكم تجديد المالك
حال الاجازة . ثم إنه لو تعلل البناء على الكشف الحقيقي في الفرض ونحوه
يدور الأمر بين البناء على البطلان وعدم الفائدة للاجازة ، والبناء على
الصحة والقول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك

(مسألة ١٢) : إذا دلست أمة فادعت أنها حرة
فتزوجها حر ودخل بها ثم تبين الخلاف (١) وجب عليه
المفارقة . وعليه المهر لسيدها (٢) . وهو للعشر ونصف للعشر

لا حين العقد . وحيث يدور الأمر بينهما يكون البناء على أحد الأخيرين
مما فيه العمل بالدليل في الجملة أولى من الأول الذي فيه طرح للدليل
بالمرة . كما أن هذا كله مبني على القول بالكشف الحقيقي . أما بناء على
الكشف الانقلابي أو الحكمي فلا مانع من الالتزام به هنا ، فيكون المال
ملكاً للمورث حين الموت وينتقل الى الوارث ، وبعد إجازة الوارث يحكم
الشارع بثبوت ملكية المشتري من حين وقوع العقد ، إما حقيقة ، أو
حكماً . ثم إن هذا الاشكال المذكور في المتن إنما يتوجه في بيع الفضولي
ونحوه ، لا في مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية . فلا تنافي بين الكشف
فيه وبين ثبوت الملكية للمورث . نعم بعض الاشكالات في تلك المسألة
جارية هنا ، مثل ما يقال من أنه يلزم نفوذ التصرف في ملك المالك بدون
إجازته لا سابقاً ولا لاحقاً . ولعل ذلك مراد المصنف ، وإن بعد عن
ظاهر كلامه .

(١) يعني : تبين أنها أمة غير مأذونة في التزويج ، لا سابقاً ولا لاحقاً .
(٢) في المسالك : وهكذا أطلق الجميع . بل ادعى عليه بعضهم
لإجماع المسلمين ، ولم يفرقوا بين كونها عالة بالتحريم وجاهلة ، فإن كان
المراد من المهر العشر ونصفه كان الاطلاق في محله ، لأنه مقتضى إطلاق
الصحيح السابق (١٥) الشامل للعالة والجاهلة . وإن كان المراد ، المسمى
فلا وجه له ، وإن نسبته في المسالك الى ظاهر الشرائع والأكثر ، لأن فساد
العقد يقتضي فساد المسمى فلا ملزم به . وكذا إذا كان المراد به مهر المثل ،

على الأقوى ، لا المسمى ، ولا مهر المثل . وإن كان أعطاها
المهر استرد منها إن كان موجوداً (١) ، وإلا تبعت به بعد
للعق (٢) . ولو جاءت بولد ففي كونه حرّاً أو رقاً لمولاها
قولان ، فعن المشهور : أنه رق (٣) ،

بناء على عموم قوله (ص) : « لا مهر لبغي » (١٥) لما نحن فيه . وقد
تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة عشرة من (فصل : لا يجوز التزويج
في عدة الغير) . أما بناء على عدم عمومه ففي محله - كما عن الشيخ في
المبسوط ، ونقل عن ابن حمزة - لو لا ورود الصحيح المذكور ، فإنه ظاهر
في خلافه . ولأجله يتعين البناء على ما في المتن ، كما اختاره في الجواهر ،
وحكاه عن سيد المدارك ، والرياض . وفي الشرائع جعله المروي . ولعل
ظاهرة الميل إليه ، وإن كان لا يخاو من تأمل ، ونسب في كشف اللثام
الى المقنع ، والنهاية والمهذب والجامع .

(١) كما صرح به في الصحيح . وتقتضيه قاعدة السلطنة على المال
بعد أن لم يخرج عن ملكه بالعقد الفاسد .

(٢) بذلك صرح في القواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، وكشف
اللثام . عملاً بالقواعد العامة . لكن ذكر في الصحيح : « وإن لم يجد شيئاً
فلا شيء له » . وظاهره عدم اشتغال ذمتها بشيء من المهر مع التلف .
ولعل المراد به أنه لا شيء له فعلاً .

(٣) نسبه الى المشهور في الحدائق . واختاره في الشرائع ، والقواعد .
ونسبه في الجواهر الى الشيخ واتباعه ، لأنه نماء المملوك ، ولخبر محمد بن

(١٥) لم نعتز عليه في كتب الحديث وإن اشتهر في كتب الفقه ، نعم ورد في نصوص كثيرة
عده من السحت . راجعها في الوسائل باب : « من ابواب ما يكتسب به وغيرها . وفي مستدرک
الوسائل في الباب المذكور وفي صحيح البخاري باب : «٥١ في مهر البغي من كتاب الطلاق .

قيس عن أبي جعفر (ع) قال : وقضى علي (ع) في امرأة أنت قوماً فخيرتهم أنها حرة ، فتزوجها أحدهم وأصدقها صدق الحرة ، ثم جاء سيدها . فقال (ع) : ترد إليه . وولدها عبده (١٥) ، وموثق سماعة قال : وسألت أبا عبد الله (ع) عن مملوكة أنت قوماً وزعمت أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدأ ، ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة ، وأقرت الجارية بذلك . فقال (ع) : تدفع الى مولاها هي وولدها . وعلى مولاهما أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير اليه : قلت : فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به . قال (ع) : يسمى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده . قلت : فان أبي الأب أن يسمى في ثمن ابنه . قال (ع) : فعلى الامام أن يفتديه . ولا يملك ولد حره (٢٥) ، وحسن زرارة قال : وقلت لأبي عبد الله (ع) : أمة أبقث من موالبيها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة ، فوثب عليها رجل حينئذ فتزوجها ، فظفر بها مولاهما بعد ذلك وقد ولدت أولاداً . قال (ع) : إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها وذهب القوم بأمتهم ، وإن لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده (٣٥) ، وموثق سماعة الآخر قال : وسألته عن مملوكة قوم أنت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم فولدت له . قال (ع) : ولده مملوكون ، إلا أن يقم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة ، فلا يملك ولده ، ويكونون أحراراً (٤٥) .

(١٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

ولكن يجب على الأب فكه (١) بدفع قيمته يوم سقط حياً (٢) وإن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته (٣) ، وإن أبي

(١) بلا خلاف ، كما في كشف اللثام . ويقتضيه موثق سماعة الأول ، وصحيح محمد بن قيس الآتي ونحوه مرسل الفقيه (١٠) : كما يقتضي الأول ما يأتي من الأحكام ، ولم يشاركه في ذلك غيره من النصوص :

(٢) بلا خلاف ، كما في كشف اللثام . لكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة . ويقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم (٢٥) .

(٣) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . وأنكر في المختلف الاستسعاء ، وكذا وجوب الأخذ من بيت المال ، لأنه دين يجب فيه الانتظار ، ولا يؤدي من بيت المال . وفيه : أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به . والظعن في السند ، وحمل الأمر على الاستحباب غير ظاهر .

نعم لم يعين في النص أنه من بيت المال ، ولا من الزكاة . ومقتضى أن الأول مصرفه المصالح العامة وليس هذا منها ، وأن سهم الرقاب مصرفه المكاتبون والعبيد تحت الشدة وليس هذا منها : أنه لا يجوز الفك من المالين المذكورين . نعم لا بأس بصرف سهم سبيل الله في ذلك ، فكان أولى بالذكر في كلام الجماعة من ذكر المالين .

ثم لأنه بناء على الرقية فالقيمة ليست من الدين ، وإنما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك . وكذلك بناء على الحرية ، فإنه لم يثبت أنه من باب الضمان ليكون ديناً ، بل من الجائز كونه تكليفاً تعديلاً ، فاجراء أحكام الدين في المقام غير ظاهر . والكلام في ذلك لا يهم بعد أن كان من وظائف الامام .

(١٥) الوسائل باب : ٦٧ من ابواب فكاح العبيد والاماء حديث : ٨ . وقد رواه مرسل . والموجود في الفقيه روايته بسنده عن محمد بن قيس فراجع الفقيه جزء : ٣ صفحة : ٢٦٢ الطبعة الحديثة . (٢٥) لم يتقدم في كلامه (قدّه) التمرض له ، وإنما يأتي منه ذكره قريباً .

وجب على الامام (ع) دفعهما من سهم للرقاب (١) أو من مطلق بيت المال (٢) . والاقوى كونه حرأ (٣) ،

(١) كما في كشف اللثام عن النهاية ، والغنية ، والوسيلة ، والمهذب :
 (٢) كما عن النكت . وقد عرفت الاشكال فيه ، وفيما قبله .
 (٣) في كشف اللثام حكاه عن المبسوط ، ونكت النهاية ، والسرائر .
 وفي الجواهر : أنه الأقوى ، للأصل ، ولظهور الأدلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في حقوق النسب ، المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي عرفته سابقاً ، ولما في ذيل صحيح الوليد المتقدم (١٥) ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : « في رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة ، ثم جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها جاريته . قال (ع) : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها » (٢٥) ، بدعوى أنه ظاهر في حرية الولد ، وبموثق سماعة الأول ، بناء على ما في جامع المقاصد من أن الذي ضبطه المحققون أن قوله (ع) : « ولا يملك ولد حر » بالوصف لا الاضافة . قال في جامع المقاصد : « نص جماعة - منهم ابن إدريس - على وجوب قراءة « حر » بالرفع والتنوين على أنه صفة لولد ، وقالوا : إن قراءته بالجر وهم » . وفي كشف اللثام : « الأظهر كون « حر » صفة ، لأنه الذي لا يملك . وقال قبل ذلك : ولم نظفر في الباب بخبر صحيح . والأصل الحرية ، فهو الأقوى . وبعضه صحيح الوليد بن صبيح » . ويشكل : بأن خبر محمد بن قيس السابق في دليل الرقية موثق ، وهو حجة ، ومانع من الرجوع الى الأصل . ومنه يظهر الاشكال فيما في الجواهر ، فان ما ذكره من النصوص معارض بما

(١٥) راجع المسألة : ١٥ من هذا الفصل .

(٢٥) ذكره في الفقيه جزء : ٣ صفحة : ٢٦٢ بتغيير يسير ، وذكره في الوسائل مرسلًا

باب : ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٨ ، كما اشرنا اليه قريباً .

دل على الرقية . مع أن الاستدلال بصحيح محمد بن قيس على حرية الولد غير ظاهر ، وإن علله في الجواهر : بأنه لو كان رقاً كان الجائر له أخذها وأخذ ولدها . إذ فيه : أنه إذا كان يجب أخذ قيمة الولد بناء على الرقية لا يجوز له أخذ الولد . فلاحظ . وكذا الاستدلال بموثق سماعة الأول ، لضعف المنبئ الذي ذكره في جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالاضافة أولاً : من جهة أن الحكم بأنه لا يملك يكون عقلياً لا شرعياً . وثانياً : بأن الحر الذي لا يملك لا يختص بالولد ، بل الوالد الحر أيضاً لا يملك ، فيكون التخصيص بلا مخصص ، بخلاف ما لو كان على الاضافة .

والتحقيق أن نصوص المقام في مقام الدلالة على أقسام : الأول : ما ظاهره رقية الولد ، كموثق محمد بن قيس المذكور في أدلة الرقية . الثاني : ما ظاهره حرية الولد ، كصحيح الوليد بن صبيح المتقدم في العشر ونصف العشر . الثالث : ما ظاهره التفصيل بين أن يشهد الشاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل ، وبين أن يتزوجها اعتماداً على قولها المعتضد بأصالة الحرية ، وهو موثق سماعة الأخير . لكن ظاهره التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع بين الزوج والسيد ، لا الحكم الواقعي في حرية الولد مع شهادة الشاهدين . الرابع : ما ظاهره التفصيل بين أن يقيم بينة على أنه تزوجها على أنها حرة فالولد حر ، وأن لا يقيم بينة على ذلك فالولد رق ، وهو رواية زرارة . وظاهرها أيضاً التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع والخصومة . الخامس : ما هو قاصر الدلالة على الحرية والرقية ، كموثق سماعة الاول ، فان دفع الولد الى مولى الأمة فيه أعم من كونه رقاً أو حراً يتعلق به المال كالعين المرهونة . وكذلك قوله (ع) في ذيله : « ولا يملك ولد حر » . بناء على الاضافة ، كما هو الظاهر كما عرفت ، فان ذكر ذلك علة للافتداء بالقيمة ربما كان قرينة على كون المراد

أنه لا يبقى على الملكية . ومثله صحيح محمد بن قيس ، فان أخذ قيمة الولد فيه أعم من كونه حراً ، كما سبق .

ثم إن دلالة الأول على الرقية لا مجال للمناقشة فيها . وما في الجواهر من حمله على الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع - يعني : إذا لم تكن حجة للزوج على كونه مشتبهاً بحكم برقية الولد - خلاف الظاهر جداً ، ولا سيما بملاحظة عطف الزويج بالفاء على إخبارها بالحرية ، وقوله : « وأصدقها صداق الحرة » ، فانه كالصريح في كون الزويج من باب الاشتباه ، وأن السؤال عن حكمه من حيث هو . كما أن الظاهر تأتي المناقشة في الاستدلال بصحيح الوليد على الحرية وإن كان تام الدلالة عليها ، لأن تعليق الحرية فيه على النكاح بغير إذن الموالى يقتضي انتفاءها إذا كان باذن الموالى ، وليس الحكم كذلك كما تقدم . فيتعين التصرف فيه إما بحمل الكلام على الإنكار - كما ذكره في الوسائل - أو على صورة رد الأب القيمة ، أو صورة شهادة الشاهدين بحرية الأمة - كما ذكر الشيخ (ره) - أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية - كما احتمله في الجواهر - أو غير ذلك من المحتملات . ومع الاحتمال لا مجال للاستدلال . وأما الثالث : فدلالته على حرية الولد مع شهادة الشاهدين ، ورقبته مع عدمها لاغبار عليها . وهو في الحكم الثاني معاضد لموثق محمد بن قيس . وفي الحكم الأول غير مناف له ، لظهور السؤال فيه في غير هذه الصورة ، أو غير ظاهر فيها ، فلا يتنافى مع الموثق المذكور فيها ، ولا مانع من العمل به فيها حينئذ ، وإن كان وارداً في مقام الحكم الظاهري للحاكم ، لا الحكم الواقعي ، لكن من المعلوم أن الحكم الظاهري عين الحكم الواقعي مع الموافقة ، فلا مانع من الأخذ باطلاقه . وأما الرابع : فالكلام فيه هو الكلام في الثالث ، فيبدل على الحكم الواقعي . لكن كان التعبير فيه بالاعتاق المناسب للرقية ،

كما في سائر موارد اشتباه الحر ، حيث أنه لا إشكال في كون للولد حرأ ، فلا خصوصية لهذه الصورة . والاختبار للدلالة على رقيته منزلة على أن للمولى أخذه (١) ليتسلم للقيمة ،

لأنه تحرير الرق ، ويكون المراد به الاعناق بدفع القيمة الى الأب ، فيكون الخبر موافقاً لموثق محمد بن قيس في إطلاق الرقية مع الاشتباه . وكأنه لأجل ذلك استدل به على الرقية . ولا يمكن تقييده بصورة عدم شهادة الشاهدين بحرية الأمة ، لأنه لو قيد بذلك كان مفهومه لزوم أن يوجع ظهره إذا لم يشهد الشاهدان بحرية الأمة ، وهو مما لا يمكن الالتزام به . وحينئذ يتعارضان في صورة شهادة الشاهدين . ولا يبعد الأخذ بالموثق حينئذ ، لضعف الخبر ، لأن في سنده في الكافي عبد الله بن بحر (١٥) ، وفي التهذيب (٢٥) وإن كان بدله عبد الله بن يحيى ، لكن الكافي أضيف ، بل جزم المجلسي (ره) بأنه تصحيف .

ومن ذلك يظهر قوة ما عن الشيخ (ره) - في النهاية ، والتهذيب ، والاستبصار ، ونسب الى المهذب - من التفصيل بين أن يشهد شاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل لذلك فالولد حر ، وبين أن يتزوج اعتماداً على أصالة الحرية أو نحوها فالولد رق . وعلى الاب فكه بالقيمة . وجعله في الحدائق مقتضى التدبر في نصوص الباب بعد ضم بعضها الى بعض . كما يظهر ضعف القول بالرقية مطلقاً ، والحرية كذلك ، وإن كان أولهما أقرب من ثانيهما .

(١) قد عرفت أنه لا موجب لهذا التنزيل ، وأن العمدة فيما دل على الحرية صحيح الوليد ، وقد عرفت إشكاله .

(١٥) الجزء : ٥ صفحة : ٤٠٥ الطبعة الحديثة .

(٢٥) الجزء : ٧ صفحة : ٣٥٠ الطبعة الحديثة ، والاستبصار الجزء : ٣ صفحة : ٢١٧ .

جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حراً . وعلى هذا للقول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع للقيمة ، أو للسعي ، أو دفع الامام (ع) ، لموثقة ساعة (١) . وهذا كله إذا كان اللوطء حال اعتقاده كونها حرة . وأما إذا وطئها بعد للعلم بكونها أمة (٢) فالولد رق ، لانه من زنا حينئذ (٣) ، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاها أعتقها ، ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان ، فان اللوطء حينئذ أيضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية (٤) . نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له للتعويل على قولها ، لاصالة الحرية (٥) . فلو تبين

- (١) في الاحكام الثلاثة . ويشاركه في الاول منها صحيح محمد بن قيس ، ومرسل الفقيه (١٥) .
- (٢) يعني : لم يأذن مولاها لها في النكاح .
- (٣) تقدم في آخر المسألة الثامنة وجه الحكم فيه .
- (٤) ويحتمل قبول خبرها ، لان إخبار الانسان عن نفسه وعمه في يده حجة مقدمة على الاستصحاب ، كما إذا أخبر عن تطهير بدنه ونحوه : نعم إذا كانت قرينة على اتهامه لم يقبل خبره . ولعل دعوى صيرورتها حرة من ذلك . ونظير المقام دعوى العدالة ، والاجتهاد ، والنسب ، ونحوها ، فلا يصدق مدعيها إلا ببينة . وقد تقدم الكلام في ذلك فيما ثبتت به الطهارة والنجاسة من كتاب الطهارة . كما أنه إذا كان يباع في الاسواق فقد دلت النصوص (٢٥) على عدم قبول إخباره بالحرية مسبوقة بالرقية أو غير مسبوقة .
- (٥) لصحيح عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله (ع) :

(١٥) تقدم التعرض لها في أوائل المسألة .

(٢٥) راجع الوسائل باب : من أبواب بيع الحيوان .

الخلاف لم يحكم برقية للولد (١) . وكذا مع سبقها مع قيام
للبينة على دعواها (٢) .

(مسألة ١٣) : إذا تزوج عبد بجمرة من دون إذن
مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلا ، فلا تستحق مهرأ ولا
نفقة (٣) بل للظاهر أنها تحمى حد الزنا (٤) إذا كانت عالمة

يقول كان علي بن أبي طالب يقول : الناس كلهم أحرار ، إلا من أقر
على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة ، ومن شهد عليه بالرق
صغيراً كان أو كبيراً (١٥) . لكن على هذا يكون التعويل على الأصل
لا على قولها .

(١) على ما تقدم منه . وهو مورد نصوص الباب .

(٢) هذا يدخل في عموم موثق سماعة الأخير (٢٥) ، المتضمن لحرية
الولد إذا شهد شاهدان لها بالحرية .

(٣) أما البطلان : فلما سبق من عدم سلطان الرق على نفسه . وأما
نفي المهر : فلأنها بغية . وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال :
« قال رسول الله (ص) أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير إذن مولاه
فقد أباحت فرجها ، ولاصداق لها » (٣٥) . وأما نفي النفقة : فلانتفاء
الزوجية . والظاهر أنه لا إشكال في جميع ما ذكر .

(٤) لعموم الأداة . لكن قال في كشف اللثام : « قيل : ولا حد
عليها ، لمكان الشبهة . والفرق بينها وبين الحر إذا تزوج أمة كذلك : أنها
لنقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع يكفي العقد شبهة لها . والفرق

(١٥) الوسائل باب : ٢٩ من أبواب العتق حديث : ١ .

(٢٥) راجع صفحة : ٣٣٠ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٤ من أبواب نكاح المييد والاماء حديث : ٣ .

بالحال ، وأنه لا يجوز لها ذلك . نعم لو كان ذلك لها بتوقع
الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبيهة في
حقها لم تحد . كما أنه كذلك إذا علمت بمجيء الاجازة (١) . وأما
إذا كان بتوقع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدم مع عدم
حصولها ، بخلاف ما إذا حصلت ، فانها تعزر حينئذ ، لمكان
تجربتها . وإذا جاءت بولد فالولد لمولى للعبد (٢) مع كونه مشتبهاً ،

بين ذلك وما إذا تزوجت حراً بعقد تعلم فساداه : أن هذا العقد فضولي
يجوز فيه إجازة المولى . ويؤيده ما في الاخبار من : « أنه لم يعص الله وإنما
عصى سيده » (١٥) ، وحسن منصور بن حازم عن الصادق (ع) : « في
مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص الله تعالى ؟ قال (ع) : عاص لمولاه .
قلت : حرام هو ؟ قال (ع) : ما أزعم أنه حرام . . . » (٢٥) . انتهى
كلام كشف اللثام . وكأنه لذلك اقتصر في الشرائع والقواعد على ذكر
الحكمين الأولين فقط ولم يتعرض للحد . بل في الحدائق : لم يذكره أحد .
وربما مال اليه في كشف اللثام . ولكنه يشكل - كما في الحدائق وفي الجواهر -
بأن الشبهة العرفية منتفية ، والشرعية لا دليل عليها . والأخبار قد عرفت
المراد منها في أول هذا المبحث . فراجع . ونقصان العقل غير كاف في
تحقيق الشبهة الدارئة للحد بعد فرض العلم بالحرمة ، وإلا سقط الحد عن
المرأة كلية

(١) تقدم الكلام في ذلك في شرح المسألة العاشرة .

(٢) بلا خلاف ، كما في الجواهر . وفي كشف اللثام : أنه قطع به

الاصحاب ، لكونه من نماء المملوك ، لانتهاء النسب بينه وبين الام بالزنا .

(١٥) الوسائل باب : ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢٤١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

بل مع كونه زانياً أيضاً ، لقاعدة النائية بعد عدم لحوقه بالحرة .
وأما إذا كانت جاهلة بالحال فلا حد . وللولد حر (١) .

ولكنه كما ترى ، فإنه شامل لما إذا كان العبد زانياً أيضاً مع انتفاء النسب
بينه وبينه أيضاً ، فهو إما نماء لهما ، أو للأم ، ولا وجه للاحاقه بالأب
بالخصوص مطلقاً . وقد يستدل له بخبر العلاء بن رزين عن أبي عبد الله (ع)
قال : « في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى الى قوم ، فتزوج منهم
ولم يعلمهم أنه عبد ، فولد له أولاد ، وكسب مالا ، ومات مولاه الذي
دبره ، فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد ، فما ترى ؟ فقال :
العبد وولده لورثة الميت . . . » (١٥) . لكن الاستدلال به يتوقف على
إطلاقه وعدم ظهوره في الحرة الجاهلة . ولكنه غير ظاهر . وحينئذ ينحصر
دليله بالفحوى إن امكن العمل بمورد الخبر ، وبالإجماع .

(١) أما الأول : فللشبهة الدائرة للحد . وأما الثاني : فلما تقدم من
أن المتولد بين الحر والرق يلحق بأشرف الأبوين . وعن مقنعة المقيّد :
أن الولد رقيق كما لو كانت عالة . ومثله ظاهر محكي التهذيب ، عملاً بإطلاق
النص المتقدم . لكن عرفت الاشكال في إطلاقه وأنه ظاهر في الجاهلة .
وحمله في الجواهر على صورة عدم قيام البينة على كون الحرة مشتبهة ،
لما بني عليه غير مرة من أن الولد يلحق بالرق غير المأذون . والمراد من
قول السائل : « ولم يعلمهم أنه عبد » : أنه لم يعلمهم أنه عبد آبق ، لا
أنه لم يعلمهم أنه عبد ، لتكون الحرة التي تزوجت مشتبهة . ولكن ما
ذكره (قده) - وإن جعله مقطوعاً به - غير ظاهر ، بل خلاف الظاهر .
وقد عرفت في المسألة الثامنة الاشكال فيما بني عليه غير مرة . فراجع .
نعم قد يقال : إن الخبر المذكور لا يصلح لمعارضة ما دل على حرية الولد

وتستحق عليه المهر (١) ، يتبع به بعد للعتق (٢) .
 (مسألة ١٤) : إذا زنى للعبد بـحرة من غير عقد فالولد
 حر (٣) ، وإن كانت الحرة أيضا زانية . ففرق بين الزنا
 المجرد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا
 إن للولد لمولى للعبد (٤) .
 (مسألة ١٥) : إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٥)
 وإن كانت هي أيضا زانية . وكذا لو زنى عبد بأمة للغير ،

المتولد من الحر ، بضعفه في نفسه ، وإعراض المشهور عنه .
 (١) لما يفهم من غير واحد من النصوص من استحقاق المهر بالدخول
 في غير الزنا (١٥) .

(٢) كما صرح به في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . لأنه مملوك
 لمولاه ، فلا يمكن استيفاء دينه من منفعه أو من عينه .
 (٣) بلا خلاف ولا إشكال ، كما في الجواهر . وبقتضيه أصالة تبعية
 النماء للأُم ما لم يقم دليل على خلافها .

(٤) في الجواهر : وجه الفرق النص ، وهو خبر العلاء المتقدم . لكن
 ظاهر المصنف الفرق من غير جهة النص ، فإنه في العقد المعلوم الفساد
 ألحق الولد بالعبد ، فيكون لمولاه ، لقاعدة النامية . وهذه القاعدة بعينها
 جارية في الزنا بدون العقد .

(٥) كما في الجواهر . لقاعدة النماء في الأم . قال : « ولا يشكل ما
 ذكرنا بالحرة التي تزوجت عبداً غير مأذون عالمة بالتحريم ، لما عرفته من
 الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا » . ويشير بذلك إلى خبر العلاء .

فان للولد لمولاها (١) .

(مسألة ١٦) : يجوز للمولى تحليل أمته لعبده (٢) .

(١) قد سبق ذلك في آخر المسألة الثامنة .

(٢) كما عن الحملي . واختاره في الشرائع . ولكن عن الشيخ في النهاية ، والعلامة في المختلف ، وولده : العدم ، لصحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن (ع) « أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يظأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاة ؟ قال (ع) : لا يحل له ، (١٥) ، ولأنه نوع تمليك ، والعبد ليس أهلاً له . والأخير كما ترى ، مبني على عدم ملك العبد مطلقاً . مع أن التحليل ليس تمليكا ، كما سيأتي . والصحيح معارض بغيره ، ففي صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تعالى : (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول : اعزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ، ثم يمسه ، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح » (٢٥) ، والصحيح عن فضيل مولى راشد قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : لمولاي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما أشتري من الجواري ، فقال : إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال . فقال (ع) : إن أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال ، وإن قال : اشتر منهن ما شئت ، فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما يأمرك ، إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال ، وإن كان لك مال فاشتر من مالك ما بدا لك » (٣٥) . ولعل وجه الجمع حمل الصحيح الأول على صورة التحليل من غير تعيين :

(١٥) الوسائل باب : ٣٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

ولكن قال في الشرائع : « وفي تحليل أمته لمولاه روايتان : إحداهما : المنع ، ويؤيدها أنه نوع تملك والعبد بعيد عن التملك . والأخرى : الجواز إذا عين له الموطوءة ، ويؤيدها أنه نوع من الإباحة ، وللمملوك أهلية الإباحة . والأخير أشبه » . ومما ذكرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه وأوفق بالقواعد ، سواء قلنا بأن التحليل عقد نكاح ، أم تملك ، وأن العبد يملك ، أولاً يملك ، فانه لا مجال لطرح النصوص المذكورة بالمباني المزبورة . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما في القواعد حيث قال : « ولو أباح أمته لعبده ، فان قلنا أنه عقد أو تملك منفعة وأن العبد يملك حلت ، وإلا فلا . والأول أولى ، لأنه نوع إباحة ، والعبد أهل لها » .

وفي كلامه الأخير إشارة الى ما هو التحقيق من أن التحليل ليس عقد النكاح - كما عن المرتضى - ولا تملك منفعة - كما عن المشهور - ولا تملك انتفاع - كما قد يظهر من عبارة جامع المقاصد - بل هو إباحة وإذن في الانتفاع دل الدليل القطعي عليه ، فوجب القول به ، ويكون الدليل مخصصاً لقوله تعالى : (والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (١٥) ، فيدل على جواز قسم ثالث في مقابل القسمين المذكورين . اللهم إلا أن يقوم إجماع على الانحصار بالقسمين ، كما يظهر من دعوى الاتفاق في كشف اللثام وغيره . فيتعين إرجاع التحليل الى أحد القسمين . ولأجل انتفاء أحكام العقد من الطلاق إن كان دائماً ، ولزوم ذكر المهر إن كان متعة ، يتعين كونه من ملك اليمين ، كما قيل . ولما عرفت من أن العقد يقتضي ثبوت الزوجية ، وهي منتفية في التحليل ، وأنه لا ملكية للرقبة فيه ، ولا للمنفعة ، يتعين أن يكون المراد من ملك اليمين ما يشمل

وكذا يجوز له أن ينكحه إياها (١). والأقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل (٢). كما أن الأقوى كفاية أن يقول له: «أنكحتك

تحليل الأمة المملوكة ، ولا موجب للالتزام بأنه تمليك منفعة ، أو انتفاع . كيف ؟ ! وهو خلاف المرتكز في أذهان المنتشرة ، وكيف يمكن البناء على إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد المنشئ ؟ ! كما لعله ظاهر .

(١) بلا إشكال . وتشهد به النصوص ، كصحيفة علي بن يقطين

المتقدمة في أول المسألة ، ونحوها غيرها مما هو كثير ، ويأتي بعضه .

(٢) كما هو المشهور . لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل

والمرأة ، والموجب إنما يقع هذه الزوجية . بخلاف التحليل فإنه إذن في

الانتفاع من دون زوجية . وظاهر النصوص الواردة في المقام مشروعية

التزويج وإيقاع الزوجية بين العبد والأمة . وعن ابن إدريس : أنه لإباحة ،

إما لجواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال ، ولو كان عقد نكاح لم يفسخ

إلا بالطلاق ، ونحوه من فواسخ النكاح . وفيه : أن الطلاق ليس انفساخا

للعقد ، وإنما هو إيقاع الفراق ، ومن الجائز أن يكون الأمر بالاعتزال

يقتضي ذلك ، أو يقتضي الانفساخ كغيره من أسباب الانفساخ . وإما لصحيح

محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : «سألته عن الرجل كيف ينكح

عبده أمته ؟ قال (ع) : يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ، ويعطيها

شيئاً من قبله أو من مولاه ولو مداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك . . .» (١٠).

وفيه أن قوله (ع) : «قد أنكحتك» ظاهر في إيقاع الزوجية لا مجرد

التحليل . فهو دليل على القول الأول ، ولا سيما بملاحظة الأمر باعطاء

شيء ، فإن الظاهر منه أنه من باب المهر الذي لا يجب في التحليل ، كما

ذكر ذلك في المسالك .

فلانة » ، ولا يحتاج الى القبول منه أو من للعبد (١) ، لاطلاق
الأخبار (٢) ،

(١) كما اختاره في المختلف ، لأن القبول إنما يشترط في حق من
يملكه ، والعبد هنا لا يملك القبول ، لأن للمولى إجباره على النكاح ، فله
هنا ولاية طرفي العقد . وفي المسالك : « هو متجه ، لأن اعتبار قبول العبد
ساقط ، وإيجاب المولى دال على قبوله ، والمعتبر من القبول الدلالة على
رضاه ، فهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح » . وظاهر
صدر كلامه كظاهر المختلف عدم اعتبار القبول في المقام ، وظاهر ذيل
كلامه اعتبار القبول ، لكن من باب الدلالة على الرضا ، فإذا علم الرضا
من الإيجاب كفى . ويشكل الأخير : بأن الرضا النفساني غير كاف في القبول ،
وإنما المعتبر الرضا الانشائي . وأما الأول فغير بعيد ، إذ ليس الفرق بين
المعاني العقدية والإيقاعية أن الأولى تتعلق بغير الموجب ، والثانية لا تتعلق
بغير الموجب ، ضرورة أن كلا من النكاح والطلاق يتعلق بغير الموجب ،
مع أن الأول معنى عقدي والثاني إيقاعي . بل الفرق أن المعنى العقدي
تحت سلطان الموجب والقابل ، والمعنى الإيقاعي لا يكون إلا تحت سلطان
الموجب فقط ، وإنكاح المولى عبده لما لم يكن تحت سلطان العبد ، بل
هو تحت سلطان المولى فقط ، كان معنى إيقاعياً .

(٢) كصحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع) ، وخبره
عن أبي جعفر (ع) : « في المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمة فيريد أن
يجمع بينهما ، أينكحه نكاحاً ، أو يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة
ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد ؟ قال (ع) : نعم ولو مدأ . وقد
رأيت يعطي الدراهم » (١٥) ، ومصحح الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) :

(١٥) الوسائل باب : ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٣ .

ولأن الأمر بيده (١) ، فإيجابه مغن عن القبول . بل لا يبعد أن يكون الامر كذلك في سائر المقامات ، مثل للولي وللوكيل

الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال (ع) : يقول قد أنكحتك فلانة ، ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه ولو مداً من طعام أو درهما أو نحو ذلك (١٥) . وفي الجواهر - تبعاً لجامع المقاصد - : « والخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أي ما يتعلق بالمولى من الإيجاب ، لأن المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد ولا من السيد الذي هو وليه ، بل لعل دلالة على القبول أوضح كما في كشف اللثام ، للفظ الإنكاح . واجتزأ به عن ذكر القبول لظهوره . فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقدية في النكاح بحاله » . وفي القواعد : « ولو زوج عبده أمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحة » . ويظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناء على أنه عقد . وفي كشف اللثام : التردد في ذلك . والانصاف أن النصوص لا تخلو من دلالة على عدم اعتبار القبول . وما في جامع المقاصد والجواهر وغيرهما غير ظاهر .

(١) قد عرفت وجهه . وفي الجواهر : « قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفي العقد وبين الاكتفاء في الإيجاب عن القبول ، فإن باقى الاولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد لكن لا بد من ذكر صورة العقد . اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالكا لا أنه قائم مقام المولى عليه . وفيه : أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد ، لمعلومية كون النكاح من العقود » . ويظهر ما فيه مما عرفت من منع كونه من العقود في الفرض ، بل هو من الإيقاع ، لانه تحت سلطنة سلطان واحد .

عن للطرفين (١) . وكذا إذا وكل غيره في للتزويج (٢) ،

(١) فانه لما كان له سلطان على الايجاب والقبول كان لإيجابه مغنياً عن القبول ، لانه في نفوذ إيجابه لا ينتظر قبول قابل ، فيكون نافذاً بلا قبول القابل . اللهم إلا أن يقال : لما كان كل من الموكل والمولى عليه ذا سلطان فالوكيل في إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لا سلطنة القابل ، فلا يكون الايجاب نافذاً إلا بعد إعمال سلطنة القابل ، وإنما يكون ذلك بالقبول عنه ، فلا ينفذ الايجاب بدون القبول . اللهم إلا أن يقال : هذا إذا كان ولياً أو وكيلاً على الايجاب وعلى القبول ، أما إذا كان ولياً أو وكيلاً عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد ، وهو جعل الزوجية بينهما ، فايقاعه للمضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول ، لأنه مورد التسليط من الطرفين : وكذا الكلام في غير النكاح من العقود كالبيع والاجارة والرهن والصلح ونحوها ، فانها من الايقاع إذا وكل أحد الطرفين فيها الآخر أو وكلاً ثالثاً ، ويكون المضمون حاصلًا بمجرد حصول الايجاب من الوكيل عن أحد الطرفين والأصيل من الطرف الآخر ، أو الوكيل عن الطرفين ، لما عرفت من أن المعيار في كون المفهوم عقداً أو إيقاعاً كونه تحت سلطنة واحدة أو سلطنتين متقابلتين ، ولما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلًا بمجرد إيقاعه ، فاذا وقع من الأصيلين كان عقداً ، وإذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعاً . وما في المسالك من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول والايجاب في عقد الولي على الطرفين وأنه لا يكتفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد منه عنهما - ذكر ذلك في مبحث الاجتزاء بالأمر عن القبول - غير مسموعة كما يظهر من تنزيل الشهيد في شرح الارشاد خبر سهل . فراجع .

(٢) يعني : لا يحتاج الى القبول ، لان فعل الوكيل كفعل الأصيل .

فيكفي قول اللوكيل : « أنكحتك أمة موكلي لعبده فلان » ،
 أو « أنكحتك عبد موكلي أمته » . وأما لو أذن للعبد والامة
 في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الايجاب وللقبول (١) .
 (مسألة ١٧) : إذا أراد المولى للتفريق بينهما لا حاجة
 الى الطلاق ، بل يكفي أمره بإياهما بالمفارقة (٢) . ولا يبعد

(١) لأن ظهور الاذن لهما بالفعل على وجه التشريك يقتضي اختصاص
 التسليط بجهته دون جهة الآخر ، فلا بد من اعماله سلطان الآخر . نعم
 إذا كان الاذن لكل منهما في التزويج مطلقاً كان كما لو أذن لأجنبي في
 ذلك ، ولا يحتاج الى القبول ، كما ذكره فيما قبل .

(٢) بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه . كذا في الجوهر :
 ونحوه كلام غيره . ويشهد له النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم قال :
 « سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما
 إذا شاء ؟ فقال (ع) : إن كان مملوكه فإيفرق بينهما إذا شاء ، إن الله
 تعالى يقول : (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) ، فليس للعبد شيء من
 الأمر . وإن كان زوجها حراً فان طلاقها صفتها » (١٠) . ومصحح
 عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال : « سمعته يقول : إذا زوج
 الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له : اعتزلها ، فإذا طمئت وطئها ، ثم
 ردها عليه إن شاء » (٢٥) ، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) :
 « إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء » (٣٥) . ونحوها غيرها ،
 ومنه صحيح محمد بن مسلم المتقدم في أول المسألة . وفي كشف اللثام -

(١٥) الوسائل باب : ٦٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٨ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ملحق حديث : ٤ .

جواز للطلاق أيضا بأن يأمر عبده بطلاقها ، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضا (١) .

(مسألة ١٨) : إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا . بل هو الاحوط (٢) .

بعد الاستدلال به على المقام - قال : « ويشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع ، للاحتياط ، وعدم نصوص الاخبار . لكن الاحتياط لا يجب مع وجود الحجية . وعدم نصوصيتها لا تقدر إذا كان لها ظهور ، فان الظهور حجة كالنص .

(١) فيه نوع دلالة على التوقف في صحة الطلاق ، مع أنه ادعى الاجماع عليه في كلام جماعة . وفي الجواهر : دعوى الاجماع بقسميه عليه : وفي جامع المقاصد : « إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فان طلاقها ولزالة عقد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه إجماعاً » . وفي الخدائق : « لا خلاف نصاً وفتوى - فيما أعلم - في أنه إذا زوج السيد عبده أمته فان الطلاق بيد السيد ، وله أن يأمره به ، وأن يفرق بينها بغير لفظ الطلاق » . ونحوه كلام غيرهم . نعم في الجواهر : « قد تشكل صحته (يعني : الطلاق) من العبد باذن السيد إذا لم يكن بطريق الوكالة » . وكأنه لأجل أن المفهوم من النصوص أن الطلاق من وظائف السيد ، فلا يصح من غيره إذا لم يكن وكيلاً عنه . وفيه : أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه ، لا أنه لا يصح إلا بالمباشرة أو التوكيل .

(٢) فان المحكي عن الشيخين ، وابني حمزة والبراج ، وأبي الصلاح : الوجوب . للنصوص المتقدمة في مسألة عدم اعتبار قبول العبد في إنكاحه أمة مولاه ، المتضمنة للأمر باعطائها مداً من طعام ، أو درهماً ، أو نحو

وتملك الامة ذلك بناء على المختار من صحة ملكية المملوك
إذا ملكه مولاه أو غيره .

(مسألة ١٩) : إذا مات المولى وانتقلا الى لورثة فلهم
أيضاً الامر بالمفارقة بدون للطلاق (١) . وللظاهر كفايه أمر

ذلك . لكن الأكثر - كما قيل - على الاستحباب . وفي كشف اللثام : نسبة
الى المفيد أيضاً . للأصل ، وعدم التنصيب على الوجوب . لكن الأصل
لا مجال له مع الدليل وعدم التنصيب لا يقدر في الحجية مع وجود
الظاهر . وفي الجواهر : استدلل على الاستحباب بالأصل ، وعدم تصور
استحقاقه لنفسه على نفسه : ضرورة أن مهر الأمة لسيدها ، كعدم تصور
استحقاق ماله عليه مالا . انتهى . وهو كما ترى ، بناء على التحقيق من
ملكية العبد ولو في الفرض . وكذا بناء على عدمها ، لامكان وجوب
تمكينها من المهر وإن لم يكن ملكاً لها . ومثله الاشكال بعدم ظهور الخبرين
في كون المدفوع مهراً ، مع أن المدعى ذلك ، فالدليل لا يثبت الدعوى ،
والدعوى لا دليل عليها . إذ فيه : أنه إن تم ذلك منع من القول بكون
المدفوع مهراً ، لا من القول بوجوب الدفع .

ثم إن الظاهر عدم كون المدفوع مهراً بقريئة أنه لم يذكر في ضمن
الجملة الانشائية ، وإنما ذكر الأمر به بعد ذلك ، فان قام لإجماع على عدم
وجوب دفع غير المهر تعين حمل النصوص على الاستحباب ، وإلا لزم
الأخذ بظاهرها والبناء على وجوب الدفع تعبداً .

(١) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . ويظهر
من شراحيها كونه من المسلمات ، معللين له بأنه مقتضى انتقال الملك اليهم .
بل في المسالك هنا أولى ، لقيامه مقام المورث الذي كان أمره بيده .

أحدهم في ذلك (١) .

(مسألة ٢٠) : إذا زوج الامة غير مولاها (٢) من حر فأولدها جاهلاً بكونها لغيره ، عليه العشر أو نصف للعشر لمولاها ، وقيمة للولد . ويرجع بها على ذلك للغير ، لانه كان مغروراً من قبله (٣) . كما أنه إذا غرته الامة بتدليسها ودعواها

(١) إن كان المراد كفاية أمر أحدهم في حرمة الوطء في محله ، لعدم جواز التصرف بدون إذن المالك ، وإن كان مالكاً جزءاً مشاعاً . وإن كان المراد الخروج عن الزوجية بذلك ، فلا يخلو من إشكال ، لأن الخروج عن الزوجية كالدخول في الزوجية تحت سلطة جميع المالكين ، فلا يستقل به أحدهم . اللهم إلا أن يقال : إذا حرم الوطء فقد بطلت الزوجية ، إذ لا مجال لانزاعها حينئذ . ولذا استفيد بطلان عقد التزويج من تحريم وطء الأم وغيرها من ذوات المحارم .

(٢) هذا مورد صحيح الوليد بن صبيح المتقدم في المسألة الثانية عشرة ، المتضمن ضمان الزوج لمولى الأمة العشر أو نصف العشر . وأما ضمان قيمة الولد فيمكن استفادته مما يأتي ، ومن موثق سماعة المتقدم هناك .

(٣) إشارة الى قاعدة الغرور ، المستفادة من النبوي : « المغرور يرجع على من غره » (١٥) ، المعول عليها في جملة من الموارد اتفاقاً . وبقتضيتها أيضاً خبر محمد بن سنان عن اسماعيل بن جابر قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقبل : هي ابنة فلان ، فأنى أباه فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها ، فولدت منه ، فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال (ع) : ترد الوليدة على مواليتها . والولد

(١٥) هذا الحديث وإن وجد في بعض الكتب الفقهية إلا أنه لم نعثر عليه بمد الفحص في كتب الحديث للعامة والخاصة وبعد الاستماعة ببعض الفهارس المعدة لضبط السنة النبوية .

الحرية تضمنن للقيمة (١) ، وتتبع به بعد للعتق . وكذا إذا صار مغروراً من قبل للشاهدين على حريتها (٢) .
 (مسألة ٢١) : لو تزوج أمة بين شريكين باذنها ثم اشترى حصة أحدهما أو بعضها أو بعضها من حصة كل منهما بطل نكاحه ، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٣) .

للرجل . وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الوليد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخذعه (١٥) . وخبر رفاعة بن موسى قال : « سألت أبا عبد الله (ع) . . الى أن قال : وسألته عن البرصاء . قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في امرأة زوجها ولها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها ، وأن المهر على الذي زوجها ، وأنه صار عليه المهر ، لأنه دلسها . ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها (٢٥) . وربما يستفاد أيضا من غيرها . لكنه قاصر عن إفادة العموم ، وإنما يدل عليها في موارد خاصة . والعمدة ما ذكرنا . والأول يدل على الرجوع بقيمة الولد بالخصوص .

- (١) كما مال إليه في الجواهر ، لما ذكر من القاعدة .
 (٢) كما عن الحلبي في السرائر ، مدعياً نفي الخلاف في ذلك وأن الاجماع منعقد عليه . وهو مقتضى قاعدة الغرور المتقدمة .
 (٣) على المشهور ، بل لإجماعاً إذا لم يرض الشريك الآخر . لعدم التبعض في أسباب النكاح ابتداء واستدامة ، كما يقتضيه ظاهر قوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (٣٥) ، وموثق سماعة : « سألته

(١٥) الوسائل باب ٧ من أبواب العيوب والتدليس حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث : ٢ .

(٣٥) المعارج : ٣٠ .

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها (١) . وهل يجوز له وطؤها إذا حلها للشريك ؟ قولان ، أقواهما : نعم ، للنص (٢)

عن رجلين بينهما أمة فزوجها من رجل ، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين . فقال (ع) : حرمت عليه باشرائه إياها . وذلك أن بيعها طلاقها . إلا أن يشتربها من جميعهم « (١٥) » وعن النهاية : جواز الوطء إذا رضي الشريك بالعقد ، وتبعه عليه القاضي . ودليله غير ظاهر في قبيل ما عرفت . ولذا قال في الشرائع : « ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح . وقيل : يجوز له وطؤها بذلك . وهو ضعيف » .

(١) لما ذكر ، فإن قوله (ع) : « وذلك أن بيعها طلاقها » بمنزلة

العام الشامل للمقام :

(٢) وهو صحيح محمد بن قيس المروي في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن جارية بين رجلين دبرها جميعاً ، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه . قال (ع) : هو له حلال . وأبها مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مديراً . قلت : أرأيت إن أراد الباقي منها أن يمسخها ، أله ذلك ؟ قال (ع) : لا ، إلا أن يثبت عتقها ، ويتزوجها برضا منها متى ما أراد . قلت له : أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتها ، والنصف الآخر للباقي منها ؟ قال (ع) : بلى . قلت : فإن هي جعلت مولاه في حل من فرجها وأحلت له ذلك . قال (ع) : لا يجوز له ذلك . قلت : لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال (ع) : إن الحرة لا تهب فرجها ، ولا تعيره ، ولا تحلله . ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم ، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي

وكذا لا يجوز وطء من بعضه حر إذا اشترى نصيب للرقية لا بالعقد ، ولا بالتحليل منها . نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع بها (١) في الزمان للذي لها ، عملاً بالنص للصحيح ،

تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر (١٥) . ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن فضال (٢٥) ، والصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) (٣٥) . وما قواه المصنف حكى عن ابن إدريس وجماعة ، منهم الشهيد في اللمعة . وفي الشرائع : « ولو حللها ، قيل : تحل : وهو مروى : وقيل : لا ، لأن سبب الاستباحة لا يتبعض » . ويشكل ما ذكره أخيراً بأن التحليل نوع من الملك ، كما عرفت ، فلا تبعض ، كما أشار إليه في كشف اللثام بعد أن قوى الجواز : مع أنه لا مجال لرد النص والأخذ بالقواعد العامة لو تمت . فاذاً الجواز متعين : ومن الغريب نسبة الضعف الى الرواية في المسالك وغيرها ، مع أنها مروية في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) بطريق صحيح (٤٥) ، وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه (ع) بطريق صحيح أيضاً (٥٥) ، ورويت في التهذيب في أوائل كتاب النكاح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) بطريق فيه علي بن فضال (٦٥) ، فيكون من الموثق .

(١) كما عن الشيخ ، وجماعة . وفي الشرائع : « قيل : يجوز أن

(١٥) الكافي الجزء : ٥ صفحة : ٤٨٢ . التهذيب الجزء : ٧ صفحة : ٢٤٥ ، الوسائل باب :

٤١ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ وملحقه الاول .

(٢٥) الوسائل باب : ٤١ من ابواب نكاح العبيد والاماء الملحق الثاني لحديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤١ من ابواب نكاح العبيد والاماء الملحق الثالث لحديث : ١ .

(٤٥) الكافي الجزء : ٥ صفحة : ٤٨٢ ، التهذيب الجزء : ٨ صفحة : ٢٠٢ الطبعة الحديثة .

(٥٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة : ٢٩٠ الطبعة الحديثة .

(٦٥) التهذيب الجزء : ٧ صفحة : ٢٤٥ الطبعة الحديثة .

وإن كان الاحوط خلافه .

فصل في الطوارئ

وهي للعتق ، وللبيع ، وللطلاق . أما للعتق : فإذا أعتقت الأمة المزوجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد (١)

يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها . وهو مروى . وفيه تردد ، لما ذكرنا من العلة . ويشكل بأن النص الصحيح المعول عليه عند الشيخ واتباعه لا مجال لرده بالعلة المذكورة ، وإن عول عليها المشهور ، كما قيل . كما لا مجال لما في المسالك من أن منافع البضع لا تدخل في المهابة وإلا لحل المتعة بغيره في أيامها ، وهو باطل إنفاقاً . لا مكان منع الملازمة بين الحكيم ، وجواز التفكيك بين الفرضين ، كما ذكر في الجواهر .

فصل في الطوارئ

(١) بلا خلاف ، ولا إشكال . بل في الرياض : وإذا كانت تحت عبد إجماعاً من المسلمين ، كما حكاه جماعة . ويشهد به النصوص المستفيضة ، كصحح الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة . قال (ع) : أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها ، وإن شاءت نزلت نفسها منه . قال : وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة ، فاشترتها عائشة فأعتقتها ، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله . . . » (١٠) ، وموثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) :

(١٠) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والامه حديث : ٢ .

بل مطلقاً وإن كانت تحت حر على الأقوى (١) . وللظاهر عدم

« أنه كان لبريرة زوج عبد فلما اعتقت قال لها رسول الله (ص) اختاري ، (١٠) ، وصحيح محمد بن مسلم : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق . فقال (ع) : تتخير ، فإن شاءت أقامت على زوجها ، وإن شاءت فارقت » (٢٥) . ونحوها غيرها .

(١) على المشهور ، ومنهم الشيخ في النهاية ، والمحقق في المختصر النافع : لجملة من النصوص ، منها خبر محمد بن آدم عن الرضا (ع) : « وإذا اعتقت الأمة ولها زوج خبرت إن كانت تحت عبد أو حر » (٣٥) . ونحوه خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله (ع) (٤٥) ، وإطلاق خبر الكناني : « أيما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت فارقت » (٥٥) . وخصوص مرسل عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم اعتقت قبل أن يطلقها . قال (ع) : هي أملك ببضعها » (٦٥) . وعن الشيخ في المبسوط والخلاف : نفي الخيار . وفي الشرائع : أنه أشبه . وعن شرح النافع : أنه متعين . لضعف النصوص المذكورة سنداً ، فلا تصلح لاثبات حكم مخالف للأصل . ويشكل بأن ضعف النصوص مجبور بعمل المشهور بها واعتمادهم عليها . ولا سيما بملاحظة قول النبي (ص) لبريرة : « ملكت

(١٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٨ .

(٦٥) الوسائل باب : ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١١ .

للفرق بين للنكاح للدائم والمنقطع (١) . نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها ، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الاقوى (٢) نعم إذا أعتق للبعض الآخر أيضاً - ولو بعد مدة - كان لها الخيار (٣) .

(مسألة ١) : إذا كان عتقها بعد للدخول ثبت تمام المهر . وهل هو لمولها أو لها ؟ تابع للجعل في للعقد (٤) ،

بضعك فاختارى ، (١٠) فانه بمنزلة التعليل الشامل لغير مورده . لكن لم أعر على ذلك في رواياتنا .

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى . وقد يحتمل عدم الخيار في المنقطع ، لأنه كالأجارة لا تنفسخ بالعتق . ولكنه كما ترى .

(٢) كما نص على ذلك في القواعد وغيرها . ويقتضيه الاصل وقصور

النصوص والفتوى عن شمول الفرض ، كما ذكر ذلك في كشف اللثام وغيره . ويظهر من عبارة المصنف أنه محل خلاف . لكن نسبة الخلاف في كشف اللثام الى بعض الشافعية يدل على الاتفاق عليه عندنا ، كما هو ظاهر الجواهر أيضا .

(٣) كما يستفاد من قوله (ع) : « هي أملك ببضعها » ، وإن كان مقتضى الجمود عليها الاقتصار على صورة عتق الكل . لكن منصرفها صيرورتها بتامها حرة ، ولو بالتدرج .

(٤) قد تقدم في المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الأمة المزوجة لمولها ، ودعوى الاتفاق عليه من جماعة . فلا وجه ظاهر لهذا التردد في المقام ، والتفصيل . ولذا قال في الجواهر : « وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته

(١٥) لم نشر عليه في كتب الحديث ، نعم ورد ما يدل عليه في نصوص كثيرة . راجع الوسائل باب : ٥٢ من ابواب نكاح العيب والاماء ، ومستدرک الوسائل باب : ٣٦ من ابواب نكاح العيب [١٤٢٢] والمرط باب : ١٠ من كتاب الطلاق .

فان جعل لها فلها وإلا فله . ولمولاها في للصورة الأولى تملكه كما في سائر الموارد ، إذ له تملك مال مملوكه (١) بناء على للقول بالملكية . لكن هذا إذا كان قبل انعقادها (٢) . وأما بعد انعقادها فليس له ذلك (٣) . وإن كان قبل للدخول (٤) ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه ، أو عدم سقوطه أصلاً ، وجوه ، أقواها : الأخير (٥) ، ، وإن كان مقتضى للفسخ

بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول . إلا أن يقال : إن ما سبق يختص بصورة ما إذا أطلق المهر ، والمقام يختص بما إذا عين للمولى ، أو لها ، أو أطلق : لكن ذلك لا يناسب عبارة المتن .

(١) لأنه تحت سلطانه مطلقاً .

(٢) يعني : التملك .

(٣) لخروجه عن سلطانه بحرية مالكة ، الموجبة لسلطنته عليه :

(٤) يعني : العتق والفسخ أيضا .

(٥) قال في المسالك : « إن كان (يعني : الخيار) قبله سقط المهر

إذ الفسخ جاء من قبلها » . ونحوه في كشف اللثام . وفي الجواهر : « إذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه ، لكون الفسخ منها قبل الدخول ، ولأنه كتلف المبيع قبل قبضه ، ولكون النكاح كالمعاوضة المبنية على التسلم بالتسليم . لكن قد يناقش بثبوت المهر بالعقد . وكون الفسخ من قبلها على تقدير اقتضائه سقوط المهر إنما يؤثر لو كان المهر لها لا إذا كان لغيرها . والقياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا . وبناء هذه المعاوضة على احتمال جريان أمثال هذه العوارض

الأول ، وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ ، لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة . وللقياس على للطلاق في ثبوت للنصف لا وجه له .

(مسألة ٢) : إذا كان للعتق قبل للدخول والفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها . وإن جعل للمولى ، أو أطلق ، ففي كونه لها أوله قولان ، أقواهما : للثاني ، لأنسه

فيها . وما ذكره من المناقشة متين ، إلا ما ذكره من ثبوت المهر بالعقد فانه لا يقتضي بقاء المهر ، لكون المفروض انفساخ العقد باختيار الفراق ، وبعد انفساخه لا يبقى لمضمونه أثر ، فضلاً عن الشرط المذكور فيه . نعم احتمال المصنف (ره) أن اختيار الفراق في المقام ليس من باب الفسخ ، بل من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة . ولم يتضح الفرق بين الفسخ والبطلان فيما نحن فيه ، لأنه إذا بطل النكاح فقد بطل المهر ، لأنه شرط فيه ، وبالجمل : بقاء المهر مع الفسخ - الذي ذكره في الجواهر - أو مع البطلان - الذي ذكر في المتن - غير ظاهر . نعم يمكن دعوى منع حصول الفسخ والبطلان باختيار الفراق ، واحتمال أن يكون نظير الطلاق . غاية الامر أن إيقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج وإيقاع هذا الفراق من الزوجة . ولا يأتي قوله (ع) في الصحيح الأول : « وإن شئت نزعنا أنفسنا منه » ، وقوله (ع) في الصحيح الأخير : « وإن شئت فارقت » (١٥) أن يكون من قبيل الفراق المحعول ضد الزوجية ، لا نقض الزوجية المحعولة : وحينئذ يكون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف (ره) : وحمل الفراق في المقام على الطلاق في تنصيف المهر ، لا وجه له . فالعمل بالأصل متعين .

ثابت بالعقد (١) وإن كان يستقر بالدخول ، والمفروض أنها كانت أمة حين للعقد (٢) .

(مسألة ٣) : لو كان نكاحها بالتفويض ، فإن كان بتفويض المهر (٣) فالظاهر ان حاله حال ما إذا عين في للعقد (٤) وإن كان بتفويض للبضع (٥) ، فإن كان الانعتاق بعد للدخول وبعد التعيين ، فحاله حال ما إذا عين حين للعقد (٦) . وإن كان قبل للدخول ، فالظاهر أن المهر لها (٧) ، لانه يثبت

(١) على الأصح ، كما في المسالك ، والتحقيق ، كما في الجواهر ، ونحوهما ما في غيرهما : لوضوح أنه مذكور في العقد ، فاذا صح ثبت : وقيل : يثبت بالدخول ، ولذا يتنصف بالطلاق قبل الدخول . وفيه : أنه حكم على خلاف القاعدة قام عليه الدليل . على أن ثبوت النصف حينئذ يدل على عدم استقلال الدخول في ذلك :

(٢) فيكون مهرها لمولاه . وإذا قلنا بأن المهر يثبت بالدخول لا بالعقد اتجه حينئذ ثبوت المهر لها ، لأن الدخول كان في حال الحرية : (٣) بأن يذكر المهر في العقد ويفوض تعيينه الى أحد الزوجين بعينه ، أو ولو مطلقاً لا بعينه ، أو ولو اليها معاً ، أو ولو الى أجنبي ، على خلاف في ذلك .

(٤) كما في كشف اللثام والجواهر . لأن المهر حينئذ يكون بالعقد ، فتجري فيه أحكام الصور الثلاث للمهر المعين في العقد .

(٥) بأن لا يذكر المهر في العقد أصلاً ، لا إجمالاً ، ولا تفصيلاً .

(٦) لان التعيين اللاحق كالتعيين في العقد نافذ . وإن كان العتق بعد

الدخول بلا تعيين تعيين مهر المثل . ويكون للسيد في الفرضين .

(٧) يعني : إذا دخل بها قبل اختيار الفراق . أما اذا اختارت الفراق

حينئذ بالدخول ، والمفروض حريتها حينه .

(مسألة ٤) : إذا كان للعتق في العدة للرجعية فالظاهر أن الخيار باق (١) ، فإن اختارت للفسخ لم يبق للزوج للرجوع حينئذ ، وإن اختارت للبقاء بقي له حق للرجوع . ثم إذا اختارت للفسخ لا تتعدد للعدة ، بل يكفيها عدة واحدة (٢) ولكن عليها تتميمها عدة الحرة (٣) . وإن كانت للعدة بائنة فلا خيار لها على الاقوى (٤) .

قبل الدخول فلا مهر لها ، ولا للسيد ، لعدم المقتضي له ، لا عقد ، ولا دخول ، إلا إذا قلنا بأن صداق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها ، وإنما الفرض كاشف عن قدر الواجب ، فهو للسيد ، كما ذكر في القواعد وكشف اللثام والجواهر .

(١) لأنها بحكم الزوجة . ولضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر ، كما في كشف اللثام وغيره .

(٢) نص على ذلك كله في القواعد وغيرها . ويقتضيه إطلاق الأدلة . ولا مجال للرجوع الى أصله عدم التداخل ، لأنها خلاف المرتكزات العرفية في المقام .

(٣) لصيرورتها حرة . لكن الاكتفاء بذلك يقتضي إلغاء سببية الفسخ للعدة ، وهو أمر زائد على التداخل ، ووجهه غير ظاهر ، لأنه إلغاء لسببية الفسخ من غير وجه ، والارتكاز إنما يساعد على التداخل ، لا على إلغاء السببية بالمرة . نعم ما في المتن المذكور في القواعد وغيرها ، ويظهر منهم المفروغية عنه ، فإن كان إجماعاً فهو ، وإلا فالمتعين استئناف عدة الحرة للفسخ .

(٤) كما في الجواهر . لأنها حينئذ ليست زوجة ، ونصوص الخيار

(مسألة ٥) : لا يحتاج فسخها الى إذن الحاكم (١) .
 (مسألة ٦) : الخيار على للفور (٢) على الأجوط ،
 فوراً عرفياً . نعم لو كانت جاهلة بالعتق ، أو بالخيار ، أو

مختصة بالزوجة (١٥) . وكذا لو اعتقت في أثناء العدة الرجعية فلم تفسخ لعدم علمها الى أن خرجت عن العدة ، فانها لا خيار لها حينئذ لخروجها عن الزوجية حقيقة وحكماً . والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه ، وإن كان قول المصنف (ره) : « على الأقوى » يشعر بوجود الخلاف ، لكني لم أعر عليه ، ولا على إشكال فيه .

(١) كما نص على ذلك في القواعد . وفي كشف اللثام : « للشافعية وجه بالافتقار » . وظاهره أنه لا خلاف فيه بيننا .

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع والقواعد . وفي المسالك : « يظهر من الجماعة الاتفاق عليه » . وفي كشف اللثام : « اتفاقاً كما هو الظاهر » . وفي الحدائق : « ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه » . وفي الرياض : أنه متفق عليه عند الجماعة ، كما حكاه طائفة .

واستدل له بلزوم الاقتصار على المتيقن في فسخ العقد اللازم . ومرجعه الى التمسك بعمومات اللزوم عند الشك فيه ، فان عمومات اللزوم كما لها عموم أفرادى لها عموم أزمانى ، فاذا دل الدليل على عدم اللزوم في زمان وشك فيما بعده من الأزمنة في اللزوم وعدمه تعين الرجوع الى عموم اللزوم الازمانى في الزمان المشكوك . ويشكل بأن ذلك وإن سلم ، فانما يصح إذا لم يكن للدليل الخيار إطلاق ، وإلا كان لإطلاقه مقدماً على العموم الازمانى ، ففي الزمان المشكوك يرجع الى إطلاق الخيار ، لا الى إطلاق اللزوم الازمانى . فلاحظ ، فاذا العمدة هو الاتفاق المدعى في المقام على الفورية .

بالفورية جاز لها للفسخ بعد للعلم (١) ، ولا يضره للتأخير حينئذ .
(مسألة ٧) : إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن
وليها يتولى خيارها (٢) .

(١) أما في الأول : فمقطوع به ، كما في كشف اللثام : وأما في
الأخيرين : فاحتمل في القواعد السقوط ، وعدمه ، والفرق بينهما : وعلل
الأول في كشف اللثام : بأن الثبوت خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن ،
ولأن الرضا بعد العلم بملكها بضعها بمنزلة العقد بعده ، ولأن الجهل لو
كان عذراً لكان النسيان كذلك . وفي الجميع منع ظاهر ، إذ دليل الخيار
يقتضي الثبوت في غير مورد الإجماع على السقوط . والمشابهة في الثاني ممنوعة :
والملازمة في الثالث كذلك . مع أنه لا دليل على بطلان اللازم ، بل في
المسالك : إلحاق النسيان بالجهل . والعمدة في الحكم في الجميع عدم تمامية
الإجماع على السقوط ، ومقتضى اطلاق الدليل ثبوته . ومنه يظهر الاشكال
في احتمال الفرق بينهما . وتوجيهه بأنه مع العلم بالخيار إذا أخرت الفسخ
فقد رضيت بالاجازة ، ولاندفاع الضرر باثبات الخيار لها مع العلم وإن لم
تعلم الفورية . كما ترى ، إذ الأول ممنوع : والثاني مبني على ثبوت الخيار
بالضرر ، وهو ممنوع ، لقيام الدليل عليه ، فيؤخذ باطلاقه ما لم يقم لإجماع
على خلافه ، كما عرفت .

(٢) يظهر من الجواهر احتمالاً إن لم يكن لإجماع على خلافه . وفي
القواعد : « لو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ ، والمجنونة عند الرشد .
وليس للولي الاختيار هنا ، لأنه على طريقة الشهوة » . وظاهر كشف
اللثام : المفروغية عنه . وفي الحدائق : « قالوا ليس للولي هنا : . . » .
وظاهره النسبة الى الأصحاب . لكن التعليل المذكور في القواعد كما ترى ،
إذ الشهوة لا تزاحم المصلحة ، ولذا يصح تصرف الولي لو زوجها بمن

(مسألة ٨) : لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم ، بل يجوز له إخفاء الامر عليها (١) .
(مسألة ٩) : ظاهر المشهور عدم للفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها (٢) . ولكن يمكن دعوى انصراف الاخبار الى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها (٣) .
(مسألة ١٠) : لو شرط مولاهما في للعتق عدم فسخها فالظاهر صحته (٤) .

شأنه إذا كان مصلحة لها ، كما لا يخفى . فالعمدة في الاشكال في ذلك عدم ثبوت العموم الدال على ولاية الولي بحيث يشمل المقام . ولأجل ذلك كان الاشكال في صحة هبة المدة من الولي في النكاح المنقطع ، إذ لا عموم في دليل الولاية يقتضي ذلك . فلاحظ .
(١) للأصل بعد عدم الدليل على الوجوب . وكذا لا يجب على المالك إعلامها بذلك ، لما ذكر .

(٢) كما يقتضيه إطلاق كلامهم .

(٣) لكن الدعوى المذكورة ضعيفة ، والانصراف بدوي لا يعتد به في رفع اليد عن اطلاق النصوص .

(٤) قال في الشرائع في كتاب العتق : « لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزم الوفاء به » . ونحوه في القواعد وغيرها . والظاهر أنه لا اشكال فيه ، ولا خلاف . ويقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة ، أو شرط المال ، أو غير ذلك . مضافاً الى احتمال عموم الساطنة ، وأن العبد تحت ساطن المولى حتى بالاضافة الى ذمته ،

(مسألة ١١) : لو اعتق للعبد لا خيار له (١) ، ولا

لزوجه (٢) .

فله إشغالها بما شاء . ولأجل ذلك يظهر أنه لا حاجة الى قبول العبد ، كما هو مذهب جماعة ، منهم المحقق في ظاهر كلامه . خلافاً لآخرين ، للشك في صدق الشرط بدون الرضا ، فلم يثبت عموم : « المؤمنون عند شروطهم » (١٠) له . وفيه : ما لا يخفى . وفي القواعد : استترب العدم في شرط الخدمة ، دون المال ، لأن الخدمة من المنافع المملوكة للمولى ، دون المال . وفيه : أنه لو قيل بعدم ملك المال فهو أيضاً تحت سلطان المولى إن كان موجوداً . نعم إذا لم يكن موجوداً فلا سلطنة للمولى عليه . لكن سلطنة المولى على الذمة تقتضي قدرته على اشغالها بما يشاء من المال . ومن ذلك يظهر أن صحة اشتراط الخدمة ليس من قبيل استثناء المنافع ، بل هو من قبيل إشغال ذمة العبد بها ، لأنها تحت سلطانه . فلاحظ :

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا عن ابن الجنيد ، فثبت له الخيار ، قياساً على الأمة ، وعن ابن حمزة ، فثبت له الخيار إذا كان قد أكرهه على النكاح . وعن المختلف : موافقته في ذلك ، لأنه كالحر المكره . والاشكال عليها ظاهر ، إذ القياس ليس بحجة : والحل المكره مسلط على نفسه ، فيمكن أن يكون الاكراه له مانعاً من نفوذ سلطانه على نفسه ، بخلاف العبد ، لأنه تحت سلطان المولى ، ولا سلطان له على نفسه . هذا وفي الرياض موافقتها في ذلك بشرط استمرار الكراهة الى حال الاختيار . وكأنه لأن الكراهة في حال الحرية من قبيل الاكراه للحر . وفيه : أن الاكراه للحر مانع من الصحة ، ولا مجال لذلك هنا ، كما عرفت ، لا أنه يثبت الاختيار ، كي يلحق به المقام .

(٢) بلا خلاف ، لأنها رضيت به عبداً فأولى أن ترضى به حراً ،

(مسألة ١٢) : لو كان عند للعبد حرة وامتان فأعتقت
إحدى الأمتين فهل لها الخيار أولاً ؟ وجهان (١) . وعلى

كما ذكر في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج
أم ولد له من عبد ، فأعتق العبد بعد ما دخل بها . هل يكون لها الخيار ؟
قال (ع) : قد تزوجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حراً أحق أن
ترضى به » (١٥) ، ونحوه خبر أبي بصير (٢٥) .

(١) قد تقدم أنه لا يجوز للعبد أن يتزوج حرتين وأمة ، وله أن
يتزوج أمتين وحرة . وفي المقام بعد عتق إحدى الأمتين يكون العبد قد
جمع بين حرتين وأمة ، ولما لم يجز ذلك كان اللازم بطلان زوجية الجميع ،
لعدم المرجح . لكن الظاهر إلحاق المقام بما إذا أسلم الزوج عن أكثر من
أربع ، حيث ذكروا أنه يختار أربعاً ويترك الباقي . فإذا كان حكم الزوج
الاختيار أشكل البناء على ثبوت الخيار للزوجة ، وإن كان مقتضى إطلاق
الدليل ذلك ، لكن تمكن دعوى انصرافه عن صورة تنزل حال المرأة من
جهة أن للزوج اختيار غيرها ، فيبطل نكاحها . وفيه : أن هذا المقدار
من التنزل لا يستوجب الانصراف المعتمد به ، لا يمكن أن يكون الخيار
لكل من الزوج والزوجة ، فثبوت الخيار للزوج لا يوجب قصور دليل
الخيار للزوجة عن شمول الفرض ، نظير ما لو كان العتق في أثناء العدة الرجعية .
مضافاً إلى أن ذلك لو تم فأنما يقتضي نفي خيارها قبل اختيار الزوج ، لا
مطلقاً ، فلو اختارها الزوج كان لها الخيار ، لانتفاء المانع المذكور .

ويحتمل بعيداً أن يكون تردد المصنف (ره) من جهة احتمال بطلان
نكاحها بمجرد العتق ، وعدم الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر

(١٥) الوسائل باب : ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

الأول : إن اختارت البقاء ، فهل يثبت للزوج للتخيير أو يبطل نكاحها ؟ وجهان (١) . وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء (٢) فاعتقت إحداها . ولو اعتق في هذا للفرض جميعهن

من أربع . إذ لا دليل على هذا اللاحق بعد كون الحكم هناك خلاف مقتضى القاعدة ، لأن عقده عليهن إن كان في زمان واحد تعين بطلان الجميع ، لعدم المرجح ، وإن كان في زمانين تعين البناء على بطلان اللاحق وصحة السابق . فالبناء على اختيار الزوج مستند إما الى الاجماع . أو الى النص الوارد : في المحوسي إذا أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه ، كيف يصنع ؟ قال (ع) : يمسك أربعاً ، ويطلق ثلاثاً (١٥) . والظاهر أنه ليس في روايات أصحابنا سواه . والاجماع والنص لا يشملان المقام . فيتعين البناء على بطلان الجميع في المقام ، لعدم المرجح . وحينئذ لا مجال لخيار الزوجة ، لانتهاء موضوعه .

(١) لم يتضح وجه البطلان مع اختيارها للبقاء . نعم إذا قلنا بأن الممتنع أن يجمع العبد بين حرتين وأمة مع استقرار النكاح فما دامت الأمة المعتقد لها الخيار لا مانع من الجمع ، فاذا استقر نكاحها باختيارها للبقاء امتنع الجمع ، فبطل نكاحها . لكن لو تم اقتضى بطلان نكاح الجميع . فاذا التحققت - بعد البناء على الحاق المقام بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع - هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجة والزوج في الفرض ، ولا يبطل نكاحها الا إذا اختار الزوج غيرها .

(٢) إذا كان عند العبد ثلاث إماء فاعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها ، لأنه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة وأمتين . وحينئذ فلا إشكال في ثبوت الخيار للمعتقة ، وليس هو مما نحن فيه . نعم إذا أعتق

دفعه ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره يكون للتمخير للباقيات ، أو للتمخير من الأول للزوجات ، فان اخترن للبقاء فله للتمخير ، أو يبطل نكاح الجميع (١) ، وجوه .

فصل في المقدم وأحكام

(مسألة ١) : يشترط في النكاح الصيغة ، بمعنى : الإيجاب والقبول اللفظيين (٢) . فلا يكفي للتراضي اللبائي ، ولا الإيجاب والقبول للفعليين . وأن يكون الإيجاب بلفظ للنكاح أو للتزويج على الاحوط . فلا يكفي بلفظ المتعة في

اثنان منها كان قد جمع بين حرتين وأمة . ولا يجوز للعبد ذلك ، فحينئذ يجيء الاشكال السابق . وكذا لو كانت أربع إماء فاعتقت واحدة ، فانه لا يجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء وحره ، فيجري فيه ما سبق .
(١) قد عرفت أنه مقتضى القاعدة ، وأن اللاحق بصورة ما إذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر . ولو بني عليه لم يكن وجه لتقديم اختيار الزوج على اختيار الأمة ، أو تقديم اختيارها على اختياره ، فان كون اختياره موضوعاً لاختيارها وكذا العكس مما لم يشهد به شاهد : والمتعين أن يكون لكل منهما الاختيار ، كما لو اعتقت في أثناء العدة الرجعية .

فصل في المقدم وأحكام

(٢) قال في الحدائق : وأجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين ، . وفي كلام شيخنا الاعظم (ره) :

للنكاح للدائم (١) ، وإن كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على إرادة للدوام . ويشترط للعربية مع للتمكن منها (٢) ،

« أجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح ، لا بإباحة بالاباحة ، ولا بالمعاطاة . ونحوهما كلام غيرهما . ولأجل هذا الاجماع افرق النكاح عن غيره من مضامين العقود ، فانها يجوز انشاؤها بالفعل ، بخلافه . وأما الفارق بينه وبين السفاح فلا يرتبط بذلك ، إذ السفاح الوطاء لا بعنوان الزوجية ، وفي النكاح الوطاء بعنوان الزوجية ، وإن لم يكن لإنشاؤها باللفظ ، كما في نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة ، فانه نكاح وليس بسفاح ، وإن كان بغير لفظ . فلاحظ .

(١) كما عن التذكرة والمختلف . وفي كشف اللثام : نسبه الى الأكثر وعن ظاهر السيد في الطبريات : الاجماع عليه . وفي المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الأثر عليه ، للشك في جوازه ، لأنه حقيقة في المنقطع ، مجاز في الدائم ، والعقود اللازمة لا تقع بالمجاز . وفي كلتا المقدمتين منع . وأصالة عدم ترتب الأثر لا مجال لها في قبالة عمومات النفوذ والصحة . ولذا اختار في الشرائع ، والمختصر النافع ، والقواعد ، والارشاد : الجواز . ويشهد له ما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً (١٥) .

(٢) قال في التذكرة : « فلو تلفظ بأحد اللفظين بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكنه ومعرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا . وهو قول الشافعي وأحمد . ونحوه عن المبسوط . وعلل في التذكرة : بأن غير العربي بالنسبة اليه كالكناية ، فلا يعتبر به . وفي الجواهر : بأنه مقتضى الأصل ، الذي لا يعارضه الاطلاق : لانصرافه الى المتعارف ، وفي كشف اللثام : بأنه مقتضى الأصل ، والاحتياط في الفروج . والمناقشة في ذلك كاه

ولو بالتوكيل على الأحوط (١) . نعم مع عدم للتمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفي غيرها من الالسنه إذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج . والأحوط اعتبار الماضوية (٢)

ظاهرة ، إذ كونه كالكتابة ممنوع ، كعدم الصحة في الكتابة إذا كانت الدلالة ظاهرة . والأصل والاحتياط لا مجال لهما مع الإطلاق . والانصراف إلى العربية - لأنه المتعارف - بدوي ، لا يعول عليه في رفع اليد عن الإطلاق . مع أن كون المتعارف مطلقاً العربية ممنوع ، بل المتعارف عند أهل كل لغة ما هو بلغتهم ، فلو بني على تقييد المطلق بالمتعارف كان اللازم اعتبار كل لغة عند أهلها ، فلا يصح بالعربية لغير العربي - فالبناء على جواز غير العربي - كما عن ابن حمزة - غير بعيد ، بل هو المتعين .

(١) يظهر من التذكرة الاتفاق منا على الجواز مع عدم القدرة على العربية ، وعدم إمكان التعلم ، وإن تمكن من التوكيل . وكأنهم استفادوا ذلك مما ورد في طلاق الأخرس من الاجتزاء فيه بالفعل الدال على إنشاء الفراق (١٥) . لكن استفادة حكم المقام من ذلك المقام غير ظاهرة . فلو بني على لزوم الاحتياط في الباب كان اللازم عدم الاكتفاء بالترجمة حتى مع عدم إمكان التوكيل . اللهم إلا أن يكون الإجماع هو المستند .

(٢) كما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم . كذا في المسالك . واستدل له بأن الماضي دال على صريح الانشاء المطلوب في العقود ، بخلاف صيغة المضارع والأمر ، فإنها ليسا موضوعين للانشاء . ولاحتمال الأول الوعد . وللزوم الاقتصار على المتيقن ، وغير الماضي مشكوك . ولأن تجويز غيره يؤدي إلى انتشار الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة . والجميع كما ترى . فإن الأول ممنوع . والماضي يكون خبراً تارة ، وإنشاء أخرى ،

وإن كان الأقوى عدمه (١) ، فيكفي المستقبل ، والجملة الخبرية (٢) ، كأن يقول : « أزوجك » أو « أنا مزوجك فلانة » . كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول (٣) ،

كالمضارع ، بل لا فرق بين الفعلين إلا في الحكاية عن زمان التلبس . واحتمال الوعد لا أثر له مع القرينة على إرادة الانشاء . والاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل في المشكوك ، وكفى بالاطلاق دليلاً . مضافاً الى النصوص الواردة في بيان عقد الانقطاع (١٥) ، المتضمنة جواز إنشائه بمثل : « أزوجك متعة على كتاب الله تعالى » ، ولا فرق بين الانقطاع والدوام .

(١) كما نسب الى ابن أبي عقيل ، والمحقق ، وجماعة .

(٢) فإنها كالجملة الفعلية سالحة للخبر والانشاء ، وقد أجمع على

جواز العتق بمثل : « أنت حر » ، وفي « أعتقتك » إشكال كما أجمعوا على

صحة الطلاق بمثل : « أنت طالق » . فما الذي دعى الى الاشكال فيها هنا ؟

(٣) كما نسب الى الأكثر ، والأشهر في مطلق العقود . ويقتضيه

مفهوم القبول العقدي ، فان مفهوم القبول في نفسه وإن كان يتعلق بالأمر

الاستقبالي كما يتعلق بالأمر الماضي ، نظير الرضا والحب والبغض ونحوها ،

بل لا يعتبر فيه وقوع الإيجاب لا في الماضي ولا في المستقبل ، لتعلقه

بالوجود المحاطي ، إلا أن القبول العقدي - أعني : ما يقابل الإيجاب -

مختص بما يتعلق بالإيجاب الماضي ، فيكون معنى القبول المقابل للإيجاب

هو الرضا بما جعل وأنشئ . أما الرضا بما يجعل وينشأ فلا يكون قبولاً

بالمعنى المقابل للإيجاب ، فلو تقدم القبول لم يكن قبولاً بذلك المعنى .

وأما ما ورد في الروايات الواردة في بيان كيفية المتعة المتضمنة : أنه

يقول لها : « أزوجك متعة على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (ص) » ، فإذا

وإن كان الأقوى جواز للعكس أيضاً. وكذا الأحوط أن يكون
الايجاب من جانب للزوجة وللقبول من جانب للزوج (١) ،

قالت : نعم فقد رضيت وهي امرأتك ، (١٥) ، فليس من باب تقديم القبول ، بل من باب الايجاب ممن وظيفته القبول ، كما يشير اليه في المتن ، فلا مجال للاستدلال به على ما نحن فيه . ومثله الايجاب في البيع من المشتري بأن يقول : « اشتريت فرسك بدينار » مثلاً ، فيقول البائع : « بعت » أو « قبلت » ، فانه ليس من تقديم القبول على الايجاب . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الشرائع بقوله : « ولا يشترط تقديم الايجاب » ، بل لو قال : « تزوجت » فقال الولي : « زوجتك » صح . لكن في المسالك : « وربما قيل بعدم صحته قدماً ، لأن حقيقة القبول الرضا بالايجاب ، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً ، لعدم معناه . وفيه منع كون المراد من القبول قبول الايجاب . بل قبول النكاح ، وهو متحقق على التقديرين . ولأننا نقول بموجبه ، فان القبول حقيقة ما وقع بلفظ : « قبلت » ، ولا إشكال في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ ، وإنما الكلام فيما وقع بلفظ : « تزوجت » أو « نكحت » فهو في معنى الايجاب ، وتسميته قبولاً مجرد اصطلاح . وعلى هذا يكون النزاع لفظياً ، ويكون مرجع القول بالجواز الى القول بجواز الايجاب ممن وظيفته القبول ، لا جواز تقديم القبول على الايجاب . وهو كما ترى لا يلتزم مع ما في المتن ، فان جواز الايجاب من الزوج سينتعرض له بعدم ذلك ، بل ولا يلتزم مع كلمات جماعة ممن قال بجواز تقديم القبول وأدلتهم عليه . فلاحظ .

(١) لا يخفى أن الزوجية المحمولة في عقد النكاح مقابل الفردية ، فكان

كل واحد من الرجل والمرأة فرد ، فاذا تزوج أحدهما بالآخر صار زوجاً

وان كان الأقوى جواز للعكس . وأن يكون للقبول بلفظ : « قبلت » (١) . ولا يبعد كفاية « رضيت » . ولا يشترط ذكر المتعلقات ، فيجوز الاقتصار على لفظ : « قبلت » من

بضم الآخر اليه . وهذا الضم كما يمكن لحاظه في الزوجة بأن تنضم الى الرجل ، يمكن لحاظه في الرجل بأن يضم الى الزوجة . لكن شرافة الذكر تقتضي الأول ، لأن الضم فيه تابعة ومتبوعة ، والرجل أولى بالمتبوعة ، كما أن الأنثى أولى بالتابعة ، فلذلك تعارف لإيجاب المرأة بقولها للرجل : « زوجتك نفسي » ، ولم يتعارف لإيجاب الرجل بقوله للمرأة : « زوجتك نفسي » . فاذا وقع الإيجاب من الرجل ، فتارة : يكون المعنى الذي يوجبه أن تنضم اليه المرأة ، فيقول : « تزوجتك » ، فتقول هي : « قبلت » ونحوه . وأخرى : يكون المعنى الذي يوجبه معنى آخر غيره ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : « زوجتك نفسي » . أما الأول : فلا ينبغي الإشكال في صحته ، كما يقتضيه إطلاق الأدلة ، وما ورد في بيان كيفية المتعة . والاقتصار فيه على مورده ينافيه ما في بعض تلك النصوص ، من أنه إذا لم يذكر الأجل انقلب دائماً . فتأمل . وأما الثاني : فلا يخلو من إشكال . ومجرد كون المرأة زوجة في الكتاب والسنة والعرف لا يصحح الاستعمال المذكور ، لامكان أن يكون الزوجية فيها تبعية لا أصلية ، نظير عوضية المبيع للثمن : نعم في مادة النكاح يجوز الإيجاب بـ « أنكحتك نفسي » من كل من الرجل والمرأة ، لورود كل من الأمرين في الاستعمال الصحيح ، قال الله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) (١٠) ، وقال تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره) (٢٠) . (١) للاقتصار عليه في كلام جماعة . وكأنه للانصراف الى المتعارف .

. (١٠) النساء : ٢٢ .

. (٢٠) البقرة : ٢٣٠ .

دون أن يقول : « قبلت للنكاح لنفسي أو لوكلي بالمهر المعلوم » (١) والأقوى كفاية الاتيان بلفظ الأمر (٢) كأن يقول : « زوجني

لكن التعارف لا يوجب تقييد المطلق الدال على الاجتزاء بكل ما دل على القبول ، مثل : « رضيت » و « تزوجتك » ونحوهما .

(١) بلا خلاف عندنا ولا إشكال . وعن بعض الشافعية : المنع من ذلك ، لاحتمال إرادة غير قبول الايجاب . وهو كما ترى .

(٢) كما عن الشيخ ، وابني حمزة وزهرة . وفي الشرائع : أنه حسن : لخبر سهل الساعدي ، المروي عند الخاصة والعمامة . وفي المسالك : أنه المشهور بين العمامة والخاصة ، ورواه كل منهما في الصحيح . وهو « أن امرأة أنت رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك ، وقامت قياماً طويلاً . فقام رجل وقال يا رسول الله : زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة . فقال رسول الله (ص) : هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال ما عندي إلا إزار ي هذا . فقال رسول الله (ص) : إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك ، اجلس التمس ولو خاتماً من حديد ، فلم يجد شيئاً . فقال رسول الله (ص) : هل معك من القرآن شيء ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، السور سماها . فقال رسول الله (ص) : زوجتك بما معك من القرآن . ولم أعرف من روى عن سهل هذه الرواية من أصحابنا غير ابن أبي جمهور الاحسائي في غوالي اللثالي (١٠) ، على ما حكى . نعم في صحيح محمد بن مسلم المروي في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر (ع) : « قال : جاءت امرأة الى النبي (ص) فقالت : زوجني فقال رسول الله (ص) : من لهذا ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله زوجنيها . فقال : ما تعطيتها ؟ فقال : مالي شيء قال (ص) : لا . فأعادت ،

فأعاد رسول الله (ص) الكلام ، فلم يقم أحد غير الرجل ، ثم أعادت ، فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة : أتحمسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم . قال : قد زوجتكمها على ما تحسن من القرآن . فعلمها إياه ، (١٥) . وليس في شيء من طرق الحديث أن الرجل أعاد القبول فيكون أمره قبولاً مقدماً على الإيجاب ، كما ذكره الجماعة .

وعن جماعة آخرين - منهم ابن إدريس والعلامة في المختلف - : عدم الاجتزاء بذلك . وعن الشهيد في شرح الارشاد : تنزيل الرواية على أن الواقع من النبي (ص) قام مقام الإيجاب والقبول ، لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم) (٢٥) ، فيكون ذلك من خواصه . وتنظر فيه في المسالك : بأن الولي على الطرفين يعتبر وقوع الإيجاب والقبول منه ، وأن ذلك موضع وفاق ، ولا يكتفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه ، ولا ضرورة إلى جعل ذلك من خصوصيات النبي (ص) مع وجود القبول اللفظي وقول جماعة من العلماء به . انتهى . ويريد بالقبول اللفظي الأمر بالتزويج . وفيه : أن دعوى الوفاق على ذلك غير ظاهرة بعد بناء الشهيد على تنزيل الرواية على ما ذكر ، وقد تقدم في تزويج المولى عبده القول من جماعة بأنه يكفي إيجاب المولى فقط ولا يعتبر قبول العبد ، وأن ذلك هو الذي يقتضيه التحقيق ، وكان الأولى للشهيد تنزيل الرواية على ما تقدم في ذلك المبحث ، من أن الوكيل عن الطرفين يجزي لإيجابه عن القبول ، فإن الرجل لما طلب تزويجه من النبي فقد جعله وكيلاً عنه أو مأذوناً منه في تزويجه ، فلا حاجة إلى قبوله حتى لو كان المأذون غير النبي (ص) ، وليس ذلك مبتدأ على ولايته (ص)

(١٥) الوسائل باب ٢ : من ابواب المهر حديث : ١ وملحقه .

(٢٥) الاحزاب : ٦ .

المستفادة من الآية الشريفة . وحينئذ يطرد الحكم المذكور في غير النبي (ص) من سائر الناس ، ولا يكون من خواصه (ص) .
ولعل ذلك مراد المصنف (ره) ، لا كون الأمر قبولاً ، كما ذكره الجماعة ، فإنه غير معقول لأن الأمر بالتزويج لإنشاء لا يقصاه من مخاطب المأمور ، لا لإنشاء لنفسه ، كما في «لأتزوج» الذي هو إنشاء لزوجية نفسه . وحمل الأمر على غير معناه وهو إنشاء القبول ، خلاف المقطوع به . ومن ذلك يظهر أنه لو فرض عدم دلالة الرواية على عدم القبول من الرجل بعد إيجاب النبي (ص) ، لأن الراوي ليس في مقام حكاية جميع ما وقع من أجزاء العقد ، ولا في مقام الحكاية لجميع ما وقع في ذلك المحاس ، بل في مقام الحكاية لما جرى من المرأة مع النبي (ص) ، لزم البناء عليه ، عملاً بالقاعدة ، لا بالرواية . ولعله مراد جماعة ممن قال بهذا القول ، لا ما يقتضيه ظاهر كلامهم من كون الأمر قبولاً . نعم لا يتأتى هذا الحمل في كلام الشرائع ، لتصريحه بكون الأمر قبولاً إذا كان بقصد إنشاء القبول . وكذا كلام القواعد ، وغيرهما . فيكون الحكم على خلاف القاعدة من وجهين : تقدم القبول على الإيجاب ، وإنشاء القبول بلفظ الأمر ، الذي هو من قبيل الانشاء بالألفاظ المستنكرة عرفاً . لكن عرفت أن إثبات ذلك بالرواية غير ممكن ، لأن حمل الأمر فيها على إنشاء القبول خلاف المقطوع به . فلاحظ .

وبالجملة : مراد الجماعة إن كان هو أن الأمر يفني عن القبول ، فيترتب الأثر على الإيجاب فقط ، فذلك مقتضى القاعدة ، ولا يحتاج في إثباته إلى الرواية . وإن كان هو أن الأمر قبول تعيداً ، فذلك مما لا دليل عليه ، والرواية لا تثبته . وإن كان هو أن الأمر قبول إذا كان صادراً بعنوان إنشاء القبول . كما يظهر من عبارة الشرائع - فالرواية لا تدل عليه

فلانة » ، فقال : « زوجتكها » ، وإن كان الأحوط خلافه .
 (مسألة ٢) : الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول
 بالاشارة مع قصد الانشاء وإن تمكن من التوكيل على الأقوى (١)
 (مسألة ٣) : لا يكفي في الإيجاب والقبول للكتابة (٢) .
 (مسألة ٤) : لا يجب للتطابق بين الإيجاب والقبول
 في ألفاظ المتعلقة (٣) ، فلو قال : « أنكحتك فلانة » .

قطعاً ، والبناء عليه يتوقف على صحة إنشاء القبول بالألفاظ المستنكرة ،
 مثل أن يقول لولي المرأة : « أذنت لك في تزويجي » بقصد إنشاء القبول .
 (١) في جامع المقاصد : « كانه لا خلاف في ذلك » وفي كشف اللثام :
 « وهو مما قطع به الأصحاب » . واستدل له بفحوى ما ورد في الطلاق ،
 كصحیح البنزطي عن الرضا (ع) : « في الأخرس الذي لا يكتب ولا
 يسمع كيف يطلقها ؟ قال (ع) : بالذي يعرف به من أفعاله » (١٥) ،
 وما ورد في قراءته وتلبيته وتشهده (٢٥) . والعمدة فيه اطلاق نفوذ العقود .
 والاجماع على اعتبار اللفظ حمير منعقد في المقام .

(٢) كما في القواعد وغيرها . وفي جامع المقاصد : « لا ريب عندنا في
 أن الكتابة لا تكفي في إيقاع عقد النكاح للمختار » . ويقنضيه ما تقدم
 من الاجماع على اعتبار اللفظ . وبشكل ما في جامع المقاصد من تعليقه بأن
 الكتابة كناية ، ولا يقع النكاح بالكنايات . انتهى ، فان الكتابة ليست
 من الكناية في شيء ، ولا مانع من الكناية إذا كانت واضحة الدلالة .
 (٣) كما نص على ذلك في الشرائع : وفي الجواهر : أنه لا خلاف
 فيه ولا إشكال ، لاطلاق الأدلة .

(١٥) الوسائل باب : ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث : ١ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٥٩ من ابواب القراءة في الصلاة .

فقال: « قبلت للتزويج » ، أو بالعكس كفى . وكذا لو قال :
« على المهر المعلوم » فقال الآخر : « على للصداق المعلوم » .
وهكذا في سائر المتعلقات .

(مسألة ٥) : يكفي - على الأقوى - في الايجاب لفظ
« نعم » (١) بعد الاستفهام ، كما إذا قال : « زوجتني فلانة
بكذا ؟ » فقال : « نعم » (٢) فقال الأول : « قبلت » .
لكن الأحوط عدم الاكتفاء (٣) .

(١) كما عن الشيخ وابن حمزة . وتبعهما في النافع والارشاد . وتردد
فيه في الشرائع . واستشكل فيه في القواعد .

(٢) بقصد إعادة اللفظ للانشاء ، لا بقصد جواب الاستفهام . وقد
يشير اليه ما في رواية ابان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) :
كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول أتزوجك متعة على كتاب
الله وسنة نبيه . لا وارثة ولا مورثة ، كذا وكذا يوماً . . . الى أن
قال (ع) : فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك . . . » (١٥) .

(٣) لأن الظاهر أنه من قبيل الايقاع بالمجازات المستنكرة عرفاً ، لأن
الحذف والتقدير اعناداً على السؤال إنما يكون في الجواب الخبري ، لا فيما
لو قصد الانشاء ، فانه يكون ابتداء كلام . ولذا قد يشكل الأمر وإن
صرح بالجملة ، بأن قال : « نعم زوجت ابنتي من فلان » قاصداً الانشاء
بها ، لأن كلمة « نعم » تقتضي الاخبار ، والجمع بينها وبين الجملة بقصد
الانشاء يقتضي التنافي بين الكلامين ، كما لو قال : « أخبرك أنني قد زوجتك
ابنتي » قاصداً الانشاء بالجملة ، كما أشار الى ذلك في الرياض . ولا وجه
لاستغرابه ، كما في الجواهر . وبالجملة : إذا كان الانشاء بنحو مستنكر

(مسألة ٦) : إذا لحن في للصيغة ، فإن كان مغيراً للمعنى لم يكف (١) . وإن لم يكن مغيراً فلا بأس به إذا كان في المتعلقات . وإن كان في نفس اللفظين - كأن يقول : « جوزتك » بدل « زوجتك » - فالأحوط عدم الاكتفاء به (٢) . وكذا اللحن في الاعراب .

(مسألة ٧) : يشترط قصد الانشاء في إجراء للصيغة (٣) .

(مسألة ٨) : لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون

عارفاً بمعنى للصيغة تفصيلاً (٤) ، بأن يكون مميزاً للفعل وللفاعل والمفعول ، بل يكفي علمه إجمالاً بأن معنى هذه للصيغة إنشاء للنكاح والتزويج . لكن الأحوط للعلم للتفصيلي .

(مسألة ٩) : يشترط الموالاتة بين الإيجاب والقبول (٥) .

عرفاً لا يصح ، لأن اطلاق الصحة منزل على العرف ، والمستنكر عرفاً غير ثابت عندهم ، فلم يثبت شمول الاطلاق له . وأما رواية أبان ونحوها : فليست مما نحن فيه ، لأن « نعم » فيها واقعة موقع القبول ، لا موقع الجواب عن الاستفهام . فلاحظ .

(١) لأنه من المستنكر عرفاً .

(٢) لكن الظاهر أنه ليس من المستنكر عرفاً ، فيشماه إطلاق النفوذ .

(٣) لاشتراط ذلك في الإيقاع ضرورة .

(٤) لاطلاق الأدلة ، ولا سيما وأن أكثر غير العرب لا يعرف ذلك

لو كان إجراء الصيغة بالنحو العربي المعلوم صحته .

(٥) لاعتبارها في ارتباط القبول بالإيجاب ، لاعتبار الهيئة الاتصالية

في العقد .

وتكفي للعرفية منها ، فلا يضر للفصل في الجملة ، بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الايجاب (١) ، كما لا يضر للفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت .
(مسألة ١٠) : ذكر بعضهم (٢) : أنه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، فلو كان للقابل غائبا عن المجلس ، فقال الموجب : « زوجت فلاناً فلانة » وبعد بلوغ الخبر اليه قال : « قبلت » لم يصح . وفيه : أنه لا دليل على اعتباره (٤)

(١) فلو أوجب الموجب ، فلم يبادر صاحبه الى القبول ، فوعظه ونصحه حتى اقتنع ، فقال : « قبلت » ، صح عقداً . لكن الموالاتة في المقام غير حاصلة ، لا حقيقة ولا عرفاً . فاذيئة الانصالية المعبرة في صدق العقد لا يعتبر فيها الموالاتة الحقيقية ، ولا العرفية . نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول ، فاذا وقع القبول في ذلك الحال كان عقداً . وكان المراد ذلك . ولذا قال في القواعد : « وكذا (يعني : لم ينعقد) لو أصر القبول مع الحضور ، بحيث لا يعد مطابقاً للايجاب » . فالمدار على صدق المطابقة ، وهي تحصل بما ذكر ولو مع الفصل الطويل .

(٢) المراد به : العلامة في القواعد .

(٣) وفي الجواهر : « لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه ، وفي غيره من العقود » . وفي جامع المقاصد في شرح ما ذكره العلامة قال : « لأن العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة ، بحيث يعد جواباً للايجاب » . فجعل الوجه في اعتبار اتحاد المجلس اعتبار الموالاتة ، الراجع الى اعتبار صدق العقد . ومن المعلوم أن صدق العقد لا يتوقف على الفورية ، ولا على اتحاد المجلس ، بل يكون حاصلاً بما ذكرنا ، فإنه

من حيث هو . وعدم للصحة في الفرض المذكور لأنها هو من جهة الفصل للطويل ، أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة ، لعدم للتخاطب ، وإلا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم للفصل مع تعدد المجلس صح ، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول : « قبلت » بلا فصل مضر ، فإنه يصدق عليه المعاقدة .

(مسألة ١١) : ويشترط فيه للتنجيز (١) كما في سائر للعقود ، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل . نعم لو علقه على أمر محقق معلوم - كأن يقول : « إن كان هذا يوم

ما دام الموجب منتظراً للقبول ، فاذا حصل صدق العقد ، ولو مع الفصل الطويل ، كما عرفت .

(١) العمدة في اعتباره الاجماع المدعى في كلام الجماعة . وأما دعوى : أن الانشاء إيجاد للمنشأ ، وكما أن الإيجاد الحقيقي لا يقبل الاناطة والتعليق ، كذلك الانشاء ، لأنه إيجاد ادعائي . فمندفعة بالفرق بينهما ، الناشئ من الفرق بين الحقيقة والادعاء ، لأن باب الادعاء واسع . وتحقيقه : أن الانشاء راجع الى قصد تحقيق الأمر الادعائي ، ومن المعلوم أن القصد كما يتعلق بالموضوعات الحاظية ، يمكن أن يناط أيضا بالأمر الحاظية ، فيكون موجوداً في ظرف لحاظ الشرط ، ومفقوداً في ظرف عدمه ، فاذا فرض الانسان وجود المرض قصد شرب الدواء ، وإذا فرض عدمه لم يقصد ذلك ، فيكون القصد دائراً مدار لحاظ الشرط وعدمه .

مع إمكان دعوى أن التعليق ليس للانشاء ، بل للمنشأ ، لأن الانشاء ليس ملحوظاً ، فلا يكون موضوعاً لاضافة الاناطة بالشرط ، بخلاف المنشأ ،

فانه الملحوظ وانه المجهول طرفاً لاضافة الاناطة بالشرط . وحينئذ لا مجال للاشكال المذكور . ودعوى : أنه إذا كان التعليق للمنشأ في الانشاء ، يكون أيضاً التعليق للمخبر به في الاخبار ، فيكون الخبر مطلقاً والخبر به معلقاً . ولازم ذلك الكذب في مثل قوله تعالى : (لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدنا) (١٥) ، لتحقق الخبر بلا مخبر به . مندفعة : بأن الخبر به الفساد على تقدير تعدد الآلهة ، لا الفساد مطلقاً ، فانتهاء الفساد في الجملة لا يستلزم الكذب ، وانما الذي يستلزمه انتهاء الفساد على تقدير تعدد الالهة ، لكنه غير منتف . ولا مجال لقياس المقام على بقية قيود الخبر به ، كما إذا قال : « يجيء زيد يوم الجمعة » ، فانه يكون كذباً إذا لم يجيء زيد في يوم الجمعة ، أو جاء لكن في غير الجمعة ، فان القيود المأخوذة في المخبر به يقتضي الخبر حصولها ، وفي قيد الشرط لا يكون الأمر كذلك ، فان صدق الخبر لا يقتضي حصوله ، بل يقتضي حصول الجزاء على تقدير حصوله . فصدق الشرطية في الآية الشريفة يقتضي تحقق الفساد على تقدير تحقق الشرط ، لا تحقق الفساد والشرط معاً ، كما في سائر القيود . ومن ذلك تعرف أن التحقيق أن التعليق في القضايا الشرطية التي يكون جزاؤها خبراً تارة ، وإنشاء أخرى ، إنما هو للمخبر به ، وللمنشأ ، لا لنفس الاخبار به أو انشائه .

فان قلت : إذا كان التعليق للمنشأ لا للانشاء يلزم التنكيك بين المنشأ والانشاء إذا كان المعلق عليه استقبالياً ، لحصول الانشاء بالفعل ، وعدم حصول المنشأ ، وإلا كان خلفاً . والتفكيك بين الانشاء والمنشأ كالتفكيك بين اليجاد والوجود ممتنع ، لأن الانشاء عين المنشأ ، كما أن الوجود عين اليجاد ، والاختلاف إنما هو بالاضافة لا غير ، ويمتنع التفكيك بين

الجمعة زوجتك فلانة » مع علمه بأنه يوم الجمعة - صح (١) ،
وأما مع عدم علمه فمشكل (٢) .

(مسألة ١٢) : إذا أوقعا للعمد على وجهه يخالف
الاحتياط لللازم مراعاته فان أراد للبقاء فاللازم الاعادة على
الوجه للصحيح (٣) ، وإن اراد للفراق فالاحوط للطلاق .

الشيء ونفسه .

قلت : المنشأ حاصل حين الانشاء ، لكنه معلق لا مطاق ، فاذا أنشأ
البيع معلقاً على قدوم الحاج فقد حصل البيع المعلق على قدوم الحاج حال
الانشاء ، والذي لم يحصل هو البيع المطاق وهو غير المنشأ .

ولأجل ما ذكرنا لم يكن خلاف ولا إشكال في صحة الوصية التمليلية
المعلقة على الموت ، وصحة التدبير ، وهو العتق المعلق على الموت ، وصحة
النذر المعلق على أمر استقبالي . ودعوى أن صحة ذلك للدليل على خلاف
القاعدة ، كما ترى ، خلاف المرتكزات العرفية .

ولأجل ذلك كان اللازم البناء في وجه المنع عن التعليق في العقود
والإيقاعات هو الإجماع الذي يقتصر فيه على المتيقن .

(١) لعدم دخوله في معقد الإجماع ، بل المنسوب الى الفاضلين ،
والشهيدين والمحقق الثاني ، وغيرهم : هو القول بالصحة .

(٢) لاحتمال عدم انعقاد الإجماع على البطلان فيه . لكن ظاهر شيخنا
الأعظم في مكاسبه وصريح غيره ثبوت الإجماع على البطلان فيه . وإن
كان مقتضى بعض الأدلة التي سبقت لابطال التعليق عدم الشمول للمورد .

(٣) من المعلوم أن الزوجية موضوع أحكام لزومية ، مثل وجوب
الانفاق ، ووجوب الوطاء في كل أربعة أشهر ، ونحو ذلك . وعدم الزوجية
أيضاً يكون موضوعاً لأحكام لزومية ، مثل حرمة الاستمتاع . فاذا ترددت

وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم للتأثير في للزوجية (١).
وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي ، فمع إرادة
للبقاء الاحوط الاستحبابي إعادته على للوجه المعلوم صحته ،
ومع إرادة للفرق فاللازم للطلاق .

(مسألة ١٣) : يشترط في للعاقد المجري للصيغة الكمال
بالبلوغ ، وللعقل ، سواء كان عاقداً لنفسه ، أو لغيره ، وكالة
أو ولاية ، أو فضولا . فلا اعتبار بعقد للصبي (٢) ، ولا
المجنون ولو كان أدواريا حال جنونه ، وإن أجاز وليه أو

المرأة بين الزوجة وغيرها فقد تردد المكلف بين أحكام لإلزامية ، قد يمكن
التخلص منها بالاحتياط وقد لا يمكن . فاذا أراد ترتيب أحكام الزوجية
لا يكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية لعدم الزوجية ، وإذا أراد
ترتيب أحكام غير الزوجية لا يكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية
للزوجية . فلا بد له في الصورة الأولى من تجديد العقد على الوجه المعلوم
الصحة من باب الاحتياط ، ليأمن من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها ،
وفي الصورة الثانية لا بد له من الطلاق من باب الاحتياط ، ليأمن أيضاً
من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها .

(١) صحة التمسك بالأصل المذكور بنا في كون المورد من موارد
الاحتياط الزومي .

(٢) استدلل له تارة : بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل (١٥) ،
بناء على أن الظاهر منه رفع الحكم أعم من التكليفي والوضعي . وفيه ؛
أن الظاهر منه رفع قلم السيئات ، ولا يرفع الإلزام المؤدي اليها ، فلا

يشمل ما نحن فيه . وأخرى : بالروايات المتضمنة منطوقاً أو مفهوماً عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء . كخبر حمزة بن حمران عن أبي جعفر (ع) في حديث أنه قال : « الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع اليها مالها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع . قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم ، أو يشعر ، أو ينبت ، قبل ذلك » (١٥) . وفيه : أن الظاهر من الجواز ما كان على نحو الاستقلال في مقابل الجواز الثابت حال البلوغ ، يظهر ذلك جداً بالتأمل في الرواية المتقدمة المشتملة على حكم الصبا والباوغ معاً . وثالثة : بالروايات المتضمنة أن عمده بمنزلة الخطأ ، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « عمده الصبي وخطؤه واحد » (٢٥) ونحوه غيره . وفيه : أن الظاهر منه تنزيل العمده منزلة الخطأ فيما كان للخطأ حكم خاص به . ليكون التنزيل بلحاظه ، فيختص بالجناية العمدية . ولا يشمل ما نحن فيه مما لم يكن الحكم فيه إلا للعمده ، ويكون حكم الخطأ انتفاء حكم العمده لانتفاء موضوعه . بل التعبير بالعمده والخطأ اللذين تعارف التعبير بهما عن الجناية العمدية والخطابية ، تبعاً للقرآن المجيد (٣٥) ، وما في بعض تلك النصوص من التعرض للعاقلة (٤٥) كالصريح في الاختصاص بالجنايات العمدية ، فيكون أجنياً عما نحن فيه . وقد يستدل على جواز تصرفه باذن الولي بأمر : الأول : قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً

(١٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب مقدمات العبادات حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب العاقلة حديث : ٢ .

(٣٥) النساء : ٩٢ ، ٩٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب العاقلة حديث : ٣ .

فادفعوا إليهم أموالهم (١٥) ، فإن الظاهر من ابتلائهم ابتلاؤهم بالمعاملة بالاموال ، لاختبار رشدهم . وحملها على الابتلاء بمقدمات العقد خلاف الظاهر . والمراد من قوله تعالى : (فادفعوا) ادفعوا بقية أموالهم ، فلا ينافي دفع بعض أموالهم لأجل الابتلاء والاختبار .

الثاني : رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ، فانها إن لم تجد زنت ، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد . ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده ، فانه إن لم يجد سرق » (٢٥) ، فان التقييد والتعليل ظاهران في نفوذ كسبه في الجملة . وإذا حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر ، وحمله على الكسب بنحو الالتقاط والاحتطاب ، أو العمل بأمر الغير - مع أنه خلاف الاطلاق - بعيد . ورواية ابراهيم بن أبي يحيى عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج رسول الله (ص) أم سلمة ، زوجها إياه عمر بن أبي سلمة ، وهو صغير لم يبلغ الحلم » (٣٥) .

الثالث : السيرة التي ادعاها غير واحد من الأعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ في 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 . ولأجل عدم الردع عنها من الشارع المقدس جرى عليها المتشريعة . نعم تحققت الردع عن الاستقلال كما عرفت ، لا عن المعاملة كلية . فلاحظ . فإذا لا يبعد القول بجواز تصرف الصبي باذن الولي ، كما عن جماعة ،

(١٥) النساء : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٣ من ابواب ما يكتب به حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته ، على المشهور ، بل لا خلاف فيه . لكنه في للصبي للوكيل عن اللغير محل تأمل ، لعدم للدليل على سلب عبارته إذا كان عارفا بالعربية ، وعلم قصده حقيقة وحديث رفع للقلم منصرف عن مثل هذا . وكذا إذا كان لنفسه باذن للولي ، أو إجازته ، أو اجاز هو بعهد للبلوغ . وكذا لا اعتبار بعقد للسكران فلا يصح ولو مع الاجازة بعد الافاق (١) . وأما عقد للسكرى إذا أجازت بعد الافاق ففيه قولان ، فالمشهور (٢) أنه كذلك .

منهم الأردبيلي ، وقبله الفخر في الايضاح ، وقبله المحقق في عارية الشرائع . قال : « ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة » . وفي كتاب الاجارة قال : « لو أجر المحنون لم تنعقد إجارته . وكذا الصبي غير المميز . وكذا المميز إلا باذن وليه . وفيه تردد » . وظاهره الميل الى الجواز . وإذا شك في حصول الاذن حمل تصرفه على الصحة . وإذا أخبر بها صدق خبره ، من باب إخبار ذي اليد ، أو عن النفس .

(١) كما هو المشهور . لانتفاء القصد المقوم للايقاع والانشاء ، فلا عقد حينئذ ، فلا زوجية ولا نكاح . كذا قيل . لكن الظاهر تحقق القصد من السكران ، بل والنائم ، بل والحيوان ، إذ القصد الارادة ، والحيوان فصله المميز له عن مطلق الجهاد كونه متحركاً بالارادة . فالعمدة في عدم صحة عقد السكران والنائم ونحوهما وإيقاعهم : خروجه عن منصرف أدلة التفوذ والصحة ، لعدم الاعتداد به عند العرف ، فلا يكون سبباً عندهم ، ولا منشأ لاعتبار الأثر ، فلا يكون سبباً شرعاً ، لما عرفت من أن مقتضى الاطلاقات المقامية الرجوع الى العرف في تشخيص الاسباب .

(٢) ظاهر المتن : اختصاص الخلاف في عقد السكرى فقط ، للرواية

وذهب جماعة الى للصحة (١) ، مستندين الى صحيحة ابن بزيع (٢) . ولا بأس بالعمل بها ، وإن كان الأحوط خلافه ، لامكان حملها على (٣) ما إذا لم يكن سكرها

الآتية وظاهر الشرائع : التردد في عقد السكران مطلقاً . وفي الجواهر : أنه محل الخلاف ، وأنه لا يختص الخلاف بعقد السكرى .

(١) قول الشيخ في النهاية : « وإذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلاً » . فان أفاقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضياً . فان دخل بها الرجل في حال السكر ثم أفاقت الجارية فان أقرته على ذلك كان ذلك ماضياً . وتبعه ابن البراج . وحكي ذلك عن الصدوق في الفقيه والمقنع . وتبعهم على ذلك في شرح النافع ، والكفاية ، والحدائق ، والوسائل .

(٢) قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ ، فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثم أفاقت فأنكرت ذلك ، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه ، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج ، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ، ولا سبيل للزوج عليها ؟ فقال (ع) : إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضاً منها . قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟ فقال (ع) : نعم ، (١٠) . ودلالة الرواية وافية . وحملها في المختلف على سكر لم يباغ حد عدم التحصيل . وأورد عليه في المسالك : بأنه حينئذ يكون العقد صحيحاً بلا حاجة الى تقريرها ، فالجمع بين صحة عقدتها واعتبار رضاها بعد ذلك غير مستقيم . بل اللازم إما طرح الرواية رأساً ، أو العمل بمضمونها . ولعل الأول أولى . انتهى . لكن الأولوية بمنوعة بعد صحة الرواية ، والعمل بها .

(٣) قد عرفت أن هذا الحمل ذكره في المختلف ، وهو الظاهر من

بحيث لا للتفات لها الى ما تقول (١). مع أن المشهور لم يعملوا بها ، وحملوها على محامل (٢) ، فلا يترك الاحتياط .
(مسألة ١٤) : لا بأس بعقد للسفيه (٣) إذا كان وكيلا عن الغير في إجراء للصيغة ، أو أصيلا مع إجازة للولي . وكذا

قول السائل : « فزوجت نفسها » . ولا ينافيه قوله : « فأنكرت ذلك » ، لاحتمال أن يكون الإنكار بلحاظ كونه على خلاف مصلحتها ، لا بمعنى أنها لم تكن شاعرة بوقوعه منها . وحينئذ يكون الخروج بها عن القاعدة من جهة اعتبار الرضا بعد الافاقة في ترتب الأثر على العقد الصحيح عرفاً . لا من جهة ترتب الأثر على ما ليس بصحيح عرفاً ، كما يظهر من الشيخ في النهاية ، وغيره .

(١) هذا هو المائز بين المقام وبين مثل عقد النائم والمجنون والسكران إذا كان الجنون والسكر غالباً على نحو يعد العقد منها من قبيل الهذيان .
(٢) جملها في كشف اللثام على ما إذا كان الزوج جاهلاً بسكرها ، فانه لا يسمع في حقه قول المرأة ، وتجري عليها أحكام الزوجية ظاهراً ، وإن لم يكن لها زوجية واقعاً . وبعد ما علمت بالفساد فاحكام التزويج جائزة عليها ، أي : ماضية قهراً ، وإن وجب عليها الامتناع على التمكين منها ما أمكنها . فتكون الرواية واردة في مقام بيان الحكم في مقام الاثبات ، لا الثبوت . وهذا الحمل في غاية البعد ولم أفد على من حملها على غيره . والمتحصل مما ذكرنا : أن الرواية ظاهرة في السكر الذي لا ينافي الايقاع ، ودالة على اعتبار الرضا بعد الافاقة . ولا بأس بالعمل بها بعد صحتها ، وعمل الجماعة بها .

(٣) إجماعاً . ويقضيه إطلاق الادلة .

لابأس بعقد المكره (١) على إجراء للصيغة للغير ، أو لنفسه إذا اجاز بعد ذلك .

(مسألة ١٥) : لا يشترط للذكورة في للعاقـد (٢) ، فيجوز للمرأة للوكالة عن للغير في إجراء للصيغة كما يجوز إجراؤها لنفسها .

(مسألة ١٦) : يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية الى تمام للعقد ، فلو أوجب ثم جن أو أغمي عليه قبل مجيء للقبول لم يصح (٣) . وكذا لو أوجب ثم نام ،

(١) إجماعاً . وبقتضيه إطلاق الأدلة . وحديث رفع الاكراه (١٥) لا يقتضي البطلان في الصورة الأولى ، لعدم الامتنان على المكره في الرفع . وكذا في الصورة الثانية ، بل الرفع خلاف الامتنان .
(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما . وفي الجواهر : « بلا خلاف ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه » . وفي كشف اللثام : أنه كذلك عندنا ، خلافاً للشافعية . والوجه فيه : إطلاق الأدلة من دون مقيد . وفي نصوص كيفية عقد المتعة دلالة واضحة عليه .

(٣) قال في الشرائع : « إذا أوجب ثم جن أو أغمي عليه بطل حكم الايجاب » . وفي الجواهر قال في شرح ذلك : « بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به بعضهم » . ومقتضى إطلاق كلامهم عدم الفرق بين استمرار ذلك الى حين القبول ، وبين ارتفاعه قبل القبول . ومثله ما لو كان القابل حال الايجاب غير قابل للقبول . ومرجع ما ذكروه الى شرطين ، أحدهما : أن يكون كل من الموجب والقابل قابلاً للإيقاع حال إيقاع الآخر . والثاني : أن يكون ذلك موجوداً فيما بين الايجاب والقبول ، فلو أوجب ثم نام ثم

أفاق قبل قبول الآخر فقبل حال إفاقته لم يصح العقد .

واستدل عليه شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه بتوقف معنى المعاقدة والمعاهدة على ذلك . وفي الجواهر استدل عليه : بأن ظاهر أدلة شرطية القصد والرضا ونحوها في العقد اعتبار ذلك في تمام العقد المركب من الايجاب والقبول ، لا اعتبار قصد الموجب في الايجاب فقط ، وقصد القابل في القبول فقط ، فإذا ارتفعت القابلية بعد الايجاب قبل القبول لم يحصل الشرط في تمام العقد . لكن في المسالك قال : « وجهه أن العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز ، يجوز لكل منهما فسخه ويبطل بما يبطل به الجائز ، ومن جملة الجنون ، والاعماء . ولا فرق بين النكاح والبيع وغيرهما من العقود اللازمة . ولا يضر عروض النوم ، كما لا يقدر ذلك في الوكالة . ولكن هل يصح الاتيان بالقبول من الآخر حالته ؟ قيل : لا . وبه قطع في التذكرة ، لأن التخاطب بين المتعاقدين معتبر ، وهو منتف مع نوم صاحبه . . . الى أن قال : ويحتمل الصحة هنا ، لأن الايجاب توجيهه الى هذا القابل قبل النوم . والأصل الصحة . وظاهره المفروغية عن صحة العقد مع عروض النوم بعد الايجاب ثم الافاقه حال القبول . واحتمل الصحة مع استمرار النوم الى حين القبول ، وإن كان يحتمل البطلان .

أقول : أما ما ذكره في الجواهر من الاستدلال ففيه : أن ظاهر أدلة اعتبار الرضا في العقد اعتباره ولو بعد العقد ، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي . وظاهر أدلة اعتبار القصد اعتبار قصد الموجب في الايجاب فقط ، وقصد القابل في القبول فقط ، ولا تدل على اعتبار أكثر من ذلك . وأما ما ذكره في المسالك فالظاهر أنه تبع فيه ما في التذكرة ، فقد ذكر فيها أنه لو زال عقله بعد الايجاب بنوم ثم استيقظ لم يبطل حكم الايجاب ، إن لم يحصل الفصل بطول الزمان ، لانه لا يبطل العقود الجائزة ، فكذا هنا .

انتهى . ولكنه غير ظاهر من أصله ، إذ لا دليل على كون الإيجاب في العقد اللازم بمنزلة العقد الجائز ، يبطله ما يبطله :

وأما ما ذكره شيخنا الاعظم (ره) فتحقيقه أن فقدان الأهلية من كل منها حال إنشاء الآخر تارة : يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون والاعماء ونحوهما . واخرى : لوجود ما يمنع من السلطنة على التصرف ، كالصبا ، والسفه ، والتفليس ، ونحوها . أما الأول : فالظاهر البطلان فيه ، لأن التخاطب بين المتعاقدين شرط في صدق المعاقدة والمعاهدة . ودعوى : أن النفوذ لا يختص بذلك ، بل التجارة والبيع والنكاح ونحوها أخذت موضوعاً للصحة ، وهي لا تتوقف على التخاطب . مدفوعة : بأن صيغتها وإن لم يؤخذ فيها التخاطب لكنه مأخوذ في حاق معناها ، فانها معاقداً ومعاهدات بين طرفين ، ولا تكون المعاهدة بين الاثنين إلا إذا كان أحدهما يوحى الى الآخر ويعاهده ، وإذا لم يكن أحدهما قابلاً للخطاب لا يكون قابلاً للعهد معه . نعم يظهر من التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب والقابل ، قال في الفرع الثالث : « لو قال المتوسط : (زوجت ابنتك من فلان) ، فقال : (زوجت) ، ثم أقبل على الزوج فقال : (قبلت نكاحها) ، فقال : (قبلت) ، فالأقرب صحة العقد . وهو أصح وجهي الشافعي . لوجود ركني العقد الإيجاب والقبول . والثاني : لا يصح ، لعدم التخاطب بين المتعاقدين » . والأظهر ما ذكرناه ، إذ لا أقل من الشك في اعتبار ذلك عرفاً في مفهوم العقد ، والأصل عدم ترتب الأثر : وأما ما لا يمنع من صحة التخاطب ولكنه يمنع من صحة الانشاء ونفوذه : فالظاهر عدم اعتباره إلا في حال الانشاء ، فإذا كان القابل صبياً وبلغ بعد الإيجاب حال القبول صح . وكذا إذا كان محجوراً عليه للسفه أو التفليس أو غيرهما فارتفع الحجر عنه بعد الإيجاب حال القبول . وإذا

بل أو غفل عن للعقد بالمرة . وكذا الحال في سائر للعقود . وللوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة . مضافاً الى دعوى الاجماع (١) وانصراف الادلة (٢) .

(مسألة ١٧) : يشترط تعيين للزوج وللزوجة (٣)

صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الايجاب قبل القبول لم يضر ذلك في صحة العقد ، وإن بقى حال القبول ، فضلاً عما إذا زال قبل القبول . ولا مجال لمقايضة ذلك بما إذا رد الموجب الايجاب قبل القبول ، فان لغوية الايجاب حينئذ لا تقتضي لغويته في الطوارئ المذكورة ، لأن الرد مانع من تحقق المعاهدة بينهما ، بخلاف طرو الحجر عليه . فانه لا دخل له في المعاهدة بين الطرفين بوجه . مع أنه لو تمت المقايضة اختص الحكم بطرو الحجر بعد الايجاب ، ولا تصلح لاثبات اعتبار وجدان القابل للقابلية حال الايجاب . فلاحظ .

(١) قد عرفت خلاف المسالك في النوم ونحوه مما لا يبطل به العقد الجائز ، بل عرفت أن ظاهره المفروغية عن الصحة إذا أفاق حال القبول .
(٢) اذا تحقق الاطلاق وعدم اشتراط ذلك عرفاً فالانصراف بدوي لا يعتد به .

(٣) لإجماعاً ، كما في التذكرة . واتفاقاً ، كما في كشف اللثام . وفي الجواهر : حكاه عن غيره أيضاً . وفي الحدائق : نسبتها اليهم . فان كان المراد ما يقابل المردد : فوجهه ظاهر لأن المردد لا مطابق له في الخارج ولا مصداق ، فلا يكون موضوعاً للاحكام . وإن كان المراد ما يقابل الكلي أيضاً : فوجهه غير ظاهر ، لجواز بيع الكلي وإجارته المعتبر فيهما العلم بالعوضين ، ففي المقام الذي لا يعتبر فيه ذلك أولى . وعلاه في التذكرة وغيرها : بأن الاستمتاع يقتضي فاعلاً ومنفعلاً معينين لتعيينه . انتهى . لكنه

على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم ، أو للوصف الموجب له (١) ، أو الإشارة ، فلو قال : « زوجتك إحدى بناتي » بطل (٢) . وكذا لو قال : « زوجت بنتي أحد إبنيك » أو « أحد هذين » . وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر (٣) بل وكذا لو عيننا معيناً من غير معاهدة بينهما ، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر . وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهومة فلا يبعد للصحة (٤) ،

لا يقتضي التعيين من أول الأمر ، ولذا تصح إجارة الكلي ، مع أن الانتفاع المقصود من الإجارة يتوقف على التعيين .

والمتعين أن يكون الوجه فيه : أن الزوجية من الإضافات التي لا تقوم بغير المتعنين ، نظير الأخوة والأبوة والبنوة ، فلا يصح اعتبارها بين غير المتعنين ، كما لا يصح اعتبارها لغير الحي ، أو لغير الإنسان . والظاهر أن ذلك واضح بأقل مراجعة لمرتكزات العرف . وكيف كان فالاجماع المدعى كاف في اثبات المدعى .

(١) بأن كان الاسم أو الوصف مختصاً .

(٢) قال في التذكرة : « فلو قال : زوجتك إحدى ابنتي ، أو زوجت

بنتي من أحدهما ، أو من أحد إبنيك ، لم يصح العقد بلا خلاف » .

(٣) لانتفاء التطابق بين الإيجاب والقبول ، الذي قد عرفت اعتباره

في مفهوم العقد . ولأجل ذلك كان المناسب أن يجعل هذا من فروعه ،

لا من فروع اعتبار التعيين . وكذا الكلام في الفرع الآتي . بل الحكم

فيه أظهر :

(٤) وفي الجواهر : « الظاهر القطع بصحة ذلك ، كما صرح به في

وإن كان الأحوط خلافه . ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال للعقد (١) ، بل يكفي للتمييز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك ، كما إذا قال : « زوجتك بنتي للكبرى » ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له للعلم . نعم إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن للعلم به ظاهراً - كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ، ولم يمكنه للعلم به - فالأقوى للبطلان (٢) ، لانصراف الأدلة (٣) عن مثله . فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف .

(مسألة ١٨) : لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما

كشفت اللثام والمسالك . وتعذر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غير قادح . وفي القواعد : « لو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل ، وإن قصد صحح » . وفي التذكرة : « لو كان له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي فلانة ، لم يصح العقد . لكثرة الفواطم . ولو نواها صح عندنا . وهو قول الشافعية . وليس بجيد على رأيهم ، لأن النكاح عقد يفتقر الى الشهادة ، والشهود إنما يشهدون على اللفظ دون النية » .

(١) لاطلاق الأدلة من دون مقيد ظاهر ، كما نص على ذلك في الجواهر .

(٢) وفي الجواهر : « لعله لا يخلو من قوة » .

(٣) هذا غير ظاهر . وقد اعترف في الجواهر : بأن الصحة مقتضى

اطلاق الأدلة ، المقتصر في الخروج عنه على المتيقن ، وهو العقد على غير التمييز في الواقع . وهو ظاهر القواعد وكشف اللثام أيضاً . لكن بعد ذلك احتمال الرجوع الى أصالة عدم النقل : ولم يتضح المراد منها . ولعله

مع الإشارة ، أخذ بما هو المقصود (١) ، وألغى ما وقع غلطاً ،
مثلاً أو قال : « زوجتك للكبرى من بناتي فاطمة » وتبين أن
اسمها خديجة ، صح للعقد على خديجة التي هي للكبرى . ولو
قال : « زوجتك فاطمة وهي للكبرى » فتبين أنها صغرى ،
صح على فاطمة ، لأنها المقصود ، ووصفها بأنها كبرى وقع
غلطاً ، فيلغى . وكذا لو قال : « زوجتك هذه وهي فاطمة »
أو « وهي للكبرى » فتبين أن اسمها خديجة ، أو أنها صغرى
فإن المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة ، أو وصفها
بأنها للكبرى وقع غلطاً ، فيلغى .

أراد أصالة عدم ترتب الأثر . لكن أصالة الاطلاق حاکمة عليها .

(١) قال في التذكرة : « لو قال له : زوجتك بنتي فلانة ، سماها
بغير اسمها ، ولا بنت له سوى واحدة ، فالأقوى الصحة . وهو أصح
وجهي الشافعية . لأن البنتية صفة لازمة ، فيتعين ، ويلقى الاسم المذكور
بعده . والثاني : لا يصح النكاح لأنه ليس له بنت بذلك الاسم . ولو
قال : زوجتك هذه فاطمة ، وأشار إليها ، وكان اسمها زينب ، فالوجهان
للشافعية . ونحوه في الجواهر .

ومنشأ الاشكال : هو أن القيد أخذ على نحو تعدد المطلوب ، أو
وحدته ، فعلى الأول : يصح . وعلى الثاني : يبطل . ولا ينبغي التأمل
في أن المرتكزات العرفية تقتضي الأول . ولذا بنوا مع تخلف الشرط على
صحة العقد ، وبخيار الاشرط ، فلو قال : « بعثك هذا العبد الكاتب » ،
فتبين أنه غير كاتب ، صح العقد . وكان له الخيار . نعم إذا كان القيد
مقوماً للموضوع عرفاً وذاتياً من ذاتياته بطل العقد بفقده ، كما لو قال

(مسألة ١٩) : إذا تنازع للزوج وللزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون للعقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدعي للصحة (١) ، كما في سائر للشروط إذا اختلفا فيها . وكما في سائر للعقود . وإن اتفقا للزوج وولي للزوجة على أنها عيننا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة ، فع عدم للبينة المرجع للتحالف (٢) ،

له : « بعثك هذا العبد الحبشي » ، فتبين أنه حمار وحشي . ولأجل ما ذكرنا كان المناسب لصاحب الجواهر (قدس سره) الجزم بالصحة ، لا ذكر الوجوه والاحتمالات ، وترجيح الصحة . فلاحظ :

(١) قد عرفت أن التعيين المعتبر في صحة العقد ما يقابل العقد على المردد أو الكلي ، فمدعي التعيين يدعي وقوع العقد على المعين ، وخصمه يدعي وقوع العقد على الكلي أو على المردد ، فالنزاع يكون حينئذ في موضوع العقد . لكن في كون أصالة الصحة تصلح لاثبات موضوع العقد تأمل ، فإذا اختلف البائع والمشتري في أن البيع وقع على عبد البائع أو على ولده ، فاثبات وقوعه على العبد بأصل الصحة محل تأمل . والمتيقن أن أصالة الصحة إنما تثبت شرائط العقد ، لا مقوماته ، فجعل الجميع من باب واحد غير ظاهر . وكذا الحكم في سائر العقود .

(٢) يظهر من الجواهر أنه مفروغ عنه عندهم . لأن كلاً منها مدع ومنكر لما يدعيه الآخر ، فان أقام أحدهما البينة عمل بها ، لأن البينة على المدعي ، وإن لم يكن لأحدهما بينة كان على كل منهما اليمين التي هي وظيفة المنكر ، فان حلف أحدهما ونكل الآخر حكم للحالف ، وإن حلفا معا تبطل الدعويان معا . ومقتضى ذلك الانفساخ . وكذا لو أقام كل منهما البينة على دعواه .

تنبيه فيه أمور :

الأول : أن كون المقام من باب التداعي لا من باب المدعي والمنكر مبني على أن المعيار في حصول التداعي والمدعي والمنكر مصب الدعوى ، فإن دعوى الزوج أن العقد كان على فاطمة مثلاً خلاف الاصل ، فيكون بذلك مدعياً ، وكذا دعوى الولي أن العقد كان على خديجة مثلاً . أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود من الدعوى ، فقد يكون كل واحد منهما مدعياً ، بأن كان لكل واحد منهما غرض يقصد تحصيله ، فالزوج يدعي أنها فاطمة يقصد تمكينه من استمتاعه بها ، والولي يدعي أنها خديجة يطلب الانفاق عليها ، فيكون كل واحد منهما مدعياً ومنكراً لما يدعيه الآخر . أما إذا كان الغرض لأحدهما دون الآخر ، كما إذا كانت فاطمة غائبة لا يمكن الاستمتاع بها ، فالمدعي يكون هو الولي لا غير . وكذلك إذا كانت خديجة ناشراً أو غائبة على نحو لا تستحق نفقة مثلاً ، فالمدعي يكون هو الزوج لا غير . والتداعي يتوقف على أن يكون الغرض من الدعوى من كل منهما المطالبة بحق .

الثاني : أن جعل الولي طرف الدعوى يتوقف على كونه ولياً في جميع الجهات وعلى جميع الحثيات . أما إذا كان ولياً على العقد لا غير - كما هو القالب - فهو لا يطالب بحق ولا يطالب بحق . وعلى التقدير الأول يكون من التداعي بالعرض ، لا بالأصل ، فإن الزوج يدعي الحق على فاطمة ، وخديجة تدعي الحق عليه ، فهناك خصومتان ، لإحداهما بين الزوج وفاطمة ، والأخرى بينه وبين خديجة ، والزواج في الأولى مدع ، وفي الثانية منكر ، والولي كالأوكيل للزوجتين ، ينكر دعوى الزوج على فاطمة ويدعي حقاً لخديجة عليه ، كما لو ادعى شخص على زيد ديناً ، وادعى عمرو على ذلك الشخص ديناً ، وقد وكل زيد وعمرو جميعاً بكرراً على

كما في سائر العقود (١) . نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها وهي ما إذا كان لرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند للعقد ، ولا عينها بغير الاسم ، لكنه قصد لها معينة ، واختلفا فيها ، فالمشهور على الرجوع الى التحالف (٢) ، والذي هو مقتضى قاعدة للدعاوى . وذهب جماعة الى التفصيل (٣) بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فانقول قول الأب ، وما لو لم

الخاصة مع ذلك الشخص ، وليس هو من التداعي في شيء .
الثالث : أن الزوج تارة : يوكل الأمر الى الولي ، فيزوجه الولي ، ثم يقع النزاع بينهما في تعيين الزوجة . وأخرى : يشترك معه في العقد ، فتارة : يوجب الولي ويقبل الزوج . وأخرى : يوجب الزوج ويقبل الولي . ففي الصورة الأولى لا ينبغي التأمل في أن القول قول الولي بيمينه ، لأنه وكيل على العمل ، فيقبل قوله ، ويكون خصمه مدعياً . وأما في الصورة الثانية ، ففي كونه كالصورة الأولى لكون الموجب هو المنشيء والقابل تابع له ، وعليه يكون الحكم في الصورة الثانية أن القول قول الزوج . أولاً ، لعدم الاستقلال للموجب في الإيقاع ، لكونه متوقفاً على القبول ، فيكون الفعل مشتركاً بينهما . وجهان ، أقواهما : الثاني .

(١) مما ذكرنا تعرف عدم اطراد الحكم المذكور في سائر العقود أيضاً .
وأشرنا الى ذلك في فصل التنازع من كتاب الاجارة من هذا الشرح . فراجع .
(٢) لم أقف على من نسب ذلك الى المشهور . نعم حكى عن الحلي ،

والمسالك ، والروضة ، وشرح النافع . واختاره في جامع المقاصد :
(٣) نسب الى الشيخ في النهاية ، والقاضي ابن البراج . واختاره الفاضلان ، والشهيد في اللمعة ، وغيرهم . وفي المسالك : نسب ما ذكره المحقق الى أكثر الأصحاب .

ج ١٤ (إذا وقع النزاع فيمن قصد الاب من بناته اذا زوج احداهن) ٣٩٩ -

يرهن فالنكاح باطل . ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الخدء (١)
وهي وإن كانت صحيحة إلا أن إعراض المشهور عنها (٢)

(١) رواها الكليني عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد . وعن علي بن
ابراهيم عن أبيه ، جميعاً عن ابن محبوب ، عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة
قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار ،
فزوج إحداهن رجلاً ، ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود ، وقد كان
الزوج فرض لها صداقاً ، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى
من الثلاثة ، فقال الزوج لأبيها : إنما تزوجت منك الصغيرة من بناتك .
قال : فقال أبو جعفر (ع) : إن كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له
واحدة فالقول في ذلك قول الأب . وعلى الاب فيما بينه وبين الله تعالى
أن يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجهن إياه عند عقدة النكاح .
وإن كان الزوج لم يرهن كلهن ، ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح ،
فالنكاح باطل » (١٥) . ورواه الصدوق بإسناده عن جميل بن صالح ،
والشيخ بطريق فيه محمد بن عمرو .

(٢) قد عرفت أن الاعراض عنها إنما كان من الحلّي ، الذي يعرف
من مذهبه أنه لا يعمل بأخبار الآحاد . وتبعه على ذلك في الروضة والمسالك ،
على ما قيل . وإن كان في المسالك - بعد ما حكى عن الحلّي الرد - قال :
« ولعله أجود . . الى أن قال بعد ذلك : وحينئذ يقوى الاشكال في رد
هذه الرواية ، نظراً الى صحتها . وللتوقف في ذلك مجال » . وفي جامع
المقاصد : جعل ما عن الحلّي أقوى ، ومثله عن شرح النافع . وأما المحقق ،
والعلامة ، وأكثر الأصحاب على ما تقدم في المسالك ، فقد عملوا بها .
لكن بعد تخريجها وحملها على ما لا ينافي القواعد . فلم يكن منهم عمل

(١٥) راجع الوسائل باب : ١٥ من ابواب عقد النكاح .

مضافاً الى مخالفتها للقواعد (١) مع إمكان حملها على بعض الحامل (٢) ، يمنع عن للعمل بها . فقول المشهور لا يخلو عن قوة . ومع ذلك الاحوط مراعاة الاحتياط . وكيف كان لا يتعدى عن موردها .

واعتماد ، ولا إعراض مسقط عن الحجية .
 (١) المخالفة للقواعد لازمة لأكثر أدلة الاحكام ، ولا توجب وهذا ولا انحطاطاً عن مقام الحجية .
 (٢) قال في الشرائع : « إذا كان للرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند العقد ، لكن قصدتها بالنية ، واختلفا في المعقود عليها ، فان كان الزوج رآهن فالقول قول الأب ، لأن الظاهر أنه أوكل التعيين اليه . وعليه أن يسلم اليه التي نواها . وإن لم يكن رآهن كان العقد باطلاً . ونحوه في القواعد وغيرها . لكن في المسالك : « دعوي أن رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الأب ، وعدمها على عدمه في موضع المنع ، لأن كل واحدة من الحالتين أعم من الرضا بتعيين الأب وعدمه . وليس في الرواية على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك . بل في هذا التنزيل تخصيص لها في الحالين . وحينئذ فاللازم إما العمل بالرواية من غير حمل - كما فعله الشيخ - أو ردها رأساً والحكم بالبطلان في الحالين - كما فعل ابن ادریس - ولعله أجود ، لأن العقد لم يقع على معينة مخصوصة منها ، وهو شرط صحته . ولأجل ذلك قال في كشف اللثام : « لا بعد في أن يكون التفويض الى الولي جائزاً في النساء اللاتي رآهن ، لأنهن تعين عنده ، دون من لم يرهن ، لكثرة الجهالة . لا أن الرؤية دليل على التفويض ، وأن التفويض جائز مطلقاً . فحمل الرواية على بيان أن الرؤية شرط في صحة التفويض ، فاذا لم ير الزوج البنات لا يصح منه تفويض الأمر الى

الاب ، ولذا رأهن صح له ذلك .

ويشكل : بأن الرؤية ليست شرطاً في صحة التزويج مباشرة ، ولا في صحة تفويضه الى غيره . ضرورة أنه يجوز للانسان أن يفوض تزويجه الى غيره وإن لم يكن قد رأى امرأة من النساء . فان أراد أن الرؤية شرط في صحة التفويض كلية فذلك مما لا يمكن القول به . وإن أراد ذلك في مورد الرواية بالخصوص - وهو من كان له بنات فأراد انسان تزويج واحدة منهن ، فانه لا يجوز له تفويض الأمر اليه إلا إذا رأهن كلهن - فذلك إن تم لا يجدي في توجيه الرواية وتطبيقها على القواعد ، لأن مورد الرواية النزاع في التفويض وعدمه ، فلو سلمنا أنه لا يصح التفويض إلا مع رؤية الجميع لم يجد ذلك في تقديم قول الأب . إلا إذا ثبت التلازم بين الرؤية والتفويض ، ولا يكفي في تقديم قول الأب شرطية الرؤية للتفويض ، كما لعله ظاهر بأقل تأمل . وكاشف اللثام (قده) لم يدع هذه الملازمة ، ليصح منه توجيه الرواية وتخريجها على وجه لا تخالف القواعد ، المانعة من تقديم قول الأب المدعي للتفويض بلا بينة . بل ظاهرها تقديم قوله بلا يمين أيضاً . وهذا الاشكال مشترك بين ما ذكره كاشف اللثام وما ذكره المحقق . اللهم إلا أن تحمل الرواية على إرادة تقديم قوله في الجملة ولو مع اليمين ، كما استظهره في الجواهر . لكنه غير ظاهر .

وبالجملة : تقديم قول الأب بناء على ما ذكره المحقق ومن وافقه من أن الرؤية أمانة على التفويض ، يكون في محله ، لأن دعوى الأب موافقة للحجة ، فيكون القول قوله . نعم ظاهر الرواية عدم الحاجة الى اليمين ، وهو غير جار على القواعد على كل من التخريجين ، فان الأب وإن كان منكراً على تخريج المحقق ، لكن المنكر لا يقبل قوله بلا يمين . أما بناء على تخريج كاشف اللثام فالأب يكون مدعياً ، فقبول قوله بلا يمين ولا

(مسألة ٢٠) : لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه (١)

بينه أبعد عن العمل بالقواعد . ولأجل ما ذكرنا يشكل التوجيهان معاً .
 وحينئذ يدور الأمر في الرواية بين الأخذ بظاهرها ، وطرحها . لكن الأول
 متعين أصحتها ، وعدم ما يقتضي وهنها ، كما عرفت . فلاحظ :
 (١) قال في الشرائع : « يشترط في النكاح امتياز الزوجة عن غيرها
 بالإشارة أو التسمية ، أو الصفة . فلو زوجه إحدى بنتيه ، أو هذا الحمل ،
 لم يصح العقد » . ومثله في القواعد وغيرها . ويظهر من كلماتهم أنه مما
 لا خلاف فيه . بل في المسالك : جعل المنع في الحمل أولى ، لعدم التعيين
 لاحتمال كونه واحداً وأزيد . مضافاً إلى احتمال كونه غير قابل لنكاح المخاطب ،
 بأن يكون ذكراً أو خنثى مشكلاً . انتهى . ويشكل بأن اعتبار التعيين في
 مقابل التردد أو جعله كلياً تقدم في المسألة السابعة عشرة . وأما التعيين
 في مقابل الجهالة بالوحدة والتعدد ، والذكورة والأنوثة ، فلا دليل عليه .
 فلو قال له : « زوجتك من في الحجر من الجواري واحدة كانت أو
 متعددة » أو « زوجتكها إن كانت أنثى » فلا دليل على بطلانه ، ومقتضى
 الاطلاقات الصحة . لكن ظاهر الأصحاب المنع من نكاح الحمل وإنكاحه
 وإن علم أنه واحد ، أو أنثى ، أو ذكر : وحينئذ فلا يكون المنع من جهة
 فقد التعيين ، بل لخصوصية فيه . ولعله إجماع منهم . وفي الجواهر : أن
 العمدة فيه الإجماع إن تم . انتهى . وكأنه متوقف في تحقق الإجماع على المنع .
 والمصنف (ره) علل الحكم بالانصراف . وكان منشأ الانصراف كون
 الحمل ناقص البشرية ، فلا ينصرف إليه الدليل . لكن إن كان توقف فهو
 في الحمل بعد ولوج الروح فيه . أما قبل ذلك : فلا ينبغي التأمل فيه
 لاعتبار الإنسانية في تحقق الزوجية المفقودة فيه . وأما بعد ولوج الروح :
 فيمكن أن يكون الوجه أيضاً في المنع عدم ثبوت الولاية على الحمل بالنسبة

وإن علم ذكوريته أو أنوثيته ، وذلك لانصراف الأدلة . كما لا يصح للبيع أو للشراء منه ولو بتولي للولي . وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية (١) ، بل أو تمليكية أيضا .

(مسألة ٢١) : لا يشترط في للنكاح علم كل من للزوج وللزوجة بأوصاف الآخر (٢) مما يختلف به للرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته ، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها . فلا تجري قاعدة للفرر هنا (٣) .

الى ذلك ، فيكون المنع لقصور في المتصرف ، لا في موضوع التصرف . وأما البيع والشراء له : فالظاهر أنه في الجملة لا إشكال فيه ، فانه يجوز للوصي بيع التركة ، وإن كان بعض الورثة حملاً ، وإذا عزلت حصمة الحمل فخييف عليها جاز للحاكم الشرعي أو غيره بيعها بما لا يخاف عليه . فلاحظ . ومن ذلك تعرف الاشكال في قوله : « كما لا يصح . . . » .

(١) لا إشكال في أنه لا تصح الوصية العهدية الى الصبي منفرداً ، فضلاً عن الحمل . وأما منضمماً الى البالغ - بمعنى كونه وصياً حين الايضاء وإن كان لا يصح تصرفه - فالظاهر الصحة أيضاً ، لعدم الأدلة ، ولا يحتاج فيها الى القبول ، كي يدعى عدم الدلالة عليه ، فلا تصح : وأما التمليكية : فانه لو توقفت على القبول - كما هو المشهور - كفى القبول بعد الولادة منه بعد البلوغ ، أو من وليه قبله :

(٢) في الجواهر ادعى الضرورة على ذلك . ويقتضيه السيرة القطعية . نعم يظهر من كشف اللثام في المسألة السابقة قدح كثرة الجهالة . ولكنه غير ظاهر . (٣) فان النبوي المشهور : « نهى النبي عن بيع الفرر » (١٥) يختص

(١٥) الوسائل باب : ٤٠ من ابواب اداب التجارة حديث : ٢ ، مستدرک الوسائل باب : ٢١

من أبواب اداب التجارة حديث : ١ ، كنز العمال الجزء : ٢ حديث : ٤٩٢٠ ، ٤٩٢٣ .

فصل في مسائل متفرقة

(الأولى) : لا يجوز في للنكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس للعقد (١) ،

بالبيع : وما في بعض كتب العلامة من أنه نهى النبي عن الغرر (١٥) لم يثبت ، كي يدل على المنع عن الغرر في المقام وغيره من المعاوضات غير البيع . ولو ثبت فالسيرة القطعية توجب الخروج عنه . والله سبحانه ولي السداد .

فصل في مسائل متفرقة

(١) اتفاقاً ، كما في كشف اللثام . بل في الجواهر : « لا أجد خلافاً في بطلان شرط الخيار ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، وفي مكاسب شيخنا الأعظم : « عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك : الاجماع عليه . » وعلة في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما : بأنه ليس معاوضة محضة . ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه . ولأن فيه شائبة العبادة ، والعبادات لا يدخلها الخيار . ولأن اشتراط الخيار يفضي الى فسخه بعد ابتداء المرأة ، وهو ضرر ، ولهذا وجب بالطلاق قبيل الدخول نصف المهر جبراً له . ولعدم الحاجة اليه ، لأنه لا يقع إلا بعد فكر وروية وسؤال كل من الزوجين عن صاحبه ، بخلاف البيع في الأسواق بلا فكر وروية . ولما في خبر أبان من قول الصادق (ع) : « إنك إن لم تشترط (يعني : تشترط الايام)

(١٥) التذكرة الفصل الثاني من الاجارة الركن الثالث المسألة الثانية .

فلو شرطه بطل . وفي بطلان للعقد به قولان ، المشهور على أنه باطل (١) .

كان تزويج مقام ، (١٥) . وفي خبر آخر : « تزويج البتة » (٢٥) ، فان ذلك يشعر بالاستقرار وعدم التزلزل ، لكن الجميع كما ترى ظاهر الاشكال : وقد يستدل له بما في صحيح الحلبي المروي في المفقيه والمهذيب : « إنما يرد النكاح من البرص ، والجذام ، والجنون ، والعقل » (٣٥) . ويشكل بأن الظاهر نفي الرد من غير المذكورات من العيوب ، لا نفي الرد مطلقاً . ومثله دعوى أن اللزوم في عقد النكاح من الأحكام لا من الحقوق ، فاذا كان من الأحكام كان منافياً لشرط الخيار ، والشرط المنافي لمقتضى العقد باطل . فانها لا تخلو من مصادرة ، إذ لا يظهر الفرق في مرتكزات العرف بين النكاح وغيره من عقود المعاوضات . اللهم إلا أن يستدل على ذلك بعدم صحة التقابل فيه ، فيدل ذلك على لزومه بنحو لا يكون الاختيار فيه للمتعاقدين ، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضاه ، اللهم إلا أن يناقش في ذلك بدعوى كون ذلك مقتضى اطلاقه ، لا مقتضى ذاته .

فاذا العمدة فيه الاجماع المدعى ، وإن كان ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز ، لأنه نسب المنع الى المشهور . ولكن لم يعرف بذلك قائل ، ولا من نسب ذلك الى قائل . وفي جامع المقاصد : أنه قطعي : وقد عرفت حكاية الاجماع عليه عن جماعة .

(١) نسب البطلان الى المشهور في كلام جماعة ، منهم المسالك ،

(١٥) الوسائل باب : ٢٠ من ابواب المتعة حديث : ٢ .

(٢٥) لم نشر عليه في وظائفه من ابواب الوسائل ومستدرکها والحدائق . نعم ذكره في الجواهر في المسألة الرابعة في اشتراط الخيار في الصداق خاصة من مسائل احكام العقد .

(٣٥) من لا يحضره الفقيه الجزء : ٣ صفحة : ٢٧٣ ، والمهذيب : الجزء : ٧ صفحة : ٤٢٤

طبعة النجف الحديثة ، الوسائل باب : ١ من ابواب العيوب والتدليس حديث : ٦ وملحقه .

وعن ابن إدريس : أنه لا يبطل (١) ببطان للشرط المذكور . ولا يخلو قوله عن قوة ، إذ لا فرق بينه وبين سائر للشروط للفاسدة فيه ، مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد . ودعوى : كون هذا للشرط (٢) منافياً لمقتضى للعقد ، بخلاف سائر للشروط للفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة . كما ترى (٣) .

وكشف اللثام ، والجواهر .

(١) قال فيما حكى عنه : « لا دليل على بطلان العقد من كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع ، بل الإجماع على الصحة ، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا ، وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم . اختاره الشيخ على عادته في الكتاب » .

(٢) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر ، وجعلها الوجه في بطلان العقد ببطان الشرط في المقام ، وإن قلنا بأن فساد الشرط بالخالفه للكتاب والسنة لا يبطل النكاح . ووجه منافية الشرط لمقتضى العقد : أن مقتضى العقد اللزوم ، فالخيار مناف له .

(٣) لأن بطلان العقد بالشرط المنافي إنما يكون في الشرط المنافي لمفهوم العقد كما في : « بعثك بلا ثمن » أو « أجزتك بلا أجر » ، أو المنافي لمقتضاه وكان الاقتضاء عرفياً ، لأنه حينئذ يمتنع القصد إلى مضمون العقد ومضمون الشرط ، لأنه من القصد إلى المتنافيين . أما إذا كان الاقتضاء شرعياً محضاً - كما في المقام - فلا مانع من القصد إلى المضمونين معاً ، إما لعدم الالتفات إلى مقتضى العقد شرعاً ، أو مع الالتفات إليه وقصد خلافه تشريعاً . ودعوى : كون اللزوم من ذاتيات النكاح ، لا من أحكامه الشرعية ، ولا من حقوق المتعاقدين . كما ترى ، مما لا يساعدها عرف ، ولا شرع ، فإن ثبوت الخيار لأحد الزوجين في العيوب إذا كانت في الآخر

وأما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه (١) ، ولكن لا بد من تعيين مدته (٢) . وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر ، فيرجع الى مهر المثل . هذا في للعقد للدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر . وأما في المتعة حيث أنها لا تصح

مما لا ريب فيه ، ولا يعد منافياً لمفهومه . هذا مضافاً الى أن التحقيق أن عقد الانقطاع راجع الى عقد التزويج بشرط الانفساخ في الأجل ، ولا ريب أن شرط الانفساخ أولى بالمنافاة للنكاح من شرط الخيار ، فاذا ثبت عدم المنافاة في الأول ، فعدم المنافاة في الثاني أولى .

ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الشرائع من التردد ، وجعل منشأه الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضي وارتفاعه عن تطرق الخيار ، والالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط . انتهى . فان وجه الثاني إن تم لم يكن وجه للصحة . وإلا فلا موجب للبطلان :

(١) كما هو المعروف بينهم ، المصرح به في كلام جماعة ، كالشرائع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرها ، مرسلين له لإرسال المسلمات ، من دون تعرض فيه لخلاف ، أو إشكال ، معللين له بأن الصداق ليس ركناً في العقد ، بل عقد في ضمن العقد ، فلا مانع من الخيار فيه ، ويبقى أصل النكاح بحاله ، كما لو خلى من أول الأمر عن الصداق .

(٢) كما صرح بذلك في المسالك والجواهر وكشف اللثام أيضاً . لكن احتمال فيه العدم ، لإطلاق العبارات . وفي الجواهر : « ربما احتمال فيه عدم اعتبار ضبطه ، لذلك (يعني : إطلاق الاصحاب) ، ولأنه يفترض فيه من الجهالة مالا يفترض في غيره . لكن المذهب الأول . ولم يظهر وجهه في قبيل إطلاق الأدلة . اللهم إلا أن يكون ترك التعيين موجباً للابهام من كل وجه ، بحيث لا يقدم عليه العقلاء .

بلا مهر ، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (١) .
 (الثانية) : إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو
 ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها ، حكم لهما بذلك (٢) في ظاهر
 للشرع ، ويرتب جميع آثار للزوجية بينهما . لأن الحق
 لا يعدوهما (٣) ، ولقاعدة الاقرار (٤) . وإذا مات أحدهما ورثته

(١) لأنه بفسخ المهر يفسخ العقد ، لاعتبار المهر في عقد المتعة حدوداً
 وبقاء ، فيرجع اشتراط الخيار فيه الى اشتراطه في عقد النكاح ، الذي
 عرفت الاجماع على عدم صحته . اللهم إلا أن لا يشمل المقام . لكنه كما
 ترى ، بل المقطوع به أن حكمهم بصحة اشتراطه في الصداق مختص بالدائم .
 يظهر ذلك بأقل تأمل في كلامهم . فلاحظ .

(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرها ، بلا خلاف في ذلك ظاهر ،
 وفي الحدائق : أنه لا ريب في الحكم المذكور .

(٣) قال في المسالك : ولأن الحق ينحصر فيها ، وقد أقر به ،
 فيدخلان في عموم : (اقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١٥) ، لأنه الفرض ،
 ونحوه ما في كشف اللثام والحدائق والجواهر . والمصنف جعله في مقابل
 قاعدة الاقرار . وهو بناء على ذلك غير ظاهر . اللهم إلا أن يرجع الى الدعوى
 بلا معارض . لكن دليله من النص - إن تم - لا يشمل المقام . أو يرجع
 الى الاخبار عن نفسه أو ما تحت يده ، كما لو أخبر بطهارة بدنه ونجاسته
 ونحوهما . لكن عمومها للمقام غير ثابت . وكذا لو أخبر عن نسبه ، وعدالته ،
 واجتهاده ، وفقره .

(٤) لكن القاعدة تختص بما يكون على نفسه ، فلا تشمل ما يتعلق
 بغيره ، ومنه إرث أحدهما من الآخر ، فإنه يتعلق بوارثه . فالأولى التمسك

(١٥) غرالي الثاني : اواخر الفصل التاسع من المقدمة ؛ كتاب الشهاب للقضامي الصفحة : ١٢ .

الآخر . ولا فرق في ذلك بين كونها بلديين معروفين أو غريبين (١) . وأما إذا ادعى أحدهما للزوجية وأنكر الآخر فيجري عليها قواعد للدعوى (٢) ، فإن كان للمدعي بينة (٣) وإلا فيحلف المنكر أو يرد لليمين ، فيحلف المدعي ويحكم له بالزوجية . وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر (٤) . لكن يجب على كل منهما العمل على للواقع (٥) بينه وبين الله . وإذا

له بالإجماع ، ويكون حينئذ من صغريات قاعدة : من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، فيكون الإجماع عليه دليلاً على القاعدة ، كسائر الموارد التي كان الإجماع عليها دليلاً على القاعدة المذكورة . والظاهر أن هذه القاعدة كما هي معقد لإجماع قولي ، معقد لإجماع عملي ، وسيرة المتشعبة . بل الظاهر أنها قاعدة عقلانية أيضاً .

(١) خلافاً لبعض العامة ، فمنع من قبول الاقرار في البلديين بناءً منه على اعتبار الأشهاد في النكاح ، وسهولة إقامة البينة في البلديين . وضعف المبني والابتناء ظاهر ، ضرورة عدم اعتبار الأشهاد عندنا . ولو سلم فإنما يعتبر في مقام الثبوت . لا الإثبات . ولو سلم فلا فرق بين البلديين والغريبين ، لا مكان لإشهاد البلديين غريبين ، فيصعب الأشهاد ، وبالعكس ، فيسهل الأشهاد . مضافاً إلى أن قبول الاقرار لا يختص بالبلد .

(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرها ، مرسلين له لإرسال المسلمات : ويقتضيه عموم الأدلة .

(٣) يعني : تسمع البينة ، ويحكم بثبوت الزوجية .

(٤) يعني : آثار الحكم بالزوجية في الظاهر . عملاً بأدلة وجوب العمل بالحكم ، وحرمة رده .

(٥) كما صرح به في المسالك وكشف اللثام وغيرها ، ويظهر منهم

حلف المنكر حكم بعدم للزوجية بينهما ، لكن المدعي مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه . فليس له إن كان هو للرجل تزويج الخامسة ، ولا أم المنكرة ، ولا بنتها مع للدخول بها ، ولا بنت أخيها أو اختها إلا برضاها ، ويجب عليه إيصال المهر ليها . نعم لا يجب عليه نفقتها ، لنشوزها بالانكار (١) . وإن

أنه إجماعي . فان الحكم عندنا طريق ، لا موضوع لتبدل الواقع . ففي صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال رسول (ص) : إنما أقضي بينكم بالبينات والایمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ، فأیما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار » (١٥) . هذا مع العلم بالواقع . أما مع قيام حجة عليه فالظاهر أن حكم الحاكم مقدم عليه ، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث التقليد . فراجع .

(١) قال في المسالك : « وأما النفقة : فلا تجب عليه ، لعدم التمكين الذي هو شرط وجوبها » ونحوه في كشف اللثام والجواهر . وفي الخدائق نسبتها الى الأصحاب . وهو يتوقف على أن الشرط في النفقة التمكين ، فإذا فات ولو لعذر لم تجب . ولأجل أن التحقيق أن التمكين ليس شرطاً في وجوب النفقة ، بل عدم النشوز ، والنشوز مانع من وجوبها ، عدل المصنف عن التمليل المذكور في كلامهم الى التعليل بما ذكر . لكن لم يتضح كون الانكار يقتضي النشوز ، لأنه التمرد على الزوج والامتناع من أداء حقوقه لغیر عذر ، والانكار نفسه ليس كذلك . نعم العمل عليه يكون نشوزاً . لكن لا مطلقاً ، بل إذا لم يكن عن عذر ، فان الحائض يحرم عليها التمكين ، فإذا امتنعت منه لم تكن ناشزاً ، والمستطیعة يجب عليها السفر ، فإذا سافرت بغیر إذن الزوج لم تكن ناشزاً ، إذ لا دليل على ذلك . مع أن الظاهر أنه

كانت هي المدعية لا يجوز لها للتزويج بغيره (١) إلا إذا طلقها ولو بأن يقول : « هي طالق إن كانت زوجتي » . ولا يجوز لها للسفر من دون إذنه . وكذا كل ما يتوقف على إذنه . ولو رجع المنكر الى الاقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجة بينهما؟ (٢) فيه قولان . والأقوى : السماع ، إذا أظهر عذراً لانكاره ،

لا إشكال فيه . فاذا كان إنكارها الزوجية عن عذر لم تكن ناشزاً ، وإلا كانت ناشزاً إذا عملت على ذلك الانكار ، بنحو يكون فيه تمرد على حقوق الزوج .

(١) كما صرح بذلك الجماعة لما سبق .

(٢) السماع منه تارة : بلحاظ الحكم بالزوجية ، فيكون الحكم كما لو تصادقا من أول الأمر . ولم أقف على وجود قولين في المسألة . والذي ينبغي أن يقال : إن الحكم بالزوجية إذا تصادقا من أول الأمر إن كان المستند فيه قاعدة : « من ملك شيئاً . . . » فالظاهر أن القاعدة المذكورة كما تدل على حجية الاقرار بالثبوت ، كذلك تدل على حجية الاقرار بالعدم . وحينئذ تتعارض في المقام بالنسبة الى الانكار والاقرار ، فلا يسمع أحدهما . اللهم إلا أن يقال : إنه يملك الاقرار بكل منهما ، كما يملك الخدش فيهما ، فاذا ذكر عذراً له في الانكار السابق كان الاقرار اللاحق حجة ، وإذا ذكر عذراً له في الاقرار اللاحق كان الانكار السابق حجة . لأن دليل القاعدة يقتضي جواز التعويل عليه في ذلك كله . وإن كان المستند فيه قاعدة : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » تعين العمل على الاقرار ، ولا يعتمد بالانكار السابق ، عملاً باطلاق دليل القاعدة . وكان احتمال عدم السماع في المقام مبني على انصراف القاعدتين الى غير الفرض : وأخرى : بلحاظ جهات أخر يأتي الكلام فيها .

ولم يكن متهماً (١) ، وإن كان ذلك بعد الحلف (٢) . وكذا المدعي إذا رجع عن دعواه (٣) وكذب نفسه .

(١) اقتصاراً على القدر المتيقن من معقد الاجماع في قاعدة : « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » .

(٢) فان الحلف وحكم الحاكم به لا يوجبان تبدل الواقع ، إذ لا موضوعية لها في ذلك عندنا . نعم في مسألة اختلاف الزوجين في وقوع العقد حال الاحرام إذا كان المدعي لذلك الزوج ، وكانت المرأة منكراً ، فحلفت ، وحكم لها الحاكم ، فعن المبسوط : أنه يتنصف المهر إذا كان قبل الدخول . وفي الدروس : « ظاهر الشيخ انفساخ العقد حينئذ ، ووجوب نصف المهر إذا كان قبل المسيس وجميعه بعده » . وإشكاله ظاهر ، إذ لا مقتضى لهذا الانفساخ ، ولا سيما وكونه خلاف ظاهر الأصحاب . وأما السماع بلحاظ الخصومة : فلا مجال له . إذ بالاقرار حصل الاتفاق بين الزوج والزوجة والتصديق على الزوجية ، فلا خصومة بينهما . وأما السماع بلحاظ إلزام المنكر باللوازم الشرعية ، بمعنى : أن الاقرار مانع من الزامه بلوازم الانكار من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو الظاهر ، لأنه يكفي في سقوط ذلك الالتزام احتمال الصحة ، إذ لا دليل على وجوب الأمر بالمعروف إذا لم تكن حجة على الاصرار على المنكر ، فما دام الفاعل محتمل الصحة يسكت ، ولا يجب أمره بالمعروف . اللهم إلا أن يكون دليل نفوذ الاقرار على المقر يقتضي ذلك ، كما سيأتي من بعض .

(٣) يعني : أنكر الزوجية ، ووافق خصمه على نفي الزوجية ، فانه يسمع إنكاره وإن كان انكاراً بعد الاقرار . والسماع هنا إن كان بالنسبة الى نفي الزوجية : فهو في محله ، لما عرفت في الفرض السابق بعينه : وإن كان بالنسبة الى إلزامه بأحكام الزوجية التي أقر بها : ففيل : يؤخذ

بإقراره ، قال في الجواهر : « وفي المسالك لا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين حلف الآخر وعدمه ، لأنها مترتبة على نفس دعوى الزوجية . بل قيل : ولا بين تكذيب المدعي دعواه بعد ذلك وعدمه . قلت : هو كذلك . لكن قد يقال : إن ذلك كله جائز للمدعي إذا اعترف بعد ذلك بأنه قد كان مبطلاً في الدعوى . لأنه شيء لا يعلم إلا من قبله . مع احتمال الالتزام بإقراره . انتهى ما في الجواهر . والظاهر أن مراد المصنف بالسماع في هذا الفرض : السماع بلحاظ ذلك ، لا بلحاظ نفى الزوجية . ووجهه : أنه لا عموم في قاعدة الإقرار لما إذا ذكر عذراً في الإقرار غير بيان الواقع ، لأنها وإن كانت شرعية ، لكنها أمضاء لما عند العقلاء . لا تأسيس حجية ، فالدليل الدال عليها بقريضة ذلك ينزل على ما عند العقلاء . والظاهر أن بناءهم على عدم الأخذ بالإقرار إذا كان صادراً لغير بيان الواقع بل لأمر آخر . لذلك قال في الشرائع في كتاب الإقرار : « إذا شهد على نفسه بالبيع وقبض الثمن ، ثم أنكر فيما بعد ، وادعى أنه أشهد تبعاً للعادة ، ولم يقبض . قيل : لا تقبل دعواه ، لأنه مكذب لإقراره . وقيل : يقبل ، لأنه ادعى ما هو معتاد . وهو أشبه . وفي المسالك : نسبة الأخير إلى الأكثر . وفي الجواهر : « لم نتحقق القائل بالأول من العامة ، فضلاً عن الخاصة ، وإنه لم نجد خلافه في القبول » . واستدل له بما دل على أن البيئة على المدعي ، واليمين على من أنكر . ويشكل : بأنه خلاف ما دل على عدم قبول الإنكار بعد الإقرار . ويندفع : بأن الدليل عليه ليس إلا ما دل على نفوذ الإقرار ، فإذا كان الدليل قاصراً عن شمول الإقرار الصادر لغير بيان الواقع ، بل لسبب من الأسباب ، لم يكن دليل على عدم قبول الإنكار في المقام ، فتكون دعوى المواطاة مسموعة ، لعدم الأدلة ، كدعوى فسق الشاهد .

نعم لما كانت دعوى المواطاة خلاف الأصل في الخبر كان مدعيها مدعياً ، ومنكرها منكرأ عليه اليمين ، فاذا حلف المنكر المشتري على عدم المواطاة بطلت دعوى المواطاة من البائع . ومن ذلك يظهر أن اليمين من المنكر في المقام على عدم المواطاة لا على عدم القبض - كما عن الكفاية - ولا على أحدهما كما عن جامع المقاصد والروضة - لأن الدعوى لم تكن على القبض ، وإنما كانت على المواطاة لا غير ، فاليمين على القبض خارجة عن محط الدعوى .

ومن ذلك يتحصل أمور : (الأول) : ان الاقرار في قاعدة : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وقاعدة : « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، يختص بالاقرار الصادر لبيان الاعلام ، ولا يشمل ما كان صادراً لفرض آخر أو غلطاً . (الثاني) : ان الاقرار في قاعدة : « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » لا يختص بالاقرار بالوجود ، بل يعم الاقرار بالعدم ، والاقرار بالחדش في اقراره بالوجود أو العدم . فاذا أقر الحاكم الشرعي بالحكم بالهلال قبل ، وإذا أقر بعدم الحكم قبل ، وإذا أقر بأن اقراره بالحكم كان سهواً أو غلطاً قبل ، وكذا في إقراره بالعدم . (الثالث) : أنه لا يختص الاقرار الخارج عن عموم القاعدتين بما كان خلافه عادياً كما يظهر من الشرائع . فاذا ادعى المقر بحدش في إقراره بأمر غير عادي يقبل الحدش ، ويسقط الاقرار . ولذلك قال في الجواهر : « إن الأقوى في النظر ، إن لم يكن إجماع ، عدم خصوصية للمقام ، فتسمع الدعوى مطلقاً إذا ذكر وجهها ممكنناً لاقراره الأول » . (الرابع) : ان السماع في الفرض الأول المذكور في المتن بلحاظ الحكم بالزوجية ، والسماع في الفرض الثاني بلحاظ إلزامه بأحكام ما أقر به أولاً من باب الأمر بالمعروف ، فلا يلزم به (الخامس) : أن الوجه في السماع في الأول قاعدة : « من ملك . . . » والوجه في السماع

نعم يشكل للسمع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه على دعواه (١) ، ، إلا إذا كذبت للبينة أيضا نفسها .

(الثالثة) : إذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج

فادعى زوجيتها رجل آخر ، لم تسمع دعواه ، إلا بالبينة (٢) .
نعم له مع عدمها على كل منها لليمين . فان وجهه للدعوى

في الثاني : اختصاص قاعدة : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، بغير المورد . فالسمع في المقامين ليس بلحاظ واحد ، ولا دليله في المقامين واحد . (١) لان تكذيبه البينة لا يسقطها عن الحجية ، وإنما يوجب سقوط حقه عند الحاكم ، فيجب العمل بالبينة ، ويكون الحال كما إذا أنكر بعد الإقرار من دون بيان خلل في الإقرار . وعليه فإذا كان مقتضاها لإلزامه بأحكام الإقرار من عدم تزويج الخامسة ، أو تزويج أمها ، أو أختها ، أو بنتها ، ونحو ذلك ، لزم العمل به .

(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما . ونسب الى جمع من الأصحاب ،

والى الأكثر . واستدل له بخبر يونس قال : « سألت عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان ، فسألها : لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوجها . ثم إن رجلا أتاه ، فقال : هي امرأتي ، فأنكرت المرأة ذلك ، ما يلزم الزوج ؟ فقال (ع) : هي امرأته إلا أن يقيم البينة » (١٥) . ونحوه مكاتبة الحسين ابن سعيد . وفي خبر عبد العزيز بن المهدي قال : « سألت الرضا (ع) قلت : جعلت فداك إن أخي مات وتزوجت امرأته ، فجاء عمي ، فادعى أنه كان تزوجها سرأ ، فسألته عن ذلك ، فأنكرت أشد الإنكار . وقالت : ما بيني وبينه شيء قط . فقال (ع) : يلزمك إقرارها . ويلزمه إنكارها » (٢٥) .

(١٥) الوسائل باب : ٢٣ من أبواب عقد النكاح حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٣ من أبواب عقد النكاح حديث : ١ .

وكان عدم التعرض فيه للبينة من جهة فرض السر في السؤال . واستدل له أيضا في المسالك وغيرها : بأن اليمين إنما تتوجه على المنكر إذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحق ونفع المدعي ، والأمر هنا ليس كذلك ، لأن المرأة لو صادقت المدعي على دعواه لم تثبت الزوجية ، لأن لإقرارها واقع في حق الغير ، وهو الزوج . وكذا الحال لو ردت اليمين على المدعي ، فانها لا تصلح حجة في منع الزوج عن حقه الثابت شرعاً . ونحوه يقرر فيما لو وجه الدعوى على الزوج .

لكن في المسالك : ذهب جماعة من الأصحاب الى قبول الدعوى ، وتوجه اليمين والرد هنا ، وإن لم تسمع في حق الزوج . وفائدته على تقدير الإقرار ثبوت مهر المثل على الزوجة للمدعي ، لحيلولتها بينه وبين البضع بالعقد الثاني . . . الى أن قال : وعلى تقدير رد اليمين على المدعي ، أو نكولها عن اليمين ، والقضاء للمدعي بالنكول ، أو مع اليمين ، فالحكم كذلك . ومبنى القولين : أن منافع البضع هل تضمن بالتفويت أم لا ؟ . . . الى أن قال : والقول بسماع الدعوى وثبوت الغرم متجه . عملاً بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من أنكر .

ويمكن أن يقال - كما في الجواهر وغيرها - : بسماع الدعوى وإن لم نقل بمالية البضع ، ولا بثبوت الغرم للحيلولة ، لعموم الأدلة . ويكفي في صحة سماع الدعوى ترتب الأثر في الجملة ، ولو عند فراق الزوج الثاني ، أو عند توجيه الدعوى عليه أيضاً فينكلان هو والزوجة ، فتثبت دعوى الأول ، أو يردا مع اليمين عليه ، فيحلف فتثبت أيضاً . إذ يكفي في صحة السماع ترتب الثمرة العملية في الجملة ، فانه إذا اختلف المالك والمستأجر في مدة الاجارة ، فقال المالك : عشر سنين ، وقال المستأجر : عشرين سنة ، سمعت دعوى المستأجر ، وإن لم يكن لها أثر فعلي . وكذلك لو باع عيناً

على المرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها . وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج وتبقى على زوجية الزوج مع عدمها (١) ، سواء كان عالماً بكذب المدعي أولاً ، وإن أخبر ثقة واحد بصدق المدعي ، وإن كان الأحوط حينئذ إطلاقها (٢) . فيبقى للنزاع بينه وبين

في يده على آخر ، فادعى ثالث أنها له ، لم تسمع دعواه ، وإن كان البائع عاجزاً عن دفع الغرامة ، فيكفي في سماع الدعوى ترتب الاستحقاق إذا كان في معرض أن يترتب عليه فعالية الاستيفاء . نعم إذا لم تكن هذه المعرضية لا مجال للسمع . والظاهر أنه إجماع .

ثم إنك عرفت في بعض المباحث السابقة أن منافع البضغ غير مضمونة ، فإذا صح الابتناء - كما في المسالك - فاللازم القول بعدم السماع . لكن الابتناء غير ظاهر ، كما تقدم . وهو العمدة فيما ذكره في الشرائع وغيرها . وأما النصوص : فظاهرها بيان تكليف الزوج ، وما يلزمه حين ما يدعي الرجل الزوجية ، قبل مراجعة القاضي والتحاكم عنده ، لا بيان كيفية حسم النزاع والخصام . فإذا لا مجال للاستدلال بها على عدم انقطاع الدعوى إلا بالبينة ، أخذاً بالاطلاق .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف (ره) بقوله : « نعم له مع عدمها . . . » ، وكان المناسب أن يقيد عبارته الأولى بما إذا كان التداعي بينهم في غير مجلس القضاء ، وهذه العبارة بما إذا كان التداعي في مجلس القضاء .

- (١) يعني : عدم البينة .
 (٢) لموثق سماعه قال : « سألته عن رجل تزوج أمة (جارية . خ ل) أو تمتع بها ، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة ، فقال : إن هذه امرأتي ،

للزوج ، فإن حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضا ، وإن نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على للزوجية بعد للرد عليه ، وإن كان قبل تمامية للدعوى مع للزوجة فيبقى للنزاع بينه وبينها كما إذا وجه للدعوى أولا عليه . والحاصل : ان هذه دعوى على كل من للزوج وللزوجة ، فمع عدم البينة إن حلفا سقط دعواه عليها ، وإن نكلا أو رد لليمين عليه فحلف ثبت مدعاه . وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه ، فإذا حلف للزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه ، وللزوجة لم تحلف بل ردت لليمين على المدعي أو نكلت ورد الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلط عليها لمكان حق للزوج ، إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه ، سواء قلنا (١) إن لليمين المردودة بمنزلة الاقرار ، أو بمنزلة للبينة ، أو قسم ثالث (٢) . نعم

وليست لي بينة . فقال (ع) : إن كان ثقة فلا يقربها ، وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه « (١٠) . ولم يعرف عامل به ، فيتعين حمله على الاستحباب ، للاحتياط .

(١) إذ هي على كل واحد من الوجوه المذكورة تكون مثبتة لحق الخالف على خصمه .

(٢) إذا كانت بمنزلة الاقرار تكون طريقاً الى إثبات الحق على المنكر فقط ، فلا يتعدى الى غيره ، كما هو حال الاقرار . وإذا كانت بمنزلة البينة تكون طريقاً الى إثبات المدعى ولو ازمه ، كما هو حال البينة . وإذا

في استحقاقها للنفقة والمهر المسمى على للزوج إشكال (١) ، خصوصاً إن قلنا أنه بمنزلة الاقرار (٢) أو للبينة . هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعي . وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يستمع بالنسبة الى حق للزوج ، ولكنها مأخوذة باقرارها ، فلا تستحق للنفقة على للزوج ولا المهر المسمى ، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها ، لأنها بغية بمقتضى إقرارها

كانت على وجه آخر فيمكن أن يثبت بعض اللوازم دون بعض . وقد ذكروا فروعاً تتفرع على الخلاف المذكور . منها : ما لو أقام المدعي عليه بيينة على أداء الدين أو البراء منه ، بعد أن حاف المدعي للدين . فان قلنا أن اليمين كالبيينة سمعت البيينة من المدعي عليه . وإن جعلناها كالاقرار منه لم تسمع ، لكونه باقراره (١*) مكذب لبيئته . والذي حكاه في الجواهر عن بعض متأخري المتأخرين : أنها قسم ثالث ، فقد يجري عليها حكم الاقرار ، وقد يجري عليها حكم البيينة ، وقد لا يجري عليها حكم أحدهما . وجعله في الجواهر هو المتجه . وكذلك المصنف في كتاب القضاء .

(١) لأن النفقة والمهر المسمى من حقوق الزوجة الثابتة لها لأجل زوجيتها ، فإذا ثبتت زوجيتها للمدعي باليمين المردودة فقد سقطت حقوق زوجيتها للآخر ، وثبتت لها بالاضافة الى المدعي لو لا إقرارها بنفي الزوجية له ، فلا وجه لمطالبتها الزوج بها . وبالجمله : مقتضى اليمين المردودة نفي حقوقها الثابتة لها من جهة زوجيتها لغير المدعي .
(٢) لما هو ظاهر من مقتضى الاقرار ، وسيأتي في المتن . وحال البيينة أظهر فإنها حجة على نفي الاستحقاق .

إلا أن تظهر عذراً (١) في ذلك . وترد على المدعي (٢) بعد موت للزوج أو طلاقه الى غير ذلك .

(للرابعة) : إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تهامية للدعوى مع الأول وكذا يجوز لذلك للغير تزويجها ، أولاً إلا بعد فراغها من المدعي ؟ وجهان (٣) ،

(١) على ما تقدم في المسألة الثانية .

(٢) عملاً بحكم الحاكم .

(٣) قال في المسالك : ومما يتفرع على الخلاف الأول (يعني : الخلاف في المسألة الثالثة) جواز العقد على هذه لغير المدعي قبل انتهاء الدعوى وعدمه . فان قلنا بسماحها بعد التزويج وترتب فائدتها السابقة صح العقد الثاني ، وبقيت الدعوى بمجالها . لكن العقد الثاني يفيد سقوط تسلط المدعي على البضع ، فيحتمل لذلك عدم جواز العقد حتى ينهي الأول دعواه ، لسبق حقه ، فلا يسقطه الثاني بعقده . نعم لو تراخى الأول في الدعوى أو سكت عنها فجواز العقد أجود ، حذراً من الاضرار المترتب على المنع ، فان الزوج إذا علم بعدم إقدام أحد عليها أمكن أن يؤخر دعواه لذلك ، ليطول الأمر عليها ، ويتوجه عليها الضرر بترك التزويج ، فيكون وسيلة الى الرجوع اليه ، وهو يستلزم الحرج والاضرار المنفيين بالآية والرواية (١٥) . وإن قلنا بعدم سماع الدعوى على المعقود عليها أصلاً

(١٥) مثل قوله تعالى : (يربد الله بكم اليسر ولا يربد بكم العسر) البقرة : ١٨٥ وقوله تعالى (ما يربد الله ليجعل عليكم من حرج) المائدة : ٦ وقوله تعالى : (ما جعل عايكم في الدين من حرج) الحج : ٧٨ . وقد يدل عليه خبر عبد الاعلى مولى آل سام (الوسائل باب : ٣٩ من ابواب الوضوء حديث : . . .)

من أنها (١) قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها . ومن تعلق حق المدعي بها (٢) ، وكونها في معرض

- كما ذهب اليه المصنف - انجبه عدم جواز تزويجها الى أن تخرج من حقه بانتهاء الدعوى . ويشكل الأمر حينئذ لو ماطل بها وقصد ما ذكرناه • ولعل الجواز حينئذ مطلقاً أقوى .

والتحقيق جواز التزويج على كل من القولين ، إذ ليس ما يحتمل المانعية على القول الأول إلا عدم تسلط المدعي على البضع على تقدير اليمين المردودة من المرأة أو نكولها ، وعلى القول الثاني إلا سقوط حق الدعوى ، لكنها لا يصلحان للمانعية إذ لا دليل على قصر سلطنة المرأة على نفسها بمجرد ذلك . وسقوط حق الدعوى بالتزويج لا يقتضي حرمة التزويج ، ولا المنع من السلطنة عليه ، لأنه ليس تصرفاً في الحق ، بل من قبيل رفع موضوعه ، فيسقط . على أن جواز الادعاء من الاحكام ، ولم يثبت أنه من الحقوق ، فإنه لا يسقط بالاسقاط . وبالجملة : بناء على عدم سماع الدعوى من المدعي على المزوجة ، يكون الشرط في سماع الدعوى كونها خلية ، فيكون من قبيل شرط الوجوب ، وشرط الوجوب لا يجب بالوجوب ، فلا مانع من أن تجعل نفسها مزوجة غير خلية ، فتتخلص من الادعاء عليها : وأولى منه بذلك عدم تسلط المدعي على البضع على تقدير النكول أو اليمين المردودة ، إذ هو محتمل الثبوت بعد ذلك ، ولا يصاح العلم بثبوته لقصر السلطنة ، فضلاً عن احتمال ثبوته . وفي كونه من الحقوق إشكال ظاهر ، فإنه أيضاً لا يسقط بالاسقاط . والى بعض ما ذكرنا أشار في الجواهر :

(١) هذا وجه الجواز . ومرجهه الى قاعدة السلطنة على النفس .

(٢) إن كان المراد به حق الدعوى ، فقد عرفت أن حق الدعوى

مشروط بكونها خلية . مضافاً الى أنه لم يثبت كونه من الحقوق :

ثبوت زوجيتها للمدعي (١). مع أن ذلك تفويت حق المدعي (٢) إذا ردت الحلف عليه وحلف ، فإنه ليس حجة على غيرها ، وهو للزوج . ويحتمل للتفصيل (٣) بين ما إذا طالت للدعوى فيجوز ، للضرر عليها بمنعها حينئذ ، وبين غير هذه للصورة والأظهر للوجه الأول . وحينئذ فإن أقام المدعي بينة ، وحكم له بها كشف عن فساد للعقد عليها (٤) . وإن لم يكن له بينة وحلفت بقيت على زوجيتها . وإن ردت لليمين على المدعي وحلف ففيه وجهان : من كشف كونها زوجة للمدعي فيبطل للعقد عليها ، ومن أن لليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير ، وهو للزوج . وهذا هو الأوجه (٥) . فيشمر فيما إذا

(١) المرضية لا تزاحم قاعدة السلطنة على النفس .

(٢) الحق المذكور استقبالي ، فلا يمنع من قاعدة السلطنة إذا كان معلوماً ، فضلاً عما إذا كان محتملاً كما عرفت .

(٣) قد احتمله في المسالك .

(٤) لأن البينة حجة في المدالب الالتزامية .

(٥) الذي تقتضيه القواعد العامة ، فإنه لم يثبت أن اليمين المردودة تصالح لاثبات نفي زوجية الرجل الذي تزوجها حين الدعوى . اللهم إلا أن يقال : إذا ثبتت زوجية الرجل المدعي انتفت زوجية الآخر ، لأن الثاني من أحكام الأول لا من لوازمه ، فلو فرض أن اليمين المردودة كالأصل كانت كافية في نفي زوجية الآخر . اللهم إلا أن يقال : إنها لا تصالح لاثبات زوجية الرجل المدعي مطلقاً ، بل تثبتها من وجه دون آخر . نظير أصالة صحة الصلاة مع الشك في الطهارة ، فإنها لا تثبت الطهارة

ج ١٤ (لو ادعى رجل زوجية امرأة وادعت اختها أو نحوها زوجيته) - ٤٢٣ -

طلقها الزوج أو مات عنها ، فانها حينئذ ترد على المدعي .
والمسألة سيالة تجري في دعوى الأملاك (١) وغيرها أيضا .
والله للعالم .

(الخامسة) : إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت
وادعت زوجيته امرأة أخرى لا يصح شرعا زوجيتها لذلك
للرجل مع الامرأة الأولى - كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها
أو بنتها - فهناك دعويان : إحداهما : من للرجل على المرأة
وللثانية : من المرأة الأخرى على ذلك للرجل ، وحينئذ فاما
أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين ، أو يكون لأحدهما
دون الآخر أو لكليهما . فعلى الأول : يتوجه لليمين على المنكر
في كلتا الدعويين ، فان حلفا سقطت للدعويان ، وكذا (٢)
إن نكلا وحلف كل من المدعين لليمين المردودة . وإن حلف

مطلقاً ، وإنما تثبتها بلعاط الصلاة لا غير ، نظير الاقرار .

(١) كما إذا آجر الانسان ما في يده ، فادعاه آخر ، فان كانت له
بينة حكم له بها ، وإلا فاليمين المردودة أو نكول المالك لا يسوغ انتزاع
المال من المستأجر ، كالاقرار من المؤجر . وعليه فاذا ادعاه مدع قبل أن
يؤجره يقع الكلام في صحة الاجارة قبل انتهاء الدعوى . وكذا إذا كان
وقف بيد وليه فأجره ثم ادعى الولاية عليه آخر ، فانه يجري فيه ما ذكر
في المسألة الثالثة . وهل يجوز له إيجاره بعد الدعوى على الولي ، أولا ،
فينتظر حتى تنتهي الدعوى ؟ .

(٢) يعني : تسقط الدعويان ، مع أنه حينئذ تثبت الدعويان باليمين
المردودة على المدعي ، لكن لما كانت الدعويان متكاذبتين ومتعاقبتين بشخص

أحدها ونكل الآخر وحلف مدعيه لليمين المردودة ، سقطت دعوى الأول (١) وثبت مدعي للثاني . وعلى للثاني - وهو ما إذا كان لأحدها بينة - يثبت مدعى من له للبيننة . وهل تسقط دعوى الآخر ، أو يجري عليه قواعد للدعوى من حلف المنكر أو رده ؟ قد يدعى للقطع بالثاني ، لأن كمال دعوى لا بد فيها من للبيننة أو الحلف . ولكن لا يبعد تقوية الوجه الأول . لأن للبيننة حجة شرعية وإذا ثبت بها زوجية إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجية الأخرى ، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين ، فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالامارة للشرعية عدم زوجية الأخرى (٢) .

واحد لم يمكن الحكم بثبوتها معاً ولأجل ذلك قد يشكل جواز رد اليمين من أحدهما بعد أن رد عليه اليمين من الآخر ، لأن نتيجة الرد التساقط . ولذا قال في الجواهر : « ولو ردت الأولى عليه اليمين مثلاً فحلف هو ، فهل له رد اليمين على المدعية ؟ وجهان » . إلا أن يقال : إن التساقط ليس من آثار الرد الثاني ، بل من آثار الردين واجتماع اليمينين المردودتين .

(١) بيمين المنكر . وثبتت دعوى الثاني باليمين المردودة عليه .
 (٢) هذا يتم بناء على قبول بينة المنكر ، وتكون بدلاً عن يمينه ، كما عليه جماعة ، ومنهم المصنف (ره) . أما على المشهور من عدم قبولها فلا بد من الرجوع الى يمين المنكر ، أو اليمين المردودة على المدعي . مضافاً الى أن بينة أحدهما على الزوجية لا تكون بينة على نفي زوجية الأخرى حتى تشهد بذلك مطابقة ، ولإلا فالشهادة بزوجة إحداهما لا تكون شهادة بنفي زوجية الأخرى ، لا مكان الغفلة عن ذلك ، أو لعدم اعتقاد الملازمة .

ج ١٤ (لو ادعى رجل زوجية امرأة وادعت اختها أو نحوها زوجيته) ٤٢٥ -

وعلى الثالث: (١) فاما أن يكون للبينتين مطلقتين ، أو مؤرختين متقارنتين ، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى . فعلى الأولين تتساقطان (٢) ، ويكون كما لو لم يكن بينة أصلاً . وعلى الثالث : ترجح السابق (٣) إذا كانت تشهد بالزوجية من

نعم هي حجة على نفي زوجية الأخرى ، لكنها ليست شهادة بالنفي . ثم إن شيخنا في الجواهر ذكر أنه لا بد له من اليمين على نفي ما ادعته الأخت ، وفاقاً للشهيد . ضرورة كونه منكراً بالنسبة الى دعواها . والبينة على زوجية أختها لا تقتضي العلم بكذبها ، ضرورة إمكان صدق البينة مع تقدم العقد عليها . انتهى . وفيه : أن ذلك يتم إن كان مستند البينة وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة ، أما إذا كان المستند العلم فالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلاً ، تدل على كذب دعوى الأخت ضرورة .

(١) الصور المتصورة في المقام هي أن البينتين إما مطلقتان ، أو مؤرختان ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة . والمؤرختان تارة : يتفق تاريخهما ، وأخرى يختلف . ومع الاختلاف تارة : يتقدم تاريخ بيته ، وأخرى يتقدم تاريخ بيبتها . والجميع تارة : يكون كل منهما مع الدخول ، وأخرى مع عدمه .

(٢) للتعارض بينهما والتكاذب .

(٣) هذا إذا كانت تشهد بالبقاء استناداً الى العلم ، وكانت الثانية تشهد استناداً الى ظاهر وقوع العقد في كونه صحيحاً ، فإن الأولى على هذا تكون رافعة لمستند الثانية ، فتبطل . أما إذا كانت الثانية أيضاً تشهد اعتماداً على العلم فهما حينئذ متعارضتان ، ولا وجه لترجيح الأسبق تاريخياً . كما أنه إذا كانت الأولى تشهد بالبقاء اعتماداً على الاستصحاب ، والثانية تشهد اعتماداً على العلم ، كانت الثانية مقدمة على الأولى ، لأنها رافعة لمستند

ذلك للتاريخ الى زمان للثانية . وإن لم تشهد ببقائها الى زمان الثانية فكذلك (١) إذا كانت الامراتان الام والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت ، بخلاف الاختين والام والبنيت مع تقدم تاريخ الام ، لامكان صحة للعقدين ، بأن طلق الاولى وعقد على الثانية في الاختين ، وطلق الام مع عدم للدخول بها . وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو للتساقط وجهان (٢) . هذا ولكن وردت رواية (٣) تدل على تقديم بينة للرجل ، الا مع سبق بينة

الأولى في البقاء ، وهو الاستصحاب . وكذا إذا كان مستند الثانية أصالة الصحة ، فانها أيضا مقدمة على الاستصحاب .

(١) يعني : ترجح السابق . للتعارض والتكاذب الواقع بينهما الناشئ من تنافيهما وإن اختلف تاريخهما . هذا مع الاشتراك في المستند . وأما مع اختلافه : فاذا كانت الثانية تشهد استناداً الى العلم والسبق تشهد استناداً الى الظاهر لزم ترجيح الثانية ، لأنها تشهد ببطلان مستند الأولى .

(٢) أقربها الأول ، سواء كان مستند الثانية العلم ، أم وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة . إذ بقاء العقد الأول إنما يكون بالاستصحاب ، وهو لا يجري مع الشهادة بمنافيه ، لتقدم البينة على الاستصحاب . وبالجملة : إذا كان مستند إحدى البينتين مقدماً على مستند الأخرى عند المشهود عنده تكون البينة الأخرى باطلة المستند ، فلا تكون حجة ، فالبينة التي مستندها العلم ترفع حجيتها الأصل أو الظاهر السني هو مستند الأخرى ، فتكون الأخرى باطلة المستند ، فتخرج عن دليل الحجية . وكذا البينة التي مستندها الظاهر المقدم على الأصل ، فان ذلك المستند يبطل الأصل عند المشهود عنده ، فتبطل البينة المستندة اليه .

(٣) وهي رواية الزهري عن علي بن الحسين (ع) : « في رجل

ج ١٤ (لو ادعى رجل زوجية امرأة وادعت اختها أو نحوها زوجيته) - ٤٢٧ -

الامرأة المدعية أو للدخول بها في الاختين . وقد عمل بها المشهور (١)

ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود ، وأنكرت المرأة ذلك ، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود ، ولم يوقتا وقتاً . فكتب : ان البينة بينة الرجل ، ولا تقبل بينة المرأة ، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة ، وتريد أختها فساد النكاح ، فلا تصدق ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها ، أو بدخول بها « (١٥) . ورواها الشيخ في التهذيب أيضاً عن عبيد الوهاب بن عبد الحميد الثقفي عن أبي عبيد الله (ع) (٢٥) .

(١) في جامع المقاصد : « كان هذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب » ، وفي المسالك : « لا يظهر فيه خلاف بينهم ، وأنه ربما ادعى عليه الاجماع » ، وفي كشف اللثام : « الأصحاب عملوا به من غير خلاف يظهر ، إلا من المحقق في النكت » . وفي الكفاية : أن بعضهم نقل الاجماع عليه . انتهى . وفي الجواهر : « من غير خلاف يعرف على ما اعترف به غير واحد . وعن بعض دعوى الاجماع عليه » .

وفي المسالك : « هو مخالف للقواعد الشرعية في تقديم بينة الرجل مع اطلاق البينتين أو تساوي التاريخين ، لأنه منكر ، ويقدم قوله مع عدم البينة ، ومن كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه » . ونحوه في جامع المقاصد . وفيه : أنه منكر بالنسبة الى دعوى الأخت لا بالنسبة الى دعواه على أختها ، فانه حينئذ مدع . إلا أن يقال : إن النص دل على تقديم بينته حتى بالاضافة الى دعوى الأخت عليه ، التي يكون فيها منكرآ . اللهم إلا أن يقال : إنما يتم بناء على عدم الحاجة الى اليمين ، أما بناء

(١٥) الوسائل باب : ٢٢ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب كيفية القضاء حديث : ١٣ .

على ضم اليمين الى البيئة فيكون الأخذ بقوله لأجل اليمين . فتأمل . والعمدة في مخالفة الرواية للقواعد الحكم فيها بتقديم بيئة الرجل إلا في صورتين ، فان وجه التقديم غير ظاهر بالنظر الى القواعد .

وقد تصدى في كشف اللثام لتطبيقها على القواعد فقال : « إن الوجه في ترجيح بيئته على بيئتها أنها تنكر ما هو فعله ، ولعله عقد على الأولى قبل العقد عليها وهي لا تعلم ، ولا يعلم فعله إلا من قبله » .

وقد أطال شيخنا الأعظم في تقريره ، وحاصله : أن كلا من بيئة الرجل والأخت إنما يكون مستندا للعقد فهما تتساويان في الاستناد والاعتقاد ، لكن الرجل والأخت يختلفان في الاعتقاد ، فان اعتماد الأخت في دعواها على ظاهر العقد كبيئتها ، لكن اعتماد الرجل في دعواه على العلم بصحة ما يدعيه وفساد ما تدعيه الأخت ، لأن مناط صحة ما تدعيه الأخت من زوجية نفسها وتنكره من زوجية أختها إنما يعرف من قبل الرجل ، فهو أعرف به .

وبشكل : بأنه يمكن أن يكون الاعتماد من الأخت على العلم كما يمكن ذلك من بيئتها ، فتكون حينئذ كالرجل . كما أنه يمكن أن يكون اعتماد الرجل على ظاهر قول أو فعل أو إخبار وكيل . وكذا اعتماد بيئته . فلا وجه حينئذ لاطلاق الترجيح . ولا سيما وأن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الترجيح . فإذا ما ذكره ممنوع صغرى وكبرى .

وبالجملة : يتعين الرجوع في الترجيح الى ما سبق من أنه إذا تساوى مستند البيئتين تساقطتا ، وإذا اختلف بأن كان مستند إحداهما العلم ومستند الأخرى حجة غيره فالبيئة الأولى مقدمة ، لانها دالة على بطلان مستند الثانية ، وإن كان مستند إحداهما أصلا ومستند الأخرى أمارة كانت الثانية مقدمة ، لانها أيضا دالة على بطلان مستند الأولى ، ومع ثبوت بطلان

في خصوص الاختين . ومنهم من تعدى الى الام واللبنت أيضا (١) ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل ، لمخالفتها للقواعد (٢) وإمكان حملها على بعض المحامل (٣) لتي لا تخالف للقواعد .

المستند تخرج عن دليل الحجية . وكذا كل حجة تبين بطلان مستندها .
(١) يظهر من الجواهر الميل اليه ، قال (ره) في وجهه : « ضرورة عدم المدخالية للأخوة فيه ، بل إنما هو لتحريمه ، وهو مشترك بين الجميع . مضافا الى ما عرفته من موافقة الحكم للقواعد الشرعية في الجملة ، التي لا فرق فيها بين الجميع كما يرمى اليه التعليل في الخبر » . وفي القواعد : « وفي انسحاب الحكم في مثل الأم واللبنت إشكال » . وفي جامع المقاصد : الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص . ونحوه في المسالك .

(٢) قد تقدم في المسالك : أن الوجه في المخالفة للقواعد الأخذ ببيئة المنكر . وفي غيرها : الوجه تقديم إحدى البينتين على الأخرى من غير مرجح . وكيف كان فقد عرفت أن هذا لا يصلح مانعاً من العمل بها ، فأكثر الروايات الدالة على الوجوب والحرمة ونحوهما مخالفة للقواعد العامة .
(٣) ذكر في الحدائق : أن حكمه (ع) بتقديم بيئة الرجل وصحة دعواه وبطلان دعوى الأخت ، لعله لأمر ظهر له بقرائن الحال يومئذ ، فانه (ع) جزم وحكم بصحة دعوى الزوج ، وأنه قد استحق بضع هذه المرأة ، وحكم ببطلان دعوى أختها . وأنها إنما تريد فساد النكاح ، فلا تصدق إلا على أحد الوجهين المذكورين . انتهى . فيحتمل أن يكون مراده أن مورد السؤال قضية خاصة لا كلية . لكن ينافيه جداً التفصيل المذكور . ويحتمل أن يكون مراده أن التعليل المذكور يشهد بأن السؤال في الرواية كان مشتقاً على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بيئة الرجل وصحة دعواه ، وأن ما كان من الأخت كان مناصرة منها لأختها . وربما تشبه الى ذلك في

(للسادسة) : إذا تزوج للعبد بمملوكة ثم اشتراها باذن المولى ، فان اشتراها للمولى بقى نكاحها على حاله (١) ، ولا إشكال في جواز وطئها (٢) . وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (٣)

الجملة فاء الترتيب في قول السائل : « فأقامت . . . » . وعلى هذا تكون الرواية مجملة ، للجهل بالقبود المأخوذة في السؤال ، ولا مجال حينئذ للعمل بالرواية في الاختين ، فضلاً عن غيرهما ممن لا يمكن الجمع بينهما في الزوجية . (تنبيه) : قال في القواعد : « والأقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين إلا مع سبق » . وقال في المسالك : « إن ظاهر النص أن من قدم جانبه لا يفترق معه الى اليمين . وكذلك أطلق المصنف الحكم تبعاً لظاهره . . . (الى أن قال) : والأقوى الافتقار الى اليمين إلا مع سبق تاريخ لإحدى البينتين » . ثم علله : بأنه مع التعارض بتساوي التاريخ أو إطلاقه يتساقط البينتان ، فلا بد من مرجح للحكم باحدهما . وفيه : أنه لا وجه له بعد الاعتراف بأنه خلاف ظاهر النص .

(١) بلا خلاف فيه ظاهر ولا إشكال . وبظهر منهم أنه من المسلمات . ويقتضيه الأصل ، إذ ليس ما يحتمل إبطاله العقد إلا الانتقال من مالك الى آخر ، ولم يقم على إبطاله دليل ، فيتعين البناء على عدمه . (٢) إذا أحرز الاذن من السيد له في ذلك ولو بالأصل ، وإلا فعموم عدم جواز التصرف من مال الغير بغير إذنه كاف في المنع .

(٣) بلا خلاف ظاهر ، وفي الجواهر - في مباحث بيع الحيوان - : دعوى الاجماع بقسميه على بطلان النكاح إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه . وهذا هو العمدة . نعم تعضده النصوص الدالة على بطلان نكاح الأمة من العبد إذا ملكت زوجها (١٥) ، بضميمة عدم القول بالفصل . وقد استدل

وحلت له بالملك (١) على الاقوى من ملكية العبد . وهــل يفتقر وطؤها حينئذ الى الاذن من المولى ، أولا ؟ وجهان . أقواهما : ذلك (٢) ، لان الاذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك (٣) فيحتاج الى الاذن الجديد . ولو اشترها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى ، فان اشترها بعين مال المولى كانت له (٤) ، وتبقى للزوجية (٥) . وإن اشترها بعين ماله كانت له ، وبطلت الزوجية . وكذا إن اشترها في للذمة ، لانصرافه الى ذمة نفسه . وفي الحاجة الى الاذن الجديد وعدمها للوجهان

عليه بقوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (١٥) بناء على ظهوره في منع الجمع بينهما . لكنه لو تم توقف على إثبات صحة البيع ، وإلا فالبناء على بطلان البيع وبقاء الزوجية أولى ، عملاً بالاستصحاب . فاذا العمدة فيه الاجماع .

(١) عملاً بعموم الأدلة .

(٢) كما في الجواهر . للحجر عليه في التصرف وإن قلنا بملكيته . والاذن في شرائها لا يقتضي الاذن في التصرف .

(٣) يعني : وإذا زال الموضوع زال حكمه ، ولا مجال لاستصحابه . اللهم إلا أن يقال : الزوجية ليست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفاً فزوالها لا يوجب تبديل الموضوع ، فلا مانع من الاستصحاب .

(٤) يعني للمولى . إذ المعاوضة بينها وبين المال تقتضي أن تدخل في كيس من خرج من كيسة المال .

(٥) لما سبق من الأصل . ومما ذكرنا يظهر وجه ما بعده .

(للسابعة) : يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية من للزوج من غير فحص (١) ، مع عدم حصول العلم بقولها ، بل وكذا إذا لم تدع ذلك (٢) ولكن دعت للرجل الى تزويجها

(١) بلا إشكال ظاهر . ويقتضيه خبر ميسر قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) أتى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : ألك زوج ؟ فتقول : لا فأزوجها ؟ قال (ع) : نعم ، هي المصدقة على نفسها » (١٠) . وخبر أبان بن تغلب : « قلت لأبي عبد الله (ع) إني أكون في بعض الطرقات ، فأرى المرأة الحسنة ، ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر . قال (ع) : ليس هذا عليك . إنما عليك أن تصدقها في نفسها » (٢٠) . ونحوهما خبر يونس وخبر عبد العزيز بن المهدي المتقدمان في المسألة الثالثة . وأما خبر عمر بن حنظلة قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : إني تزوجت امرأة فسألت عنها ، فقيل فيها . فقال : وأنت لم سألت أيضا !؟ ليس عليكم التفيتش » (٣٠) فغير ظاهر فيما نحن فيه :

(٢) كما يفهم من خبر الفضل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت إني تزوجت امرأة متعة ، فوقع في نفسي أن لها زوجا ففتشت . فقال أبو عبد الله (ع) : ولم فتشت !؟ » (٤٠) وخبر محمد بن عبد الله الأشعري قال : « قلت للرضا (ع) : الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجا . فقال (ع) : وما عليه ، أرأيت لو سألتها البينة كان يجحد من يشهد أن ليس لها زوج ؟ » (٥٥) . لكن الظاهر من الخبرين ترك السؤال بعد التزويج

(١٠) الوسائل باب : ٢٥- من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(٢٠) الكافي الجزء : ٥ الصفحة ٤٦٢ طبعة إيران الحديثة .

(٣٠) الوسائل باب : ٢٥ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٤٠) الوسائل باب : ١٠ من ابواب المتعة حديث : ٣ .

(٥٥) الوسائل باب : ١٠ من ابواب المتعة حديث : ٥ .

أو أجابت اذا دعيت ليه ، بل للظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته (١) . نعم لو كانت متهمة في دعواها فالاحوط للفحص عن حالها (٢) . ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم

اعتماداً على العلم بأنها خلية ، وإن كان الجواب في الثاني يشعر بعموم الحكم لما قبل التزويج :

(١) لاطلاق النصوص :

(٢) كما يقتضيه صحيح أبي مريم عن أبي جعفر (ع) : « أنه سئل عن المتعة ، فقال : إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، لأنهن كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن ، فاسألوا عنهن » (١٥) . لكن في الشرائع في مبحث المتعة استحباب السؤال مع التهمة وعلم وجوبه . ويظهر من الحدائق وغيرها : أنه لإجماعي . وفي المسالك : « ليس السؤال شرطاً في الصحة ، للأصل ، وحمل تصرف المسلم على الصحيح . وقد روى أحمد ابن أبي نصر وغيره قال : (قلت للرضا (ع) . . .) » ، وذكر رواية الأشعري السابقة . وكان المراد من الأصل عموم الأدلة . لكنه غير ظاهر الجريان مع الشبهة الموضوعية . وأما أصالة عدم المانع ، فغير مطردة في صورة سبق المانع ، كما إذا علم أن لها زوجاً . ومثله في الاشكال حمل التصرف على الصحة ، فانه غير ظاهر الشمول لما نحن فيه مما كان التصرف حلالاً أو حراماً ، لا صحيحاً أو فاسداً . مع أن ذلك لا يصلح لمعارضة الصحيح السابق . فالعمدة هو خبر الأشعري ونحوه المعول عليه عندهم على نحو يتعين الخروج به عن ظاهر الصحيح . ومن ذلك يظهر الكلام فيما يأتي من تزويج زوجة الغائب إذا لم تكن متهمة وإذا كانت متهمة .

موته وحياته ، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات وللقرائن ، أو باخبار المخبرين ، وان لم يحصل للعلم بقولها . ويجوز للوكيل أن يجري للعقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى للعلم . ولكن الأحوط للترك خصوصاً إذا كانت متهمه .

(للثامنة) : إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (١) . نعم لو أقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (٢) ، وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الاجمال .

(للتاسعة) : إذا وكلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لها المقاربة بعد مضي ذلك للزمان (٣) ، إلا إذا حصل لها للعلم بايقاعه . ولا يكفي للظن بذلك ، وإن حصل من إخبار مخبر بذلك ، وإن كان ثقة (٤) . نعم

(١) إذ لا دليل على سماعها . والنصوص المتقدمة لا تشملها .

(٢) عملاً بحجية البينة . بل يجب على الزوج فراقها لذلك . وإخبارها السابق لا يصلح لمعارضة البينة ، لا قبل الزويج ، ولا بعده ، لاختصاص دليله بغير ذلك .

(٣) للشك في تحقق العقد ، المرجب للرجوع الى أصالة عدمه .

(٤) لعدم الدليل على حجية خبر الثقة . وبناء العقلاء إن تم فهو لا يصلح لمعارضة ما دل على نفي الحجية في الموضوعات لغير البينة . مثل قوله (٤) : « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك ، أو تقوم به البينة » (١٥) .

لو أخبر للوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة ، بل مطلقاً (١)
لأن قول للوكيل حجة فيما وكل فيه .

فصل في أولياء المقدم

وهم الأب ، والجد (٢) من طرف الأب ، بمعنى :

(١) عموم الحجية لغير الثقة غير ظاهر من السيرة . نعم إطلاق معقد
الاجماع على أن من ملك شيئاً ملك الاقرار به - بناء على كون المقام من
صغرياته ، كما هو الظاهر - يقتضي عموم الحكم لغير الثقة .

فصل في أولياء المقدم

(٢) ثبوت الولاية لها في الجملة من القطعيات ، المدعى عليها الاجماع .
والنصوص والفتاوى شاهدة بذلك . ففي صحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع
قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجه أبوها ، ثم يموت وهي
صغيرة . فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها ، يجوز عليها التزويج أو الأمر
اليها ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج أبيها » (١٥) ، وصحيح عبد الله
ابن الصلت قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجه
أبوها ، لها أمر إذا بلغت ؟ قال (ع) : لا . ليس لها مع أبيها أمر .
قال : وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر ؟ قال (ع) :
ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر » (٢٥) ، وصحيح الفضل بن عبد الملك

(١٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

أب الأب فصاعداً ، فلا يندرج فيه أب أم الاب (١) ،
وللوصي لاحدهما مع فقد الآخر ، وللسيد بالنسبة الى مملوكه ،

قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير . قال (ع) :
لا بأس . قلت : يجوز طلاق الأب ؟ قال (ع) : لا » (١٠) ، وصحيح
محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « قال : إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو
جائز على ابنه » (٢٠) ، وصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي
عبد الله (ع) قال : « إذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول . فان
كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى » (٣٠) . ونحوها غيرها . ومن ذلك
يظهر ضعف ما عن ابن أبي عقيل من نفي ولاية الجد .

(١) كما هو المعروف ، لما يستفاد من نصوص ولاية الجد من الاختصاص
بأب الأب ، بقربة التمسك بقول النبي (ص) : « أنت ومالك لأبيك » (٤٥) .
وعن ابن الجنيد ثبوت الولاية للأُم وآبائها ، مستدلاً على ذلك بأن رسول
الله (ص) أمر نعيم بن النحام أن يستأمر أم ابنته في أمرها ، وقال :
وأتمروهن في بناتهن (٥٥) . انتهى . وقد يستدل له أيضاً بموثق ابراهيم
ابن ميمون عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) : إذا كانت الجارية بين
أبويها فليس لها مع أبويها أمر . وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجهما إلا
برضا منها » (٦٥) . لكن لا مجال لذلك بعد دعوى الإجماع على خلافه ،

(١٥) الوسائل باب : ٢٨ من ابواب المهور حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٥٥) سنن البيهقي الجزء : ٧ الصفحة : ١١٦ .

(٦٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

والحاکم . ولا ولاية للأُم ، ولا الجد من قبلها ، ولو من قبل أم الأب ، ولا الأخ (١) ، وللعَم (٢) ، والخال ، وأولادهم (٣) .
(مسألة ١) : تثبت ولاية الأب والجد على للصغيرين والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ (٤) .

ولا سيما بملاحظة اختصاص ذلك بالأُم ، ولا يعم آباءها .
ومن الغريب ما في التذكرة : «الوجه أن جد أم الأب لا ولاية له مع جد أب الأب : ومع انفراده نظره ، فإنه غير ظاهر المأخذ ، ولا سيما بملاحظة صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج الصبية ، يتوارثان ؟ فقال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم » (١٥) ، لظهوره في عموم نفي الولاية عن غير الأب .

(١) إجماعاً ظاهراً . وما في بعض النصوص من ثبوت الولاية للأخ - كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى إليه » (٢٥) وغيره - مؤول ، أو مطروح .

(٢) إجماعاً ، نصاً وفتوى ، فقد روى محمد بن الحسن الأشعري قال : « كتب بعض بني عمي إلي أبي جعفر الثاني (ع) : ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج ؟ قال : فكتب (ع) إلي : لا تكره علي ذلك ، والأمر أمرها » (٣٥) .

(٣) إجماعاً . وبقتضيه الأصل ، وعموم صحيح ابن مسلم المتقدم :

(٤) بلا خلاف أجده فيه . بل في المسالك : أنه موضع وفاق : بل في

(١٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديثك : ٢ .

بل والمنفصل على الاقوى (١) .

غيرها الاجماع عليه . كذا في الجواهر . ويقتضيه الاستصحاب . وكون
الثابت منها قبل البلوغ كان للصغر وقد زال ، لا يمنع من جريان الاستصحاب ،
ولا يوجب تبدل الموضوع . وإن كان ظاهر الجواهر ذلك .

(١) قال في كشف اللثام : « وأما إن تجدد الجنون بعد البلوغ ففي
عود ولايتها نظر . ففي التذكرة والتحرير : أنها تعود . وهو الأقرب .
بل لاعود حقيقة ، لأن ولايتها ذاتية منوطة باشفاقها وتضررها بما يتضرر
به الولد . وفي الجواهر قوة ذلك ، لأن المنشأ في ولايتها الشفقة والرأفة
ونحوهما مما لا فرق فيه بين المتصل والمنفصل . انتهى . ولا يخفى أن التعليل
المذكور في كلامهم تخمين لا يعول عليه في إثبات حكم شرعي . وما في
الجواهر من أن المتجه على تقدير التفصيل أنه لو كان الجنون أدواريا فاتفق
دوره متصلاً بالبلوغ كانت الولاية لهما ، وبعد انتهائه ترتفع ، فإذا جاء
الدور الثاني كانت الولاية للحاكم ، وهو كما ترى . انتهى . مجرد استبعاد ،
لا يعول عليه في رفع اليد عن الدليل . نعم الاشكال في دليل ولاية الحاكم .
والنبوي : « السلطان ولي من لا ولي له » (١٥) . وإن كان يقتضي ثبوت
الولاية لمن لم يكن له ولي ، ولو بأصالة عدم الولي ، لكنه مختص بالسلطان .
ولو بني على قيام الحاكم مقامه فلا إطلاق له يشمل غير الأمور الحسبية
التي تدعو الضرورة الى وقوعها . وقد يستدل على ما في المتن بخبر زرارة
عن أبي جعفر (ع) : « قال : إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري
وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت ، فإن أمرها جائز ، تزوج إن
شاءت بغير إذن وليها . وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر

(١٥) كنز العمال الجزء : ٨ ، صفحة : ٢٤٦، ٢٤٧ وقد ذكر احاديث كثيرة . بهذا المضمون

وسنن البيهقي الجزء : ٧ صفحة : ١٢٥ .

ولا ولاية لهما على البالغ للرشيد (١) ، ولا على البالغة للرشيدة إذا كانت ثيباً (٢) . واختلفوا في ثبوتها على البكر للرشيدة

وليها (١٥) ، إذ لا ريب أن المتبادر من وليها أبوها وجدها وإرادة الحاكم منه في غاية البعد . ويشكل أولاً : بضعف السند : وثانياً : باجمال الولي . ولا قرينة على تعيينه . وبعد لإرادة الحاكم منه ليس مستنداً الى دلالة ، ليكون حجة .

(١) بلا إشكال ولا خلاف . وفي كشف اللثام : « إجماعاً منا ومن العامة » . ويقضيه عموم السلطنة ، وبعض النصوص الواردة في تزويج الابن مع حضور الأب (٢٥) .

(٢) في جامع المقاصد : « إتفاق علمائنا عليه » . وفي المسالك : أنه لا خلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها ، إلا ما نقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاء الولاية وهو شاذ . انتهى . وفي رسالة شيخنا الأعظم دعوى اتفاق النص والفتوى عليه . وتشهد له النصوص ، كصحیح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها ، قال : هي أملك بنفسها تولي أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن كانت قد نكحت رجلاً قبله » (٣٥) . ونحوه خبرا عبد الخالق ، والحسن بن زياد ، و صحیح عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤٥) ، وغيرها . ولم يعرف لها معارض يمكن الاستناد اليه في إثبات قول ابن أبي عقيل ، إلا رواية عامة عامية ، على ما في المسالك . قال (ره) : « ورواياتنا خاصة خاصة . وهي مقدمة

(١٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد النكاح حديث : ٦ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٦ حديث : ٤ ، ٤ ، ٩ ، ١٣ من ابواب عقد النكاح .

(٣٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ٤ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ ، ملحق حديث : ٤ ، حديث : ١٢ .

على أقوال ، وهي : استقلال الولي (١) ، واستقلالها (٢) ،

عند التعارض . لكن التعارض فرع الحجية ، وهي غير ثابتة :
 (١) حكي عن الشيخ في أكثر كتبه ، وعن الصدوق ، وابن أبي عقيل ،
 وظاهر القاضي ، وكاشف اللثام ، والكاشاني ، وغيرهم . واختاره في الحدائق :
 واستدل له بصحيح عبد الله بن الصلت المتقدم في صدر الباب ، وصحيح
 الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ،
 ألها مع أبيها أمر ؟ فقال (ع) : ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب » (١٥) ،
 وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « لا تستأمر الجارية إذا كانت
 بين أبيها ، ليس لها مع الأب أمر . وقال (ع) : يستأمرها كل أحد
 ما عدا الأب » (٢٥) ، وخبر علي بن جعفر (ع) قال : « سألته عن
 الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها ؟ قال (ع) : نعم ، ليس
 للولد مع الوالد أمر ، إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ، فتلك
 لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر » (٣٥) ونحوها غيرها . وقد استقصى شيخنا
 الأعظم (ره) ذكرها ، وقال بعد ذلك : « فهذه ثلاث وعشرون رواية
 تدل على استمرار ولاية الأب على البالغة الباكورة » .

(٢) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، والمنسوب الى المشهور
 بين القدماء والمتأخرين . وعن المرتضى في الانتصار والناصرية : الاجماع
 عليه . لعموم السلطنة على النفس الذي يجب الخروج عنه بما سبق . وللإجماع
 المدعى في الناصرية والانتصار ، الممنوع في مورد ظهور الخلاف . وللإجماع
 على زوال الولاية في المال فكذا في النكاح ، الموقوف على عدم الفصل ،

(١٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ١١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

(٣٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد النكاح حديث : ٨ . مع اختلاف يسير .

وهو ممنوع بعد وضوح الخلاف في النكاح . وللإجماع على زوال الولاية عنها في المنقطع ، فكذا في الدائم ، الممنوع في نفسه ، كنع عدم الفصل بين الدائم والمنقطع . ولصحيح الفضلاء الفضيل بن يسار ، ومحمد بن مسلم ، وزرارة ، ويريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر (ع) : « قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفهية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز » (١٥) . ومنع كون البكر مالكة أمرها غير مولى عليها ، إذ هو أول المسألة - كما في كشف اللثام - ضعيف ، لأن المراد من كونها مالكة أمرها أنها مالكة له في غير النكاح ، إذ لو كان المراد أنها مالكة أمرها في الذكاح كان الحمل ضرورياً ، فيكون عقلياً لا شرعياً . نعم يمكن تخصيص الصحيح بالروايات السابقة ، فيحمل على غير الأب جمعاً . ولصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) تستأمر البكر وغيرها ، ولا تنكح إلا بأمرها » (٢٥) . واحتمال أن « تستأمر » بالبناء للفاعل ، يعني : هي تستأمر غيرها ، فتدل على الخلاف - كما في كشف اللثام - ضعيف ، لأنه يوجب عدم انسجام الكلام ، ولا يصح في غير البكر ، لما عرفت من حكم الثيب . نعم لا يدل على الاستقلال لان الاستئثار أعم منه . بل يمكن تخصيصه بما سبق جمعاً . ولخبر زرارة المتقدم عن أبي جعفر (ع) : « قال : إذا كانت المرأة مالكة أمرها ، تبيع ، وتشترى ، وتعتق ، وتشهد ، وتعطي من مالها ما شاءت ، فإن أمرها جائز ، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها . وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها » (٣٥) : ويشكل : بأنه يمكن تخصيصه بالروايات السابقة ، فيحمل على غير الأب

(١٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من أبواب عقد النكاح حديث : ١٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ٩ من أبواب عقد النكاح حديث : ٦ .

جمعاً . وخبر سعدان بن مسلم : « قال أبو عبد الله (ع) : لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها » (١٥) . ويشكل : بأنه يمكن تخصيصه بما سبق . وخبر أبي مریم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا باذن أبيها . وقال : إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شاءت » (٢٥) . ويشكل باجمال المراد من كونها مالكة لأمرها ، فيحتمل أن يكون المراد به البلوغ ، فيكون المراد من الجارية الصغيرة ، ويحتمل أن يكون المراد الشيب في مقابل البكر المذكورة في الصدر ، ويحتمل أن يكون المراد من ليس لها أب . والحمل على الأول غير ظاهر . ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال بخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) : « تتزوج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها ، وإن شاءت جعلت ولياً » (٣٥) . ومرسلة سعدان بن مسلم عن رجل عن أبي عبد الله (ع) : « لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبويها » (٤٥) ، وخبر ابن عباس : « ان جارية بكرآ جاءت الى النبي (ص) فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته . وأنا له كارهة : فقال (ص) : أجزبي ما صنع أبوك . فقالت : لا رغبة لي فيما صنع أبي : قال (ص) : فاذهبي فانكحي من شئت . فقالت : لا رغبة لي عما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء في أمور بناتهم شيء » (٥٥) :

(١٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد النكاح حديث : ٤ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ٨ .

(٤٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب المتعة حديث : ٨ .

(٥٥) لم نثر على هذا الحديث فيما تحت ايدينا من كتب الحديث . نعم روى في سنن البيهقي

(الجزء : ٧ . الصفحة : ١١٨) مرسل عبدالله بن بريدة بهذا المضمون .

والتفصيل بين للدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني (١)

لكن الروایتين ضعيفتان لم يثبت انجبارهما بعمل المشهور ، لاحتمال استنادهم في فتواهم الى غيرهما من الروايات .
 ثم إنك عرفت أن مقتضى الجمع بين الطائفة المذكورة دليلاً لهذا القول ، وبين الطائفة السابقة المذكورة دليلاً للقول الأول : هو التقييد بحمل الولي فيها على غير الأب . وشيخنا الأعظم (ره) في رسالة النكاح جعل الجمع بينهما كما يكون بالتقييد ، يكون أيضاً بحمل الطائفة الأولى على الاستحباب ، يعني : يستحب للبكر إيكال أمرها الى الأب . وان تقييد المطلق وإن كان أرجح من حمل المقيد على الاستحباب . لكن التقييد لما كان مستلزماً لطرح أخبار كثيرة - مثل مرسله سعدان وخبر ابن عباس المتقدمين ، والأخبار الواردة في جواز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها ، الآتية في أدلة القول الثالث - تعين الجمع بحمل المقيد على الاستحباب . أقول : أما أخبار التمتع بالبكر فسيجيء الكلام فيها ، وأنها متعارضة . وعدم القول بالفصل لم يثبت مع وجود الخلاف . وأما الخبران الآخريان : فإن صلحا للحجية كانا معارضين ، لا مرجحين للحمل على الاستحباب ، وإلا - كما هو الظاهر ، لضعف سندهما ، وعدم الجار لهما - لا يصلحان للترجيح المذكور .
 (١) حكاه في الشرائع والتذكرة وغيرهما قولاً . ولم يعرف قائله ، كما في جامع المقاصد وغيره . وكان وجهه : دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم . وصحيح البنظري عن الرضا (ع) :
 « قال : البكر لا تزوج متعة إلا باذن أبيها » (١٥) ، وصحيح أبي مریم عن أبي عبد الله (ع) قال : « العذراء التي لها أب لا تزوج متعة إلا باذن أبيها » (٢٥) . لكن عرفت أن الأول معارض بغيره . كما أن الصحيحين

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب المتعة حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب المتعة حديث : ١٢ .

وللعكس (١) ، وللتشريك ، بمعنى : اعتبار إذنها معا (٢) .

أيضا معارضان بغيرهما ، كخبر الحلبي قال : «سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها . قال (ع) : لا بأس ، ما لم يفتض ما هناك . . . » (١٥) . وخبر أبي سعيد قال : «سئل أبو عبد الله (ع) عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين . فقال : لا بأس . ولا أقول كما يقول هؤلاء الاقشاب » (٢٥) . ونحوهما غيرهما .

(١) كما عن الشيخ في كتابي الأخبار . ولم ينسب اليه في غيرهما ، ولا الى غيره . ووجهه : الأخذ بنصوص استقلال الولي ، بعد تقييدها بالدوام ، وإخراج المتعة منها ، للأخبار المتقدمة . وإشكاله أيضاً ظاهر ، فإن نصوص استقلال الولي معارضة . والأخبار المتقدمة أيضاً معارضة بغيرها ، كما عرفت .

(٢) حكي عن المفيد ، والحليين ، وظاهر الوسائل للحر العاملي . جمعاً بين ما دل على اعتبار الاذن من الاب في تزويج البكر - مثل صحيح العلاء بن رزين عن أبي عبد الله (ع) : «قال : لا تزوج ذوات الآباء من الابكار إلا باذن آباؤهن » (٣٥) . ونحوه صحيح ابن أبي يعفور (٤٥) ، وخبر أبي مریم عن أبي عبد الله (ع) : «قال : الجارية البكر التي لها أب لا تزوج إلا باذن أبيها » (٥٥) ، وصحيح زرارة : «سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لا ينقض النكاح إلا الاب » (٦٥) . ونحوه صحيح محمد بن مسلم

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب المتعة حديث : ٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب المتعة حديث : ٦ .

(٣٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٦ . لكن رواه عن العلاء بن رزين

من ابن أبي يعفور .

(٤٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٥٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(٦٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

عن أبي جعفر (ع) (١٥) - وبين ما دل على اعتبار لإذنها ، كصحيح منصور المتقدم ، وموثق صفوان : وقال : استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته لابن أخيه ، فقال (ع) : إفعل ، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً . قال : واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته علي بن جعفر ، فقال (ع) : إفعل ، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها حظاً ، (٢٥) . لكن ينافي ذلك ما دل على استقلال الاب . فلا بد من علاج ذلك ولا يكفي في لإثبات القول المذكور كونه مقتضى الجمع بين طائفتين من النصوص ، وإهمال الطوائف الاخر .

والذي يقتضيه التأمل : أن نصوص المقام على طوائف : الأولى : ما دل على استقلال الولي . كصحيح محمد بن مسلم ، وصحيح الحلبي : وصحيح ابن الصلت ، وخبر علي بن جعفر ، المتقدمة . ونحوها غيرها . الثانية : ما دل على اعتبار لإذن الولي ورضاه ، كصحيح زرارة ، ومحمد بن مسلم ، والعلاء ، وابن أبي يعفور المتقدمة في أدلة القول الخامس . الثالثة : ما دل على استقلال البكر ، كصحيح الفضلاء ، ورواية زرارة ، ورواية عبد الرحمن ، ورواية أبي مریم ، ورواية سعدان . الرابعة : ما دل على اعتبار لإذن البكر ورضاه ، كصحيح منصور بن حازم ، وموثق صفوان المتقدمين . ومن المعلوم أنه لا تنافي بين الأولتين ، ولا بين الأخيرتين ، ولا بين الثانية والرابعة وإنما يكون التنافي بين الأولى والثالثة ، وبين الثانية والثالثة ، وبين الأولى والرابعة . والجمع بين الأولى والثالثة يمكن بلوآ بالبناء على استقلال كل منهما في الولاية ، فاذا تصرف أحدهما نفذ إلا أنه تأباه الطائفة الأولى

(١٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٩ من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ .

جداً، فان قوله (ع) : « ليس لها مع أبيها أمر » ظاهر جداً في أنها لا استقلال لها، ولا اشتراك . وإن كان لا تأباه الطائفة الثالثة . ولأجل ذلك يتعين الجمع بما سبق من تخصيص الطائفة الثالثة بغير الأب ، لاختصاص الأولى بالأب ، وعموم الثالثة لغيره . نعم مرسله سعدان وخبر ابن عباس مختصان بالأب . لكنها ليسا بحجة . وبهذا الوجه بعينه يكون الجمع بين الثانية والثالثة . وأما وجه الجمع بين الأولى والرابعة فيمكن بحمل الرابعة على الاستحباب . كما يظهر من استرضاء النبي (ص) فاطمة (ع) في تزويجها من علي (ع) (١٥) . فحينئذ تتفق مؤديات النصوص ، ويرتفع عنها إشكال التعارض ، وتكون نتيجة ذلك هو الفرق بين الأب والجد ، فيستقل الأول معها دونها بلا استقلال ولا تشريك ، وتستقل هي مع الثاني دونه بلا استقلال ولا تشريك أيضاً . لكن يחדش فيه رواية سعدان على ما في نسخ التهذيب المعتبرة التي عثرنا عليها حيث رويت فيه هكذا : « لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها » (٢٥) ، فتكون نصاً في استقلالها مع وجود الأب . لكن رواها في المسالك وكشف اللثام ، والجواهر : « وليها » بدل « أبيها » ، كما سبق في أدلة القول الثاني . وحينئذ تكون كغيرها من روايات الاستقلال مقبلة بغير الأب . لكن يشكل الاعتماد على ذلك في مقابل نسخ التهذيب ، ولا سيما مع موافقتها لما في جامع المقاصد والوسائل والحدائق ، فقد رويت فيها كما في التهذيب . ولأجل ذلك لا مجال للبناء على نفي ولايتها ، كما يقتضيه ما عرفت من وجه الجمع . بل يتعين حينئذ البناء على ولايتها مستقلاً ، فان الرواية المذكورة نص في ذلك . ويتعين الجمع بينها وبين الطائفة الأولى باستقلال كل منها وهن

(١٥) الوسائل باب : ٥ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

(٢٥) التهذيب الجزء : ٧ الصفحة : ٣٨٠ طبعة النجف الحديثة .

أبيها ، فإنه وإن بعد بالاضافة الى الجمع بالتقييد لكنه أقرب بعد تعذره .
 ويكون الجمع بينها وبين الطائفة الثانية الحمل على استحباب استئذان الأب ،
 فإنه واضح بالاضافة الى مثل صحيح العلاء المتقدم . وأما مثل صحيح زرارة
 « لا ينقض . . . » فلا يخاو من خفاء . لكن يهون الأمر فيه أنه لا يعرف
 مورده ، ولم يتضح المراد منه ، فإن النقض إنما يكون بعد الإبرام ، فيختص
 بالفسخ ، وهو غير المدعى نعم لا بأس بالالتزام بمضمونه . فيكون للأب
 فسخ عقد البنت وإن كان صحيحاً بغير إذنه ، فإن فسخه انفسخ ، وإن
 لم يفسخه بقي على صحته . ولعل قوله (ع) في صحيح الحلبي : « ليس
 لها مع أبيها أمر » (٢٥) يراد به هذا المعنى ، يعني : له فسخ عقدها وحله ،
 نظير قوله (ع) : « لا يمين للولد مع والده » (٢٥) . وعلى هذا تكون
 النصوص بهذا المضمون طائفة خامسة . وأما الطعن في رواية سعدان بالضعف
 فلا مجال له بعد اعتماد المشهور عليها ، وكون الراوي معتبر الرواية في
 نفسه ، وإن لم ينص عليه بتوثيق ، فإن ملاحظة أحواله المسطورة في كتب
 الرجال تستوجب الوثوق به واعتبار حديثه . وكذا الطعن فيها بأنها عين
 المرسلة ، فلا تكون حجة . إذ فيه : أنه خلاف الأصل بعد أن رواها
 الشيخ في التهذيب معاً . مع اختلاف في المتن من جهة أفراد الأب في
 المسند وتثنيته في المرسلة .

والذي يتحصل من جميع ما ذكرنا : نفوذ عقد الأب بدون إذن
 البنت اعتماداً على صحيح محمد بن مسلم ، وخبر علي بن جعفر ، ونحوهما .
 ونفوذ عقد البنت بدون إذن الأب اعتماداً على خبر سعدان المعتضد بالنصوص
 الواردة في المتعة المتقلعة . وأن الأفضل أن يكون بإذنها معاً حملاً لما دل

(١٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب عقد النكاح حديث : ١١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٠ من ابواب اليمين .

والمسألة مشكلة . فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستيذان منها . ولو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من دون إذنها وجب (١) إما إجازة الآخر أو للفراق بالطلاق . نعم إذا عضلها للولي أي : منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار إذنه (٢) .

على اعتبار إذن الأب - كصحيح العلاء - واعتبار إذن البنت - كصحيح صفوان - على الاستحباب ، جمعاً بين هاتين الطائفتين والطائفتين السابقتين . وأنه إذا عقدت البنت صح عقدها ، لكن يجوز للأب نقضه ، فإذا نقضه انتقض ، اعتماداً على صحيح زرارة : « لا ينقض النكاح إلا الأب » : ونحوه صحيح محمد بن مسلم ، وصحيح الحلبي ، على ما عرفت . فالنصوص خمسة أصناف : صنف : يدل على استقلال الأب . وآخر : يدل على استقلال البنت . وثالث : يدل على جواز فسخ الأب عقد البنت . ورابع : يدل على اعتبار إذن الأب . وخامس : يدل على اعتبار إذن البنت . فيعمل بالأصناف الثلاثة الأولى ، ويحمل الأخيران على الاستحباب جمعاً . هذا كله بالإضافة إلى الأب . وأما الجدة : فلا ولاية له على البكر لا منضماً ، ولا مستقلاً . اعتماداً على الطائفة الثالثة من غير معارض .

هذا والقول بالولاية على النهج المذكور وإن لم ينسب لاحد لا بأس به إذا دلت عليه الأدلة . وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

(١) هذا الوجوب من باب الاحتياط الذي ذكره .

(٢) إجماعاً كما في الشرائع ، والتذكرة ، والقواعد ، وجامع المقاصد . والمسالك ، وكشف اللثام . وفي الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه » . وهو العمدة في الخروج عن عموم الولاية . مضافاً إلى عموم نفي الحرج في بعض

وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلاً (١) بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفاً (٢) ، ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم وإن كان كفواً شرعياً . وكذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود كفو آخر (٣) . وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها الى التزويج (٤) .

الموارد . لكنه إنما يقتضي نفي سلطنة الولي ، لا إثبات استقلال البنت ، لأنه ناف ، لا مثبت وأما قوله تعالى : (فلا تعضاوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف) (١٥) فغير ظاهر فيما نحن فيه . لاحتمال كون الخطاب للأزواج السابقين . مع أنه لو كان للأولياء لا يدل على سقوط الولاية ، لأن تحريم العضل لا يدل على ذلك :

(١) لفساد العقد فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها .
(٢) كأنه لا طلاق الكفو في كلامهم ، بل لعل الظاهر منه الكفو عرفاً .
(٣) كأنه لا انصراف المستثنى عن ذلك ، فيرجع الى عموم أدلة المستثنى منه ، لا أقل من أنه خارج عن القدر المتيقن من معقد الاجماع ، فيرجع الى عموم أدلة الولاية .

(٤) قال في الخلاف : « وإن غابا جميعاً (يعني : الأب والجد) كان لها أن تعقد على نفسها ، أو توكل من شاءت من باقي الأولياء » . وفي الحدائق : « وفي حكم العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذان الولي » . ونحوه ما في الرياض ورسالة شيخنا الاعظم (ره) . والأول حكى ارتضاؤه عن كثير من الاصحاب . ويظهر من الجميع عدم الخلاف في ذلك . بل في كلام بعض أنه بلا خلاف ظاهر . وكأنه لما

(مسألة ٢) : إذا ذهبت بكارتها بغير اللوطء - من وثبة ونحوها - فحكمتها حكم للبكر (١) . وأما إذا ذهبت بالزنا أو للشبهة ففيه إشكال (٢) . ولا يبعد الإلحاق بدعوى أن المتبادر من للبكر من لم تتزوج (٣) . وعليه فإذا تزوجت

يستفاد من دليل السقوط بالعضل .

(١) كما نص على ذلك في المسالك ، والجواهر ، وغيرهما . لأن النصوص المتقدمة في استثناء الثيب - ومثلها خبر ابن جعفر المتقدم في أدلة استقلال الولي - مختصة بمن نكحت رجلاً ، فلا تشمل المورث . بل يرجع فيه الى عموم الولاية . نعم قد يشكل ذلك بأن بعض النصوص ولاية الولي مختصة بالبكر ، ولا تشمل الفرض . لكن لو تم كفي نصوص استثناء الثيب المتقدمة في إثبات الولاية على من لم تنكح زوجاً آخر .

(٢) والذي اختاره في الجواهر لإلحاقها بالثيب ، أخذاً باطلاق الأدلة . قال : « وما في بعض النصوص من ظهور اعتبار النكاح في الثيب محمول على الغالب ونحوه ، بعد قصوره عن تقييد غيره من المطلق للشهرة » . أقول : لا ينبغي التأمل في أن الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطء أو غيره . وحينئذ فان أخذ باطلاق الثيب والبكر كان اللازم لإلحاق زوال البكارة بالوثبة ونحوها بالثيبوبة ، لصدقها حقيقة . وإن بني على تقييد الاطلاق بالنصوص المتقدمة فهي مختصة بالمتزوجة . وحملها على الغالب في هذه الجهة دون غيرها تفكيك لا يساعد عليه العرف . فإذا المتعين البناء على التقييد في الأمرين معاً . وحينئذ يتعين في زوال البكارة بالزنا والشبهة الإلحاق بالبكر . (٣) هذه الدعوى غير ظاهرة ، بل ممنوعة ، لأن البكر ذات البكارة ،

ولا دخل للتزويج وعدمه فيها . وكان الأولى الاستدلال بالنصوص ، بدعوى أن المفهوم منها أن المدار على التزويج ، لا على الثيبوبة . وإن كان التأمل

ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم للبكر (١) ومراعاة الاحتياط أولى .

(مسألة ٣) : لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب ، ولا موته . وللقول بتوقف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة - (٢) ضعيف . وأضعف منه للقول بتوقفها على موته ، كما اختاره بعض العامة .

فيها يقتضي كون المدار على الشبوبة بالتزويج ، لا مطلق التزويج . والمتحصل مما ذكرنا : أن المحتمل في الثيب أربعة معان : المعنى العرفي ، وهو زوال البكارة . وزوال البكارة بالوطء . وزوال البكارة بوطء الزوج ، ومجرد كونها مزوجة وإن كانت باكراً . ويقابلها البكرة : وأن ظاهر النصوص يقتضي المعنى الثالث ، وأن الأول لم يعرف به قائل ، والثاني اختاره في الجواهر ، والرابع اختاره المصنف ، ولم يعرف له موافق :

(١) يعني : فيلحقها حكم الثيب . وهو كما ترى .
 (٢) حكاه في الشرائع قولاً . ونسبه في كشف اللثام إلى الصدوق ، والشيخ ، والتقي ، وسائر ، وبني الجنيد والبراج وزهرة وحمة . واستدل له بموثق الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جازاً . قلنا فان هوى أبو الجارية هوى ، وهوى الجد هوى . . . » (١٥) ، لدلالة مفهومه على عدم الجواز مع فقد الأب . وأشكل بضعف سند الرواية ، ودلائلها . لكن الرواية من الموثق ، وهو حجة . والدلالة للمفهوم ، وهو أيضاً حجة . وحمله - كما في المسالك - على أنه من مفهوم الوصف ، الذي ليس بحجة غير ظاهر . نعم يحتمل في القيد المذكور أنه ذكر تمهيداً للحكم المذكور في

ذيل الرواية من التشاح بين الجد والأب ، الذي لا يمكن فرضه إلا في حال وجود الأب ، فتكون الشرطية من قبيل الشرطية لتحقيق الموضوع . فتأمل . ولذلك اختار هذا القول في الوسائل .

اكن في كشف اللثام مال إليه ، للأصل ، إلا فيما أجمع عليه ، وهو صورة حياة الأب بعد ضعف أدلة الطرفين . وفيه : أنه لا قصور في دليل القول المذكور بعد أن كان السند من الموثق ، والدلالة لمفهوم الشرط ، فيقيد به إطلاق ما دل على ولاية الجد ، على تقدير تماميته . مع أنها لا تخلو من تأمل إذ لم نقف على دليل لولاية الجد ، إلا ما تضمن أولويته من الأب ، مثل موثق عبيد بن زرارة : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ، ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر . فقال (ع) : الجد أولى بذلك . . . » (١٥) . ونحوه خبره الآخر (٢٥) ، وخبر علي بن جعفر المروي في قرب الاسناد وفي كتابه (٣٥) ، وغيرها . وكلها مختصة أيضاً بصورة حياة الأب . بل ظاهر تعليل ذلك في بعضها بأنها وأباها للجد كالصريح في الاختصاص بذلك ، إذ لا مجال للتعليل المذكور مع فقد الأب . وأما صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها » (٤٥) . فدلالته غير ظاهرة وحمل من هو ولي أمرها على من له ولاية المال ، ومنه الجد ، لا قرينة عليه ، وإن ذكر في المسالك وغيرها . ومثله صحيح أبي بصير ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « سألت عن الذي بيده عقدة

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٨ وملحقه .

(٤٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(مسألة ٤) : لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو

الجد بعد بلوغها ورشدتها (١) ،

النكاح قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى إليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى . فأبي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه (١٠) . ودعوى : أن الجد يجوز أمره في مال المرأة حتى مع فقد الأب ، فيكون ممن بيده عقدة النكاح . مدفوعة : بأن ظاهر الآية الشريفة الاختصاص بالبالغات ، بقرينة نفوذ عفوهن ، فالروايات الواردة في تفسيرها قاصرة عن شمول غيرهن . ولذا ذكر الأخ في الصحيح المتقدم . ومن ذلك يظهر الوجه فيما ذكره كاشف اللثام من ضعف أدلة الطرف الآخر .

نعم يشكل ما ذكره من أن قول الجماعة مطابق للأصل . وجه الاشكال : أن أصالة عدم ترتب الأثر محكومة لاستصحاب الولاية الثابتة للمجد حال حياة الأب . نعم لا تجري إذا كان الأب قد مات في حال كون الصغير حياً ، فيكون مقتضى الأصل العدم .

ثم إنه يمكن المناقشة في مفهوم الموثق باحتمال كون الشرط مساقاً لتحقيق الموضوع بلحاظ ما في ذيله من قوله (ع) «فإن هوى . . .» ، كما عرفت . وحينئذ يكون الدليل على القول المذكور ضعيفاً أيضاً .

(١) بلا خلاف ظاهر . وفي المسالك : أنه لا يظهر فيه مخالف : لانتهاى . وعن غيرها : الإجماع عليه . وبشهاد له صحيح عبد الله بن الصلت قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة زوجها أبوها ألها أمر إذا بلغت؟ قال (ع) : لا ، ليس لها مع أبيها أمر» (٢٥) . وصحيح

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٣ .

بل هو لازم عليها . وكذا للصغير على الأقوى (١) .

محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجه أبوها ، ثم يموت وهي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها ، يجوز عليها التزويج ، أو الأمر اليها ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج أبيها » (١٠) : ونحوهما صحيح علي بن يقطين (٢٠) ، وغيره . لكن في صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يتزوج الصبية . قال (ع) : إن كان أبواهما اللذان زوجها فنعم جائز ، ولكن لها الخيار إذا أدركا » (٣٠) . ولكنه لم يعرف عامل به ، ولا مفت بمضمونه في الصغيرة . ونحوه ما في خبر يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع) : « متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال (ع) : إذا جازت تسع سنين ، فإن زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين . . . » (٤٠) .

(١) على المشهور . ويشهد له صحيح الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ فقال (ع) : أما التزويج فصحيح . وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك . . . » (٥٥) . بذلك استدل في الحدائق . لكن دلالاته على نفي الخيار غير ظاهرة ، لأن صحة العقد لا تنافي الخيار ، بل هي موضوع للخيار . ومثله ما دل على توارثها إذا زوجها الأبوان (٦٥) ، فإن التوارث إنما يدل على الصحة لا غير ، وهي لا تنافي

(١٥) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٧ .

(٣٥) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٨ .

(٤٥) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث : ٩ .

(٥٥) الوسائل باب ١١ من ابواب ميراث الأزواج حديث : ٤ .

(٦٥) الوسائل باب ١٢ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ وتقدم ذكر الحديث في الصفحة : ٤٣٧ .

وللقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف . وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقة (٢) .

(مسألة ٥) : يشترط في صحة تزويج الأب والجد ونفوذه عدم المفسدة (٣) ، وإلا يكون للعقد فضولياً ، كالأجنبي

الخيار . وعلى هذا ينحصر دليل نفي الخيار في الصغير بما دل على اللزوم .
 (١) نسب إلى الشيخ في النهاية ، وبني البراج وحزة وإدريس : لصحيح ابن مسلم المتقدم ، ولتطرق الضرر إليه من جهة إثبات المهر في ذمته والنفقة من غير ضرورة ، وبذلك افترق عن الصبية ، فان العقد عليها يثبت لها المهر والنفقة ، لا عليها ، ولخبر يزيد الكناسي : « إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة ، أو يشعر في وجهه ، أو ينبت في عانته » (١٥) . لكن الصحيح بعد عدم العامل به في الصبية يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره ، لتعذر التفكيك في معنى الخيار في الصبي والصبية . والضرر المذكور إن تم كونه ضرراً منفياً كان موجباً لقصور الولاية ، وعدم صحة العقد كالفضولي . وإلا - كما هو المفروض في كلامهم - فلا يصلح لإثبات الخيار ، ولا لإثبات غيره . وأما خبر الكناسي فالاشكال فيه كالأشكال في الصحيح ، فقد ذكر في صدره الخيار للصغيرة ، ولأجله يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره . مضافاً إلى أنه غير ظاهر الحجية ، لعدم ثبوت وثاقة يزيد الكناسي . نعم في السند أحمد بن محمد بن عيسى ، والحسن بن محبوب ، وأبو أيوب الخزاز . وقد يشعر ذلك بالوثاقة .
 (٢) إجماعاً ، كما في المسالك وفي كشف اللثام : لا يعرف فيه خلاف . ويقتضيه ما دل على لزوم العقود .

(٣) يظهر من المسالك الاتفاق عليه ، حيث جعل الفارق بين ولاية

ويحتمل عدم للصحة بالاجازة أيضا (١). بل الأحوط مراعاة المصلحة (٢). بل يشكل للصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب للشرف ، أو من أجل كثرة المهر أو

الأب وولاية الحاكم الاجتزاء بعدم المفسدة في الأولى ، واعتبار المصلحة في الثانية. فكأن ولاية الأب في النكاح غير ولايته في المال ، فان المشهور بين القدماء ، المدعى عليه الاجماع ، والمصرح به في كلام جماعة من المتأخرين : اعتبار المصلحة فيها . والفارق بين المقامين هو عدم وضوح الاطلاق في ولاية الأب في المال ، بخلاف المقام . وعلى هذا فالذي يدل على اعتبار الشرط المذكور هنا دليل نفي الضرر . ويقتضي الاجتزاء به في صحة العقد وإن لم يكن مصلحة إطلاق أدلة الولاية ، المقنن في تقييده على ما ذكر . وأما ما ورد في جواز الأخذ من مال الولد (*١) إذا لم يكن فيه سرف ، أو إذا كان بالمعروف ، أو إذا كان مما لا بد منه ، معللاً بأن الله لا يحب الفساد فمورده التصرف في مال الكبير . مع كون التصرف راجعاً الى المتصرف لا الى الولد ، فالتعدي الى الصغير في التصرف الراجع اليه في غير المال ، غير ظاهر . فالعمل بالاطلاق متعين .

(١) بناء على أنه يعتبر في المحيز أن يكون جائز التصرف حال العقد ، وإلا لم تصح اجازته ، كما سينبه المصنف على ذلك في المسألة السادسة . لكن اشتراط ذلك خلاف إطلاق الأدلة .

(٢) لما عرفت من أن المشهور بين المتقدمين اعتبار المصلحة في نفوذ تصرف الولي الاجباري في المال . بل قد يستظهر من حجر التذكرة دعوى نفي الخلاف فيه بين المسامحين وقد صرح به جماعة كثيرة فيتعدى منه الى المقام ، فيلحق المقام به . لكنه - مع عدم ثبوت ذلك في الملحق به - غير

قلته بالنسبة الى للصغير (١) ، فاختار الأب غير الاصلح لتشهي نفسه .

(مسألة ٦) : لو زوجها للولي بدون مهر المثل ، أو زوج للصغير بأزيد منه ، فان كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد والمهر وازم (٢) ، وإلا ففي صحة للعقد وبطلان المهر وللرجوع الى مهر المثل ، أو بطلان للعقد أيضاً قولان (٣)

ظاهر في قبال إطلاق الأدلة . ودعوى الانصراف الى خصوص المصلحة ممنوعة . ومن ذلك يظهر نفي الاشكال الذي ذكره المصنف بقوله : « بل يشكل . . . » ، فان إطلاق الأدلة محكم .

(١) لا يخلو هذا المثال من الاشكال . لأن الصغير إذا زوج بمهر كثير كان ذلك الترويج ضرراً عليه ، لا خلاف الأصلح . بخلاف الصغيرة إذا زوجت بالمهر القليل ، فانه خلاف الأصلح لا غير .

(٢) لعموم دليل الولاية . وعن جامع المقاصد : أنه المعتمد في الفتوى .

(٣) وعن الشيخ (ره) : قول ثالث ، وهو صحة العقد والمهر ولزومها ، عملاً باطلاق أدلة الولاية ، المعتضد بما دل على جواز عفو عن المهر بعد ثبوته . وفيه : أن التعدي عن العفو الى المقام غير ظاهر ، فان نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة ، وليس العفو كذلك . وأدلة نفي الضرر مقدمة على إطلاق أدلة الولاية . وحيثشذ بدور الأمر بين القولين الأولين . ولأجل ذلك قال في الشرائع : « إذا زوجها الولي بدون مهر المثل هل لها أن تعترض؟ فيه تردد . والأظهر أن لها الاعتراض » ولم يتعرض لمورد الاعتراض ، وأنه خصوص المهر ، أو العقد نفسه . وقد ذكر في المسالك وغيرها وجهين أو قولين . وقد تبع المصنف صاحب الجواهر في اختيار ثانيهما ، لأن الواقع في الخارج أمر واحد مشخص ، فاما أن

يكون صحيحاً بلا إجازة ، أو موقوفاً عليها . ولا مجال للتفكيك فيه بين ذات العقد فيصح وبين المهر فيتوقف على الإجازة . ولذا لو عقد فضولاً بمهر خاص لم يجوز للأصيل إجازة العقد دون المهر .

وفي المسالك اختار الأول ، لأن العقد صحيح ، وإنما المانع من قبل المهر ، ويمكن جبره بفسخه خاصة ، والرجوع الى مهر المثل . ولا نسلم أنهما واحد ، بل اثنان لا تلازم بينهما . وأوضحه شيخنا الأعظم (ره) في رسالة النكاح بأن دليل صحة تصرف الولي شامل لنفس العقد ، فلا وجه لتوقفه على الإجازة . غاية الأمر أن الضرر في الصداق اقتضى خروجه عن دليل الولاية ، فيتوقف على الإجازة . والتفكيك بين العقد والمهر في مثل ذلك ثابت لا مانع منه . وأما عدم جواز التفكيك فيما لو عقد فضولاً بمهر خاص ، فهو لاجل أن الإجازة بمنزلة القبول ، لا يجوز التفكيك فيه بين أبعاض العقد الواحد . وليس منه المقام ، لما عرفت من أن العقد في نفسه لا يحتاج الى الإجازة ، وأن المحتاج اليها خصوص المهر لا غير . وقد أطال (قدس سره) في توضيح ذلك . فراجع :

ويشكل بأن الضرر ليس في جعل المهر نفسه ، وإنما هو بالنكاح على المهر المذكور ، فالضرر يكون بالنكاح المقيد بالمهر ، وانتفاؤه بدليل نفي الضرر عين البطلان . وبالجملة : لو كان الضرر حاصلًا من جعل المهر نفسه أمكن أن يقال بصحة العقد عملاً بعموم الولاية ، وببطلان المهر ، عملاً بعموم نفي الضرر . لكنه ليس كذلك ، بل الضرر حاصل من التزويج بالمهر المذكور . فنفيه بدليل نفي الضرر يقتضي بطلان نفس التزويج ، لا بطلان المهر وحده . ونظير ذلك ما تقدم في مبحث الرياء في الصلاة ، فإنه إذا صلى جماعة رياء ، فالرياء يكون بالصلاة فتحرم ، لا بالجماعة فتحرم هي دون الصلاة ، فتبطل الجماعة وتصح الصلاة .

أقواهما : للثاني . والمراد من البطلان عدم النفوذ ، بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ . ويحتمل للبطلان ولو مع الاجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في الحال (١) .

(مسألة ٧) : لا يصح نكاح للسفيه (٢) المبذر إلا باذن للولي . وعليه أن يعين المهر والمرأة (٣) . ولو تزوج

(١) قد عرفت أن هذا خلاف إطلاق أدلة الصحة .

(٢) قال في الشرائع : « والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر ، ولو أوقع كان العقد فاسداً وإن اضطر الى النكاح جاز للمحكم أن يأذن له سواء عين الزوجة أو أطلق » . ونحوه ما في القواعد : ووجه عدم نفوذ نكاحه : أن النكاح تصرف في المال ، لما يترتب عليه من المهر والنفقة ، والسفيه محجور عن ذلك إجماعاً . وهذا مما لا إشكال فيه . إنما الاشكال في لزوم الاقتصار في الاذن على حال الضرورة ، فإذا تزوج مع عدم الضرورة الى ذلك لم يصح وإن أذن له الولي ، فإن الظاهر أنه لا خلاف عندهم فيه ، مع أنه لا يظهر الفرق بين النكاح وغيره ، إذ في غير النكاح يصح تصرفه إذا أذن له الولي وكان التصرف عقلاً ثباتاً وإن لم تكن ضرورة تدعو اليه ، فما الذي ميز النكاح عن غيره ؟ ! اللهم إلا أن تحمل الضرورة في كلامهم على الحاجة المتعارفة ، كما هو غير بعيد عن مذاقهم ، وإن كان بعيداً عن عبارتهم . ولأجل ما ذكرنا لم يتعرض في المتن لذكر الضرورة ، واكتفى بالمصلحة .

(٣) تعيين المهر من وظائف الولي . أما تعيين المرأة فمن وظائف

الزوج ، وليس هو سفيهاً في هذه الجهة حتى يكون مولى عليه فيها . نعم إذا كان تعيينه يؤدي الى ضياع المال لم يقبل ، لكون المفروض كونه محجوراً عن المال ، فلو عين امرأة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو يزيد عما يليق

بدون إذنه وقف على إجازته فان رأى المصلحة وأجاز صح ، ولا يحتاج الى إعادة الصيغة ، لأنه ليس كالمجنون والصبى (١) مستلوب للعبارة ، ولذا يضح وكالته عن اللغير في إجراء للصيغة ومباشرة لنفسه بعد إذن للولي .

(مسألة ٨) : إذا كان للشخص بالغاً رشيداً في المالميات لكن لا رشد له بالنسبة الى أمر للتزويج وخصوصياته من تعيين للزوجة وكيفية الامهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في المالميات في الحاجة الى إذن للولي ، وإن لم أر من تعرض له (٢).

بحاله لم يقبل منه . وكذلك الكلام في تعيين مكان العقد أو زمانه ، فانه يقبل منه التعيين ، إلا إذا كان موجباً لضياح المالم بحسب حاله . وبالجملة : إذا اعتبرت الضرورة في جواز تزويجه وجب الاقتصار على الضرورة في الزوجة والمكان والزمان وغيرهما من الجهات التي تختلف في زيادة المالم ، ولا يقبل تعيين السفيه في واحدة من الجهات إذا كان يوجب اختلاف المالم : وإن اكتفى بكون التصرف متعارفاً وإن لم تدع الضرورة إليه قبل تعيينه ، إلا إذا لم يكن لائقاً بحاله ، وكان موجباً لزيادة المالم .

(١) هذا مما لا إشكال فيه . ويقترضه عموم الأدلة ، بل قد تقدم في كتاب الاجارة أن من المحتمل أن يكون الصبي كذلك .

(٢) لكن ظاهر حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه في المالم وأن الحجر يرتفع بالرشد في المالم : أن السفه في غير المالمات لا أثر له في الحجر . ويقترضه عموم السلطنة . وليس السفه في التزويج إلا كالسفه في المأكل ، والمسكن ، والملبس ، والمركب ، ومعاشرة الاخوان ، وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالانسان مما لا يستوجب إنلاف المالم وتبذيره . فان من الضروري

(مسألة ٩) : كل من الأب والجد مستقل في الولاية (١)
فلا يلزم الاشتراك ، ولا الاستئذان من الآخر . فأيهما سبق
مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر (٢) . ولو زوج
كل منهما من شخص ، فان علم للسابق منهما فهو المقدم ولغي

أنه لا ولاية على السفية فيها ، وليس هو ممنوعاً من التصرف إلا باذن
وليه ، فليكن السفه في التزويج كذلك . نعم قد يستفاد من رواية عبد الله
ابن سنان : « إذا بلغ ونبت عليه الشعر جاز أمره ، إلا أن يكون سفياً
أو ضعيفاً » (١٥) بناء على إطلاق السفية ، الشامل لما نحن فيه . لكنه
غير ظاهر .

(١) بلا إشكال ظاهر ويقتضيه إطلاق النصوص وظاهر الجواهر
التوقف في ذلك ، حيث أنه في شرح قول ماتنه : « فمن سبق عقده صح »
ذكر أنه بناء على استقلال كل منهما بالولاية . لانهى .

(٢) يعني : يصح السابق ، كما في الشرائع والقواعد وغيرها . وعن
الغنية والسرائر : الإجماع عليه وفي الجواهر : « لم نعرف فيه خلافاً بينهم ،
بل يمكن دعوى الإجماع عليه » . والظاهر أنه كذلك . ويقتضيه إطلاق
الأدلة . ويشهد له صحيح هشام بن مسلم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع) :
« قال إذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول . فان كانا جميعاً في حال
واحدة فالجد أولى » (٢٥) . وموثق عبيد بن زرارة : « قلت لأبي عبد الله

(١٥) هذا المضمون مروري بتمبيرات مختلفة وأقرب الكل اليه ما رواه في الوسائل باب : ٢
من أحكام الحجر حديث : « ، إلا أنه نقله عن الحاصل عن أبي الحسين الخادم بياع القؤلون من
دون توسط ابن سنان . لكن الموجود في الحاصل الجزء : ٢ الصفحة : ٨٩ روايته عن بياع القؤلون
عن عبادة بن سنان . فلاحظ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب عقد النكاح حديث : ٣ .

الآخر . وإن علم للتمقارن قدم عقد الجلد (١) . وكذا إذا جهل للتاريخان (٢) . وأما إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر ، فإن

عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر . فقال : الجدة أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ، إن لم يكن الأب زوجها قبله . ويجوز عليها تزويج الأب والجدة (١٠) .

(١) إتفاقاً ، كما عن السرائر والغنية . ويشهد به الصحيح والموثق المتقدمان ، وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه . ولابنه أيضاً أن يزوجه . فقلت : فان هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً » . فقال (ع) : الجدة أولى بنكاحها (٢٠) : ونحوه موثق عبید بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) (٣٠) .

(٢) لما يأتي في المتن من أنه يستفاد من الموثق المتقدم أن الشرط في نفوذ عقد الجدة أن لا يسبقه عقد الأب ، وهذا الشرط يمكن لإحرازه بالأصل في الفرض . إذ الأصل يقتضي عدم سبق عقد الأب على عقد الجدة ، فيصح ؛ لكن يعارضه أصالة عدم سبق عقد الجدة على عقد الأب ، المقتضي لصحة عقد الأب ، لما سبق من استقلال كل منهما بالولاية ، فاذا سبق أحدهما بالعقد صح . هذا بناء على جريان الأصل بالنسبة إلى كل من مجهولي التاريخ . وأما بناء على التحقيق من عدم جريانه بالنسبة إلى كل منهما ذاتاً فلا مجال لإحراز الشرط المذكور بالنسبة إلى كل منهما . وحيث أنه يعلم بصحة أحد العقدين وفساد الآخر من دون تعيين ، فيتعين الرجوع إلى القرعة ، أو غيرها ، على ما تقدم في مبحث تزويج الأختين ، وغيره .

(١٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب عقد النكاح حديث : ٧ .

كان المعلوم تاريخ عقد الجسد قدم أيضاً (١) وإن كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمال تقدمه (٢) . لكن الاظهر تقديم عقد الجسد ، لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجسد ما لم يكن الاب زوجها قبله ، فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً (٣)

(١) هذا واضح بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة الى مجهول التاريخ ، لأنه بعد أن كان عقد الجسد معلوم التاريخ ، أمكن جريان أصالة عدم عقد الأب قبله الى حينه ، المثبت لصحته ، لما عرفت من استقلاله بالولاية . ولا يعارضه أصالة عدم عقد الجسد الى زمان عقد الأب ، الموجب لصحته ، لأنه مجهول التاريخ . نعم بناء على جريان الأصل بالنسبة الى مجهول التاريخ يكون الأصل متعارضاً في الطرفين ، ويكون الحكم كما في صورة الجهل بالتاريخين معاً .

(٢) بل المتعين ذلك بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة الى مجهول التاريخ ذاتاً ، فان أصالة عدم سبق عقد الجسد وعدم مقارنته لعقد الأب بلا معارض ، فيثبت صحة عقد الأب . أما بناء على جريان الأصل يكون الاصل في الطرفين متعارضاً ، ويكون الحكم كما في مجهولي التاريخ .

(٣) إن كان المراد من كونه سابقاً أن لا يتقدمه عقد الجسد ولا يقارنه ، فهو مما يمكن إثباته بالأصل ، لاصالة عدم عقد الجسد الى ما بعد انتهاء عقد الأب . وإن كان المراد من كونه سابقاً أن يكون بحيث يلحقه عقد الجسد ، بأن يكون عنوان السبق بنفسه ملحوظاً شرطاً ، فهذا غير مفهوم من أدلة الولاية للأب ، فان عقد الأب صحيح وإن لم يلحقه عقد الجسد . وبالجملة : المفهوم من النصوص : صحة عقد الجسد إذا كان وارداً على امرأة خلية غير مزوجة ، فيكون الشرط ذلك ، لا مجرد عدم سبق لعقد الأب من حيث هو ، فالشرط وجودي لا عدمي . وكذلك المفهوم منها : أن شرط

وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجلد أولى (١) فتحصل : أن لللازم

صحة عقد الأب أن يرد على خلية غير مزوجة ولا يقارنه عقد الجلد ، لا مجرد سبق على عقد الجلد من حيث هو سبق . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في الجواهر ، فانه ذكر أنه مع العلم بتاريخ أحدهما وجهل الآخر يحكم بصحة المعلوم ، بناء على أصالة تأخر المجهول عنه . وإن جهلا معاً قدم عقد الجلد ، بناء على أن مقتضى الأصلين الاقتران ، الذي قد عرفت تقدم عقد الجلد فيه . وإن قلنا أن الاقتران أيضاً حادث كان الحكم بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل . مع احتمال تقدم عقد الجلد ، لاطلاق ما دل عليه ما لم يسبقه عقد الأب ، فمضى لم يعلم بجكم بتقدم عقده . فتأمل جيداً . انتهى . ولعله أشار بالأمر بالتأمل الى ضعف الاحتمال المذكور . كما أن من المحتمل أن يكون المراد من أصالة تأخر الحادث استصحاب عدمه الى ما بعد زمان الحادث الآخر ، فيكون صحيحاً . وحينئذ يتم ما ذكره من الأخذ بالعقد المعلوم التاريخ ، ورفع اليد عن مجهول التاريخ ، والبناء على القرعة مع الجهل بالتاريخين .

(١) لأصالة عدم سبق عقد الاب الى حين عقد الجلد . لكن عرفت أنه مع البناء على عدم جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ كيف يجري في المقام أصالة عدم عقد الأب الى حين عقد الجلد مع كونه مجهول التاريخ ؟ . والذي يتحصل : أن المصنف (ره) يستظهر من النصوص أن الشرط في نفوذ عقد الأب أن لا يسبق عقد الجلد ، والشرط في نفوذ عقد الجلد أن لا يسبقه عقد الأب . فمع الجهل بالتاريخين يمكن نفي شرط نفوذ عقد الأب بأصالة عدم سبقه على عقد الجلد ، وإثبات شرط نفوذ عقد الجلد بأصالة عدم سبق عقد الاب عليه . وكذا مع الجهل بتاريخ أحدهما دون الآخر أيما كان منها . لكن الاستظهار المذكور غير ظاهر الوجه ، بل المستفاد

تقديم عقد الجد في جميع للصور إلا في صورة معلومية سبق عقد الأب . ولو تشاح الأب والجد فاختر كل منهما واحداً قدم اختيار الجد (١) . ولو بادر الأب فعقد ، فهمل يكون باطلاً أو يصح ؟ وجهان ، بل قولان (٢) ، من كونه سابقاً

من الادلة أن العقد من كل من الأب والجد ينفذ مع قابلية المحل ، فاذا وقع العقد من أحدهما لم يصح العقد من الآخر ، لعدم قابلية المحل ، واذا اقرنا كان عقد الجد مقديماً . فعنوان السبق بما هو لم يؤخذ موضوعاً لنفوذ عقد الأب ، وإنما لوحظ طريقاً الى كون الصغيرة مزوجة . وكذا عدم سبق عقد الأب يراد منه كونها خلية . ومن ذلك يظهر لك الاشكال فيما في الجواهر من احتمال تقديم عقد الجد مع الجهل بالتاريخين ، لاطلاق ما دل عليه إذا لم يسبقه عقد الاب ، فمتى لم يعلم يحكم بتقديم عقده . انتهى : فان ذلك خلاف الظاهر . والمتعين الرجوع الى القرعة بعد أن كان الأصل لا يصلح لاثبات كونها خلية الى حين العقد بالنسبة الى كل منهما ، كما هو التحقيق . وإذا بني على ما احتمله في الجواهر تعين البناء على صحة عقد الجد حتى فيما جهل تاريخ أحدهما وعلم تاريخ الآخر اعتماداً على الأصل ، حسب ما اختاره المصنف . ولا وجه للفرق بين صورة الجهل بالتاريخين والجهل بتاريخ أحدهما . فلاحظ :

(١) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما . وفي كشف اللثام : حكاية الاجماع عليه عن الانتصار والخلاف والمبسوط والسرائر . ويشهد له النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) ، وموثقي عبيد بن زرارة المتقدمة في أوائل المسألة .

(٢) اختار في المسالك ثانيهما قال : « لو كان السابق الأب وقد علم بأن الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد ، فقد ترك الأولى ، وصح عقده » .

فيجب تقديمه . ومن أن لازم أولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه . والأحوط مراعاة الاحتياط . ولو تشاح الجد الأسفل والأعلى هل يجري عليها حكم الأب والجد أولاً ؟ وجهان ، أوجههما : الثاني ، لانهما ليسا أباً وجداً بل كلاهما جد ، فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب (١)

لكن في الجواهر : « قد يقال ببطلان عقده حينئذ . لأولوية الجد منه في هذا الحال ، الظاهرة في انتفاء الولاية للأب ، بل هو المعنى المعروف المستعمل فيه لفظ الأولى في غير المقام » . ثم حكى في آخر كلامه عن كشف اللثام : دعوى الاتفاق على صحة السابق ، وجعله مقتضى إطلاق الصحيح ، يعني : صحيح هشام ، والموثق المتقدمين ، وعليه فلا مجال للاشكال فيه . ويتعين حمل الأولوية في كلامهم في صحيح محمد بن مسلم وغيره على التكميلية ، استحبابية أو وجوبية ، لا الوضعية . وعلى هذا لا يظهر وجود قائل بالأول . فقول المصنف (ره) : « قولان » إن أراد بالأول ما في الجواهر ، فليس هو إلا إشكالاً على الدليل . وإن كان غيره فلم أعر عليه .

(١) لكن في خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) لاني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه ، فقال : أصلح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير إذني . فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فقال : نكاحه باطل . قال (ع) : ثم أقبل علي فقال : ما تقول يا أبا عبد الله . فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله (ص) : أنت ومالك لأبيك ؟ قالوا : بلى . فقلت لهم : فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه

(مسألة ١٠) : لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن

به عيب (١) ، سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أولاً ،

ولا يجوز نكاحه ؟ قال (ع) : فأخذ بقولهم وترك قولي « (١٥) . وقد يظهر من التعليل أولوية الجسد باعتبار ولايته على الأب ، كما في الجواهر . لكن التعليل المذكور علل به نفوذ تصرف الجسد ، لا أولويته من الأب عند الاقتران . ومنه يظهر الاشكال في الاستدلال على ذلك بخبر قرب الاسناد (٢٥) المشتمل على أولوية الجسد مع اختلافها فيمن يراد تزويجه ، معللاً بذلك . إلا أن يقال : عموم التعليل شامل للمقام وإن كان التعليل في مورد خاص . اللهم إلا أن يشكل التعليل في الأول بمعارضته بغيره ، كما تقدم في مسألة أنه لا يجوز للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً ويحج به ، فراجع هذا المبحث من الشرح . فتأمل جيداً . كما يشكل التعليل في الثاني بأنه لا عامل به على ظاهره ومؤوله مجمل لا يمكن الاستدلال به . فلاحظ :

(١) قال في الشرائع : « إذا زوجها الولي . بالمجنون والخصي صح ، ولها الخيار . وكذا لو زوج الطفل بمن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ » . وفي المسالك استدلال على الصحة : بأن العيوب المذكورة لا تنافي الكفاءة التي هي شرط الصحة . واستدل على الخيار بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة . ومقتضى ذلك : أنه إذا زوج الولي بمن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً ولا خيار . ثم حكى في المسالك عن الشيخ في الخلاف القول بالصحة ولم يذكر الخيار ، وعن الشافعية قولاً بعدم الصحة ، من حيث أنه لاحظ للمولى عليه في تزويج المعيب سواء علم الولي أم لم يعلم ، ووجهاً ثالثاً بالتفصيل بين علم الولي بالعيوب فيبطل ، كما

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب عقد النكاح حديث : ٨ .

لانه خلاف المصلحة . نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز . وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه (١) إن لم يكن من للعيوب المجوزة للفسخ ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقتيه ، وعدمه لأن المفروض إقدام الولي مع علمه به . وجهان ، أوجهها : الاول ، لاطلاق أدلة تلك للعيوب (٢) . وقصوره

لو اشترى له المعيب مع علمه بالعيب ، والجهل فيصح . ويثبت الخيار للولي على أحد الوجهين ، أوها عند البلوغ . قال : « وهذا الوجه الأخير موجه » . واختاره المصنف ، وعلاه بأنه خلاف المصلحة . وكأنه يريد بذلك أنه فيه ، مفسدة ، ولو الغضاضة العرفية والاستنكار . وحينئذ يكون البطان في محله ، لما عرفت من اشتراط تصرف الولي بعدم المفسدة . ولذا قال في الجواهر : « لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً ، ولم تحصل مصالح تقتضي الفعل ، أو مرجحات بحيث ترتفع المرجوحية معها ، وحينئذ ينفذ ويلزم على المولى عليه » . والوجه في الحكم الثاني أيضا إطلاق أدلة الولاية . ومما ذكرنا يظهر أن المراد بالعيب في كلام المصنف لا بد وأن يكون خصوص ما كان وجوده موجباً للضرر عرفاً ، فلا يشمل العيب الذي لا يكون وجوده ضرراً على الزوجة ولا مهانة عليها ، مثل كونه ناقصاً ببعض الأصابع أو زائداً . وإلا كان الوجه الصحة ، عملاً بإطلاق الأدلة .

(١) إذ لا دليل على هذا الخيار ، والأصل لزوم .

(٢) كما في المسالك . وتبعه في الجواهر في توجيه الخيار الذي ذكره المحقق . لكن هذا الاطلاق غير ظاهر ، فإن تلك الأدلة كما لا تشمل صورة علم الزوج لا تشمل صورة علم وليه أو وكيله مع إقدامها على العيب لاقتضاء المصلحة ذلك ، كما هو الحال في سائر المعاملات التي يوقعها الولي

بمنزلة جهله (١) . وعلم للولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه . وغاية ما تفيد المصلحة إنها هو صحة للعقد ، فتبقى أدلة الخيار بحالها . بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضا (٢) من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق . وهل له إسقاطه أم لا ؟ مشكل (٣) ، إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك . وأما إذا كان للولي جاهلا بالعيب ولم يعلم به إلا بعد للعقد ، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له (٤) ، وللمولى عليه إن لم يفسخ ، أو الوكيل على المعيب .

(١) يعني : حتى لو فرض أن الصغير كان عالماً بالعيب . ولكن لا دليل على هذه المنزلة وإن ادعيها في المسالك والجواهر . ولو سلمت لم تجد في ثبوت الخيار ، لأن علم الولي بمنزلة علم المولى عليه ، كما أن علم الوكيل بمنزلة علم الموكل في خروجه عن منصرف أدلة الخيار ، كما سبق . (٢) في الجواهر : « لا يبعد ثبوته للولي أيضا باعتبار نيابته عن المولى عليه المفروض عدم إسقاط إقدامه مع علمه إياه » . وهو في محله . لكن عرفت عدم تمامية المبنى . ووجه التوقف في ذلك ما ذكره في المسالك من أن الخيار هنا أمر يتعاق بشهوة الزوجين ، ولاحظ فيه لغيرهما ، فينأط بنظرهما . وإلى ذلك أشار في عبارته السابقة بقوله : « على أحد الوجهين » : ويضعفه أنه خلاف ما دل على ولاية الولي . فلاحظ .

(٣) بل لما كان تضييعاً للحق كان ممنوعاً .

(٤) ثبوته للولي لا بد أن يكون من حيث كونه ولياً ونائباً عن المولى عليه ، فالخيار للمولى عليه لا غير ، لكن قبل البلوغ ينوب عنه فيه الولي ،

وللمولى عليه فقط إذا لم يعلم به للولي الى أن يبلغ أو أفاق . وإن كان من للعيوب الآخر فلا خيار للولي (١) . وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان ، أوجهها : ذلك (٢) ، لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك للتزويج . بل يمكن أن يقال : إن للعقد فضولي حينئذ لأنه صحيح وله الخيار .

وبعد البلوغ يقوم به بنفسه أو بوكيله . وعلى هذا فقول المصنف (ره) : ولا إشكال في ثبوت الخيار له ، غير ظاهر ، لما عرفت من الاشكال الذي ذكره في المسالك ، وأنه أحد الوجهين . نعم لا إشكال في ثبوت الخيار للمولى عليه لاطلاق أدلته . هذا بعد البناء على صحة العقد . أما إذا بني على فساده ، للمفسدة ، كما يأتي في غير العيوب المحوزة للفسخ ، وكما سبق في حال علم الولي . لأن كونه مصلحة وغير مصلحة تابع للواقع ، لا للعلم وعدمه ، فالعقد باطل من أصله . نعم لو فرض أن فيه مصلحة يتدارك بها نقص العيب ، وكان الولي جاهلاً بذلك ، كان العقد صحيحاً حينئذ ، ويثبت الخيار لاطلاق أدلته . ولا مجال للاشكال المتقدم ، للفرق بين المقامين . وكذا الحكم في سائر المعاملات التي يوقعها الولي مع الجهل بالعيب .

(١) لأصالة اللزوم بعد أن لم يكن دليل على الخيار . هذا لو كان المراد نفي الخيار للولي في مقابل المولى عليه . وإن كان المراد نفيه للولي من حيث كونه ولياً فلا وجه له بعد أن بني على ثبوت الخيار للمولى عليه ، فإنه إذا ثبت له ثبت للولي من حيث كونه ولياً .

(٢) الخيار هنا خلاف ما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب المخصوصة . وأما التعليل الذي ذكره في المتن ، فإن كان المراد به المفسدة - كما هو الظاهر - اقتضى بطلان العقد من أصله ، إذ لا ولاية للولي حينئذ ، فيتعين كون العقد فضولياً تتوقف صحته على الاجازة . وبالجملة : إن دل

(مسألة ١١) : مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر

تزويجه بيد المولى (١) .

(مسألة ١٢) : للوصي أن يزوج المجنون المحتاج

الى للزواج (٢) ،

على صحة العقد هنا دليل فلا وجه للخيار للولي ولا للمولى عليه ، لما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب المخصوصة . وإن لم يدل على الصحة دليل كان اللازم القول بالبطلان .

والمتحصل من جميع ما ذكرناه : أنه إذا زوج الولي بمن فيه العيب الموجب للمنقصة بطل العقد من دون فرق بين العالم والجاهل ، والعيب الموجب للخيار وغيره . وأنه إذا كان الولي قد لاحظ مصلحة يتدارك بها النقص صح العقد ، ولا خيار للمولى عليه ، كما هو ظاهر المسالك ، والجواهر : وأما ما ذكره المصنف (ره) فيتوجه عليه الاشكال من وجوه . أحدها : التفصيل بين الولي والمولى عليه . والثاني : اثباته للمولى عليه . والثالث : تعليل الخيار بما يوجب البطلان لا الخيار :

(١) الظاهر أنه لا إشكال فيه ، لأن المملوك كسائر الأموال التي تكون للمملوك كلها تحت سلطان المولى ، لما في الصحيح من أن العبد وماله لأهله ، لا يجوز له تحرير ، ولا كثير عطاء ، ولا وصية ، إلا أن يشاء سيده (١٥) . ونحوه غيره .

(٢) قال في الشرائع : « للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضرورة الى النكاح » ونحوه في القواعد . وفي المسالك : يظهر منها عدم الخلاف في هذه الصورة . يعني : صورة ما إذا بلغ فاسد العقل . وفي الجواهر : « نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك . بل عن ظاهر

بل للصغير أيضاً (١)

الكفاية : الاجماع عليه ، بل عن القطيفي : دعواه صريحاً . وهو عجيب بعد تصريح المسالك : بأن غيرهما أطلق الخلاف في تصرف الوصي فيه ، وأنه هو الوجه .

وكيف كان فان قلنا بعدم الولاية للوصي على الصغير ، فاللازم القول بذلك في المحنون ، لعدم الدليل على هذه الولاية . والاستدلال عليها بثبوت الضرورة . وعجز المحتاج عن المباشرة ، فأشبه ذلك الانفاق عليه - كما حكاه في المسالك وغيرها - غير ظاهر ، إذ لو اقتضى ذلك لزوم التزويج فاما أن يختص بالحاكم الشرعي ، ولما أن يعم جميع المكلفين على نحو الوجود الكفائي ولم يختص بالوصي . وإن قلنا بولاية الوصي على الصغير ، أمكن استصحاب الولاية الى ما بعد البلوغ إذا بلغ فاسد العقل . وبالجملة ، لما لم يكن دليل على ولاية الوصي على تزويج المحنون كان المرجع فيها القواعد العامة . ومقتضاها ما ذكرنا .

ومن ذلك يظهر الاشكال في إطلاق المحنون في المتن ، وكان اللازم الاقتصار على من بلغ مجنوناً ، كما هو المذكور في كلام الاصحاب . ومثله ما في بعض الحواشي من تقييده بالجنون المتصل بالصغر ، مع الاشكال منه في ولاية الوصي على الصبي . فلاحظ .

(١) كما جعله الاقوى في الجواهر ، وحكاه عن المبسوط ، والخلاف ، والجامع وغاية المراد ، وموضع من المختلف ، والكركي . لقوله تعالى : (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير) (١٥) ، ومن المعلوم أن التزويج مع المصلحة إصلاح . إلا أن يقال : الكلام في المقام في القدرة على هذا الاصلاح ، والآية الشريفة ليست في مقام تشريع القدرة ، بل

في مقام الحث على المقدور . مع أنها لو تمت لم تختص بالوصي ، بل تعم غيره من الاقارب والاجانب .

ولقوله تعالى : (فمن بدله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه) (١٥) ودعوى : انسباق خصوص الابضاء بالمعروف للوالدين ، بقرينة كون ما قبلها قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين) . مدفوعة : بأن الاستدلال به في النصوص الكثيرة على وجوب العمل بالوصية يدل على عدم الاختصاص بالمورد . ولو سلم كفت تلك النصوص في الدلالة على لزوم العمل بالوصية . اللهم إلا أن يقال : المنصرف من الآية الابضاء بما ترك ، لا بما يتعلق بغيره نفساً أو مالا ، فانه خارج عن منصرف الآية . وكذلك الروايات المستدل فيها بالآية على وجوب العمل بالوصية (٢٥) كلها واردة في خصوص الوصية بماله . مضافاً الى إمكان دعوى كونه من الجنف المتعلق بالغير ، إذ لا فرق بين الابضاء بتزويج صغيره وبتزويج غيره من الاجانب في دخوله تحت قوله تعالى : (فمن خاف من موص جنفاً أو لاثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه) (٣٥) ، ففي صحيح أبي أيوب عن محمد بن سوقه قال : وسألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تبارك وتعالى : (فمن بدله . . .) قال (ع) : نسختها الآية التي بعدها قوله عز وجل : (فمن خاف من موص . . .) قال : يعني : الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به اليه مما لا يرضي الله عز ذكره من خلاف الحق فلا إثم عليه . . . (٤٥) . وكما لا تصح الوصية

(١٥) البقرة : ١٨١ .

(٢٥) راجع الوسائل باب : ٢٢ من ابواب الوصايا .

(٣٥) البقرة : ١٨٢ .

(٤٥) الوسائل باب : ٣٨ من ابواب الوصايا حديث : ١ .

بالتزويج بالنسبة الى أخيه وابن أخيه لا تصح بالنسبة الى صغيره ، لصدق الجنف ، وهو العدوان .

ولصحيح أبي بصير ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى ، فأني هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر اذا عفا عنه » (١٥) ، ونحوه ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن (٢٥) ، وما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن الحلبي وأبي بصير وسماعة عن أبي عبد الله (ع) (٣٥) ، وما رواه في التهذيب عن أبي بصير في الحسن عن أبي عبد الله (ع) (٤٥) ، وما رواه في التهذيب أيضا عن أبي بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر (ع) (٥٥) . لكن ذكر الأخ في تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة ، لاحتمال إرادة الوكيل من الأخ والموصى اليه ، لا مطلقاً ، فيختص بالكبيرة وما في الجواهر من أن الاشتغال على ذكر الأخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره . غير ظاهر في مثل المقام مما يكون بين الطرفين نحو ارتباط في الدلالة . نعم يتم مع الاستقلال في الدلالة في كل من

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٥٢ من ابواب المهور ملحق حديث : ١ ، الكافي الجزء : ٦ الصفحة : ١٠٦

طبعة ايران الحديثة .

(٣٥) الوسائل باب : ٥٢ من ابواب المهور الملحق الثاني حديث : ١ . لكن رواه عن

التهذيب فقط .

(٤٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٤ ، التهذيب الجزء : ٧ الصفحة : ٤٩٣

طبعة النجف الحديثة . لكن في سنده ارسال .

(٥٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ٥ ، التهذيب الجزء : ٧ الصفحة : ٤٨٤

طبعة النجف الحديثة .

الطرفين ، لا أقل من وجوب الحمل على غير الظاهر بقريئة صحيح 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 أن مات قال الآخر : أخي لم يزوج ابنة ، فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : أي الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر ؟ قالت : الآخر . ثم إن الأخ الثاني مات وللأخ الأول ابن أكبر من ابن المزوج ، فقَالَ للجارية : اختاري ايها أحب اليك الزوج الأول أو الزوج الآخر . فقال (ع) : الرواية فيها أنها للزوج الأخير . وذلك أنها قد كانت أدركت حين زوجها ، وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها ، (١٥) . ونسبة الصحيح الى الآية الثانية نسبة العامين من وجه ، يرجع في مورد المعارضة - وهو محل الكلام - الى أصالة العدم . وما في الجواهر من كون الصحيح مضمراً لا يقدح في الحجية . وكذلك النسبة الى الرواية ، المشعرة بالتقية . مع أن الأشعار ممنوع ، ولو سلم فالأظهر أن تكون التقية في خلاف الرواية ، لا في مضمون الرواية . وما في الجواهر أيضاً من أن التعليل عليل . غير ظاهر ، فان المفهوم من عقده أن العقد كان بامضاءها ، كما يشير قولها . الأخير بعد أن سئلت عنها . وكأنه حمله على كون العقد فضولياً ، فلا ميز بينه وبين ما كان حال الصغير ولا مرجح له عليه ومثله صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : إذا كان أبواهما اللذان زوجها فتعم (٢٥) ، فان مفهومه نفي التوارث إذا كان المتولي للتزويج غير الأب وإن كان هو الوصي . وليست الدلالة من باب دلالة المفهوم فقط ، بل من باب أن التفصيل قاطع للشركة :

(١٥) الوسائل باب : ٨ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٢ من ابواب عقد النكاح حديث : ١ .

لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء عين للزوجة أو للزوج أو أطلق . ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجد ، لكن بشرط عدم وجود الآخر (٢) ، وإلا فالامر ليه .

(مسألة ١٣) : للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له (٣)

ونحوه صحيح الحناء الدال على أنه إذا زوج الصغير غير الأب توقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الآخر وإجازته . اللهم إلا أن يكون ذكر الأب من باب المثال للولي ، بقربينه عموم الحكم للجد إجماعاً ، لا لنفي الولاية عن غير الأب .

(١) قد عرفت أن الأدلة المتقدمة على ولاية الوصي مختلفة المفاد ، فالآية الأولى عامة لغبر الوصي من جميع المكلفين ، والروايات مختصة بالوصي ، لكنها عامة للوصي في غير الانكاح ، والمختص بالوصي في الانكاح خصوص الآية الثانية . فكان الجماعة اعتمدوا عليها لا غير . وعن جماعة : القول بالولاية للوصي مطلقاً . وكانهم اعتمدوا على النصوص الذي قد عرفت إشكالها والأقوى النفي مطلقاً كما هو المشهور ، كما عرفت .

(٢) بلا خلاف ولا إشكال ، كما يأتي في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى .

(٣) المشهور أنه ليس للحاكم ولاية النكاح على الصبي . وفي رسالة شيخنا الأعظم (ره) أنه لا يبعد كونه إجماعياً . وعلل بالأصل ، وعدم الحاجة إليه . والأول لا يعارض عموم الولاية ، المستفاد من قوله (ع) في رواية أبي خديجة : « فاني قد جعلته قاضياً » (١٥) . بناء على أن التزويج مع الحاجة من مناصب القضاة ووظائفهم . وما عن النبي (ص) : « السلطان ولي من لا ولي له » (٢٥) وفي الجواهر : أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر

(١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب صفات القاضي حديث : ٦ .

(٢٥) كنز العمال الجزء : ٨ ، صفحة : ٤٠٠٣ السنن الكبرى للبيهقي الجزء : ٧ صفحة : ١٢٥ .

في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد . والثاني ممنوع بنحو الكلية ، فقد تكون الحاجة اليه ، ولا تختص الحاجة اليه بالوطء . وكأنه لذلك أفتى المصنف (ره) واشترط الحاجة أو المصلحة الملزمة في ثبوت الولاية . وفي المسالك بعد أن ذكر دليل المنع المتقدم قال : « ولا يخاو من نظر إن لم يكن إجماعياً » . وفي كشف اللثام قال : « ولا ولاية له (يعني : للحاكم) على الصغيرين للأصل ، وعدم الحاجة فيهما . وفيه نظر ظاهر . فان استند الفرق الى الإجماع صح ، وإلا أشكل » . ولأجل أنه لم يتضح الإجماع على العدم يتعين البناء على الثبوت مع الضرورة والحاجة الشديدة ، من باب ولاية الحسبة ، التي مرجعها الى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرف في الجملة ، والقدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم أو باذنه مع الامكان ، وإلا فمن غيره . والظاهر أنها من مناصب القضاة . كما أنها المقصودة من ولاية السلطان ، يعني : أن السلطان ولي في المورد الذي لا بد فيه من نصب الولي وتصرفه . ولعل تعليل الأصحاب المنع في الصبي بعدم الحاجة يقتضي البناء منهم على الولاية مع الحاجة ، وليس الفرق بين الصبي والمجنون إلا عدم الحاجة في الأول غالباً والحاجة في الثاني غالباً ، لا أمر آخر تعبدى . نعم قد يشكل الحكم بملاحظة مثل صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج الصبية بتوارثان ؟ . . » (١٥) ونحوه صحيح الخذاء (٢٥) . وقد تقدم الاشكال في ذلك . وإلا فمن أبعد البعيد عدم صحة العقد للصبي مع الضرورة ، ويكون مستثنى من ولاية الحسبة . بل لا تبعد نسبة الجواز الى الأصحاب مع الحاجة الشديدة .

(١٥) راجع أول الفصل .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب ميراث الأزواج حديث : ١ .

من الاب والجد وللوصي ، بشرط الحاجة إليه ، أو قضاء المصلحة اللازمة للمراعاة .

(مسألة ١٤) : يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدها (١) . وإن لم يكونا فتوكل أخاها (٢) . وإن

وأما المحنون : فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في ولاية الحاكم على تزويجه وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل الظاهر كونه مجمعا عليه » وفي الحدائق - بعد أن ذكر ذلك - قال : « من غير إشكال عندهم ولا خلاف » . وقد نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ، على نحو يظهر أنه من المسلمات . ودلياه ما تقدم في الصبي . ويتعين الاقتصار على الضرورة والحاجة الشديدة ، التي هي مورد ولاية الحسبة ، على ما عرفت . وأما مع الحاجة في الجملة فلا دليل على ثبوت ولاية الحاكم في تزويجه . وقد عرفت أن القدر المتيقن من النبوي صورة لزوم التصرف والحاجة الى الولي ، لا مطلقاً . وأما رواية أبي خديجة : فالاستدلال بها لا يخلو من تأمل ، لعدم ثبوت كون التزويج من مناصب القضاء ووظائف القضاة . والمتحصل مما ذكرناه : أن الصبي والمحنون إن كانت حاجة ملزمة الى تزويجها فالحاكم الشرعي وإيها في ذلك . وإلا فلا ولاية له على أحدهما . ولا يكفي مجرد الحاجة في الجملة في ثبوت الولاية في المقامين .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . لما تقدم من نصوص ولايتها ، فانه بعد البناء على استقلالها بالولاية على نفسها يتعين حمل الأخبار المذكورة على الاستحباب .

(٢) كما في الشرائع ، والقواعد وغيرهما . لما تقدم من النصوص اندالة على أن الأخ من بيده عقدة النكاح ، المحمولة على التوكيل . وكان المناسب حينئذ ذكر الوصي وغيره ممن ذكر في الأخبار مع الأخ ، للاشتراك في الدليل .

تعدد اختارت الاكبر (١) .

(مسألة ١٥) : ورد في الاخبار أن إذن للبكر سكوتها

عند للعرض عليها (٢) ،

(١) كما في القواعد . لأن الأخ الأكبر بمنزلة الأب ، كما في مرسل

الحسن بن علي عن الرضا (ع) (١٥) . ويقتضيه خبر الوليد بن يساع
الاسقاط ، قال : « سئل أبو عبد الله (ع) - وأنا عنده - عن جارية كان
لها أخوان ، زوجها الأكبر بالكوفة ، وزوجها الأصغر بأرض أخرى .

قال (ع) : الأول بها أولى ، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي
امراته ونكاحه جائز » (٢٥) بناء على أن المراد أن الأكبر أولى بامضاء
عقده ، واستثناء دخول الثاني من جهة أن تمكين الثاني من الدخول لإمضاء
لعقد الأصغر ، فلا مجال لامضاء الأول .

(٢) في صحيح البنظي قال : « قال أبو الحسن (ع) في المرأة البكر :

إذنها صباهتا ، والثيب أمرها اليها » (٣٠) . وفي صحيح داود بن سرحان
عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يريد أن يزوج أخته . قال (ع) ،
يؤامرها ، فإن سكنت فهو لإقرارها ، وإن أبت لم يزوجها » (٤٥) ونحوه
مصحيح الحلبي (٥٥) . وفي خبر الضحاك بن مزاحم قال : « سمعت علي بن
أبي طالب (ع) يقول ، وذكر حديث تزويج فاطمة (ع) وأنه طلبها
من رسول الله (ص) . . . الى أن قال . فقام (يعني : رسول الله «ص»)

(١٥) الوسائل باب : ٨ من أبواب عقد النكاح حديث : ٦ .

(٢٥) الوسائل باب : ٧ من أبواب عقد النكاح حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ٥ من أبواب عقد النكاح حديث : ١ .

(٤٥) الوسائل باب : ٥ من أبواب عقد النكاح حديث : ٢ .

(٥٥) الوسائل باب : ٤ من أبواب عقد النكاح حديث : ٤ .

وأفتى به للعلماء (١). لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها (٢) وكان سكوتها لحياثها عن للنطق بذلك .

(مسألة ١٦) : يشترط في ولاية الاولياء المذكورين للبلوغ ، وللعقل ، والحرية ، والاسلام إذا كان المولى عليه .

وهو يقول : الله أكبر ، سكوتها لإقرارها (١٥) .

(١) بل هو المشهور بين الاصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس ، طرحاً منه للأخبار ، بناء على أصله في أخبار الآحاد . نعم عن المبسوط : أنه احتاط في استنطاقها .

(٢) قال في الجواهر : ولا إشكال في الاكتفاء بالسكوت الدال قطعاً على الرضا . وكذا السكوت المقرون بقرائن ولو ظنية . بل والسكوت من حيث كونه سكوت بكر وإن لم تكن ثمة قرائن خارجية . كما أنه لا إشكال في عدم الاكتفاء به مع اقترانه بقرائن تدل على عدم الرضا . بل لعل المتجه ذلك أيضاً في المقترن بقرائن ظنية تدل على ذلك أيضاً . بل لا يبعد ذلك فيما إذا تعارضت فيه الامارات على وجه لم يحصل الظن بدلالته على الرضا ولو من حيث كونه سكوت بكر . واحتمال القول بحجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً ، تمسكاً بإطلاق النص . ضعيف . فالصور - على ما ذكر - ست ، الثلاث الأول منها يكون السكوت حجة فيها ، دون الثلاث الأخيرة . وظاهر المصنف (ره) اختصاص الحجية بالصورتين الأولتين . ومقتضى إطلاق النصوص اللفظي عموم الحجية لجميع الصور عدا الصورة الرابعة واستضعفه في الجواهر ، لأنه خلاف منصرف النصوص . وهو في محله .

لكن لما كان السكوت من الامارات العرفية يتعين حمل الحجية على

مسلماً . فلا ولاية للصغير وللصغيرة على مملوكهما (١) ، من عبد أو أمة ، بل للولاية حينئذ لوليها (٢) . وكذا مسع فساد عقلها ، بجنون ، أو إغماء ، أو نحوه (٣) . وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونها ونحوه (٤) .

أن تكون إمضاء لما عند العرف ، وهي تختص بالصورتين الأولتين ، ولا تشمل الثانية . وبالجملة : بعد أن كان احتمال كون السكوت بمنزلة الرضا موضوعاً للصحة واقعاً ، خلاف الظاهر جداً ، وتعين كونه موضوعاً للحكم الظاهري - أعني : الحجية - يدور الأمر بين أن تكون الحجية إمضاء لما عند العرف ، وأن تكون تأسيساً في مقابل ما عند العرف ، ، والأول أظهر ، فإنه المنصرف من الخطاب ، فتختص الحجية بالصورتين الأولتين فقط ، كما هو ظاهر المتن ، فهو المتعين . فان لم يتم ذلك تعين البناء على ما حكاه في الجواهر واستضعفه ، من كون الحجية عامة لجميع الصور عند صورة العلم بالخلاف ، أخذاً بالاطلاق اللفظي . فما في الجواهر أضعف الوجوه :

(١) إجماعاً ، كسائر أمواليها .

(٢) كسائر أمواليها .

(٣) الظاهر أن هذه العبارة زائدة ، وقعت سهواً ، فان الجنون مانع من الولاية في مقابل الصغير ، يعني : يكون مانعاً في الكبير ، لا في الصغير .
(٤) بلا خلاف ولا إشكال . وعلل بالقصور عن الولاية ، لان اختلال العقل يوجب قصور النظر والرأي ، وقوام الولاية بذلك . لكن يشكل الأمر في الإغماء ، فإنه يشبه النوم في أنه يقتضي القصور في العمل ، لا في الرأي .
فاذا العمدة فيه الإجماع .

وإن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر (١) . وكذا لا ولاية للمملوك (٢) ولو مبعوضاً (٣) على ولده ، حرراً كان أو عبداً . بل للولاية في الأول للحاكم (٤) ، وفي الثاني لمولاه (٥) وكذا لا ولاية للأب للكافر على ولده المسلم (٦) .

(١) لأن الجنون إنما يمنع الولاية عن المجنون ، لا عن غيره ، فعموم دليل الولاية بالنسبة إليه محكم .

(٢) بلا خلاف ولا إشكال ، كما في الجواهر . ويقتضيه ما دل على نفيها عن نفسه ، مثل قوله تعالى : (لا يقدر على شيء) (١٥) . لكن يظهر من عبارة المختلف ثبوت ولاية ، قال : « وأما العبد : فالأقوى صحة ولايته ، لأنه بالغ رشيد ، فأشبهه الحر . وكونه مولى عليه لا ينافي ولايته » . وضعفه مما ذكرنا ظاهر .

(٣) بلا خلاف ولا إشكال ، كما في الجواهر ، وظاهر غيره . وهو العمدة ، وإلا فلدليل نفي قدرة العبد على شيء ، لا يشمل البعض .

(٤) لما سبق من أنه ولي من لا ولي له .

(٥) لما سبق من قاعدة السلطنة .

(٦) لإجماعاً ، كما في المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر . وفي الحدائق :

« الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فيه » . ثم ادعى الإجماع على ذلك بالنسبة إلى الولد المسلم . وقد استدلل له بقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) (٢٥) . وقوله (ص) « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » (٣٥) . وقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) (٤٥)

(١٥) النحل : ٧٥ .

(٢٥) النساء : ١٤١ .

(٣٥) غوالي الثاني : الفصل التاسع من المقدمة ، صحيح البخاري الجزء ٢ كتاب الجنائز باب :

إذا أسلم الصبي فات هل يصل عليه ، كتاب الشهاب في الحكم والاداب للقضاهي الصفحة : ٥ .

(٤٥) التوبة : ٧١ .

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١) ، وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً (٢) . والأقوى ثبوت ولايته على ولده للكافر (٣) .

ولا يخلو الاستدلال من المناقشة ، فان الولاية في الآية الثانية يراد بها غير ما نحن فيه ، بقريئة العموم للكبير والصغير وظهورها في ثبوت الولاية من الطرفين ، ومثله قوله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) (١٥) . وكذا العلوي في النبوي يراد منه الظهور ، فهو نظير قوله تعالى : (ليظهره على الدين كله) (٢٥) . وأما الآية الأولى فقريئة سياق ما قبلها ، وهو قوله تعالى : (فالله يحكم بينهم يوم القيامة) ، ووجود حرف الاستقبال فيها ، يكون الظاهر منها الجعل التكويني فيما يتعلق بأمر الآخرة ، لا الجعل التشريعي لتكون مما نحن فيه . مضافاً الى إمكان انصراف السبيل عليه عما كان لمصلحته وخدمته ، فلاحظ .

(١) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد . ويظهر من شراحهما : أنه من المسلمات . لعموم دليل الولاية ، المقتصر في الخروج عنه على المتيقن . (٢) لما سبق .

(٣) كما صرح به في القواعد ، وغيرها . لعموم الأدلة . لكن مقتضى اطلاق ما في الشرائع من قوله : «إذا كان الولي كافراً فلا ولاية له» انتفاء ولاية الكافر حتى على الولد الكافر . ونحوه حكي عن التحرير . ورده في الجواهر بقوله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) . وقد عرفت الاشكال في الآية المذكورة ، وأنها ليست فيما نحن فيه . فالعمدة في الاشكال عليه مخالفته لاطلاق دليل الولاية من غير وجه ظاهر . وما أبعد ما بينه وبين ما عن المبسوط من أن ولي الكافر لا يكون إلا كافراً ، فلو كان له

(١٥) الانفال : ٧٣ .

(٢٥) التوبة : ٣٣ .

ولا يصح تزويج للولي في حال إحرامه (١) ، أو لإحرام المولى عليه ، سواء كان بمباشرة ، أو بالتوكيل (٢) . نعم لا بأس

وليان مسلم وكافر فالولاية للكافر . وهو غريب . وأغرب منه التمسك له بقوله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) . إذ هو في غير ما نحن فيه قطعاً ، كما تقدم .

(١) بلا خلاف ولا إشكال فيه وفيما بعده . فان المحرم لا يصح العقد منه له ولا لغيره . وفي الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منها مستفيض إن لم يكن متواتراً » . وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « قال ليس للمحرم أن يتزوج ولا يزوج . وإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل » (١٥) . ونحوه غيره :

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر في الفرع الثاني من مبحث تحريم النساء على المحرم . ويظهر منه أنه مفروغ عنه عندهم . لاطلاق النص الشامل للثاني شموله للأول ، لان الوكيل نائب عن الموكل ، ففعله فعله . فاذا وكل الولي وهو محرم محلاً على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، صدق أنه زوج المولى عليه وهو محرم . وكذا لو وكل الولي حال إحلاله محلاً على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، فانه يصدق أنه زوجه وهو محرم . لأن فعل الوكيل إذا كان فعلاً للموكل صدق أن الموكل المحرم زوج المولى عليه ، وإن كان التوكيل سابقاً على الإحرام . اللهم إلا أن يقال : إن الظاهر من قولهم (ع) : « إن المحرم لا يزوج » (٢٥) : المنع من أن يصدر منه حال الإحرام ما يوجب التزويج ، والتزويج في الفرض ليس صادراً من الولي حال الإحرام . ومجرد

(١٥) الوسائل باب : ١٤ من أبواب تروك الإحرام حديث : ١ .

(٢٥) يوجد هذا المضمون في أحاديث باب : ١٤ من أبواب تروك الإحرام من الوسائل .

بالتوكيل حال الاحرام ليوقع للعقد بعد الاحلال (١) .
 (مسألة ١٧) : يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث للشخص ، والمهر ، وسائر الخصوصيات . وإلا كان فضولياً (٢) موقوفاً على الاجازة . ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (٣) من سائر الجهات . ومع التعدي يصير فضولياً (٤) . ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من نفسه (٥) . للانصراف عنه . نعم لو كان للتوكيل على وجه

صحة النسبة اليه أعم من ذلك . ولا يجيء ذلك فيما لو وكل في تزويج نفسه ، ثم أحرم فزوجه الوكيل حال الاحرام ، للفرق بين المصدر وحاصل المصدر . فلاحظ . فالمنع في الولي يختص بما إذا كان التوكيل حال الاحرام والعقد كذلك . إلا أن يقوم لإجماع على خلافه .

(١) لاطلاق الأدلة من غير معارض .

(٢) بلاخلاف ولا إشكال . لعدم شمول الاذن للعقد الواقع ، فلا

يصح بدون الاجازة ، لقاعدة السلطنة .

(٣) كما في سائر موارد الوكالة ، من غير خلاف بينهم في ذلك ،

كما يظهر من مراجعة كلماتهم في مبحث الوكالة . وبقضيه منصرف التوكيل ، الذي هو استتابة في التصرف لمصاحبة الموكل .

(٤) لعدم الاذن في التصرف ، فلا يصح بدون الاجازة ، كما تقدم ؛

(٥) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . وفي المسالك :

أنه لا خلاف في أنه لا يجوز له تزويجها من نفسه مع تعيين الزوج ، ومع الاطلاق . وحكى عن التذكرة احتمال جواز أن يزوجه من نفسه مع الاطلاق ،

يشمل نفسه أيضاً بالعموم ، أو الاطلاق (١) جاز . ومسح
التصريح فأولى بالجواز . ولكن ربما يقال : بعدم الجواز مع
الاطلاق ، والجواز مع للعموم . بل قد يقال : بعدمه حتى مع
التصريح بتزويجها من نفسه (٢) ، لرواية عمار (٣) ، المحمولة

معللاً باطلاق الاذن . وعلل المصنف المنع - تبعاً للمشهور - بالانصراف .
(١) يعني : كان الاطلاق مقروناً بما يمنع الانصراف عن نفسه .
وإلا فالانصراف مانع عن العمل بالاطلاق . لكن الانصاف : أن الانصراف
الى غيره بدوي ، ناش من تغاير الفاعل والمفعول غالباً ، فلا يعتد به في
رفع اليد عن الاطلاق . نعم إذا كان موضوع الوكالة من الأفعال الخارجية
القائمة بين الاثنين - كما إذا أعطاه مالا فقال له : أعطه الفقير ، أو اكس
الفقير ، أو اشبع الفقير ، أو نحو ذلك من الأفعال - اقتضى التغاير والانصراف
الى غيره . أما إذا كان من الأمور الاعتبارية - مثل : بعه ، وملكه ،
وزوجه ، وأمثال ذلك - فالانصراف بدوي ، لا يمنع من الأخذ بالاطلاق .
(٢) قال في الشرائع : « ولو وكلته في تزويجها منه قيل : لا يصح
لرواية عمار . ولأنه يلزم أن يكون موجباً قابلاً » . والجواز أشبهه . ويظهر
من كشف اللثام : أنه المشهور ، فإنه نسب الجواز الى أبي علي والمحقق
لا غير .

(٣) رواها الشيخ عن محمد بن علي بن محبوب عن أحمد بن الحسن
عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي قال : سألت
أبا الحسن (ع) عن امرأة تكون في أهل بيت ، فتكره أن يعلم بها أهل
بيتها ، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها ، تقول له : قد وكلتك
فأشهد على تزويجي ؟ قال (ع) : لا . قلت : جعلت فداك وإن كانت
أيماً ؟ قال : وإن كانت أيماً . قلت : فإن وكلت غيره بتزويجها منه ؟

على للكرامة ، أو غيرها من المحامل (١) .
 (مسألة ١٨) : الأقوى صحة النكاح للواقع فضولا
 مع الاجازة (٢) ، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين ،

قال (ع) : نعم ، (١٠) .

(١) قال في المسالك : « والرواية ضعيفة السند ، قاصرة الدلالة ،
 لجواز كون المنفي هو قولها : « وكلتك فأشهد » ، فان مجرد الاشهاد غير
 كاف . فالجواز أقوى » . والمراد من قصور السند عدم الصحة . لكنها
 من الموثق ، وهو حجة كالصحيح . واحتمال كون المنفي قولها : « وكلتك
 فأشهد » بعيد ، بل الواضح كونه راجعاً الى الحل ، كما يظهر أيضاً من
 قرينة السياق مع ما بعده ، مع أن كون مجرد الاشهاد غير كاف ، غير
 ظاهر ، لأن الاشهاد لا بد أن يكون مع وجود المشهود به ، ومعه لا بد
 أن يكون عدم الكفاية لعدم الصحة . وبالجملة : لا قصور في سند الرواية ،
 ولا في دلالتها . نعم هي مخالفة للقواعد . لكنها غير قاذحة ضرورة :
 (٢) على الأظهر ، كما في الشرائع . وفي الجواهر : « الأشهر ، بل
 المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين ، بل في الناصريات الاجماع
 عليه ، وفي محكي السرائر : نفي الخلاف عنه في غير تزويج العبد نفسه
 والأمة نفسها بغير إذن المولى ، بل فيه الاجماع على ذلك ، بل فيه - مضافاً
 الى ذلك - دعوى تواتر الأخبار به . بل من أنكر الفضولي في غير النكاح
 أثبتته هنا ، للاجماع ، والنصوص » .

ويشهد له العمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها ، مثل قوله
 تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٣٥) ، فان العقد المحاز داخل

(١٠) الوسائل باب : ١٠ من ابواب عقد النكاح حديث : ٤ .

(٢٥) المائدة : ١ .

في عموم العقود ، فيجب الوفاء به . وتقريب ذلك : أن العقود في الآية الشريفة يحتمل بدواً أموراً ثلاثة : (الأول) : مطلق العقود ، ويكون عقد غير من له السلطنة على العقد بدون الاذن من السلطان والاجازة خلجاً بالاجماع . وهذا الاحتمال يظهر من كلام شيخنا الأعظم (ره) في مكاسبه . وفيه : أن الوفاء المذكور في الآية الشريفة يتوقف على تحقق الالتزام بالعقد ، فإذا لم يكن إذن من المالك لا سابقاً ولا لاحقاً ، لا يكون مورداً للوفاء ولا موضوعاً له . (الثاني) : العقد الصادر من السلطان ، ويكون دخول عقد الوكيل والمأذون بالاجماع ، ويكون العقد المحاز خارجاً عنه . وهذا الاحتمال قد يظهر من الشهيد في غاية المراد . ولكنه خلاف الاطلاق . (الثالث) : العقد المنسوب الى السلطان وإن لم يكن بلحاظ الصدور ، فيدخل فيه عقد الوكيل والمأذون ، ويتبعه العقد المحاز ، لاتحاد جهة النسبة . وهذا هو الأظهر . وحينئذ يراد بالعقود : العقود المنسوبة الى من له السلطنة عليها ، سواء كان وجه النسبة الصدور ، أم الالتزام به بالاذن أو التوكيل أو الاجازة ، لأن الجميع على نحو واحد . وحينئذ يكون وجوب الوفاء دالاً على الصحة والنفوذ ، فانه إرشادي الى ذلك ، لا تكليفي ، وإلا لزم تعدد المخالفة والمعصية عند ترك الوفاء ، وهو خلاف المقطوع به .

هذا ويدل على القول المذكور أيضاً جملة من النصوص ، بعضها وارد في الحر ، كخبير محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « انه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال (ع) : النكاح جائز ، إن شاء المتزوج قبل ، وإن شاء ترك » (١٥) ، وبعضها وارد في الرق ، كصحح زارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده .

فقال (ع) : ذاك الى سيده إن شاء أجازته ، وإن شاء فرق بينهما . قلت : أصلحك الله إن الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح فاسد ، ولا تحل إجازة السيد له . فقال أبو جعفر (ع) : إنه لم يعص الله تعالى ، إنما عصى سيده ، فإذا أجازته فهو له جائز (١٥) . وصحيح معاوية بن وهب قال : « جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال : إني كنت مملوكا لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ، ثم اعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي . فقال (ع) : سكتوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . أثبت على نكاحك الأول » (٢٥) . ونحوهما غيرها .

وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط : البطلان : وعن فخر الاسلام : موافقته . واستدل له بجملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير إذن الولي أو المولى ، كرواية أبي العباس البقباق : « قلت لأبي عبد الله (ع) : يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها . قال : هو زنا ، إن الله تعالى يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) (٣٥) » (٤٥) . ونحوه غيره . وبأن العقود الشرعية تحتاج الى الأدلة ، وهي منتفية في محل النزاع . وعن فخر الاسلام : الاستدلال له بأن العقد سبب الاباحة ، فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليه . وبأن رضا المعقود عليه أو وليه شرط ، والشرط متقدم . وفيه : أن الظاهر من النصوص السؤال عن صحة العقد بدون الاذن ولا الاجازة ، فلا تشمل صورة وقوع الاجازة . ولو سلم عمومها لذلك يتعين

(١٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٣٥) النساء : ٢٥ .

(٤٥) الوسائل باب : ٢٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

أو كليهما ، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً ، حرّاً أو عبداً .
والمراد بالفضولي : للعقد للصادر من غير للولي وللوكيل (١) ،
سواء كان قريباً - كالأخ ، والعم ، والخال ، وغيرهم - أو
أجنياً . وكذا للصادر من للعبد أو الأمة لنفسه بغير إذن للولي .
ومنه للعقد للصادر (٢) من للولي أو للوكيل على غير للوجه
المأذون فيه من الله ، أو من الموكل . كما إذا أوقع للولي للعقد

حملها على ذلك ، جمعاً بينها وبين غيرها مما عرفت . وأما ما ذكر أخيراً :
فالأشكال عليه أظهر ، فإن دعوى نفي الأدلة على الصحة مصادرة . مضافاً
إلى ما عرفت من الأدلة . ومثله ما ذكره أولاً فخر الإسلام . وأما ما
ذكره أخيراً : ففيه أن كون الشرط متقدماً لا يقتضي البطلان ، فإن المشروط
هو الحكم بالصحة ، وهو متأخر . ومثله القبض في الصرف . والسلم ، والهبة .
(١) الفضولي : هو العاقد الذي لا سلطان له على العقد حين العقد ،
كما حكى عن الشهيد ، فيقال : « عقد الفضولي » ، وتكون الإضافة بمعنى
اللام . وقد يطلق على نفس العقد ، فيقال : « العقد الفضولي » أو « عقد
الفضول » من باب إضافة الموصوف إلى الصفة . ولعله تسامح ، كما في
كلام شيخنا الأعظم (ره) .

(٢) المشهور عدم الفرق في صحة الفضولي بين الأفراد المذكورة :
وعن ابن حمزة : اختصاصه بتسعة مواضع : عقد البكر الرشيدة على نفسها
مع حضور وليها ، وعقد الأبوين على الابن الصغير ، وعقد الجد مع عدم
الأب ، وعقد الأخ والأم والعم على صبيته ، وتزويج الرجل عبد غيره بغير
إذن سيده ، وتزويجه من نفسه بغير إذن سيده ، لأن هذه التسعة مورد
الأدلة ، والتعدي من موردها إلى غيره لا دليل عليه ، والأصل عدم ترتب
الآثر . وفيه : أنه لا فرق بين التسعة وغيرها في شمول العمومات المقتضية

على خلاف المصلحة ، أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل . ولا يعتبر في الاجازة للفورية (١) ، سواء كان للتأخير من جهة الجهل بوقوع للعقد ، أو مع العلم به وإرادة للتروي ، أو عدمها أيضاً . نعم لا تصح الاجازة بعد للرد (٢) .

للصحة . مع إمكان التعدي عرفاً عن مورد النصوص الى غيره ، لفهم عدم الخصوصية عرفاً

(١) كما هو المعروف . ويقتضيه إطلاق الأدلة المتقدمة عمومها وخصوصها ، وخصوص صحيحة محمد بن قيس الواردة في البيع ، فيتعدى منه الى المقام بعدم الفصل . فقد روى عن أبي جعفر الباقر (عليه السلام) : وقال : قضى أمير المؤمنين (ع) في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب ، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني . فقال (ع) : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها . فنأشده الذي اشتراها ، فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال له : ارسل ابني ، قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه « (١٥) . وإذا لزم الضرر على الطرف الآخر من تأخير الاجازة أمكن رفعه بقاعدة نفي الضرر ، بتشريع الفسخ ، بناء على صلاحية القاعدة لذلك ، على ما ذكره في مبحث خيار الغبن : ولا ينافي ذلك ما دل على نفي الخيار في النكاح ، فان قاعدة الضرر لو جرت تكون حاکمة عليه .

(٢) على المعروف بينهم ، بل في كلام شيخنا الاعظم دعوى ظهور الاجماع عليه ، بل عن بعض مشايخه دعواه صريحاً . واستدل له بأن الاجازة بمنزلة القبول فكما يقدر رد القابل قبل القبول في صدق العقد كذلك الرد

(١٥) الوسائل باب : ٨٨ من ابواب نكاح العيب والاماء حديث : ١ ، منقولة بالمعنى .

كما لا يجوز للرد بعد الاجازة (١) ، فمعها يلزم العقد (٢) .

قبل الاجازة . وبأن مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علقه الطرف الآخر عن ماله .

وفي كل من الوجهين تأمل ونظر . أما في الأول : فلعدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه ، فضلاً عن المقاس . مع وضوح الفرق بين المقامين بتامة العقد في الثاني ، غاية الأمر أنه محتاج الى إضافته الى المالك ، وهي حاصلة بالاجازة وإن كانت بعد الرد ، بخلاف الأول ، لامكان دعوى كون الرد المتخلل بين الايجاب والقبول مانعاً من الالتئام بينهما على نحو يكونان عقداً .

وأما في الثاني : فلأن عقد الفضولي ليس تصرفاً في موضوعه حتى لا يكون تحت سلطان غير من له السلطان ، فلا يوجب علقه لغير من له السلطان . ولو أوجب ذلك فرضاً على خلاف قاعدة السلطنة ، فلا تصلح قاعدة السلطنة لقطعها ، للشك في مشروعية ذلك ، وقاعدة السلطنة لا تصلح للتشريع . وبالجملة : مقتضى قاعدة السلطنة عدم نفوذ العقد ، لاعدم صحته التأهلية ، بحيث لو انضمت اليه الاجازة ممن له السلطنة لترتب عليه الأثر . ولو سلم كان مقتضى القاعدة عدم الصحة التأهلية ، الراجع الى بطلان عقد الفضولي ، لا رفع الصحة التأهلية بعد ثبوتها : ولذا كان من الواضح أن مقتضاها عدم صحة تصرف غير السلطان ، لا إبطال التصرف بعد صحته من غير السلطان . فإذا العمدة الاجماع المتقدم . وبعضه الاجماع على صحة لإنشاء الرد بقول : « فسخت » ، فان ذلك إجماع منهم على انحلال العقد به ، كانحلال العقد الجائر به ، إذ لو لا ذلك لا معنى لإنشاء الفسخ به .

(١) إجماعاً ، لصحة العقد بالاجازة ، ولا دليل على بطلانه بالرد :

(٢) لأصالة اللزوم .

(مسألة ١٩) : لا يشترط في الاجازة لفظ خاص .
بل تقع بكل ما دل على إنشاء للرضاء بذلك للعقد (١) ، بل
تقع بالفعل للدال عليه (٢) .

(مسألة ٢٠) : يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا
يلتزم بذلك للعقد ، فلو اعتقد لزوم للعقد عليه فرضي به
لم يكف في الاجازة (٣) . نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه

(١) كما يقتضيه اطلاق أدلة الصحة .
(٢) وعن صريح جماعة وظاهر آخرين : اعتبار اللفظ في اجازة عقد
الفضولي في البيع لأن الاجازة كالبيع في استقرار الملك . ولأن الاستقراء
في النواقل الاختيارية اللازمة - كالبيع وشبهه - يقتضي اعتبار اللفظ .
وهذان الوجهان يمكن اجراؤهما في المقام ، فيقال : الاجازة كعقد النكاح
الذي لا يصح بالفعل ولأن الاستقراء في العقود اللازمة - كالبيع والتزويج
ونحوهما - يقتضي اعتبار اللفظ . لكن الأول مصادرة . والاستقراء ليس
بمحجة ، ولا سيما في مقابل العمومات الدالة على الصحة حتى بالاجازة الفعلية .
وخصوص صحيححة معاوية بن وهب المتقدمة في أدلة صحة الفضولي (١٥) .
فالعمل بها متعين . ولذا حكي عن تصريح العلامة بأن تمكين الزوجة من
الدخول بها إذا زوجت فصولا اجازة للعقد .

(٣) كما في المستند ، لعدم الصدق ، ولا استصحاب الخيار . انتهى .
والظاهر منه إرادة عدم صدق الاجازة . لأن مجرد الرضا بالعقد على الحال
المذكورة لا يكون اجازة . وفيه : أنه يمكن فرض الاجازة منه وإن علم
بعدم الحاجة اليها لترتب الأثر ، كما لو قال : « أجزت ما وقع ورضيت
به » . فالعمدة حينئذ أن مثل هذه الاجازة ليس مما تقتضيه قاعدة السلطنة ،

بعد العلم بعدم لزوم للعقد ، فأجاز ، فإن كان على وجه التقييد لم يكف (١) . وإن كان على وجه للداعي يكون كافياً .
 (مسألة ٢١) : الاجازة كاشفة عن صحة للعقد من حين وقوعه (٢) ، فيجب ترتيب الآثار من حينه .

لأنها تقتضي السلطنة على الوجود بعد العدم ، والمفروض أن المحيز يرى تحقق الوجود بعد العدم ، فليس في مقام لإعمال قدرته وسلطنته على ذلك . نظير الرضا بما قسم الله تعالى له ، فإنه غير إيجاد ما قسم له . وربما يكون في صحيحة ابن بزيع المتقدمة في عقد السكرى (١٥) ما ينافي ذلك . لكن العمل بالرواية محل تأمل ، كما تقدم . فراجع .
 (١) لعدم تحقق القصد الى المقيد بعد فرض انتفاء القيد .

(٢) قد اختلف القائلون بصحة عقد الفضولي في البيع في أن الاجازة ناقله - بمعنى : أنها تقتضي ترتب الأثر من حينها - أو كاشفة عن ترتب الأثر من حين العقد ، إما لكون العقد تمام السبب المؤثر - كما يقتضيه ما عن جامع المقاصد وغيره من الاستدلال على الكشف بأن العقد سبب تام في الملك ، لعموم قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) (٢٥) - أو لكون شرط تأثير العقد هو الرضا التقديري الحاصل حال العقد - كما هو ظاهر بعض المحققين في إجارته - أو لكون الشرط هو الوصف الانتزاعي ، وهو تعقب الاجازة للعقد - كما نسبه شيخنا الأعظم الى جماعة من معاصريه - أو لأن الشرط هو نفس الاجازة المتأخرة ، ولا مانع من تأخر الشرط في العلل الشرعية - كما اختاره في الجواهر - لأن الشرط في العلل الشرعية يراد منه ما يكون قيداً لموضوع الحكم ، لا ماله دخل في سبب الحكم وعلته ،

(١٥) راجع صفحة : ٢٨٧ .

(٢٥) المائة : ١ .

فان الحكم لما كان فعلاً اختيارياً للحاكم ، كانت علته الارادة لا غير ، والشرط الشرعي لا يدخل له في تأثير العلة ، وإنما دخله باعتبار أن وجوده العلمي وتصوره دخيل في ترجح الوجود على العدم ، الموجب لتعلق الارادة به ، وليس لوجوده الخارجي دخل في الحكم أصلاً ، فشرطية الاجازة في المقام بهذا المعنى ، لا بمعنى أن لها الدخول في الوجود ، وفي ترتب المعلول على العلة ، كما هو معنى الشرط في العلال العقلية أو لكون الاجازة موجبة لحكم الشارع من حين الاجازة بحصول المضمون حقيقة من حين العقد ، على وجه الانقلاب ، المعبر عنه بالكشف الانقلابي . كما اختاره بعض المحققين ، وقد يظهر من عبارة جماعة من الأعيان ، حيث ذكروا أن الاجازة موجبة للحكم بصحة العقد من حينه ، لأنها رضا بمضمون العقد وهو النقل من حينه . أو أنها موجبة لحكم الشارع من حينها بحصول المضمون من حين العقد حكماً لا حقيقة ، المعبر عنه بالكشف الحكمي ، وهو الذي حكاه شيخنا الأعظم عن أستاذه شريف العلماء في بعض تحقیقاته . كما أن الكشف على أحد الوجوه الأربعة الأول يعبر عنه بالكشف الحقيقي . وعبارة المصنف (ره) خالية عن تعيين وجه من هذه الوجوه . والأقرب منها هو الكشف الانقلابي . أما النقل : فيشكل بأن مقتضى العمومات وإن كان هو نفوذ العقد وترتب مضمونه حين الحكم بالصحة ، وهو بعد الاجازة ، فان زمان العقد لم يؤخذ قيداً للمضمون ، حتى يتعين ثبوت المضمون فيه ، لكن المرتكزات العرفية تستوجب حمل الأسباب الشرعية على الأسباب العقلية ، وكما أن آثار الأسباب العقلية كائنة في زمان أسبابها ، كذلك مضمون العقد كائن في زمانه ، فكأنه السبب ، والاجازة دخيلة في سببته ، فالبناء على أنه كائن في زمان الاجازة المتأخرة خلاف الارتكاز المذكور ، فيكون خلاف الظاهر . وأما الوجه الأول من وجوه الكشف الحقيقي : فيشكل بأنه خلف ،

ومخالف لما دل على اعتبار الاجازة ، المعول عليه عندهم ، فكيف يكون مقتضى العموم أن يكون العقد سبباً تاماً؟ إذ لا موجب حينئذ لاعتبار الاجازة. وأما الوجه الثاني : فيشكل بأن الرضا التقديري لا دليل على الاجتزاء به ، كما سيأتي في المسألة الآتية . بل سيأتي أن الرضا الفعلي من الأصيل لا يكفي في صحة العقد من الفصولي ، فضلاً عن الرضا التقديري ، لانه غير كاف في صحة نسبة العقد الى الأصيل . مع أن البناء على حصول الرضا التقديري غير ظاهر ، لامكان انتفائه ، ويكون حصول الاجازة بعد ذلك لتبدل الطوارئ والمناسبات ، كما لا يخفى . ولا سيما إذا كان الأصيل قد توقف عن الاجازة برهة من الزمن ، ثم أجاز ، فان مثل هذه الاجازة لا تدل على الرضا التقديري ، الذي يراد منه الرضا على تقدير الالتفات ، يعني : الرضا بمجرد الالتفات ، إذ المفروض أنه غير حاصل بمجرد الالتفات .

وأما الوجه الثالث : فيشكل بما عرفت من اختصاص عموم وجوب الوفاء بالعقد المنسوب الى الأصيل ، والاجازة هي المصححة للنسبة ، والوصف الاعتباري - وهو التعقب بالاجازة ونحوه - لا يصحح النسبة ، فالبناء على صحة العقد به خلاف ظاهر الأدلة . مع أن التعقب غير حاصل إلا بعد الاجازة ، لأنه قائم بالتعقب ، وهو الاجازة .

وأما الوجه الرابع : فيشكل بأن ظاهر أدلة الصحة الترتب بين نفس الاجازة والحكم بالصحة ، فان الحكم بوجود الوفاء بالعقد المنسوب الى الأصيل ظاهر في كون وجوب الوفاء مترتباً على النسبة ، فلا يكون قبلها . وكذا قوله (ع) : « فاذا أجازته فهو له جائز » (١٥) ظاهر في كون الجواز مترتباً على الاجازة ، لا قبلها . وهذا هو ظاهر تمام أدلة

الصحة ، ولا يتناسب مع جميع وجوه الكشف الحقيقي المذكورة .
وأما الكشف الانقلابي : فهو الذي يقتضيه ظاهر الأدلة ، فإنه إذا
تحققت لاجازة تحقق الحكم بصحة العقد وترتب مضمونه من حينه ، لا
من حين الاجازة ، لما عرفت في تقريب الاشكال على القول بالنقل ، من
أن الاجازة شرط في الحكم بثبوت مضمون العقد ، ومقتضى الحمل على
المرتكزات العرفية يكون زمان المضمون هو زمان العقد ، كما في الأسباب
العقلية ، وإن لم يكن زمان المضمون مقيداً بزمان العقد .

ومن ذلك يندفع إشكال شيخنا الأعظم (ره) على هذا النحو . من
الكشف بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه ، بل مضمونه هو
النقل مجرداً عن ملاحظة زمان خاص . فإن ذلك مسلم ، لكن لا ينافي
ثبوت المضمون حين العقد ، الذي يقتضيه إطلاق العقد بعد حمل دليل
السببية بمقتضى الارتكاز على كونها بنحو السببية العقلية .

وأما ما أشكله ثانياً على هذا الوجه من أن وجوب الوفاء بالعقد
إنما يصح تطبيقه بعد الاجازة ، لاختصاص موضوعه بعقد المالك الأصيل ،
والإضافة الى المالك إنما تكون بالاجازة ، فيكون وجوب الوفاء بالعقد
حينئذ ، فيمتنع ثبوت الملكية حين العقد ، لأن الملكية إنما تنتزع من التكليف ،
والتكليف إنما يكون بالاجازة ، فيمتنع اعتبارها قبلها حين العقد . ففيه :
أن ذلك إنما يقتضي كون اعتبار الملكية حين الاجازة ، لا كون الملكية
المعتبرة حين الاجازة ، لجواز تأخر الاعتبار عن الاجازة ، وتكون الملكية
المعتبرة حين العقد سابقة على الاعتبار . مع أن دعوى كون الملكية منتزعة
من التكليف بوجوب الوفاء ممنوعة . كيف ؟ ! والملكية موضوع لوجوب
الوفاء ، فإن الوفاء الواجب هو العمل بمضمون العقد ، الذي هو الملكية
في عقد البيع مثلاً ، والزوجية في عقد النكاح . . . وهكذا ، فالملكية

والزوجية موضوع للوجوب ، لا منتزعة منه .

وقد أشكل ثالثاً على هذا القول بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الاجازة ، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحق صفة التأثير له ، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه . فاذا دل دليل على ذلك تعين التصرف فيه بحمله على نفوذ العقد من حينه حكماً ، لا حقيقة . ولأجل هذا الاشكال جعل (قدس سره) الأنسب بالقواعد - بعد البناء على بطلان النقل - هو هذا المعنى من الكشف ، وسماه الكشف الحكمي : وفيه : أن ذلك يختص بما إذا كان الأثر حقيقياً . أما إذا كان اعتبارياً - مثل الملكية ، والزوجية ، ونحوهما - فلا مانع من ذلك ، لجواز انتفاء سبب الاعتبار في الزمان الأول ، ووجوده في الزمان الثاني . مثلاً إذا شككنا في طهارة ماء يوم الخميس ، حكم بطهارته ظاهراً ، وجاز استعماله في الطهارة من الحدث والخبث ، فإذا قامت البيينة بعد ذلك على نجاسته يوم الأربعاء ، كان الماء في يوم الخميس محكوماً بالنجاسة ظاهراً ، فيكون الماء المذكور في يوم الخميس محكوماً بطهارته ظاهراً في وقت ، ومحكوماً بنجاسته في وقت بعده . فكذا العقد في المقام غير محكوم بسبببته للملكية في وقت قبل الاجازة ، ومحكوم بسبببته لها في وقت آخر . بل لو تم الاشكال المذكور كان مانعاً من النقل أيضاً ، لانه حين وقوعه لم يكن سبباً للملكية ، فلا ينقلب عما هو عليه بعد الاجازة . اللهم الا أن يدعى أنه حين وقوعه سبب للملكية بعد الاجازة وإن لم يكن سبباً للملكية قبلها .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور : (الأول) : أن أصول الأقوال في المسألة أربعة : الكشف الحقيقي ، والنقل ، والكشف الحكمي ، والكشف الانقلابي . (الثاني) : أن الكشف الحقيقي هو المشهور . وقد اختلفت كلماتهم في تقريبه ، فالذي يظهر من جامع المقاصد وغيره : أن العقد هو

(مسألة ٢٢) : للرضا للباطني للتقديري لا يكفي في الخروج عن الفرضوية (١) . فلو لم يكن ملتفتاً حال للعقد

السبب التام ، والاجازة لا دخل لها في سببته ، وإنما لها الدخل في الكشف عن ثبوت الاثر حينه : والمختار للمحقق الرشتي في إجارته : أن الشرط هو الرضا التقديري ، وهو حاصل . والذي يظهر من جماعة ، وحكاة شيخنا الأعظم عن غير واحد من معاصريه : ان الشرط هو الوصف الانتزاعي ، وهو تعقب الاجازة ولحوقها . والذي اختاره في الجواهر : أن الشرط هو نفس الاجازة ، لكنها بنحو الشرط المتأخر : (الثالث) : أن الوجوه المذكورة للكشف الحقيقي مخالفة لمقتضى الأدلة . (الرابع) : أن الذي يقتضيه النظر البدوي في عمومات صحة عقد الفضولي هو النقل . لكن الارتكاز العرفي هو القرينة على حمل الأدلة على حصول الأثر حال العقد ، لا حال الاجازة . وهو المراد من الكشف الانقلابي . ولا يتوقف البناء على ذلك على كون مضمون العقد هو التملك من حينه ، كي يشكل هذا القول بأن ذلك خلاف الواقع . (الخامس) : ان استحالة خروج الشيء عما هو عليه لا مجال لها في الأمور الاعتبارية . ولأجل ذلك لا داعي الى رفع اليد عن ظهور الأدلة في الكشف الانقلابي وحملها على الكشف الحكمي . هذا وإن الذي يظهر من عبارة المتن هنا وفيما يأتي في آخر المسألة الثانية والثلاثين : هو الكشف الحقيقي ، الذي قد عرفت أنه أضعف الوجوه ، وأبعدها عن ظاهر الأدلة .

(١) لعموم الدليل على ذلك . والعمومات الدالة على اعتبار رضا المالك وإجازته لا تشمل الرضا التقديري . نعم ذكر الفقهاء في مبحث مكان المصلي وغيره : جواز التصرف باذن الفحوى ، المراد منها الرضا التقديري . لكنه يختص كلامهم بالتصرف الخارجي ، ولا يشمل التصرف

إلا أنه كان بحيث لو كان حاضراً حال للعقد كان راضياً لا يلزم للعقد عليه بدون الاجازة . بل لو كان حاضراً حال للعقد وراضياً به ، إلا أنه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه ، فالظاهر أنه من الفضولي (١) ، فله أن لا يجيز .

الاعتباري الحاصل بالعقود والابقاعات .

(١) كما نسبه شيخنا الأعظم الى ظاهر الأصحاب . لكنه قوى الاكتفاء بالرضا في صحة العقد ، وعدم الحاجة الى الاجازة ، وعموم وجوب الوفاء بالعقود . لكن العموم غير ظاهر ، بل الظاهر الاختصاص بالعاقدين الذين من شأنهم العقد ومن وظائفهم ، ولا يشمل غير العاقدين ، ولا العاقدين الذين ليس من شأنهم العقد . نظير قوله تعالى : (وليوفوا نذورهم) (١٥) ، وقوله تعالى : (والموفون بعهدهم إذا عاهدوا) (٢٥) ، فلا بد من كون العقد مضافاً الى المالك الأصيل ، والرضا النفساني غير كاف في هذه النسبة ، بل لا بد إما من المباشرة ، أو التوكيل ، أو الاذن بالعقد اللاحق ، أو الاجازة للعقد السابق . فالفرق بين الاذن والتوكيل وبين الاجازة - مع اشتراكها في أنها مصححة للنسبة - أنها يصححان نسبة العقد اللاحق ، والاجازة تصحح نسبة العقد السابق . والرضا ليس من هذا القبيل ، فان كثيراً من العقود الحاصلة بين المالكين محبوبة لكثير من غيرهم ، لحصول الأغراض لهم بذلك ، ولا تكون منسوبة لهم بمجرد الرضا . ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال بمثل قوله تعالى : (وأحل الله البيع) (٣٥) ، وقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٤٥)

(١٥) الحج : ٢٩ .

(٢٥) البقرة : ١٧٧ .

(٣٥) البقرة : ٢٧٥ .

(٤٥) النساء : ٢٩ .

فان منصرف الجميع ما ذكرنا ، يعني : البيع الصادر من أهله ، والتجارة الصادرة من أهلها . ولا سيما وأن قوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (١٥) قرينة على ذلك ، يعني : التجارة من ذوي الاموال ، لا من الفصولي ، ولا مجال للاستدلال على ذلك باطلاق التراضي ، فان الظاهر من التراضي ما يقابل الاكراه ، وإلا فان عقد المكره حاصل عن تراض : وكذلك كل عقد صادر من المختار لا يكون إلا عن تراض . فلا بد أن يحمل القيد على نفي عقد المكره ، وإلا كان مؤكداً ، وهو خلاف الظاهر : ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال على ذلك بقوله (ع) :

« لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » (٢٥) : مضافاً الى أن السياق يقتضي اختصاصه بالتكليف ، فلا يشمل ما نحن فيه : وأما ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته لإقرار منه (٣٥) ، فالظاهر من الاقرار الامضاء للعقد لإنشاء ، لا مجرد طيب النفس . وأما رواية جروة البارقي المتضمنة : أنه دفع اليه النبي (ص) ديناراً ، وقال : اشتر لنا به شاة للأضحية ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداهما في الطريق بدينار ، فأتى النبي (ص) بالشاء والدينار ، فقال له رسول الله (ص) : بارك الله تعالى لك في صفقة يمينك (٤٥) . فالوجه في جواز القبض والاقباض فيها كما يمكن أن يكون لأجل خروج العقد عن كونه فضولياً ، من جهة حصول الرضا النفساني من النبي (ص) ، يمكن أن يكون من جهة حصول العلم بكون عروة مفوضاً اليه هذه المعاملة ونحوها من قبل النبي (ص) ، والفعل

(١٥) النساء : ٢٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣ من ابواب مكان المصلي حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث : ١ .

(٤٥) مستدرک الوسائل باب : ١٨ من ابواب نوادر عقد البيع حديث : ١ ، كز المال الجزء

٧ حديث : ٥١٩ ، سنن البيهقي الجزء ٦ : الصفحة ١١١ ، ١١٢ .

(مسألة ٢٣) : إذا كان كارها حال للعقد إلا أنه لم

يحمل لا يدل على أحد الأمرين بعينه .

وأما كلمات الاصحاب مثل قولهم في مقام الاستدلال على صحة الفضولي : إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك ، وقولهم : الاجازة لا يكفي فيها السكوت لأنه لا يدل على الرضا ، ونحوها من كلماتهم . فلا بد أن تحمل على الرضا الانشائي لا مطلق الرضا . وإلا لم يكن وجهه لاعتبار الاجازة ، ولا للأبحاث التي ذكروها فيها ، بل كان اللازم أن يكون العنوان الرضا :

والظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا بين العبد الذي عقد بغير إذن سيده ، وبين غيره . وما في كلام شيخنا الأعظم (ره) من أنه لا إشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ، لعدم تحقق المعصية له ، التي هي مناط المنع في الاخبار ، كما يقتضيه ما في الصحيح من قوله (ع) : « لأنه لم يعص الله ، وإنما عصى سيده » (١٥) : فيه : أن المراد من معصية السيد عقده بغير إذنه ، لا العقد مع الكراهة ، كما هو معنى المعصية عرفاً ، حتى يكون الرضا كافياً في رفع المعصية ، إذ لازم ذلك صحة عقده مع غفلة السيد ، لعدم الكراهة حينئذ ، مع أنه لا ريب في عدم صحة عقده حينئذ . ويشهد لذلك قوله (ع) : « فإذا أجازته جاز » (٢٥) ، ولم يقل : « فإذا رضي جاز » ، أو « إذا لم يكره جاز » .

ولأجل ما ذكرنا يتعين البناء على ما في المتن ، كما هو ظاهر الاصحاب ، حيث اشترطوا في صحة الفضولي الاجازة ، وهي غير الرضا . وكأنه لأجل ذلك نسب شيخنا الأعظم (ره) كونه من الفضولي الى ظاهر الأصحاب .

(١٥) الوسائل باب : ٢٤ من ابواب نكاح المبيد والاماء حديث : ١ .

(٢٥) تقدم في ص : ٤٩٦ أن نص الحديث : « فإذا أجازته فهو له جائز » .

يصدر منه رد له ، فالظاهر صحته بالاجازة (١) . نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن ، ومع ذلك أوقع للفضولي للعقد ، يشكل صحته بالاجازة ، لأنه بمنزلة للرد بعده (٢) . ويحتمل صحته بدعوى للفرق بينه وبين للرد بعد للعقد ، فليس بأدون من عقد المكره (٣) ، الذي نقول بصحته إذا لحقه للرضا . وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال (٤) .

(مسألة ٢٤) : لا يشترط في الفضولي قصد للفضولية (٥) ولا الالتفات الى ذلك . فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً .

(١) قد يظهر من شيخنا الاعظم (ره) في التنبيه الثاني من تنبيهات القول في الاجازة : أنه مسلم عند الأصحاب . وبقتضيه القواعد العامة ، لأن قدح الكراهة في الصحة خلاف عمومات الصحة .

(٢) هذه المنزلة غير ظاهرة ، بل هي واضحة المنع في صورة عدم الاذن ، فانها خلاف عمومات الصحة من دون مخصص .

(٣) قد يقال : إنه أدون ، من جهة أن عقد المكره كان صادراً بمباشرة المكره ، فالنسبة اليه ظاهرة ، بخلاف المقام .

(٤) الاشكال ضعيف . ولذا كان المشهور الصحة . وعن الحدائق : دعوى الاتفاق عاينها .

(٥) هذا مما لا ينبغي الاشكال فيه . وفي الجواهر : القطع به ، لاطلاق الادلة . انتهى . وقد يقتضيه صحيح محمد بن قيس الوارد في بيع ولد المالك جارية أبيه بغير اذنه (١٠) ، بناء على ظهور كون البيع لاعتقاد كونه ولياً على البيع كإبيه .

وأوقع للعقد ، فتبين خلافه ، يكون من الفضولي ، ويصح بالاجازة .
 (مسألة ٢٥) : لو قال في مقام إجراء للصيغة :
 « زوجت موكلتي فلانة » مثلاً ، مع أنه لم يكن وكيلاً عنها
 فهل يصح ويقبل الاجازة ، أم لا ؟ للظاهر للصحة (١) .
 نعم لو لم يذكر لفظ : « فلانة » ونحوه ، كأن يقول :
 « زوجت موكلتي » وكان من قصده امرأة معينة ، مع عدم
 كونه وكيلاً عنها ، يشكل صحته بالاجازة (٢) .
 (مسألة ٢٦) : لو أوقع للفضولي للعقد على مهر معين
 هل يجوز اجازة للعقد (٣) دون المهر ، أو بتعيين المهر على
 وجه آخر من حيث الجنس ، أو من حيث اللقطة وللكثر ؟
 فيه إشكال .

(١) عملاً بعمومات الصحة من دون مقيد . وقد سبق في المسألة السابقة .
 (٢) لعدم وقوع العقد عليها صريحاً ، ولا ظاهراً . بل هو من قبيل
 العقد بالمخازات البعيدة ، التي لا دليل واضح على صحة العقد بها .
 (٣) قد تحقق أن العقد الوارد على الجملة ينحل الى عقود متعددة
 بتعدد الأبعاد . ولذا جاز تبعض الصفقة . كما أن للعقد الوارد على المشروط
 ينحل الى عقدين أحدهما وارد على المشروط ، والآخر وارد على الخالي
 عن الشرط . ولذا كان التحقيق أن بطلان الشرط لا يقتضي بطلان العقد ،
 وأنه يثبت الخيار بتخلف الشرط . ولأجل ذلك قد يدعى جواز اجازة
 العقد دون المهر ، لان المهر بمنزلة الشرط . لكن ظاهر الجواهر - فيما
 لو زوجها الولي بدون مهر المثل - التسالم على عدم جواز اجازة العقد
 دون المهر .

بل الأظهر عدم للصحة في الصورة للثانية (١) ، وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر . كما انه لا تصح الاجازة مع شرط لم يذكر في للعقد ، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من للشرط .

(١) الصورتان تشتركان في عدم التطابق بين الايجاب والقبول ، وتختلفان في أن الأولى خالية عن تعيين المهر ، والثانية مشتملة عليه . والأول لا يوجب الاختلاف في البطلان . والثاني إن أوجب شيئاً أوجب بطلان الشرط ، لا بطلان العقد . فالجزم ببطلان العقد في الثانية دون الأولى غير ظاهر . ومثله في الاشكال جزمه ببطلان الاجازة مع إلغاء ما ذكر في العقد من الشرط . كما ذكر في آخر المسألة - فانه لا يتناسب مع توقفه في البطلان في الصورة الأولى ، لما عرفت من أن المهر من قبيل الشرط في العقد ، فالاجازة للعقد دون المهر تكون من الاجازة للعقد بدون الشرط .
 والتحقيق أن عدم التطابق بين الايجاب والقبول (تارة) : يكون للاختلاف في موضوع العقد وركنه ، كما إذا زوجه زينب فضولاً فأجاز في هند ، أو باعه الفرس فأجاز في الحمار . ولا ينبغي التأمل في البطلان حينئذ ، لانتفاء العقد بانتفاء موضوعه . (وأخرى) : للاختلاف في الجزء والكل مع تعدد الموضوع عرفاً ، كما لو زوجه زينب وهنداً فأجاز في زينب دون هند ، أو باعه الفرس والحمار فأجاز في الفرس دون الحمار . ولا مانع من إجازة أحد العقدين ورد الآخر ، لتعدد العقد بتعدد الموضوع . (وثالثة) : يكون للاختلاف بالجزئية والكلية مع الاتحاد عرفاً ، كما إذا باعه الفرس بدينار فأجاز في نصف الفرس بنصف دينار . لكن فرضه في باب النكاح غير ممكن . (ورابعة) : يكون للاختلاف في الشرط . وله صور ، لأن الشرط (تارة) : يثبت في العقد ويلغى في الاجازة ، كما في الصورة الأولى . ومثلها أن يشترط الفضولي على الزوجة لإرضاع ولد الزوج ،

فتعجز العقد دون الشرط . أو يشترط الفضولي على الزوج أن لا يخرجها من بيت أبيها ، فيجيز الزوج العقد دون الشرط . (وأخرى) : لا يكون الشرط في العقد ويكون في الاجازة . (وثالثة) : يكون فيهما ، لكن في الاجازة يلغى الشرط المذكور في العقد ويثبت غيره . والظاهر في الجميع البطلان ، لأن عدم التطابق يوجب انتفاء العقد ، فلا أثر له .

ودعوى : انحلال العقد المشروط الى عقدين ، أحدهما غير مشروط ، والآخر مشروط . ولذلك كان التحقيق أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان العقد ، فيمكن تعلق الاجازة بالعقد غير المشروط . فيها : أن هذا الانحلال انضمامي وارتباطي ، لا استقلالي على وجهه يقبل التفكيك ، فانه خلاف الوجودان في كثير من الموارد ، إذ لا غرض إلا في المشروط ، فكيف يصح إنشاء ما ليس بمشروط ؟ ! وصحة العقد مع بطلان الشرط تحليل ادعائي ، جرت عليه الأحكام عرفاً ، لا على الحقيقة ، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث الاجارة من هذا الشرح . فراجع . ولأجل ذلك لا يصح التفكيك في القبول ، بحيث يتعلق القبول بذات المشروط من دون الشرط ، أو ببعض الأجزاء دون بعض .

فان قلت : إذا باع العين على جماعة ، فقبل أحدهم دون الآخرين ، صح القبول في البعض . وكذا إذا باع العين المشتركة فضولاً ، فأجاز بعض الشركاء دون غيره ، صحت الاجازة في البعض دون البعض قطعاً : فدل ذلك على إمكان التفكيك في القبول والاجازة بين أجزاء العين الواحدة ، وإذا جاز التفكيك في الأبعاض جاز في المشروط والشرط بطريق أولى .

قلت : القبول من بعض دون بعض في الصورة الاولى ليس قبولاً لبعض الايجاب ، بل هو قبول لتمام الايجاب . وكذلك لإجازة بعض الشركاء في الصورة الثانية لإجازة لنفس العقد ، وإن كان لا يترتب الأثر بالنسبة

(مسألة ٢٧) : إذا أوقع للعقد بعنوان للفضولية فتبين كونه وكيلاً فالظاهر صحته (١) ، ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً . بل وكذا إذا صدر للتوكيل ممن له للعقد ولكن لم يبلغه الخبر ، على إشكال فيه (٢) . وأما لو أوقعه بعنوان للفضولية فتبين كونه ولياً ، ففي لزومه بلا إجازة منه ، أو من المولى عليه ، إشكال (٣) .

الى الجميع إلا مع قبول الجميع ، أو إجازة الجميع . فليس ذلك من التفكيك . ولذلك لم يصح القبول من كل واحد إذا كان مبنياً على التفكيك في الصورة الأولى ، كما إذا قال : « قبلت ببيع حصة منه بحصة من الثمن » فان ذلك أيضاً مانع من انعقاد العقد . وكذا الكلام في قبول الشروط دون الشرط . (١) لحصول الاذن من الموكل ، المتضمنة للصحة . نعم لو كانت الاذن مشروطة بالالتفات الى الوكالة انتفت مع الغفلة عنها . لكنه خلاف المفروض . (٢) لكنه ضعيف . لاطلاق الاذن - كما عرفت - المتضمنة للصحة : فما عن القاضي من أنه لا يصح تصرف العبد إذا لم يعلم باذن سيده ، ولا علم بها أحد . غير ظاهر . ودعوى : أن الاذن إذا لم يعلم بها أحد نظير الرضا التقديري ، لا أثر لها . ممنوعة ، إذ المفروض تحقق الانشاء بالكتابة أو باللفظ ، والرضا التقديري لا إنشاء فيه .

(٣) لاحتمال اختصاص نفوذ تصرف الولي بصورة التفاته الى ذلك ، كما هو الظاهر في المالك ، إذ أنه لا ينفذ تصرفه إذا لم يعلم أنه مالك ، فلو باع الوارث مال أبيه معتقداً حياته ، فتبين موت أبيه قبل البيع وأنه وارثه ، توقفت صحة البيع على الاجازة منه . لكن هذا الاحتمال ضعيف ، لأن ذلك خلاف إطلاق الاذن إذا كانت عرفية ، كما في الوصي ، والوكيل ، وخلاف إطلاق دليلها إذا كانت شرعية كما في ولاية الأب ، والجد ، والسيد .

(مسألة ٢٨) : إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع للعقد بعنوان للفضولية ، فهل يصح ويلزم ، أو يتوقف على الاجازة ، أو لا يضح ؟ وجوه ، أقواها : عدم للصحة ، لأنه يزجم الى اشتراط كون للعقد للصادر من وليه جائزاً (١) فهو كما لو أوقع للبالغ للعاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في

فما في المتن من الفرق بين الوكيل والولي . بالجزم بالصحة في الأول ، والتوقف فيها في الثاني - ضعيف جداً . وبالجملة : فالفروض الثلاثة المذكورة في هذه المسألة كلها بحكم واحد ، وإن اختلفت بالخفاء والوضوح : (١) إن أريد بالجواز هنا ما يقابل اللزوم فالتعليل المذكور لا يقتضي البطلان ، لأن اشتراط كونه جائزاً بهذا المعنى راجع الى اشتراط كونه جائزاً شرعاً ، أو راجع الى اشتراط الخيار بالفسخ والامضاء . والأول شرط باطل ، لعدم كونه مقدوراً ، والثاني شرط صحيح . وعلى كلا التقديرين لا موجب لبطلان العقد في نفسه ، لأن الشرط الفاسد غير مفسد ، وشرط الخيار لا مانع منه في العقود اللازمة . وعدم صحته في عقد النكاح لا يقتضي بطلانه ، كما تقدم في المتن .

وإن أريد من الجواز ما يقابل الصحة والنفوذ - فكأنه اشترط أن لا ينفذ إلا بالاجازة ، كما في عقد الفضولي - فهذا الشرط وإن كان لا يصح ، لأنه غير مقدور ، لكنه لا يقتضي البطلان ، لما عرفت من أن الشرط الفاسد لا يفسد . اللهم إلا أن يرجع الى التعليق ، فكأنه قال : « زوجت فلانة من فلان إذا أجزت ، أو أجازت العقد » . وحيثلذ يكون البطلان من جهة التعليق .

لكن رجوع قصد الفضولية هنا الى اشتراط الجواز على أحد المعاني غير ظاهر . ولم يتقدم منه احتمال البطلان في المسألة السابقة من جهة رجوع

الابقاء وللعدم . وبعبارة أخرى : أوقع للعقد متزلا .
 (مسألة ٢٩) : إذا زوج للصغيرين وليهما فقد مر أن
 للعقد لازم عليهما (١) ، ولا يجوز لها بعد البلوغ رده ، أو
 فسخه . وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه
 الآخر (٢) . وأما إذا زوجها للفضوليان ، فيتوقف على

قصد الفضولية فيها الى اشتراط الجواز ، والفرق بين المسألين غير ظاهر .
 وبالجملة : فالمصنف (ره) لم يتضح مراده من الجواز مع كونه بصدد
 التوضيح بتكرار العبارة والتمثيل ، كما لم يتضح وجه ما قواه من البطلان .
 والتحقيق : أن إنشاء من له السلطنة على العقد - لكونه ولياً ، أو
 وكيلاً ، أو أصيلاً - إذا كان بعنوان الفضولية (فتارة) : لا يكون منه
 إلا قصد العنوان الذي لا واقع له ، مثل أن يقصد كونه عربياً وهو عجمي ،
 أو هاشمياً وهو غير هاشمي . ولا ينبغي التأمل في كون القصد المذكور لا
 أثر له . (وأخرى) : يكون قصده إنشاء أمر زائد على عنوان العقد ،
 مثل أن يقصد أن لا يترتب أثر على العقد إلا بعد الاجازة ، أو يقصد أن
 يكون له الخيار في العقد ، أو نحو ذلك . وهذا على قسمين : أحدهما :
 أن يختص القصد بأحد المتعاقدين ، بأن يكون من الموجب فقط ، أو من
 القابل كذلك . الثاني : أن يكون من الموجب والقابل ، بأن يكون الشرط
 مورد الإيجاب والقبول . ففي الأول يبطل العقد ، لعدم التطابق بين الإيجاب
 والقبول . وفي الثاني يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) تقدم ذلك في المسألة الرابعة .

(٢) وفي الجواهر : « حتى على القول بالخيار ، كما حكى عنه التصريح

به . ضرورة عدم منافاته لتحقق موجب الارث ، الذي هو الزوجية .
 وكان ذلك إذا لم يختر الفسخ ، وإلا فلا موجب للارث ، لانتهاء الزوجية :

إجازتها بعد البلوغ (١) ، أو إجازة وليها قبله (٢) . فإن بلغا وأجازا ثبتت للزوجية ، ويترتب عليها أحكامها من حين للعقد ، لما مر من كون الإجازة كاشفة (٣) . وإن ردا ، أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة ، كشف عن عدم الصحة من حين للصدور (٤) . وإن بلغ أحدهما وأجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر ، يعزل ميراث الآخر على تقدير للزوجية (٥) ، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن لإجازته للطمع في الارث ، فإن حلف يدفع ليه . وإن لم يجز ، أو

(١) إذ لا ولاية لها على نفسها قبل ذلك .

(٢) إذ لا ولاية له بعده .

(٣) تقدم ذلك في المسألة الواحدة والعشرين .

(٤) هذا لا كلام فيه - كما في المسالك - لأنه مقتضى الأصول ،

والقواعد ، والصحيحة الآتية .

(٥) بلا خلاف ظاهر . لصحيحة أبي عبيدة الخذاء قال : وسألت

أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية وزوجها وليان لها وهما غير مدركين .

قال : فقال (ع) : النكاح جائز ، أيهما أدرك كان له الخيار . فإن ماتا

قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا .

قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال (ع) : يجوز ذلك عليه إن

هو رضي . قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ،

ثم مات قبل أن تدرك الجارية ، أترثه ؟ قال (ع) : يعزل ميراثها منه

حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ،

ثم يدفع اليها الميراث ، ونصف المهر . قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن

أجاز ولم يحلف ، لم يدفع ، بل يرد الى للورثة (١) . وكذا لو مات بعد الاجازة وقبل الحلف (٢) . هذا إذا كان متهما بأن إجازته للرغبة في الارث . وأما إذا لم يكن متهما بذلك

أدركت ، أيرثها الزوج المدرك ؟ قال (ع) : لا ، لأن لها الخيار إذا أدركت قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج الأب ، ويجوز على الغلام . والمهر على الأب للجارية (١٥) .

والاشكال على الصحيحة من جهة فرضها في تزويج الوليين ، مع أن تزويج الولي لا خيار فيه للمولى عليه بعد البلوغ ، كما تقدم . يندفع : بلزوم حملها على الولي العرفي ، كما قد يشهد به ما في ذيلها من فرض تزويج الأب ، وأنه لا خيار فيه للولد . وأما ما فيها من تنصيف المهر بالموت قبل الدخول . فلا يتوجه من أجله الاشكال على الصحيحة وإن كان هو خلاف المشهور ، لأنه هو التحقيق الذي يقتضيه الجمع بين النصوص ، كما أوضحناه في محله . ثم إن مورد الصحيحة هو موت الزوج ، ولكن الفتاوى عامة له ولموت الزوجة ، بل الظاهر الاجماع على عدم الفرق ، حتى بناء على كون الحكم على خلاف القواعد .

(١) كما يقتضيه الصحيح المتضمن اشتراط الميراث بالحلف .

(٢) قال في القواعد : « فان مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال » ،

وفي المسالك : « وربما احتتمل مع موته قبل اليمين ثبوت الارث من حيث أنه دائر مع العقد الكامل » . ثم قال : « وليس بشيء » ، لأنه لو كان كذلك لم يتوقف على اليمين ابتداءً ، وفي كشف اللثام : « انه أقوى ، وفاقاً لفخر الاسلام ، لمنع تمام الزوجية . فانه بالاجازة الخالية عن النهمة » .

- كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته ، أو كان المهر لللازم عليه -
أزيد مما يرث ، أو نحو ذلك - فالظاهر عدم الحاجة الى الحلف (١).
(مسألة ٣٠) : يترتب على تقدير الاجازة والحلف
جميع الآثار المترتبة على للزوجية (٢) ، من المهر ، وحرمة
الأم والبنت ، وحرمتها - إن كانت هي للباقية - على الأب
والابن ، ونحو ذلك . بل للظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد
الاجازة (٣) ، من غير حاجة الى الحلف . فلو أجاز ولم

(١) وفي المسالك : جعل الأقوى اعتبار اليمين وإن لم تحصل التهمة ،
لأنها ليست علة تامة في اعتباره ، بل هي حكمة لا يجب اطرادها ، عملاً
باطلاق النص والفتوى . ووافق على ذلك في الحدائق . لكن الظاهر من
النص أن اليمين طريق الى نفي التهمة ، فاذا انتفت التهمة لم يحتج اليها .
(٢) هذا مما لا إشكال فيه ، لكونه ظاهر الصحيحة المتضمنة لثبوت
الزوجية ، وترتيب بعض آثارها ، كالميراث والمهر .

(٣) فإن الحكم الذي تضمنه النص جار على طبق القاعدة . وموت
أحد الزوجين بين العقد والاجازة لا يوجب ارتفاع موضوع الاجازة ،
بناء على التحقيق من الكشف الانقلابي . إذ لا مانع من أن يحكم بتحقيق
الزوجية حال العقد ، وإن كان زمان الحكم بها بعد الاجازة وبعد موت
أحد الزوجين بعد إجازته . ودعوى : أن الموت مانع من ثبوت الزوجية .
مندفة : بأن الزوجية المدعى ثبوتها بالاجازة ، الزوجية حال العقد ، ولا
دليل على اعتبار استمرار الحكم بمضمون العقد من حين العقد الى زمان
الاجازة في صحة الاجازة ، بل يكفي في صحتها صحة ثبوتها حال العقد لا غير .
نعم ما تضمنه الصحيح من عدم استحقاق المهر والميراث إذا لم تحلف
على أن إجازتها لم تكن طمعاً في المهر والميراث ، جار على خلاف القاعدة ،

ج ١٤ (لوزوج الفضولي الكاملين فاجاز أحدهما ومات قبل إجازة الآخر) - ٥١٣ -

يخلف مع كونه متبها لا يرث ، ولكن يترتب سائر الأحكام .
(مسألة ٣١) : الأقوى جريان الحكم المذكور في
المجنونين (١) بـل للظاهر للتعدي الى سائر للصور . كما إذا
كان أحد الطرفين للولي والطرف الآخر للفضولي ، أو كان
أحد للطرفين المجنون والطرف الآخر للصغير ، أو كانا بالغبين

فيقتصر فيه على مورده ، وهو المهر والميراث ، ويرجع في غيره من الأحكام
الى القواعد المقتضية للصحة وإن كانت الاجارة طمعاً في المهر والميراث ،
فتترتب تلك الأحكام بمجرد الاجازة وإن علم أنها كانت طمعاً في المهر
والميراث ، فضلاً عن صورة التهمة . لكن يظهر من المسالك وغيرها خلاف
ذلك ، كما يأتي .

(١) قال في المسالك : « النص ورد في تزويج الأجنبي للصغيرين .
فلو كانا كاملين فزوجها الفضولي ، ففي انسحاب الحكم اليها وجهان : من
تساويها في كون العقد فيها عقد فضولي ، ولا مدخل للكبر والصغر في
ذلك . ومن أن في بعض أحكامه ما هو خلاف الأصل ، فيقتصر على
مورده . وهذا أقوى . وحينئذ فيحكم ببطلان العقد إذا مات أحد المعقود
عليها بعد إجازته وقبل إجازة الآخر ، سواء قلنا إن الاجازة جزء السبب ،
أم كاشفة عن سبق النكاح من حين العقد . أما على الأول : فظاهر ، لأن
موت أحد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل ، كما لو مات أحدهما قبل تمام
القبول . وأما على الثاني : فلأن الاجازة وحدها لا تكفي في ثبوت هذا
العقد ، بل لابد معها من اليمين ، وقد حصل الموت قبل تمام السبب .
خرج منه ما ورد فيه النص ، وهو العقد على الصغيرين ، فيبقى الباقي » .
ونحوه ما عن شرح النافع . وفي القواعد : « وفي انسحاب الحكم في البالغين
إذا زوجها الفضولي ، إشكال . أقربه البطلان » . وفي جامع المقاصد

كاملين ، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً ، أو نحو ذلك ، ففي جميع الصور إذا مات من لزم للعقد بالنسبة إليه - لعدم الحاجة الى الاجازة ، أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده - وبقي الآخر ، فانه يعزل حصة الباقي من الميراث الى أن يرد أو يجيز . بل للظاهر عدم الحاجة الى الحلف في ثبوت الميراث

ذكر في وجه القرب ما سبق عن المسالك ، ثم قال : « لانه المفتى به » . وفي الحدائق : « الظاهر أنه المشهور بينهم . وهو الأنسب بقواعدهم » . أقول : مقايسة المقام بموت الموجب قبل القبول لا تتم بناء على كون الاجازة كاشفة ، سواء كان الكشف حقيقياً ، أم حكماً ، أم انقلابياً ، إذ هي مع الفارق ، فان موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد وتمايمته ، فلا يمكن أن يترتب مضمونه بخلاف المقام ، لتامية العقد ، وإنما المنتظر هو الاجازة ، فاذا حصلت ترتب الأثر . نعم مضمون العقد في المقام - وهو الزوجية - لما امتنع أن يقوم بالمعدوم ، تعذر ترتب الأثر على العقد بناء على النقل ، لانعدام أحد الزوجين . أما بناء على الكشف - على أحد وجوهه - فلا مانع من ترتب الأثر قبل الموت بتوسط الاجازة اللاحقة ، أو مع اليمين . فالاجازة وإن كانت جزء السبب ، لكن الأثر يثبت قبلها بناء على الكشف . ومثل الاجازة اليمين مع الحاجة اليه من جهة الميراث والمهر .

والذي يتحصل أن الفرق بين الاجازة والقبول من وجهين . الأول : أن القبول جزء مقوم للعقد ، والاجازة ليست كذلك . الثاني : أن القبول ناقل ، يترتب مضمون العقد من حينه ، والاجازة كاشفة على ما عرفت . ومن ذلك يظهر جريان حكم الصغيرين إذا تزوجها الفضوليان في غيرهما من سائر الصور المشتركة معها في الجري على مقتضى القاعدة . نعم في

ج ١٤ (لوزوج الفضولي الكاملين فأجاز أحدهما ومات قبل إجازة الآخر) - ٥١٥ -

في غير للصغيرين من سائر للصور . لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (١) . ولكن الأحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة الى الارث ، بل بالنسبة الى سائر الأحكام أيضاً . (مسألة ٣٢) : إذا كان للعقد لازماً على أحد للطرفين

من حيث كونه أصيلاً ، أو مجزئاً ، وللطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق إجازة ولا رد ، فهل يثبت على الطرف للالزام تحريم المصاهرات ؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبناتها ، وأختها ، والخامسة ، وإذا كانت زوجة يحرم عليها للتزويج بغيره . وبعبارة أخرى: هل يجري عليه آثار للزوجية

المسالك فيما لو كان العاقد لأحد الصغيرين الولي والآخر الفضولي فمات من عقد له الولي أولاً : أنه يجري الحكم المذكور ، للأولوية لأن الجائز من الطرفين أضعف حكماً من اللازم من أحدهما ، فإذا ثبت الحكم في الأضعف ثبت في الأقوى بطريق أولى . وكذا إذا كانا بالغين ، فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة ، والآخر زوجه الفضولي ، فإنه أيضاً يجري الحكم فيه للأولوية . بل قال : « يظهر منهم الجزم بالحكم في هذا أيضاً . وهو متجه » . لكن الأولوية غير ظاهرة .

(١) قد عرفت اختصاص الصحيح (١٥) بصورة موت الزوج بعد بلوغه وإجازته ، وبقاء الزوجة . لكن يجب التعدي الى صورة موت الزوجة بعد بلوغها وإجازتها وبقاء الزوج ، في عدم استحقاق الارث إلا بعد اليمين مع التهمة ، لاتفاق الأصحاب على ذلك ، كما يظهر من تحريرهم المسألة . أما بقية الصور فلم يثبت الاتفاق على اشتراط استحقاق إرث الثاني باليمين . فيتعين فيها الرجوع الى القواعد المقتضية لترتب جميع الآثار بمجرد الإجازة فقط

وإن لم تجر على للطرف الآخر ، أو لا ؟ قولان (١) ، أقواهما :

(١) قال في القواعد في فصل الأولياء : « ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة . فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة ، والأخت ، والبنات ، والأم ، إلا إذا فسخت . على إشكال في الأم » وفي كشف اللثام في شرح العبارة ، بعد قوله (ره) : « الخامسة والأخت » قال : « بلا إشكال ، لصدق الجمع بين الأختين ، ونكاح أربع بالنسبة إليه . ولا يجدي التزلزل » . لكن في القواعد في مبحث المصاهرة : « وهل يشترط في التحريم لزومه مطلقاً ، أو من طرفه ، أو عدمه مطلقاً ؟ نظر . فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الأم قبل الاجازة ، أو بعد فسخها مع البلوغ ، نظر » فان هذا النظر لا يتناسب مع نفي الاشكال في كلام كاشف اللثام .

وشيخنا الأعظم (ره) في مسألة ما لو كان العقد بين الأصيل والفضولي قال : « إن الذي يستفاد من كلام جماعة وظاهر آخرين عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه » . واختاره بناء على المشهور في معنى الكشف من كون الاجازة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً ، فيكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد غير مقيد بالاجازة . بل حتى لو علم بعدم الاجازة فان الاجازة شرط لتأثيره ، لا لوجوب الوفاء به ، ومقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه على الأصيل وحرمة نقضه من جانبه .

لكن الاستدلال المذكور يتوقف على أمور : الأول : أن يكون المراد من وجوب الوفاء الحكم التكليفي ، لا الارشاد الى ثبوت مضامين العقود . الثاني : أن يكون موضوع الوفاء نفس العقد ، لا موضوع العقد من بيع ونكاح ونحوهما ، ولا هو بلحاظ ترتيب موضوعه . الثالث : أن يكون الرضا والاجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالاضافة الى الراضي ، لا مطلقاً .

وهذه الأمور كلها محل نظر ، ولا سيما الأولان ، فلا مجال للاستدلال المذكور وتوضيح ذلك يظهر بمراجعة كتاب (نهج الفقاهة) في مبحث الفضولي . فراجع . مضافاً الى النظر والاشكال فيما ذكره من الفرق بين النقل والكشف ، وأنه على النقل تكون الاجازة دخيلة في نفس العقد شرطاً أو شرطاً ، وتكون على الكشف شرطاً في تأثير العقد لا في نفس العقد . إذ هو كما ترى غير ظاهر . والفرق بينهما ليس في هذه الجهة ، بل من جهة أخرى ، كما عرفت الاشارة الى ذلك في المسألة الواحدة والعشرين .

وفي حاشية بعض مشايخنا (قده) في المقام على قول المصنف : « أقواهما الثاني » ، قال : « بل الأول » ، وذكر في درسه في تقريب عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه ، أنه قد ملك التزامه ، وانقطعت إضافته عن ماله ، فيتعين عليه العمل على طبق التزامه . وفيه : أنه لم يتحصل لنا أن العقد بين الأثنين يقتضي تملك كل واحد منهما التزامه لصاحبه زائداً على إنشاء مضمون العقد الذي هو الملزم به ، بل ليس مفاده إلا إنشاء مضمونه والملزم به فقط . مضافاً الى أن الممتلك لهذا الالتزام إن كان هو الطرف الأصيل ، فلا مجال لهذا التملك قبل الاجازة ، لعدم قبوله لهذا التملك إلا بالاجازة . وإن كان هو الطرف الآخر الفضولي ، فمقتضاه جواز التقايل بينهما ولو بعد اجازة المالك بلا رضا منه بذلك التقايل ، لأن لزوم العقد على هذا المبنى من آثار تملك الالتزام المذكور . بل مقتضاه أيضاً عدم جواز التقايل بين الأصيلين بعد الاجازة إلا برضا الفضولي ، لأنه الذي ملك الالتزام . وهو كما ترى .

ولأجل ذلك كان مقتضى التحقيق هو القول الثاني ، وعدم الفرق بين الأصيل المباشر والأصيل الذي ناب عنه الفضولي في عدم ترتب آثار العقد الصحيح بالنسبة اليهما معاً قبل تحقق الاجازة من الثاني ، فيجوز

لثاني ، إلا مع فرض للعلم بحصول الاجازة بعد ذلك (١) ،
للكاشفة عن تحققها من حين للعقد . نعم الأحوط الأول ،
لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة . نعم إذا تزوج الأم
أو البنت مثلاً ثم حصلت الاجازة كشفت عن بطلان ذلك .
(مسألة ٣٣) : إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا
للعقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة ،

للمباشر تزويج أخت الزوجة المعقود عليها ، وتزويج أمها ، وبنتها ، وتزويج
الخامسة . نعم إذا أجاز الطرف الآخر بطل العقد الثاني بناء على الكشف
الانقلابي والحكمي ، وتبين بطلانه من أول الأمر بناء على الكشف الحقيقي .
(١) هذا يتم بناء على الكشف الحقيقي . أما بناء على الكشف الحكمي
أو الكشف الانقلابي فلا مانع من التصرف قبل الاجازة وإن علم بتحققها ،
لعدم حصول الزوجية قبلها ، فلا تترتب أحكامها . نعم إذا أجاز الأصيل
بعد ذلك يحكم بتحقق الزوجية من أول الأمر ، وبطلان التصرفات المنافية ،
فيبطل بعد الاجازة تزويج المباشر للأم ، أو البنت ، أو الأخت ، أو
الخامسة . لا أنه باطل من أول الأمر . فالحكم بالبطلان من أول الأمر مقارن
للتصرف بناء على الكشف الحقيقي ، ومقارن للاجازة بناء على الكشف
الانقلابي والحكمي : وأما مع الشك في حصول الاجازة ، فيجزم بصحة
التصرف المنافي ما دامت الاجازة غير حاصلة . لكن الحكم المذكور ظاهري
بناء على الكشف الحقيقي ، لأصالة عدم الاجازة ، وواقعي بناء على الكشف
الحكمي أو الانقلابي .

ثم إنه إذا قلنا بجواز فسخ الأصيل ، وأن التصرفات المنافية فسخ
فعلي ، كانت مانعة من صحة الاجازة ، لحصول الفسخ . لا أنه تصح
الاجازة ، وتبطل التصرفات .

سواء أجاز للطرف الآخر ، أو كان أصيلا ، أم لا . لعدم حصول الزوجية بهذا للعقد للغير المجاز ، وتبين كونه كأن لم يكن . وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) وهو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح . ومجرد العقد لا يوجب شيئا . مع أنه لا فرق بينه وبين نكاح البنت . وكون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني ، لا ينفع في الفرق (٢) .

(مسألة ٣٤) : إذا زوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد ، فتزوجت من آخر ، ثم علمت بذلك للعقد ليس لها أن تجيز ، لفوات محل الاجازة (٣) . وكذا إذا زوج

(١) تقدم هذا الاستشكل في عبارة القواعد المحكية في شرح المسألة السابقة . وكان وجه الاشكال - كما في كشف اللثام - : أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه . ثم قال : في كشف اللثام « والأول أصح ، فإن الأصح أن الاجازة إما جزء ، أو شرط » . وفي الجواهر : « من الغريب ما سمعته من احتمال تحريم الأب ، والابن ، والأم ، بمجرد صدور العقد فضولا ، الذي تعقبه عدم الاجازة ولو من طرف واحد ، لاحتمال كون الفسخ من حينه ، فانه لا يقتضيه أصل ، ولا قاعدة ، ولا فتوى . بل يمكن تحصيل الاجماع بل الضرورة بخلافه » . وما ذكره في غاية من القوة :

(٢) يعني : فيبني على صحة العقد على البنت قبل الاجازة ، كي يؤدي ذلك الى حرمة الأم وإن حصل الرد .

(٣) كما نص على ذلك شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه . واستدل

رجل فضولا بامرأة ، وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها ،
أو بنتها ، أو أختها ، ثم علم . ودعوى : أن الاجازة حيث
أنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان للعقد الثاني . كما ترى .
(مسألة ٣٥) : إذا زوجها أحد اللوكيلين من رجل ،

وزوجها اللوكيل الآخر من آخر ، فإن علم للسابق من للعقدين

عليه المصنف (ره) في حاشيته على ذلك بانصراف أدلة الفضولي عن شمول
الفرض ، فإن لازمه جواز الاجازة ولو بعد مضي خمسين سنة . والحكم
ببطلان عقدها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات . لانتهاى
ويمكن أن يقال في وجهه : إن المرأة المذكورة في المثال بعد أن صارت
ذات بعل حرم عليها التزويج ولم يصح منها . والاجازة للعقد الفضولي
تزوج ، فلا يجوز لها ، ولا يصح منها . وكذلك الحكم في مثال الرجل
الذي زوج فضولا ، فإنه إذا تزوج مباشرة أم الزوجة التي عقد عليها
فضولا ، فاذا أجاز العقد الفضولي ، فقد تزوج بنت زوجته ، ولا يصح
منه ذلك . وبالجملة : الاجازة لا تصح إلا إذا كان المحيز له سلطان عليها ،
وفي المثالين بعد وقوع التصرف المباشري من المرأة والرجل ، خرجت
لإجازة العقد الفضولي عن سلطنة المحيز ، فإنه لا يصح لذات البعل أن
تنزوج ، ولا يصح لمن تزوج الأم أن يتزوج بنتها ، وإطلاق ذلك يقتضي
المنع حتى من هذا التزويج الحاصل بالاجازة .

ودعوى اختصاص ذلك بالتزويج اللاحق ، ولا يشمل السابق ، فإن
السابق يمنع اللاحق ، والاجازة في المقام ليست تزويجاً لاحقاً ، بل تزويج
سابق ، بناء على الكشف على أي وجوده كان . مدفوعة : بأن الممنوع عنه
التزويج اللاحق لإنشاء ، لا منشأ ، والاجازة لاحقة لإنشاء وإن كان المحاز
هو التزويج السابق . فالمدار في السبق والحقوق على الانشاء ، لا على المنشأ

فهو الصحيح (١) . وإن علم الاقتران بطلاً معاً (٢) . وإن شك في السبق والاقتران فكذلك . لعدم للعلم بتحقيق عقده صحيح ، والأصل عدم تأثير واحد منهما (٣) . وإن علم للسبق واللاحق ، ولم يعلم للسابق من اللاحق ، فإن علم تاريخ أحدهما حكم بصحته دون الآخر (٤) . وإن جهل للتاريخان ففي المسألة وجوه . أحدها : للتوقيف حتى يحصل للعلم (٥) .

(١) لعموم أدلة الصحة ، التي لا تشمل اللاحق ، لما عرفت من فوات شرط الصحة ، وهو أن تكون خلية .

(٢) لبطان الترجيح بلا مرجح .

(٣) لكن مع العلم بتاريخ أحدهما يتعين الحكم بصحته ، لاستصحاب كونها خلية الى ما بعده الذي هو شرط صحته ، ويتعين الحكم بصحة تزويجها بمورده ، وهو حاكم على أصالة عدم ترتب الأثر ، كما تقرر ذلك في الصورة الآتية بعينها . وحينئذ لا فرق بين الصورتين في ذلك . ومجرد الفرق بينهما بالعلم بصحة أحدهما إجمالاً في الصورة الآتية ، بخلاف هذه الصورة ، لاحتمال الاقتران ، الموجب لاحتمال بطلانها معاً . لا توجب الفرق بينهما في جريان الأصل المصحح لمعلوم التاريخ . غاية الأمر أن الأصل المصحح له في الصورة الآتية ينفي السبق فقط ، وفي هذه الصورة ينفي السبق والاقتران معاً ، فيتعين جعل الصورتين بحكم واحد .

(٤) لما عرفت من جريان أصالة عدم سبق الآخر عليه ، الموجب لكونها خلية ، يصح تزويجها . ولا يصح جريان ذلك في الآخر المجهول التاريخ ، لما ذكر مراراً من عدم جريان الأصل في مجهول التاريخ .

(٥) حكاه في كشف اللثام عن المبسوط ، والتحرير . ووجهه : العمل

بالقواعد الأولية .

لثاني : خيار للفسخ للزوجة (١) .

لثالث : أن الحاكم يفسخ (٢) .

لرابع : للقرعة (٣) .

والأوفق بالقواعد هو للوجه الأخير (٤) . وكذا للكلام إذا زوجه أحد اللوكيلين برابعة والآخر بأخرى ، أو زوجه أحدهما بامرأة ، والآخر ببنتها ، أو أمها ، أو أختها .

(١) لم أفق عاجلا على قائل به . وكان وجهه لزوم الضرر من هذه الزوجية ، فيتدارك بالخيار ، كما في المعاملة الغبنية . لكن الضرر يلزم من ترتيب أحكام الزوجية ، لا من نفس الزوجية .

(٢) جعله في القواعد الأقوى . لأن فيه دفع الضرر . وقد عرفت إشكاله بأن الضرر لازم من أحكام الزوجية ، لا من نفسها . ولو سلم كان الأولى كون الفسخ للزوجة ، كما في المعاملة الغبنية ، لا للحاكم :

(٣) احتمال ذلك في القواعد ، والتذكرة .

(٤) لعموم ما دل على أن القرعة لكل أمر مشكل (١٥) . لكن في جامع المقاصد : أن القرعة لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الأنكحة التي يتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحرير . وفيه : أن ذلك يتم إذا لم يلزم محذور به يكون الأمر مشكلاً ، وبدونه لا إشكال .

ولذا ورد الرجوع الى القرعة فيما لو نزا انسان على واحد من قطيع الغنم واشتبه . ولزوم المحذور في المقام ظاهر ، لتزاحم الحقوق من الطرفين ، فيجب على الزوج الانفاق والوطء في كل أربعة أشهر ، ويجب عليها بذل نفسها لزوجها . وحينئذ يكون الأقوى ما ذكره المصنف . وقد تقدم في المسألة الثالثة والأربعين من فصل المحرمات بالمصاهرة ما يمكن استفادة حكم المقام منه . ولأجل ذلك لم نتعرض هنا لتفصيل هذه الوجوه .

وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل وزوجها وكيلها من آخر ، أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما . ولو ادعى أحد للرجلين المعقود لها للسبق ، وقال الآخر : لا أدري من للسابق ، وصدقت المرأة المدعي للسبق ، حكم بالزوجية بينهما ، لتصادقهما عليها (١) .

(١) قال في القواعد : « ولو ادعى كل منهما الزوجية ، فصدقه الآخر ، حكم بالعقد ، وتوارثا » . وفي كشف اللثام : « ولزمها أحكام الزوجية ظاهراً ، لانحصار الحق فيهما ، وقد اعترفا به » . وفي جامع المقاصد : « ذلك عندنا اعموم : (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) . . . الى أن قال : ولا يعتبر عندنا كونها غريبين . خلافاً للشافعي ، حيث حكم بمطالبة البلديين بالبينة ، وعدم ثبوت النكاح من دونها » . والاستدلال عليه بعموم : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » غير ظاهر ، لأن أحكام الزوجية التي يقصد ترتيبها قد تكون على وارثها ، أو على أجنبي عنها ، ومن المعلوم أن العموم المذكور لا يصلح لاثبات ذلك . فإذا العمدة في الحكم المذكور الاجماع ، المعتضد بالسيرة القطعية . والله سبحانه وتعالى العالم العاصم ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

إلى هنا انتهى الكلام في تنقيح وإصلاح شرح كتاب النكاح من كتاب (العروة الوثقى) ، في النجف الأشرف ، في جوار الحضرة المقدسة العلوية ، على مشرفها أفضل الصلاة والسلام ، ليلة الثلاثاء ، خامس عشر شهر صفر المظفر ، سنة ثمانين بعد الألف والثلاثمائة هجرية . بقلم الفقير الى الله تعالى « محسن » خلف العلامة المرحوم السيد « مهدي » الطباطبائي الحكيم ، قدس سره . والحمد لله رب العالمين كما هو أهله ، والصلاة والسلام على نبيه الكريم ، وآله الطاهرين ، الفر الميامين .

بِسْمِ تَعَالَى

نظراً الى أن هذه الرسالة الشريفة تشتمل على مسألة ذات بال ، كثيرة الابتلاء ، ولم تحرر قبل هذا على هذا الشكل أمر سيدنا - قدس سره - بنشرها ملحقاً بكتاب النكاح من (مستمك العروة الوثقى) ليعم نفعها . والله سبحانه الموفق والمسدد .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ما يقول مولانا حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى في العالمين السيد محسن الحكيم دام ظله العالي ، في رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقاً غير جامع للشرائط عندنا ، وجامعاً للشرائط عندهم ، ثم استبصر ، وكذا إذا طلقها ثلاثاً بانشاء واحد ، فهل له الرجوع بزوجه بعد الاستبصار ، أولاً ؟ افتونا مأجورين ، مع بيان الدليل على المسألة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَلَهُ الْحَمْدُ

الظاهر في مفروض السؤال جواز الرجوع بزوجه المذكورة : ويقتضيه العمل بالأدلة الدالة على بطلان الطلاق الفاقد للشرائط المقررة عندنا ، لعدم ما يوجب الخروج عنها ، إلا ما قد يتوهم من دلالة النصوص على بينونة المرأة المذكورة إذا كان الزوج من المخالفين حسب ما يقتضيه مذهبه . لكن التوهم المذكور ضعيف . إذ النصوص الواردة في الباب على طوائف ثلاث :

الأولى : ما دل على قاعدة الالزام . مثل رواية عبد الله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن أبي حمزة : « انه سأل أبا الحسن (ع) عن المطلقة على غير السنة أيتزوجها الرجل ؟ فقال (ع) : ألتزموهم من ذلك ما ألتزموه

أنفسهم . وتزوجوهن ، فلا بأس بذلك « (١٥) . ومن المعلوم أن جواز
الالزام أو وجوبه لا يدل على صحة الطلاق المذكور ، وإنما يدل على مشروعية
الالزام بما ألزم به نفسه . ومن الواضح أن الإلزام بذلك إنما يصح مع
بقائه على الخلاف ، لا مع تبصره ، فإنه مع تبصره لا يلزم نفسه بالطلاق
ولما يلزم نفسه بالزوجية ، فلا يقتضي عدم مشروعية الرجوع بها .
ومثل هذه الطائفة ما تضمن الأمر بالتزويج ، مثل صحيح ابن سنان
قال : « سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدة ، ثم أمسك عنها حتى انقضت
عدتها ، هل يصلح لي أن أتزوجها ؟ قال : نعم ، لا تترك المرأة بغير
زوج » (٢٥) ، ومكاتبة ابراهيم بن محمد الهمداني إلى أبي جعفر (ع) في
من حنث بطلاق امرأته غير مرة . قال (ع) : « . . . وإن كان ممن لا
يتولانا ولا يقول بقولنا ، فاختلفها منه ، فإنه إنما نوى الفراق بعينه » (٣٥) ،
ورواية عبد الله بن طاووس فيمن يكثر ذكر الطلاق : « . . . وإن كان
من هؤلاء فابنها منه ، فإنه إنما عنى الفراق » (٤٥) ، وموثق عبد الرحمن
البصري عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : امرأة طلقت على غير
السنة . فقال : تزوج هذه المرأة ، لا تترك بغير زوج » (٥٥) ، ورواية
عبد الله بن محرز الواردة في الأخذ بالتعصيب : « خذوا منهم كما يأخذون
منكم في سنتهم » (٦٥) ، وفي روايته الأخرى : « خذهم بحقك في أحكامهم
وسنتهم ، كما يأخذون منكم فيه » (٧٥) .

- (١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٥ .
(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٤ .
(٣٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ١ .
(٤٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ١١ .
(٥٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٣ .
(٦٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ميراث الاخوة حديث : ١ .
(٧٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ميراث الاخوة حديث : ٢ .

فان الأمر بالتزويج ، والاختلاع ، والابانة ، والأخذ ، لا يدل على الصحة ، بل من الجائز تشريع تزويج زوجة المخالف ، فتخرج عن الزوجية بذلك ، نظير استرقاق الكافر الذي هو حر قبل الاسترقاق ، وحيازة المباح الموجبة للملكية المباح قبل الحيازة ، واسترقاق زوجة الكافر ، فتكون أم ولد للمسترق ، وإن كانت قبل ذلك زوجة للكافر . ومن المعام أن ارتكاب ذلك في مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاسد للشرائط . بل هو مقتضى الجمع العرفي بين الأدلة الأولية وبين هذه النصوص ، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « سألته عن الأحكام . قال (ع) : يجوز على أهل كل ذوي دين ما يستحلون » (١٥) ، فان المقصود ليس نفوذ ذلك لهم ، وإنما هو نفوذ ذلك لغيرهم ، يعني : إذا كان يستحل تزويج المطلقة ثلاثاً يجري ذلك الاستحلال عليه لغيره ، فيجوز تزويج مطلقة ثلاثاً ، وإذا كان يستحل الأخذ بالتعصيب يجري ذلك لغيره ، فيجوز لغيره الأخذ بالتعصيب . فالمقصود هو الحلية لغيره عليه ، لا الحلية له على غيره . ولذلك عبر (ع) بقوله : « على أهل . . . » ولم يقل : « لأهل . . . » ، فالجواز والحل يكون لغيرهم عليهم ، لا لهم على غيرهم . فليس فيه تنفيذ دين كل أهل دين ، بل الالتزام لهم ، والاحلال لغيرهم عليهم . فالصحيح نظير : « ألزموهم . . . » .

الطائفة الثانية : ما تضمنت اللزوم دون الالتزام ، مثل ما في رواية عبد الله بن طاووس المتقدمة : « قلت : أليس قد روي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس ، فانهن ذوات الأزواج ؟ فقال : ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء ، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » . ورواية عبد الأعلى عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن الرجل يطلق

امرأته ثلاثاً . قال (ع) : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك ، (١٥) ، بناء على أن المراد من الاستخفاف بالطلاق عدم اعتبار الشرائط فيه ، وأن المراد لزوم ذلك له . وربما يوجد بهذا المضمون غير هاتين الروایتين . ودلالتهما على صحة الطلاق أيضاً غير ظاهرة ، فإن اللزوم أعم : ولا سيما بملاحظة لزوم التعارض بين تطبيقي الحديث فيما لو كان أحد الزوجين مخالفاً ، والآخر مستبصراً ، فإن المستبصر يدين بفساد الطلاق ، والمخالف يدين بصحته ، ولا يمكن الجمع بين الحكيمين ، لأن الطلاق لا يقبل الوصف بالصحة والفساد من جهتين ، فلا بد أن يكون المراد مجرد الحكم على من دان منها بما دان ، فإذا تبصر المخالف وصاروا معاً متبصرين ، كان مقتضى الحديث جواز ترتيب أحكام الزوجية منهما ، لأنها معاً يدينان بذلك .

الطائفة الثالثة : ما تضمن تحريم المطلقة ثلاثاً على الزوج إذا كان يعتقد ذلك . كرواية الهيثم بن أبي مسروق عن بعض أصحابه ، قال : « ذكر عند الرضا (ع) بعض العلويين ممن كان ينتقصه ، فقال : أما إنه مقيم على حرام . قالت : جعلت فداك كيف وهي امرأته ؟ قال (ع) : لأنه قد طلقها . قلت : كيف طلقها ؟ قال (ع) : طلقها ، وذلك دينه ، فحرمت عليه ، (٢٥) . فإن التحريم يقتضي نفوذ طلاقه . وهذه الرواية - مع ضعف سندها ، وقصور دلائلها ، لعدم تعرضه أن طلاقها كان على خلاف المشروع - لا تصلح لاثبات نفوذ الطلاق غير الجامع للشرائط إذا كان مذهب المطلق ذلك ، لأن التحريم عليه أعم ، كما عرفت في دلالة الطائفة الثانية ، فإن من الجائز أن يكون التحريم بما أنه دينه ، ولو استبصر فصار دينه حلية الزوجة كانت له حلالاً ، بل قوله (ع) : « وذلك دينه » ظاهر

(١٥) الوسائل باب : ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٧ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٢ .

في ذلك ، فيدل على التحليل لو استبصر . ومثل الرواية المذكورة رواية
 محمد بن عبد الله العلوي قال : « سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن تزويج
 المطلقات ثلاثاً . فقال (ع) لي : إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم
 يحل لكم ، لأنكم لا ترون الثلاث شيئاً ، وهم يوجبونها » (١٥) :
 والذي يتحصل من هذه الأخبار : لزوم العمل على من تدين بدينه
 على حسب دينه ، وجواز إلزامه بذلك وكلا الأمرين لا يقتضيان التحريم
 في مورد السؤال المذكور . نعم في صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع :
 « سألت الرضا (ع) عن ميت ترك أمه ، واخوة ، وأخوات ، فقسم
 هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأم السدس ، وأعطوا الاخوة والأخوات ما بقي .
 فأت بعض الأخوات ، فأصابني من ميراثه . فأجبت أن أسألك هل يجوز
 لي أن آخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة ، أم لا ؟ فقال : بلى .
 فقلت : إن أم الميت - فيما بلغني - قد دخلت في هذا الأمر ، أعني :
 لدين . فسكت قليلاً . ثم قال (ع) : خذه » (٢٥) . فقد يتوهم منها
 أن الاستبصار لا يوجب تغير الحكم . وفيه : أنه لا ريب في أن مقتضى
 قاعدة الالتزام جواز أخذ الأخوات من الأم إلزاماً لها بما تدين . وبعد
 الأخذ والتملك لا يستوجب الاستبصار تبدل الحكم ، فإن من تزوج المطلقة
 ثلاثاً على غير السنة كان تزويجه صحيحاً ، وتخرج به عن الزوجية للمطلق ،
 فإذا استبصر لا يبطل التزويج الثاني . وكذا إذا أخذ الأخ بالعصبة ،
 فاستبصرت البنت ، أو الأم ، أو الأخوات ، لا يوجب استبصارهن رجوع
 المال الى ملكهن . غاية الامر أن مفاد الرواية عموم القاعدة لالزام المخالف
 المخالف الآخر ، ولا تختص بالزام الموافق للمخالف ، لا غيره . ولا مانع

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث : ٩ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤ من ابواب ميراث الأخوة حديث : ٦ .

من الالتزام بعموم الالتزام ، كما يقتضيه خبر عبد الله بن طاووس المتقدم ، بل وصحيح محمد بن مسلم المتقدم ، كما يظهر بالتأمل فيه .
 ثم إنه قد روى عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) :
 « أنه قال : لإياكم وذوات الأزواج المطلقات على غير السنة . قال : قلت له : فرجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة . قال : فيلقاه بعد ما طلقها وانقضت عدتها عند صاحبها ، فيقول له : أطلقت فلانة ؟ فإذا قال : نعم فقد صارت تطليقة على طهر . فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوجها وقد صارت تطليقة بائنة » (١٥) ، ونحو ذلك رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) (٢٥) . وظاهرهما عدم جواز الالتزام بما التزم به لكن تضمنت صحة الطلاق بقول الزوج : « نعم » بعد السؤال منه : هل طلق زوجتك فلانة ؟ ومثلها في ذلك غيرها . وهي مهجورة عند الأصحاب ، وإن عمل بها جماعة .
 ومن ذلك تعرف أن الطلاق الواقع منهم ليس صحيحاً ، وإنما اقتضى إلزامهم به بما أنه مذهبهم ، فإذا تبصرا خرج عن كونه مذهبهم ، فلا موجب للالتزام به .

وقد يستدل على ذلك برواية علي بن سويد عن أبي الحسن موسى (ع) في حديث : « أنه كتب إليه يسأله عن مسائل كثيرة . فأجابه بجواب هذه نسخته : بسم الله الرحمن الرحيم . . . الى أن قال : وسألت عن أمهات الأولاد ، وعن نكاحهم وطلاقهم . فأما أمهات الأولاد فهن عواهر الى يوم القيامة ، نكاح بغير ولي ، وطلاق في غير عدة . فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله ، ويقينه شكه » (٣٥) ، بناء على أن المراد

(١٥) الوسائل باب : ٣٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣١ من أبواب مقدمات الطلاق حديث : ٢ .

(٣٥) روضة الكافي الجزء : ٨ الصفحة : ١٢٥ طبعة إهران الحديثة .

منه أن الاستبصار يهدم ما قبله . فالتحريم الثابت للمطلق ثلاثاً يتبدل بالتحليل . لكن لا يخلو عن إشكال وغموض ، لعدم وضوح رجوع هذه الفقرة الى ما ذكر ، بل من المحتمل رجوعها الى مسألة أخرى غير هذه المسألة ، فلا تنفع فيما نحن فيه .

ويعضد ظاهر النصوص المذكورة ما هو ظاهر الفقهاء - قدس سرهم - من الاجماع على عدم توارث المسلمين بالسبب الفاسد ، وإن كان صحيحاً بنظر المتوارثين . فمن تزوج أمه من الرضاعة لا يرثها ، وإن كان مذهبه صحة التزويج . نعم اختلفوا في توارث الخوس ، والمنسوب الى أكثر المتأخرين عدم توارثهم بالسبب الفاسد . وقيل بالتوارث به بينهم . ونسب الى جماعة من القدماء والمتأخرين . أما في توارث المسلمين فلا خلاف عندهم في عدم صحة السبب إذا كان مخالفاً للواقع ، وإن كان صحيحاً بنظر المتوارثين ومقتضى ذلك عدم الخلاف في توارث الزوجين المذكورين ، وإن اعتقدا صحة طلاق الثلاث ، فكيف إذا عدلا عن هذا الاعتقاد الى اعتقاد بطلان طلاق الثلاث ؟! والمؤتق : « لكل قوم نكاح » (١٥) ، لا بد أن يكون محمولاً على صحة النسب ، لأن المتولد من وطء الشبهة كالمتولد من الوطاء بالعقد ، يصح انتسابه الى الواطيء والموطوء شرعاً وعرفاً . بل لولا النص على نفي ولد الزنا كان اللازم البناء على صحة انتسابه الى الزاني والمزني بها ، فيكون دليل النفي هو المانع من صحة الانتساب ، وهو غير موجود في وطء الشبهة . ومن ذلك تعرف أن البناء على جواز الرجوع في المسألة ينبغي أن يكون مما اتفق عليه ظاهر النصوص والفتاوى ، وإن كانت المسألة غير محررة في كلماتهم بالخصوص .

ومما يتفرع على ذلك : أن المستبصر إذا تزوج امرأة من المخالفين فطلقها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوصية

وهي إما مصدر « وصى يصي » بمعنى الوصل (١) ،
حيث أن الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة
وإما اسم مصدر بمعنى للعهد من « وصى يوصي توصية »

الطلاق الثلاث غير الجامع للشرائط بحسب مذهبنا ، لم نخرج عن الزوجية ،
وجاز له مراجعتها . فإذا مات كان عليها عدة الوفاة ، ولا يجوز تزويجها
في العدة . وليس لها المطالبة بالميراث ، عملاً بقولهم (ع) : « ألزومهم . . . » .
ولو لم ترض الزوجة بالرجوع إلا بعقد جديد فالحكم كذلك . ومما يشهد
لما ذكرنا ما ورد في المحوسبي إذا أسلم على سبع أنه يمسك أربعاً ، وبطلق
ثلاثاً (١٥) . فانه ظاهر في أن إقراره على دينه ونفوذه ما يعتقد عليه يختص
بما قبل الاستبصار . أما بعده فيجري عليه الحكم الأولي . والله سبحانه
وتعالى العالم . والحمد لله رب العالمين .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(١) قال في المبسوط : « الوصية مشتقة من وصى يصي ، وهو من

الوصل ، قال الشاعر :

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشق أنصافها السفر

(١٥) الوسائل باب : ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء المدد حديث : ١ .

هو معناه يصل تصرفه بما يكون بعد الموت ما قبل الموت ، ونحوه ما في السرائر ، غير أنه نسب البيت إلى ذي الرمة ، كما نسبه إليه أيضاً الجوهري في الصحاح ، وفي التذكرة في الوصية : « هي مشتقة من قولهم : وصى إليه بكذا يصيه وصية » ، إذا وصل به . وأرض واصية متصلة النبات فسمي هذا التصرف وصية ، لما فيه من وصلة القرابة بعد الموت بالقرابات المنجزة في الحياة ، فكأنه وصل تصرفه في حياته بتصرفه بعد مماته ، ونحوه في جامع المقاصد ، وعن بعض أهل اللغة . وظاهرهم الجزم بأن الوصية مأخوذة من الثلاثي بمعنى الوصل . وفي الروضة : « الوصية مأخوذة من وصى يصي ، أو أوصى يوصي ، أو وصى يوصي . وأصلها الوصل ، سميت به لما فيه من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة » ، ونحوه في الرياض . وظاهرهما التردد في أن الوصية مأخوذة من الثلاثي أو من الرباعي ، وتبعهما على ذلك المصنف .

لكن الذي يظهر من الصحاح والقاموس أن الثلاثي بمعنى الوصل لا غير ، والرباعي سواء كان مضاعفاً - كوصي توصية - أم مهموزاً - كأوصى لإيلاء - بمعنى العهد لا غير . والوصية لا تكون إلا بالمعنى الثاني كما هي كذلك في القرآن المجيد ، مثل قوله تعالى : (وصية لأزواجهم) (١٥) و (من بعد وصية يوصي بها أو دين) و (من بعد وصية يوصين بها أو دين) و (من بعد وصية توصون بها أو دين) (٢٥) ، وغير ذلك ، فلم تذكر الوصية إلا بمعنى العهد بقرينة السياق ، فهي اسم مصدر للإيلاء أو التوصية ، لا مصدر « وصى يصي » ، فإن مصدره « الوصي » ولم يذكر الوصية مصدراً له في القاموس والصحاح ، وإنما ذكر المصدر

(١٥) البقرة: ٢٤٠.

(٢٥) النساء: ١٢، ١١.

وهو الوصي لا غير .

ومن ذلك يظهر ضعف التردد من المصنف ومن سبقه في مبدأ اشتقاق الوصية ، والمتعين الجزم بالثاني ، كما هو كذلك في القرآن المحيد . وأما ما ذكره الشيخ ومن وافقه فمرادهم أن الرباعي مأخوذ من الثلاثي ، كما أشار إلى ذلك في الروضة والرياض أيضاً ، لا أن الوصية اسم مصدر لـ « وصى يصي » ، وإلا فهو ممنوع ، كما عرفت . وإن كان الأول أيضاً محل إشكال ، كيف والرباعي أيضاً بمعنى العهد لا غير ، كما يظهر من موارد الاستعمال في القرآن المحيد ، مثل قوله تعالى في سورة الأنعام : (إذ وصاكم الله بهذا) (١٥) وفيها أيضاً : (ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون . . . ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون . . . ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون) (٢٥) ، وفي غيرها من السور (ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب) (٣٥) (ووصينا الانسان بوالديه حسنا) (٤٥) . (ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه) (٥٥) (وما وصينا به ابراهيم وموسى) (٦٥) (وأوصاني بالصلاة والزكاة) (٧٥) (أتواصوا به بل هم قوم طاغون) (٨٥) . . . إلى غير ذلك من الموارد التي ذكر فيها الإيحاء والتوصية في الكتاب والسنة والعرف العام مما لا يحصى ، من

(١٥) الانعام : ١٤٤ .

(٢٥) الانعام : ١٥١، ١٥٢، ١٥٣ .

(٣) النساء : ١٣١ .

(٤) العنكبوت : ٨ .

(٥) لقمان : ١٤ .

(٦٥) الشورى : ١٣ .

(٧٥) مريم : ٣١ .

(٨٥) الذاريات : ٥٣ .

أو « أوصى بوصي إيصاء » . وهي إما تمليكية أو عهدية (١) وبعبارة أخرى : إما تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على حق ، أو فك ملك ، أو عهد متعلق بالغير ، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه . وتنقسم انقسام الاحكام الخمسة .

دون ملاحظة الوصل بين شيئين ، فضلا عن الحياة والمات .
 والمتحصل مما ذكرنا أمران : (الأول) : أن الوصية مأخوذة من الرباعي اسم مصدر ، لا مصدر للثلاثي ، ولا اسم مصدر له ، ولا ترتبط به . (الثاني) : أن الرباعي والثلاثي مادتان متباينتان ليس بينهما أي نوع من الاشتقاق ، الثلاثي بمعنى الوصل والرباعي بمعنى العهد مطلقاً .
 هذا بحسب اللغة والعرف العام ، وأما بحسب عرف الفقهاء والمتشعبة فالوصية هي العهد في حال الحياة بما بعد الوفاة . والوجه في هذا الاصطلاح ليس هو ملاحظة وصل المات بالحياة ، بل المتابعة للقرآن المجيد ، حيث عبر عن العهد المذكور بالوصية ، مثل ما تقدم وقوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ...) (١٥) ، وقوله تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهن) (٢٥) وغير ذلك ، فهذا التعبير عن العهد الخاص بالوصية هو الذي دعا إلى الاصطلاح المذكور : فلا تستعمل الوصية في عرف الفقهاء وفي عرف المتشعبة الا بالعهد الخاص .

(١) قال في الشرايع : « وهي (يعني : الوصية) تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة » ، ونسب ذلك إلى أكثر الأصحاب . وبشكل : بأنه غير جامع لخروج الوصية بالولاية على الثلث ، وبالولاية على الاطفال والمجانين الذين

. (١٥) البقرة : ١٨٠ .

. (٢٥) البقرة : ٢٤٠ .

تجوز له الوصية عليهم ، مع أنها من الوصية . ولذلك أضيف إليه في النافع وغيره قوله : « أو تسليط على تصرف بعد الوفاة » ، بل في النافع وعن التذكرة زيادة قيد المحاذية ، لخراج الوصية بالبيع والتملك المعاوضي لكن ادعى في الجواهر انصراف التملك في التعريف إلى المحاني ، فلا يحتاج إلى القيد المذكور . ولا يخلو من تأمل :

وفي المسالك : « وينتقض في عكسه أيضاً بالوصية بالعتق ، فانه فك ملك لا تملك للعبد نفسه . وكذلك التدبير على القول بأنه وصية - كما ذهب إليه الاكثر - والوصية بإبراء المديون وبوقف المسجد ، فانه فك ملك ، وبالوصية بالمضاربة والمساقاة ، فانها وإن أفادا ملك العامل للخصه من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما ، إلا أن حقيقتها ليست كذلك ، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة ، فينتفي التملك » .

وفيه : المنع من صحة الوصية بما ذكر عدا التدبير ، الذي دل عليه الدليل . وأما غيره مما ذكر فلا دليل على صحة الوصية فيه ، للاجماع على بطلان الإنشاء المعلق ، بلا فرق بين أن يكون المعلق عليه الموت وغيره ، فلا يصح الوقف المعلق على الموت ، ولا الإبراء المعلق على الموت ولا المضاربة والمساقاة كذلك . ودعوى : اختصاص مانعية التعليق بالبيع المعلق على غير الموت - كما في الجواهر - غير ظاهرة ، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في وجه مانعية التعليق . فلاحظه .

ومثلها ما فيها من دعوى كون الوجه في بطلان البيع المعلق على الموت عدم صدق الوصية عليه ، لانصرافها إلى التملك المحاني ، فالمرجع فيه أصالة عدم ترتب الأثر . إذ فيها : أنه يكفي في الصحة صدق البيع وعمومات صحته بعد أن لم يكن التعليق على الموت مانعاً عن صحته ، كما ادعاه مضافاً إلى أن عمومات صحة الوصية ولزوم العمل بها - كما عليه

(مسألة ١) : للوصية للعهدية لا تحتاج إلى للقبول (١) وكذا للوصية بالفك ، كالعقود . وأما للتمليك فالمشهور على

الأصحاب ، المستفاد من قوله تعالى : (فمن بدله بعدما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه) (١٠) بملاحظة الاستشهاد به في بعض النصوص على لزوم العمل بالوصية في غير مورده - كافية في دعوى الصحة . ولا وجه لدعوى اختصاص العموم بالتمليك المجاني ، كما سبق . بل لا وجه لاختصاصه بالتمليك ، إذ لا موجب لهذا التخصيص ، فيشمل جميع أنواع الايقاعات والعقود : ولأجل عدم بنائهم على ذلك يتضح أن الوجه فيه هو التعليق الممنوع إلا فيما دل الدليل على خلافه ، وهو التملك المجاني ، والتسليط على التصرف - المعبر عنه بالوصاية - والتدبير ، والمضاربة بمال الصغير ، وغير ذلك مما دل عليه الدليل بالخصوص وعمل به الاصحاب .

(١) هذا مما لا ينبغي الإشكال فيه ، وإن كان المحكي عن القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها : أنها عقد ، وفي الحدائق : أنه المشهور في كلامهم ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه . انتهى . لكنه غير ظاهر ، بل في الجواهر : أنها بهذا المعنى ليست من العقود قطعاً ، بل ضرورة . انتهى . ويقتضيه ما دل على وجوب العمل بالوصية على الموصى إليه إذا لم يرد أو إذا رد ولكن لم يبلغ الموصي الرد ، فإن ذلك ينافي اعتبار القبول تنافياً ظاهراً . ومن ذلك تعرف منافاة بناء المشهور على ذلك مع بنائهم على كونها عقداً . ولأجل ذلك قال في الدروس : « وعلى ما قلناه من اللزوم بالموت وعدم الرد لا عبرة بقبول الوصي وعدمه ، بل العبرة بعدم الرد الذي يبلغ الموصي فان حصل وإلا ألزم » .

أنه يعتبر فيها للقبول (١) جزءاً . وعليه تكون من للعقود . أو شرطاً - على وجه للكشف أو للنقل - فيكون من الايقاعات .

(١) الذي يظهر من المسالك في تحرير المسألة هو أن القبول جزء أو شرط لانتقال المالك إلى الموصى له من حينه ، أو جزء أو شرط لانتقال الملك إلى الموصى له ولو من حين العقد ، أو أنه لا دخل له في انتقال الملك بل ينتقل الملك بمجرد الموت ، لكنه منزلزل ، فإذا حصل القبول استقر . فيه أقوال ثلاثة . نسب الأول في المسالك إلى العلامة في المختلف ، ونسب أيضاً إلى المحقق في الشرايع وجماعة . وفي المسالك : نسب الثاني إلى الأكثر ، ونسبه غيره إلى المشهور . وفي كلام شيخنا الاعظم أنه مخالف لاطلاق المشهور . بل كل من جعله عقداً . والقول الثالث محكي عن موضع من المبسوط ، وقد يظهر من عبارة الخلاف ، وقد يحكى عن ابن الجنيد أيضاً . لكن في موضع من المبسوط ضعفه ، وجعل الأقوى الأول .

ويظهر من تحرير المسألة على ما ذكر أن الاحتمالات خمسة : كون القبول شرطاً ناقلاً ، وكونه شرطاً كاشفاً ، وكونه جزءاً ناقلاً ، وكونه جزءاً كاشفاً ، وكونه شرطاً في استقرار الملك ولا دخل له في ثبوته . والقول بشرطية القبول كاشفاً أو ناقلاً لم يعرف قائله ، وإن استظهره شيخنا من عبارة الشرايع : « وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصي وقبول الموصى له » ، لأن الموت شرط قطعاً ، فسباق القبول مساقه يقتضي كونه شرطاً أيضاً . وفيه تأمل . والاحتمالات الثلاثة الأخرى قد عرفت القائل بها . والمصنف (قده) حرر المسألة على شكل آخر ، ولم يتعرض للقول الثالث وذكر احتمالاً أو قولاً آخر واختاره ، وهو عدم دخل القبول في الملك ولا في استقراره ، بل الرد مانع عنه ، فإذا لم يقبل الموصى له ولم يرد ثبت الملك .

هذا وكأن الوجه في جزئية القبول ما طفحت به عباراتهم من كون الوصية التمليلية من العقود مما يظهر منه أنه إجماعي . ويشكل بما ذكروه من اعتبار التوالي بين الإيجاب والقبول ، وأن موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فكيف يصدق العقد في المقام ؟ ويظهر من شيخنا الاعظم : أن الوجه فيه أصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول . وفيه - مع أنه لا يقتضي الجزئية بل ما هو أعم منها ومن الشرطية - : أنه لا مجال للأصل مع الدليل ، وهو لإطلاقات نفوذ الوصية وصحتها . ودعوى : أنها مسوقة لبيان حكم الوصية بعد إحراز ما يعتبر فيها من شرائط الموصي والموصى له والموصى به . فيها : أن ذلك خلاف إطلاقها . ولا سيما بعد قوله تعالى : (فمن خاف من موص جناً . .) (١٥) الظاهر في استثناء ذلك من عموم حرمة التبديل ونفوذ الوصية ، فان الاستثناء دليل العموم ، نظير قوله (ع) : « الصالح جائز بين المسلمين إلا ما حلل حراماً أو حرم حلالاً » (٢٥) فان الاستثناء فيه دليل على عموم القابلية . فلاحظ .

ومن ذلك أيضاً يظهر ضعف ما عن غير واحد من أن الوجه فيه أنه خلاف قاعدة السلطنة على النفس . إذ فيه أيضاً أنه لا يقتضي الجزئية بالخصوص وأن عموم نفوذ الوصية مقدم على القاعدة ، وإن كان بينهما عموم من وجه ، والأصل في مورد المعارضة بينهما هو التسايط والرجوع إلى دليل آخر ، لاختصاص ذلك بما إذا لم يظهر لأحد الدليلين خصوصية تستدعي التقديم كما في المقام ، ومن ذلك يظهر لك دليل شرطية القبول وضعفه أيضاً . فاذا القول بعدم جزئية القبول أو شرطيته أقوى .

(١٥) البقرة : ١٨٢ .

(٢٥) مشترك الوسائل باب : ٣ من أبواب الصلح حديث : ١ ، الوسائل باب : ٣ من أبواب

الصلح حديث : ٢ . مع اختلاف يسير في متن الحديث .

ويحتمل قويا عدم اعتبار للقبول فيها ، بل يكون للرد مانعاً (١) ،
وعليه تكون من الإيقاع للصريح . ودعوى : أنه يستلزم الملك
للقهري ، وهو باطل (٢) في غير مثل الإرث . مدفوعة : بأنه
لا مانع منه عقلا ، ومقتضى عمومات للوصية ذلك . مع أن
الملك للقهري موجود في مثل للوقف .

(مسألة ٢) : بناء على اعتبار للقبول في للوصية يصح
إيقاعه بعد وفاة الموصي بلا إشكال (٣) ، وقبل وفاته على
الأقوى (٤) . ولا وجه لما عن جماعة (٥) من عدم صحته حال
الحياة ، لأنها تمليك بعد الموت ، فالقبول قبله كالقبول قبل

(١) في الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه » وتكرر في كلام شيخنا
الاعظم دعواه الإجماع عليه ، وفي الحدائق : « ظاهرهم الاتفاق عليه » :
وهذا هو الدليل عليه ، وإلا فإطلاق الأدلة مانع عنه أيضاً .

(٢) لما عرفت من كونه خلاف قاعدة السلطنة ، أو لكونه عديم
النظير : والأول عرفت الجواب عنه ، والثاني إشكاله ظاهر ، لعدم صلاحيته
لإثبات حكم في مقابل الأدلة .

(٣) في المسالك : « حيث اعتبرنا قبول الموصي له فقبل بعد وفاة
الموصي فلا إشكال في اعتبار قبوله » وفي الحدائق : « أنه لا إشكال ولا
خلاف فيه » :

(٤) نسبه في المسالك إلى الأكثر .

(٥) منهم العلامة وجامع المقاصد ، قال الأول في القواعد : « وتفتقر
للى لإيجاب . . . (إلى أن قال) : وقبول بعد الموت . ولا أثر له لو
تقدم . . . » . وعلة في الثاني : بأنه لو قبل في حال الحياة لم يطابق القبول

للوصية ، فلا محل له ، ولأنه كاشف أو ناقل ، وهما معاً منتفیان حال الحياة . إذ نمنع عدم المحل له ، إذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل ، فيمكن القبول المطابق له . وللكشف وللنقل إنها يكونان بعد تحقق المعلق عليه ، فهما في القبول بعد الموت ، لا مطلقاً .

(مسألة ٣) : تنضيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات

الايجاب . فان قيل : المراد بقبوله التملك بعد الموت . قلنا : ما قبل الموت لما لم يكن متعلق الايجاب وجب أن لا يعتد بالقبول الواقع فيه ، كما لو باعه ما سيملكه فقبل . ولأن القبول إما كاشف أو جزء السبب ، على كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت ، أما إذا جعل كاشفاً فلأن الكاشف عن الملك وجب أن يتأخر عنه ، ويمتنع الملك قبل الوفاة . وأما إذا جعل جزء سبب فلأنه إذا تم العقد وجب أن يترتب عليه أثره ، وهو هنا ممتنع قبل الموت . ولقائل أن يقول : لم لا يجوز أن يكون شرطاً لحصول الملك بالعقد ؟ كالبیع ، فانه لا يثمر الملك إلا بعد انقضاء مدة الخيار على رأي الشيخ . وجوز ابن ادریس القبول قبل الموت وبعده ، ويلوح من الدروس اختياره . ومختار المصنف (ره) أقوى . . . الخ .

والاشكال عليه - كما ذكره المصنف - ظاهر ، بل من العجيب التفكيك بين الايجاب والقبول ، بحيث يصح الايجاب ، ولا يصح القبول المتعلق به ، مع أن القبول هو الرضا بمضمون الايجاب ، فاذا جاز التعليق في الايجاب جاز التعليق في القبول أيضاً ، فكيف لا يكون القبول مطابقاً للايجاب ؟ وكيف لا يكون معتداً به إذا وقع قبل انوفاة لأنه لم يكن متعلق الايجاب ؟ وأما المثال الذي ذكره فلا يصح الايجاب فيه ولا القبول لما منع فيه بالخصوص ، لا كمثل المقام .

الموت (١) ، مثل قضاء للصلوات وللصيام وللذور المطلقة وللكفارات ونحوها ، فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الامكان . ومع عدمه يجب الوصية بها ، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر ، لوجوب تفرغ للذمة بما أمكن في حال الحياة ، وإن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها يجب التفرغ بها بالايضاء (٢) وكذا يجب رد أعيان أموال للناس التي كانت عنده (٣) ، كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها . ومع عدم الإمكان

(١) لأن الواجبات الموسعة إنما يجوز التأخير فيها لأن لها أفراداً طولية ، فيجوز عقلاً ترك الأول والإتيان بالثاني ، وترك السابق والاتيان باللاحق ، فإذا شك في الموت والبقاء فقد شك في وجود فرد لاحق وحينئذ يدور الأمر بين التعيين والتخير ، وفي مثله يحكم العقل بالتعيين ، وإن قيل بالتخير عند الدوران بين التعيين والتخير الشرعي ، لأن التخير في المقام عقلي ، ومع الشك في التخير العقلي يحكم بالتعيين ، لان ترك الفرد السابق المعلوم الفردية موجب لاحتمال الضرر من دون مؤمن منه ما دام لم يعلم وجود الفرد الآخر . ومقتضى ذلك لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكن من الفرد الآخر وإن لم تكن أمانة على عدمه ولا ظن بعدمه ، إلا أن الاجماع القولي والعملية اقتضى جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق .

(٢) أما مع العلم بالعمل بالوصية فظاهر ، لأنه نوع من التفرغ للذمة ، وأما مع عدم العلم فلوجوب العمل عقلاً مع الشك في القدرة ، ولا يجوز ترك العمل حينئذ لاحتمال عدم القدرة .

(٣) كما في الجواهر في كتاب الوديعة ، حاكياً له عن التذكرة ، استدلالاً عليه باطلاق ما دل على وجوب رد الوديعة من الاخبار الكثيرة

التي عمد لها في الوسائل باباً في كتاب الوديعة ، فان هذا الاطلاق كسائر الخطابات المطلقة التي تنضيق بظن الوفاة . لكن المذكور في الشرايع وجوب الاشهاد ، وفي الجواهر : « صرح به غير واحد ، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم . نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصية بها . ولعله يريد ذلك » .
أقول : الرد والتوديع متنافيان ، إذ التوديع استنابة في الحفظ ، وهو يقتضي الاستيلاء على العين على وجه المحافظة . وهو يتنافى مع الرد ، فلا بد أن يكون المراد من رد الأمانة والوديعة الواجب هو ردها عند انتهاء الاستيداع ، إما بالمطالبة ، وإما بانتهاء المدة المفروضة للاستيداع ، والمفروض في المقام انتفاء الأمرين معاً ، فلا يصحح دليل وجوب الرد للامانات والودائع للمرجعية فيه .

وقد اختلفت كلام التذكرة في ذلك ، ففي مسألة قال : « إذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً ، أو حبس ليقتل ، وجب عليه الايصاء بالوديعة . وإن تمكن من صاحبها أو وكيله وجب عليه ردها إليه . وإن لم يقدر على صاحبها ولا على وكيله ردها إلى الحاكم . . . » . وقال في الفرع الثالث من فروع المسألة : « الأقرب الاكتفاء بالوصية وإن أمكنه الرد على المالك لأنه مستودع لا يدري متى يموت ، فيستصحب الحكم . ويحتمل أنه يجب عليه الرد إلى المالك ووكيله عند المرض » ثم قال : « وهو قول أكثر الشافعية » . لكن يظهر من كلامه الثاني وجوب الرد مع العلم بالموت . لكن عرفت أنه غير ظاهر من الدليل ، ومخالف للمشهور من فتاوى الأصحاب . وحملها في الجواهر على إرادة بيان القضية المهملة ، يعني : بيان وجوب الاشهاد في الجملة ولو عند عدم التمكن من الرد . غير ظاهر ولا داعي إليه بعد ما عرفت .

ج ١٤ (لزوم اداء الحقوق او الوصية بها عند ظهور امارات الموت) - ٥٤٣ -

يجب للوصية بها . وكذا يجب أداء ديون للناس الحالة (١) ،
ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجلة ، يجب للوصية بها (٢)
إلا اذا كانت معلومة (٣) ، أو موثقة بالاسناد المعتبرة . وكذا
اذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك ، فانه يجب عليه
أداؤها أو للوصية بها (٤) . ولا فرق فيما ذكر بين ما او
كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود متبرع او أدائها من بيت المال .

(١) لقاعدة السلطنة المانعة من التصرف في الدين بحبسه عن مالكة ،
لأن حبسه عنه خلاف قدرته عليه ، وخلاف ما دل على حرمة حبس الحقوق
عن أهلها المعدود من الكبائر ، فلا يتوقف وجوب الرد على المطالبة الموجبة
لكراهة بقائه في الذمة ، فانه لا فرق في حرمة التصرف في ملك الغير بين
أن يكون مع كراهته للتصرف وبين أن يكون لعدم إذنه فيه . نعم إذا أذن
المالك ببقاء الدين في الذمة لم يجب الرد ، لعدم المقتضي . ومن ذلك يظهر
أن وجوب الأداء حينئذ لا يتوقف على ظهور امارات الموت ، بل يجب
حتى مع العلم بالبقاء .

(٢) لوجوب إفراغ ذمته منها ، المتوقف على ذلك .

(٣) يعني بحيث لا يكون للوصية أثر ، أما إذا كان للوصية أثر ،
- بأن لا تكون للورثة دواع قوية الى الاداء بغير الوصية - فالوصية أيضاً
تكون واجبة ، بل إذا لم يكن للوصية أثر إلا بالتهديد والتوعيد بالعقاب
على تقدير المخالفة وجب ذلك أيضاً . فاللازم فعل كل ماله دخل في حصول
الفراغ من إسهاد أو وصية ووعظ وتهديد وغير ذلك مما يتوقف عليه الفراغ .

(٤) لعين ما ذكر من أن حبس المسال عن أهله بغير اذن خلاف
قاعدة السلطنة ، وخلاف ما دل على حرمة حبس الحقوق عن أهلها المعدود
في الكبائر .

(مسألة ٤) : رد الموصى له للوصية مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكية ، واذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها ، فعلى هذا اذا كان الرد منه بعد الموت وقبل للقبول ، أو بعد للقبول للواقع حال حياة الموصي مع كون الرد ايضاً كذلك يكون مبطلا لها (١) ، لعدم حصول الملكية بعد ، واذا كان

(١) أما في الفرض الأول فلا خلاف ولا إشكال . وفي الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » ، وفي رسالة شيخنا الاعظم (قدس) تكرر نقل الاجماع عليه ، وفي التذكرة : « لا نعلم فيه خلافاً » ويظهر من كلماتهم أنه من المسلمات . وقد عرفت أنه هو العمدة فيه بناء على كون الوصية من الايقاع وأما بناء على أنها من العقود - كما هو المشهور - فلأن الرد مانع من تألف القبول الواقع بعده مع الايجاب الواقع قبله .

وأما في الفرض الثاني فينافيه ما ذكره في الشرائع وغيرها من أنه إذا رد في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته إذ لا حكم لذلك ، فان مقتضى إطلاقه عدم ترتب الأثر على الرد في الحياة وإن كان بعد القبول ، فاذا اكتفينا بالقبول حال الحياة لم تبطل بالرد بعده . لكن في الجواهر : « يشكل ذلك بما ظاهرهم الاجماع عليه من كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين ، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخه حينئذ ، ولا ريب في اقتضائه بطلان العقد » . ولأجل ذلك احتمال حمل كلامهم على رد الايجاب خاصة ، الذي لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز ، فلا يشمل فسخ الموصى له بعد القبول . لكن لا دليل على كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين ، كما سيأتي في كلام المصنف (قدس) وإلا لم يكن وجه لبطلان الرد في الفرض الأول . ولأجل ذلك ينبغي أن يقال : إنه إذا بنينا على كون الوصية إيقاعاً - كما هو التحقيق - فمقتضى إطلاق أدلة النفوذ هو البناء على عدم تأثير

بعد الموت وبعد للقبول لا يكون مبطلا ، سواء كان للقبول
بعد الموت أيضاً او قبله ، وسواء كان قبل للقبض او بعده ، بناء

الرد في جميع الصور حتى في الفرض الأول ، لكن يوجب الخروج عن
ذلك بالاجماع ، ولم يرق لإجماع عليه في الفرض الثاني . وإذا بنينا على كونها
عقداً فاللازم البناء على إبطال الرد لها إذا وقع قبل القبول - بناء على
أنه مانع من تألف الإيجاب الواقع قبله مع القبول الواقع بعده - وعدم
إبطاله اذا وقع بعده إلا إذا قلنا بانها عقد جائز من الطرفين ، الذي لازمه
بطلانها بالرد بعد القبول بعد الموت ، الذي عرفت أنه خلاف الاجماع .
والذي يظهر من عبارة المصنف (قده) أن الوجه في مبطلية الرد
إذا وقع قبل حصول الملكية أصالة عدم ترتب الملكية ، وفي عدم مبطليته
إذا وقع بعد حصول الملكية استصحاب بقاء الملكية ، لكن الأصل في الفرض
الأول لا مجال له ، بناء على كون الوصية إيقاعاً - كما تقدم من المصنف -
لأن إطلاق نفوذها حاكم عليه ، فالبناء على الأصل المذكور يتوقف على
التغافل عن المبني المذكور .

ومن ذلك كله يتحصل أن في مسألة قبول رد الوصية وعدمه مباني
مختلفة النتيجة ولا تلتئم مع فتاوى الاصحاب : كون الوصية إيقاعاً ،
وكونها عقداً لازماً ، وكونها عقداً جائزاً . فان الأول لا يتناسب مع بنائهم
على مبطلية الرد إذا كان بعد الوفاة قبل القبول . والثاني لا يتناسب مع
بنائهم على عدم مبطلية الرد في حال الحياة وإن كان بعد القبول ، فله
أن يحدد القبول بعد ذلك إن كان قد سبق ، على ما اختاره المحقق وجماعة ،
كما في المسالك ، وظاهر الحدائق نسبه إلى الأصحاب ، وظاهرهم أن له أن
يستمر على الرد فلا يتحقق التملك مع تحقق القبول ، وهو يقتضي كونها
عقداً جائزاً بالنسبة إلى الموصى له في الجملة . والثالث لا يتناسب مع بنائهم

على الأقوى من عدم اشتراط للقبض في صحتها (١) ، لعدم للدليل على اعتباره ، وذلك لحصول الملكية حينئذ له ، فلا تزول بالرد . ولا دليل على كون للوصية جائزة (٢) بعد تماميتها بالنسبة الى الموصى له ، كما أنها جائزة بالنسبة الى الموصي ، حيث أنه يجوز له للرجوع في وصيته ، كما سيأتي . وظاهر كلمات للعلماء (٣) حيث حكموا ببطالانها بالرد عدم صحة للقبول بعده ، لانه عندهم مبطل للايجاب للصادر من الموصي

على عدم بطلية الرد إذا كان بعد الوفاة وبعد القبول .

والمصنف (ره) زاد في الاشكال ، إذ أفتى ببطلية الرد إذا كان في حال الحياة بعد القبول ، فان ذلك لا يلتم مع مختاره من كون الوصية إيقاعاً ، فان مقتضى إطلاق النفوذ عدم الابطال به وليس هناك إجماع يقتضي الخروج عن هذا الاطلاق ، كما كان في الفرض الأول ، على ما عرفت : (١) كما هو المشهور وعن الشيخ في مبسوطه وابن سعيد في جامعه أنه شرط في تحقق الملك ، كالهبة والوقف ، لاشتراكها في العلة المقتضية ، وهو العطفية المتبرع بها مع أولوية الحكم في الوصية من حيث أن العطفية في الهبة وما في معناها منجزة ، وفي الوصية مؤخره ، والمالك في المنجز أقوى منه في المؤخر ، بقريئة نفوذ المنجز الواقع من المريض على خلاف بخلاف المؤخر . كذا في المسالك . وأشكل عليه : بانه خلاف إطلاق النفوذ من دون مخرج عنه ، والوجوه المذكورة استحسانات موهونة كما هو ظاهر .

(٢) قد عرفت ما في الجواهر من نسبة الجواز في الوصية بالنسبة إلى

الطرفين إلى ظاهر اجماعهم . لكنه ممنوع . لمخالفته لإطلاق الأدلة .

(٣) كلماتهم صريحة في ذلك ، وقد عرفت دعوى الاجماع عليه في

كما أن الأمر كذلك في سائر للعقود ، حيث أن للرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير ، وكما في إجازة الفضولي ، حيث أنها لا تصح بعد الرد . لكن لا يخلو عن اشكال اذا كان الموصي باقياً على ايجابه . بل في سائر للعقود أيضاً مشكل ، ان لم يكن اجماع (١) ، خصوصاً في الفضولي (٢) حيث أن مقتضى بعض الاخبار صحتها ولو بعد للرد . ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً اذا كان للقبول بعد للرد ، ممنوعة (٣) . ثم انهم ذكروا أنه لو كان للقبول بعد للرد للواقع حال الحياة صح . وهو ايضاً مشكل على ما ذكروه من كونه مبطلا للإيجاب ، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت إلا اذا قلنا : ان للرد وللقبول لا أثر لهما حال الحياة ، وأن محلها إنما هو بعد الموت وهو محل منع (٤) .

الجواهر وغيرها . نعم ظاهرهم أن الرد إنما يكون مبطلا للإيجاب إذا وقع في محله ، والرد في حال الحياة إنما لا يكون مبطلا للإيجاب لعدم وقوعه في محله . والتفصيل المذكور منهم غير ظاهر ، إذ كيف لا يكون الرد في حال الحياة في محله ويكون محل القبول كما عرفت ؟ وما الفارق بين حالي الحياة والمات ؟

(١) بل هو الظاهر من المرتكزات العرفية ، وظاهرهم الاجماع عليه :
(٢) قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثامنة عشرة من فصل أولياء العقد .

(٣) عرفت أن المنع المذكور خلاف المرتكزات العرفية ، وعليه إجماعهم ظاهراً .

(٤) كما تقدم في المسألة الثانية .

(مسألة ٥) : لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد ، فقبل الموصى له احدهما دون الآخر ، صح فيما قبل وبطل فيما رد (١) .

(١) كما في الشرايع والقواعد . ويظهر من جامع المقاصد والحدائق والجواهر ورسالة شيخنا الاعظم : أنه فتوى الاصحاب ، واستوضحه شيخنا الاعظم (قده) لانحلال العقد على الجملة إلى عقود متعددة ، كانهل العقد المشروط إلى ذلك ، ولذلك صح تبعض الصفقة ، كما صح العقد مع فوات وصف الصحة وغيره من الشروط في ضمن العقد . وفيه : أن ما ذكره من اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول في العقد يدل على عدم انحلال الايجاب إلى إيجابات متعددة ، وإلا لم يكن لاعتبار ذلك وجه ، فلا تصح المقايسة بين المقام ومسألة تبعض الصفقة أو خيار تخلف الشرط ، فان انحلال العقد بعد تماميته غير انحلال الايجاب نفسه .

وفي جامع المقاصد : أن الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط أجزاؤها بعضها ببعض ، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها ، وهذا بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات . وفي الجواهر : « يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة ، لتحقق اسم العقد الذي هو الايجاب وقبول ذلك بالايجاب بها » . وبشكل ما ذكرناه : بأن العقد لا يختلف مفهومه باختلاف الموارد . وفي الجواهر : « الفرق بين المقام والمعاوضات أن في المقام لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الايضاء بكل منهما من غير مدخلة لاجتماعها وانفرادهما ، بخلافه في عقد المعاوضة الظاهر بسبب الجمع بالعوض في أن القصد حصل عليهما من حيث الاجتماع وإن لم يكن ذلك على جهة الشرطية » . وبشكل : بأن المدار ليس على قصد الموجب ، بل المدار على وحدة الانشاء عرفاً وتعدده ، فمع وحدته عرفاً لا بد من مطابقة القبول للايجاب . مع إمكان منع ما ذكره على وجه الكلية كما إذا

وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً او مفروزاً ورد بعضه الآخر ، وان لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه ، بدعوى : عدم للتطابق حينئذ بين الايجاب والقبول . لان مقتضى

أوصى له بمصراعي باب ، فقبل أحدهما بعينه ، فان الوصية مختصة بحال الاجتماع قطعاً .

وعليه لا يمكن التخلص عن الاشكال إلا بما عرفت من عدم كون الوصية من العقود ، واعتبار القبول - على تقدير القول به - من قبيل اعتبار القبض في بيع الصرف والسلم ، لا أنه جزؤ من العقد ، ويكفي في القبول المعبر القبول للبعض . بل عرفت عدم اعتبار القبول ، وإنما المعبر عدم الرد ، وهو بالنسبة إلى البعض حاصل . اللهم إلا أن يشكل : بأنه لا إطلاق يشمل الوصية بالبعض ، ضرورة كون الانشاء إنما تعلق بالمجموع ، فكل جزء وإن كان موضوعاً للوصية ، لكنه في حال الاجتماع ، ولا يشمل حال الانفراد ، فلا موضوع حينئذ لدليل الصحة والنفوذ ، كي يحكم بالصحة . وفيه : أنه إن تم هذا الاشكال اقتضى البطلان في تبعض الصفقة ، وكذا إذا أوصى بما يزيد على الثلث فلم يقبل الورثة ، مع أنه لا إشكال في الصحة في المقامين ، الكاشف عن اكتفاء العرف في صدق البيع والوصية بمثل هذا القصد الضمني وإن لم يشمله قصد المنشئ .

ونظيره باب تخلف الشرط ، فان البيع إنما وقع على المشروط ، فلا يشمل ذات المشروط الخالية عن الشرط مع بناء الاصحاب على صحة العقد لبناء العرف على صدق البيع ولو ادعاء بالنسبة إلى الذات نفسها ، ولذلك تجد المشتري يعتقد جواز التصرف بالذات الخالية عن الشرط ، ولا يحتاج في تصرفه فيها إلى معاملة جديدة مع البائع ، وكذلك في باب تبعض الصفقة إذا تبين للمشتري أن بعض المبيع لغير البائع فاخذه مالكة ، يرى أن له

للقاعدة للصحة في البيع أيضاً (١) إن لم يكن اجماع . ودعوى عدم للتطابق ممنوعة . نعم لو علم من حال الموصي ارادته تمايلك المجموع من حيث المجموع (٢) لم يصح للتبعيض .

جواز التصرف في البعض الباقي ، بلا حاجة الى مراجعة البائع ، كل ذلك اكتفاء من العرف في صدق المعاملة بمجرد هذا القصد الضمني الذي لا إطلاق له يشمل حال الانفراد ، فهي أفراد ادعائية جرت عليها الأحكام العرفية وتبعتها الأحكام الشرعية ، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث الاجارة من هذا الشرح . فراجع .

ومن ذلك يظهر الحكم في الفرض الآتي . كما يظهر أيضاً أنه لا يصح الحكم بالصحة في المقام بناء على اعتبار القبول جزءاً وكأنه بناء على ذلك قوى بعض المحشين البطلان في الفرض الثاني ، وتوقف في الصحة في الفرض الأول ، لاحتمال عدم الارتباط بين الشيتين في الوصية ، بخلاف أجزاء الشيء الواحد ، فان الارتباط فيها ظاهر ، فلا يصح القبول في بعضه دون بعض ، بخلاف الشيتين غير المرتبتين ، كما أشرنا الى ذلك في مبحث الفضولي من كتاب النكاح . فراجع .

(١) هذا ممنوع ، لانه مع عدم التطابق بين الايجاب والقبول لا يصدق العقد عرفاً ، ولا البيع ، ومنع عدم التطابق غير ظاهر ، لأنه مبني على تحليل الايجاب إلى إيجابات ، وقد عرفت منعه .

(٢) المدار على الانشاء لا على ما في نفس الموصي ، فاذا لم يشترط في الانشاء شرط جاء فيه التبعض ، كما في بيع الصفقة بعينه . وبالجملة : الآثار التكليفية تتبع الترجحات النفسانية ، والآثار الوضعية تتبع الانشاء ولا ترتبط بما في النفس من الترجحات ، فاذا كانت الأغراض غير ارتباطية والانشاء واحد جاء خيار تبعض الصفقة لتخلف المقصود ، ولذا كان الانشاء متعدداً لم يكن خيار تبعض الصفقة وان كانت الاغراض ارتباطية .

(مسألة ٦) : لا يجوز للورثة للتصرف في لعين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له احد الأمرين من للقبول او للرد (١)

(١) الظاهر أنه لا ريب ولا خلاف يعتد به في عدم اعتبار اتصال قبول الوصية بالوفاة ، وبقتضيه إطلاق الأدلة الشامل لذلك قطعاً ، لندرة اتفاق حصول ذلك ، بل تعذره فيما لو كان الموصى له غائباً ، كما ذكر ذلك في الجواهر . وعليه فمقتضى أصالة عدم القبول جواز تصرف الوارث ظاهراً حتى يثبت العلم بالقبول ، بل بناء على كون القبول ناقلاً يجوز للوارث التصرف واقعاً ، لعدم حصول الوصية حال الموت المقتضي لانتقال الموصى به إلى الورثة كغيره من أموال التركة . وبالجمله بناء على اعتبار القبول في الوصية يكون الكلام في هذه المسألة نظير الكلام في مبحث الفضيولي في جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه قبل حصول الاجازة ، وفي جواز تصرف الناذر في المنذور قبل حصول المعلق عليه النذر ، فان الجميع من باب واحد .

نعم بناء على كون الرد مبطلا لها تكون الوصية تمام السبب الناقل فيملك الموصى له بالموت ، فلا يجوز للوارث التصرف فيه لكونه تصرفاً في ملك الموصى له . وحينئذ لا فرق في حرمة التصرف بين ما يوجب اتلاف العين وغيره ، حتى مثل ركوب الفرس ، لعدم الفرق في حرمة التصرف في مال الغير بين القسمين . لكن الذي يظهر من عبارة المتن أن مبنى كلامه ما هو المشهور من اعتبار القبول . وحينئذ لا يظهر وجه المنع : اللهم إلا أن يفهم من الوصية المنع من التصرف المنافي وبقاء العين بحالها إلى أن تكون لزيد ، كما قد يقال بذلك في النذر المعلق ، فاذا نذر أن يعطي فرسه لزيد إذا رزق ولدأ فكأنه نذر أن تبقى الفرس إلى أن تعطى لزيد ، فلا يجوز التصرف المنافي للبقاء ، وكذلك نقول في المقام ٥

وليس لهم إجباره على اختيار احدهما معجلاً (١) ، الا اذا كان تأخيرهما موجباً للضرر عليهم ، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (٢) .

(مسألة ٧) : اذا مات الموصى له قبل للقبول او للرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (٣) ، فله للقبول اذا لم يرجع الموصي عن وصيته ، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي أو بعد موته ، وبين علم الموصى بموته وعدمه . وقيل بالبطالان بموته قبل للقبول (٤) . وقيل بالتفصيل بين ما اذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل ، وبين غيره

لكن على هذا يختص المنع بما ينافي البقاء ، ويجوز ما لا ينافي ذلك . وهذا غير بعيد عن المتفاهم العرفي . وإن كان التحقيق ما عرفت من كون الوصية إيقاعاً ويترتب عليه المنع من جميع التصرفات ، حتى غير المنافية .

(١) كما في الجواهر ، لعلم الدليل عليه .

(٢) كما قواه في الجواهر . لا لقاعدة نفي الضرر ، لأنها نافية ، فلا تصلح للاثبات . بل لعموم حرمة الاضرار بالغير ، بل في الجواهر لو تعذر إجبار الحاكم تولاه الحاكم بنفسه ، لكنه تأمل فيه . وكأنه ليس من الحقوق التي ينوب فيها الحاكم عن الممتنع ، بل من الاحكام ، وعموم حرمة الاضرار لا يصلح لتشريع مثل هذه النيابة .

(٣) وفي رسالة شيخنا الاعظم : أنه المشهور بين القدماء والمتأخرين . انتهى . وعن كشف الرموز : أنه انعقد عليه العمل .

(٤) في الخدائق : أنه نقل عن جماعة من الأصحاب ، منهم ابن الجنيد والعلامة في المختلف :

فلورثته (١) . وللقول الأول وان كان على خلاف للقاعدة مطلقاً - بناء على اعتبار القبول في صحتها - لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له (٢) . وكون قبول للوارث بمنزلة قبواه ممنوع (٣) . كما أن دعوى انتقال حق القبول الى للوارث ايضاً محل منس (٤) صغرى وكبرى ، لمنس كونه حقاً (٥) ،

(١) حكاة في الجواهر ، ثم قال : « بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأول من الخلاف » ، وفي الدروس : أن التفصيل المذكور حق ، وبه يجمع بين النصوص . وقيل بالتفصيل بين موته في حياة الموصي فتبطل ، وموته بعد حياته فتصح . حكاة في المسالك عن بعض الاصحاب وفي الدروس عن المحقق .

(٢) يعني : مضمون الإيجاب تملك الموصى له لا تملك وارثه ، فالقبول يجب أن يكون من الموصى له ، لأنه الذي يتعلق به الإيجاب .
(٣) لأنه ليس ولياً عليه ، ولا وكيلاً عنه ، فقيامه مقامه في القبول خلاف القاعدة : وهذا هو العمدة في إشكال القول بالصحة بالنظر إلى القواعد . وأما إشكاله بملاحظة عدم مطابقة القبول للإيجاب ، باعتبار أن الإيجاب يتضمن تملك الموصى له ، والقبول يتضمن تملك الوارث . ففيه : أنه مبني على كون الوارث يتلقى الملك من الموصي أما إذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضاً يتضمن تملك الموصى له ، فهو قبول لنفس ذلك الإيجاب . وكان الأولى للمصنف أن يقول : وقبول الوارث إن كان لنفسه فهو مخالف للإيجاب ، وإن كان للموصى له فهو لا وكيل عنه ولا ولي عليه .

(٤) هذا أحد الأدلة التي استدلت بها على القول المشهور ، ذكره جماعة .

(٥) الفرق بين الحق والحكم مفهوماً واضح ، فإن الحق نوع من الملك

يختص بهذا الاسم بحسب الاصطلاح ، والحكم لا يكون ملكاً . وكذلك الفرق بينهما أثراً ، فان الحق يسقط بالاسقاط ، للقاعدة المقررة بين العقلاء من أن لكل ذي حق إسقاط حقه . كما ادعاها شيخنا الأعظم في مبحث خيار المجلس من مكاسبه . والحكم ليس كذلك ، فانه تابع لرأي الحاكم ، فان شاء أبقاه ، وإن شاء أسقطه وأفاه ، وليس أمره راجعاً إلى المحكوم له ضرورة .

والفرق بينهما في مقام الاثبات هو أنك تقول : زيد له أكل لحم الضأن وليس له أكل لحم الميتة ، وتقول : المغبون له الخيار في الفسخ ، وليس للغابن الخيار في الفسخ ، فاللام في الأول لام الصلة والتعدية ، متعلقة بمحذوف ، يعني : زيد يجوز له أكل لحم الضان فالظرف لغو بحسب اصطلاحهم ، واللام في الثاني لام الملك ، يعني المغبون يملك الخيار فهي متعلقة بمحذوف عام ، فالظرف مستقر ، يعني المغبون كائن له الخيار كما تقول لزيد مال . هذا هو وجه الفرق بين الحق والحكم .

وأما الفرق بين الحق والملك فهو أن الحق نوع من الملك يختص باصطلاح العرف بالعين القائمة بغيره ، أو بالمعنى القائم بغيره ، على نحو لا يصح اعتباره إلا في ظرف إضافته إلى المالك ، بحيث لولا إضافته إلى المالك لم يصح اعتباره . ويختص الملك عرفاً بما عداه . وتوضيح ذلك : أن ما يكون مضافاً إلى المالك إما أن يكون عيناً أو معنى ، والعين إما أن تكون في الخارج - كالفرس الخارجي - أو في اللمة - كالبيع في السلف كما إذا باعه تماًراً أو حنطة إلى أجل ، فان المبيع عين ذميمة لا خارجية - أولاً يكون في الخارج ولا في اللمة ، ولكنه قائم في عين أخرى - كحق الجنابة القائم في عين الجاني ، وكحق الزكاة القائم بالعين الزكوية على

بعض الأقوال ، فان الشاة الزكاة قائمة في الاربعين شاة ، وليست جزءاً منها لتكون خارجية ، ولا في ذمة المالك إجماعاً منا لتكون ذمية ، بل هي قائمة في الاربعين شاة - أو قائم في معنى مثله ، كما إذا كان المدين يملك منافع أعيان فاشتراط عليه الدائن في عقد بينها أن ينتقل دينه الى المنافع المملوكة . فان الدائن يكون له حق استيفاء الدين من المنافع وهو قائم بها . هذه أقسام العين التي تكون ظرفاً لاضافة الملكية ، وهي أربعة .

ومثلها أقسام المعنى الذي يكون ظرفاً لاضافة الملكية ، فانها أيضاً أربعة (الأول) : المعنى القائم بالعين الخارجية مع كون اعتباره من لوازم وجود العين مثل منافع المملوكات الخارجية ، مثل الدار والفرس (والثاني) المعنى القائم بالذمة ، مثل ما لو استأجره على خياطة ثوب ، فان الخياطة معنى مملوك للمستأجر ، وهو في ذمة الأجير (والثالث) : المعنى القائم بالعين الخارجية ولا يكون اعتباره من لوازم وجودها مثل استيفاء الدين من العين المرهونة - المعبر عنه بحق الرهانة - ومنافع الأجير الخاص الحر ، فانها متعلقة بعينه لا بذمته (والرابع) : المعنى القائم بالمعنى ، مثل استيفاء الدين من منافع المديون إذا شرط الدائن على المديون ذلك في عقد ، فان الدائن يملك الدين في الذمة ويملك استيفاءه من المنافع .

فهذه أنواع المملوكات من العين والمعنى تختلف في كونها حقاً أو ملكاً باختلاف الموارد ، فالقسمان الأولان من أقسام العين من الاملاك ، وليسا من الحقوق ، والقسمان الآخران من الحقوق ، وكذلك القسمان الأولان من المعنى أيضاً من الاملاك وليسا من الحقوق ، والقسمان الآخران من الحقوق . كل ذلك بحسب اصطلاح الفقهاء . لا لاختلاف مراتب الملكية ، بأن تكون الحقوق مرتبة من الملكية ضعيفة ، والمالك مرتبة من الملكية قوية - كما ادعاه بعض الأعاضم - فانه غير ظاهر ، كيف والمالك في الجميع

على نحو واحد. ولا للاختلاف في السقوط بالاسقاط وعدمه ، فيكون الحق ما يسقط بالاسقاط ، والمالك ما لا يكون كذلك - كما قد يتوهم - فان المملوكات في الذمم كلها تسقط بالاسقاط ، سواء كانت أعياناً - كالديون المعينة - أم معاني - كعمل الأجير - مع أنها أملاك قطعاً . بل الفرق ما عرفت من الاختلاف في الموارد لمجرد الاصطلاح .

فاذاً يصح تعريف الحق بأنه عين أو معنى قائم في غيره من عين أو معنى ، على نحو لا يصح اعتباره إلا في ظرف إضافته إلى مالك . والوجه في اعتبار القيد الأول إخراج الاعيان الخارجية والذميات ، أعياناً كانت أو معاني ، لانها جميعاً ليست قائمة في غيرها . والوجه في اعتبار القيد الثاني إخراج منافع الأعيان الخارجية ، فان اعتبارها تابع لقابلية العين لها فالدار تعتبر منافعها وإن لم تكن مملوكة للمالك ، ولأجل ذلك لا تكون من الحقوق ولذا لا تسقط بالاسقاط ، فلو قال المستأجر : اسقطت حقي ، لم تخرج المنافع عن ملكه . والسر في ذلك أن السقوط بالاسقاط من لوازم كون الشيء لا يصح اعتباره إلا باضافته إلى المالك ، ومنافع الاعيان لا يكون المصحح لاعتبارها إضافتها إلى المالك ، بل المصحح لاعتبارها قابلية العين للانتفاع بها . كما عرفت .

والمتحصل من جميع ما ذكرنا أمور (الأول) : أن الاختلاف بين الملك والحق ليس لاختلافها في مراتب الملكية ، ولا لاختلافها في السقوط بالاسقاط وعدمه ، بل للاختلاف في المورد لمجرد الاصطلاح (الثاني) : أن الحق قد يكون عيناً ، مثل حق الجنابة الخطائية المتعلق بالعبد ، وحق الزكاة المتعلق بالنصاب على بعض الأقوال ، وقد يكون معنى ، وهو الأكثر كحق الخيار ، وحق الأخذ بالشفعة ، وحق القصاص ، وحق القسم للزوجة وحق الرهانة ، وحق الحضانة ، وحق الرضاعة . . . إلى غير ذلك .

ومنع كون كل حق منتقلاً الى اللوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به ، للذي لا يصدق كونه من تركته (١) . وعلى ما قويننا من عدم اعتبار للقبول فيها بل كون للرد مانعاً ايضاً يكون الحكم على خلاف للقاعدة في خصوص صيرة موته

(الثالث) : أن الحق لا يكون قائماً بنفسه ، بل قائماً بغيره من عين أو معنى . (الرابع) : أن الحق لا يصح اعتباره إلا في حال إضافته إلى المالك ، وكذلك الملك في الذمة من أعيان ومعان ، فانها لا يصح اعتبارها إلا في حال إضافتها إلى المالك . (الخامس) : أن الولاية ليست من الحقوق لانها لا تسقط بالاسقاط ، فتكون من الاحكام . (السادس) : أن حق القسم للزوجة وحق الانفراق عليها ليسا من الحقوق ، بل من الاملاك ، لأنها في الذمة ، وجميع المملوكات في الذمة أملاك لا حقوق . (السابع) : أن السقوط بالاسقاط من أحكام المملوكات التي لا يصح اعتبارها إلا في حال إضافتها إلى المالك ، ومنها الذميات من أعيان ومعان ومنافع الحر إذا كان أجيراً خاصاً ، فانها لا تعتبر إلا في حال الاجارة ، ومع عدمها لا تعتبر ولا تكون مملوكة للمالك . ومن ذلك تعرف الفرق بين منافع العبد إذا كان أجيراً خاصاً وبين منافع الحر إذا كان كذلك ، فان منافع الأول تسقط باسقاط المستأجر ، ومنافع الثاني لا تسقط ، وكذلك منافع الدار المستأجرة . فتأمل .

ومما ذكرنا تعرف الوجه في منع كون القبول حقاً للموصى له ، فانه لا يقبل الاسقاط ، فيمتنع أن يكون من الحقوق ، ويتعين أن يكون من الاحكام . (١) تبع في هذا ما في المسالك قال (ره) فيها : « مع أنا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً ، وإنما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته . ويرشد اليه أن الأغراض في الوصية تختلف باختلاف الاشخاص ،

قبل موت الموصى له ، لعدم ملكيته في حياة الموصي (١) .
لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق للصحة ، كما هو المشهور .
وذلك لصحيفة محمد بن قيس (٢) للصريحة في ذلك ، حتى في

فقد يكون للموصي غرض في تخصيص الميث دون وارثه . وهذا بخلاف
حق الخيار والشفعة ونحوهما ، فإن ذلك من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث
شراً ، بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على إسقاطه بنفسه . . . : أقول :
قد عرفت أن قبول الوارث إذا كان للمورث فكونه من الحقوق غير القابلة
لانتقال غير ظاهر ، إذ لا تخلف لغرض الموصي بوجه .

(١) يعني : فلا وجه لانتقال الموصى به إلى ورثته . وانتقال الموصى
به إلى الموصى له بعد وفاة الموصي وإن كان ممكناً كانتقال الدية ، إلا أن
الأدلة العامة لا تنفي بذلك ، وتقتصر عن إثباته .

(٢) رواها في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران
عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : قال : قضى
أمير المؤمنين (ع) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب ، فتوفي الموصى
له الذي أوصى له قبل الموصي . قال (ع) : الوصية لو ارث الذي أوصى
له ، قال : ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل
الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له ، إلا أن يرجع في وصيته قبل
موته (١٠) . ورواه الصدوق بإسناده عن عاصم بن حميد ، وفي طريقه
إبراهيم بن هاشم . ورواه الشيخ بإسناده عن علي بن إبراهيم عن أبيه كما
في سند الكافي ، فيكون علي بن إبراهيم واقعاً في جميع الأسانيد وحينئذ
فتصحیح الحديث مبني على حجية حديث إبراهيم بن هاشم ، كما هو الظاهر ،
لأنه من الحسن ، كما هو ظاهر المشهور .

صورة موته في حياة الموصي ، المؤيدة بخبر للساباطي (١) ،

ثم إنه في المسالك أشكل على الاستدلال بالصحيحة المذكورة : بأن محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر (ع) مشترك بين الثقة والضعيف وغيرهما فكيف تجعل روايته مستند الحكم ؟ إلا أن يدعوا جبرها بالشهرة ، على ما هو المشهور بينهم في ذلك ، وفيه ما فيه . انتهى : وسبقه إلى ذلك في المختلف ، قال فيه : « فان محمد بن قيس مقول على جماعة أحدهم ضعيف ولعله الراوي » . لكن الذي حققه جماعة ممن تأخر أن محمد بن قيس الذي يروي عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة ، كما عن الشيخ في الفهرست وهو الذي يروي كتاب قضايا أمير المؤمنين (ع) كما عن النجاشي ، فالرواية صحيحة كما في المتن . كما أنها صريحة في الموت في حياة الموصي ، وبقرينة ذكر الغيبة تكون كالصريحة في كون الموت قبل القبول .

(١) رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن عمران بن موسى عن موسى ابن جعفر عن عمر بن سعيد المدائني عن محمد بن عمر الساباطي - كما في بعض نسخ الوسائل المذكورة في الهامش ، وفي المتن : « الباهلي » وكذا نسخة الكافي التي تحضرنى - قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل أوصى لي وأمرني أن أعطي عمأ له في كل سنة شيئاً فمات العم : فكتب : اعط ورثته » (١٥) ورواه في الفقيه باسناده عن عمر بن سعيد عن محمد بن عمر الساباطي ، كما في نسخة الفقيه التي تحضرنى . لكن الخبر غير ظاهر في الوصية التمليلية ، بل ظاهر في الوصية بالتمليك في كل سنة وهو غير ما نحن فيه ، لان ايجاب التمليك يكون من الوصي ، لا من الموصي ، ومقتضى القاعدة البطلان بالموت ، لانقضاء الموضوع ، وعموم كلامهم للمقام غير ظاهر . ولأجل ذلك يشكل العمل بالخبر في مورده ، لضعفه بمحمد

وصحيح المثني (١) . ولا يعارضها صحيحنا محمد بن مسلم
ومنصور بن حازم (٢) ،

ابن عمر الجهول ، وعدم الجابر .

(١) رواه العياشي في تفسيره عن المثني بن عبد السلام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأته عن رجل أوصى له بوصية فأت قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً . قال (ع) : أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه . قلت : فان لم أعلم له ولياً قال (ع) : لا جهد أن تقدر له علي ولي فان لم تجد وعلم الله تعالى منك الجدة فتصدق بها » (١٥) ورواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن أيوب بن نوح عن العباس بن عامر قال : سأته . . . ورواه الصدوق بإسناده عن العباس بن عامر عن المثني مثله والمثني غير صحيح حتى لو كان ابن عبد السلام ، كما هو الظاهر بقريته رواية العباس بن عامر عنه . وعلى هذا فاللازم على المصنف أن يقول : والصحيح عن المثني ، كما عبر في الجواهر اعتماداً على رواية الصدوق أو صحيح العباس بن عامر اعتماداً على رواية الكافي . وكيف كان فالإقتصار في الخبر على ذكر علم القبض يدل على وقوع القبول ، فلا يكون مما نحن فيه . لا أقل من عدم ظهوره في عدم القبول .

(٢) أما الأولى فرواها الشيخ (قده) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى عن شعيب عن أبي بصير ، وعن فضالة عن العلاء عن محمد بن مسلم جميعاً عن أبي عبد الله (ع) قال : « سئل عن رجل أوصى لرجل فأت الموصى له قبل الموصي . قال : ليس بشيء » (٢٥) . ومقتضى ذلك أن تكون الرواية المذكورة قد رواها أبو بصير ومحمد بن مسلم ،

(١٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ٢ .

(٢٥) الوسائل باب : ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ٤ .

بعد اعراض المشهور عنهما (١) وامكان حملها على محامل ،
منها للتقية ، لان المعروف بينهم عدم للصحة . نعم يمكن
دعوى انصراف للصحيحة عما اذا علم كون غرض الموصي
خصوص شخص الموصى له على وجه للتقييد (٢)

واللازم عدما صحيحتين لأبي بصير ومحمد بن مسلم ، لا صحيحة واحدة .
وأما الثانية فرواها أيضاً الشيخ باسناده عن علي بن الحسن بن فضال
عن العباس بن عامر عن أبان بن عثمان عن منصور بن حازم عن أبي
عبد الله (ع) قال : « سألته عن رجل أوصى لرجل بوضيته إن حدث
به حدثاً ، فمات الموصى له قبل الموصي : قال : ليس بشيء » (١٥) :
ولا يخفى أن اللازم عد الرواية الثانية من الموثق ، لوجود علي بن فضال
في سندها .

(١) قد سبق أن الشهرة العظيمة على خلافها . نعم يحتمل أن يكون
الوجه في تقديم صحيحة محمد بن قيس كونها أوضح دلالة عندهم ، فلا
يكون الاعراض عن غيرها قدحاً منهم فيه . وهذا هو الاظهر ، فان
قوله (ع) : « ليس بشيء » ممكن حمله جمعاً على أن الموت ليس بشيء
قادح في الوصية ، لا أن الايضاء ليس بشيء . وبالجمل : التعارض في
المقام من قبيل التعارض بين الظاهر والأظهر ، أو بين النص والظاهر ،
فيتعين التصرف في الظاهر ، لا رفع اليد عن الأظهر . نعم لو فرض تساوي
الدلالة فالترجيح مع الأخيرة ، لأنها أصح سنداً وأكثر عدداً ، والترجيح
بذلك مقدم على الترجيح بمخالفة العامة .

(٢) في الرياض ادعى أن القدر المتيقن من النصوص غير هذه الصورة ،
فيرجع فيها إلى القواعد المقتضية للبطلان . وقد تقدم عن الدروس أن الحق

بل ربما يقال : إن محل الخلاف غير هذه للصورة (١). لكن الانصراف ممنوع (٢). وعلى فرضه يختص الاشكال بما اذا كان موته قبل موت الموصي ، والا فبناء (٣) على عدم اعتبار للقبول بموت الموصي صار مالكاً (٤) ، بعد فرض عدم رده فينتقل الى ورثته . بقي هنا أمور :

أحدها : هل الحكم يشمل ورثة للوارث ؟ كما اذا مات الموصى له قبل للقبول ومات وارثه أيضاً قبل للقبول ، فهل

التفصيل بين ما إذا علم تعلق غرضه بالمورث لا غير فالبطان ، وغيره فالصحة ، وأنه به يجمع بين النصوص . أقول : لا ريب في أن محل الكلام صورة ما إذا أوصى إلى شخص بعينه فمات ، فالشخص الخاص لا يقبل الاطلاق والتقييد ، لتباين الاشخاص . نعم يقبل التحليل الارتباطي واللاارتباطي فان الشخص الموصى له شخص وخصوصية ، فقد يكون غرض الموصي الشخص والخصوصية على نحو التقييد والارتباط ، وربما لا يكون كذلك . لكن لإخراج الصورة الأولى عن نصوص المشهور وتخصيصها بالصورة الثانية بعيد بل متعذر لندرة ذلك جداً .

هنا إذا كان قبول الوارث لنفسه ، أما إذا كان للميت فيمكن فرض الاطلاق والتقييد ، بأن يكون غرض الموصي تملك الشخص المذكور لا بشرط الحياة تارة ، وبشرط الحياة أخرى ، وحينئذ يمكن الجمع بين النصوص بحمل النصوص الأولى على الأول ، والثانية على الثاني . لكنه جمع بلا شاهد .

- (١) تقدم مثل ذلك في كلام الجواهر .
- (٢) قد عرفت أن الاخذ به لو فرض متعذر .
- (٣) يعني : اذا كان موته بعد موت الموصي .
- (٤) وحينئذ يحصل غرض الموصي .

للوصية لو ارث اللوارث أولاً؟ وجوه: للشمول (١)، وعدمه - لكون الحكم على خلاف للقاعدة - والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق للقبول فتشمل. وكونه الأخبار فلا.

للثاني: إذا قبل بعض للورثة ورد بعضهم فهل تبطل (٢) أو تصح ويرث للراد أيضاً مقدار حصته (٣) أو تصح بمقدار حصة القابل فقط (٤)، أو تصح وتماه للقابل (٥) أو للتفصيل (٦) بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل (٧) أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصة القابل (٨)؟ وجوه (٩).

(١) هو الذي يقتضيه ظاهر النصوص، بناء على أنها دالة على أنها مورثة للوارث، لأن التفكيك بين لارث وارث الموصي له ولارث وارثه بعيد عن فهم العرف. نعم لو كان مفاد النصوص لزوم الاعطاء للوارث تبعاً، لا من باب الارث، فالتعدي إلى وارث الوارث لا قرينة عليه. وعلى هذا فهذه الوجوه مبنية على الوجهين الآتين في الأمر الثالث.

(٢) لعدم حصول القبول المطابق للإيجاب.

(٣) للأجزاء في الصحة بمجرد القبول في الجملة.

(٤) أخذاً بمقتضى كل من القبول والرد.

(٥) للأجزاء بالصحة بمجرد القبول وكون الارث تابعا له، فلا

يرث إلا القابل.

(٦) عملاً بالقواعد:

(٧) لأن الموت مانع من ملكيته بعد وفاة الموصي.

(٨) وتبطل بالنسبة إلى غير القابل، لعدم القبول.

(٩) أقربها البطلان، بناء على اعتبار القبول جزءاً، لعدم حصول

لثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول للوارث إلى الميت ثم إليه ، أو إليه ابتداء من الموصي ؟ وجهان ، أوجهها الثاني (١)

القبول المطابق للإيجاب . أما بناء على كونه شرطاً فالأقرب الصحة على النحو الثاني من وجوهها : لا الأول منها ، لظهور كون الرد مانعاً من إرث الموصى به : ولا الثالث ، لعدم استحقاق القابل أكثر من حصته . وأما التفصيل فقد عرفت أنه مبني على إهمال النصوص في المقام ، لعدم شمولها له والرجوع إلى القواعد المقتضية للبطلان في صورة موت الموصي له قبل الموصي - كما عرفت - وللصحة إذا مات بعد موت الموصي لانتقال المال إلى الورثة بلا حاجة إلى القبول . نعم الرد مانع عن إرث الراد إجماعاً ظاهراً . لكن إهمال النصوص بدعوى عدم شمولها للمقام غير ظاهر . فالأقوى إذاً هو الصحة على الوجه الثاني من وجوهها ، لما عرفت من عدم الدليل على اعتبار القبول ، والرد وإن كان مانعاً إجماعاً ، لكنه يختص بحصة الراد فقط . ويظهر من القواعد وجامع المقاصد : المفروغية عن الصحة على النحو المذكور ..

(١) على ما جزم في الشرايع وغيرها ، ويظهر من العلامة في صدر كلامه ، قال : « ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية ، ولا يدخل في ملك الميت » .

لعدم قبول الميت للملك ، لأنه بمنزلة المعدوم ، والملكية تستدعي نحواً خاصاً من التابعة والمتبوعية ، والمعدوم لا يقبل المتبوعية الخاصة ، بل هو أولى من الجهاد والحيوان في عدم قبول المالكية والمتبوعية ، فاذا قلنا : بأن ملك الجهات ليس على الحقيقة ، فالوقف على المساجد أو الثغور أو المصالح الأخرى لا يستدعي ملك النماء للمسجد أو الثغر أو نحوهما من المصالح ، وإنما يقتضي اختصاص النماء بها ، لأن المتبوعية الناشئة عن نحو من الاستيلاء

والجدة التي تصحح اعتبار المالكية لا تكون للمساجد ولا للثغور ، وكذلك الحيوان لا يقبل مثل هذه المتبوعية ، فاللام في قولنا : السرج للدابة ليست للملك مهما أراد مالكها ذلك ، لعدم أهلية الدابة لذلك ، فالميت أولى من الحيوان والجماد في ذلك ، لانه معدم لا يقوى على هذه المالكية ، بل هو بعيد عنها جداً .

ولا بد حينئذ من البناء في المقام على انتقال المال من الموصى الى ورثة الموصى له . ومجرد كون الميت ينتفع بالمال - كما ثبت ذلك في الشرع المقدس - لا يقتضي أنه له قابلية المالكية لأنه أعم ، فان الحيوان ينتفع بالعلف ولا يقوى على المالكية . وبالجمل : المالكية إضافة خاصة لا تقوم الا بحياة خاصة ، فالميت مهما كان له من أهلية التمتع والانتفاع وخلافها لا يقوى على المالكية . ولعل النفوس المحردة - مثل الجن والملك - كذلك مهما كان لها من أعمال جبارة عن شعور خاص ، فان العرف لا يستطيع الحكم عليها بالمالكية .

فان قلت : إذا لم تدخل الوصية في ملك الموصى له ، وكان الانتقال من الموصى الى الورثة بلا واسطة الموصى له تعين أن تكون القسمة بين الورثة بالسوية لا قسمة الميراث ، وهو خلاف ظاهر النص والفتوى : قلت : إن تم ما ذكره المشهور من انتقال حق القبول الى الورثة في المقام كان انقسام الحق انقسام ميراث ، ويكون يتبع موضوع الحق ، لان الحق لا يقبل الانقسام الا بلحاظ موضوعه ، كما في ساير موارد لإرث الحق ، مثل حق الشفعة ، وحق الخيار ، وحق الرهانة ، وغيرها ، فان انقسام الحق فيها إنما يكون بلحاظ انقسام موضوعه . وان لم يتم ما ذكر المشهور تعين أن يكون ملك الورثة في المقام بحكم الميراث من هذه الجهة ، لا أنه ميراث حقيقي . وكذلك الحكم في دية المقتول ، فانها بحكم الملك للميت توفى منها ديونه وتخرج منها وصاياه ، كما في النص ، لا أنها ملك له حقيقة ، كيف والدية عوض الحياة ،

وربما يبني على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً (١) فعلى للثاني :
للثاني ، وعلى الأول : الأول . وفيه : أنه على للثاني أيضاً يمكن أن
يقال بانتقاله إلى الميت آنأما (٢) ثم إلى وارثه . بل على الأول

والحياة ليست مملوكة للحمي ، فكيف يملك عوضها ؟ وكذلك ثلث الميت
إذا كان قد أوصى بصرفه على جهات مخصوصة ، فانه باق على حكم ماله ،
لا أنه ماله بعد وفاته :

نعم يبقى الاشكال فيما لو رمى صيداً فهات قبل الاصابة ، فان الصيد
إذا لم يملكه الميت لم ينتقل إلى ورثته ، وحينئذ يبقى على إباحته الأصلية .
وفيه : أنه يملكه الوارث لا الميت ، لان الصيد من آثار الرمي ، والرمي
كان للميت ، فيرثه وارثه ، فالارث يكون للسبب ، لا للمسبب . وكذا
الحكم إذا نصب شبكة فهات ، فدخل فيها الصيد ، فان النصب موروث
لوارث فيملك ما هو من آثاره ، وهو الصيد :

والمتحصل مما ذكرنا : أن الميت لما امتنع أن يكون مالكا على الحقيقة
تعين أن يكون المراد من النص في المقام المتضمن لزوم الاعطاء إلى الورثة
الظاهر في كونه على نحو الميراث أنه على نحو الميراث الحكمي من حيث
القسمة ، لا الميراث الحقيقي .

(١) يظهر ذلك البناء من جامع المقاصد ، فانه ذكر أن إطلاق مصنفه
عدم دخولها في ملك الميت (يعنى : في عبارته السابقة) لو قبل الوارث
لا يستقيم ، لانه إن قبل بعد الموت وقلنا ان القبول كاشف - كما سيأتي
اختياره في كلام المصنف - دخلت في ملك الميت ، وما ذكره منسوب إلى
الشيخ والعلامة والشهيدين ، ونسب أيضاً إلى الاكثر .

(٢) قد عرفت أن بناء الجماعة على عدم قابلية الميت للملكية ، فكيف
ينتقل إليه الملك آنأما ، فان الآن الواحد كالانات المتعددة .

يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى ، لأنه كأنه هو للقابل (١) ، فيكون منتقلاً إليه من الأول .
لرابع : هل المدار على للوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى ، أو للوارث حين موت الموصى ، أو للبناء على كون للقبول من للوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه ، أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصى ،

(١) المناسب أن يقول : لأنه هو القابل ، إذ المفروض أن القبول صدر من الوارث ، فهو قابل حقيقة ، لا أنه مثل القابل . وهذا الاحتمال حكي عن السيد في المناهل : الجزم به . لكن استشكل فيه في الجواهر : بأنه كيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمالك حين موت الموصى والموصى له موجود ؟ ! فلا بد من البناء على النقل . ويندفع : بأنه لا مانع من انتقال الموصى به إلى وارثه وهو موجود ، لعدم الأثر لمثل هذا الوجود بعد أن لم يكن منه قبول .

اللهم إلا أن يقال : الوارث وإن كان هو القابل لكن قبوله بعد أن كان مطابقاً لايجاب الموصى تعين أن يكون أثره ملك الموصى له ، لا ملك وارثه فإذا بني على تمامية دليل الكشف ، تعين أن يكون المنكشف ملك المورث ، لانه مفاد إيجاب الوصية ، لا ملك الوارث . وبالجملة : إذا دل الدليل على اعتبار القبول من الوارث ، فالمراد من القبول إذا كان قبول الإيجاب تعين البناء على ملك المورث ، لأنه مفاد الإيجاب لا ملك الوارث ، وإذا كان قبول الملك لنفسه وإن كان مخالفاً للإيجاب تعين البناء على ملك الوارث . لكن التحقيق بناء على اعتبار القبول هو الأول .
ثم إن هذا الكلام مبني على اعتبار القبول من الوارث ، أما إذا كان المعبر عدم الرد تعين التفصيل بين موت الموصى له في حياة الموصى

فعل الأول : الأول ، وعلى الثاني : الثاني ؟ وجوه (١) .

الخامس : إذا أوصى له بارض فمات قبل للقبول فهل ترث زوجته منها أو لا ؟ وجهان مبنيان على للوجهين في المسألة المتقدمة ، فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى اللوارث لا ترث وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها ، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج بل وصية من الموصي (٢) . كما أنه يبني على للوجهين إخراج للديون وللوصايا من الموصي به بعد قبول اللوارث وعدمه (٣) . أما إذا كانت بما يكون

وبين موته بعد وفاته ، فعلى الأول ينتقل المال إلى الوارث بلا واسطته بناء على ما عرفت من امتناع تملك الميت ، وعلى الثاني ينتقل المال إلى الموصي له ثم إلى وارثه .

(١) أقربها الأول ، فانه الظاهر من النصوص ، والحمل على الوارث حين موت الموصي تقييد يحتاج إلى قرينة ، حتى إن قلنا بأن المال ينتقل من الموصي إلى الوارث بلا واسطة المورث . وربما احتمل بعضهم ذلك بناء على صحة القبول منهم في حياة الموصي ، وإلا فالمراد الورثة حال موت الموصي ، لأن عدم صحة القبول تمنع من التأهل للقبول ، فلا يستحق ؛ وفيه : أن الاطلاق مانع من الاخذ بالتعليل المذكور .

(٢) لكن الدليل دل على كونها على نحو الارث ، ولذا يجب أن تقسم على نحو قسمة الميراث ، فاذا انحصر الوارث في زوجته وبنته كان للزوجة الثمن والباقي للبنات ، ولا يقسم بالسوية ، فتحرم الزوجة مما زاد على النصف ، كذلك تحرم من الاصل في الفرض .

(٣) ذكر ذلك في القواعد وغيرها . ويشكل أيضاً لما عرفت من أنه

من الحبوة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال الى الميت أولاً فمشكل ، لانصراف الأدلة عن مثل هذا (١).
 للسادس : إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له (٢) ، فان قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول للوارث ، فان

على الوجه الثاني يكون التملك على نحو التملك في الميراث ، فكما تقدم الديون والوصايا في الميراث تقدم في المقام أيضاً . اللهم إلا أن يقال : إن ذلك خلاف صريح النص : إنها لورثة الموصى له . وبذلك يفترق المقام عما قبله ، بأن ما قبله من قبيل تقييد إطلاق النص بالانصراف ، وهنا من قبيل رفع اليد عن الظاهر ، لأنه قد يؤدي إلى حرمان جميع الورثة من ذلك فلا يجوز ارتكابه . اللهم إلا أن يقال : إن الحرمان على تقديره يكون في بعض الفروض فلا يخرج عن كونه مخالفاً ، لإطلاق الدليل . ومن هنا يتعين عدم الفرق بين هذه المسألة وما سبق . فاذا الأقوى أنه لا فرق بين الوجهين في لزوم البناء على التسليم في الميراث ، وعلى حرمان الزوجة من الارض ، وعلى تقديم الدين والوصية .

(١) لا يظهر الفرق بين المقام وما سبق ، وقد عرفت ما هو الأظهر : نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار أن الوصية بما يكون من الحبوة لا توجب صدق الحبوة ، لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الاعداد له ، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال ، فضلاً عن غير المملوك .

(٢) قال في الشرايع : « فرع : لو أوصى بجارية وحملها لزوجها وهي حامل منه ، فمات قبل القبول . كان القبول للوارث ، فاذا قبل ملك الوارث الولد إن كان ممن يصح له تملكه . ولا ينعق على الموصى له لأنه لا يملك بعد الوفاة . ولا يرث أباه ، لأنه رق . إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث ويكونوا جماعة ، فيشاركهم ، ويرث بعقده قبل القسمة ،

قلنا به كشفا وكان موته بعد موت الموصي انعتق عليه (١) ،
 وشارك للوارث ممن في طبقته ، ويقدم عليهم مع تقدم طبقته
 فالوارث يقوم مقامه في القبول (٢) ، ثم يسقط عن اللوارثية ،
 لوجود من هو مقدم عليه . وإن كان موته قبل موت الموصي
 أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول للوارث ينتقل إليه آناما ،

وفي القواعد : « ولو أوصى له بأبيه فمات قبل ابنه فعلى الاول (يعني
 القول بأن القبول كاشف) تثبت حرите من حين الموت ، فيرث السدس » .
 والمصنف (ره) حرر المسألة بصورة عامة وهي الايصاء بمن ينعتق على
 الموصى له فمات قبل القبول .

(١) لأنه لا يملكه في حياته ، فينعتق عليه ، فاذا مات مات عن
 وارث حر - أبا أو ولداً أو غيرها - كما مات عن غيره من الورثة ، فان
 كان في طبقتهم شاركهم ، وإن كان مقدما عليهم - كما إذا كان الموصى
 به أباً أو ولداً للموصى له وكان غيره أخاً له - اختص هو بالميراث دونهم ،
 (٢) لاختصاص الوارث به قبل القبول ، كما أنه بعد القبول ينحصر
 الوارث بغيره ، لأنه مقدم عليه في الطبقة .

لكن ذكر الشيخ في المبسوط : أنه ينعتق لكن لا يرث شيئاً من مال
 الموصى له ، لأن صحة الوصية تتوقف على قبول جميع الورثة ، إذ لو
 أراد بعض الورثة أن يقبل جميع ما أوصى به لمورثه لم يكن له ذلك ، فاذا
 جعلنا هذا الولد وارثاً لم تصح الوصية إلا بقبوله ، والقبول منه لا يصح
 قبل حرته ، فكان ذلك يؤدي إلى إبطال حرته وإبطال الوصية ، فإبطلنا
 الارث حتى تصح الحرية . انتهى .

وقد أشار العلامة في القواعد إلى الاشكال المذكور ، والجواب عنه
 بقوله : « ولا دور باعتبار أن تورثه يمنع كون القابل وارثاً ، فيبطل

قبوله ، فيؤدي توريثه إلى عدمه . لأننا نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه . وحاصله : أن المعتبر من القبول القبول الصادر ممن هو وارث لولا القبول ، أما من هو وارث بالقبول فلا يعتبر قبوله ، إما لأن المستفاد من الأدلة اعتبار قبول من كان وارثاً حال القبول .

وفيه : أنه غير ظاهر ، فإنه لو فرض تجدد وجود وارث بعد القبول كان المعتبر قبوله كغيره . وإما لأنه لو اعتبر قبوله كان قبوله موجباً لبطان قبول غيره ، وإذا بطل قبول غيره بطل إرثه ، وإذا بطل إرثه بطل قبوله . لأن القبول إنما يصح من الوارث ، فلا بد أن يكون القابل وارثاً لولا القبول ، ولا يجوز أن يكون وارثاً بالقبول . وكان مرجع الجواب إلى المانع العقلي ، وهو أنه يلزم من صحة قبوله عدمه فيمتنع .

ويمكن تقرير ذلك بالنسبة إلى قبول غيره من الورثة فإنه إذا صح منه القبول تحرر الموصى به ، وإذا تحرر كان وارثاً ، وإذا كان وارثاً كان مستحقاً للقبول ويبطل قبول غيره . ويمكن تقريره بالنسبة إلى الحرية أيضاً ، فإنه إذا صار حراً صار وارثاً ، وإذا صار وارثاً صار مستحقاً للقبول ، وإذا استحق القبول بطل قبول غيره ، وإذا بطل قبول غيره بطلت حرته .

وبالجملة : توجد سلسلة أمور مترتبة وهي : قبول الوارث ، وانتقال الموصى به إلى الموصى له ، وحرية الموصى به ، وإرثه ، واستحقاقه للقبول وكل واحد منها يلزم من وجوده عدمه : فالشيخ (ره) قرره في الارث وحكم بامتناعه ، والعلامة (ره) أجابه بتقريره في استحقاق الموصى به للقبول وحكم بامتناعه ، وقد ذكرنا أنه يمكن تقريره في صحة قبول الورثة وفي انتقال الموصى به ، وفي حرية الموصى به المترتبة عليه ، فيحكم بامتناع حرته ، وبامتناع انتقاله ، وبامتناع صحة قبول الورثة . وبالجملة إذا كان في سلسلة المترتبات ما يلزم من وجوده عدمه فقد لزم من كل منها ذلك ،

فينعتق ، لكن لا يرث (١) إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة اللورثة . وذلك لأنه - على هذا للتقدير - انعتق بعد سبق ساير اللورثة بالارث (٢) .

ولا يختص بواحد منها بعينه ، لأن استحالة المعاول تستدعي استحالة العلة وبالعكس ، كما أن استحالة الملازم تستدعي استحالة ملازمه ، وفي المقام إذا استحال واحد من السلسلة استحال الباقي ، للزوم الحاصل بينها .

نعم هذه اللزومات إذا كانت عقلية صح ما ذكرنا وبطل الجميع ، لعدم المرجح ، أما إذا كانت شرعية يبطل الأخير منها ويصح ما قبله ، فإن الأخير معلوم البطلان ، إما من باب التخصيص أو من باب التخصيص وغيره مشكوك البطلان يرجع فيه إلى عموم دليبه من دون معارض : وحينئذ يتعين البناء على صحة قبول الورثة ، وصحة انتقال الموصى به ، وترتب حرمة الموصى به عليه وترتب وارثيته من الموصى له ، وأنه لا يصح منه قبول الوصية ، كما ذكر المشهور :

(١) لأن الارث مشروط بالحرية حال حياة الموروث ، والمفروض أنه في حال حياة الموصى له لم يكن حراً ، أما في صورة موت الموصى له في حال حياة الموصى فلأنه في حال حياة الموصى له كان ملكاً للموصى لم ينتقل منه فلا حرية له ، وأما في صورة موته بعد وفاة الموصى له فلأنه بناء على النقل يكون الانتقال إلى الموصى له بعد وفاته حال القبول ، فتكون حرته حينئذ لا في حياة الموصى له ، فلا يكون وارثاً في الصورتين لانقضاء شرط الارث .

(٢) لان إرثهم مقارن لموت الموصى له ، وهو متقدم على حرثته في الصورتين ، كما عرفت .

نعم لو انعتق قبل للقسمة في صورة تعدد الورثة (١) شاركهم (٢) وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له (٣) فلا ينعق عليه (٤) ، لعدم ملكه ، بل يكون للورثة ، إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم (٥) فحينئذ ينعق ، ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد للورثة وقبل قسمتهم .

(١) هذا من الأحكام الثابتة للوارث إذا كان ممنوعاً من الارث من جهة الرقية حال موت الموروث ، فإنه إذا تحرر قبل قسمة الميراث بين الورثة يرث ، كما إذا كان حراً حال حياة الموروث . أما إذا كان الوارث واحداً فإنه لا مجال لفرض القسمة واللاقسمة ، فالتحرر بعد موت الموروث لا أثر له في الارث ، لسبق الوارث غيره بالميراث .

(٢) إذا كان في طبقتهم ، وإن كان مقدماً عليهم في الطبقة تفرد بالميراث ، كما تقدم في الصورة السابقة .

(٣) هذا هو الوجه الثاني من الوجهين السابقين في الامر الثالث .

(٤) يعني على الموصى له . وقد عرفت فيما سبق أن ظاهر الأدلة أن انتقاله إلى الورثة على نحو الميراث ، فكأنه انتقل إلى الموصى له ثم إلى ورثته ، وحينئذ لا فرق بين الوجهين في ذلك .

(٥) قد تحقق في محله أن الرجل لا يملك عموديه آبائه وأمهاته وأولاده ذكوراً وإناثاً ، ولا يملك محارمه من الاخت والعمة والحالة وبنت الاخ والاخت ، وأن المرأة لا تملك عموديتها وتملك محارمها . فإذا كان الموصى به ابناً للميت وكان الوارث أولاداً له فهو لا ينعق على الورثة ، ولو ملكه الميت انعتق عليه . وإذا كان الموصى به بنتاً للميت وكان الورثة أبناءه فهو ينعق على الميت وعلى ورثته ، وإذا كان الورثة أولاده ذكوراً وإناثاً فهو ينعق على الذكور ولا ينعق على الاناث منهم .

السابع : لا فرق في قيام للوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية (١) .

(مسألة ٨) : اشتراط للقبول على للقول به مختص بالتمليلية - كما عرفت - فلا يعتبر في للعهدية (٢) . ويختص بما إذا كان لشخص معين أو اشخاص معينين ، وأما إذا كان للنوع أو للجهات - كالوصية للفقراء وللعلماء او للمساجد - فلا يعتبر قبولهم ، أو قبول الحاكم فيما للجهات (٣) ، وإن احتمل

(١) بأن يوصي إلى وصيه أن يعطي زبداً - مثلاً - شيئاً ، فيموت زيد قبل القبول ، كما تضمن ذلك خبر الساباطي المتقدم . لكن العمل به غير ظاهر - كما عرفت - لضعف الخبر ، وعدم الجار له من عمل الاصحاب . أو غيره ، لاختصاص كلماتهم بالوصية التمليلية التي يكون الموت فيها قبل القبول مع تحقق إيجاب التملك ، فلا يشمل الوصية العهدية بالتمليل التي يكون الموت فيها قبل إيجاب التملك وقبوله .

(٢) يعني : لا يعتبر قبول الموصى إليه . فيجب العمل بالايضاء وان لم يحصل القبول من الموصى إليه أو غيره . نعم للموصى إليه الرد بشرط كونه في حياة الموصي وإعلامه بذلك .

ويحتمل أن يكون المراد قبول الموصى له إذا كانت الوصية عهدية بالتمليل - كما تقدم في الامر السابع - فانه يجب العمل بالوصية وإن لم يتحقق القبول من الموصى له ، فاذا أوصى بأن يعطي زيد مالا وجب الاعطاء وإن لم يقبل زيد . لكنه كما ترى ، فانه لا يصح الاعطاء الموصى به إلا بالقبول إجماعاً ، كسائر الهبات .

(٣) قال في القواعد : ولو كانت الوصية لغير معين كفى في التملك

ذلك أو قيل . ودعوى : أن للوصية لها ليست من التمليلية ، بل هي عهدية (١) ، وإلا فلا يصح تملك للنوع أو الجهات . كما ترى (٢) . وقد عرفت سابقا قوة عدم اعتبار للقبول مطلقا وإنما يكون للرد مانعاً ، وهو أيضاً لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلاً ، بل إذا انحصر للنوع في ذلك للوقت في شخص فرد لا تبطل .

الإيجاب والموت ، ولا يتوقف على القبول ، كمن أوصى للفقراء ، وكذا لو أوصى للمصالح ، كعمارة المساجد . وفي المسالك : « وإطلاق عبارة الإيجاب والقبول فيه (يعني : في قول مائه في الشرائع : ويفتقر إلى إيجاب و قبول) يشمل الوصية لمعين كزيد ، وغيره كالفقراء ، فيقبل لهم الحاكم . والأصح في الثاني عدم اشتراط القبول ، لتعذره في المستحق إن أريد من الجميع ، ومن البعض ترجيح من غير مرجح . مع أن الوصية ليست له بخصوصه . وقد تقدم مثله في الوقف ، ونحوه ما في جامع المقاصد . وفي الحدائق : « والمفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصية عقد يفترق إلى الإيجاب والقبول من الموصى إليه إن كان معيناً ، وأما غيره - كالفقراء مثلاً - فيقبل الحاكم الشرعي أو من ينصبه . والظاهر في الثاني - كما استظهره جمع من المتأخرين ، منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - عدم التوقف على القبول . وقد تقدم مثله في الوقف » :

(١) هذه الدعوى ادعاها في الجواهر ، وتخلص بها عن الاشكال المتوجه على الجماعة ، فيكون إطلاق كلامهم أنه يعتبر القبول في الوصية التمليلية في محله من دون أن يلزم محذور :

(٢) أولاً : من جهة أن المعروف بينهم أن الوصية المذكورة من قبيل الوصية التمليلية ، ولذلك عللوا عدم الاحتياج إلى القبول بما ذكر ،

لابأنها وصية عهدية . كيف ؟ ١٩ والمعروف بينهم أيضاً أن اللام في قوله تعالى : (وإنما الصدقات للفقراء والمساكين . . .) (١٥) للملك .
 وثانياً : من جهة أن الوصية العهدية تختص بالايضاء والوصية هنا ليست كذلك ، بل إن بنينا على امتناع ملك العناوين والجهات تعين أن تكون الوصية المذكورة قسماً ثالثاً ، لا تملكية ولا عهدية ، بل هي تخصيصية تفيد إنشاء التخصيص بالعنوان والجهة . فان كان المراد من الوصية التملكية ما يعم ذلك جاء الاشكال السابق ، وإن كان المراد ما يقابل ذلك كان اللازم تقسيم الوصية إلى ثلاثة أقسام : تملكية وعهدية وتخصيصية ، لا تقسيمها إلى القسمين الأولين فقط .

والتحقيق : ما ذكر في الجواهر من امتناع تملك النوع والجهات ، لأن الملكية تستوجب نوعاً من التابعة والمتبوعية ، وذلك لا يتحقق في النوع ولا في الجهة ، لأن المتبوعية لا يصح اعتبارها إلا مع الهيمنة للمتبوع على التابع ، والنوع والجهة لا تصلح لذلك . كما أن التحقيق أن الوصية بمال للفقراء أو المسجد ليست من قبيل الوصية العهدية ، بل هي من سنخ الوصية التملكية ، لكن لا تملك فيها ، بل اختصاص وتخصيص :

وعلى هذا فان كان الوجه في اعتبار القبول في الوصية التملكية هو الاجماع على أنها من العقود فهو غير شامل لما نحن فيه . وإن كان هو أصالة عدم الانتقال بدون القبول فهو مشترك بينها وبين ما نحن فيه . وإن كان قاعدة السلطنة على النفس الجارية في حق الموصى له فهو غير آتٍ هنا ، إذ التخصيصية ليس فيها تصرف في المخصص له ، وإنما هو تصرف في المال فقط ، فاذا ملكت زبداً شيئاً فقد جعلته مالاً ومهيمناً ، وإذا خصصت مالك به فلم تكن تصرفت في زيد ، وإنما تصرفت في مالك .

(مسألة ٩) : الاقوى في تحقق للوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ (١) ، ولا يعتبر فيه لفظ خاص ، بل يكفي كل فعل دال عليها (٢) ، حتى الإشارة والكتابة - ولو في حال الاختيار - إذا كانت صريحة في الدلالة ، بل أو ظاهرة

(١) قال في الشرايع : « فالإيجاب كل لفظ دل على ذلك القصد ، ونحوه كلام غيره . ويظهر من المتن وجود قول بأنه يعتبر فيها لفظ خاص ولم أقف على ذلك فيما يحضرنى . نعم في الجواهر : « ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف ، ولا يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح لإرادته حقيقة ولا مجازاً . وبشكل بأنه بعد ظهور المراد لا مجال للتوقف في الصحة عملاً باطلاق الأدلة .

(٢) كما عن التذكرة احتمالاً ، وعن المناهل والرياض : الجزم به ، وفي الجواهر : « لعله الظاهر من النافع . لكن المشهور العدم ، بل في الجواهر : أنه ظاهر الإصحاح وصريح بعضهم ، وعن السرائر : نفي الخلاف فيه ، وفي رسالة شيخنا الأعظم ظهور عدم الخلاف فيه ، وفي الشرائع : « فالإيجاب كل لفظ دل على ذلك القصد ، ونحوه ما في القواعد ، ويظهر من شروحها المفروغية عنه . وكأنه لأنه مقتضى كونها عقداً ، لعدم تحقق العقد بالفعل . وفي الجواهر - بعد أن اختار الجواز - قال : « إلا أنه ليس عقداً لها (يعني للوصية) فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تدرج في الاسم ، ولا يجري عليها حكم العقد ، يعني : يصدق أنه وصية ولا يصدق عقد الوصية وفيه : أن ذلك ينافي ما ذكره من أنها عقد ، فإذا كان إنشاؤها بالفعل يندرج في الاسم وجب كونها عقداً حينئذ ، وإلا لم تكن الوصية عقداً على وجه الكلية .

فإذا التحققت . أن مقتضى إطلاق الأدلة الصحة إذا كان الإنشاء

فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الأقوال . فإيظهر من جماعة (١) اختصاص كفاية الاشارة وللكتابة بحان للضرورة ، لا وجه له ، بل يكفي وجود مكتوب منه (٢) بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية . ويمكن أن يستدل عليه بقوله (ع) : « لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه » (٣) بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني (٤)

بالفعل كقول . وما في جامع المقاصد من أنه مع إمكان النطق لا تكفي الاشارة ، لانشاء دليل الصحة ، كما ترى ، إذ التحقيق حصول إنشاء المعنى العقدي بالفعل كقول .

(١) قد عرفت نسبه إلى المشهور ، وظاهر الاصحاب ، وظهور عدم الخلاف ، ونفي الخلاف ، وعن ظاهر الغنية : الاجماع عليه .
(٢) كما يقتضيه الاطلاق . ولا مقتضى للتقييد بما إذا كانت الكتابة مشاهدة حال حدوثها .

(٣) رواه المفيد في المقعة مرسلًا ، وكذا الشيخ في المصباح (١٥) . ولرواياه مانع عن العمل به ، ولا سيما مع مخالفة المشهور . مع إشكال دلالة : لعدم كونه في مقام حجية الكتابة ، فمن الجائز أن الاعتماد يكون على قوله : إن هذه وصيتي فاعملوا بها ، كما يشير إلى ذلك الخبر الآتي .
(٤) ورواه الشيخ بإسفاذه عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عمر بن علي عن إبراهيم بن محمد الهمداني (٢٥) وظاهره التفصيل بين الوالد وغيرهم من

(١٥) الوسائل باب : ١ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ٧٤٥ . لكن مع اختلاف يسير في متن الحديث لا يخل بالمعنى .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ٢ . لكن مع اختلاف يسير في متن الحديث لا يخل بالمعنى .

قال : « كتبت إليه : كتب رجل كتاباً بخطه ، ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل إني قد أوصيت ، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به ، هل يجب على ورثته للقيام بما في الكتاب ، بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب : إن كان له ولد ينفلون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجهه للبر وغيره . »
(مسألة ١٠) : يشترط في الموصي أمور (الأول) : للبلوغ

الورثة ، ولم يعرف قائل بذلك :

نعم عن نهاية الشيخ لإلزام الورثة بالمكتوب إذا عملوا ببعضه ، وهو تفصيل آخر نسبه في الجواهر إلى رواية قاصرة سنداً ودلالة . وفي رسالة شيخنا الأعظم : أنها قاصرة سنداً . ولم نقف على غير رواية المتن ، ولعلها هي المرادة من كلامهم .

لكن قصور سندها غير ظاهر ، فإن طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني عن علي بن إبراهيم عن أبيه . وأحمد بن زياد ثقة ، وعلي بن إبراهيم من الأجلة ، وأبوه مصحح الحديث ، وأما إبراهيم فهو من الوكلاء الثقة .

نعم قصور دلالتها على هذا التفصيل ظاهر . وإن كان المحكي عن التذكرة أنه رواها هكذا ؛ وإن كان له ولد ينفلون شيئاً منه وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء . وحمله على أنهم اعترفوا بصحة الخط .

والأنسب في رواية المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد ، نظير قضاء الصلاة والصوم ، فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول ، لا على حجيتها ، كما قصد المصنف (ره) .

فلا تصح وصية غير للبالغ (١). نعم الاقوى - وفاقا للمشهور (٢) -
صححة وصية للبالغ عشرا ، إذا كان عاقلا ، في وجوه المعروف ،
للأرحام أو غيرهم . لجملة من الأخبار المعتبرة (٣) .

(١) هذا من القطعيات في الجملة . لما دل على قصور سلطنة الصبي
على نفسه وماله ، كتاباً وسنة .

(٢) كما في المختلف وجامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرها ،
والمرح به في عبارات الشيخين وابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة
 وغيرهم ، وفي الشرائع : أنه الأشهر .

(٣) منها مصحح عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « قال أبو عبد الله
عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته » (١٠) ، وصحيح
زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أتى على الغلام عشر سنين
فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق
فهو جائز » (٢٠) ، وموثق منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال :
« سألت عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت
وصيته » (٣٠) ، وموثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع)
« قال : إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته ، وإذا بلغ عشر سنين
جازت وصيته » (٤٠) ، وموثق أبي أيوب وأبي بصير عن أبي عبد الله (ع) :
« في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت » (٥٠) ،
وصحيح محمد بن مسلم قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إن الغلام

(١٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٣ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٤ .

(٣٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٧ .

(٤٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٥ .

(٥٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٦ .

خلافًا لابن إدريس (١) ،

إذا حضره الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته لنوي الارحام ، ولم تجز للغرباء (١٥) ، وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : وقال : إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (٢٥) وموثق محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : وقال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم (٣٥) .

وهذه النصوص اشتمل بعضها على العقل وبعضها على العشر سنين ، ولا يبعد أن يكون الجمع العرفي هنا التقييد فيشترط الامران معاً . بل اعتبار العقل لإجماعي - كما في الجواهر - فلا مجال لاحتمال سببية كل منهما كما هو الأصل في القضايا الشرطية التي يتعدد فيها الشرط ويتحد فيها الجزاء لوجوب رفع اليد عنه بالاجماع المذكور في الشرطية التي شرطها العشر ، ويلزمه رفع اليد عن إطلاق الشرط في الشرطية التي شرطها العقل ، لئلا يكون شرط العشر بلا فائدة .

ثم إن بعض النصوص المذكورة ذكر فيه الحمد المعروف والحق ، وآخر ذكر فيه إصابة موضع الوصية . والظاهر من الجميع ما تكون الوصية فيه عقلاً شرعية . وبها يقيد الاطلاقات السابقة . وحينئذ يتم ما ذكر المشهور . (١) قال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا أن وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة ، سواء كانت في وجوه البر أو غير وجوه البر :

(١٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٢ .

(٣٥) التهذيب : باب وصية الصبي والمجنون عليهم حديث : ٨ لكن رواه في الوسائل عن

جميل بن دراج عن أحدهما (ع) في باب : ١٥ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث : ٢ .

وتبعه جماعة (١) .

ثم استدل على ذلك بما دل على حجر الصبي ، ثم قال : « وإنما هذه أخبار آحاد أوردها في النهاية إيراداً » . وإشكاله ظاهر ، فإن في الاخبار المذكورة الصحيح والموثق وهما حجة ، فلا يجوز رفع اليد عنها .

(١) منهم ظاهر المختلف ، قال : « وهذه الروايات وإن كانت متظافرة ، والأقوال مشهورة ، لكن الاحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم مناط التصرف في المال عنه ، وجامع المقاصد قال : « والمناسب لأصول المذهب وطريقة الاحتياط القول بعدم الجواز » ، والمسالك قال : « وهذه الروايات التي دلت على الحكم وإن كان بعضها صحيحاً ، إلا أنها مختلفة ، بحيث لا يمكن الجمع بينها ، وإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل » .

والإشكال في الجميع ظاهر ، فإن الاحتياط ليس بحجة . مع أن اقتضاه عدم النفوذ ممنوع . والأصل لا مجال له مع الدليل . واختلاف النصوص المتقدمة مع إمكان الجمع العرفي بحمل المطلق على المقيد لا يمنع من وجوب الأخذ بها . ولو فرض عدم إمكان الجمع العرفي فاللازم التخيير لا سقوط الطرفين . نعم ورد في الأخبار ما فيه نوع مخالفة لغيره ، كصحيح محمد وأبي بصير المتقدمين ، فإن الجمع العرفي بينها وبين غيرها ممكن بتقييدها . لكنها غير معمول بها ، فيسقطان عن الحجية ، لا أنه تسقط جميع النصوص ويرجع إلى عموم المنع .

هذا وعن ابن الجنيد أنه تصح وصيته إذا بلغ ثمانين سنين ، لرواية الحسن بن راشد عن أبي الحسن العسكري (ع) : « إذا بلغ الغلام ثمانين سنين فجاز أمره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحلود . وإذا تم

(الثاني) : العقل ، فلا تصح وصية المجنون (١) . نعم تصح وصية الادواري منه إذا كانت في دور إفاقته (٢) . وكذا لا تصح وصية للسكران حال سكره . ولا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل (٣) . كما أنه لو أغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيته (٤) . فاعتبار للعقل إننا هو حال إنشاء للوصية . (الثالث) : الاختيار (٥) . (الرابع) : للرشد ، فلا

للجارية سبع سنين فكذاك ، (١٥) . وفي الشرائع : الرواية شاذة . مخالفتها لاجماع المسلمين على ظاهرها من حصول البلوغ بذلك ، فان عمل بها ازم ترتيب جميع أحكام البلوغ ببلوغ الثمان سنين . وإن طرحناها في غير الوصية للاجماع تعين طرحها فيها أيضاً لذلك .

(١) بلا خلاف ولا إشكال . لسلب عبارته لسلب قصده ، فلا يصح إنشاؤه وإن كان عن قصد . والعمدة الاجماع .

(٢) كما نسب إلى الأصحاب لعدم المانع ، فيدخل في عموم الأدلة .

(٣) للأصل . وبقتضيه الاجماع المحكي عن مصابيح العلامة الطباطبائي

بل تصريح الأصحاب بصحة وصية الادواري ظاهر في بنائهم على عدم بطلانها بطرو الجنون ، فيكون المقام خارجاً عن قاعدة بطلان العقود الجائزة بطرو الجنون - بناء على أن الوصية منها - كما لا تبطل بالموت ضرورة ، بل الموت ملزم لها ، كما هو ظاهر .

(٤) لما ذكر .

(٥) اجماعاً . وبقتضيه حديث نفي الاكراه المروي عند الفريقين ،

بل قيل : إنه متفق عليه بين المسلمين . وهو وإن كان ظاهراً في نفي

تصح وصية السفية (١) وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده . وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم ، لعدم الضرر بها على للفرماء (٢) ، لتقدم الدين على الوصية ، (الخامس) : الحرية ، فلا تصح

المؤاخذه لكن استشهد الامام (ع) به في نفي الصحة يقتضي جواز التمسك به في المقام . ففي صحيح البنظي عن أبي الحسن (ع) : « في الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك أبلزمه ذلك ؟ فقال (ع) : لا . قال رسول الله (ص) : وضع عن أمي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا » (١٥) .

(١) كما عن ظاهر ابن حمزة ، وعن التحرير ، وهو ظاهر القواعد ، وفي جامع المقاصد : أنه قوي . لعموم حجر السفية عن التصرف في ماله لكن في جامع المقاصد : « المشهور بين الأصحاب جواز وصية السفية في البر والمعروف ، وفي الحدائق عن الدروس : أنه حكى عن المفيد وسائر الحلبي علم نفوذ وصيته إلا في البر والمعروف . ويقتضيه عموم الصحة وقصور أدلة الحجر عن شمول المقام ، لظهورها في الامتنان عليه ، فلا تقتضي حرمانه عن الانتفاع بماله .

(٢) لأن المانع من صحة تصرفه كونه مزاحماً لحقوق الفرماء ، وهذا المعنى غير آت في الوصية ، لتقدم الدين عليها . وإن كانت لا يترتب الأثر عليها إلا بعد خروجه حال الموت عن التفليس ، إما لتملكه مالاً يزيد على دينه ، أو لبراءة ذمته من بعض الدين . وكذا إذا برئت ذمته بعد الموت من بعض الدين بتبرع أو ببراء بعض الفرماء . وبالجمل : المفلس لا يترتب الأثر على وصيته إلا إذا مات غير مفلس ، فيكون حال التفليس

(١٥) الرسائل باب : ١٢ من ابواب جواز الحلف باليمين الكاذبة حديث : ١٢ .

وصية المملوك ، بناء على عدم ملكه وإن أجاز مولاه (١) بل وكذا بناء على ما هو الأقوى من ملكه (٢) ، لعموم أدلة الحجر وقوله (٤) : لا وصية لمملوك (٣) ، بناء على إرادة نفى وصيته لغيره (٤) ، لانفني للوصية له . نعم لو أجاز مولاه صح ، على البناء المذكور . ولو أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في

حال الرقية ، فانه لا تصح وصية الرق إلا اذا مات حراً ، كما سيأتي . وعليه فلا وجه للفرق بينهما في الشرطية وعدمها .

(١) لأن التعليق مبطل للتصرف المعلق عليه الا في موارد مخصوصة ومن تلك الموارد الوصية التمليلية ، وتختص بمال الموصي ولا تشمل الوصية بمال غيره ، كما ذكر في الجواهر . فاذا قال القائل : مال زيد لعمرو بعد وفاتي لم يصح وصية ولا غيرها وإن أجاز المالك ، لما عرفت من مانعية التعليق . (٢) قد تعرضنا لذلك في مباحث الاستطاعة من كتاب الحج .

(٣) رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن حديد عن جميل بن دراج عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما (٤) (١٥) . والسند صحيح لولا علي بن حديد ، وإن كان الاظهر اعتبار حديثه . لكن في الجواهر : أن الخبر غير جامع لشرائط الحجية .

(٤) فتكون نظير الاضافة إلى الفاعل ، وهو الأظهر ، فانه إذا دار المضاف إليه بين كونه فاعلاً ومفعولاً حمل على الاول ، فاذا قلت : ضرب زيد حسن ، ولم تكن قرينة على إرادة الاضافة الى المفعول حملت على كونها إضافة الى الفاعل .

هذا وكان الأولى الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) وأنه قال في المملوك : ما دام عبداً فانه وماله لاهله ، لا يجوز له تحرير

يده صحت (١) ، على اشكال (٢) .

ولا كثير عطاء ، ولا وصية إلا أن يشاء سيده ، (١٥) . وبما ورد في المكاتب من أنه تصح وصيته بقدر ما أعتق منه (٢٥) ، فإنها أصح سنداً وأوضح دلالة . وكان المصنف (ره) لاحظ الاختصار .

(١) كما قواه في الجواهر . لعموم أدلة الصحة ، والحجر المانع عن

الصحة يختص بزمان الرقية ، فإذا زالت زال ، وبجرد الوقوع في زمان الحجر لا يقتضي المنع إلى الأبد ، وإنما يقتضي الحجر ما دام الرق :

(٢) لوقوع الوصية حال الرقية . ولقوله (ع) : « لا وصية لمملوك »

ولأنها بمنزلة الوصية المعلقة على الحرية لكن عرفت أن وقوع الوصية

حال الرقية والحجر لا يقتضي المنع إلى الأبد ، إذ لا تصور في التصرف

وإنما القصور في المتصرف - كما يشير إليه قوله (ع) في صحيح محمد بن

قبس : « إلا أن يشاء سيده - فإذا زال المانع ترتب الأثر . وقوله (ع) :

« لا وصية لمملوك » ظاهر في عدم ترتب الأثر ما دامت لمملوك ، لا مطلقاً

وتعليق الوصية على الحرية ممنوع ، وإنما المعلق حكم الشارع بالصحة والنفوذ :

بل قد يقال : بأنه لو سلم فهو غير قادح ، نظير قوله : إن كانت

زوجتي فهي طالق . مما كان المنشأ معلقاً ذاتاً على الشرط . اللهم إلا أن

يفرق بين الشرط الحالي المشكوك والاستقبالي ، فلا يصح : إن تزوجت

فزوجتي طالق ، وإن صح : إن كانت زوجتي فهي طالق . اللهم إلا أن

يقال : يصح التعليق في الوصية على الأمر الحالي والاستقبالي ، كما يصح

التعليق على الموت ، ضرورة صحة الوصية بأنه إذا تزوج زيد فاخلعوا عليه

وإذا ولد له فاختنوا ولده ، وثلاثي لاولادي إذا كانوا من الاخيار ، أو

(١٥) الوسائل باب : ٧٨ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

(٥) راجع الوسائل باب : ٨١ من ابواب كتاب الوصايا .

نعم لو علقها على الحرية (١). فالأقوى صحتها. ولا يضر التعليق المفروض ، كما لا يضر إذا قال : هذا لزيد إن مت في سفري . ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مسال فالأقوى للصحة (٢) . وكذا ما كان من هذا للقبيل . (للسادس) : أن لا يكون قاتل نفسه ، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه - من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك - فإنه لا تصح وصيته ، على المشهور (٣) المدعى عليه

من أهل العلم ، ونحو ذلك مما كان المعلق عليه في الوصية العهدية والتملكية أمراً آخر غير الموت ، فإنه لا يمكن الالتزام ببطلانها . وأما ما ذكره الماتن من المثال فهو من قبيل التعليق على الموت السنخي هو داخل في مفهوم الوصية ، فلا يقاس عليه المقام .

(١) كان المناسب في التعبير أن يقول : ولو علقها

(٢) لكنه خلاف اطلاق أدلة الحجر ، مثل قوله تعالى : (عبدأ

مملوكاً لا يقدر على شيء) (١٥) . وفي صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) وأبي عبد الله (ع) قالوا : « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده . قلت : فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) أفشيء الطلاق » (٢٥) .

(٣) في المسالك : « هذا مشهور بين الاصحاب » ، ونحوه في الحدائق

وفي الجواهر : « بلا خلاف معتد به أجده » . بل عن الإيضاح : نسبتة غير مرة الى الاصحاب مشعراً بالاجماع عليه ، ولم أقف على من ادعى الاجماع صريحاً .

(١٥) النحل : ٧٥ .

(٢٥) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث : ١ .

الاجماع . للنص الصحيح (١) ، الصريح . خلافاً لابن إدريس (٢) وتبعه بعض (٣) . وللقدر المنصرف إليه الإطلاق للوصية

(١) وهو صحيح أبي ولاد حفص بن سالم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها : قلت (قيل له . خ ل) : أرأيت إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال : فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجيزت وصيته في ثلثه ، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته » (١٠) . وعلل أيضاً - كما في المختلف - بدلالة الفعل على سفهه وبعدم استقرار حياته ، فيكون في حكم الميت ، وبأن القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه ، لأن قبول وصيته نوع إرث لنفسه ، لكن ضعف الجميع ظاهر ، وإن أنعب نفسه في المسالك والجواهر في بيان ذلك فلاحظ .

(٢) قال : « الذي يقتضيه أصولنا وتشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضية صحيحة إذا كان عقله ثابتاً عاياً » ، واحتج على ذلك بأنه حي عاقل مكلف ، وبالنهى عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن ، وأنه لا يجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد .

(٣) كالعلامة في المختلف ، فإنه بعد ما نقل عن ابن إدريس الاحتجاج بما ذكر قال : « وقول ابن إدريس لا بأس به » ، وعن الروضة : أنه حسن وفي المسالك : أن للكلام ابن إدريس وجهاً وجيهاً ، وإن كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح أقوى . وفي القواعد « ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً » . وفي الجواهر : « وأغرب من ذلك قوله فيها (يعني : في القواعد) وتحمل الرواية على عدم استقرار

بالمال (١) . وأما للوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها . كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً (٢) لا سهواً أو خطأ - وبرجاء أن يموت (٣) - لا لغرض آخر - وعلى وجه للعصيان (٤) - لا مثل الجهاد في سبيل الله - وبما لو مات من ذلك . وأما اذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته بلا إشكال (٥) .

وهل تصح وصيته قبل المعافاة إشكال (٦) ولا يلحق التنجيز

الحياة ، وهل من الممكن احتمال اعتبار استقرار الحياة في صحة الوصية ؟ وهل هو إلا تقييد للأدلة من غير مقيد ؟ وكيف جاز ارتكابه ولم يجز ارتكاب تقييدهما بالنص الصحيح ؟ .

(١) الصحيح المتقدم مختص بالمال ، بقربنة قوله (ع) : « في ثلثه ، وليس ذلك من باب انصراف الاطلاق .

(٢) كما قيد به في الصحيح :

(٣) كما قيد به في الصحيح بقوله (ع) : « لعله يموت » .

(٤) كما يقتضيه قوله : « فهو في نار جهنم .. » :

(٥) كما في الجواهر . لاختصاص النص بمن قتل نفسه ، فلا يشمل المقام .

(٦) وفي الجواهر : « لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد لإنشاء

تمليك ، ولذا او نساها ولم يحددها لم تنفذ على الاقوى » . وفيه : أن

الدليل مختص بما إذا مات بذلك السبب ، فلا يشمل ما لو عوفي ثم عرضه

سبب آخر فمات به وإن كان قد نسي الوصية . كيف ومورد النص من

قتل نفسه ، وهو غير شامل للفرض ، فلا إطلاق له يشمل المقام ، فلا

مانع من صحة إيجاب الوصية فيه قبل أن يعافى إذا كان قد عوفي بعد ذلك

بالوصية (١) . هذا ولو أوصى قبل ان يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته ، وإن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها . للصحيح المتقدم (٢) . مضافاً إلى للعمومات .
(مسألة ١١) : يصح لكل من الأب والجد للوصية بالولاية على الأطفال (٣) .

وما في الجواهر من أن مقتضى إطلاق الصحيح عدم الأثر للإيجاب قبل أن يعافى من العارض غير ظاهر .

(١) كما استظهره في الجواهر ، لعدم صدق الوصية عليه ، فلا يشمله الدليل ، وفي الجواهر : اللهم إلا أن يقال : إن منع الشارع له من الوصية لعدم الثلث له ، فيمنع التنجيز أيضاً لذلك : بناء على أنه منه . لكن لا يخلو من نظر . بل منع عملاً بإطلاق الأدلة .
(٢) فإن إطلاقه شامل للمقام .

(٣) نصاً وفتوى ، بل إجماعاً بتسميه ، كما في الجواهر ، وفي المسالك : انه محل النص والوفاق انتهى . والمراد من النص ما ورد في جملة من أبواب الوصايا ، كرواية سعد بن إسماعيل عن أبيه قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصي أيتام يدرك أيتامه ، فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع ؟ قال (ع) : يرد عليهم ويكرهم عليه (على ذلك . خ ل) ، (١٥) . ورواية محمد بن عيسى عن رواه عن أبي عبد الله (ع) : قال في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوصي وقال له رد علي مالي لأتزوج ، فأبى عليه . . . (٢٥) . وموثقة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : وأنه

(١٥) للوسائل باب : ٤٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

(٢٥) للوسائل باب : ٤٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

مع فقد الآخر ، ولا تصح مع وجوده (١) . كما لا يصح ذلك لغيرهما (٢) حتى الحاكم الشرعي ،

سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به ، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي (١٥) . ونحوها غيرها .

(١) قال في الشرائع : « وإذا أوصى بالنظر في مال ولده لى أجنبي وله أب لم تصح ، وكانت الولاية الى جد اليتيم دون الوصي ، وقيل : يصح ذلك في قدر الثلث مما تركه وفي أداء الخلق » ، وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه في الجملة ، بل الظاهر الاجماع عليه » . ويظهر من الشرائع ذلك أيضاً ، حيث لم يتعرض لنقل قول بصحة الوصية . والقول الآخر للشيخ ، ولكنه خارج عن موضوع المسألة من النظر في مال ولده . اللهم الا بناء على انتقال المال الى الورثة وتعلق الحقوق بها . وفي الجواهر : « المتجه - بناء على ذلك - صحة الوصاية على مثل ذلك ، وليس معارضاً لولاية الجد » .

وكيف كان فالذي يظهر منهم المفروغية عن عدم صحة الوصاية للأجنبي مع معارضتها لولاية الجد وهو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الاطلاق الشامل للصورة المذكورة . بل قد ذكرنا في (نهج الفقاهة) في مبحث الولاية الاشكال في وجود اطلاق في دليل ولاية الأب في حال حياته ، فضلاً عن المقام . وعليه فلا مجال للتأمل في عدم الوصية بالولاية من الأب على الوند مع وجود الجد .

(٢) يعني : الوصية بالولاية على الأطفال لغير الاب والجد ، كالوصي والحاكم الشرعي . لعدم دليل على ولايتها على الأطفال بعد الموت : فكيف

فانه بعد فقدهما (١) له الولاية عليهم مادام حياً ، وليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته (٢) ، فيرجع الأمر بعد موته

يصح لها جعلها لغيرهما ؟ . أما الوصي فولايته يجعل الموصي ، والمجبول إنما هو أن يتولى مباشرة لا غير ، فلا يصح له جعلها لغيره . نعم إذ كان الموصي قد أوصى إليه أن يجعل بعده لغيره جاز له ذلك حينئذ ، أما إذا لم يجعل له ذلك فليس له ذلك . وأما الحاكم الشرعي فالعمدة في الدليل على ولايته مقبولة ابن حنظلة المتضمنة جمل الحاكم الشرعي حاكماً ، الموجبة لثبوت أحكام الحكام له ، ومنها تولي الأيتام وشؤونهم ، ولم يثبت أن للحاكم ولاية نصب الولي بعده ، فالمرجع أصالة عدم ترتب الأثر .

(١) وفقد الوصي لأحدهما . بلا خلاف ولا إشكال ، كما يستفاد من النصوص ، كصحيح علي بن رباب ، وموثق سماعة ، وصحيح إسماعيل بن سعد المذكورة في أواخر أبواب الوصية من الوسائل (١٥) . ويقتضيه الأصل بعد قصور دليل ولاية الحاكم عن شمول المقام . فراجع

(٢) بلا خلاف ظاهر . ونص عليه في الجواهر وأطال في تقريبه والعمدة فيه ما عرفت من قصور أدلة ولاية الحاكم الشرعي عن إثبات ولايته على الوصية الى غيره بالولاية بعد وفاته . وأما كون الولاية للصنف ، فإذا فقد فرد منه كان له فرد آخر لا يقتضي ذلك ، لجواز أن يكون حال الفرد الآخر مع الوصي حاله مع الموصي .

وبالجملة : الولاية للصنف تقتضي أن لا تكون الولاية للفرد إلا بعمل وهو إنشاء التولي ، فإذا أنشأ التولي ، أحد الافراد صار هو الولي ، فإذا أوصى الى شخص كان هو الولي ، وكما أنه مع تولي أحد أفراد الصنف لا يمكن تولي الفرد الآخر ، كذلك مع إنشاء الوصية لبعض الأشخاص

إلى الحاكم الاخر ، فحاله حال كل من الأب والجد مع وجود الاخر . ولا ولاية في ذلك الأم (١) ، خلافاً لابن الجنييد (٢) حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة . وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحداً من أرحامهم أو غيرهم بمال ، وجعل أمره إلى غير الأب والجد وغير الحاكم ، لم يصح (٣) ، بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما ، وللحاكم مع فقدهما . نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم ، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم ، يمكن أن يقال بصحته (٤) وعدم رجوع أمره إلى الأب والجد أو الحاكم .

لا يمكن تولي الفرد الآخر ، لأن صحة التولي موقوفة على عدم وجود الولي . (١) على المشهور شهرة عظيمة ، وفي الجواهر : « بلا خلاف معتد

به » . للاصل بعد عدم الدليل على ولايتها .

(٢) حكى أنه قال : « الأب الرشيد أولى بأمر ولده الاطفال من

كل أحد . وكذا الأم الرشيدة بعده » . ولم يعرف له موافق ، كما لم يعرف له دليل . وفي المسالك وغيرها : أنه شاذ .

(٣) كما نص عليه في الشرائع وغيرها ، لما عرفت .

(٤) في الجواهر « ففي تسلط الاب حينئذ إشكال ، من عدم ملكيتهم

للمال فلا تسلط لوليهم عليه ، ومن كونه حقاً لهم والولي مسلط عليه كالمال .

وقد يفرق بين الأول والثاني ، ولعل الأول أقوى » . بل هو الأقوى لأن

الوصية تكون بالولاية على مال الموصي ، لا مال الطفل ، وليس هناك

حق للطفل كي يكون تحت ولاية وليه ، لأن مجرد الوصية بالتملك له أو

الصرف عليه لا يوجب حقاً له ، ولذلك لا يسقط بالاستقاط ، فهو من

الأحكام لا غير . والله سبحانه العالم العاصم الحاكم ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

فصل في الوصى به

تصح للوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل (١) من عين ، أو منفعة ، أو حق قابل للنقل . ولا فرق في اللعين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوة ، فتصح بما تحمله الجارية ، أو للدابة أو للشجرة (٢) ،

فصل في الوصى به

(١) عملاً بعمومات الصحة والنفوذ من غير معارض .

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر ، بل قال فيها : « بل وإن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكناً » . كل ذلك عملاً باطلاق الأدلة من غير معارض . نعم إذا لم يكن له شجر وكان عازماً على شراء الشجر فأوصى بثمر ما يشتريه بعد ذلك ، أو أوصى بعين الشجر الذي سيشتريه ، ففي جواز الوصية إشكال ، لعدم العلقه المصححة لصدق الوصية أو الموجبة للسلطنة عليها ، وإن كان الأظهر الصحة ، لحصول العلقه بعد ذلك الموجبة للصدق والسلطنة ، كما إذا أوصى بالمرهون ففكه ، أو بثلث ماله فاشترى أموالاً أو ورثها ، فإنها داخلة في الوصية .

وبالجملة : ليس هنا ما يوجب الخروج عن عمومات الصحة ، فإذا لا بأس بالوصية بالمعدوم حال الوصية إذا صار موجوداً حال الموت ، وكذا بالمعدوم حال الموت إذا كان أصله موجوداً حينئذ ، قال في جامع المقاصد :

وتصح بالعبد الآبق منفرداً (١) ، ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة (٢) . ولا تصح بالمحرمات (٣) - كالخمر والخنزير ونحوهما - ولا بآلات اللهو ، ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي (٤) ، كالحشرات وكلب الهراش ، وأما كلب الصيد فلا مانع منه ، وكذا كلب الحايط والماشية وللزرع ، وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد ، إذ يكفي وجود الفائدة فيها . ولا تصح بما لا يقبل للنقل من الحقوق ، كحق القذف

« لو أوصى بما يتجدد له تملكه ولو على وجه الندرة - كما يتجدد له بشراء أو هبة وارث ونحو ذلك - صح ، لأن وجود ذلك ممكن وقد قدر أن الشرط إمكان وجوده » .

(١) لما عرفت من الاطلاقات .

(٢) فإن ذلك للدليل الخاص به ، الذي لا يشمل المقام .

(٣) لعدم كونها قابلة للتمليك ، فلا تصح الوصية التمليلية فيها . لكن قد تقدم أن الوصية قد تكون تخصيصية - كما إذا أوصى بعين للمسجد - والأمور المذكورة تقبل التخصيص إذا كان لها فائدة ولو نادرة ، فيصح الوصية بها على نحو التخصيص ، وإن لم تصح على وجه التملك . والظاهر أن فتوى الأصحاب مبنية على ملاحظة الفائدة المحرمة ، مثل الشرب في الخمر واللعب بآلات اللهو ونحو ذلك ، فإذا أوصى بالخمر للشرب وبآلات اللهو للمعب بطلت ، وإذا أوصى بالخمر للطلي وبآلات اللهو للشعال صححت الوصية . فالوصية بالكحول الذي لا يشرب ، وإنما يستعمل لفوائد أخرى تصح ، عملاً بالعمومات من دون مخصص .

(٤) لعدم ما يستوجب الملك أو الاختصاص .

ونحوه . وتصح بالخمر المتخذ للتخليل (١) . ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين ، لأن للكفار أيضاً مكاتبون بالفروع . نعم هم يقرون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً ولا تصح للوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك للغير إذا أوصى لنفسه (٢) . نعم لو أوصى فضولاً عن الغير (٣) احتمال صحته إذا أجاز (٤) .

- (١) أو لغيره من الفوائد كالسراج والتعقيم ونحو ذلك .
 (٢) بأن علق التملك على موت نفسه . لما عرفت من عدم صدق الوصية عرفاً ، فيكون التعليق مبطلاً للانشاء . وقد تقدم ذلك في وصية العبد بناء على عدم ملكه إذا كان قد أجازها مولاه .
 (٣) بأن علق التملك على موت ذلك الغير .
 (٤) لصدق الوصية من المالك ، كما في سائر موارد الفضولي ، فإن الاجازة توجب صدق العنوان ، فكما أنه إذا باع الانسان مال غيره فاجاز المالك صححت نسبة البيع إلى المجيز ، كذلك في المقام . وإذا أوصى بماله لزيد إذا مات عمرو لم تصح وصية منه ، لعدم التعليق على موته ، ولا وصية من عمرو لعدم تعلقها بماله ، فلا تعلق لها به . وحينئذ فما يظهر من المصنف (ره) من التوقف في الصحة في غير محله . وكذا ما يظهر من بعض الحواشي من الظهور في البطلان .
 وكيف يمكن الالتزام بأن بعض أهل العلم إذا رأى من بعض السواد الإهمال ، فكتب له وصية تتعلق بآخرته وصلاحها وبورثته وصلاح حالهم وعرضها على ذلك الانسان ، فقبلها وأجازها ، أن لا تصح تلك الوصية ١٩ .

(مسألة ١) : يشترط في نفوذ للوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه ، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد (١) إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال . وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً (٢) - على تقدير ثبوت النسبة - شاذ . ولا فرق بين أن

(١) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة . كذا في الجواهر : وفي المسالك : « ربما كان إجماعاً ، والأخبار الصحيحة به متظافرة » . ففي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق ممالئكه في مرضه . فقال : إن كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق » (١٠) ورواية حمران عن أبي جعفر (ع) : « في رجل أوصى عند موته وقال : اعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة الممالئك الخمسة التي أمر بعتقهم . قال : ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون ، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس ، فان عجز الثلث كان في الذين سمي أخيراً ، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك » (٢٥) ، ونحوها غيرها مما هو كثير ، ولعله متواتر :

(٢) حكى عن علي بن بابويه صحة الوصية بالكل ، وعبارته غير ظاهرة في ذلك ، قال : « فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية . فان أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله ، ويلزم الوصي لإنفاذ وصيته على ما أوصى » فان قوله (ره) : « فهو الغاية في الوصية » مطابق لفتوى الأصحاب ، وقوله : « وهو أعلم وما فعله » ظاهر في صورة احتمال عذره في الوصية

(١٥) الرسائل باب : ٦٧ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٤ .

(٢٥) الرسائل باب : ٦٦ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة (١) . ولو كانت زائدة وأجازها بعض للورثة دون بعض نفذت في حصة

بالجميع ، بأن كان ذلك لازماً عليه لنذر أو شرط أو حق واجب أو غير ذلك مما يسوغ معه الوصية بالجميع ، كما ستأتي الإشارة إليه في المسألة الثالثة وعبارته المذكورة مطابقة لعبارة الفقه الرضوي . ولأجل ذلك يسهل الجمع بينه وبين الأخبار المشهورة بلا تكلف . وعلى تقدير تمامية المعارضة فهو لا يصلح لمعارضة نصوص المشهور ، بناء على حججته في نفسه . لكنه غير ثابت .

نعم يشهد له موثق عمار عن أبي عبد الله (ع) قال : « الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح ، إذا أوصى به كله فهو جائز » (١٥) وموثق محمد ابن عبدوس : « أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد (ع) فكتبت إليه : رجل أوصى لي بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتي أخت له ، فأريك في ذلك . فكتب لي : بع ما خلف وابعث به لي . فبعث وبعث به إليه ، فكتب لي : قد وصل » (٢٥) ، ونحوه موثق علي بن الحسن (٣٥) وغيره :

لكنها لا تصلح لمعارضة تلك النصوص بعد أن كانت أصح سنداً وأكثر عدداً وأوضح دلالة ، وموافقة لفتوى الاصحاب ظاهراً . ولذلك أولها الاصحاب وحملوها على محامل بعيدة ، بناء على أن الجمع أولى من الطرح . فالعمل على المشهور لازم .

(١) بلا إشكال في ذلك ، والنصوص السدالة على المشهور واردة

في القسمين :

- (١٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١٩ .
- (٢٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١٦ .
- (٣٥) الوسائل باب : ١١ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١٧ .

ج ١٤ (الوصية بشيء بقصد أن يكون من الاصل أو ثلثي الورثة) - ٥٩٩ -

المجيز فقط (١) ، ولا يضر التبويض ، - كما في سائر العقود -
فلو خلف ابناً وبنثاً وأوصى بنصف تركته ، فأجاز الابن
دون البنث ، كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة (٢) .
ولو انعكس كان له إثنان وثلث من ستة .

(مسألة ٢) : لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها
من الثلث الذي جعله للشارع له (٣) ، فلو أوصى بعين غير
ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت . ولو قصد كونها
من الأصل ، أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته
بالثلث سابقاً أو لاحقاً ، بطلت مع عدم إجازة للورثة (٤) . بل

(١) قال في الشرائع : « ولو كانوا جماعة ، فأجاز بعضهم نفذت
الإجازة في قدر حصته من الزيادة » . ويظهر من المسالك والجواهر وغيرهما :
المفروغية عن ذلك . عملاً بالعمومات ، كما في سائر العقود : وفي الجواهر :
« وكذا لو أجاز الجميع البعض ، أو البعض البعض ، لاتحاد الجميع في المدرك » .
(٢) هذا المثال ذكره في المسالك . فاذا فرضنا أن التركة ستة وكان
الموصى به نصف الستة - وهو ثلاثة - كانت تزيد على الثلث الراجع
للميت بسدس ، فهذا السدس مشترك بين الابن والبنث أثلاثاً فان أجازا
جميعاً صحت الوصية في الثلث والسدس معاً ، وإن أجاز الابن فقط صحت
الوصية في ثلثي السدس وبطلت في ثلثه ، فتصح في اثنين وثلثين منه ، وإن
أجازت البنث فقط صحت الوصية في ثلثه وبطلت في الثلثين منه ، فتصح
في اثنين وثلث .

(٣) كما صرح بذلك في الجواهر . ويقتضيه إطلاق الأدلة :

(٤) ولا تصح من الثلث في الصورة الثانية ، لأن المفروض أنه

وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً . لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع (١) . وإن لم تكن حينئذ زائدة على للثلث . نعم لو كانت في واجب نفذت ، لأنه يخرج من الأصل إلا مع تصريحه باخراجه من للثلث .

(مسألة ٣) : إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ، ولم يعلم كونها في واجب - حتى تنفذ - أولاً - حتى يتوقف للزائد على إجازة للورثة - فهل الأصل للنفوذ إلا إذا ثبت عدم

قصد كونها من ثلثي الورثة ، فإذا صحت من الثلث كان ذلك خلاف ما قصد . نعم إذا قصد كونها من الأصل صحت في ثلثها وبطلت في ثلثيها إلا إذا أجاز الورثة ، ولا تصح كلها من الثلث ، لأن المفروض أنه قصد أنها من الأصل ، وهو راجع إلى قصد أن ثلثها من الثلث وثلثيها من ثلثي الورثة ، فإذا صحت كلها من الثلث فقد صحت على خلاف قصده .

(١) هذا إذا كان مقصوده من الأصل ما يقابل الثلث ، أما إذا قصد منه ما يقابل جزءاً معيناً منه - كما يقال ثلث الميت يخرج من الأصل - فلا مخالفة فيها للشرع ، بل موافقة له ، لأن ثلث الميت يخرج من الأصل وبهذا المعنى كذلك ديونه ، وبهذا المعنى يصح أن يقال : إن الوصايا تخرج من الأصل .

ثم إنك عرفت أنه على تقدير إرادة المعنى الأول من الأصل لا تبطل الوصية كلها إذا لم يجز الورثة ، وإنما يبطل ثلثاها اللذان يخرجان من ثلثي الورثة ، أما الثلث الذي يخرج من ثلث الميت فلا موجب للبطلان فيه . ومن ذلك يظهر الأشكال فيما ذكر في الجواهر ، فإنه أطلق نفوذ الوصية وإن قصد أنها من الأصل .

ج ١٤ (الوصية بتمام التركة مع الجهل بكونها في واجب أو في غيره) - ٦٠١ -

كونها بالواجب ، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب ؟
وجهان ، ربما يقال بالأول (١) ، ويحمل عليه ما دل من
الاجبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جاز (٢) وأنه أحق
بماله ما دام فيه للروح . لكن الاظهر الثاني (٣) ، لان مقتضى

اللهم إلا أن يقال : حمل الاصل على ما يقابل الثلث لا يمنع من صحة
الوصية من الاصل ، لأن ثلثها وإن كانا من ثلثي الورثة ، لكن لما لم يكن
وصية من الميت بالثلث فنلثه فرضي - يعني على تقدير الوصية به - وكذلك
الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور ولا دليل على بطلان الوصية من ثلثي
الورثة إذا كانا فرضيين لا غير ، فما دام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته
من ثلثي الورثة حينئذ إذا لم يزد على الثلث ، ويتم ما ذكره في الجواهر :
(١) قيل به في توجيه كلام علي بن بابويه ، كما سبق .

(٢) قد تقدم ذلك . لكن الحمل المذكور بعيد عن هذا اللسان وإن
لم يكن بعيداً من غيره مما تقدم .

(٣) ومال إليه في الجواهر قال (ره) : « لظهور النصوص - كما
لا يخفى على من لاحظها - في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة بمجرد
اشتمال الوصية على الأزيد من الثلث ، فيكون الأمر على العكس مما ذكره
الموجه ، ضرورة كون المدار الحكم بذلك حتى يعلم أن صدورها منه بسبب
من الاسباب التي توجب الاخراج من الأصل ، عملاً بظاهر ما دل على
تعلق حق الوارث بالزائد من الثلث حتى يعلم خلافه . وأصالة النفوذ في
الوصية - بعد تسليحها - إنما هي حيث لا تعارض حق الغير . ومن هنا
قد اشتملت جملة من النصوص قولاً وفعلاً على رد الوصية الزائدة عن
الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصي كذلك ، ما لم يعلم سبب من أسباب
التعلق بالأصل ، ولو من إقراره . ولعل ذلك هو الأقوى ، ترجيحاً لهذه

الأدلة على تلك الأدلة ، وإن سلم كون التعارض بينهما بالعموم من وجهه :
أقول : عندنا مقامان : (الأول) : الحكم الواقعي ، وهو أنه لا
تجوز الوصية بما زاد على الثلث إلا باجازه الورثة إذا لم يكن حق يقتضي
ذلك ، فإذا كان هناك حق يقتضي ذلك . من نذر أو شرط في عقد لازم
أو نحو ذلك - صححت الوصية بما زاد على الثلث وإن لم يرض الورثة .
(المقام الثاني) : الحكم الظاهري ، وهو أنه إذا أوصى بأزيد من الثلث
وشك في أنها كانت بلا حق أو بحق فهل اللازم الحكم بالصحة أو بالبطلان ؟
ولا يخفى أن النصوص المتضمنة أن الوصية بالزائد موقوفة على إجازة الورثة
مختصة بالمقام الأول بحسب العنوان الأول ، ولا ترتبط بالمقام الثاني الذي
هو مورد كلام الموجه .

ومن ذلك يظهر الاشكال في قول الجواهر : « فيكون الأمر على
العكس : . . » وقوله : « ضرورة كون المدار الحكم . . » فهو كلام في
المقام الثاني . وأشكل منه استدلاله بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث
بالزائد على الثلث حتى يعطى خلافه ، فإنه لم نقف على ذلك الدليل المتعرض
للمقام الثاني - أعني الحكم الظاهري - وإشكاله على أصالة نفوذ الوصية
بانها على تقدير تسليمها مختصة بما إذا لم تعارض حق الغير ، فإنها يجب
تسليمها ، كما في سائر موارد الشك في صحة عقد أو إيقاع . وعلى تقدير
جريانها لا تعارض حق الغير ، لأن المعارضة لحق الغير مختصة بالمقام
الأول ، وجريانها إنما هو في المقام الثاني . وأما النصوص المشتملة قولا
وفعلا على رد الوصية في الزائد فهي واردة في المقام الأول ، ولا تعرض
لها للمقام الثاني ، أعني الحكم الظاهري .

ومن ذلك يظهر الاشكال في المعارضة بين أدلة صحة الوصية بما زاد
على الثلث مع وجود السبب المقتضي ، وبين أدلة رد الوصية فيما زاد على

ج ١٤ (الوصية بتام التركة مع الجهل بكونها في واجب أو في غيره) - ٦٠٣ -

ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك ، والخارج منه كونها بالواجب ، وهو غدير معلوم (١) . نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل (٢) ، بل وكذا إذا قال : أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاة أو نذراً

الثالث ، لأن المراد من الأدلة الثانية إن كان الأدلة الواردة في الحكم الواقعي فلا تعارض بينها وبين الأدلة الأولى ، لما عرفت من وجوب العمل بهما في المقام الأول . وإن كان الأدلة الواردة في الحكم الظاهري فمن المعلوم أن الأدلة الواردة في الحكم الظاهري لا تعارض الأدلة الواردة في الحكم الواقعي : والمتحصل : أن نصوص المقام كلها متعرضة للحكم الواقعي بالنسبة إلى العنوان الأولي لا غير ، فالحكم بالنظر إلى العنوان الثانوي في المقام الأول يؤخذ من القواعد العامة . كما أن الحكم الظاهري يؤخذ من أصالة الصحة . ولا مجال لفرض المعارضة بينها .

ثم إن النذر يوجب حقاً لله تعالى في فعل المنذور ، فاذا نذر أن يتصدق بدرهم فقد جعل لله تعالى حقاً عليه في أن يتصدق بالدرهم ، فاذا مات لم يبطل الحق ، بل يجب إخراجه من التركة . وكذلك إذا اشترط لزيد في عقد لازم أن يتصدق عليه أو على الفقراء بدرهم ، فإن الشرط المذكور يوجب حقاً لزيد لا يبطل بالموت ، فيجب إخراجه من التركة وإن لم يوص به . نعم إذا نذر أن يوصي بالصدقة بدرهم وكان ذلك منافياً لحق الورثة لم يصح النذر ، لعدم مشروعية الوصية كذلك ، فيبطل النذر من حينه . وكذلك إذا اشترط في ضمن عقد لازم أن يتصدق بما زاد على الثالث ، فإنه باطل ، لمخالفته للكتاب والسنة .

(١) لكن الاصل الصحة ، فيكون بحكم المعلوم .

(٢) العمل بهذا الاقرار ليس لقاعدة : « إقرار العقلاء على أنفسهم

أو نحو ذلك ، وشك في أنها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي ، فانها أيضاً تخرج من الاصل ، لان للظاهر من الخمس وللزكاة للواجب منها ، وللظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما .

(مسألة ٤) : إذا أجاز للوارث بعد وفاة الموصي فلا إشكال في نفوذها (١) ، ولا يجوز له للرجوع في إجازته (٢) .
وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان ،

جائز (١٥) ، لكون هذا الإقرار متعلقاً بالورثة ، فهو ليس إقراراً على النفس ، بل هو للنصوص الدالة على نفوذ إقرار الانسان بالدين وبالزكاة وبالحيج ، وأنه يجب على الورثة العمل به .

(١) وفي الجواهر : أنه لإجماع بقسميه . انتهى . وفي صحيح أحمد بن محمد : « كتب أحمد بن إسحاق الى أبي الحسن (ع) : إن درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضبعة أشقاصاً في مواضع ، وأوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث ، ونحن أوصياؤها ، وأحبينا لإنهاء ذلك إلى سيدنا ، فإن أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها ، وإن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله . قال فكتب عليه السلام بخطه : ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث ، وإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله » (٢٠) .

(٢) الظاهر أنه مما لا إشكال فيه . ويقتضيه الأصل ، لأنها بالاجازة نفذت ، فبطلانها بالرجوع يحتاج إلى دليل .

(١٥) غوالي الثاني : آواخر الفصل التاسع من المقدمة .

(٢٥) الوسائل باب : ١١ من أبواب كتاب الرضايا حديث : ١ .

أقواهما الاول ، كما هو المشهور (١) . للاخبار (٢) ،

(١) حكي الشهرة في الجواهر والحدائق .

(٢) منها صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل أوصى بوصية وورثته شهود ، فاجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته » (١٥) ، ونحوه صحيح منصور بن حازم (٢٥) . وفي المسالك : جعل الحكم مدلولاً لغيرهما من الاخبار أيضاً ، وكذا في الجواهر :

واستدل له في المختلف بعموم قوله تعالى : (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (٣٥) . ولأن الرد حق للورثة ، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم ، كما لو رضي المشتري بالعيب . ولأن الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث ، لأنه تصرف من المالك في ملكه ، لكن منع من الزيادة على الثلث إرفاقاً بالورثة فإذا رضي الوارث زال المانع . ولأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة ، لأنه إن برىء كان المال له ، وإن مات كان للورثة ، فإن كان للموصي فقد أوصى به وإن كان للورثة فقد أجازوه . انتهى وفي جامع المقاصد : استدل بالوجهين الأولين فقط ، وفي المسالك : ذكر الأولين والآخر مؤيدة للاستدلال بالنصوص لا معاضدة ، ونحوه في الجواهر .

لكنها جميعاً ضعيفة لا تصالح للدليلية ولا للتأييد . إذ يشكل الأول : بأنه مع الشك يرجع إلى عموم ما دل على عدم صحة الوصية بما زاد على

(١٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٣ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٢ .

(٣٥) النساء : ١٢ .

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين (١) ، فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه ، كما لا يبعد استفادته من الاخبار بالدلالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث (٢) . وهذا والاجازة من

الثلث ، الذي هو أخص من عموم صحة الوصية . ويشكل الثاني : بأنه لم يثبت الحق للورثة حال الحياة ، فلا معنى لاسقاطه ، وإذا أريد ثبوته بعد الموت فاسقاطه حال الحياة من قبيل إسقاط ما لم يجب : ويشكل الثالث : بأن زوال المانع إنما يتم على تقدير استمرار رضى الوارث ، أما إذا رد بعد ذلك فالارفاق به يقتضي عدم صحة الاجازة السابقة والعمل على رده . ويشكل الرابع : بأن موضوع الكلام صورة الموت ، فالملك يكون للورثة ، لكنه بعد الموت لا قبله ، فالاجازة قبله إجازة من غير المالك .

هذا والقول بعدم اعتبار الاجازة حال الحياة منسوب في الجواهر إلى المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجامع والايضاح وشرح الارشاد : وعن السرائر : الاستدلال له بانها إجازة في غير ما يستحقونه بعد ، فلا يلزمهم ذلك بحال . وفيه : أنه اجتهاد في مقابل النص المعتبر ، فلا يركن إليه ولا يؤبه به . ومثله في الاشكال التفصيل بين كون الاجازة حال مرض الموصي فتصح وحال صحته فلا تصح . فانه خلاف إطلاق النص . وكذا في الاشكال التفصيل بين غنى الوارث فتصح اجازته بلا استدعاء ، وفقره أو باستدعاء من الموصي فلا تصح .

(١) الاحتمال لا يصلح للتأييد ، إذ يقابله الاحتمال الآخر المؤيد لخلافه .

نعم إذا كان الاحتمال مفاد حجة كانت الحجة مؤيدة .

(٢) بل تبعد ، والمستفاد منها أنه ليس للميت التصرف في ماله بعد الوفاة إلا بمقدار الثلث ، أما أن ذلك لأجل ثبوت حق فعلي للوارث أو لأمر آخر لاحق بعد الوفاة ، كل محتمل .

ج ١٤ (الاجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي لا ابتداء عطية منه) -٦٠٧-

للوارث تنفيذ لعمل الموصي (١) وليست ابتداء عطية من

(١) قال في الشرائع : « وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك لإجازة لفعل الموصي ، وليس بابتداء هبة ، فلا تفتقر صحتها إلى القبض » ، وفي المسالك : « فان أجازوا في حال الحياة حيث يعتبر كان تنفيذاً لا ابتداء عطية بغير اشكال ، لأن الوارث لم يملك حينئذ فلا يأتي فيه الاحتمال » . وفيه : ان الانتقال الى الموصى له انما يكون بعد موت الموصي ، والوارث يملك حينئذ ، فيأتي فيه الاحتمال . ولذلك لم يخص الاحتمالين في القواعد بالاجازة بعد الوفاة ، فقال : « والاجازة تنفيذ لفعل الموصي ، لا ابتداء عطية ، فلا تفتقر الى قبض » . وفي المسالك : « وان وقعت الاجازة بعد الوفاة ففي كونها تنفيذ أو ابتداء عطية من الوارث وجهان » وفي آخر كلامه نسب ما ذكره المصنف (ره) الى مذهب الأصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم ، وانما يذكر الاخير وجهاً أو احتمالاً وإنما هو قول العامة وأن المرجح عندهم ما اخترناه . انتهى .

ومحصل الخلاف في المقام : هو أن المال ينتقل من الموصي الى الموصى له ، أو من الوارث الى الموصى له ، ولا ريب أن الانشاء للتمليك كان من الموصي ، والوارث لم يكن منه إنشاء التمليك ، وإنما كان منه لإجازة ذلك الانشاء ، فهو تنفيذ لذلك الانشاء ، لا إنشاء ابتدائي . فالعبارة لا تخلو من حزازة .

والوجه فيما ذكر الأصحاب : أن المال حال التصرف ملك للموصي الى حين الموت ، فاذا صح التصرف وانتقل المال الى الموصى له فقد انتقل إليه من الموصي ، لا من الورثة ، لأن انتقاله الى الورثة خلاف مقتضى نفوذ الوصية ، لأن مفاد الوصية الانتقال الى الموصى له ، لا إلى غيره . (وما قيل) في وجه الاحتمال الآخر من أن الزائد على الثلث ملك للورثة

للوارث ، فلا ينتقل للزائد إلى الموصى له من الوارث - بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له - بل ولا بتقدير ملكه ، بل ينتقل إليه من الموصى من الأول .
(مسألة ٥) : ذكر بعضهم (١) أنه لو أوصى بنصف

بعد الموت ، فإذا صحت الوصية به باجازه الورثة فقد صح الانتقال منهم إلى الموصى له (ضعيف) لأن الانتقال إلى الورثة فرع عدم صحة الوصية لأن الميراث بعد الوصية ، فإذا صحت الوصية ، ولو بالاجازة فقد صح عدم انتقال الموصى به إلى الورثة .

اللهم إلا أن يقال : ذلك بالنسبة إلى الوصية بالثلث ، أما الوصية بالزائد عليه فليست مقدمة على الميراث ، ولذا كانت محتاجة إلى إجازة الورثة . لكنه خلاف إطلاق ما دل على تقدم الوصية على الميراث من الكتاب والسنة ، والاحتياج إلى الاجازة لا ينفي ذلك ، لأن الوصية مع الاجازة لا تخرج عن الوصية ، فيشملها إطلاق الأدلة .

اللهم إلا أن يقال . إن ما تضمن أنه ليس للميت من ماله إلا الثلث يدل على أن الثلثين للورثة ، فالوصية بهما وصية بمال الورثة ، فإذا صحت الوصية بالاجازة فقد انتقل المال منهم إلى الموصى له . ولكنه يشكل : بأن لازم ذلك أن الثلث للميت وإن لم يوص به ، وهو - كما ترى - لا يمكن الالتزام به ، وخلاف ما دل على أن الميراث بعد الدين والوصية ، فيتعين حمله على إرادة بيان ما يصح له التصرف فيه ، وأنه ليس إلا الثلث ، والمال كله له حال الحياة ، فإذا مات وتصرف فيه وقد صح التصرف انتقل منه بمقتضى التصرف إلى الموصى له ، وإن لم يتصرف انتقل إلى الوارث ، فالمال حين ينتقل إلى غير الوارث ينتقل من الموصى لا من الوارث .

(١) قال في الشرائع : ولو أوصى بنصف ماله مثلاً ، فاجاز الورثة

ماله مثلاً فأجاز للورثة ، ثم قالوا : ظننا أنه قليل ، قضى عليهم بما ظنوه ، وعليهم الحلف على للزائد ، فلو قالوا : ظننا أنه ألف درهم ، فبان أنه ألف دينار ، قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ، وأحلفوا على نفي ظن للزائد ، فللموصى له نصف ألف درهم من للتركة وثلث للبقية (١) وذلك لأصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد (٢) ، وأصالة عدم علمهم بالزائد . بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة - كدار أو عبد - فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من للثلث

ثم قالوا : ظننا أنه قليل قضى عليهم بما ظنوه ، وأحلفوا على الزائد . وفيه تردد . وأما لو أوصى بعبد أو بدار ، فأجازوا الوصية ، ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير ، لم يلتفت إلى دعواهم ، لأن الاجازة هنا تضمنت معلوماً . والحكم المذكور ذكره جماعة من الاصحاب ، وفي الجواهر : « لا أجد فيه خلافاً صريحاً » .

(١) كما في المسالك والجواهر وغيرهما . لنفوذ الوصية في ثلث التركة ومنه ثلث الباقي . ولعل الأولى في التعبير أن يقال : إنه يعطى ثلث الألف دينار بالوصية وسدس الألف درهم بالاجازة ، لانهم لما ظنوا أن التركة الف درهم فأجازوا الوصية بنصفها فقد ظنوا أن الزائد الهجاز سدس الألف درهم ، فتصح الاجازة فيه لا غير .

(٢) قال في المسالك : « ووجه قبول قولهم استناده إلى أصالة عدم العلم بالزائد . مضافاً إلى أن المال مما يخفى غالباً . ولأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة ، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم ، لأن الظن من الامور النفسانية ، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر ،

بقليل ، فبان أنه أزيد بكثير ، فانه لا يسمع منهم ذلك ، لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم (١) وهو للدار أو للعبد . ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول (٢) ومنهم من سوى بينهما في عدم للقبول (٣) . وهذا هو الأقوى ، أخذاً بظاهر كلامهم في

لتعذر إقامة البينة على دعواهم ، ، وفي الجواهر : زاد في توجيه ذلك أصالة عدم الاجازة ، كما في المتن . وحاصل التوجيه : أن دعوى الوارث مطابقة لاحد الاصلين ، فيكون منكراً ، ويقبل قوله بيمينه . أو لأنها موافقة لقاعدة قبول الاخبار بما لا يعلم الا من قبل المخبر وإن كان الخبر على خلاف الأصل ؛ (١) تقدم التعليل بذلك عن الشرايع . وهو بظاهره مصادرة ، فان

الدليل عين الدعوى . وفي المسالك : جعل وجه الفرق بين المسألتين أن في هذه المسألة موضوع الاجازة الدار ، وهي معلومة ، وفي المسألة السابقة موضوعها الجزء المشاع ، والعلم بمقداره يتوقف على معرفة مقدار مجموع التركة والاصل عدمه . ونحوه ما إذا أوصى بثلثة وعشرة ، فاجازوا ثم ادعوا ظن كثرة المال ، فتبين قلته ، لكون العشرة التي هي موضوع الاجازة معلومة . وقد يفرق بين المسألتين بأن دعوى الورثة في الأولى مطابقة لاصالة عدم كثرة المال ، وفي الثانية مخالفة لذلك ، لانهم يدعون الظن بالكثرة فتبين أنه قليل :

(٢) قال في المسالك : « لعله الأوجه » ، وحكي هو عن الدروس : الميل إليه ، وعن التحرير : أنه جعله وجهاً ، وعن القواعد احتمالاً . لأن الاجازة وإن وقعت على معاموم - وهو الدار أو العشرة في مثالنا - لكن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما تسامحوا فيه مجهولاً ، ولا يعرف الا بمعرفة مجموع التركة ، والاصل عدمه .

(٣) يظهر ذلك من الجواهر .

الاجازة (١) ، كما في سائر المقامات ، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا ، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا ، فإنه لا يسمع منه (٢) . بل الأقوى عدم السماع

(١) لا يخفى أن أصالة عدم كثرة المال ، أو أصالة عدم العلم بمقداره ونحوهما لا مجال للرجوع إليهما ، لعدم الأثر الشرعي لمجرهما ، والأثر إنما هو لاجازة الورثة ، فإن كان الخلاف في تحقق الاجازة منهم بنحو مفاد كان التامة وعدمه ، فالاصل عدم الاجازة ، وإن كان الخلاف في مفاد كان الناقصة وأن الاجازة الواقعة منهم هل كانت تشمل صورة ما إذا كان النصف الموصى به خمسمائة دينار ، أو الدار الموصى بها تمام التركة - مثلاً - أو لا تشمل ذلك ، فاصالة عدم الشمول وإن كانت جارية في نفسها ، لكن إطلاق الاجازة الصادرة من الوارث حاكم عليها ، وحينئذ يكون قول الوارث : ظننا كذا ، أو اعتقدنا كذا فأجزنا على تقدير غير حاصل ، ولم نجز على التقدير الحاصل ، دعوى على خلاف الإطلاق . وقد كان بناء الأصحاب (رض) على الأخذ به في الاقراءات والتذور والوصايا والعقود وغيرها ، كما في الجواهر . بل قال : « إن تقييد الاجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها في خلافه مخالف للضوابط الشرعية ، كما هو واضح » .

(٢) إن كان المراد منه أنه لا يقبل خبره ولا يترتب الأثر عليه ، فهو في محله ، لما ذكر من أنه مخالفة لظاهر قوله وفعله وهو حجة ، فلا ترفع اليد عنه بمجرد الخبر ، كما إذا أخبر بملك ما في يد غيره ، فإن الخبر لا يقبل ويعمل على مقتضى اليد حتى يثبت الخلاف . وإن كان المراد أن الدعوى لا تسمع في مقام التداعي وترد عليه ، فهو غير ظاهر ، لاطلاق ما دل على سماع الدعوى والنظر فيها ، والرجوع إلى قواعد القضاء . ولذا ذكر الأصحاب أنه إذا أقر بقبض الثمن ، ثم ادعى أن اقراره كان للتواطؤ

حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (١). إلا إذا علم كون

بينه وبين المشتري قبل ذلك منه ، وفي الجواهر : « لم نجد خلافاً في القبول » ثم قال : « ولعل الأقوى في النظر إن لم يكن لإجماع عدم خصوصية للمقام فتسمع الدعوى مطلقاً إذا ذكر وجهاً ممكناً لاقراره الأول » . فإذا كان يقبل ذلك مع كونه مخالفاً لظاهر الاقرار فأولى أن يقبل إذا كان مخالفاً لظاهر القول أو الفعل : نعم على تقدير القبول يكون مدعياً ، لان قوله يخالف الحجة - وهو ظاهر الاجازة - وخصمه منكرأ لموافقته لظاهر الاجازة ، فيكون البينة عليه واليمين على خصمه . وبذلك يفترق عن حكم القبول عند الاصحاب ، فان الوارث عندهم يقبل قوله لأنه منكر ، وبناء على ما ذكرنا يقبل قوله لأنه مدع وخصمه منكر : ونظير المقام ما إذا باع مثلاً ثم ادعى فساد البيع ، فانه يقبل قوله - اتفاقاً ظاهراً ، كما في الجواهر - على أنه مدع ، لأن قوله مخالف لأصالة الصحة ، ويكون خصمه منكرأ ، لموافقة قوله لها . وكذلك بناؤهم في باب الاقرار ، فانه يكون مدعياً عندهم وخصمه منكرأ ، فيحلف خصمه على القبض - كما هو الظاهر - أو على نفي المواطاة ، كما قيل .

(١) لأن الظن من قبيل الداعي إلى الاجازة ، لا قيد لموضوعها ، ومع تخلف الداعي لا يبطل الانشاء ، لأن الدواعي بوجودها العلمي مؤثرة في المدعو إليه ، والوجود العلمي حاصل ، لا بوجودها الخارجي ، حتى يكون فقدها موجباً لانتفاء المدعو إليه ، كما ذكرنا ذلك مكرراً في هذا الشرح . فإذا قال انسان : من كان صديقي فليأكل من طعامي ، لا يجوز لمن لم يكن صديقاً له أن يأكل ، لأنه غير مأذون ، لانتفاء قيد موضوع الاذن ، وإذا قال انسان لآخر : كل من طعامي ، وعلم أن الداعي إلى هذا الاذن اعتقاد الصداقة جاز له أن يأكل وإن لم يكن صديقاً له . وعلى

إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا (١) ، فيرجع إلى عدم
الاجازة (٢) . ومعها يشكل للسماح فيما ظنوه أيضاً (٣) .
(مسألة ٦) : المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة
الموصي (٤) ،

هذا فلو فرض صدق الوارث في دعواه الظن بقلة المال أو زيادته ، لكن
تخلف ذلك ، لا يوجب بطلان الاجازة . اللهم إلا أن يقال : قاعدة نفي
الضرر موجبة للبطلان ، لأن صحة الاجازة ضرر على الوارث لم يقدم عليه
لكن يشكل : بأن الاجازة لا توجب الضرر ، وإنما توجب عدم النفع ، لأن
المال لم يخرج من ملك الوارث ، وإنما خرج من ملك الموصي ، كما تقدم :
(١) بناء على ما ذكرنا يكون مورد الشك في كون الخصوصية أخذت
بنحو الداعي أو القيد مورداً لأصالة عدم الاجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر
الاطلاق ، فإن إطلاق الخطاب وعدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصية
لوحظت داعياً فما لم يعلم التقييد يبنى على صحة الوصية ؛
(٢) هذا إذا احتمل تحقق إجازة أخرى غير الاجازة التي قيدت ،
وإلا فلا شك كي يرجع إلى الأصل .
(٣) إذا كان ما ظنوه زائداً على المقيد ، أما إذا كان هو المقيد فلا
إشكال في كونه مورد الاجازة .

(٤) بلا خلاف أجده ، بل الإجماع محكي عن الخلاف ، إن لم يكن
محصلاً . كذا في الجواهر . ويقتضيه إطلاق الأدلة ، فإنه يقتضي كون
المراد من الثلث ما كان حال الوفاة ، وكذلك غيره من السهام ، كالنصف
والربع والثمن وغيرها ، فإن الجميع من باب واحد ، وإنهما جميعاً واردة
بالنسبة إلى ما يتركه الميت ويفارقه ويذهب إلى غيره ، فكأن الموصي في
مقام التصرف في المال الذي يذهب منه . ولولا ذلك كان المتعين الحمل

لا حال للوصية (١) ، بل على حال حصول قبض للوارث للتركة (٢) إن لم تكن بيدهم حال للوفاة ، فلو أوصى بحصة مشاعة - كالربع أو الثلث - وكان ماله بمقدار ثم نقص كان للنقص مشتركاً بين للوارث والموصي ، ولو زاد كانت للزيادة لهما مطلقاً ، وإن كانت كثيرة جداً . وقد يقيد بما إذا لم

على حال الوصية ، كما في سائر الموارد التي يحمل فيها العنوان على ما يكون حال الخطاب ، فإذا قال المقر : لزيد نصف مالي ، كان المراد نصفه حال الاقرار ، وإذا قال : لله علي أن أتصدق بنصف مالي ، فالمراد حال النذر ، وهكذا . لكن القرينة في المقام قائمة على حال الوفاة .

(١) خلافاً لبعض الشافعية :

(٢) قال في جامع المقاصد : وقد بينا فيما تقدم أن الثلث يعتبر بعد الموت ، إذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت - كالدية إذا ثبتت صلحاً - وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث . وكان المصنف (ره) إنما اعتبر ذلك (يعني حال الوفاة) في مقابل وقت الوصية ، لا مطلقاً ، فكأنه قال : لا يعتبر وقت الوصية ، وتبعه على ذلك من تأخر عنه . وهو في محله في المتجدد - كما يأتي - للدليل . وأما في التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر ، لأن النقص يكون من أصل التركة ، ولا يختص بمال الوارث ضرورة ، لعدم المحصص . وحيث لا يكون المدار في الثلث على حال القبض بل على حال الوفاة ، وورود النقص عليه بالتلف لا ينافي ذلك ، بل يحققه ، وكذا إذا قبضه الوارث قبض أمانة ، فتلف بعضه ، فإن النقص يكون على الجميع . وإذا قبضه الوارث قبض ضمان ، فتلف بعضه ، ضمنه الوارث لا غير . وكيف كان فالنقص على نحو الضمان وعدمه لا يستدعي كون العبرة بالثلث على حال قبض الوارث . فلاحظ

ج ١٤ (الأشتراك في زيادة المال او تقيصته الحاصلة قبل قبض الوارث) ٦١٥ -

تكن كثيرة (١) ، إذ لا يعلم إرادته هذه للزيادة المتجددة ،
والاصل عدم تعلق الوصية بها . ولكن لا وجه له ، للزوم
للعمل باطلاق الوصية (٢) .

(١) قال في جامع المقاصد : « هذا يستقيم فيما إذا أوصى بقدر معلوم ،
أما إذا أوصى بثلث تركته ، وكان في وقت الوصية قليلا ، فتجدد له مال
كثير - بالارث أو بالوصية أو بالاكتساب - ففي تعلق الوصية بثلث المتجدد
مع عدم العلم بارادة الموصي للموجود وقت الوصية والمتجدد نظر ظاهر ،
منشؤه قرابين الأحوال على أن الموصي لم يرد ثلث المتجدد حيث لا يكون
تجدده متوقعا . وقد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه ، وله
ابن وابن ابن ، فمات الابن ، فان استحقاق ابن الابن لها لا يخلو من تردد .
(٢) قد عرفت أن الحمل على حال الوفاة مقتضى قرينة المقام القطعية
وحيث لا مجال للتشكيك المذكور . ولا لدفعه بالتمسك بالاطلاق ، فان
المقام ليس مقام الاطلاق والتقييد لتعين المراد . نعم يمكن فرض الاطلاق
بملاحظ أن المال حال الوفاة تارة : يكون موجوداً حال الوصية ، وأخرى :
لا يكون كذلك . لكن المستشكل لم يكن توقيفه لذلك ، ولا لاحتمال هذا
النحو من التقييد ، بل كأنه لاحظ حال الوصية في المقدار ولاحظ الزيادة
من أحواله ، فكان الموصي قال : ادفعوا ثلث مالي حال الوصية وإن زاد .
وشكك جامع المقاصد في شموله للزيادة الكثيرة والمصنف تمسك بالاطلاق
الشامل للزيادة الكثيرة مع أن الزيادة ليست من أحوال المال الثابت حال
الوصية وربما تكون مباينة له ، بأن كان يملك حال الوصية دراهم فصار
يملك دنانير ، فكيف يكون الاطلاق شاملا للزيادة مع المباينة ؟ فلاحظ .
وعلى تقدير الاطلاق فقرائن الأحوال التي ذكرها في جامع المقاصد غير
ثابتة بنحو تصلح للتقييد : فان مجرد عدم التوقع للزيادة لا يصلح لذلك .

نعم لو كان هناك قرينة قطعية (١) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر . لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقتلها . ولو أوصى بعين معينة (٢) كانت بقدر الثلث أو اقل ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك للعين ، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزايد مع عدم إجازة للوارث ، وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصية ، ثم زادت للتركة أو نقصت قيمة تلك للعين فصارت بقدر الثلث أو اقل ، صححت الوصية فيها . وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلاً .

(مسألة ٧) : ربما يحتمل (٣) فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي - كمائة دينار مثلاً - أنه إذا أتلف من للتركة بعد موت

(١) أو غير قطعية مع كونها قرينة لتقييد المطلق ، أو صالحة للقرينة وإن لم يثبت كونها قرينة عند العرف ، فإن ذلك كافٍ في رفع اليد عن الاطلاق ، ولا يخص ذلك بالقرينة القطعية ، ولا بالقرينة على التقييد وإن لم تكن قطعية ، فإن ما يصلح للقرينية كافٍ في رفع اليد عن الاطلاق .
(٢) هذا وما بعده يتفرع على كون العبرة بالثلث حال الوفاة لا حال الوصية .

(٣) قال في الجواهر : وإنما الاشكال في أن هذا ونحوه (يعني الوصية بشيء معين أو بمقدار كلي كمائة دينار) هل يرجع إلى الوصية بحصة مشاعة من الثلث حتى أن التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة ، لأنه كالوصية بربع الثلث - مثلاً - وأنه لا يرجع إلى ذلك ، بل هو كلي مضمون في الثلث ، حتى لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوي ذلك نفذت

الموصي يرد للنقص عليهما أيضاً بالنسبة ، كما في الحصة المشاعة ، وإن كان للثلث وافيأ . وذلك بدعوى أن الوصية بها ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها ، فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة . والاقوى عدم ورود للنقص عليهما (١) مادام للثلث وافيأ ، ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لوجه له ، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة .

(مسألة ٨) : إذا حصل للموصي مال بعد الموت - كما

إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته - يخرج منه الوصية كما يخرج منه للديون (٢) ، فلو كان أوصى بالثلث أو للربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً ، وإذا أوصى بعين ، وكانت

الوصية ؟ فيه وجهان منشؤهما أن الكلي يملك في الخارج لا على جهة الاشاعة على وجه تشمله عمومات الوصية - مثلاً - أو أنه لا يملك إلا على جهة الاشاعة إلا ما خرج بالدليل ، كبيع الصاع من الصبرة بناء عليه ، لخبر الاطنان .

(١) لاطلاق وجوب العمل بالوصية إذا لم تزد على الثلث ، وورود النقص على الموصى به في الفرضين المذكورين في المتن خلاف ذلك الاطلاق كما اختاره في الجواهر . (ودعوى) عدم ملك الكلي إلا على نحو الاشاعة ممنوعة مخالفة لما عند العرف . نعم إذا كانت الاشاعة في نفس الموصى به - كما إذا أوصى بالثلث أو الربع أو نحوهما - فورود النقص عليهما مقتضى الاشتراك في المشاع كما هو ظاهر .

(٢) نص على ذلك جماعة . لأن النصب فعل الميت ، والصيد أثره والاثر تابع للمؤثر تبعية التمام لذني التمام .

أزيد من الثلث حين الموت ، وخرجت منه بضم ذلك المال ، نفذت فيها (١) . وكذا إذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلاً . بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته ، فيخرج منها للثلث (٢) كما يخرج منها ديونه إذا كان للقتل خطأ ، بل وإن

(١) يشكل بأن النصب حال الوفاة يكون للوارث ، لأنه غير موصى به ، وإذا كان النصب للوارث كان أثره - وهو الصيد - له لا للميت حتى تخرج منه وصيته . نظير ما إذا ترك شاتين قد أوصى باحدهما بعينها لزيد وكانتا متساويتين في القيمة ، فانه ترد الوصية في سدس الشاة الموصى بها ، فاذا ولدت الشاة الأخرى لم يكن متداركاً به النقص ، لانه ملك الوارث لا غير . وكذا الكلام فيما لو أوصى بمائة دينار مثلاً فان العين الخارجية للوارث والنماء تابع لها ، فيكون للوارث .

(٢) لإجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ، كذا في الجواهر ، وفي جامع المقاصد : دعوى الاطباق عليه . وهو كذلك على الظاهر ، فانه لم ينقل فيه خلاف أو اشكال . وتدل عليه النصوص ، كصحيح محمد بن قيس ، قال : « قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع ، فيقتل الرجل خطأ ، يعني الموصي . فقال يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته » (١٥) . وخبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ ، فان ثلث ديته داخل في وصيته » (٢٥) ، ونحوهما غيرهما .

(١٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ١٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث : ٢ . ويوجد في الباب غير ذلك

كان عمداً (١) وصالحوا على الدية. للنصوص الخاصة. مضافاً إلى الاعتبار ، وهو كونه أحق بعوض نفسه من غيره (٢) .

(١) كما هو المشهور . وفي الجواهر وقيل : إنه حكيت إجماعات على ذلك وأنه لم يخالف فيه ، إلا ما يوهمه كلام ابن ادريس في باب قضاء الدين عن الميت ، وهو اجتهاد في مقابلة النص . ويشير بالنص إلى خبر عبد الحميد : « سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن رجل قتل ، وعليه دين ، وأخذ أهله الدية من قاتله ، أعليهم أن يقضوا الدين ؟ قال (ع) : نعم . قلت : وهو لم يترك شيئاً . قال (ع) : إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين » (١٥) ونحوه خبر يحيى الأزرق عن أبي الحسن (ع) (٢٥) : وإطلاقها شامل للعمد . بل هو صريح خبر أبي بصير عن أبي الحسن موسى ابن جعفر (ع) قال : « قلت : فإن هو قتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله على الدية فعلى من الدين ، على أوليائه أم من الدية أو على إمام المسلمين ؟ فقال (ع) : بل يؤدوا دينه من دينه التي صالح عليها أولياؤه ، فإنه أحق بدينه من غيره » (٣٥) . لكن النصوص المذكورة غير متعرضة للصيغة ، فكان الجماعة ألحقوها به ، بناء منهم على أن الدية ميراث ، والميراث بعد الوصية كما هو بعد الدين .

(١) كأن المقتول ملك نفس القاتل عوض نفسه ، والولاية على ما

(١٥) الوسائل باب : ٢٤ من أبواب الدين والقرض ملحق حديث : ١ .

(٢٥) الوسائل باب : ٢٤ من أبواب الدين والقرض حديث : ١ .

(٣٥) الوسائل باب : ٥٩ من أبواب أحكام القصاص حديث : ٢ . لكن رواه عن الفقيه بطريقه عن علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن موسى بن جعفر (ع) . وهو مروى هكذا في التهذيب الجزء : ٤ صفحة : ٨٣ طبع النجف . لكن رواه في الوافي - في باب أولياء الدم من أبواب القصاص في المجلد الثاني صفحة : ١٩٢ - عن التهذيب عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام .

وكذا إذا أخذ دية جرحه خطأ (١) ، بل أو عمداً (٢) .

ملكه لوليه ، فله العفو ، وله القتل ، وله المصالحة عليها بالعوض ، وهو الدية ، فالدية تكون للوارث بلحاظ كونه بمنزلة مورثه وقائماً مقامه ، فالمقتول وإن كان لا يملك نفسه حقيقة ، ولا يملك عوضها - وهي نفس القاتل - ولا يملك الدية التي هي عوض نفس المقتول بالصلح ، لكن لما كان ملك الوارث للدية بلحاظ كونه قائماً مقام مورثه ، فكأنه يأخذ المال بالارث من المقتول ، لا بالاصالة عن نفسه ، وإلى ذلك يشير قوله (ع) في رواية أبي بصير : « فانه أحق بديته » ، فهو حينئذ أحق باستيفاء الدية بتنفيذ وصيته من ورثته ، فهذه الاعتبارات متلازمة عرفاً ، فلا مجال للاشكال في نفوذ الوصية في الفرض .

(١) فان الميت يملك الدية في حياته ، وهي كسائر أمواله التي تخرج منها وصاياه إذا لم ترد على الثالث .
(٢) فانه في العمد لم يملك الدية في حياته لكنه يملك القصاص ، والدية عوضه بالصلح ، فيكون ما يملكه قابلاً لتنفيذ وصيته ولو بالمصالحة عليه . فلا إشكال .

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب وهو حسبنا ونعم الوكيل :
إلى هنا انتهى الكلام في مباحث الوصية . وكان في جوار الحضرة العلوية المقدسة ، على مشرفها أفضل الصلاة والسلام . في الخامس والعشرين من شهر ربيع الأول سنة احدى وثمانين وثلاثمائة وألف هجرية : والحمد لله رب العالمين .

فهرس الجزء الرابع عشر

من مستهسك العروة الوثقى

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
حكم الخنثى مع الذكر والأنثى	٢٤	استحباب النكاح في نفسه وكرهه	٣
حكم النظر إلى الوجه والكفين وغيرهما	٢٥	العزوبة .	
من الأجنبية والأجنبي		ما يستحب لمن يريد النكاح	٦
يجوز النظر إلى المحارم عدا العورة	٣٢	ما يكره لمن يريد النكاح	٧
المملوكة كالزوجة إلا ما استثني	٣٣	ما يستحب اختياره من النساء وما يكره	٧
النظر إلى الزوجة المعتدة من وطء	٣٤	مستحبات الدخول على الزوجة	٨
الشبهة والطلاق الرجعي ، والامة		الكلام فيما ينشر في الأعراس	٩
المعتدة من وطء الشبهة		ما يستحب عند الجماع	٩
ما يستثنى من عدم جواز النظر	٣٤	الأوقات التي يكره فيها الجماع	١٠
النظر إلى الصبي والصبية مع التمييز	٣٨	بعض أحكام الزويج	١١
وبدون		يجوز النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها	١٢
حكم تقبيل الرجل الصبية	٤١	يجوز النظر إلى الجارية التي يريد شراءها	١٧
ووضعها في حجره		حكم النظر إلى نساء أهل الذمة والبوادي	١٨
نظر المملوك إلى مالكة	٤٢	جواز النظر إلى المائل عدا العورة	٢٢
نظر الخصي إلى المرأة	٤٤	يجوز نظر الزوج إلى الزوجة وبالعكس	٢٣
حكم العينين والمحجوب والكبير الذي	٤٦		

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٦٠ تحديد النظر المحرم	٦٠	سقطت شهوته	
[فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة]		٤٧ الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه	٤٧
٦١ حكم الوط في الدبر	٦١	٤٨ سماع صوت الأجنبية والأجنبي	٤٨
٦٤ وط الحائض دبراً	٦٤	٤٩ مصافحة الأجنبية والمحارم ولمسها	٤٩
٦٤ هل يتحقق الفسوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً	٦٤	٥٠ حكم ابتداء الرجل المرأة بالسلام	٥٠
٦٥ ما يشترك فيه الوط في الدبر مع الوطء في القبل من الأحكام وما يختلفان فيه	٦٥	٥١ يكره الجلوس في مجلس المرأة قبل برده	٥١
٦٨ إذا حلف على ترك الوط يحنث بالوطء دبراً إلا مع قرينة صارفة	٦٨	٥٢ استئذان الولد إذا دخل على أبيه ، وعدم استئذان الوالد إذا دخل على ابنته	٥٢
٦٨ حكم العزل عند الوطء	٦٨	٥٢ الحد الذي يفرق فيه بين الأطفال في المضاجع	٥٢
٧١ حكم الدية لو تحقق العزل	٧١	٥٣ النظر إلى العضو المقطوع من الأجنبي	٥٣
٧٢ يحرم ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر	٧٢	٥٣ حكم وصل المرأة شعر غيرها بشعرها	٥٣
٧٤ تحديد الوطء الواجب	٧٤	٥٤ لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس	٥٤
٧٥ موارد جواز ترك الوطء	٧٥	٥٤ يكره اختلاط النساء بالرجال إلا العجائز	٥٤
٧٦ حكم مالو كانت المرأة شبقة	٧٦	٥٥ صور الشك في كون الشخص ممن يجوز النظر إليه	٥٥
٧٧ حكم قضاء الوطء لو تركه عند تمام الأربعة أشهر	٧٧	٥٧ ما ذكره بعض الأعاظم (ره) في توجيه حرمة النظر مع الشك. ومناقشته	٥٧
(فصل)		٥٩ يجب على النساء التستر كما يحرم على الرجال النظر ، وحكم العكس	٥٩
٧٨ لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمالها تسع	٧٨		

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
→ جواز الزيادة على الأربع في غير	٩٤	سنتين	
العقد الدائم		٧٩ حكم وطء المملوكة قبل إكمالها تسع	
→ لا يجوز للحر أن يجمع بين أكثر	٩٦	سنتين	
من أمتين		٨٠ لو وطأ زوجته الصغيرة فأفضاها	
لا يجوز للعبد أن يجمع بين أكثر من	٩٧	٨٣ وجوب دية الأفضاء	
حرتين . مع صور الجمع للحر والعبد		٨٤ وجوب النفقة على المفوضة مادامت	
حكم العبد والامة المبعضين	٩٨	حيية	
إذا أعتق العبد وعنده أكثر من أمتين	١٠١	٨٥ تحقيق معنى الأفضاء	
تحقق حال القرعة دليلاً ومورداً	١٠٢	٨٦ إفضاء غير الزوجة	
إذا أعتقت الأمة وهي عند العبد	١٠٧	٨٨ إفضاء الزوجة بعد إكمالها تسع سنين	
من كان عنده أربع واحتمل أن بعضها	١٠٧	٨٨ إذا كان المفوضي صغيراً أو مجنوناً فهل	
بالعقد المنقطع فهل يتزوج الخامسة؟		الدية عليه أو على العاقلة ؟	
حكم تزوج الخامسة في عدة طلاق	١١٠	٨٨ إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب	
الرابعة		غير الأفضاء ضمنه	
لو كانت الخامسة أخت المطلقة	١١٢	٨٩ لو شك في إكمالها تسع سنين	
لو كانت العدة لغير الطلاق	١١٤	٩١ يجري على الزوجة مع الأفضاء جميع	
		أحكام الزوجة	
(فصل)		٩١ حكم النفقة عليها ونشأت ، مع بعض	
لا يجوز التزويج في عدة الغير	١١٥	أحكام نفقتها	
١١٥ تحريم المزدوجة في العدة مؤبداً مع			
العلم أو الدخول بها		(فصل)	
لا يلحق استبراء الأمة بالعدة	١٢٠	٩٣ لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على أربع	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
تزويج ذات البعل كتزويج المعتدة	١٣٠	جواز الاستمتاع بالامة قبل الاستبراء	١٢
تزويج أمة الغير بدون اذنه	١٣٣	بما دون الوطء	
لو تزوج امرأة عليها عدة لم تبدأ بها	١٣٣	لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك	١٢
لو تزوج المعتدة ودخل بها ثم ولدت ولداً	١٣٣	أو التحليل	
لو اجتمعت عدم مختلفة هل تتداخل	١٣٧	لا يلحق بالتزويج الوطء شبهة ،	١٢
أو تتعدد ، مع بعض الأحكام على القول بتعددتها		بل ولا زناء الا أن تكون العدة رجعية	
لو كانت العدتان لشخص واحد	١٤٦	لو عقد على المعتدة بعقد فاسد من جهة أخرى غير العدة	١٢
حكم المهر للموطوءة أو المزوجة في العدة	١٤٦	المدار على علم الزوج لا الوكيل أو الولي	١٢١
مبدأ العدة في وطء الشبهة المصاحب للعقد والمجرد عنه	١٤٧	لامانع من تزويج المعتدة بصاحب العدة	١٢١
حكم المهر لو كانت الموطوءة شبهة عالمة ، وحكم الأرش لو كانت أمة	١٤٨	هل المعتبر في التحريم المؤبد الوطء في العدة ، أو يكفي العقد فيها مع الوطء بعدها ؟	١٢١
لا يتعدد المهر بتعدد الوطء	١٥٢	لو شك في أنها في العدة	١٢١
حكم تزويج الزانية للزاني وغيره	١٥٢	لو علم بتحقق العقد في العدة جاهلاً وشك في الدخول . أو علم بعدم الدخول وشك في علمه بكونها معتدة	١٢٥
حكم استبراء الزانية قبل التزويج	١٥٣	حكم العلم الاجمالي بكون احدى الامرأتين في العدة	١٢٩
لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها	١٥٦	لو علم أن المرأة في العدة وشك في أنها عدة لنفسه أو لغيره	١٣٠
الزنا بذات البعل	١٥٧		
الزنا بذات العدة الرجعية	١٥٩		
من لا طبع فلام فأوقب حرمت عليه أمه وبنته وأخته	١٦٠		

الصحيفة	الموضوع	الصحيفة	الموضوع
	ناسياً له	١٦١	لا تحرم على الموطوء أم الواطئ وبنته وأخته
١٧٢	وطء الزوجة في حال الاحرام	١٦٢	لو كان الموطوء خنثى
١٧٢	لو تزوج في حال الاحرام بمقد فاسد من غير جهة الاحرام	١٦٣	الكلام في حرمة المذكورات اذا كان الوطء بعد التزويج بهن
١٧٣	لوشك في وقوع التزويج حال الاحرام	١٦٥	لا فرق في الأم والبنت والأخت بين الرضاعية والنسبية .
١٧٣	بعض الكلام في أصالة الصحة	١٦٥	لا فرق في الوطء بين العمدي وغيره
١٧٥	لو انكشف فساد الاحرام	١٦٥	يجوز نكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أمه أو أخته
١٧٥	لو أفسد لإحرامه ثم تزوج	[فصل من المحرمات الأبديّة التزويج حال الاحرام]	
١٧٥	يجوز للمحرم الرجوع بالمطلقة الرجعية وتملك الاماء		
١٧٦	يجوز للمحرم التوكيل في ايقاع التزويج بعد الاحرام	١٦٦	حرمة الزواج على المحرم
١٧٦	لو زوجه الفضولي في حال الاحرام [فصل في المحرمات بالمصاهرة]	١٦٧	اجازة نكاح الفضولي الواقع حال الاحرام
١٧٧	تحديد مفهوم المصاهرة	١٦٨	بطلان نكاح المحرم
١٧٨	تحريم زوجة كل من الأب ولو كان صاعداً والابن واو كان نازلاً على الآخر نسبياً كان أو رضاعياً	١٦٩	نكاح المحرم موجب للحرمة الأبديّة مع العلم منه بحرمته
١٧٩	لا تحرم مملوكة أحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولاً بها ولا منظورة ولا مملوسة بشهوة ، وتحرم مع شيء من ذلك . وكذا المحلّة	١٧٠	لو كان الزوج محلاً وكانت الزوجة محرمة
		١٧٢	لو تزوج المحرم غافلاً عن احرامه أو

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
خاليتها إلا باذنهما		١٨٣ تحرم أم الزوجة وان علت حتى مع	
١٩٨ يجوز نكاح العممة على بنت أخيها		عدم الدخول بالزوجة	
والخاله على بنت أختها وإن لم تأذنا		١٨٧ تحرم بنت الزوجة وان نزلت بشرط	
ولا يعتبر علم العممة والخاله حينئذ بالخال		الدخول بالأم ، ولا يعتبر كونها في	
٢٠٠ لو اقترن العقدان على العممة وبنت		حجره	
أخيها ، أو الخالاه وبنت أختها		١٨٨ تحرم أم المملوكة الموطوءة وبنتها	
٢٠١ هل يكفي الرضا من العممة والخاله		على الواطئ	
أو يعتبر الاذن؟ مع بعض فروع المسألة		١٩٠ تحديد الدخول المحرم	
٢٠٣ لو اشترط على العممة أو الخالاه الاذن		١٩١ لا يجوز للأب ولا لابن وطء مملوكة	
في تزويج بنت الأخ أو الأخت		الآخر من غير عقد ولا تحليل	
٢٠٤ لذا تزوج من غير لاذنهما ثم أجازتا		١٩٢ يجوز للأب تقويم مملوكة ابنه الصغير	
٢٠٦ اذا تزوج العممة وابنة الأخ وشك في		على نفسه	
السابق منها		١٩٣ الكلام في إلحاق الجد بالأب، ومملوكة	
٢٠٦ إذا ادعت عدم الاذن وادعى هو الاذن		البنت بمملوكة الابن	
٢٠٧ اذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت ثم		١٩٣ لا يلزم اجراء صيغة العقد مع التقوم.	
شك في اذن العممة أو الخالاه		كما لا يلزم ملاءة الأب ، ويلزم أن	
٢٠٧ إذا تزوج امرأة ثم صارت بنت أخ		لا يكون مفسدة للصبي	
لامراته أو بنت أخت بالرضاع .		١٩٤ إذا زنى الابن بمملوكة الاب حد ،	
مع الكلام فيما لو جمع بينهما في حال		وحكم الأب لو زنى بمملوكة الابن	
الكفر ثم أسلم		١٩٥ إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة	
٢٠٧ حكم تزوج بنت الأخ أو الأخت في		لم يحد مع الكلام في حكم الولد	
عدة عمته أو خالته		١٩٦ لا يجوز نكاح المرأة على عمته أو	

- ٢٠٨ الكلام في جريان الحكم في المملوكتين
والمختلفتين
- ٢٠٨ الزنا بعد العقد لا يوجب حرمة
المعقودة بالمصاهرة
- ٢١٠ الزنا بالعمة والخالة يحرم نكاح
بنتيهما .
- ٢١١ حكم الزنا بغير العمة والخالة في
تحريم بنتها وعدمه .
- ٢١٨ حكم وطء الشبهة .
- ٢١٩ إذا زنى بمملوكة أبيه هل تحرم
على الأب ؟
- ٢٢١ الكلام في ترتب حكم الزنا مع
الوطء في الدبر .
- ٢٢٢ بعض فروع الشك في الزنا .
- ٢٢٣ الكلام في الضابط الفارق بين
الزنا ووطء الشبهة .
- ٢٣١ حكم الزنا بالميتة ، وادخال عضو
الميت في فرج المرأة .
- ٢٣٢ إذا كان الزنا بعد العقد ثم طلقت
لم يمنع من الرجوع بها في العدة ،
ومنع من تجديد العقد عليها .
- ٢٣٢ إذا وقع العقد فضولا ثم حصل
الزنا قبل الاجازة .
- ٢٣٣ تحرم منظورة الأب ومأموسته
بشهوة على الابن ، وكذا العكس
بخلاف ما إذا لم يكن النظر أو
اللمس عن شهوة .
- ٢٣٣ هل تحل أم المموسة أو المنظورة
وبنتها للامس والناظر ؟
- ٢٣٤ هل يقوم النظر واللمس مقام الوطء
في التحريم ؟
- ٢٣٦ الكلام في لمس الوجه والكفين
والنظر اليهما .
- ٢٣٧ يحرم الجمع بين الأختين في النكاح
- ٢٣٨ يحرم الجمع بين الأختين في الملك
مع الوطء .
- ٢٣٩ حكم الجمع بينهما في الملك مع
الاستمتاع بما دون الوطء .
- ٢٤٠ يحرم الجمع بين الأختين بتزويج
احدهما ووطء الأخرى بالملك .
- ٢٤٢ لو وطء لإحدى الأختين بالملك
ثم تزوج الأخرى .
- ٢٤٣ لو تزوج إحدى الأختين ثم تزوج
الأخرى بطل عقد الثانية .
- ٢٤٤ لو تزوج بالأختين واشتبه العقد
السابق .

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
عدم الطول . وخوف العنت		٢٤٥ هل يجبر على طلاقها احتياطاً ، لآية	
٢٦٨ تحقيق المراد بخوف العنت		التسريح بالاحسان ، أو لقاعدة نفي	
٢٧١ التمتع بالامة مع عدم الشرطين		الضرر والخرج . مع التنبيه	
٢٧٢ أفضلية الصبر عن نكاح الأمة حتى		للفرق في القاعدة بين الواجبات	
مع الشرطين		والمحرمات	
٢٧٤ لو تزوجها مع الشرطين ثم فقدتها		٢٤٧ الرجوع الى القرعة	
مع فروع للمسألة		٢٤٨ احتمال فسخ الحاكم طلاقها	
٢٧٦ لو طابت الحرة أكثر من مهر المثل		٢٤٨ حكم المهر مع الطلاق	
وكان قادراً عليه . وفيه تحقيق في		٢٤٩ قاعدة العدل والانصاف في الماليات	
مورد قاعدة نفي الضرر		٢٥١ لو اقترن عقد الأختين	
٢٧٨ (تنبيه) في أن الحرمة وضعية لانكلايفية		٢٥٢ لو كان عنده أختان مملوكتان فوطيء	
		إحداهما حرمت عليه الأخرى	
		٢٥٥ إذا وطيء الثانية حرمت عليه الموطوءة	
		الأولى على تفصيل مع بيان بعض	
		فروع ذلك	
		٢٥٩ حكم الجمع بين الأختين من الزنا	
		٢٥٩ حكم التزوج بإحدى الأختين في	
		عدة أختها	
		٢٦١ حكم تزوج إحدى الأختين مع الزنا	
		بالأخرى أو وطنها شبهة	
		٢٦١ يجوز الجمع بين فاطميتين	
		٢٦٦ حكم تزويج الأمة مع عدم الشرطين :	

(فصل)

٢٧٨ يجوز نكاح الأمة على الحرمة مع إذنها
٢٧٩ بطلان نكاح الامة مع عدم إذن الحرمة
٢٨٠ إذا رضيت الحرمة : لعقد على الامة
بعد وقوعه
٢٨٣ لو لم تكن الحرمة صالحة للاذن لصغر
ونحوه
٢٨٣ نكاح الحرمة على الأمة
٢٨٤ لو تزوج الحرمة والأمة في عقد واحد
مع بعض فروع المسألة

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
هل يملك العبد والأمة ، أو لا ؟	٣٠٣	٢٨٦ لو زوج الحرة فضولا ، ثم تزوج الأمة ، ثم أجاز عقد الحرة .	٢٨٧
إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وحكم المهر . مع التعرض إلى الضابط الذي يرجع إليه في سقوط المهر وبقائه	٣٠٦	٢٨٧ لو شرط على الحرة أن تأذن في عقد الأمة	[فصل في نكاح العبيد والأماء]
إذا اشترت العبد زوجته بالمهر الذي لها في ذمة السيد أو العبد	٣١١	٢٨٨ أمر تزويج المملوك راجع إلى مالكة	٢٩٠ لو تزوج العبد أو الأمة بدون إذن المولى وقف على إجازته
الولد بين المملوكين رق	٣١٢	٢٩٣ الاجازة كاشفة	٢٩٣ حكم الاجازة بعد الرد ، أو النهي عن العقد
إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر	٣١٢	٢٩٤ حكم المهر والنفقة ، وأنها على العبد أو على المولى على اختلاف صور المسألة	٢٩٩ إذا أطلق المولى الاذن حملت على المتعارف من حيث الزوجة والمهر . مع الإشارة إلى أن المتعارف في الماليات ونحوها يوجب تقييد الاطلاق دون سائر المقامات ، وإلى وجه ذلك
إذا كان الحر زانياً فالولد رق	٣١٤	٣٠٠ مهر الأمة المزوجة للمولى . ونفقتها على زوجها	٣٠١ حكم استخدام المولى للأمة
بيان مالك الولد إذا كان أبواهما الكين في الصور المختلفة	٣١٥		
لا يصح اشتراط رقية الولد إذا كان أحد أبويه حراً	٣١٨		
فساد الشرط هل يوجب فساد العقد؟ مع الكلام في خصوصية النكاح في ذلك	٣١٩		
الكلام فيما لو تزوج الحر الأمة من غير إذن مولاه ، من حيث حكم الولد ، والمهر ، والأرش	٣٢٢		
لو لم يجز المولى حتى مات فهل يصح العقد باجازه وارثه ؟	٣٢٧		
إذا دلست الأمة فادعت الحرية	٣٢٨		

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
شيثاً او زوجها من عبده ؟		وتزوجت . مع الكلام في حكم	
٣٤٩ إذا مات المولى فلورثته الأمر		الولد حينئذ	
بالمفارقة وحكم مالو تعدد الورثة		٣٣٦ لو ادعت الحرة فهل تقبل دعواها؟	
٣٥٠ إذا زوج الأمة غير مولاه بغير اذنه		٣٣٧ إذا تزوج عبد بحرة من دون اذنه مولاه	
مع جهل الزوج بذلك		٣٤٠ إذا زنى العبد بحرة	
٣٥١ لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى		٣٤٠ إذا زنى الحر بأمة	
بعضها		٣٤١ يجوز للمولى تحليل أمته لعبده	
٣٥٢ حكم المبعوضة، وكيفية استمتاع مالك		٣٤٢ هل يدخل التحليل في عقد النكاح،	
بعضها بها		أو ملك اليمين، أو هو قسم ثالث؟	
[فصل في الطوارئ]		٣٤٣ يجوز للمولى أن ينكح عبده أمته،	
٣٥٤ إذا اعتقت الأمة كان لها فسخ نكاحها		وأن ذلك لا يرجع الى التحليل	
٣٥٦ حكم المهر لو اعتقت الأمة. مع بعض		٣٤٣ هل يحتاج لإنكاح المولى عبده أمته	
فروع المسألة		إلى القبول؟ وتحقيق الفرق بين	
٣٦٠ إذا كان العتق في العدة الرجعية،		العقد والايقاع	
أو البائنة		٣٤٥ حكم الولي والوكيل عن الطرفين	
٣٦١ لا يحتاج فسخ المعتقة الى إذن الحاكم		من حيث الحاجة إلى القبول وعدمها	
٣٦١ فوروية الخيار		٣٤٧ لو أذن لعبده وأمه في ايقاع النكاح	
٣٦٢ حكم مالو كانت المعتقة صبية أو مجنونة		بينهما فهل يحتاج إلى القبول؟	
لا يصح منها الاختيار		٣٤٧ كيفية تفريق المولى بين عبده وأمه	
٣٦٣ لا يجب على الزوج لإعلامها بالعتق		المزوجة منه	
أو ثبوت حق الخيار لها.		٣٤٨ هل يجب على المولى أن يدفع لأمته	
٣٦٣ الكلام في ثبوت الخيار لها لو كان			

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
هل يعتبر المولاة بين الايجاب والقبول؟	٣٧٨	التزويج باختيارها للزوج .	
هل يعتبر اتحاد مجلس الايجاب والقبول	٣٧٩	لو شرط المولى في العتق عدم الفسخ	٣٦٣
يعتبر في العقد التنجيز	٣٨٠	لو أعتق العبد فلا خيار له ولا للزوجته	٣٦٤
تحقيق في مفاد التعليق في الانشاء	٣٨٠	لو كان عند العبد حرة وأمتان	٣٦٥
ما يلزم مراعاته مع ايقاع العقد على	٣٨٢	وأعتقت إحدى الأمتين ، أو نحو ذلك	
وجه مخالف للاحتياط اللزومي		[فصل في العقد وأحكامه]	
في عقد الصبي	٣٨٣	يعتبر في العقد الايجاب والقبول اللفظيان	٣٦٧
في عقد السكران	٣٨٦	في ألفاظ الايجاب	٣٦٨
عقد السكرى إذا أجازت بعد الافاقه	٣٨٦	هل يعتبر في العقد العربية ؟	٣٦٨
وتحقيق حال صحبة ابن بزيح		هل يعتبر في العقد الماضية ؟	٣٦٩
عقد السفه ، والمكره إذا أجاز :	٣٨٨	هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول ؟	٣٧٠
لا يشترط الذكورة في العاقد	٣٨٩	هل يعتبر كون الايجاب من الزوجة	٣٧١
يعتبر بقاء المتعاقدين على الأهلية في	٣٨٩	والقبول من الزوج ؟	
تمام العقد		في ألفاظ القبول	٣٧٢
اعتبار تعيين الزوج والزوجة	٣٩٢	هل يجزي القبول بلفظ الأمر ،	٣٧٣
الكلام فيما واختلف الاسم والوصف	٣٩٤	ورواية سهل الساعدي	
والاشارة		عقد الأخرس	٣٧٦
إذا تنازعا في التعيين وعدمه	٣٩٦	لا يكفي العقد بالكتابة	٣٧٦
إذا تنازع الزوج وولي الزوجة في	٣٩٦	لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول	٣٧٦
المرأة التي عينها		في الفاظ المتعلقة	
(تنبيه) في بيان اختلاف المسألة	٣٩٧	حكم الايجاب بلفظ (نعم) . مع	٣٧١
باختلاف المباني . مع تحقيق المدعي		بعض فروع العقد	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٤١٥ المسألة الثالثة : إذا تزوج امرأة ثم ادعى رجل آخر سبق زواجها		من المنكر على بعض صور المسألة . مع الكلام في وظيفة الولي	
٤١٦ سماع الدعوى وإن لم يكن لها أثر فعلي		٣٩٨ من كان له عدة بنات فزوج واحدة ولم يسماها عند العقد	
٤١٩ إذا صدقت المرأة المزوجة المدعي لزواجها		٣٩٩ صحبة أبي عبيدة الخداء وتوجيه الأصحاب لها	
٤٢٠ المسألة الرابعة إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز أن تزوج قبل نهي الدعوى ؟		٤٠٢ لا يصح تزويج الحمل	
٤٢٣ المسألة الخامسة : لو ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت ، وادعت زوجته امرأة لا يجوز نكاحها مع الأولى		٤٠٣ لا يشترط في النكاح علم كل من الزوجين باوصاف الآخر	
٤٢٦ رواية الزهري وتحقيق الكلام فيها		[فصل في مسائل متفرقة]	
٤٣٠ المسألة السادسة : إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها لنفسه أو للمولى أو مطلقاً		٤٠٤ الأولى : لا يصح اشتراط الخيار في النكاح	
٤٣٢ المسألة السابعة : يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية من غير فحص		٤٠٥ هل يبطل العقد باشتراط الخيار فيه ؟	
٤٣٣ إذا كانت متهمه في دعواها أنها خلية		٤٠٧ يصح اشتراط الخيار في المهر في العقد الدائم دون المنقطع	
٤٣٤ المسألة الثامنة : إذا ادعت أنها خلية فتزوجت ثم ادعت أنها كانت مزوجة		٤٠٨ المسألة الثانية : إذا تصادق الرجل والمرأة على الزوجية حكم لها بها	
٤٣٤ المسألة التاسعة : إذا وكلا في إيقاع عقد النكاح لا يجوز لهما ترتيب أحكامه		٤٠٩ إذا ادعى أحدهما الزوجية وانكر الآخر	
		٤١١ إذا رجع المنكر إلى الاقرار أو المقر إلى الانكار	
		٤١٣ تحقيق في قاعدة الاقرار ، وسماع دعوى المواطأة ونحوها فيه	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
بالزنا ، أو بوطء الشبهة ، أو تزوجت ومات زوجها أو طلقها قبل أن يدخل بها		إلا إذا علما بوقوعه ، وحجية قول الوكيل في ذلك	
٤٥١ لا يشترط في ولاية الجدة حياة الأب ، أو موته		[فصل في أولياء العقد]	
٤٥٣ لا خيار للصغيرين بعد كمالهما في فسخ تزويج الولي لها		٤٣٥ ولاية الأب والجدة للأب	
٤٥٥ يشترط في صحة تزويج الولي عدم المفسدة		٤٣٧ علم ولاية الأم ، ولا الجدة من جهة الأمهات	
٤٥٦ هل يشترط ملاحظة المصلحة ، أو الأصلح ؟		٤٣٧ عدم ولاية الأخ والعمة والخال وأولادهم	
٤٥٧ إذا زوجها الولي بدون مهر المثل		٤٣٧ تثبت ولاية الأب والجدة على الصغيرين والمجنون المتصل جنونه بالصفير	
٤٥٨ تحقيق الكلام في أنه مع التزويج بدون مهر المثل هل يكون موضوع الضرر هو المهر فقط أو هو التزويج بذلك المهر ؟		٤٣٨ هل تثبت ولاية الأب والجدة على المجنون المنفصل جنونه عن الصفير ؟	
٤٥٩ لا يصح نكاح السفية المبذر إلا باذن الولي		٤٣٩ لا ولاية للأب والجدة على البالغ الرشيد ، والبالغة الرشيدة الثيب	
٤٦٠ حكم السفية في أمر النكاح مع الرشد في الماليات		٤٣٩ الكلام في ولاية الأب والجدة على البالغة الرشيدة البكر مع التعرض للأقوال الكثيرة ، وأدلتها ، والجمع بين الأدلة بوجه لم يسبق إليه	
٤٦١ استقلال كل من الأب والجدة في الولاية فإذا سبق أحدهما لم يبق		٤٤٨ لا ولاية للولي إذا عضل المرأة	
		٤٤٩ سقوط ولاية الأب والجدة إذا غابا مع حاجتها إلى التزويج	
		٤٥٠ إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء ، أو	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
لا يجوز تزويج الولي في حال الاحرام	٤٨٤	موضوع للاخر	
لا يجوز للوكيل التمدي عماعينه الموكل	٤٨٥	لو عقد امعاً وجهل السابق أو علم بالتقارن	٤٦٥
ومع الاطلاق يراعي المصلحة		إذا تشاح الأب والجد قدم اختيار	٤٦٥
إذا وكلت المرأة رجلاً في تزويجها	٤٨٥	الجد ، وحكم ما لو بادر الأب فعقد	
فهل له أن يزوجه من نفسه؟		لو تشاح الجد الأسفل والجد الأعلى	٤٦٦
هل يجوز أن توكل المرأة رجلاً في	٤٨٦	حكم تزويج الولي للمولى عليه بمن به عيب	٤٦٧
تزويجها من نفسه مع التعرض لموثقة		مملوك المملوك كالمملوك يتولى تزويجه	٤٧١
عمار في المسألة		المولى	
النكاح الفضولي يصح بالاجازة	٤٨٧	في ثبوت الولاية للوصي على المحنون	٤٧١
بيان المراد بالفضولي	٤٩٠	والصغير ، وعدمه	
لا يعتبر في الاجازة الفورية	٤٩١	في أن آية الوصية لا تشمل الوصية	٤٧٣
لا تصح الاجازة بعد الرد	٤٩١	بشؤون الغير	
تقع الاجازة بكل ما يبدل على	٤٩٣	لا ولاية لوصي الأب مع حضور	٤٧٦
إنشاء الرضا		الجد ، وبالعكس	
حكم اجازة من يرى لزوم العقد أو	٤٩٣	ولاية الحاكم الشرعي	٤٧٦
الاجازة عليه		توجيه ولاية الحسبة	٤٧٧
الاجازة كاشفة. مع بيان وجه النقل	٤٩٤	يستحب للمرأة أن تستأذن أبها أو	٤٧٨
ووجه الكشف الحقيقي والحكمي		جدها أو أخاها الأكبر	
والانقلابي . وتوجيه الكشف		في أن اذن البكر سكوتهما	٤٧٩
الانقلابي بما يوافق الارتكاز والقواعد		شرائط الأولياء : البلوغ ، والعقل ،	٤٨٠
الرضا التقديري لا يكفي في الخروج	٤٩٩	والحرية ، والاسلام إذا كان المولى	
عن الفضولية		عليه مسلماً	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
حق غير الفضولي قبل الاجازة من الأصيل أو بعدها ؟		٥٠٠ حكم الرضا الفعلي غير المقرون بما يدل عليه	
٥١٩ هل تصح لإجازة الفضولي إذا أوقع المحبز عقداً ينافيه		٥٠٢ إذا كان كارهاً حال وقوع عقد الفضولي فهل يصح بالاجازة ؟	
٥٢٠ إذا زوجها الوكيلان من رجلين واشتبه السابق . مع بيان أن في المسألة وجوهاً خمسة . وتقريب الرجوع إلى القرعة		٥٠٣ إذا اعتقد الفضولي أنه ولي أو وكيل	
٥٢٣ إذا تصادق على الزوجية حكم لهما بها		٥٠٤ إذا قال : «زوجت موكاتي» ولم تكن وكلته	
٥٢٣ نهاية كتاب النكاح		٥٠٤ هل يجوز لإجازة العقد في بعض مضمونه دون بعض ؟ وفيه تحقيق مهم وتنبية على أن انحلال العقد في تبعض الصفقة ونحوه ليس حقيقياً بل ادعائياً عرفياً	
٥٢٤ رسالة فيما لو طلق المخالف على طبق مذهبه ثم استبصر فهل له الرجوع إذا لم يكن الطلاق صحيحاً عندنا		٥٠٧ إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية ولم يكن فضولياً . أو كان وكيلًا في العقد ولم يبلغه التوكيل	
كتاب الوصية		٥٠٨ إذا كان عالماً بأنه وكيل وقصد الفضولية	
٥٣١ اشتقاق الوصية لغة		٥٠٩ إذا زوج الصغيران فضولاً ، فهات أحدهما بعد بلوغه واجازته قبل إجازة الآخر . وكذا الحال في المحنوتين	
٥٣٤ تقسيم الوصية إلى عهدية وتملكية		٥١٥ إذا كان العقد فضولياً من أحد الطرفين ، فهل تترتب أحكامه في	
٥٣٦ الوصية العهدية لا تحتاج إلى قبول وكذا الوصية بفك الملك كالعق			
٥٣٦ هل يعتبر القبول في الوصية التملكية جزءاً أو شرطاً ، كاشفاً أو ناقلاً ، أو لا يعتبر بل يكون الرد مانعاً ؟			
٥٣٩ هل يصح قبول الوصية في حياة الموصي ؟			

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
ورد بعضهم		٥٤٠ ما يجب عند ظهور إمارات الموت	
٥٦٤ (الثالث) : هل ينتقل الموصى به		٥٤٤ هل يمنع رد الوصية من قبولها ؟	
الى وارث الموصى له من مورثه أو		٥٤٦ لا يعتبر في صحة الوصية التمليلية	
من الموصي ابتداء ؟		القبض	
٥٦٧ (الرابع) : هل المدار على الوارث		٥٤٨ إذا أوصى لشخص بشيئين فقبل	
حين موت الموصى له أو حين		الموصى له أحدهما دون الآخر . مع	
موت الموصي ؟		تحقيق الكلام في وجه التفكيك بين	
٥٦٨ (الخامس) : إذا أوصى له بأرض فمات		المضامين الانشائية في الصحة والبطالان	
قبل القبول فهل ترث منها الزوجة ؟		٥٥١ الكلام في جواز التصرف للورثة في	
٥٦٩ (السادس) إذا كان الموصى به ممن		العين الموصى بها قبل قبول الموصى	
ينعتق على الموصى له .		له ، وفي اجباره على التعجيل باختياره	
٥٧٤ (السابع) : هل يخص الحكم بالوصية		القبول أو الرد	
التمليكية أو يجري في العهدية أيضاً ؟		٥٥٢ إذا مات الموصى له قبل القبول أو	
٥٧٤ لا يعتبر القبول في الوصية العهدية		الرد قام وارثه مقامه	
ولا في الوصية التمليلية للنوع		٥٥٣ تفصيل الكلام في الفرق بين الحق	
أو الجهة		والملك والحكم	
٥٧٧ يكفي في تحقق الوصية كل لفظ		٥٥٨ اخبار مسألة موت الموصى له قبل	
دل عليها ، بل يكفي الفعل أيضاً		القبول	
حتى الإشارة والكتابة على كلام		٥٦٢ فروع مسألة موت الموصى له قبل	
٥٧٩ بشرط في الموصي أمور (الأول)		القبول (الأول) : هل يشمل الحكم	
البلوغ ، فلا تصح وصية الصبي ،		ورثة الوارث ؟	
إلا أن يبلغ عشرأ .		٥٦٣ (الثاني) : فما إذا قبل بعض الورثة	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
إذا قصد الوصية بثلاثي الورثة لم تصح وان كانت دون الثلث إلا	٥٩٩	٥٨٣ (الثاني) : العقل .	٥٨٣ (الثالث) : الاختيار .
باجازة الورثة ، إلا إذا كانت في واجب فتتخذ من الاصل		٥٨٣ (الرابع) : الرشد على كلام	٥٨٤ لأبأس بوصية المفلس
٦٠٠ إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ أولاً حتى لا تنفذ فهل يحكم بنفوذها أولاً؟		٥٨٤ (الخامس) : الحرية . مع الكلام فيما لو أوصى العبد ثم عتق	٥٨٧ (السادس) : أن لا يكون قاتل نفسه قبل الوصية في الوصية بالمال
٦٠٤ إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب نفذ إقراره ووجب إخراجه من الأصل		٥٩٠ يصح لكل من الأب والجد مع فقد الآخر الوصية بالولاية على الاطفال دون غيرهما من الأولياء	[فصل في الموصى به]
٦٠٤ إذا أجاز الوارث في حياة الموصي فهل له العدول عن إجازته ؟		٥٩٤ تصح الوصية بكل ما فيه غرض عقلائي وإن لم يكن موجوداً فعلاً	٥٩٥ لانصح الوصية بالحرمان على كلام
٦٠٧ الاجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي لا ابتداء عطية		٥٩٦ حكم وصية الكافر بالحرمان	٦٩٦ لا تصح الوصية بمال الغير
٦٠٨ إذا أجاز الورثة ثم ادعوا قلة المال الموصى به		٥٩٦ حكم الوصية عن الغير فضولاً	٥٩٧ يشترط في نفوذ الوصية عدم زيادتها على الثلث ومع زيادتها عليه يتوقف نفوذها في الزائد على إجازة الورثة
٦١٣ المدار في الثلث على حال وفاة الموصي لاحال الوصية		٦١٦ لو أوصى بمقدار فتلف بعض التركة قبل تنفيذ الوصية لم يلحقه النقص إذا لم يتجاوز ثلث الباقي	٥٩٩ إذا أجاز بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المحيز فقط
٦١٧ إذا حصل للموصي مال بعد الموت نفذت منه وصيته كباقي أمواله على تفضيل		٦١٨ إذا قتل خطأ أو عمداً فدينه بحكم ماله تنفذ منها الوصية وكذا دية الجروح	

تصويبات الجزء الرابع عشر

الصفحة السطر	الخطأ	الصواب
٢٧	الوسائل	مستدرك الوسائل
٣٢	باب ٦ حديث : ١ ، ٢	باب ٦ حديث : ١٠
٦٦	الوسائل	مستدرك الوسائل
٧٩	٢٣ ، ٢٢ مقدمات النكاح	نكاح العبيد
١٠٣	٤ الصفات	الصفات
١٨٦	٢٠ تتمه	تتمه
٢١٣	٨ إن شاء	إن شاء (+) الوسائل باب ٦١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة حديث : ٣ .
٢٦٥	٤ آذاها فقد آذاني	آذاها فقد آذاني (+) كنز العمال الجزء ٦ : حديث : ٣٨٦٤ .
٣٥٣	١٨ الجزء : ٧ الصفحة : ٢٤٥	الجزء : ٨ الصفحة : ٢٠٣
٤٤٧	١٧ المرسله	المرسله (+) التهذيب الجزء ٧ الصفحة : ٢٥٤
٤٦٦	١٨ فقال	فقالوا
٤٧٤	١٩ الملحق الثاني لحديث : ١ لكن رواه عن التهذيب فقط	حديث : ١ وملحقه الاول والثالث ، الكافي الجزء : ٦ ، الصفحة : ١٠٦ ، الطبعة الحديثة ، الفقيه الجزء : ٣ الصفحة : ٣٢٧ الطبعة الحديثة
٤٧٤	٢٤ . . .	هذا هو الحديث الذي ذكره اولا فعده حديثا مستقلا لا وجه له .
٤٧٦	٢٤ صفحه	حديث

تنبیه

عثرنا بعد اكمال طبع الكتاب على بعض الاخطاء والاستدراكات في بعض الاجزاء رأينا التنبیه عليها اتماما للفائدة .

تصويبات الجزء الاول

الصفحة السطر	الخطأ	الصواب
٢٥ ١٣	والتنجيزي	والتخيير
٩٦ ١٠	فالعمل	فالعلم
١٤٤ ٢٠	باقية	يايسة
١٥٥ ١٩	وسبعة	. . .
٢٦٩ ١٣	(ع)	قال (ع)
٣١٣ ٢	عن اثباته	عن اثبات
٣٢٢ ٣	الحياة	الحيات
٤١٢ ١٦	لمروية عن الدروس	المروية عن الدروس (+) رواها عن الدروس في الحدائق ج : ٥ ص : ١٤٩ الطبعة الحديثة . والموجود في الدروس قريب من الموثقة الاولى . فراجع الأمر الخامس من كتاب الاطعمة والاشربة : حديث : ٣،٤١١ من الوسائل
٤٧٣ ٢٤	حديث : ١	رواه في الوسائل عن ابن ابي عمير عن سماعة عن ابي عبدالله (ع) .
٥٥٥ ١٧	. . .	

تصويبات الجزء الثاني

الصواب	الخطأ	الصفحة	السطر
ما في المختلف عن ابي عقيل : أنه قال	ما في المختلف	١٢	٣٢
غير سارية	سارية	١٤	٤٣
صحيح معاوية بن عمار	صحيح عمار	١٤	١٠٩
باب : ١٠	باب : ٦	٢٣، ٢١	١٢٢
»	»	١٩	١٢٣
الجزء : ١	. . .	٢٢	١٢٧
٤٤	٤٢	١٨	١٨٨

تصويبات الجزء السابع

الطبعة الناقصة	. . .	٢٢	٤٦٣
علمه (١)	علمه	٢	٥٦٩
وقوعه	وقوعه (١)	٦	٥٦٩

تصويبات الجزء الثالث عشر

كوم	كرم	٢٣	٤٧
فيجوز	يجوز	٤	١٠٥
من الوجوه	من الوجه	٨	١٠٥
ضمير فاعله	فاعله ضمير	٢٣	١٠٥



