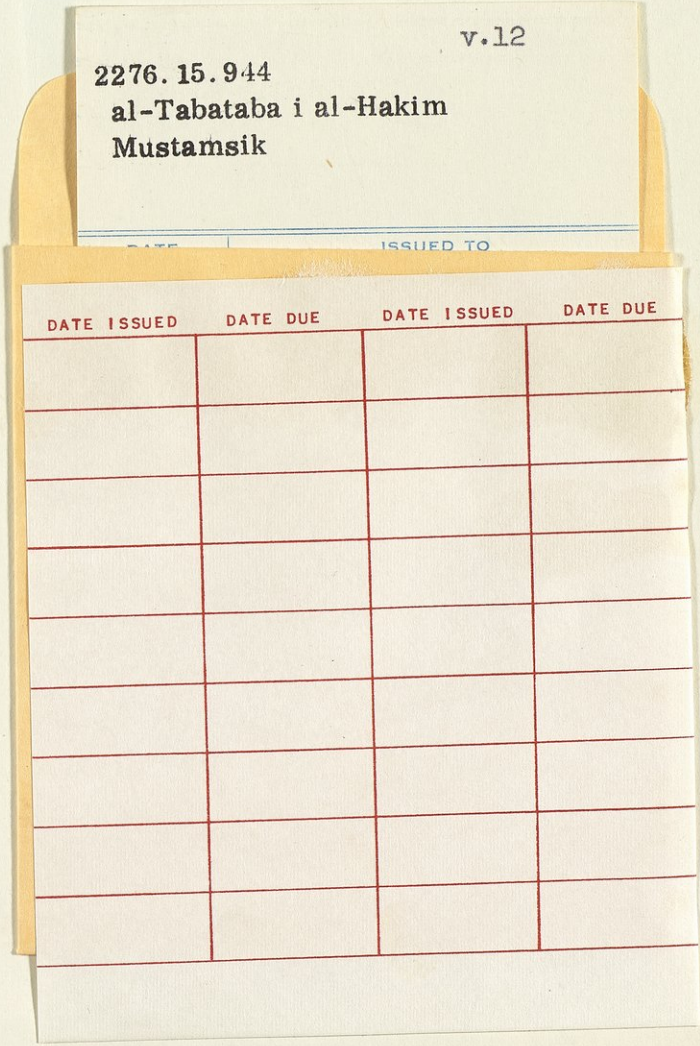
2276
.15
.944
V.12



Princeton University Library
32101 077680187

وَمَن يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ

قرآن كريم

مُستمسك العُروة الوُثقى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم

دام ظله العالي

الجزء الثاني عشر

الطبعة الثانية

مطبعة النجف

١٣٧٩ م — ١٩٥٩ هـ

al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, Muḥsin ibn Mahdī

وَمَنْ يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

قرآن كريم

Mustamsik

مُسْتَمْسَكُ العُرْوَةِ الوُثْقَى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم

الجزء الثاني عشر

مطبعة النجف

١٣٧٩هـ — ١٩٥٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النكاح مستحب في حد نفسه بالاجماع ، والكتاب والسنة المستفيضة بل المتواترة قال الله تعالى : ﴿ وانكحوا الايامى منكم ، والصالحين من عبادكم وامائكم ، إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم ﴾ وفي النبوي المروي بين الفريقين : « النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني » ، وعن الصادق ﴿ع﴾ عن امير المؤمنين عليه السلام ، قال : « تزوجوا فان رسول الله ﴿ ص ﴾ قال : من أحب أن يتبع سنتي فان من سنتي التزويج » وفي النبوي : « مابني بناء أحب الى الله تعالى من التزويج » وعن النبي ﴿ ص ﴾ « من تزوج احرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر » ، بل يستفاد من جملة من الاخبار : استحباب حب النساء ، ففي الخبر عن الصادق ﴿ ع ﴾ « من اخلاق الانبياء حب النساء » وفي آخر عنه ﴿ ع ﴾ : « ما أظن رجلا يزداد في هذا الامر خيراً إلا ازداد حباً للنساء » والمستفاد من الآية وبعض الاخبار : انه موجب لسعة الرزق ، ففي خبر اسحاق بن عمار : « قلت لابي عبد الله ﴿ ع ﴾ : الحديث الذي يرويه الناس حق إن رجلا اتى النبي ﴿ص﴾ فشكى اليه الحاجة فامره بالتزويج حتى امره ثلاث مرات

2276
.15
.944
V.12

قال ابو عبد الله ﴿ع﴾ : نعم ، هو حق . ثم قال ﴿ع﴾ : الرزق مع النساء والعيال » .

﴿ مسألة ١ ﴾: يستفاد من بعض الاخبار كراهة العزوبة فعن النبي ﴿ص﴾: « رذال موتاكم العزاب » ولا فرق على الاقوى فى استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق ، لاطلاق الاخبار ، ولان فائدته لاتنحصر فى كسر الشهوة بل له فوائد منها زيادة النسل وكثرة قائل: لا اله إلا الله فعن الباقر ﴿ع﴾: « قال رسول الله ﴿ ص ﴾ مايمنع المؤمن ان يتخذ اهلاً لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الارض بلا إله الا الله » .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : الاستحباب لايزول بالواحدة بل التعدد مستحب ايضا قال الله تعالى ﴿ فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم او المنقطع بل المستحب اعم منهما ومن التسري بالاماء .

﴿ مسألة ٣ ﴾: المستحب هوالطبيعة أعم من ان يقصد به القربة أولا . نعم عباديته وترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : استحباب النكاح انما هو بالنظر الى نفسه وطبيعته ، واما بالنظر الى الطوارىء فينقسم بانقسام الاحكام الخمسة ، فقد يجب بالنذر او العهد او الحلف وفيما اذا كان مقدمة لواجب مطلق ، او كان في تركه مظنة الضرر او الوقوع في الزنا او محرم آخر ، وقد يحرم كما اذا افضى الى الاخلال بواجب من تحصيل علم واجب او ترك حق من الحقوق الواجبة ، وكالزيادة على الاربع ، وقد يكره كما اذا كان فعله موجباً للوقوع في مكروه ، وقد يكون مباحا كما اذا

كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها ، وبالنسبة الى المنكوحة أيضا ينقسم الى الاقسام الخمسة فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها ، او يبتلي بالزنا معها لولا تزويجها ، والمحرم نكاح المحرمات عيناً او جمعا والمستحب المستجمع للصفات المحمودة في النساء والمكروه النكاح المستجمع للاوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المربية ونحوها والمباح ماعدا ذلك .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : يستحب عند إرادة التزويج امور ﴿ منها ﴾ : الخطبة ومنها صلاة ركعتين عند ارادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها والدعاء بعدها بالمأثور ، وهو : « اللهم إني أريد أن اتزوج فقدّر لي من النساء أعفهن فرجا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقا وأعظمهن بركة وقدر لي ولدا طيباً تجعله خلفا صالحا في حياتي وبعد موتي » . ويستحب ايضا ان يقول : « أقررت الذي أخذ الله إمساك بمعروف او تسريح باحسان » ﴿ومنها﴾: الوليمة يوماً أو يومين لاازيد فانه مكروه ، ودعاء المؤمنين والاولى كونهم فقراء ولا بأس بالاغنياء خصوصاً عشيرته وجيرانه واهل حرفته ، ويستحب اجابتهم وأكلهم ، ووقتها بعد العقد او عند الزفاف ليلا او نهاراً ، وعن النبي ﴿ ص ﴾: « لا وليمة إلا في خمس عرس اوخرس اوعذار اووكار اوركاز » العرس التزويج ، والخرس النفاس ، والعذار الختان ، والوكار شراء الدار ، والركاز العود من مكة ﴿ومنها﴾ : الخطبة امام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبي ﴿ ص ﴾ والائمة ﴿ ع ﴾ والوصية بالتقوى ، والدعاء للزوجين ، والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبي وآله ﴿ ص ﴾ ولا يبعد استحبابها امام الخطبة ايضا (ومنها) : الاشهاد في الدائم والاعلان به ولا يشترط في صحة العقد عندنا ﴿ومنها﴾ : إيقاع العقد ليلا .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : يكره عند التزويج أمور ﴿ منها ﴾ : إيقاع العقد والقمر في العقرب اي في رجهالا المنازل المنسوبة اليها وهي القلب والاكليل والزبانا والشولة ﴿ ومنها ﴾ : ايقاعه يوم الاربعاء ﴿ ومنها ﴾ : ايقاعه في احد الايام المنحوسة في الشهر - وهي الثالث والخامس والثالث عشر والسادس عشر والحادي والعشرون والرابع والعشرون والخامس والعشرون ﴿ ومنها ﴾ : ايقاعه في محاق الشهر وهو الليلتان او الثلاث من آخر الشهر .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : يستحب اختيار امرأة تجمع صفات بان تكون بكراً ولودا ودودا عفيفة كريمة الاصل ، بان لاتكون من زنا او حيض او شبهة او ممن تنال الالسن آباءها أو امهاتها او مسهم رق او كفر اوفسق معروف ، وان تكون سمراء عيناء عجزاء مربوعة طيبة الريح ورمة الكعب جميلة ذات شعر ، صالحة تعين زوجها على الدنيا والآخرة عزيزة في اهلها ذليلة مع بعلها متبرجة مع زوجها حصاناً مع غيره ، فعن النبي ﴿ص﴾ : « إن خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلها المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره التي تسمع قوله وتطيع امره واذا خلا بها بذلت له مايريد منها ولم تبذل كتبذل الرجل . ثم قال ﴿ص﴾ : ألا اخبركم بشرار نسائكم : الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها العقيم الحقود التي لاتدرع من قبيح المتبرجة اذا غاب عنها بعلها ، الحصان معه اذا حضر لاتسمع قوله ولا تطيع امره واذا خلا بها بعلها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها لاتقبل منه عذرا ولا تغفر له ذنبا » . ويكره اختيار العقيم ومن تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجيبة ، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة ويكره تزويج جملة اخرى : ﴿ منها ﴾ : القابلة وابنتها للمولود ﴿ومنها﴾:

تزويج ضرة كانت لامه مع غير ابيه ﴿ ومنها ﴾ :ان يتزوج اخت اخيه ﴿ومنها﴾: المتولدة من الزنا (ومنها) : الزانية (ومنها) : المجنونة (ومنها) : المرأة الحمقاء اوالعجوز ، وبالنسبة الى الرجال يكره تزويج سيء الخلق والمخنث والزنج والاكراد والخزر والاعرابي والفاسق وشارب الخمر .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : مستحبات الدخول على الزوجة امور ﴿ منها ﴾ : الوليمة قبله او بعده ﴿ ومنها ﴾ : ان يكون ليلا لانه اوفق بالستر والحياء ، ولقوله (ص): « زفوا عرائسكم ليلا واطعموا ضحى » . بل لا يبعد استحباب الستر المكاني ايضا ﴿ ومنها ﴾ : ان يكون على وضوء ﴿ ومنها ﴾ : ان يصلي ركعتين والدعاء بعد الصلاة بعد الحمد والصلاة على محمد وآله بالالفة وحسن الاجتماع بينهما ، والاولى المأثور وهو : « اللهم ارزقني إلفتها وودها ورضاها بي ورأضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وانفس ايتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » : ﴿ ومنها ﴾ : أمرها بالوضوء والصلاة او امر من يأمرها بهما ﴿ ومنها ﴾ : امر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها (ومنها) : ان يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول : « اللهم بامانتك اخذتها وبكلماتك استحللتها فان قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقيا من شيعة آل محمد(ص) ولاتجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا » او يقول : « اللهم على كتابك تزوجتها وفي امانتك اخذتها وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا ولاتجعله شرك شيطان » ويكره الدخول ليلة الاربعاء .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يجوز اكل ماينثر في الاعراس مع الاذن ولو بشاهد الحال إن كان عاما فللعموم وان كان خاصا فللمخصوصين ، وكذا يجوز تملكه مع الاذن

فيه او بعد الاعراض عنه فيملك وليس لمالكه الرجوع فيه وان كان عينه موجوداً ولكن الاحوط لهما مراعات الاحتياط .

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : يستحب عند الجماع الوضوء والاستعاذة والتسمية وطلب الولد الصالح السوي والدعاء بالمأثور وهو ان يقول : « بسم الله وبالله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان مارزقتني » او يقول : « اللهم بامانتك اخذتها الى آخر الدعاء السابق ، او يقول: بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا اله إلا هو بديع السموات والارض اللهم ان قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيباً ولا حظاً واجعله مؤمناً مخلصاً مصفى من الشيطان ورجزه جل ثناؤك » . وان يكون في مكان مستور .

﴿ مسألة ١١ ﴾ : يكره الجماع ليلة خسوف القمر ويوم كسوف الشمس ، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء ، واليوم الذي فيه الزلزلة . بل في كل يوم او ليلة حدث فيه آية مخوفة ، وكذا يكره عند الزوال وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق وفي المحاق ، وبعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس وفي اول ليلة من كل شهر الا في الليلة الاولى من شهر رمضان فانه يستحب فيها وفي النصف من كل شهر وفي السفر اذا لم يكن عنده الماء للاغتسال ، وبين الاذان والاقامة وفي ليلة الاضحى ، ويكره في السفينة ومستقبل القبلة ومستدبرها ، وعلى ظهر الطريق والجماع وهو عريان ، وعقيب الاحتلام قبل الغسل او الوضوء ، والجماع وهو مختضب اوهي مختضبة ، وعلى الامتلاء والجماع قائماً وتحت الشجرة المثمرة ، وعلى سقوف البنيان وفي وجه الشمس الا مع الستر ، ويكره ان يجامع وعنده من ينظر اليه ولو الصبي غير المميز وان ينظر الى فرج الامرأة حال الجماع والكلام عند الجماع

إلا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله او شيء من القرآن ويستحب الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة ويوم الخميس عند الزوال ويوم الجمعة بعد العصر ، ويستحب عند ميل الزوجة اليه .

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : يستحب السعي في التزويج والشفاعة فيه بارضاء الطرفين.

﴿ مسألة ١٤ ﴾: يستحب تعجيل تزويج البنت وتحصينها بالزوج عند بلوغها فعن ابي عبد الله (ع) : « من سعادة المرء أن لا تطمث ابنته فى بيته » .

﴿ مسألة ١٥ ﴾ : يستحب حبس المرأة فى البيت فلا تخرج إلا لضرورة، ولا يدخل عليها أحد من الرجال .

﴿ مسألة ١٦ ﴾ : يكره تزويج الصغار وقبل البلوغ .

﴿ مسألة ١٧ ﴾ : يستحب تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر .

﴿ مسألة ١٨ ﴾ : يستحب ملاعبة الزوجة 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 الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله .

﴿ مسألة ٢٣ ﴾ : يستحب خلع خف العروس اذا دخلت البيت وغسل رجليها وصب الماء من باب الدار الى آخرها .

﴿ مسألة ٢٤ ﴾ : يستحب منع العروس في إسبوع العرس من الالبان والخل والكزبرة والتفاح الحامض .

﴿ مسألة ٢٥ ﴾ : يكره اتحاد خرقة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع

﴿ مسألة ٢٦ ﴾ : يجوز لمن يريد (١) تزويج امرأة أن ينظر الى وجهها ، وكفيها وشعرها ومحاسنها (٢) بل لايبعد جواز النظر الى سائر جسدها ماعـــدا

بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد ، والصلاة والسلام على رسوله الاكرم ، وآله الطاهرين .

(١) فى كشف اللثام : اتفاق الاصحاب عليه في الجملة . وفى 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 اليها ؟ قال ﴿ ع ﴾ : نعم ، إنما يشتريها باغلى الثمن » ، ومصحح هشام بن سالم ، وحماد بن عثمان ،وحفص بن البختري ، كلهم عن ابي عبد الله (ع): «قال ﴿ ع ﴾: لابأس بأن ينظر الى وجهها، ومعاصمها إذا أرادان يتزوجها»،وصحيح الحسن بن السري ، قال: «قلت لابي عبد الله (ع) : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلقها، والى وجهها ،قال (ع) : نعم ، لاباس أن ينظر الرجل الى المرأة اذا أراد ان يتزوجها .ينظر الى خلقها والى وجهها» الى غير ذلك من النصوص.

(٢) أما الاولان فلا إشكال فيهما . والاول منهما صريح النصوص السابقة . وأما الثاني فلاستفادته من ذكر المعاصم في مصحح الفضلاء . وأما الاخيران فنسب الجواز فيهما الى المشايخ الثلاثة ،وجمع من الاصحاب . ويشهد لأولهما صحيح عبدالله ابن سنان : « قلت لابي عبد الله ﴿ ع ﴾ : الرجل يريد ان يتزوج المرأة أينظر الى شعرها ؟ فقال ﴿ ع ﴾ : نعم ، إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن » . ويشهد

لثانيها خبر غياث بن ابراهيم عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) عن علي (ع) في رجل ينظر الى محاسن امرأة يريد ان يتزوجها، قال ﴿ع﴾: «لا بأس، انما هو مستام فان يقض أمر يكن»، ونحوه خبر مسعدة بن اليسع الباهلي عن ابي عبد الله ﴿ع﴾. وفي مرسل عبد الله بن الفضل عن ابيه عن رجل عن ابي عبد الله ﴿ع﴾ قال: «قلت أينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها؟ قال ﴿ع﴾: لا بأس بذلك اذا لم يكن متلذذا». وفي الشرائع، والارشاد والقواعد وغيرها: تخصيص الجواز بالوجه والكفين. بل ربما نسب الى المشهور. وكانه لحمل المعاصم في الصحيح السابق على الكفين، وعدم الاعتداد بالنصوص الاخيرة. وضعفه ظاهر اذ المعصم غير الكف. والنصوص لامانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها، بل إطلاق جواز النظر الى المرأة في مصحح ابن مسلم يقتضي ذلك، ولا سيما بملاحظة التعليل فيه وفي غيره بانه يشتريها باغلى الثمن، فانه يقتضي ذلك وأوضح منه موثق يونس المروي عن علل الصدوق: «قلت لابي عبدالله ﴿ع﴾: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له ان ينظر اليها؟ قال ﴿ع﴾: نعم، وترقق له الثياب، لأنه يريد ان يشتريها باغلى الثمن»، فان ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكن من النظر الى ماخلف الثياب من سائر البدن ولذلك قال في الجواهر: «فلا محيص للفقيه الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر الى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها ـ وفيها الصحيح، والموثق، وغيرها ـ الدالة بانواع الدلالة على ذلك».

لكن شيخنا الاعظم ﴿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 واليدين، لأنها موقع النظر غالباً، وغيرها مستور غالباً بالثياب. وأخرى: من جهة أن تخصيص النظر في مصحح الفضلاء بالوجه والمعاصم لايظهر له

عورتها (١) ، وان كان الاحوط خلافه ، ولا يشترط أن يكون ذلك باذنها ورضاها (٢) نعم يشترط

وجه إلا اختصاصها بجواز النظر وأوضح منه فى ذلك ما فى صحيح السري ، فانه ﴿ع﴾ بعد أن قال : « ينظر اليها » قال : « ينظر الى خلفها والى وجهها » .

أقول : يشكل ماذكره أولا : بأن الغلبة لاتوجب الانصراف المعتد به . مع أنها ممنوعة فى نفسها ، فان الغالب عدم ستر مقدار من الشعر ، والرقبة ، والصدر والساقين ، ومقتضى ذلك عدم الاختصاص بالوجه والكفين ، لا الاختصاص بهما . وثانيا : بأن التخصيص في مصحح الفضلاء لا يصلح للتقييد إلا بناء على مفهوم اللقب نعم ماذكر لو سلم اقتضى سقوط إطلاق المصحح المذكور ، لاسقوط إطلاق غيره . وثالثاً: بأن التخصيص بالخلف والوجه فى صحيح السري إنما كان لذكره في السؤال لا لبيان المراد من الاطلاق. مع انه لو سلم فلا يقتضي الا سقوط الاطلاق المذكور فيه لا سقوط إطلاق غيره . ومثله في الاشكال مناقشته ﴿قده﴾ في التعليل بأن المراد به تجويز النظر الى ما يندفع به معظم الغرر ، الحاصل من جهة حسن الخلقة واللون ، وقبحهما ، وان ذلك يندفع بالنظر الى الوجه والكفين ، إذ يستدل بهما غالباً على حسن سائر الاعضاء ، وقبحها من حيث الخلقة واللون . اذ فيه : أنه لاوجه للتخصيص بالمعظم من الغرر ، فانه خلاف الاطلاق . مع ان الاستدلال بالوجه على غيره غير ظاهر . ومن ذلك يظهر لك الوجه في قول المصنف : « بل لايبعد 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 فى كلام شيخنا الاعظم ، وإلا فاطلاق النص ، والتعليل شامل لها كغيرها .

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . والظاهر عدم الخلاف

أن لايكون بقصد التلذذ (١). وان علم أنه يحصل بنظرها قهراً (٢)، ويجوز تكرار النظر (٣) اذا لم يحصل الغرض ـ وهو الاطلاع على حالها ـ بالنظر الاول ويشترط ايضا أن لايكون مسبوقا بحالها (٤)، وان يحتمل اختيارها (٥)، وإلا فلا يجوز. ولا فرق بين (٦) ان يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص، او كان قاصداً لمطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار وان كان الاحوط الاقتصار على الاول. وايضا لافرق بين (٧) أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة

فيه منا، ولذا نسب في كشف اللثام الخلاف فيه الى مالك. ويقتضيه عموم النصوص وليس النظر من حقوق الزوجة، كي يحل باذنها، بل هو من الاحكام.

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

(٢) كما في كلام شيخنا الاعظم ﴿ره﴾. ويقتضيه عموم النصوص، ولاسيما كونه الغالب.

(٣) كما في كلام شيخنا الاعظم (رد) بشرط ان يحتمل أن يفيده الثاني مالا يفيده الاول. لاطلاق النصوص والتعليل.

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

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

(٦) لاطلاق النصوص مورداً وتعليلا. واحتمال أن مورد النصوص من يريد ان يتزوجها بالخصوص. بعيد.

(٧) كما في رسالة شيخنا الاعظم ﴿ره﴾. لاطلاق الادلة، ولاسيما بملاحظة ما اشتهر من انه ليس الخبر كالعيان.

تنظر اليها وتخبره ، اولا وان كان الاحوط الاقتصار على الثاني ولا يبعد جواز(١) نظر المرأة ايضا الى الرجل الذي يريد تزويجها . ولكن لا يترك الاحتياط بالترك. وكذا يجوز النظر الى جارية يريد شرائها (٢) ، وان كان بغير اذن سيدها . والظاهر اختصاص ذلك بالمشترى لنفسه فلا يشمل الوكيل والولي والفضولي(٣) . واما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص .

---

(١) كما في القواعد وغيرها ، وقواه شيخنا الاعظم ﴿ ره ﴾ في الرسالة . لما يستفاد من التعليل في اخبار المسألة ، فان الرجل اذا جاز له النظر لئلا يضيع ماله الذي يعطيه على جهة الصداق وغيره ، فلان يجوز للمرأة لئلا يضيع بضعها أولى . ويشكل بخفاء المقايسة بين البضع والمال . مع انها 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 اصحابه وقد خطب امرأة: « لو نظرت اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » . فان الخبر ضعيف لا مجال للاعتماد عليه فيما نحن فيه ولذلك اختار في الجواهر المنع . بل في كشف اللثام : « لم اعرف من الاصحاب من قال به غيره ﴿ يعني غير مصنفه ﴾ ، والحلبي ، وابن سعيد . وانما ذكرته العامة ، وروته عن عمر » .

(٢) نسب الى الاصحاب . وفي المسالك : أن جواز النظر الى وجهها ، وكفيها ، ومحاسنها ، وشعرها . موضع وفاق ، وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه » . ويشهد له نصوص المقام المشتملة على التعليل بأنه يشتريها باغلى الثمن . مضافا الى النصوص الواردة فيها بالخصوص، كخبر ابي بصير قال : « سألت أبا عبدالله(ع) عن الرجل يعترض الامة ليشتريها ، قال ﴿ ع ﴾ : لا باس أن ينظر الى محاسنها ، ويمسها مالم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه » . ونحوه غيره . وتحقيق المسألة في كتاب البيع

(٣) في الجواهر : منع جواز ذلك لغير مريد التزويج ، ولو وليا لقصور

﴿مسألة ٢٧﴾ : يجوز النظر الى نساء أهل الذمة (١) بل مطلق الكفار

الادلة عن إخراجه عن مقتضى الحرمة بخلافه فى شراء الامة الشامل له ولغيره عدا الفضولي على الظاهر. انتهى . وكأن عدم الشمول للفضولي من جهة عدم تحقق الشراء حقيقة منه ، بخلاف الوكيل ، والولي . لكن الفرق بينهما في شراء الامة وبينهما في التزويج ، غير ظاهر ، بعد اشتمال النصوص على الشراء ، وصدق المشتري على الوكيل والولي كصدقه على الاصيل . اللهم الا أن يقال : الملحوظ في شراء الامة المالية ، ولا مانع من شمول المشتري للولي والوكيل ، والملحوظ في التزويج مناسبات خاصة لاتقوم بغير من يريد التزويج لنفسه فينصرف المشتري عنه .

(١) على المشهور ، كما فى الحدائق ، وعن المسالك قال فى الشرائع : « ويجوز النظر الى نساء اهل الذمة وشعورهن لأنهن بمنزلة الاماء » ، ونحوه ماعن المقنعة ، والخلاف والنهاية . فيحتمل أن يكون المراد انهن بمنزلة الاماء للمسلمين ، لأن الكفار في المسلمين ، وانما يحرمهم الذمة ، فتكون نساء اهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد . لكن اثبات هذا المعنى غير ظاهر ، بل ممنوع ، وانما يكون الملك بالاسترقاق . مع انه يتوقف على جواز النظر الى الامة المشتركة . ويحتمل أن يكون المراد انهن ملك للامام . لما فى صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر ﴿ع﴾ : « إن أهل الكتاب مماليك الامام » ، وخبر زرارة عنه ﴿ع﴾ : « ان اهل الكتاب مماليك للامام ، الاترى انهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة الى مواليهم » وفي صحيح ابي ولاد عن ابي عبدالله ﴿ع﴾ : « وهم مماليك للامام ، فمن اسلم منهم فهو حر » . لكن الاستدلال بها متوقف على ثبوت كلية جواز النظر الى امة غيره وهو غير ظاهر والاستدلال عليه بالسيرة ، ليس باولى من الاستدلال بها على المقام. نعم يمكن الاستدلال على الحكم بخبر السكونى عن أبي عبدالله (ع) قال: « قال رسول الله ﴿ص﴾ : لاحرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر الى شعورهن وايديهن

مع عدم التـــلذذ والريبة (١) ، أي : خوف الوقوع في الحرام (٢) . والاحوط

فانه لا بأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه . وان كان ظاهر من علل بأنها بمنزلة الاماء عدم الاعتماد عليه . ولـكن اعتماد غيره كاف في جبر ضعفه لوكان . ويؤيده خبر أبي البختري عن جعفر ﴿ع﴾ ، عن أبيه عن علي بن ابي طالب ﴿ع﴾ : « لا بأس بالنظر الى رؤوس النساء من أهل الذمة » . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن إبن ادريس من المنع من النظر اليهن عملا بعموم الآية المحرمة للنظر ، التي لايجوز تقييدها بخبر الواحد . وتبعه على ذلك في المختلف ، وكشف اللثام .

(١) كما نص على ذلك في المقنعة ، والخلاف ، والنهاية ، والشرائع ، والقواعد وغيرها ، والعمدة في دليله الاجماع ظاهراً . وإلا فالنص مطلق .

(٢) قال في المسالك : « ينبغي ان 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 ، او خوف افتتان . والفرق بينه وبين الريبة ظاهر مما عرفت ولذا ذكر الثلاثة في التذكرة ويمكن تعميم الريبة للافتتان ، لأنها من ﴿ راب ﴾ اذا وقع في الاضطراب ، فيمكن ان يكون ترك التعرض له هنا ، وفي التحرير ، وغيرها لذلك » والمراد مما يخطر بالبال من النظر ، الميل الى الوقوع في الحرام مع المنظور اليه ، وان كان عالماً بعدم وقوعه . فنقول : بناء على ذلك يكون المراد من الريبة مرددا بين الامرين الخطور الخاص ، وخوف الوقوع في الحرام . ويظهر من التذكرة حرمة الجميع كما يظهر منها ومن كشف اللثام حرمة الوقوع في الافتتان ، فان تم اجماع عليه ـ كما هو الظاهر وفي المستند : « انه متحقق في الحقيقة ، ومحكي في بعض المواضع حكاية مستفيضة » ـ فهو والا فيشكل تحريم احدهما لعدم وضوح دليل على ذلك وظاهر شيخنا في الرسالة وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام ، وأما حرمته مع أحد الامرين ، فلأن فيهما الفساد المنهي عنه .

الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهن على عدم ستره (١) ، وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى (٢) من الاعراب وغيرهم وهو مشكل (٣) . نعم الظاهر عدم حرمة التردد في الاسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهن ، ولا يجب غض البصر اذا لم يكن هناك خوف افتتان .

والاشكال عليه ظاهر .

(١) اذا كان المستند في الحل التعليل فهو يقتضي جواز جميع البدن . واذا كان المستند خبر السكوني ، لزم الاقتصار على خصوص الشعور والايدي . وقد عرفت انه المتعين . اللهم الا أن يفهم أن ذكر الشعور والايدي من باب أن المتعارف كشفه ، لا لخصوصية فيها .

(٢) لخبر عباد بن صهيب : « سمعت ابا عبد الله ﴿ع﴾ يقول : لا بأس بالنظر الى رؤوس نساء أهل تهامة ، والاعراب ، واهل السواد ، والعلوج ، لانهم اذا نهوا لا ينتهون » . وعن الفقيه أنه رواه مكان « اهل السواد والعلوج » : « اهل البوادي من أهل الذمة » .

(٣) لضعف عباد . لكن رواه في الكافي هكذا : « عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن محبوب ، عن عباد بن صهيب » . واحمد بن محمد ابن عيسى أخرج البرقي من قم لانه يروي عن الضعفاء ، ويعتمد المراسيل ، وابن محبوب هو الحسن بن محبوب من اصحاب الاجماع ، وممن لا يروي إلا عن ثقة . ولا يبعد ان يكون ذلك كافيا في جبر ضعف السند . واحتمل في الجواهر أن يكون المراد من التعليل عدم وجوب غض النظر وترك التردد في الاسواق والازقة من اجلهن ، لانهن لا ينتهين بالنهي ، فيلزم من ترك ذلك العسر والحرج . لكنه خلاف الظاهر . فلا يبعد اذن العمل بالحديث . لولا ما قد يظهر من المشهور من عدم العمل به ، لعدم تعرضهم لمضمونه . نعم لا بأس بالعمل به بالمقدار الذي عليه

﴿ مسألة ٢٨ ﴾ : يجوز لكل من الرجل والمرأة (١) النظر الى ماعدا العورة من مماثله شيخا ، او شابا ، حسن الصورة او قبيحها ، ما لم يكن بتلذذ او ريبة (٢) . نعم يكره كشف المسلمة (٣) بين يدي اليهودية والنصرانية ، بل مطلق الكافرة (٤) فانهن يصفن ذلك لازواجهن . والقول بالحرمة للآية (٥) حيث

السيرة ، وهو ما اشار اليه المصنف ﴿ ره ﴾ بقوله : « نعم الظاهر ... » .

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

(٢) لما سبق .

(٣) لما في صحيح حفص بن البختري ، عن ابي عبد الله ﴿ ع ﴾ : « لاينبغي للمرأة أن تتكشف بين يدي اليهودية والنصرانية ، فانهن يصفن ذلك لازواجهن » . وقوله ﴿ ع ﴾ : (لاينبغي) لايدل على اكثر من الكراهة كما ان التعليل يقتضي اختصاص الكراهة بالمزوجة ، التي هي مظنة الوصف للزوج فلا تشمل من لازوج لها ، او كان مفقودا ، او كانت مأمونة من جهة التوصيف كما لاتشمل المرأة التي لاصفات لها حسنة لايحسن نقلها . كما ان مقتضى التعليل التعدي الى غير اليهودية والنصرانية اذا كانت تصف لزوجها من تراه من النساء .

(٤) كأنه لعموم التعليل .

(٥) قال فى كشف اللثام : « والشيخ ، والطبرسي في تفسيرهما ، والراوندي في فقه القرآن ، على المنع من نظر المشركة الى المسلمة . قال الشيخ والراوندي : إلا ان تكون أمة ، وفسروا (نسائهن) بالمؤمنات . وهو قوي » . وفى الحدائق موافقتهم ، لأن ﴿ لاينبغي ﴾ فى الصحيح بمعنى : لايجوز ، لأن النهي في الآية للتحريم .

قال تعالى : (او نسائهن) فخص بالمسلمات . ضعيف لاحتمال كون المراد من نسائهن (١) الجواري والخدم لهن من الحرائر .

﴿مسألة ٢٩﴾: يجوز لكل من الزوج والزوجة النظر الى جسد الآخر (٢) حتى العورة (٣) مع التلذذ وبدونه، بل يجوز لكل منهما (٤) مس الآخر بكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ وبدونه .

---

(١) هذا الاحتمال نسبه فى المسالك الى المشهور ، وعن الكشاف : « المراد من ﴿ نسائهن ﴾ من فى صحبتهن من الحرائر » ويحتمل أن يكون المراد منه مايعم الامرين معا . ويحتمل أن يكون المراد منه مطلق النساء سواء كن فى صحبتهن او خدمتهن ، أم لم يكن كذلك ، كما احتمله فى الجواهر . ويحتمل ان يكون المراد النساء اللاتي من الارحام كالعمة والخالة والاخت. ولعل قرينة السياق تقتضي ذلك، فيكون اقرب . وبالجملة : يكفي في الاضافة أدنى ملابسة ، والملابسة المصححة للاضافة فى المقام مجهولة مرددة بين وجوه لاقرينة على واحد منها والحمل على جهة الاشتراك فى الدين ليس اولى من غيره ومع الاجمال لامجال للاستدلال . واقرب الاحتمالات الاخير ، وابعدها مافي الجواهر .

(٢) إجماعا ، نصا وفتوى ، بل هو من الضروريات .

(٣) كما صرح به فى النصوص ، بل المصرح فيها اكثر من ذلك . نعم عن ابن حمزة حرمة النظر الى فرج المرأة حال الجماع .لما فى خبر ابي 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 » . لكن في موثق سماعة قال : « سألته عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها قال (ع): لا بأس به إلا انه يورث العمى » .

(٤) هذا كما قبله من القطعيات .

﴿ مسألة ٣٠ ﴾ : الخنثى مع الانثى كالذكر (١) . ومع الذكر كالانثى .

﴿ مسألة ٣١ ﴾ : لايجوز النظر الى الاجنبيـة (٢) ولا للمرأة النظر الى

(١) قال في جامع المقاصد : « الخنثى المشكل بالنسبة الى الرجل كالمرأة ، وبالنسبة الى المرأة كالرجل لتوقف يقين امتثال الامر بغض البصر والستر على ذلك » وعن صاحب المدارك الاتفاق عليه. أقول : الخنثى مع ابتلائه بكل من الرجل والمرأة يعلم اجمالا بحرمة النظر الى احد الصنفين فيجب عليه الاجتناب عنهما معا واما مع عدم الابتلاء إلا باحدهما ، فيشكل وجوب الاحتياط عليه للشبهة الموضوعية ، كما اشار الى ذلك في الجواهر . ومثله الانثى مع الخنثى فانه لما لم يحرز ذكورته ، لم يجب التستر عنه ، ولم يحرم النظر اليه. وكذا الكلام في الذكر مع الخنثى . وسيأتي في المسألة الخمسين ما له تعلق بالمقام .

(٢) اجماعا ، بل ضرورة من المذهب . كذا في الجواهر . ويشهد له قوله تعالى : (قل للمؤمنين : يغضوا من ابصارهم ، ويحفظوا فروجهم ، ذلك ازكى لهم ان الله خبير بما يصنعون ، وقل للمؤمنات : يغضضن من أبصارهن ، ويحفظن فروجهن ، ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ، وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ، او آبائهن ، او آباء بعولتهن ، أو ابنائهن ، اوابناء بعولتهن ، او اخوانهن ، او بني اخوانهن ، او بني اخواتهن ، اونسائهن ، او ما ملكت ايمانهن او التابعين غير اولي الاربة من الرجال ، او الطفل ، الذين لم يظهروا على عورات النساء . ولايضربن بأرجلهن ليعلم مايخفين من زينتهن ، وتوبوا الى الله جميعا أيها المؤمنون ، لعلكم تفلحون) . وان كانت دلالته لاتخلو من تأمل . فان غض الابصار غير ترك النظر مع أنه من المحتمل أن يكون المراد الفروج بقرينة السياق ، لا العموم . مع ان ارادة العموم تقتضي الحمل على الحكم الاولي ، وهو غض النظر عن كل شيء وحمله على الغض عن المؤمنات ، لاقرينة عليه

الاجنبي (١) من غير ضرورة . واستثنى جماعة الوجه والكفين ، فقالوا بالجواز فيهما (٢) مع عدم

اللهم الا ان يكون المستند في تعيين المراد الاجماع .

(١) كما هو المعروف : لعموم الامر بغضهن من أبصارهن ، بناء على ماعرفت من الاجماع ، ويؤيده ماورد من قول النبي (ص) لعائشة وحفصة ، حين دخل ابن ام مكتوم : « إدخلا البيت فقالتا : إنه اعمى . فقال : إن لم يركما فانكما تريانه » . لكن في التذكرة : « حكي عن بعض الجواز . مستدلا على ذلك بأنه لو استويا لامر الرجل بالاحتجاب 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 ثابت فى نظر المرأة فلا مستند في المساواة كلية إلا الاجماع ، كما ادعاه بعضهم ، ففي الرياض : « تتحد المرأة مع الرجل ، فتمنع فى محل المنع ، ولا تمنع في غيره ، إجماعا » ، ونحوه كلام شيخنا الاعظم (ره) فى الرسالة . لكن الاعتماد على الاجماع المخالف للسيرة القطعية الفارقة بين الرجل والمرأة فى ستر الوجه والكفين ، كما ترى .

(٢) نسب هذا القول الى الشيخ ، وجماعة ، واختاره في الحدائق ، والمستند ، وشيخنا الاعظم في رسالة النكاح ، مستندين فى ذلك الى صحيح الفضيل قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الذراعين من المرأة ، هما من الزينة التي قال الله تعالى : (ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن) ؟ قال : نعم ، ومادون الخمار من الزينة ، وما دون السوارين » وظاهر ان مايستره الخمار هو الرأس والرقبة ، والوجه خارج عنه ، وان الكف فوق السوار لا دونه ، فيكونان خارجين عن الزينة ، وفى موثق زرارة عن ابي عبد الله (ع) فى قول الله عز وجل : (الا ماظهر منها)

قال : « الزينة الظاهرة : الكحل ، والخاتم ، وهما في الوجه والكف » ورواية ابي بصير عن ابي عبد الله (ع) قال : « سألته عن قول الله عز وجل : (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) قال (ع) : الخاتم والمسكة ، وهي القلب والقلب بالضم السوار » ، وخبر مسعدة بن زياد : « سمعت جعفرا (ع) وسئل عما تظهر المرأة من زينتها ، قال (ع) : الوجه ، والكفين » وخبر ابي الجارود المروي عن تفسير علي بن ابراهيم عن أبي جعفر (ع): « في قوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منهـــا) ، فهي الثياب ، والكحل ، والخاتم ، وخضاب الكف ، والسوار . والزينة ثلاثة : زينة للناس ، وزينة للمحرم ، وزينة للزوج . فامازينة الناس فقد ذكرنا . واما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها ، والدملج فما دونه ، والخلخال وما سفل منه . واما زينة الزوج فالجسد كله » الى غير ذلك من النصوص التي يستفاد منها صراحة ، أو ظهوراً ، او اشعارا ، الجواز ، ومنها ماورد في المرأة تموت وليس معها الا الرجال ، وفي الرجل يموت وليس معه الا النساء ، ومنهـــا صحيحة ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر (ع) قال : « سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها ، اما كسر ، واما جرح ، في مكان لا يصلح النظر اليه يكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء ، أيصلح له النظر اليها ؟ قال (ع) : اذا اضطرت فليعالجها إن شاءت » فان الرواية كالصريحة في ان من جسد المراة مايصلح النظر اليه ، وما لا يصلح . بل يمكن الاستدلال بالآية الشريفة : (وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن) . فان استثناء ماظهر من الزينة يدل على أن من الزينة ماهو ظاهر ، ولا يكون إلا بظهور موضعها ، فيدل على أن بعض جسد المرأة مايجوز اظهاره ولا يحرم كشفه . لا اقل من استفادة ذلك من قوله تعالى : (وليضربن بخمرهن على جيوبهن) . فان تخصيص الجيوب بوجوب الستر ، يدل على عدم وجوب

ستر الوجه ، والاكان اولى بالذكر من الجيب ، لان الخمار يستر الجيب غالبا ، ولا يستر الوجه .

وقيل لايجوز . واختاره العلامة في التذكرة والارشاد ، وتبعه عليه جماعة ، منهم كاشف اللثام ، وشيخنا في الجواهر لعموم مادل على غض البصر . وقوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن). وما في كنز العرفان من إطباق الفقهاء على ان بدن المرأة عورة الا على الزوج والمحارم . ولسيرة المتدينين من الستر . ولما فى الروايات المتضمنة أن النظر سهم من سهام ابليس ، وان زنا العين النظر ، وانه رب نظرة اوجبت حسرة يوم القيامة ومكاتبة الصفار الى ابى محمد (ع): « في رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم ، هل يجوز له أن يشهد عليها وهو من وراء الستر يسمع كلامها ، اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك) وهذا كلامها او لايجوز له الشهادة حتى تبرز ويثبتهـــا بعينها ؟ فوقع (ع) : تتنقب وتظهر للشهود » ، ولما ورد من ان المرأة الخثعمية أتت رسول الله (ص) بمنى في حجة الوداع تستفتيه ، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله (ص) ، فاخذ ينظر اليها وتنظر اليه ، فصرف رسول الله (ص) وجه الفضل عنها ، وقال : « رجل شاب وامرأة شابة . اخاف ان يدخل الشيطان بينهما » .

والمناقشة فى جميع ذلك ممكنة فان عموم مادل على لزوم غض البصر مقيد بما سبق مع ان غض البصر اعم من ترك النظر . وقوله تعالى: (ولا يبدين زينتهن) قد استثني منه ما ظهر منها . وحمله على زينة الثياب ـ كما حكاه فى كشف اللثام عن ابن مسعود ـ مع أنه خلاف الظاهر فى نفسه ، مخالف لقرينة السياق مع قوله تعالى : (وليضربن بخمرهن) . واما اطباق الفقهاء المحكي عن كنز العرفان ، فلا مجال للاعتماد عليه مع وضوح الخلاف وشهرته ، واما السيرة فاعم من الوجوب. واما مافى الروايات من ان النظر سهم من سهام ابليس ، فالظاهر أنه بملاحظة مايترتب

الريبة والتلذذ (١).

على النظر من الاثر المحرم فان ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم ، فيكون مختصا بالنظر بشهوة. واظهر منه في ذلك ماورد من ان زنا العين النظر ، وانه رب نظرة اوجبت حسرة . على ان الاخير ايجاب جزئي ، وهو لايدل على عموم التحريم . واما الامر بالتنقب في المكاتبة ، فلا يظهر انه للوجوب التعبدي ، ومن الجائز أن يكون للمحافظة على فقارة المرأة ومنع ما يوجب الاستحياء . مع انها تدل على جواز النظر الى بعض الوجه . واما رواية الخثعمية ، فتدل على الجواز - كما في المسالك - لانه (ص) لم ينهها عن النظر ، وانما صرف وجه الفضل عن المرأة معللا بخوف دخول الشيطان ، الناشيء من التلذذ، الحاصل من وقوع النظر المؤدي الى الافتتان هذا مضافا الى ما يظهر من الرواية من ان المرأة كانت مكشوفة الوجه ، وان النبي (ص) كان ينظر اليها ، فرآها تنظر الى الفضل . وهناك وجوه اخرى للجواز، وللتحريم ، لايهم ذكرها لوضوح المناقشة فيها .

(١) قد عرفت ان 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 ، وان العمدة فيه الاجماع ، وارتكاز المتشرعة ، وكذا النظر مع التلذذ .

وهل يختص التحريم بقصد التلذذ ؟ - كما قد يظهر من عبارة الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، حيث ذكر فيها أنه لايجوز النظر لتلذذ ، او ريبة - أو يعم ماإذا حصل التلذذ في حال النظر وان لم يكن واقعا بقصد التلذذ ، فيجب عليه الكف مع التلذذ . وجهان وفي رسالة شيخنا الاعظم : الظاهر الاول . لاطلاق الادلة ولأن النظر الى حسان الوجوه من الذكور والاناث لاينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المجبولة على ملاءمة الحسان ، فلو حرم النظر مع حصول

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

التلذذ ، لوجب استثناء النظر الى حسان الوجوه ، مع انه لاقائل بالفصل بينهم وبين غيرهم . وأيده ﴿ قده ﴾ بصحيح علي بن سويد : « قلت لأبي الحسن (ع) : إني مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر اليها ، فقال (ع) : لا بأس ياعلي إذا عرف الله من نيتك الصدق ، واياك والزنا ، فانه يذهب بالبركة ، ويذهب بالدين » فان مراد السائل أنه كثيراً ما يتفق له الابتلاء بالنظر الى المرأة الجميلة ، وانه حين النظر اليها يتلذذ لمكان حسنها وفيه : أن الظاهر من المرتكزات الشرعية حرمة النظر مع التلذذ ، فيقيد به الاطلاق . وأما ماذكره ثانياً ، ففيه : أن التلذذ الذي هو محل الكلام التلذذ الشهوي ، وما تقتضيه الطبيعة البشرية المجبولة على ملاءمة 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 علي بن سويد فالظاهر منه الاضطرار الى النظر لعلاج ونحوه ، بقرينة قوله (ع) : « اذا عرف الله من نيتك الصدق » يعني : الصدق في أن نظرك للغاية اللازمة ، لاما ذكره (قده) ، ولا ما ذكر في كشف اللثام والجواهر من النظر الاتفاقي ، اذ النظر الاتفاقي لانية فيه .

(١) اختار هذا القول في الشرائع ، والقواعد ، للجمع بين أدلة القولين ، كما يشهد به النبوي : « لاتتبع النظرة النظرة ، فان الاولى لك ، والثانية عليك ، والثالثة فيها الهلاك » ، وعن العيون روايته بدل : « فان ... » : « فليس لك ياعلي إلا أول نظرة » ، وخبر الكاهلي ، عن الصادق (ع) : « النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة ، وكفى بها لصاحبها فتنة » . وفيه : أن من أدلة القولين ما يأبى هذا الجمع جدا ، مع انه بلا شاهد . والنبوي لايصلح لذلك ، لقصوره سنداً ، بل دلالة أيضا . لقرب كون المراد من أن النظرة الثانية عليه : أنها توجب

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

الريبة واللذة ، بقرينة جعل المراتب ثلاثة . وبالجملة : القول المذكور أضعف الاقوال دليلا . واقواها القول الاول . لولا ماعليه مرتكزات المتشرعة من المنع ، على وجه يعد ارتكاب النظر عندهم من المنكرات التي لاتقبل الشك والتردد ، ولا يقبل فيها عذر ولا اعتذار . واحتمال أن يكون ذلك من جهة الغيرة . بعيد . ولذلك لا يستنكرون النظر الى القواعد من النساء استنكاراً دينياً ، وان كانوا يستنكرونه من جهة الغيرة ولا يرونه حراماً . نعم يختص هذا الاستنكار فى النساء التي يكون النظر اليها مظنة التلذذ ، وان لم يكن بقصد التلذذ ، ولا مقرونا معه . ولأجل ذلك لامجال للاقدام على الفتوى بالجواز فيهن ، وان قام عليه دليل . اللهم إلا أن يكون الاستنكار من من جهة مايترتب عليه من التلذذ غالباً . والمسألة محتاجة الى تأمل .

(١) إجماعا ، صريحاً ، وظاهراً . في كلام جماعة . وفي الجواهر عده من الضروريات ويشهد له في الجملة قوله تعالى : (ولايبدين زينتهن إلا لبعولتهن ...) الآية . وما ورد في تفسير المحارم مجردات ويلقى على عورتهن خرقة . لكن فى القواعد في آخر حد المحارب : « ليس للمحرم التطلع على العورة ، والجسد عاريا » ، ونسب الى ظاهر التحرير هناك ، وعن التذكرة حكايته عن الشافعية في وجه ، وعن التنقيح استثناء الثدي حال الرضاع . ولكنه كما ترى مخالف لاطلاق الكتاب ، ومعاقد الاجماع . وان كان قد يشهد له خبر أبي الجارود المتقدم . لكنه لايصلح لمعارضة ماذكر .

(٢) إذا كان حكمه مستفاداً مما دل على أنه بمنزلة النسب ، فلا يشمل مايستفاد حكمه مما دل على أنه لاينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ، أو فى أولاد المرضعة . فان دليل التحريم في مثل ذلك لايقتضي الخروج عن عموم حرمة النظر

اومصاهرة(١). ماعدا العورة ، مع عدم تلذذ وريبة(٢) . وكذا نظرهن اليه (٣).

﴿ مسألة ٣٣ ﴾ : المملوكة كالزوجة بالنسبة الى السيد (٤) ، اذا لم تكن مشتركة ، أو وثنية ، أو مزوجة (٥) او مكاتبة او مرتدة .

﴿ مسألة ٣٤ ﴾ : يجوز النظر الى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة (٦) ، وان حرم وطءها ،وكذا الامة كذلك ،

وعموم وجوب التستر .

(١) بالمعنى الآتي بيانه ، وهو المختص بعلاقة الزوجية، لاغير ، فانه الذي تقتضيه الادلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر . فلا يشمل التحريم الحاصل من الزنا ، أو اللواط ، أو نحو ذلك .

(٢) إجماعا على ماعرفت .

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

(٤) الذي يظهر من جماعة التلازم في الامة بين جواز النكاح ذاتا والنظر ، فاذا جاز نكاح الامة ذاتاً جاز النظر إليها ، وإلا فلا . وإذا حرم نكاحها عرضا لحيض ونحوه ، لم يحرم النظر إليها . ولأجل ذلك استثنى في المتن ـ تبعا للتذكرة ، وغيرها ـ المشركة وما بعدها ، لعدم جواز نكاحهن .

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

(٦) لعموم ما دل على جواز الاستمتاع بالزوجة . وعليه كما يجوز النظر يجوز غيره من أنواع الاستمتاع ، عدا الوطء ، فانه لاريب عندهم في حرمته ،

وكذا الى المطلقة الرجعية (١) ما دامت في العدة، ولو لم يكن بقصد الرجوع(٢)

﴿ مسألة ٣٥ ﴾ : يستثنى من عدم جواز النظر من الاجنبي والاجنبية مواضع (منها) : مقام المعالجة (٣) وما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق ، والكسر والجرح والفصد والحجامة ونحو ذلك اذا لم يمكن بالمماثل (٤) بل يجوز المس واللمس حينئذ (٥)

وكونه القدر المتيقن من اعتداد الزوجة للوطء شبهة . لكن في القواعد ، والمسالك المنع من الاستمتاع بها الى أن تنقضي العدة . وفي الجواهر : « لا دليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة » .

(١) لما تضمن النص من أنها زوجة فتترتب عليها أحكامها، ومنها جواز النظر.

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

(٣) لا إشكال في ذلك ، ولا خلاف ، وفي المسالك الاجماع على جواز النظر مع الحاجة اليه . ويشهد له صحيح الثمالي المتقدم في أدلة جواز النظر الى الوجه والكفين . وعموم نفي الضرر . ومقتضى عبارات الاكثر جواز النظر لمطلق الحاجة ولكنه غير ظاهر . إذ صحيح الثمالي مختص بالضرورة . والعمومات لا تقتضي الجواز إلا معها . فالبناء على تسويغ النظر بمجرد الحاجة ضعيف .

(٤) كما في المسالك ، وكشف اللثام ، وغيرهما . لعدم الضرورة أو الحاجة حينئذ . فالمرجع عموم المنع .

(٥) لعموم ما دل على الجواز للضرورة ، مثل قاعدة : « لا ضرر ولا ضرار » واما قوله (ع) : « ما من شيء إلا وقد أحله الله تعالى لمن اضطر اليه » . فيختص بالمضطر ، ولا يشمل الطبيب . نعم يمكن دخول ذلك في عموم صحيح الثمالي المتقدم . فلاحظ .

(ومنها) : مقام الضرورة، كما اذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق اونحوهما عليه أو على المس (١) (ومنها) : معارضة كل ماهو أهم فى نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس (٢) (ومنها) : مقام الشهادة تحملا أو أداء مع دعاء الضرورة (٣) . وليس منها ما عن العلامة من جواز النظر الى الزانيين لتحمل الشهادة (٤) . فالاقوى عدم الجواز . وكذا ليس منها النظر الى الفرج للشهادة على الولادة ، أو الثدي للشهادة على الرضاع ، وان لم يمكن اثباتها بالنساء ، وان

---

(١) فان مزاحمة تحريم النظر بما هو أهم منه - من وجوب حفظ النفس المحترمة من الهلاك - يقتضي سقوطه ، وتقديم الاهم ، والعمل عليه .

(٢) لما عرفت . بل ما سبق من بعض موارده وصغرياته ، فكان الاولى الاقتصار على هذا وترك ماقبله .

(٣) لما سبق .

(٤) ذكر ذلك في القواعد . وعلله في المسالك بأنه وسيلة الى إقامة حدود الله تعالى ، ولما في المنع من الفساد ، واجتراء 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 الاقرب ، وفي الجواهر أنه الاقوى . لعدم ثبوت جواز النظر فيه . وما ذكره في المسالك لايقتضيه ، إذ من الجائز أن لايتعلق الغرض باثباته بنحو يقتضي تحليل النظر . ويشير اليه عدم الاجتزاء بشهادة العدلين ، بل لابد فى إثباته من شهادة الاربعة ، فان ذلك يناسب عدم الاهتمام به في مقام الاثبات . غير ان استقرار

استجوده الشهيد الثاني (١) (ومنها) : القواعد من النساء (٢) اللاتي لا يرجون نكاحا بالنسبة الى ماهو المعتاد له (٣)

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 . وإلا 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 واتم الحاجات ، لا يقتضيه إلا مع وجود جهة تقتضي وجوب 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 .

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

(٣) في مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) . « أنه قرأ : (أن يضعن ثيابهن) قال : الخمار والجلباب . قلت : بين يدي من كان ؟ قال (ع) : بين يدي من كان ، غير متبرجة بزينة » ، ونحوه مصحح حريز بن عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام . لكن في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن ؟ قال : الجلباب » وفي خبر محمد بن أبي حمزة عنه عليه السلام : « الجلباب وحده » ، وفي خبر الكناني عنه (ع) : « الجلباب إلا

من كشف بعض الشعر والذراع ، ونحو ذلك لامثل الثدي والبطن (١) ونحوهما مما يعتاد سترهن له (ومنها) : غير المميز من الصبي والصبية (٢) فانه يجوز النظر اليهما بل اللمس . ولا يجب التستر منهما ، بل الظاهر جواز النظر اليهما قبـــل

أن تكون أمة فليس عليها جناح أن تضع خمارها » . والجمع بينها يقتضي حمل الاخير على الاستحباب . ومقتضى ذلك جواز كشف ما يستر الخمار من الشعر والرقبة وبعض الصدر . وكشف مايستره الجلباب وهو الذراع . ومنه يشكل ما في المتن من تخصيص الكشف ببعض الشعر . ولا سيما بملاحظة صحيح البزنطي 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 : فما لي من النظر اليه منها ؟ فقال (ع) شعرها وذراعها » . ومنه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع وان لم يكن الجلباب ساتراً له بتمامه . 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 . وان كان ظاهر عبارة التذكرة ارتفاع حكم العورة عن جميع اجسادهن ،وحكاه في الجواهر عن ظاهر عبارة الشهيد وغيرها . وكأنه 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) . فان المتيقن منـــه غير المميز . كما تقتضيه أيضا السيرة وما ورد في موارد متفرقـــة ، مثل ما ورد في تغسيل الرجل الصغيرة والمرأة الطفل الصغير ، وغيرذلك . وكذلك الحكم في اللمس وعدم وجوب التستر منهما .

البلوغ (١) ،

(١) كما صرح به جماعة . لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا إبراهيم (ع) عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها أن تغطي رأسها ممن ليس بينها و بينه محرم ؟ ومتى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاة ؟ قال (ع) : لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة » . وهو وان 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 وان كانت ظاهرة في جواز تكشف الصبية لغير البالغ ، لكنها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره اليها . وأما نظرها الى غير المماثل البالغ ، فيدل عليه صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن الرضا عليه السلام : « قال : يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين ، ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم »، ونحوه صحيحه الآخر المروي عن قرب الاسناد . ودلالتها 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 ، بل مقتضاه جواز النظر الى عورة غير المماثل ، وان وجب على المنظور التستر عنه . وقد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر الى العورة ، تخصيصاً منه 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 يبين الله لكم الآيات ، والله عليم حكيم . واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ، كذلك يبين الله لكم آياته ، والله عليم حكيم) . وفيه : أن الآية الشريفة ليست واردة في تحريم نظر الصبي الى العورة ، وانما واردة في تحريم

اذا لم يبلغا مبلغاً (١) يترتب على النظر منهما أو اليهما ثوران الشهوة .

﴿ مسألة ٣٦ ﴾ : لا بأس بتقبيل الرجل الصبية (٢)

التطلع على بعض الافعال والاحوال التي يستقبح 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 فى النظر الى العورة الحرام ، ولا في تحريم ذلك على غير البالغ . نعم الآية الثانية ظاهرة فى تحريم التطلع على البالغين والخطاب فيها لهم . يظهر هـذا الاختلاف في المخاطب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين . وكما تختلف الآيتان في المخاطب تختلفان في زمان الخطاب ، فان مورد الآية الاولى يختص بالاوقات الثلاثة ومورد الآية الثانية عام لجميع الازمنة . ولعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف فى 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 يخصص بها حديث رفع القلم . وإن بناء الفقهاء بل المسلمين على عدم تكليف الصبي مطلقاً حتى وقع الكلام فى وجه عقابه على ترك الاسلام .

(١) أما مع بلوغ الصبي ذلك ففي الجواهر : « ظاهر غير واحد من الاصحاب المفروغية عن وجوب التستر عنه ، ومنع الولي إياه ، بل في جامع المقاصد نفي الخلاف فيه بين أهل الاسلام . كما أن فيه الاجماع على عدم جواز نظر التابع 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 المتشرعة ، التي لا ريب فيها ، ولا إشكال .

(٢) هذا فى الجملة لا إشكال فيه . وتقتضيه السيرة العملية القطعية . مضافا

التي ليست له بمحرم ، ووضعها فى حجره ، قبل أن يأتى عليها ست سنين ، اذا لم يكن عن شهوة (١) .

﴿ مسألة ٣٧ ﴾ : لايجوز للمملوك النظر الى مالكته (٢)

الى أصل البراءة . والنصوص ، كصحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي - الذي رواه الصدوق في الفقيه - قال : « سأل أحمد بن النعمان أبا عبدالله (ع) عن جارية ليس بيني وبينها رحم تغشاني فاحملها وأقبلها . قال (ع) : إذا أتى لها عشر سنين فلا تضعها على حجرك » ، وخبر زرارة عن أبى عبد الله (ع) : « إذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها » ، ومرفوع زكريا المؤمن : « قال أبو عبد الله (ع) : إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام . والغلام لايقبل المرأة إذا جاز سبع سنين » ، 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 فيه على النهي عن الوضع في الحجر مع أن السؤال كان فيه عنه وعن التقبيل . وبعض النصوص وان كان ظاهراً فى الحرمة . لكنه قاصر السند . فلاحظ .

(١) أما اذا كان عن شهوة فلما عرفت من الاجماع الارتكازي على الحرمة .

(٢) على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا . وإن كان ظاهر المسالك الميل الى الجواز ، بل نسبة التردد فى ذلك الى الشيخ في المبسوط حيث قال : « مع أن الشيخ ذكر فى المبسوط ما يدل على ميله الى جواز نظر المملوك مطلقاً ، وان كان قد رجع عنه أخيراً وهذه عبارته : « إذا ملكت المرأة محلا أو خصياً فهل يكون محرما لها حتى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها ؟ قيل : فيه وجهان ، أحدهما - وهو الظاهر - : أنه يكون محرما ، لقوله تعالى : (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن . الى قوله تعالى : أو ما ملكت أيمانهن) . والثاني : - وهو الاشبه

بالمذهب ـ : أنه لايكون محرما ، وهو الذي يقوى فى نفسي » . وهذا الكلام يدل على تردده ، وإن كان ميله أخيراً الى التحريم . والمقصود : أن الحـكم 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 اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها ، واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها فلما رأى رسول الله (ص) ما تلقى قال : « إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك وغلامك » ، وروى الكليني أخباراً كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق (ع) أن المراد بقوله تعالى (أو ما ملـكت أيمانهن) شامل للمملوك مطلقا، وروى في الصحيح عن معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : المملوك يرى شعر مولاته وساقها . قال (ع) : لابأس » انتهى ما فى المسالك .

ويشهد للقول بالجواز الصحيح عن يونس بن عمار ويونس بن يعقوب جميعاً عن ابي عبد الله (ع) : « لايحل للمرأة أن ينظر عبدها الى شيء من جسدها إلا الى شعرها ، غير متعمد لذلك » ، قال في الكافي : « وفي رواية أخرى : لابأس بأن ينظر الى شعرها إذا كان مأموناً » ، وصحيح معاوية بن عمار ، المتقدم في كلام المسالك ، وخبر معاوية بن عمار قال : « كنا عند ابي عبد الله (ع) نحواً من ثلاثين رجلا إذ دخل أبي فرحب به .. الى أن قال : هذا ابنك ؟ قال : نعم ، وهو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً مالا يحل لهم قال (ع) : وما هو ؟ قال : المرأة القرشية والهاشمية تركب وتضع يدها على رأس الاسود وذراعها على عنقه فقال أبو عبد الله (ع) : يابني أما تقرأ القرآن ؟ قلت : بلى قال : إقرأ هذه الآية : (لاجناح عليهن فى آبائهن ولا أبنائهن .. حتى بلغ : ولا ما ملـكت أيمانهن) ثم قال : يابني لابأس أن يرى المملوك الشعر والساق » ،ومصحح اسحاق بن عمار: « قلت لابي عبد الله (ع) : أينظر المملوك الى شعر مولاته ؟ قال (ع) : نعم ،

ولا للخصي النظر الى ما لـكنته ، اوغيرها (١)

والى ساقها » ، 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 : لايحل . فكتب (ع) : سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، لاتكشفي رأسك بين يديه ، فان ذلك مكروه » . ولا يخفى أن مقتضى العمل بالنصوص الاخذ بما دل على الجواز .

لـكن لامجال له بعد إعراض الاصحاب عنها . فيتعين حملها على التقية ، أو الضرورة ، أو النظر الاتفاقي . وان كان الاخيران في غاية البعد ، ولا سيما بملاحظة مافيها من التفصيل بين الشعر والساق وغيرهما . ويشير الى الاول مافى خبر معاوية الحاكي دخول أبيه على أبي عبد الله (ع) . وأما الآية فلا مجال للاخذ باطلاقها بعد ورود مرسلة الشيخ في الخلاف : « روى أصحابنا في قوله تعالى : (أو ما ملـكت أيمانهن) أن المراد به الاماء ، دون العبيد الذكران » ، ونحوها فى المبسوط . وفي الشرائع : « وملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الاماء » . ومعارضها قد عرفت إشكاله .

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، وفى الشرائع : « قيل : نعم وقيل : لا ». لـكن في الجواهر : « لم نعرف القائل بالاول سابقاً على زمن المصنف (ره) . نعم عن الفاضل فى المختلف جوازه في المملوك بالنسبة الى ما لـكنته » ، قال في المختلف : « والحق عندي أن الفحل لايجوز له النظر الى ما لـكنته . أما الخصي ففيه احتمال أقربه الجواز على كراهية . للآية . والتخصيص بالاماء ، لاوجه له ، لاشتراك الاماء والحرائر في الجواز » ، وعن المحقق الثاني متابعته ، وفى 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 يتقنع منهم ؟ قال (ع) : لا » ، وروى الشيخ (ره) مرسلا قال : « وروي في خبر آخر : أنه سئل عن ذلك فقال (ع) : أمسك عن هذا ، ولم يجبه » ، ولعله أراد بذلك ماروا ه في قرب الاسناد ، عن صالح بن عبد الله 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 » ولعل في هذا الخبر دلالة على كون الصحيح وارداً للتقية . لكن العمدة في وهنه إعراض الاصحاب عنه ، مع صحة سنده ، وصراحة دلالته . فليحمل على التقية أو يطرح .

وقد يستدل على الجواز بقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال) . وفيه : أن المذكور في صحيح زرارة قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن قوله عز وجل : (أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال ..) الى آخر الآية قال (ع) : الاحمق الذي لا يأتي النساء » ، ونحوه غيره . وهو لا ينطبق على الخصي ومن ذلك تعرف ضعف القول بجواز نظره مطلقاً ، حراً كان الخصي ، أو مملوكا ، الى مالكته وغيرها ، كما نسب الى ابن الجنيد ، وطائفة من المتأخرين ، منهم السبزواري في الكفاية ، وان كان في النسبة الى الاول تأمل . مع أنه قد ورد المنع في بعض النصوص من نظره الى غير مالكته ، ففي خبر عبد الملك بن عتبة النخعي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن أم الولد ، هل يصلح أن ينظر اليها خصي مولاها وهي تغتسل ؟ قال (ع) : لا يحل ذلك » ، وخبر محمد بن إسحاق قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) قلت : يكون الرجل خصي يدخل على نسائه ، فينا ولهن الوضوء ، فيرى شعورهن . قال (ع) : لا » . وان كان مقتضى الجمع العرفي بينها وبين الصحيح المتقدم الحمل على الكراهة . فالعمدة عمومات المنع من النظر ، ووهن الصحيح المتقدم باعراض المشهور .

كما لايجوز للعنين ، والمجبوب بلا اشكال (١) . بل ولا لكبير السن الذي هو شبه القواعد من النساء ، على الاحوط (٢) .

﴿ مسألة ٣٨ ﴾ : الاعمى كالبصير فى حرمة نظر المرأة اليه (٣)

---

(١) لخروجهما عن الخصي الذي هو محل الخلاف والاشكال ، فيرجع فيهما الى عمومات المنع . وعن الشافعي: تفسير : (غير أولي الاربة) بالخصي، والمجبوب ولم يعرف ذلك لغيره . وكأنه حمل الآية على معنى من لم يكن له حاجة في النساء . لكن على هذا لايختص بما ذكر . وكيف كان لامجال للاخذ بالآية الشريفة في غير مافسرت به في النصوص المتقدمة .

(٢) فان المقدار في كنز العرفان فى تفسير : (غير أولي الاربة) قال : « قيل : المراد بهم الشيوخ الذين سقطت شهوتهم وليس لهم حاجة الى النساء . وهو مروي عن الكاظم (ع) . والاربة : الحاجة » وفيه : أنه مرسل ضعيف فى نفسه . فضلاعن صلاحية معارضته لما عرفت. ولذا قال فى محكي جامع المقاصد : «ولو كان شيخاً كبيراً جداً هرماً ففي جواز نظره احتمال . ومثله العنين المخنث ، وهو المشبه بالنساء . واختار فى التذكرة أنهم كالفحل لعموم الآية . وهو قوي» . لكن في الجواهر: « أن المراد بغير أولي الاربة من لايشتهي النكاح ، لكبر سن ونحوه شبه القواعد من النساء التي لاترجو نكاحا ولاتطمع فيه » . وضعفه ظاهر مما سبق.

(٣) نص على ذلك في الشرائع، والقواعد ،وغيرهما . ويظهر من كلمات بعض أنه من المسلمات . لعمومات المنع من النظر وفي مرفوع أحمد بن 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 يركما فانكما تريانه » ، والمرسل عن ام سلمة قالت : « كنت عند رسول الله (ص) وعنده ميمونة فاقبل ابن ام مكتوم ـ وذلك بعد أن أمر بالحجاب ـ فقال : احتجبا ، فقلنا :

﴿ مسألة ٣٩ ﴾ : لا بأس بسماع صوت الاجنبية (١) ما لم يكن تلذذ ولاريبة (٢) من غير فرق بين الاعمى والبصير (٣)

يارسول الله : أليس أعمى لايبصرنا ؟ قال : أفعمياوان أنتما الستما تبصرانه ؟ !» .

(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) : لاتبدأوا النساء بالسلام ، ولا تدعوهن الى الطعام ، فان النبي (ص) قال : النساء عي ، وعورة ، فاستروا عيهن بالسكوت ، واستروا عورتهن بالبيوت » ، وفي خبر غياث ابن إبراهيم ، عن ابي عبد الله (ع) أنه قال : « لاتسلم على المرأة » . لكن الاول لا مأخذ له يعتد به ، فقد قال فى كشف اللثام : « لايحضرني الخبر بكون صوتها عورة مسنداً ، وانما رواه المصنف في المدنيات الاولى مرسلا ، ونفقات المبسوط تعطي العدم » . والاخران قاصرا الدلالة ، كما يظهر من التأمل فيهما . ولو سلمت فالسيرة القطعية على خلافهما ، كما صرح بذلك جمع من الاعاظم . ولذا اختار الجواز العلامة فى التذكرة ، والمكركي ، وغيرهما ـ على ماحكي ـ واختاره في الجواهر ، وشيخنا الاعظم (ره) ، وغيرهما من أكابر علماء الاعصار الاخيرة ، بل كاد يكون من الواضحات التي لايحسن الكلام فيها والاستدلال عليها .

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

(٣) كما نص على ذلك فى الجواهر ، بل قال : « لافرق بينهما نصا ، وفتوى » وهو كذلك . وكأن الاقتصار فى الشرائع ، والقواعد ، على ذكر الاعمى لأن ابتلاء النساء إنما يكون به . وأما سماع المرأة صوت الاجنبي فلم يعرف فى 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

وإن كان الاحوط الترك في غير مقام الضرورة . ويحرم عليها إسماع الصوت الذي فيه تهييج للسامع بتحسينه وترقيقه قال تعالى : (فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض (١)) .

﴿ مسألة ٤٠ ﴾ : لايجوز مصافحة الاجنبية (٢)

النساء مما بلغ حداً لايكاد يشك في .. (*) » .

(١) صدر الآية الشريفة : (يانساء النبي لستن كاحد من النساء إن اتقيتن فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولا معروفا) وظاهر صدرها أنه حكم يختص بنساء النبي (ص) فالبناء على التحريم في غيرهن غير ظاهر . ولذا قال في الجواهر : « ينبغي للمتدينة منهن اجتناب اسماع الصوت الذي فيه تهييج للسامع ، وتحسينه وترقيقه ، كما أومى اليه الله تعالى شأنه بقوله : (فلاتخضعن بالقول .. » . كما أنه ينبغي للمتدين ترك سماع صوت الشابة الذي هو مثار الفتنة .. » . نعم ارتكاز المتشرعة يقتضي الحرمة .

(٢) للنهي عن ذلك في مصحح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم ؟ فقال : لا ، إلا من وراء الثياب » وموثق سماعة : « سألت أبا عبد الله (ع) عن مصافحة الرجل المرأة . قال (ع) : لايحل للرجل أن يصافح المرأة ، إلا إمرأة يحرم عليه أن يتزوجها أخت أو بنت أو عمة ، أو خالة أو بنت أخت ، أو نحوها . وأما المرأة التي يحل له أن يتزوجها فلا يصافحها إلا من وراء الثوب ، ولا يغمز كفها » . وقد يستفاد منهما حرمة لمس الاجنبية ولو بغير المصافحة ، كما نص عليه جماعة . وفي الجواهر : « لا أجد فيه خلافا ، بل كأنه ضروري على وجه يكون محرماً لنفسه » ، وفي كلام شيخنا الاعظم (ره) : « اذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً ، بل لا إشكال في حرمة اللمس

(*) المظنون وقوع الغلط في نسخة اللمعة . منه مد ظله

نعم لا بأس بها من وراء الثوب . كما لا بأس بلمس المحارم (١) .

﴿مسألة ٤١﴾ : يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام ودعائهن الى الطعام(٢) وتتأكد الكراهة في الشابة .

﴿ مسألة ٤٢ ﴾ : يكره الجلوس في مجلس المرأة اذا قامت عنه ، إلا بعد بـــرده (٣) .

وإن جاز النظر . للاخبار الكثيرة . والظاهر أنه مما لا خلاف فيه » . وكأنه يريد بالاخبار أخبار المصافحة المتقدمة ، وما ورد في كيفية بيعة النساء للنبي (ص) . ومورد الجميع الملامسة 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 ابن مسكين ، قال : « حدثني سعيدة ومنة 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 ...» الحديث . ولا بد أن يكون محمولا على الاستحباب .

(٢) لموثق مسعدة بن صدقة المتقدم ، المحمول على الكراهة بقرينة مصحح ربعي ، عن أبي عبد الله (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 الاجر» لكن لظهور المصحح في الاستمرار الظاهر في الاستحباب يشكل القول بالكراهة لتعارض النصوص في ذلك . وحمل المصحح على أنه من خواصه (ص) ، خلاف الظاهر . والمصحح أرجح سنداً ، فاولى بالعمل به . إلا أن يحمل الموثق على الشابة

(٣) في خبر السكوني ،عن أبي عبد الله (ع) : « قال:قال رسول الله(ص): اذا جلست المرأة مجلسا فقامت عنه فلا يجلس في مجلسها رجل حتى يبرد » .

﴿ مسألة ٤٣ ﴾ : لا يدخل الولد على ابيه اذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان . ولا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه (١) .

﴿ مسألة ٤٤ ﴾ : يفرق بين الاطفال في المضاجع اذا بلغوا عشر سنين . وفي رواية : اذا بلغوا ست سنين (٢) .

﴿ مسألة ٤٥ ﴾ : لا يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبي (٣)

---

(١) في صحيح ابى أيوب الخزاز عن أبي عبد الله (ع) : « قال : يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه ، ولا يستأذن الاب على الابن » ، وفي خبر محمد بن علي الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يستأذن على أبيه ؟ فقال : نعم قد كنت أستأذن على أبي وليست أمي عنده إنما هي امرأة أبي توفيت امي وانا غلام ، وقد يكون من خلوتها مالا أحب أن أفجأها عليه ولا يحبان ذلك مني والسلام احسن واصوب » . وظاهره الاستحباب . لكنه ضعيف بأبي جميلة ، فلا يكون قرينة على صرف غيره عن ظهوره في الوجوب . ثم إن ظاهر الصحيح الاستئذان بالدخول على الاب وإن لم تكن معه زوجة ، فالتخصيص بذلك غير ظاهر .

(٢) في مصحح عبدالله بن ميمون ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه ، عن آبائه : « قال : قال رسول الله (ص) : الصبي والصبي ، والصبي والصبية ، والصبية والصبية ، يفرق بينهم في المضاجع لعشر سنين » . قال في الفقيه : « وروي انه يفرق بين الصبيان في المضاجع لست سنين » . وظاهر الجملة الوجوب . لكن الظاهر بناء الاصحاب على خلافه .

(٣) كما نص على ذلك غير واحد . وفي القواعد : « والعضو المبان كالمتصل على إشكال » . ووجهه : قصور الادلة 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 اصل البراءة كما في

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

﴿ مسألة ٤٦ ﴾ : يجوز وصل شعر الغير بشعرها (٢) . ويجوز لزوجها النظر اليه (٣) على كراهة بل الاحوط الترك .

كلام شيخنا الاعظم (ره) . وفيه : انه يتم اذا كان المرجع في بقاء الموضوع وارتفاعه الدليل ، لأن موضوع الحكم في الدليل هو المرأة مثلا . اما اذا كان المرجع في بقاء الموضوع العرف فالموضوع باق ، فان الاتصال والانفصال من الحالات الطارئة على الاجزاء عرفا ، لامقومة للموضوع . ولذا جاز استصحاب النجاسة للجزء المقطوع من الكلب ، والملكية للجزء المقطوع من المملوك . بل لاينبغي التأمل في حرمة النظر للاجزاء 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 إذنا فيه . اللهم إلا أن يكون منصرف نصوص الوصل التزين للزوج ، فيكون حكم النظر مسؤولا عنه ولو ضمناً .

(١) فى كلام شيخنا الاعظم (ره) : « لاينبغي الاشكال فى جواز النظر الى مثل الظفر والسن ، بل وكذا الشعر »، وقريب منه مافي الجواهر . وكأنه لأن مثل هذه الامور من قبيل النابت فى الجسم لاجزء منه وتحريمها في حال الاتصال بالتبعية . ويحتمل أن يكون لأجل أنها يسيرة لايعتد بها في بقاء الموضوع . ومثلها قشور الجلد . بل الاجزاء اليسيرة منه ومن العظم ممايشك فى بقاء الموضوع فيه .

(٢) للاصل . ولخبر ثابت بن سعيد قال : « سئل أبو عبد الله (ع) عن النساء تجعل في رؤوسهن القرامل ، قال (ع) : يصلح الصوف وماكان من شعر امرأة لنفسها ، وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها فان وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها فلا يضرها » ، ونحوه خبر سليمان بن خالد .

(٣) لما عرفت . والعمدة الاصل بعد قصور أدلة الحرمة عن شموله .

﴿ مسألة ٤٧ ﴾ : لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس (١) ، فلو قلنا بجواز النظر الى الوجه والكفين من الاجنبية لايجوز مسها إلا من وراء الثوب .

﴿ مسألة ٤٨ ﴾ : اذا توقف العلاج على النظر دون اللمس أو اللمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطر اليه (٢) ، فلا يجوز الآخر بجوازه .

﴿ مسألة ٤٩ ﴾ : يكره اختلاط النساء بالرجال ، إلا للعجائز ، ولهن حضور الجمعة والجماعات (٣) .

﴿ مسألة ٥٠ ﴾ : اذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لايجوز بالشبهة المحصورة ، وجب الاجتناب عن الجميع (٤)

---

(١) نص على ذلك في الجواهر ، وكذلك شيخنا الاعظم . وهو كذلك . لكن عرفت الاشكال فى عموم الدليل . فالعمدة فيه الاجماع .

(٢) لما عرفت من عدم التلازم فى الجواز وحينئذ تقدر الضرورة بقدرها .

(٣) في خبر غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال أمير المؤمنين (ع) : يا أهل العراق نبئت أن نساءكم يدافعن الرجال في الطريق أما تستحيون ؟! » ، ومرسل الكليني (ره) : « ان أمير المؤمنين (ع) قال : أما تستحيون ولا تغارون على نساءكم يخرجن الى الاسواق ويزاحمن العلوج ؟! » وخبر محمد بن شريح قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن خروج النساء في العيدين فقال (ع) : لا إلا العجوز عليها منقلاها ، يعني : الخفين » ، وموثق يونس بن يعقوب قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن خروج النساء في العيدين والجمعة ، فقال (ع) : لا إلا امرأة مسنة » . والمستفاد منها كراهة مزاحمة النساء للرجال في الطرق والاسواق ونحوها مطلقاً حتى للعجائز ، وكراهة خروج النساء للعيدين والجمعة إلا للعجائز . وهو مخالف لما في المتن .

(٤) للعلم الاجمالي الموجب للاحتياط عقلا . وكذا فيما بعده .

وكذا بالنسبة الى من يجب التستر عنه ومن لايجب وإن كانت الشبهة غير محصورة او بدوية ، فان شك في كونه مماثلا أولا ، او شك في كونه من المحارم النسبية اولا ، فالظاهر وجوب الاجتناب . لأن الظاهر من آية وجوب الغض : أن جواز النظر مشروط بأمر وجودي وهو كونه مماثلا اومن المحارم فمع الشك يعمل بمقتضى العموم ، لامن باب التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية ، بل لاستفادة شرطية الجواز (١) بالمماثلة ، او المحرمية او نحو ذلك . فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع ، حتى يكون من موارد أصل البراءة ، بل من قبيل المقتضي والمانع (٢) . واذا شك في كونه زوجة أولا

(١) هذا يتم لوكان دليل حرمة النظر عاما وقد خرج عنه المماثل بدليل خاص. لكنه غير ظاهر فان قوله تعالى : (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ...) الآية ، غير مراد منه العموم للمماثل ، بل المفهوم غير المماثل ، فموضوع الحرمة خاص، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمر وجودي ،وهو المخالف. وبالجملة :اذا لوحظ الامر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى لغير الانسان،واذا لوحظ مناسبة الحكم والموضوع،وقرينة 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.

(٢) يعني :أن النظر فيه مقتضى الحرمة ، والمماثلة من قبيل المانع ، فمع الشك في المانع يرجع الى اصالة عدمه ، فيبنى على ثبوت أثر المقتضى . أقول : فيه المنع صغرى ، وكبرى . إذ من الجائز أن يكون النظر الى المخالف هو الذي يكون فيه مقتضى الحرمة ، لامطلق النظر . ولوسلم 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 ، فحجيته

مبنية على جريان الاصل فى العدم الازلي . بل لو قلنا به فلا نقول به في المقام مما كان مورده عرفا من الذاتيات ، مثل الانوثة والذكورة ، فلا يصح أن يقال : الاصل عدم ذكورية ما يشك فى ذكوريته وأنوثيته ، ولا أصالة عدم أنوثيته ، فان الذكورة والانوثة معدودة عرفا 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 ، خلاف ماتقرر من الرجوع الى العرف في جريان الاستصحاب .

وان بعض الاعاظم (ره) في حاشيته على الكتاب سلك في المقام مسلكا آخر ، فانه قال : « يدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز باحراز ذلك الامر ، وعدم جواز الاقتحام عند الشك فيه ، ويكون من المداليل الالتزامية العرفية » . وفيه : أنه إن كان المراد أن إناطة الرخصة بالامر الوجودي مرجعها الى إناطة الرخصة الواقعية بذلك الامر الواقعي ، وإناطة الرخصة الظاهرية بالعلم بوجوده ، فيكون المجعول حكمين : واقعيا منوطاً بوجود ذلك الامر واقعاً ، وظاهريا منوطاً بالشك في وجوده . والاول مدلول مطابقي ،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 . وان كان المراد أن هنا قاعدة عقلائية ظاهرية ، نظير أصالة العموم ، وأصالة الظهور ، ونحوهما . فهو أيضا غير ثابت ، بل ممنوع ولأجله يشكل أيضا ماذكره بعض الاعاظم ﴿ ره ﴾ في حاشيته من أنه عليه يبتني انقلاب الاصل في النفوس والاموال ، والفروج . فان ماذكره من الوجه ليس له في كلام الجماعة عين ولا أثر ، بل المذكور في كلامهم الرجوع الى عموم المنع تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية ، لبناء المشهور منهم على جواز ذلك . ومن لايجوّز

الرجوع منهم الى العموم في الشبهة المصداقية 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 ماذكره طاب ثراه ، بل إما الرجوع الى العام في الشبهة المصداقية ، وإما الاصول النافية موضوعية أو حكمية . 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 الاصول المحللة للتصرف في المال . ويجوز الرجوع الى استصحاب بقاء الكفر ، أو عدم الذمة ، أو نحو ذلك مما يجوز قتل الشخص . فالاصول غالبية . والمستند فيها أحد الامرين المذكورين فلا ابتناء لها عندهم على ماذكر في الحاشية . والمتحصل : أن البناء على تحريم النظر في الفرض لايتوجه بهذه الوجوه المذكورة في المتن ، ولا في الحاشية .

والذي يظهر بالتأمل في كلامهم : أن الوجه فيه هو الرجوع الى العام في الشبهة المصداقية . قال في التذكرة : « الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر اليه ، ولا للخنثى النظر اليه ، ولا يجوز للمرأة النظر اليها ، وبالعكس . عملا بالاحتياط . وهو قول بعض الشافعية . وقال آخرون منهم بالجواز للرجل ، والمرأة ولها بالنسبة اليها . استصحابا لما كان في الصغر حتى يعلموا خلافه . وليس بجيد . لعموم الآية » ، ونحوه كلام غيره . وشيخنا الاعظم (ره) في رسائله قال : « قد يقال بجواز نظر كل من الرجل والمرأة اليها ﴿ يعني الخنثى ﴾ . لكونها شبهة في الموضوع ، والاصل الاباحة . وفيه : أن عموم وجوب الغض على المؤمنات إلا عن نسائهن ، أو الرجال المذكورين في الآية ، يدل على وجوب الغض عن الخنثى » . لكن في رسالة النكاح في مقام الرد على جامع المقاصد في البناء على

فيجري ـ مضافا الى ماذكر من رجوعه الى الشك في الشرط ـ أصالة عدم حدوث الزوجية . وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع نعم لو شك في كون المنظور اليه او الناظر حيواناً او إنسانا فالظاهر عدم وجوب الاحتياط . لانصراف عموم وجوب الغض الى خصوص الانسان (١) وان كان الشك في كونه بالغاً اوصبياً أو طفلا مميزاً او غير مميز ، ففي وجوب الاحتياط وجهان : من العموم ، على الوجه الذي ذكرنا . ومن إمكان دعوى الانصراف . والاظهر الاول (٢) .

﴿ مسألة ٥١ ﴾ يجب على النساء التستر (٣) كما يحرم على الرجال النظر . ولا يجب على الرجال التستر (٤) وان كان يحرم على النساء النظر . نعم حال الرجال بالنسبة الى العورة (٥) حال النساء

حرمة النظر الى الخنثى ، قال : « ولهذا لايحرم النظر الى البعيد المردد بين الرجل والمرأة » . وظاهره المفروغية عن جواز النظر في مفروض المسألة .

(١) قد عرفت إشكاله .

(٢) هذا خلاف مقتضى الاصل الموضوعي ، أعني استصحاب الصبا ، وعدم التمييز ، فانه لو سلم الرجوع الى العام في مثل هذه الشبهة الموضوعية ، فانما هو حيث لايكون 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 يبدين زينتهن ...) الآية .

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

(٥) للامر بسترها في النصوص الواردة في آداب التخلي والحمام . وقد

ويجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء في النظر من باب حرمة الاعانة على الاثم(١)

﴿ مسألة ٥٢ ﴾: هل المحرم من النظر مايكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل والمرأة ، وأنه العضو الفلاني او غيره ؟ او مطلقة ، فلو رأى الاجنبية من بعيد ، بحيث لايمكنه تمييزها وتمييز أعضائها ، او لايمكنه تمييز كونها رجلا اوامراة بل أولايمكنه تمييز كونها إنساناً اوحيواناً او جماداً . هل هو حرام ؟ او لا وجهان . الاحوط الحرمة (٢)

ورد في تفسير قوله تعالى : (ويحفظوا فروجهم) : أن المراد حفظها من أن ينظر اليها .

(١) التحقيق : أن الاعانة على الشيء تتوقف على قصد التسبب الى ذلك الشيء بفعل المقدمة . فاذا لم يكن الفاعل للمقدمة قاصداً حصوله ، لايكون فعل المقدمة إعانة عليه . فمجرد علم الرجل بأن المرأة تنظر اليه عمداً لايوجب 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 الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بناء على عمومه للمقام ، بحيث يقتضي ترك المقدمة ، كي لايقع غيره في الحرام . وإن كان الظاهر عدم عمومه له ، إذ النهي عن المنكر يراد منه الزجر عن المنكر تشريعا ، بمعنى : إحداث الداعي الى الترك ، فلايقتضي وجوب ترك بعض المقدمات لئلا يقع المنكر ، كما لايقتضي الامر بالمعروف فعل بعض المقدمات ليتحقق المعروف . فلاحظ .

(٢) 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 الا أن يكون مراده من لون البشرة نفس البشرة ، ومن الحجم الهيئة الخاصة عند ما تستر بالنورة ونحوها ، كما تقدم هناك .

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة وفيه مسائل

﴿ مسألة ١ ﴾ : الاقوى ـ وفاقا للمشهور ـ جواز وطء الزوجة والمملوكة دبراً (١) على كراهة شديدة

وكيف كان فالاطلاق محكم ، والانصراف لا يعتد به .

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

(١) 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 للرضا (ع) : إن رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة ، فهابك واستحى منك أن يسألك عنها . قال (ع) : ماهي ؟ قال : قلت : الرجل يأتي امرأته في دبرها قال : نعم ، ذلك له . قلت : وأنت تفعل ذلك قال (ع) : إنا لا نفعل ذلك » ، وخبر عبد الله بن أبي يعفور : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي المرأة في دبرها ، قال (ع) : لا بأس إذا رضيت . قلت : فأين قول الله عز وجل : (فأتوهن من حيث أمركم الله) ؟ قال (ع) : هذا في طلب الولد ، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله ، إن الله عز وجل يقول : (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) » وخبر حماد بن عثمان : « سألت أبا عبد الله (ع) ـ وأخبرني من سأله ـ عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع ـ وفي البيت جماعة ـ فقال لي ـ ورفع صوته ـ : قال

رسول الله (ص) : من كلف مملوكه مالا يطيق فليعنه . ثم نظر فى وجه أهل البيت ثم أصغى الي فقال (ع) : لا بأس به » ، ونحوها غيرها . وفى 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 عمن قوله حجة . وقد يشهد لهم مصحح معمر بن خلاد ، قال : « قال لي أبو الحسن (ع) : أي شيء يقولون فى إتيان النساء في أعجازهن ؟ قلت : إنه بلغني أن أهل المدينة لا يرون به بأسا . فقال : إن اليهود كانت تقول : إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول ، فانزل الله عز وجل : (نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم) من خلف أو قدام ، خلافا لليهود ولم يعن في أدبارهن » وخبر سدير قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : قال رسول الله (ص) : محاش النساء على أمتي حرام » ، ومرسل الصدوق فى الفقيه : « قال رسول الله (ص) : محاش نساء أمتي على رجال امتي حرام » ، ونحوها غيرها . لكن الاول إنما يدل على قصور الآية عن الدلالة على الجواز ، ولعل أهل المدينة يستدلون بها عليه فاراد (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 فى النصوص . وأما في الآيات : فقد استدل القائلون بالجواز بقوله تعالى : (فاتوا حرثكم أنى شئتم) ، كما أشير الى ذلك في مصحح معمر . والقائلون بالمنع بقوله تعالى : (فاذا تطهرن فاتوهن من حيث أمركم الله) ، كما أشير اليه في صحيح علي بن الحكم المتقدم . وفى كلا الاستدلالين إشكال لخفاء

بل الاحوك تركه . خصوصاً مع عدم رضاها بذلك (١) .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : قد مر في باب الحيض الاشكال في وطء الحائض دبراً (٢) وان قلنا بجوازه في غير حال الحيض .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : ذكر بعض الفقهاء (٣) ممن قال بالجواز : انه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً . وهو مشكل (٤)

الدلالة في المقامين، وعدم وضوح المقصود بنحو يعول عليه في إثبات الحكم الشرعي فان (أنى) في الآية الاولى لا يظهر أن المراد منها المكان ، بمعنى الموضع من المرأة، حتى يشمل الدبر ، والمنصرف من المكان مكان الفعل ، لا الموضع من المرأة . 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 الاولى مما يقتضي جواز الوطء في الدبر . ومصحح معمر بن خلاد ظاهر في تفسيرها بغير ذلك . ولعل الجمع بينها يقتضي أن الاستدلال بالآية الاولى من باب المجاراة والاقناع ، لا من باب بيان الحقيقة والواقع . فلاحظ .

(١) لما تقدم في خبر عبد الله بن أبي يعفور .

(٢) وتقدم أن ظاهر النصوص الدالة على تحليل ماعدا القبل ، او موضع الدم ، أو ذلك الموضع : تحليل الوطء في الدبر . فراجع .

(٣) المراد به صاحب الجواهر في مبحث النفقات .

(٤) يكفي في الاشكال مافي رواية عبد الله بن أبي يعفور المتقدمة ، فان اعتبار رضاها في جوازه دليل على أنه ليس من حقوق الزوجية . وما دل من النصوص على وجوب إطاعتها الزوج ، لا يخلو من إجمال . إذ لا يمكن الاخذ به في كل فعل ضرورة . وما ورد من كونها لعبة الرجل ، أو ريحانته ، أو نحو ذلك ،

لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جايز من انواع الاستمتاعات ، حتى يكون تركه نشوزاً .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل (١) والعدة واستقرار المهر ، وبطلان الصوم وثبوت حد الزنا إذا كانت اجنبية وثبوت مهر المثل اذا وطأها شبهة وكون المناط فيه دخول الحشفة او مقدارها وفي حرمة البنت والام وغير ذلك من احكام المصاهرة المعلقة على الدخول . نعم في كفايته في حصول تحليل المطلقة ثلاثا إشكال (٢) كما ان في كفاية الوطء في القبل فيه بدون الانزال ايضاً كذلك . لما ورد في الاخبار (٣)

غير ظاهر فيما نحن فيه . ومثله ماورد من أن من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه في حاجته ولو كان على ظهر قب .

(١) قال في القواعد : « وهو كالقبل في جميع الاحكام ، 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 ، والايتاء ، ونحوها من العناوين التي أخذت موضوعا للاحكام المذكورة .

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

(٣) قال في الجواهر : « ظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء بذلك (يعني الوطء) وإن لم يحصل تكرار منه ، ولا إنزال . فان تم إجماعا كان هو الحجة . وإلا فهو

من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه . وكذا في كفايته في الوطء الواجب (١) في اربعة اشهر . وكذا في كفايته في حصول الفئة والرجوع في الايلاء (٢) ايضا.

﴿مسألة ٥﴾ : اذا حلف على ترك وطء امرأته

محل للنظر . لظهور نصوص ذوق العسيلة في خلافه ، حتى على تفسيره بلذة الجماع» والمراد من النصوص المشار اليها موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) في حديث قال : « فاذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فاذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الاول حتى يذوق الاخر عسيلتها » ونحوه رواية أبي حاتم عن أبي عبد الله (ع) . وفي موثق زرعة ، عن سماعة ، قال : « سألته عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر ، ولم يصل اليها حتى طلقها ، تحل للاول ؟ قال (ع) : لا ، حتى يذوق عسيلتها » وهي خالية من التعرض لأن تذوق عسيلته . نعم هو مذكور في رواية المخالفين ، فقد ذكر في الحدائق أنه روى غير واحد منهم : «أنه جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي (ص) فقالت : كنت عند رفاعة فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فطلقني قبل أن يمسني ، وفي رواية : وأنا معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم النبي (ص) وقال أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . ولعل هذه الرواية هي مرسلة 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 إرفاقا بالزوجة ، بل هو صريحه ، والارفاق إنما يحصل بالوطء في القبل . وعليه فاللازم اعتبار كونه على نحو خاص ، لأنه الذي لا تصبر عنه ، كما تعرضت له النصوص الآتية .

(٢) وفي كشف اللثام : « من جهة أن الايلاء لا يقع إلا به (يعني بالقبل)

فى زمان او مكان، يتحقق الحنث بوطئها دبراً (١). إلا ان يكون هناك انصراف الى الوطء في القبل ، من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : يجوز العزل، بمعنى: إخراج الآلة عند الانزال (٢) وافراغ المني خارج الفرج ، فى الامة (٣)

دون الوطء دبراً .فلا حاجة الى استثنائه ». والوجه فى عدم وقوع الايلاء بالوطء في الدبر : أن المعتبر فيه وقوعه على وجه الاضرار بالزوجة . ولا يحصل الاضرار بها بترك وطئها دبراً ، ولذا لو حلف على أن لايطأ في دبرها لم يكن موليا . اللهم إلا أن يقال : ترك الوطء دبراً وإن لم يوجب إضرار بالزوجة من جهة التلذذ ، ولـكنه إضرار بها من جهة الهجران ، فاذا وطأها دبراً فقد انتفى الهجران والاضرار المقصود منه .

(١) لانه نوع من الوطء المنذور تركه .

(٢) بذلك فسر في المسالك ، وغيرها . وهو ظاهر النصوص الآتية .

(٣) إجماعا حكاه غير واحد ـ كما فى الجواهر ـ وفى الحدائق : « ظاهرهم الاتفاق عليه » وفي المستند : « الظاهر أنه لاخلاف فيه » . ويشهد له صحيح محمد ابن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن العزل فقال: أما الامة فلا بأس . فاما الحرة فاني اكره ذلك . إلا ان يشترط عليها حين يتزوجها » وفى صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) مثل ذلك ، وقال فى حديثه : « إلا أن ترضى ، أو يشترط ذلك عليها » ، وصحيحه الثالث عن أبي جعفر (ع) قال : «سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية ، فقال : لا . ولـكن إن كان له امة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ، ولا يطلب ولدها » ، وخبر يعقوب الجعفى قال : « سمعت أبا الحسن (ع) يقول : لا بأس بالعزل فى ستة وجوه : المرأة التي تيقنت أنها لاتلد . والمسنة والمرأة السليطة ، والبذية ، والمرأة التي لاترضع ولدها ، والامة » .

وان كانت منكوحة بعقد الدوام (١) . والحرة المتمتع بها (٢) . ومع اذنها (٣) وان كانت دائمة ومع اشتراط ذلك عليها (٤) في العقد وفى الدبر (٥) وفي حال الاضطرار (٦) ، من ضرر ، او نحوه وفى جوازه فى الحرة المنكوحة بعقد الدوام في غير ماذكر قولان . الاقوى ماهو المشهور (٧)

---

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

(٢) قولا واحداً ـ كما عن جامع المقاصد ـ واجماعا ـ كما عن غيره ـ وليس في النصوص تعرض لها بالخصوص ، فلو قيل بالحرمة يكون المعتمد في التخصيص الاجماع.

(٣) كما هو المعروف . ويشهد به صحيح ابن مسلم المتقدم الثانى ، بل الثالث أيضا . لظهوره في كونه من حقوق الزوجة . فيجوز برضاها .

(٤) هذا مما لا اشكال فيه . ويقتضيه الصحيحان السابقان .

(٥) عن الفخر : ان محل الخلاف ما إذا كان الوطء في الفرج ، دون الدبر ويقتضيه بعض أدلة المنع الآتية . بل قد يستفاد من خبر الجعفي .

(٦) لعموم ما دل على حلية ما اضطر اليه ، او نفي ما اضطروا اليه .

(٧) للنصوص الدالة على الجواز مثل صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل ، فقال : ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء » ، وموثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل ، فقال : ذاك الى الرجل » ، والصحيح عن عبد الرحمن الحذا عن أبي عبد الله (ع): « قال : كان علي بن الحسين (ع) لا يرى بالعزل باسا . يقرأ هذه الآية : (واذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم) فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج ، وإن كان على صخرة صماء» . وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « لا بأس بالعزل عن المرأة الحرة إن أحب صاحبها وان كرهت ، وليس لها من الامر شيء » وصحيحه : « قلت لابي جعفر (ع) : الرجل يكون تحته الحرة

من الجواز مع الكراهة (١) . بل يمكن أن يقال بعدمها ، او أخفيتها فى العجوزة(٢) والعقيمة والسليطة ، والبذية والتي لاترضع ولدها . والاقوى عدم وجوب دية النطفة عليه (٣) وان قلنا بالحرمة . وقيل بوجوبها عليه (٤)

أيعزل عنها ؟قال: ذاك اليه إن شاء عزل وإن شاء لم يعزل » . وعن المقنعة والمبسوط والخلاف الحرمة . بل في الاخير الاجماع عليها . ومستنده الاجماع المذكور . وصحيح محمد بن مسلم المتقدم فى الامة . ولما روي أن النبي (ص) نهى أن يعزل عن الحرة إلا باذنها . وما روي عنه (ص) أنه قال : « إنه الوأد الخفي » . ومفهوم رواية الجعفي المتقدمة . مضافا الى مافيه من تضييع النسل الذي لأجله شرع النكاح ، ولذا حرم الاستمناء . وفيه منع الاجماع مع شهرة الخلاف . ومنع ظهور الكراهة في الحرمة . وعدم حجية النبويين . ومفهوم رواية الجعفي ليس بحجة . وتضييع النسل لادليل على حرمته كلية ، ولذا يجوز ترك التزويج ، وترك الوطء ، وكذا الاحتلام . وحرمة الاستمناء لدليل خاص به ، فلا يتعدى الى غيره.

(١) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم فى الامة .

(٢) لرواية الجعفي المتقدمة . وظاهرها عدم الكراهة فى الموارد المذكورة ومنها الامة . وتركها فى المتن لأن كلامه في الحرة .

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

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

للزوجة وهي عشرة دنانير للخبر الوارد (١) فيمن افزع رجلا عن عرسه، فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة : عشرة دنانير ، عليه . لكنه في غير مانحن فيه ولا وجه للقياس عليه مع انه مع الفارق (٢) واما عزل المرأة بمعنى : منعها من الانزال في فرجها فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج (٣) . فانه مناف للتمكين الواجب عليها بل يمكن وجوب دية النطفة عليها (٤) . هذا ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره حتى فيما يجب في كل اربعة أشهر (٥) .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : لايجوز ترك وطء الزوجة (٦)

---

(١) في جامع المقاصد : « روى الشيخ في الصحيح ، عن يونس ، عن أبي الحسن (ع) : أن علياً (ع) قضى في الرجل يفزع عن عرسه ، فيعزل عنها الماء ، ولم يرد ذلك : نصف خمس المائة : عشرة دنانير » ، وروى في الكافي بأسانيده 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 » .

(٢) لأن الجناية في الخبر من الاجنبي ، وفي المورد من الوالد ، ومن المعلوم أن جناية الوالد لايلحقها حكم جناية الاجنبي .

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر لما ذكر.

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

(٥) إلا أن يدعى انصراف دليل وجوبه الى المتعارف ، بملاحظة كونه إرفاقا بالزوجة ، نظير ماتقدم في الوطء في الدبر . فتأمل .

(٦) في المسالك أنه موضع وفاق . ويشهد له مصحح صفوان بن يحيى ، عن الرضا (ع) : « انه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة ، فيمسك عنها الاشهر

اكثر من اربعة أشهر من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها (١) ، ولا الشابة والشائبة على الاظهر (٢)

والسنة لايقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك آثما ؟ قال (ع) : إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك » كذا رواه الصدوق ، والشيخ . ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن أحمد بن أشيم بزيادة : « إلا أن يكون باذنها » .

(١) لاطلاق النص . وفي الجواهر : « المتيقن هو الدائم ، فلا يجب ذلك في المنقطع الساقط فيه الايلاء ، وأحكام الزوجية من النفقة وغيرها ، لأنهن مستأجرات وفى رسالة شيخنا الاعظم ﴿ره﴾ : فيه وجهان . لكن ذلك لايوجب وهناً في الاطلاق . فالعمل به لازم وعدم جريان أحكام الايلاء ، لايقتضي العدم فى المقام ، لأنه حكم خاص ، ولو كان مبنياً على مانحن فيه لم يكن وجه للكفارة ، لبطلان اليمين ، كما لايخفى .

(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 . وكانه يريد به الكاشاني فى مفاتيحه ، والبحراني فى حدائقه والحر في وسائله ، وظاهر كشف اللثام التوقف فيه . وهو في محله . 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 أربعة أشهر استعدت عليه ، فاما أن يفي وإما أن يطلق ، فان كان من غير مغاضبة أو يمين فليس بمول » وظاهره أن الاستعداء إنما هو ترك الوطء . لكن مورده المغاضبة ، وظاهره إلحاق المغاضبة بالايلاء في الحكم ، فلا يكون مما نحن فيه

والامة والحرة (١) لاطلاق الخبر كما ان مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمسافر (٢) في غير سفر الواجب وفي كفاية الوطء في الدبر إشكال كما مر (٣) وكذا في الادخال بدون الانزال (٤) لانصراف الخبر الى الوطء المتعارف (٥) وهو مع الانزال والظاهر عدم توقف الوجوب على مطالبتها ذلك (٦)

---

(١) في الجواهر : « أما الدائمة الامة فلم أجد فيها تصريحاً من الاصحاب ». 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 قيد في 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 لزلزل من هذاالسرير جوانبه

عن أكثر ماتصبر المرأة عن الجماع ، فقيل له : أربعة أشهر ، فجعل المدة المضروبة للغيبة أربعة أشهر لكنه ليس بحجة سنداً ، ولا مسنداً اليه ، ولا دلالة . إذ من الجائز أن يكون ضرب المدة من الاحكام السياسية ، لا الشرعية .

(٣) يعني في المسألة الرابعة .

(٤) في المسالك : « المعتبر من الوطء الواجب ما أوجب الغسل وإن لم ينزل ، في المحل المعهود ، فلا يكفي الدبر » .

(٥) التعارف لا يوجب وهن الاطلاق ، كما هو محرر في محله . والعمدة في الانصراف أن الظاهر أن الحكم المذكور إرفاقي بالزوجة ، وهو لا يحصل بمجرد الوطء مطلقاً .

(٦) لاطلاق النص والفتوى . لكن الظاهر من النصوص أنه من حقوق

ويجوز تركه مع رضاها ، او اشتراط ذلك حين العقد عليها ومع عدم التمكن منه(١) لعدم انتشار العضو ومع خوف الضرر عليه او عليها ومع غيبتها (٢) باختيارها ومع نشوزها (٣) ولا يجب أزيد من الادخال والانزال فلا بأس بترك سائر المقدمات (٤) من الاستمتاعات ولا يجري الحكم فى المملوكة غير المزوجة (٥)

الزوجة . بل صريح بعض متون الصحيح المتقدم، وحينئذ يتوقف أداؤه على المطالبة كسائر الحقوق . إلا أن يقال : إن الاصل يقتضي وجوب أداء الحق إلا مع الرضا بالتأخر ، لاجواز ترك الاداء إلا مع المطالبة ، لأن إبقاء الحق بدون إذن من له الحق تصرف فيه ، وهو خلاف السلطنة على الحقوق والاموال . ولذا نقول بأن الدائن إذا جهل الدين ، أو نسيه لايجوز المديون تأخيره ، فكذا فى المقام اذا كانت الزوجة لاتدري أن لها حق الوطء ، أو جهلت ذلك فلم تطالب ، لم يجز للزوج ترك أدائه . وعلى هذا يكون عدم توقف الوجوب على مطالبتها من مقتضيات الاصل 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 .

(١) فان العجز عذر عقلي فى مخالفة التكليف . وكذلك الضرر لحديث نفي الضرر ، أوما دل على حرمة الضرر .

(٢) لايتضح 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 فى الاول .

(٣) هذا خلاف إطلاق النصوص المتقدم . إلا أن يفهم من الادلة أن النشوز مسقط لجميع حقوق الزوجة . ويظهر من كلماتهم في مبحث القسم التسالم عليه

(٤) للاصل ، وقصور النص المتقدم عن إثباته .

(٥) لخروجها عن مورد النص المتقدم . ويتعين الرجوع فيها الى الاصل .

فيجوز ترك وطئها مطلقاً .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : اذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر الى اربعة أشهر بحيث تقع فى المعصية اذا لم يواقعها فالاحوط المبادرة (١) الى مواقعتها قبل تمام الاربعة ، أو طلاقها وتخلية سبيلها .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : اذا ترك مواقعتها عند تمام الاربعة أشهر لمانع من حيض او نحوه او عصياناً لايجب عليه القضاء (٢) . نعم الاحوط ارضائها بوجه من الوجوه لأن الظاهر أن ذلك حق لها عليه (٣)

---

(١) للمرسل عن أبي عبد الله (ع) : « من جمع من النساء مالا ينكح فزنى منهن شيء فالاثم عليه » لكن الاعتماد عليه غير ظاهر . ولا سيما بملاحظة التحديد في الصحيح السابق . ولا يجب الامر بالمعروف على نحو يقتضي وجوب مايوجب رفع المقتضي لداعي المعصية ، فلا يجب أن يتزوج المرأة التي لو لم يتزوجها زنت ، ولا تزويج الرجل الذي لولا تزوجه زنى ، ولا نحو ذلك .

(٢) للاصل . فان قلت : الاصل يقتضي وجوب الوطء لأن الوجوب كان سابقاً فيستصحب . قلت : لا إشكال في وجوب الوطء بعد تمام الاربعة أشهر اذا لم يكن وطأ فيها . وإنما الكلام فى وجوبه ثانياً بعنوان القضاء عما فات . والاصل فيه البراءة ، واستصحاب عدمه .

(٣) كأنه يشير الى قاعدة كلية ، وهي : من فوت حق غيره وجب عليه استحلاله . وقد استدل عليها شيخنا الاعظم فى مكاسبه بالاصل ، والنصوص ، منها مارواه الكراجي ، عن علي بن الحسين (ع) ، عن أبيه ، عن أمير المؤمنين (ع) ، 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

وقد فوته عليها . ثم اللازم عدم التأخير من وطء الى وطء أزيد من الاربعة ، فمبدأ اعتبار الاربعة اللاحقة إنما هو الوطء المتقدم (١) لاحين انقضاء الاربعة المتقدمة

فصل

﴿ مسألة ١ ﴾ : لايجوز وطء الزوجة قبل اكمال تسع سنين (٢) حرة

ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة ويقضى له عليه » ونحوه غيره لكن يشكل الاصل المذكور بأنه بعد التصرف في الحق يسقط بذهاب موضوعه فلا يحتاج في سقوطه الى عفو وإرضاء . مثلا اذا كان لأحد حق على آخر أن لايأكل 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 للاحتمال المذكور . وأما النصوص المشار اليها فلا يخلو سندها من إشكال . بل دلالتها أيضا ، لاشتمالها على أمور لاقائل بوجوب البراءة منها ، كما اعترف بذلك شيخنا الاعظم ﴿ ره ﴾ في مكاسبه في مباحث حرمة الغيبة . مضافا الى أن النصوص مرمية بالهجر والاعراض ، لعدم ذكر مضمونها في كتاب الكفارات . فلاحظ . وكأنه لذلك توقف المصنف عن الفتوى في المقام .

(١) لأن ظاهر النص إرادة المدة المساوية للاربعة أشهر من حين الوطء لا الاربعة أشهر المتعينة .

فصل فى أحكام المدخول

(٢) بالنص ، والاجماع ـ كما في كشف اللثام ـ وإجماعا بقسميه ، ونصوصاً ـ كما في الجواهر ـ وفي صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع):

كانت او امة ، دواما كان النكاح ، او متعة (١) . بل لايجوز وطء المملوكة(٢) والمحللة كذلك وأما الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر ، واللمس

اذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة ، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين » ، وفي خبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لايدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين ، أو عشر سنين » ، ونحوه خبر أبي بصير ، عن أبي جعفر (ع) . والتخيير فيها بين الاقل والاكثر يستوجب حمل الاكثر عرفا على الاستحباب . وأما خبر غياث بن إبراهيم ، عن جعفر (ع) ، عن أبيه (ع) ، عن علي (ع) : « قال : لاتوطأ جارية لأقل من عشر سنين ، فان فعل فعيبت فقد ضمن » . فشاذ مهجور ، يجب حمل صدره على الاستحباب ، بقرينة ما سبق ، إن أمكن ، والاطرح

(١) إجماعا أيضا بقسميه - كما في الجواهر - ويقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة

(٢) كما صرح به جماعة . وفي الجواهر حكاية الاجماع عليه عن التنقيح ، ومحكي النهاية ، والكفاية ، وظاهر المجمع . ويقتضيه إطلاق الخبرين الاخيرين المتقدمين . وأما مافي صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في رجل ابتاع جارية ولم تطمث ، قال (ع) : إن كانت صغيرة لايتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة ، وليطأها إن شاء . وان كانت قد بلغت ولم تطمث ، فان عليها العدة » ، وصحيح ابن أبي يعفور ، عن أبي عبد الله (ع) : « في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحبل اذا اشتراها الرجل ، قال (ع) : ليس عليها عدة ، يقع عليها » ، ونحوهما غيرهما . 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 : مالايتخوف عليها الحبل جمعا بينها وبين الاطلاق المتقدم . وإن كان الانصاف يقتضي البناء على المعارضة بين الاطلاقين ، فيرجع الى الاصل في مورد المعارضة . ولا وجه لتعين إطلاق

بشهوة والضم والتفخيذ، فجائز في الجميع (١) ولو فى الرضيعة .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : اذا تزوج صغيرة دواما أو متعة ، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين فافضاها ، حرمت عليه أبداً على المشهور (٢) . وهو الاحوط وإن

هذه النصوص للتصرف ولا سيما بعد ملاحظة رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع ، المروية في عيون الاخبار ، عن الرضا (ع) « في حد الجارية الصغيرة السن الذي اذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبراؤها . قال (ع) : اذا لم تبلغ استبرأت بشهر، قلت : وإن كانت ابنة سبع سنين أونحوهاما لاتحمل . فقال: هى صغيرة ، ولايضرك أن لاتستبرأها ، فقلت : ما بينها وبين تسع ، فقال (ع) : نعم تسع سنين » . اللهم إلا أن يقال : لامجال للعمل بها بعد ما عرفت من حكاية الاجماع على خلافها.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر . للاصل السالم عن المعارضة .

(٢) بل إجماعا محكياً صريحاً ، عن الايضاح ، والتنقيح ، وكنز الفوائد ، وغاية المرام ، وظاهراً فى المسالك ، ومحكي كشف الرموز ، والمقتصر ، والمهذب البارع ، بل والسرائر . إن لم يكن محصلا ـ كذا في الجواهر ـ 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 » . وفيه: أنه لامجال للاعتماد عليه مع ضعف سنده وشموله لصورة عدم الافضاء، ودلالته على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء ، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجية مع الافضاء ، فضلا عن صورة عدمه ، كخبر بريد بن معاوية ، عن أبي جعفر (ع): « في رجل افتض جارية ـ يعني : امرأته ـ فافضاها ، 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 » ، وصحيح حمران ، عن أبي عبد الله (ع) قال : « سئل عن رجل

لم تخرج عن زوجيته (١) . وقيل بخروجها عن الزوجية (٢) ايضا

تزوج جارية بكراً 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 فانه قد أفسدها وعطلها على الازواج فعلى الامام أن يغرمه ديتها ، وان أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه » ولأجل ذلك قال في كشف اللثام : « ولم نظفر بخبر يدل على التحريم بالافضاء . وما دل على التحريم بالدخول قبل التسع ضعيف مرسل . فالاقرب ـ وفاقا للنزهة ـ الحل » ، وفي الجواهر أنه لايخلو من قوة . اللهم إلا أن يقال : ضعف السند منجبر بعمل الاصحاب به والنصوص الدالة على بقاء الزوجية مع الافضاء ربما تنافي فتوى المشهور بالتحريم ، فقد قيل : ان التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح . أو هي مخالفة للمشهور من ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها . فاذا لامجال للاعتماد عليها . فلم يبق إلا عموم المرسل ، ويمكن تقييده بصورة الافضاء ، لظهور الاجماع على عدم التحريم بدونه . لكن يشكل 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 بعيد جداً . ولعله الى ذلك أشار في الجواهر بقوله : « إنه لا يورث الفقيه ظنا » . وبالجملة : الاستدلال على فتوى المشهور بالمرسل بعيد عن السليقة العرفية . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، وعن السرائر ، والجامع ، وغيرها . وفي كشف اللثام أنه الاقوى لصحيحة حمران ، ورواية بريد المتقدمتين ، 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 ،

بل الاحوط حرمتها عليه بمجرد الدخول (١) وإن لم يفضها . ولكن الاقوى بقاؤها على الزوجية وان كانت مفضاة (٢) وعدم حرمتها عليه ايضا ، خصوصاً اذا كان جاهلا (٣) بالموضوع او الحكم ، او كان صغيراً او مجنونا او كان بعد اندمال جرحها (٤) ، او طلقها ثم عقد عليها جديداً . نعم يجب عليه دية

فضلا عن الافضاء ، أو بعد حمله على الافضاء . ولكن المرسل قد عرفت إشكاله ، فلا معدل عن العمل بغيره .

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

(٢) عملا بالنصوص المتقدمة من دون معارض ظاهر . مضافا الى انه مقتضى الاصل ، وليس مايوجب الخروج عنه إلا المرسل الذي لم تثبت حجيته . ولأجل ذلك يتعين القول بعدم حرمتها عليه ، لما ذكر .

(٣) فقد حكي في الجواهر عن تصريح بعضهم ، وظاهر كثير ، عدم التحريم في ذلك ، حيث رتبوا الحكم على الوطء المحرم ، ولما في كلام جماعة من تعليل التحريم بأنه عقوبة ، وهي إنما تترتب على الحرام ، دون المباح . لكن إطلاق الدليل على التحريم ـ لو تم ـ لايخل به مثل ذلك . والانصراف والتعليل ممنوعان .

(٤) اقتصاراً في التحريم على المتيقن ، وهو غير هذا الفرد . ولكن ظاهر فتوى الاصحاب العموم له ، عملا بالاستصحاب ولذلك حكي 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 الامر ، فيبنى على الحل من الاول . ولكنه غير محل الكلام كما لايخفى وكذا الكلام بناء على البينونة . فالعمدة حينئذ ملاحظة دليل الحرمة ، فان كان هو

الافضاء وهي دية النفس(١)، ففي الحرة نصف دية الرجل وفي الامة أقل الامرين من قيمتها ودية الحرة . وظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقاً وان أمسكها ولم يطلقها الا أن مقتضى حسنة حمران وخبر بريد المثبتين لها (٢) عدم وجوبها عليه اذا لم يطلقها والاحوط ماذكره المشهور . ويجب عليه ايضا نفقتها مادامت حية (٣)

المرسل فمقتضاه بقاء الحرمة ، ولو بالاستصحاب . ومثله الكلام فيما لو طلقها ثم عقد عليها جديداً . فان مقتضى الاستصحاب أيضا بطلان العقد ، إلا أن يكون الشك في الحرمة من أول الامر .

(١) على ما ذكروه في كتاب الديات .فراجع.

(٢) المتقدمين آنفاً . وعن ابن الجنيد الفتوى بمضمونها .ولعله اعتماداً منه عليها . 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 مجانا من غير عوض . لأنه لو لم يحمل على الصلح فاما أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الامساك . أو بنفس الامساك المستمر الى الموت ، بأن تسقط الدية به . أو يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت ، فان أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الامساك ، أو عدم ثبوت الدية بالافضاء . واللوازم خصوصاً بعضها في غاية البعد». والاشكال عليه ظاهر، فانه أشبه بالاجتهاد في مقابل النص. نعم يمكن الاشكال بان النصوص مهجورة عند الاصحاب ، فلا مجال للاعتماد عليها. والدية وإن لم يصرح بلفظها في غير الخبرين ، لكن دل عليها جملة من الروايات منها خبر غياث المتقدم فى أول الفصل ، ومنها صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فاصابها عيب ، فهو ضامن »، ونحوها غيرها .

(٣) بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل قد حكى الاجماع عليه جماعة ـ كما

وان طلقها ، بل وان تزوجت بعد الطلاق (١) على الاحوط .

﴿ مسألة ٣ ﴾ لافرق في الدخول الموجب للافضاء بين أن يكون في القبل او الدبر (٢) والافضاء أعم من أن يكون (٣) باتحاد مسلكي البول والحيض ،

في الجواهر ـ ويشهد له صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « سألته عن رجل تزوج جارية فوقع عليها فأفضاها ، قال (ع) : عليه الاجراء عليها ما دامت حية » . وعن الاسكافي سقوطها بالطلاق . ووجهه غير 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 اذا لم تتزوج بغيره . وفي القواعد : « على إشكال » لزوال الزوجية التي هي علة الوجوب . ولزوال التعطيل على الازواج . ولأنها واجبة على الثاني ، فلا تجب على الاول . وفيه : أن ظاهر صحيح الحلبي أن علة الوجوب الافضاء ، لا الزوجية . ومنه يظهر الاشكال في الاخير . وأما التعطيل على الازواج فانما ذكر في صحيح حمران علة للدية ، لا للنفقة ، فلا يكون انتفاؤه موجباً لانتفائها .

(٢) لاطلاق النص ، والفتوى .

(٣) قد اختلفت الكلمات في تفسير الافضاء . قال في القواعد : « وهو ـ يعني الافضاء ـ 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 قولا ثالثاً . وفي الشرائع في مبحث العيوب وغيرها تفسيره بجعل مسلكيها مسلكا واحداً . والظاهر منه القول الثاني . هذا ولا ريب في أن الاقوال المذكورة متقابلة مفهوما . إنما الاشكال في أن الاحكام السابقة هل تختص بأحد هذه المعاني ؟ وحينئذ يحتاج في تعيينه الى دليل . أو انها

او مسلكي الحيض والغائط او اتحاد الجميع . وان كان ظاهر المشهور الاختصاص بالاول .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لا يلحق بالزوجة في الحرمة الابدية (١)

عامة للجميع . ظاهر المشهور أن موضوع الاحكام المعنى الاول . وعن 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 . لا أن المراد به مطلق الوصل ، أو التوسعة ، أو الشق ، او الخلط ، كي تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك ، كما هو مبنى كلام العلامة ، ومن تابعه . ووجود معنى المطلق في ذلك الخاص . لايقتضي كون المراد المطلق وأن ذكر الخاص من باب المثال ... الى أن قال : نعم يبقى الكلام في تعيينه من بين الافراد التي سمعتها أقوالا ، أو احتمالا . 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 الاخذ بقول اللغوي .

(١) لخروجها عن مورد النصوص ، وهو الزوجة الصغيرة المفضاة بالوطء . كما نص على ذلك في الجواهر . وحينئذ يتعين الرجوع في غيرها الى القواعد المقتضية للعدم . وعن العلامة وولده تحريم الاجنبية . وعن غيرهما تحريم الاجنبية والامة . وكأن الوجه في الاخير استفادة عدم الخصوصية من مورد النص . وفي الاول الاولوية ، لأن الاثم في الاجنبية أشد . أو لأن الزوجية ليست سبباً في الحرمة ،

ـ على القول بها ـ ووجوب النفقة المملوكة والمحللة والموطوءة بشبهة اوزنا ولا الزوجة الكبيرة نعم تثبت الدية في الجميع (١) عدا الزوجة الكبيرة(٢) اذا أفضاها بالدخول بها(٣) حتى في الزنا وان كانت عالمة مطاوعة(٤) وكانت كبيرة وكذا لا يلحق بالدخول الافضاء بالاصبع (٥) ونحوه ، فلا تحرم عليه مؤبدا . نعم تثبت فيه الدية(٦)

﴿ مسألة ٥ ﴾ : اذا دخل بزوجته بعد اكمال التسع فافضاها لم تحرم عليه ولا تثبت الدية كما مر . ولكن الاحوط الانفاق عليها مادامت حية (٧) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : اذا كان المفضي صغيراً او مجنونا ففي كون الدية عليهما

لأنها سبب الحل ، فلا تكون سبباً لضده ، بل السبب الصغر والافضاء ، والمفروض حصولهما في الاجنبية . وهو كما ترى .

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

(٢) لما سبق من صحيح حمران ، وخبر بريد ، المعتضد باجماع الخلاف . وعن الحلبيين إطلاق لزوم الدية فى الافضاء . وهو ضعيف .

(٣) قيد المستثنى منه .

(٤) لاطلاق الصحيح . كما نص على ذلك كله فى الجواهر .

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

(٦) لأنها من أحكام الجناية .

(٧) كما قد يستظهر من محكي الخلاف لاطلاق صحيح الحلبي المتقدم فى الانفاق على المفضاة . لكن في الجواهر : « المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة

او على عاقلتها اشكال (١) وان كان الوجه الثاني لايخلو عن قوة .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : اذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الافضاء ضمن ارشه . وكذا اذا حصل مع الافضاء عيب آخر يوجب الارش او الدية ضمنه مع دية الافضاء .

كانت تكون إجماعا على اختصاص الصغيرة بذلك » . بل ظاهر الخلاف الاجماع على ذلك . ولعل وجهه إطلاق مافي صحيح حمران من قوله (ع) : « لاشيء عليه » ، فانه شامل للنفقة والدية معا . لكن يشكل ذلك بمعارضتها بصحيح الحلبي ، فانه كما يمكن تقييده بالصغيرة يمكن تقييدها بالدية . بل الثاني هو المتعين لثبوت النفقة في الكبيرة ما دامت في حباله . وحينئذ لايكونان متعرضين لها ، فلا مانع حينئذ من الاخذ باطلاق صحيح الحلبي .

(١) ينشأ من إطلاق النصوص : أن عليه الدية . ومن إطلاق مادل على أن عمد الصبي خطأ ، تحمله العاقلة . لكن العمل على الثاني متعين ، لحكومته على الاول . نعم في الشرائع في كتاب الديات « أن دية الافضاء في مال المفضى ، لأن الجناية إما عمد أو شبه عمد » ، ومثله ماعن المبسوط ، بل قال في محكيه : « وأحال بعضهم أن يتصور في الافضاء 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 لايفضيها ، فاصاب على فراشه امرأة فافضاها ، ويعتقدها زوجته ، فانه أيضا خطأ محض » ، والفرض الاخير حكاه في كشف اللثام عن بعض المتأخرين . وكأن الوجه في تأمل المصنف في الحكم المذكور : أن الظاهر من قوله (ع) : « عمد الصبي وخطأه واحد » الاختصاص بما اذا كان المورد موضوع حكمين ، أحدهما في حال العمد ، والآخر في حال الخطأ ، مثل ماورد في قتل العمد

﴿ مسألة ٨ ﴾: اذا شك فى اكمالها تسع سنين لايجوز له وطؤها لاستصحاب الحرمة(١) السابقة فان وطأها مع ذلك فافضاها ولم يعلم بعد ذلك ايضا كونها حال الوطء بالغة اولا لم تحرم أبداً ولو على القول بها لعدم احراز كونه قبل التسع (٢) والاصل لا يثبت ذلك. نعم يجب عليه الدية (٣)

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 موضوعا 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 جناية المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمدا » . نعم لم أقف على مثل ذلك في الصبي وبالجملة : فالاشكال يتم اذا لم يستفد من الادلة مايقضي بالتفصيل بين العمد والخطأ .

(١) أو لاستصحاب الموضوع ، وهو عدم البلوغ . لأن موضوع الحرمة مالم يأت لها تسع سنين ، وهو عدمي .

(٢) فان الرواية الدالة على الحرمة الابدية قد جعل موضوعها الوطء قبل التسع ، والقبلية صفة وجودية لايمكن إحرازها بالاصل . 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 وجوديا . وإلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشك في بلوغها التسع بعد ذلك ، لعدم إحراز القيد الوجودي المذكور . وهو كما ترى وبالجملة : لاينبغي التأمل فى كون القيد المذكور عدمياً فيثبت بالاصل .

(٣) لأن موضوعها في صحيح حمران المتقدم من لم تبلغ التسع ، فيمكن

والنفقة (١) عليها مادامت حية .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يجري عليها بعد الافضاء جميع أحكام الزوجة (٢) من حرمة الخامسة وحرمة الاخت واعتبار الاذن فى نكاح بنت الاخ، والاخت وسائر الاحكام ، ولو على القول بالحرمة الابدية بل يلحق به الولد (٣) وان قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض .

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : فى سقوط وجوب الانفاق عليها مادامت حية بالنشوز اشكال لاحتمال (٤) كون هذه النفقة لا من باب انفاق الزوجة ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير . وكذا في تقدمها على

إثباته بالاصل . ويشكل بأن المذكور فى خبر بريد : أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين . فاذا كان الوصف المذكور وجوديا - حسبما ذكره سابقاً - كان مقيداً لاطلاق صحيح حمران. فاذا لم يمكن إثباته بالاصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية .

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

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

(٣) كما في الجواهر . لقاعدة الفراش .

(٤) الذى يقتضيه إطلاق النص هو ثبوت النفقة في حال النشوز، وإن كانت من قبيل نفقة الزوجية، فانه لامانع من أن يكون الافضاء موجباً لاستمرارها حتى فى حال النشوز . فيتعين العمل باطلاق النص .

نفقة الاقارب (١) وظاهر المشهور انها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج (٢) ايضا . لكن يحتمل بعيداً عدم سقوطها بموته والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه ، فتصير ديناً عليه ويحتمل بعيداً سقوطها . وكذا تصير دينا اذا امتنع

(١) يعني: أنه أيضا محل إشكال . لأن الوجه في تقديم نفقة الزوجة الاجماع وهو غير حاصل في المقام . وأما مجرد كونها ديناً مالياً ، فلا يكفي في وجوب التقديم ولذا لا يقدم الدين على نفقة الاقارب ، بل نفقة الزوجة إذا صارت ديناً بالفوات لا تقدم على نفقة الاقارب .

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر ، وقال : « كما هو واضح » ، ولم يستدل عليه بشيء . وكأن وجهه : أن التعبير بالاجراء في الصحيح ظاهر في أن اشتغال الذمة به تدريجي ، فيختص بحال الحياة ، لا أنه تشتغل الذمة بتمام النفقة مدة العمر كي تكون كسائر الديون تتعلق بتركته . وإلا لزم ثبوت أمرين عليه : نفقة الزوجية تدريجا ، ونفقة الافضاء دفعة . ولا يظن الالتزام به ، فان ظاهر الصحيح تشريع استمرار الانفاق مادامت حية ، لا تشريع اصل الانفاق مضافا 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 مالنفقة الزوجية من الاحكام ، ومنها السقوط بالموت ، وعدم السقوط بعدم التمكن ، وتكون ديناً عليه ، وكذا اذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته . نعم السقوط بالنشوز وان كان من أحكام نفقة الزوجية لا يثبت في المقام ، لظهور الصحيح في الاستمرار المنافي للسقوط . والسقوط بالموت من باب عدم الثبوت ، لا من باب السقوط ، فلا يقاس على السقوط بالنشوز . ومن ذلك يظهر الوجه في قول المصنف : « اذ كونها حكماً تكليفياً صرفا بعيد » . وكذا ماذكره بقوله : « الظاهر أن حكمها حكم الزوجة » .

من دفعها مع تمكنه ، اذ كونها حكما تكليفيا صرفا بعيد . هذا بالنسبة الى ما بعد الطلاق وإلا فما دامت فى حباله الظاهر أن حكمها حكم الزوجة.

فصل

لايجوز في العقد الدائم الزيادة على الاربع (١)

فصل

(١) إجماعا ، بل حكى غير واحد عليه إجماع المسلمين ، قال في المسالك : « لاخلاف فى ذلك بين علماء الاسلام» ، وفى 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 فى هذه الايام من العلويين فى اللاذقية سؤال عن ميت مات عن ثمان . ولعله لم يكن عن اعتقاد المشروعية .

وتشهد به النصوص كصحيح زرارة بن أعين ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع): « قال : اذا جمع الرجل أربعا وطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق ، وقال (ع) : لايجمع ماءه في خمس » ، ونحوه غيره . ويستفاد مما ورد فيمن تزوج خمسا بعقد واحد ، وفيمن كان عنده ثلاث نسوة فتزوج اثنتين في عقد ، وفي الكافر اذا أسلم وعنده أكثر من أربع ، ومما ورد فيمن كانت عنده أربع زوجات فماتت إحداهن . فتأمل .

ثم في جملة من النصوص المشار اليها ذكر الماء ، فيختص بحرمة الوطء والانزال في أكثر من أربع ، ولا يمنع من أصل التزويج بالاكثر . لكن الظاهر أن المراد الكناية عن حلية الوطء . فتأمل . وفي المسالك: « الاصل فيه قوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) » ، وتبعه عليه في الجواهر ، بقرينة

حراً كان او عبداً والزوجة حرة او امة (١) وأما فى الملك ، والتحليل فيجوز ولو الى الف (٢) وكذا في العقد الانقطاعي (٣)

أن الامر فيها للاباحة ومقتضى اباحة الاعداد المخصوصة تحريم مازاد عليها . إذلو كان مباحا لما خص الجواز بها ، لمنافاته للامتنان ، وقصد التوسع فى العيال ، ولأن مفهوم إباحة الاربع حظر مادون الاربع ، أو ما زاد عليها ، والاول باطل بتجويز الثلاث فيها صريحا ، فيتعين الثاني . ثم قال : « ثمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم ما زاد » . والاشكال عليه ظاهر . اذ ليس هو إلا تمسك بمفهوم العدد ، والتحقيق خلافه .

(١) كل ذلك لاطلاق الادلة .

(٢) بلا خلاف بين المسلمين - كما فى الجواهر - ، وفي كشف اللثام : « اتفاقا من المسلمين » ،وفي المسالك : « هو موضع وفاق من جميع المسلمين » . ويقتضيه اطلاق الادلة. مضافا الى خبر اسماعيل بن الفضل الهاشمي ، قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن المتعة ، فقال : إلق عبد الملك بن 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 » وصحيح ابن اذينة ، عن أبي عبد الله (ع) : « قلت له : كم يحل من المتعة ؟ قال: فقال: هن بمنزلة الاماء »، ونحوهما غيرهما. والى ماورد فى العبد المأذون من مولاه ، وأنه يتسرى ما شاء اذا كان أذن له مولاه .

(٣) على المشهور بين أصحابنا - كما في المسالك - وفي الجواهر: « بلا خلاف معتد به فيه بيننا » ، وعن الحلي الاجماع عليه . ويشهد له كثير من النصوص ، منها ماتقدم في الاماء ، وفي موثق زرارة عن أبي عبد الله (ع) : « ذكرت له المتعة أهي من الاربع ؟ فقال : تزوج منهن الفاً ، فانهن مستأجرات » ، وصحيحه : « قلت : ما يحل من المتعة ؟ قال (ع) : كم شئت » ، ونحوها غيرها .

ولايجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين (١)

نعم في موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله (ع) : « عن المتعة ، فقال: هي أحد الاربع » . وفي المسالك : أنها حملت على الاستحباب ، جمعا بينها وبين ماسبق . وعن ابن البراج العمل به . وفي المسالك : « عن المختلف أنه اقتصر على حكاية الشهرة ، ولم يصرح بمختاره . وعذره واضح » . ولكنه غير ظاهر ، فانه حكى عن المشهور عدم انحصار المتعة في عدد . ثم حكى عن ابن البراج ماسبق . ثم قال : « لنا الاصل . 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 ، لاحظراً وظاهره موافقة المشهور ، لاالتوقف . وكيف كان فلا مجال للاخذ بالموثق بعد إمكان الجمع العرفي بينه وبين ماسبق بالحمل على الاستحباب . أو على التقية ، كما يظهر من صحيح البزنطي عن الرضا (ع) : « قال أبو جعفر : إجعلوها من الاربع . فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط فقال (ع) : نعم » ، وصحيحه الآخر المروي عن قرب الاسناد ، عن الرضا (ع) قال « سألته عن المتعة .. الى أن قال : وسألته من الاربع هي ؟ فقال (ع) : إجعلوها من الاربع على الاحتياط . قال : وقلت له : إن زرارة حكى عن أبي جعفر (ع) : إنما هن مثل الاماء يتزوج منهن ماشاء ، فقال (ع) : هي من الاربع » فان الظاهر من الاحتياط الاحتياط في المحافظة على نفسه وماله ، لأن التزويج بالخمس لايصح دواماً ، والمتعة ممنوعة عند المخالفين . ويحتمل أن يكون المراد الاحتياط في المحافظة على ملاكات الاحكام . لكنه بعيد . وعلى كل حال فالصحاح 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 ـ كذا في الجواهر ـ

ولا للعبد أن يجمع بين ازيد من حرتين (١) وعلى هذا فيجوز للحر أن يجمع بين اربع حرائر (٢) او ثلاث وامة اوحرتين وامتين . وللعبد ان يجمع بين الاربع إماء او حرة وأمتين او حرتين . ولا يجوز لهان يجمع بين امتين وحرتين (٣) اوثلاث حرائر أواربع حرائر (٤)

وفي الرياض : « باجماعنا ، حكاه جماعة من اصحابنا »واستدل له بصحيح أبي بصير عن أبي جعفر (ع) ، قال : « سألته عن رجل له امرأة نصرانية له ان يتزوج عليها يهودية ؟ فقال : إن أهل الكتاب مماليك للامام ، وذلك موسع منا عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج .قلت : فانه يتزوج عليها أمة ؟ قال (ع) : لايصلح له أن يتزوج ثلاث إماء » . لكن في دلالة : ﴿ لايصلح ﴾ على المنع نظر .

(١) بلا خلاف ظاهر لصحيح محمد بن مسلم ، عن احدهما (ع) : « عن العبد يتزوج أربع حرائر ؟ ، قال (ع) : لا ولكن يتزوج حرتين ، وإن شاء أربع إماء » ، وخبر الحسن بن زياد ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سألته عن المملوك مايحل له من النساء ، فقال (ع) : حرتان ، ، أو أربع إماء » ، وخبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لايجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين » ، ونحوها .

(٢) تقتضي الادلة الاولية جواز ذلك وكذا الفرضان اللذان بعده . وكذا الصور المذكورة للعبد .

(٣) فان الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم ، وكذا مرسل الفقيه : « يتزوج العبد حرتين او أربع إماء او امتين وحرة » . ومنهما يظهر أنه لايجوز أن يجمع بين حرتين وأمة ، قال في الشرائع :«اذا استكمل العبد أربعا من الاماء او حرتين ، أوحرة وأمتين ، حرم عليه مازاد » ، ومثله كلام غيره وادعي عليه الاجماع في كلام جماعة كثيرة .

(٤) لما سبق .

او ثلاث إماء وحرة (١) كما لايجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء وحرة (٢)

﴿مسألة ١﴾ اذا كان العبد مبعضا اوالامة مبعضة ففي لحوقهما بالحر اوالفن إشكال ومقتضى الاحتياط : ان يكون (٣)العبد المبعض كالحر بالنسبة الى الاماء فلا يجوز له الزيادة على امتين ، وكالعبد القن بالنسبة الى الحرائر ، فلا يجوز له الزيادة على حرتين وان تكون الامة المبعضة كالحرة بالنسبة الى العبد ، وكالامة بالنسبة الى الحر بل يمكن أن يقال : إنه بمقتضى القاعدة . بدعوى ان المبعض حر وعبد ، فمن حيث حريته لايجوز له ازيد من امتين ، ومن حيث عبديته لايجوز له ازيد من حرتين (٤) وكذا بالنسبة الى الامة المبعضة الا ان يقال : ان الاخبار

---

(١) للمرسل السابق . وصحيح محمد بن مسلم لايدل على المنع فيه .

(٢) لمصحح أبي بصير السابق .

(٣) قال في القواعد : « والمعتق بعضها كالامة في حق الحر ، وكالحرة في حق العبد ، والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء ، وكالعبد في حق الحرائر » ونحوه كلام غيره . وعللوه بالاحتياط . وتغليب جانب الحرمة . وقال في الجواهر : « لاريب في أنه أحوط ، وان كان لايخلو من بحث ، إن لم يكن اجماعا خصوصاً في التبعيض اللاحق للتزويج ، الذي قد يتعارض فيه الاحتياط » ، وفي الرياض : « لعل ذلك تغليب للحرمة ، كما يستفاد من بعض المعتبرة : « ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال » .. فتأمل » وقاعدة التغليب غير ثابتة والرواية إما محمولة على الشبهة المحصورة ، أوعلى صورة المزج بين الحرام والحلال . ولولا ذلك لأشكل الحكم في كثير من الموارد ، كما لا يخفى .

(٤) لايقال : إنه يقع التزاحم بين الحرية المقتضية لعدم جواز أزيد من أمتين ، وبين العبدية المقتضية لجواز أربع إماء . وكذا بالنسبة الى الحرائر ، فان

الدالة على ان الحر لايزيد على امتين والعبد لايزيد على حرتين ، منصرفة الى الحر والعبد الخالصين (١) . وكذا في الامة فالمبعض قسم ثالث خارج عن الاخبار . فالمرجع عمومات الادلة على جواز التزويج غاية الامر عدم جواز الزيادة على الاربع فيجوز له نكاح اربع حرائر ، او اربع اماء لكنه بعيد من حيث لزوم (٢) كونه

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 اقتضائها للمنع من أزيد من حرتين وكذلك اقتضاء العبدية لجواز أربع إماء بمعنى عدم المقتضي للمنع عن ذلك . ومع تزاحم المقتضي واللامقتضي يكون العمل والاثر للمقتضي .

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

(١) لاينبغي التأمل في أن صفة الحرية والرقية من الصفات القائمة بتمام الموضوع ، فالحر من يكون تمامه حراً ، والعبد من يكون تمامه عبداً . وهو المعنى الحقيقي للفظ . فمن يكون بعضه حراً وبعضه عبداً خارج عن موضوع الحر والعبد فلا يجري عليه حكم أحدهما. فمن الغريب مافي بعض الحواشي على المقام من أنه لو سلم الانصراف فكونه من الانصرافات البدوية ظاهر . انتهى . فان من يكون بعضه حراً إنما الحر بعضه لا كله ، وكذلك من يكون بعضه عبداً إنما العبد بعضه لا كله ومن المعلوم أن موضوع الاحكام في الادلة الانسان الحر أو العبد ، والمبعض لاحر 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 ، وان يكون الوجه

اولى من الحر الخالص وحينئـــذ فلا يبعد ان يقال : ان المرجع الاستصحاب . ومقتضاه اجراء حكم العبد والامة عليهما(١) ودعوى: تغير الموضوع كما ترى(٢) فتحصل : ان الاولى الاحتياط الذي ذكرنا اولا والاقوى العمل بالاستصحاب واجراء حكم العبيد والاماء عليهما .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : لو كان عبد عنده ثلاث او اربع إماء فاعتق وصار حراً ،

في عدم تزويج العبد بأربع حرائر نقصه ، وهو مفقود في المبعض أيضا .

(١) فله أن يتزوج بأربع إماء ، وللعبد أن يتزوج أربعا منها .

(٢) لما عرفت مراراً من أن المعيار في تبدل الموضوع العرف ، بحيث تكون القضية المشكوكة غير القضية المتيقنة عرفا . ومن المعلوم أن تحرير بعض القن لايستوجب ذلك . نعم يمكن الاشكال في الاستصحاب بأنه تعليقي ، لأن معنى جواز عقده على أربع إماء حال الرقية : أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه ، فاستصحاب ذلك الى حال حرية بعضه معارض ـ على التحقيق ـ بالاستصحاب التنجيزي ، وهو أصالة عدم ترتب الاثر . فالمرجع لابد أن يكون دليلا آخر . وهو إما أصالة حرمة الوطء بناء على أصالة الحرمة في الفروج . أو أصالة إباحة الوطء ، فيتحد مفاد الاصل مع مفاد الاستصحاب في الاثر المذكور . وإن كان يختلف معه بالنسبة الى الآثار الاخرى. فان 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 ، فالاصل المذكور يتحد مع أصالة عدم ترتب الاثر ، فلا بأس بالرجوع اليه ، ويحكم حينئذ بحرمة التزويج بأربع حرائر. وبالجملة : فالاستصحاب المذكور إن أشكل جريانه فهو من هذه الجهة . لكن عرفت أن النوبة لاتنتهي اليه بعد إمكان الرجوع الى عمومات الحل .

لم يجز ابقاء الجميع لأن الاستدامة كالابتداء (١) فلا بد من اطلاق الواحدة او الاثنتين والظاهر كونه مخيراً بينهما كما في اسلام الكافر (٢) عن ازيد من أربع ويحتمل القرعة (٣) والاحوط ان يختار هو القرعة بينهن ولو اعتقت امة او امتان

---

(١) هذا مما لاإشكال فيه ظاهر . لاطلاق دليل المنع .

(٢) فانه لا إشكال عندهم فى ثبوته فيه . ويشهد له خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله (ع) : « في مجوسي أسلم وله سبع نسوة، وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال (ع) : يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً » ويؤيده او يعضده ماورد فيمن تزوج خمسا بعقد واحد ، وفيمن تزوج الاختين بعقد واحد ، كصحيح جميل عن أبي عبدالله (ع) : « في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة ، قال (ع) : يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى ، وقال في رجل تزوج خمسا في عقدة واحدة قال (ع) : يخلي سبيل ايتهن شاء » . والاخيروارد فى الابتداء، وجريانه فى الاستدامة أولى ، بل الاول أيضا وارد في الاستدامة بلحاظ إقرار الزوج على ما يراه فى مذهبه ، ولكنه فى الحقيقة وارد في الابتداء لأن الاقرار لايقتضي اكثر من المعاملة معه معاملة الصحيح ، من دون حصول الصحة واقعا .

(٣) هذا الاحتمال ذكره جماعة فيما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع ومات قبل الاختيار . واشكل 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 مالو تداعيا مالا معينا . والاشكال على الاخير ظاهر ، لاختصاص الدليل بصورة التداعي ، والمفروض عدمه . ويشكل ماقبله بأن تصالح الورثة تابع لاستحقاقهم وهو غير ظاهر . ومن هنا قوى في الجواهر القرعة ، مانعاً اختصاصها بصورة تعيين الواقع المتعين فى نفسه ، 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 اذ يختصمون) ، أو قوله تعالى في سورة الصافات : (فساهم فكان من المدحضين) . 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» ، وعن دعائم الاسلام ، عن أمير المؤمنين (ع) ،وأبي جعفر (ع) وأبي عبد الله (ع) : أنهم أوجبوا القرعة فيما أشكل ، وقال أبو عبد الله (ع) : «وأي حكم في الملتبس أثبت من القرعة ؟! اليس هو التفويض الى الله جل ذكره؟...» وخبر عبد الرحيم المروي في كتاب الاختصاص للمفيد (ره) : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : إن علياً عليه السلام كان إذا ورد عليه أمر لم يجيء فيه كتاب ولا سنة رجم فيه ، يعني : ساهم فأصاب ، ثم قال : يا عبد الرحيم وتلك من المعضلات» وقريب منه خبره الآخر ، وصحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل يكون له المملوكون ، فيوصي بعتق ثلثهم ، قال (ع) : كان علي (ع) يسهم بينهم » ، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : «في رجل قال أول مملوك أملكه فهو حر ، فورث سبعة جميعا ، قال (ع) : يقرع بينهم ، ويعتق الذي خرج اسمه » ، ونحوها غيرها ، ذكرها في الوسائل في أواخر مباحث القضاء . وقد ذكر في ذلك الباب أخباراً كثيرة متضمنة لجريان القرعة أيضا فيما له تعين واقعا . فلاحظه .

لكن يشكل الاستدلال بالآيتين الشريفتين على جريانها فيما لم يكن له تعين واقعاً أولا: لاحتمال أنه من باب التراضي والاتفاق منهم على ذلك ، لا من باب أنه حجة شرعية يرجع اليها على كل حال ، كما لو اتفقوا على ترجيح الاكبر سناً ، أو الاقوى بدنا ، أو نحو ذلك . وثانيا : أنه يتوقف على أن التنازع في موردها

لم يكن في تعيين الاولى ، وهو غير ظاهر ، بل يظهر من بعض الاخبار الواردة في تفسير الآية الثانية : أن الراكبين في السفينة علموا أن الخطر الوارد على السفينة كان من جهة أن فيها عبداً آبقاً ، واختلفوا في تعيينه . نعم المذكور في الروايات أن النزاع في كفيل مريم (ع) كان بين أنبياء ، ويمتنع أن يكون نزاعهم في أمر مجهول ، بل يكون حالهم حال المتسابقين الى الخير . لكن لاعموم في الآية ، لورودها في مورد خاص ، والتعدي منه غير ظاهر .

ومن ذلك يشكل الاستدلال بالنصوص الاخيرة ، فانها واردة في موارد خاصة لايستفاد منها العموم . فلم يبق إلا العمومات المستفادة من النصوص المتقدمة مثل : إن القرعة في كل مجهول ، الذي يظهر من محكي الخلاف ، وقواعد الشهيد الاجماع عليه ، أو أنها « لكل أمر مشكل » ، كما هو المذكور في كلام الفقهاء ، وإن لم أقف على نص فيه غير ماتقدم عن الدعائم ، وإنما حكى عن رواية المخالفين . نعم نسبه في جامع المقاصد الى قولهم (ع) . ومثله « القرعة لكل أمر مشتبه » . لكن قول الراوي في الرواية الاولى : « قلت له : إن القرعة تخطىء وتصيب » ظاهر في وروده فيما له تعين واقعي ، لأنه الذي يتصور فيه الخطأ والصواب . ولا ينافيه قوله (ع) في الجواب : « كلما حكم الله تعالى به فليس بمخطىء » ، لأن الظاهر منه أنه ليس بمخطىء باعتبار أنه حكم الله ، ولو ظاهراً ، بل لعل منصرف المجهول ماله تعين واقعي وجهل تعيينه . فالبناء على عموم الرواية لما نحن فيه غير ظاهر . مضافا الى أن البناء على إطلاقه يوجب سقوط جميع أدلة الاصول . فلا بد أن يكون المراد من المجهول معنى غير الظاهر ، فيكون مجملا . وكذلك المشكل ، والملتبس المذكوران في رواية الدعائم ، فانهما وإن كانا شاملين لما نحن فيه ، لكن الاخذ بعموم مفهومهما مشكل ، ولا سيما بملاحظة مارواه المفيد في كتاب الاختصاص . فيتعين حملها على ما لامخرج فيه ، بنحو لاتفي الادلة فيه ، بل لعله المنصرف اليه منهما

فلا تشمل ما نحن فيه ، لأنه اذا فهم من أدلة الاختيار الواردة في الموارد المتقدمة العموم لما نحن فيه ، فلا إشكال ولا التباس . وإن لم يمكن استفادة حكم مانحن فيه منها ، كان المرجع قاعدة امتناع الترجيح بلا مرجح . ومقتضاها البطلان في الجميع نعم لو أمكن البناء على بطلان العقد في أمتين وصحته فى أمتين على وجه التردد ، كان الرجوع الى القرعة في محله ، للاشكال الذي لايمكن التخلص فيه إلا بالرجوع الى القرعة . لكن ذلك ممتنع ، لامتناع قيام الزوجية فى الفرد المبهم .

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

لكن ظاهر الفقهاء أن الفتوى بذلك اعتماداً على الخبرين الواردين فيه ، لا لعمومات القرعة . بل ظاهرهم عدم الرجوع الى القرعة عند تزاحم حقوق الله تعالى ، مثل تزاحم الواجبات ، او المحرمات ، او الواجب والحرام ، حتى فيما لو كان هناك تعين في الواقع ، كما في صورة الدوران بين الوجوب والحرمة . فان الجميع ـ وإن كان من المشكل ـ لا يرجع فيه الى القرعة . وإنما يرجع اليها عند تزاحم حقوق الناس ، مثل المال المردد بين المالكين ، والحق المردد بين شخصين ،

فان اختارت الفسخ ، حيث أن العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو (١) وان اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً . والاحوط اختياره القرعة كما في الصورة الاولى .

﴿مسألة ٣﴾: اذا كان عنده اربع وشك في أن الجميع بالعقد الدائم او البعض المعين او غير المعين منهن بعقد الانقطاع ففي جواز نكاح الخامسة دواما اشكال (٢)

كالامثلة التي سبقت . وكذلك النصوص ، فان الوارد منها في الموارد الخاصة - على كثرتها - واردة في تزاحم حقوق الناس . وكذا مورد الآيتين الشريفتين . نعم مورد المصحح الوارد في الشاة الموطوءة من قبيل تزاحم حق الله وحق الناس . فالبناء على اختصاصها بمورد تزاحم حقوق الناس متعين .

ومن ذلك يظهر الاشكال فى جريانها فى المسألة لانه اذا كان مقتضى القاعدة البطلان لاحقوق لها ، ولا تزاحم 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 هى الزوجية الدائمة ، والاختلاف بينهما في الدوام والانقطاع . أو أنها غيرها . الذي ذكره في الجواهر الاول . واستدل له بظهور بعض النصوص فيه . ولأن شرط الاجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح ، فمع عدم ذكر الشرط لا اثر له ، بناء على ان الشرط المقدر لايجري 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 بالاجل انقلب دائما » ، فان التعبير بالانقلاب

يدل على أن الانشاء الصادر من اول الامر لم يكن مقتضياً للدوام . ويشهد له أيضا اتفاق النص والفتوى على أن المهر ركن هنا للعقد ، دون الدائم ، فانه يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع وتمليك الانتفاع به ، كالاجارة كما ورد من أنهن مستأجرات . وبأنه لازم القول الاول أنه اذا أخل بالاجل والمهر معا انقلب دائما أيضا ، مع أن ظاهر المسالك الاتفاق فيه على البطلان ، وأن الخلاف يختص بما إذا ذكر المهر وترك ذكر الاجل . وبأنه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر بعدم تمكين الزوجة في الانقطاع ، وعدم سقوطه بذلك فى الدوام .

أقول : الوجوه المذكورة لاتدل على الاختلاف في الحقيقة بين الدوام والانقطاع. فان تعبير الفقهاء بالانقلاب ـ مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانعقاد قال في الشرائع : «ولو لم يذكره ـ يعني الاجل ـ انعقد دائما » ـ يكفي فى صحته الاختلاف في بعض الاحوال. كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب فى باب المطهرات فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الخمر ، وفرقوا بينه وبين الاستحالة بأن الانقلاب لايقتضي اختلافا في الحقيقة ، بخلاف الاستحالة ، ولذا اقتصروا في مطهرية الانقلاب على خصوص الخمر ، بخلاف الاستحالة ، فانها مطهرة فى جميع الموارد من غير استثناء . وأما كون المهر ركنا فى المنقطع دون الدائم ، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة . إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينهما ولو في التأجيل ، فان القبض شرط في السلم ، مع أنه لايختلف مع بقية أنواع البيع في الحقيقة . وما فى بعض النصوص من قوله (ع) : « إنهن مستأجرات » ، مبني على نوع من المسامحة ، كما ورد في جواز النظر الى من يريد تزويجها : أنه مستام ، وأنه يشتريها بأغلى الثمن . والاتفاق المذكور في المسالك ـ إن تم ـ كان هو الموجب للخروج عن القواعد . وإلا كان اللازم البناء على الانقلاب أيضا في صورة عدم ذكر الاجل والمهر معا . 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 تبعيضه في الحيض أيضا بالنسبة الى سائر الاستمتاعات ، ولزم أيضا استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول ، مع اتفاق النص والفتوى على التنصيف حينئذ .

فالعمدة في مبنى القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائما ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية الى الاجل . أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوثا ، والدوام يكون لذاتها ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الرافع لدوام الزوجية . فعلى الاول يكون عدم التعرض للاجل موجبا لبطلان العقد انقطاعا ، ودواما ، أما الاول فلعدم ذكر الاجل ، وأما الثاني فلعدم جعل الدوام . وعلى الثاني يكون عدم التعرض للاجل موجباً لعدم صحة الانقطاع ، ولصحة الدوام ، أما الاول فلما ذكر ، وأما الثاني فلعدم جعل الرافع ، والمفروض أن الدوام يكون لذاتها ، لا بجعل جاعل .

والتحقيق هو الاول ، فان الزوجية وأمثالها من الملكية ، والحرية 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 منشأه 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 ، فانه لم يجعل فيه الا الحدوث . فاذا شك في الدوام والانقطاع فقد شك في جعل الانقطاع زائدا على جعل الحدوث وعدمه ، فيرجع فيه الى أصالة العدم . فالمقام نظير ما لو شك في شرط الانفساخ وعدمه . فيكون الانقطاع على خلاف الاصل والدوام على وفقه . كيف ولو كان الدوام مجعولا في الدائم كان الطلاق مخالفة لوجوب الوفاء بالعقد ، وهو كما ترى .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : اذا كان عنده اربع فطلق واحدة منهن واراد نكاح الخامسة ، فان كان الطلاق رجعيا لايجوز له ذلك (١) الا بعد خروجها عن العدة . وان كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان المشهور على الجواز لانقطاع العصمة بينه وبينها (٢) وربما قيل بوجوب الصبر الى انقضاء عدتها عملا باطلاق

ومقتضى ماذكرنا جواز اشتراط الطلاق فى عقد النكاح ، كجواز اشتراط الاقالة فيه لكن عن الشيخ بطلان الشرط في الاول ، بل عن المسالك الاتفاق عليه . وهو غير ظاهر .

(١) بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه . لانها بحكم الزوجة نصا وفتوى ـ كذا فى الجواهر ـ . أقول : قد استفاضت النصوص فى ذلك ، ففي خبر محمد بن قيس قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول في رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح اخرى قبل ان تستكمل المطلقة العدة ، قال : فليلحقها بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها ... » الحديث ، وموثق علي بن أبي حمزة ، قال : « سألت أبا ابراهيم (ع) عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن ، أيتزوج مكانها أخرى ؟ قال (ع) : لاحتى تنقضي عدتها » ، ومصحح زرارة ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع) : « اذا جمع الرجل أربعا فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلقت ، وقال : لايجمع ماءه فى خمس » ، ونحوها غيرها .

(٢) هذا التعليل مذكور في كلام جماعة . وإجماله كاشكاله ظاهر . إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية ، فهو حاصل فى الطلاق الرجعي ، ولا يجوز التزويج معه . وان كان ارتفاع جميع العلائق ، فهو غير حاصل فى البائن ، كما يشهد به عدم جواز تزويجها . نعم هو مذكور في حسنة الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل طلق امرأته ، او اختلعت منه ، أو بانت ، أله أن يتزوج أختها ؟ فقال (ع) :

جملة من الاخبار (١) والاقوى المشهور والاخبار محمولة على الكراهة (٢) هذا

إذا برء عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها » ، ونحوها صحيحة أبي بصير ، وخبر الكناني . وقد فسر بأن لايكون له عليها رجعة . لكن موردها الجمع بين الاختين ، واستفادة مانحن فيه منها لاتخلو من تأمل . وأولى منه في الدلالة القواعد العامة المقتضية للجواز ، لأن الحرام تزويج الخمس ، ومع الطلاق تخرج المطلقه عن الزوجية ، فلا يكون إلا تزويج الاربع نعم يعارضها إطلاق النصوص المتقدمة وغيرها المتضمنة أنه لايجوز تزويج الخامسة بعد طلاق أحد الاربع 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 ما فى حسنة الحلبي المتقدمة قرينة على تقييد النصوص بالرجعي ولكنه غير ظاهر . وكذا مافي الجواهر أيضا من أن في النصوص مايتضمن أنه لايجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدة المطلقة ، ومايتضمن من أنه إذا ماتت إحدى الاربع لم يجز له أن يتزوج حتى يعتد أربعة أشهر وعشراً ، بل فيه أنه يعتد وإن كانت متعة . كما سيأتي بعضها . لكن قرينية ذلك غير ظاهرة ، فان ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب في بعض الموارد لايقتضي مقايسة غيره عليه وإلا كان اللازم الحمل على الاستحباب حتى في الطلاق الرجعي .

وبالجملة : اطلاق النصوص يقتضي عدم الفرق بين الطلاق الرجعي والبائن ، ولا قرينة على تقييدها بالرجعي . ووحدة السياق في موثق عمار الآتي لاتكون قرينة على التصرف فيه فضلا عن غيره . فان قلت : المنع عن تزويج الخامسة بعد

ولو كانت الخامسة اخت المطلقة ، فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة لورود النص فيه (١) معللا بانقطاع العصمة كما انه لا ينبغي الاشكال اذا كانت العدة لغير الطلاق(٢) كالفسخ بعيب ونحوه وكذا اذا ماتت الرابعة ، فلا يجب الصبر الى اربعة أشهر وعشر(٣) والنص الوارد بوجوب الصبر (٤)

طلاق إحدى الاربع إنما هو من باب حرمة الجمع بين الخمس . فاذا كان الطلاق بائناً لاجمع . قلت : هذا المقدار لايوجب حمل النصوص على الكراهة ، لاحتمال كون وجود بعض العلائق كاف في المنع ، كما في الطلاق الرجعي .

فالعمدة 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 اختلعت منه امرأته أيحل له ان يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدة المختلعة ؟ قال : نعم ، قد برأت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة» ونحوهما خبر الكناني . لكن النصوص المذكورة انما اقتضت نفي الاشكال في الجواز من حيث الجمع بين الاختين، لامن حيث الجمع بين الخمس ، فاذا اتفق كون الخامسة أختا 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 مكانها ؟ قال (ع) : لا حتى تأتي عليها أربعة اشهر وعشر . سئل فان طلق واحدة هل يحل له أن يتزوج ؟ قال (ع) : لاحتى تأتي عليها عدة المطلقة» .

معارض بغيره (١) ومحمول على الكراهة وأما اذا كان الطلاق او الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتى (٢) يجب الصبر اولا يجب .

فصل

لايجوز التزويج فى عدة الغير (٣) دواماً او متعة سواء كانت عدة الطلاق بائنة او رجعية او عدة الوفاة او عدة وطء الشبهة حرة كانت المعتدة او امة ولو

---

(١) ففي خبر علي بن جعفر (ع) ، عن أخيه موسى (ع) ، قال : «سألته عن رجل كانت له اربع نسوة فماتت إحداهن، هل يصلح له أن يتزوج في عدتها اخرى قبل أن تنقضي عدة المتوفاة ؟ قال (ع) : اذا ماتت فليتزوج متى أحب »

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

فصل

لايجوز التزويج فى عدة الغير

(٣) بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ـ كما في الجواهر ـ واستدل عليه بقوله تعالى : (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) 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 ـ كما في مجمع البيان ـ ولكن مورد الآية عدة الوفاة ، فالتعدي عنها لابد أن يكون بالاجماع .

تزوجها حرمت عليه أبدا(١) اذا كانا عالمين

(١) 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 : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها ، قال (ع) : يفرق بينهما ولا تحل له أبداً » . وبعضها مطلق في نفي الحرمة الابدية 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 » وبعضها يفصل فيه في الحرمة الابدية بين الدخول وعدمه ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضي لها اربعة أشهر وعشر ، فقال : إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً ، واعتدت مابقي عليها من الاول ، واستقبلت عدة اخرى من الآخر ثلاثة قروء . وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما ، واعتدت بما بقي عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب » ، ونحوه موثق محمد بن مسلم ، وخبر قرب الاسناد ، وقريب منه مصحح سليمان بن خالد ، وموثق أبي بصير . وبعضها يفصل فيه بين الجهل والعلم كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، عن أبي ابراهيم (ع) ، قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة ، أهي ممن لاتحل له أبداً ؟ فقال (ع) : لا أما اذا كان بجهالة فيلتزوجها 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) : إحدى الجهالتين أهون من الاخرى الجهالة بأن الله تعالى حرم ذلك عليه ، وذلك بأنه لايقدر على الاحتياط معها ، فقلت : فهو في الاخرى معذور ؟ قال (ع) : نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها ، فقلت : فان كان أحدهما متعمدا والآخر يجهل ، فقال (ع) : الذي

بالحكم والموضوع (١) ، او كان احدهما عالما بهما (٢) مطلقاً سواء دخل بها اولا

تعمد لايحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً » ، ومصحح اسحاق بن عمار ، قال : « قلت لأبي إبراهيم (ع) : بلغنا عن أبيك أن الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً ، فقال (ع) : هذا اذا كان عالماً ، فاذا كان جاهلا فارقها وتعتد ، ثم يتزوجها نكاحا جديداً » . وبعضها يفصل فيه بين كل من الدخول والجهل ، كمصحح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً عالماً كان أو جاهلا ، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للاخر »

والجمع العرفي يقتضي حمل النصوص السابقة على الاخير جمعا بين المطلق والمقيد . مع أن الجمع العرفي بين الطوائف مع غض النظر عن المصحح الاخير يقتضي ماذكره الاصحاب. أما بالنسبة الى الجمع بين الطائفتين الاولتين والاخيرتين فظاهر . لأنه من الجمع بين المطلق والمقيد . وأما بالنسبة الى الجمع بين إحدى الطائفتين الى الاخرى ، فالجمع العرفي يقتضي كون سبب الحرمة الابدية كل من العلم والدخول . نظير الجمع بين القضايا الشرطية حيث يتعدد الشرط ويتحد الجزاء غاية الامر فى 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 لاإشكال فيه . ويقتضيه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم . مضافا الى انصراف إطلاق العلم الى ذلك بأن كان عالماً ان فعله فى غير محله .

(٢) أما في علم الزوج ، فيقتضيه إطلاق مصحح اسحاق بن عمار المتقدم ، ونحوه ، وصحيح ابن الحجاج . ومنه يستفاد الاجتزاء بعلم الزوجة . وفى الجواهر استدل على التحريم مع علم أحدهما بصحيحة علي بن رباب ، عن حمران ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها بجهالة بذلك ، فقال (ع) : لاأرى عليها شيئاً ، ويفرق بينها وبين الذي تزوج بها ، ولا تحل له أبدا . قلت :

فان كانت قد عرفت أن ذلك محرم عليها ثم تقدمت على ذلك ، فقال : إن كانت تزوجته فى عدة لزوجها الذي طلقها عليها الرجعة ، فاني ارى أن عليها الرجم ، 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 » . والدلالة غير ظاهرة . لأن المفروض في الرواية الدخول بقرينة التعرض للعدة . مع انه حكم فيها بالحرمة الابدية في كل من صورتي العلم والجهل . فلاحظ .

هذا ولا ينبغي الاشكال فى أنه مع علم أحدهما يبطل العقد حتى بالاضافة الى الجاهل ، وإن اختلفا فى 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 الاخوة ، والابوة ، والبنوة ، والفوقية ، والتحتية . والتقدم والتأخر ، وأمثالها من الاضافات 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 بالجاهل ، 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 ايضا وقد اشار الى ماذكرنا 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 بان يجهل التحريم ، او شخص المحرم عليه ، ومتى تجدد علمه تبين

وكذا مع جهلهما بهما . لكن بشرط الدخول بها ولا فرق في التزويج بين الدوام والمتعة (١) كما لافرق في الدخول بين القبل ، والدبر (٢) . ولا يلحق بالعدة ايام استبراء الامة (٣) فلا يوجب التزويج فيها حرمة ابدية ، ولو مع العلم والدخول . بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطء قبل انقضائها . فان المحرم فيها هو الوطء (٤) دون سائر الاستمتاعات . وكذا لا يلحق بالتزويج

فساد العقد ، إذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون اخرى فى نفس الامر ، وإن أمكن فى 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 بالبطلان . نعم هي مساعدة على التجري . ولعله المراد .

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

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

(٣) قال فى القواعد : « هل وطء الامة فى الاستبراء كالوطء في العدة ؟ . إشكال » . وفي المسالك : « وفي إلحاق مدة الاستبراء بالعدة وجهان . وعدمها أقوى . وقوفا على موضع النص ، واستصحابا للحل في غيره » ، وفي الجواهر جزم بذلك لذلك ، وفي كشف اللثام أنه الاقوى ، 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 تشترى من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك ، أم لابد من استبرائها ؟ قال : يستبرؤها بحيضتين . قلت : يحل للمشتري ملامستها ، قال : نعم ، ولا يقرب فرجها » ، وموثق عمار الساباطي : « قال أبو عبد الله (ع) : الاستبراء على الذي

الوطء بالملك او التحليل (١) فلو كانت مزوجة فمات زوجها او طلقها وان كان لايجوز لمالكها وطؤها ولا الاستمتاع بها فى ايام عدتها ، ولا تحليلها للغير . لكن لووطأها او حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً عليه ، اوعلى ذلك الغير ، ولو مع العلم بالحكم والموضوع .

﴿ مسألة ١ ﴾ : لايلحق بالتزويج فى العدة (٢) وطء المعتدة شبهة من غير عقد ، بل ولا زنا ،

يبيع الجارية واجب إن كان يطأها . وعلى الذي يشتريها الاستبراء ايضا . قلت : فيحل له أن يأتيها دون الفرج ؟ قال (ع) : نعم قبل أن يستبرئها » وفي خبر عبد الله بن محمد أنه قال له أبو عبد الله (ع) : « لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها ، وإن صبرت فهو خير لك » .

وعن المبسوط اعتبار ترك باقي الاستمتاعات فيه أيضا ، وهو صريح محكي السرائر وليس له دليل ظاهر . نعم في خبر ابراهيم بن عبد الحميد ، قال : «سألت أباعبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى ، أيطأها ؟ قال (ع) : لا . قلت : فدون الفرج ، قال : لايقربها » . وفيه : مع أنه وارد في الحبلى التي لا استبراء فيها . أنه معارض بصحيح رفاعة ، قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) فقلت : اشتري الجارية ... الى أن قال : قلت : فان كانت حبلى فمالي منها اذا أردت ؟ قال (ع) : لك مادون الفرج » ، ونحوه موثق زرارة ، وخبر أبي بصير . فالمتعين حمل الرواية على الكراهة .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر ، وحكى عن الكركي أنه استشكل فيه ولم يرجح ، ثم قال : « لكن وجه الترجيح فيه واضح . ضرورة عدم الاندراج في الادلة ، والحكم مخالف للاصول ، والقياس محرم عندنا » .

(٢) لخروجه عن مورد النصوص ، فيبقى داخلا تحت عموم الحل .

إلا اذا كانت العدة رجعية(١) ، كما سيأتي . وكذا اذا كان بعقد فاسد لعدم تمامية اركانه (٢) واما اذا كان بعقد تام الاركان وكان فساده لتعبد شرعي كما اذا تزوج اخت زوجته فى عدتها ، او امها ، او بنتها (٣) او نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج ، وإن كان فاسدا شرعا ففي كونه كالتزويج الصحيح الامن من جهة كونه في العدة وعدمه لأن المتبادر (٤) من الاخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه فى العدة إشكال . والاحوط الالحاق في التحريم الابدي ،

---

(١) فيكون من الزنا بذات العدة الرجعية ، وهو بنفسه سبب للتحريم الابدي ، كما سيأتي .

(٢) يعني : عند العرف . فانه حينئذ لا يصدق العقد ، فلا يكون موضوعا لنصوص التحريم .

(٣) ذكر الام غير ظاهر ، لأنها محرمة أبداً قبل أن يتحقق العقد عليها . وكذلك الكلام في ذكر البنت إذا كان قد دخل بالام ، فان الربيبة المدخول بأمها حرام أبدا ، وان لم يتحقق العقد عليها .

(٤) بل هو الظاهر من الاخبار ، بل في التحرير : « والظاهر أن مراد علمائنا بالعقد في المحرم والعقد في ذات العدة انما هو العقد الصحيح الذي لولا المانع ترتب عليه أثره » لكن في الجواهر : « وفيه ان لفظ التزويج والنكاح للاعم » . وهو كما ترى غير ظاهر ، ولذا لا نقول به في الشهادات ، وفي الاقرارات والوصايا والنذور ، وغيرها . وكون لفظ التزويج كغيره من ألفاظ المعاملات والعبادات موضوعة للاعم لا للصحيح . لاينافي ظهوره في مقام الاستعمال في خصوص الصحيح . ولذا قال في الجواهر في مبحث عقد المحرم : « إن المنساق من نصوص المقام وفتاواه العقد الصحيح في نفسه ، خصوصاً خبر ابن قيس .

فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً ، ومع الدخول في صورة الجهل .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : اذا زوجه الولي في عـــدة الغير مع علمه بالحكم (١) والموضوع ، او زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الابدية لأن المناط علم الزوج (٢) لا وليه او وكيله . نعم لو كان وكيلا في تزويج امرأة معينة وهي في العدة ، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه (٣) لـكن

فلا عبرة بالفاسد كنكاح الشغار . بل ولا بالفاسد لفقد شرط من شرائط الصحة ، كالعربية ونحوها . بخلاف ما لو كان فساده بالعدة ، أو البعل ونحوهما مما هو كالاحرام في الافساد . 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 المحل ومثله في الاشكال ماذكره في التحرير اخيراً حيث قال : « أما العقد الفاسد . فان كان العاقد يعلم فساده ، فلا اعتبار به . وإن لم يعلم فساده ، كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهة ، ففي الاعتداد به إشكال ، أقربه أنه كالصحيح » . فانه أيضا تفصيل بلا فاصل ظاهر . وأما خبر الحكم بن عيينة : « سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة في عدتها ، قال (ع) : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبدا » . فمع ضعفه في نفسه ، محمول على خصوص مورده ، فان التعدي عنه الى غيره غير ظاهر في مقابل ماعرفت من الظهور .

(١) يعني : علم الولي .

(٢) لأنه ظاهر الادلة ، والمفروض عدمه ، وأن العالم هو الوكيل او الولي ، لاغير . وعلى هذا لاموجب لتقييد الفرض بصورة عدم تعيين الزوجة ، فلو عينها ولم يكن عالما ، وكان الوكيل عالما ، لم تحرم .

(٣) لم يتضح هذا الاستدراك . إذليس الكلام في المباشرة وعدمها ، وانما الكلام في صدق التزويج في العدة مع علم الزوج وهذا المعنى لايفرق فيه بين تعيين

المدار علم الموكل ، لا الوكيل .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لا إشكال في جواز (١) تزويج من في العدة لنفسه ، سواء كانت عدة الطلاق ، او الوطء شبهة او عدة المتعة او الفسخ بأحد الموجبات (٢) او المجوزات له . والعقد صحيح ، إلا في العدة الرجعية ، فان التزويج فيها باطل ، لكونها بمنزلة الزوجة (٣) . والا في الطلاق الثالث الذي يحتاج الى المحلل ،

الزوجة في التوكيل ، وعدمه ، فان الزوج اذا 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 اذا قال : « زوجني إحدى بنات زيد أيا منهن شئت » ، وكان يعلم بأن واحدة منهن معينة في العدة ، فانه يصدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو عالم . وأما المباشرة فليس في الادلة مايشعر باعتبارها في التحريم . لأن النصوص موضوعها أن يتزوج امرأة في عدتها وهذا المعنى حاصل في صورتي 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 صورتي تعيين الزوجة وعدمه في عدم حصول المباشرة .

(١) لأن العدة إنما شرعت للمنع عن التزويج من غير ذي العدة احتراماً لذي العدة . فلا تمنع من تزويجه .

(٢) مثل الكفر ، والرضاع ، ونحوها مما يوجب انفساخ النكاح .

(٣) هذا غير كاف في المنع . لأن التنزيل يختص بالاحكام الشرعية . ولا يشمل غيرها . والمنع من تزويج الزوجة انما هو لأجل ان الزوجية لا تقبل التأكد ولا التكرر فيمتنع ان يترتب أثر على العقد على الزوجة . فاذا كان الطلاق الرجعي يوجب

فانه ايضا باطل بل حرام (١) ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الابدية والا فى عدة الطلاق التاسع في الصورة التى تحرم ابداً . والا في العدة لوطئه زوجة الغير شبهة . لكن لا من حيث كونها في العدة ، بل لكونها ذات بعل . وكذا في العدة لوطئه فى العدة شبهة اذا حملت منه ، بناء على عدم تداخل العدتين ، فان عدة وطء الشبهة حينئذ مقدمة على العدة السابقة التي هي عدة الطلاق او نحوه ، لمكان الحمل و بعد وضعه تأتى بتتمة العدة السابقة فلا يجوز له تزويجها في هذه العدة ـ اعني عدة وطء الشبهة ـ وان كانت لنفسه ، فلو تزوجها فيها عالماً اوجاهلا بطل (٢) ولكن في ايجابه التحريم الابدي اشكال (٣) .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : هل يعتبر فى الدخول الذي هو شرط فى الحرمة الابدية في صورة الجهل ان يكون فى العدة ؟ او يكفي كون التزويج في العدة مع الدخول

زوال علقة الزوجية وصيرورة المرأة اجنبية . فلا مانع من حدوث الزوجية لها بالعقد . والزوجية التنزيلية ، بمعنى : ثبوت احكام الزوجة 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 .

(١) لم أقف على مايدل على هذه الحرمة . إذ المذكور في الكتاب والسنة : أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره . وذلك إنما يدل على بطلان العقد وعدم ترتب أثر عليه ، لا حرمة العقد تكليفاً .

(٢) العمدة فيه : أنه معلوم من مذاق الشارع ، وأن جعل العدة يقتضي عدم جواز التزويج إلا بعد انتهائها . وسيأتي نظير ذلك في المسألة العاشرة .

(٣) وسيأتي منه في نظيره فى المسألة العاشرة أن التحريم الابدي لا يخلو من قوة . ولكنه غير ظاهر ، كما سيأتي . فانتظر .

بعد انقضائها قولان (١) . الاحوط الثانى ، بل لايخلو عن قوة لاطلاق الاخبار بعد منع الانصراف الى الدخول في العدة .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : لو شك فى أنها في العدة أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز

---

(١) اختار أولها فى المسالك ، قال فيها : « وطء الجاهل بالتحريم بعد العدة لايؤثر فى التحريم وإن تجدد له العلم ، وإنما المحرم الوطء فيها . أو العلم بالتحريم حالة العقد » ، وتبعه عليه في الجواهر ، وغيرها . ولا يخفى أن نصوص الباب مختلفة ،فبعضها وارد فى صورة الدخول فى العدة ، كصحيح الحلبي الاول ، ونحوه مصحح ابن مسلم ، وحسن حمران ، وغيرهما . وبعضها مطلق ، كصحيح الحلبي الاخير . ولا يخفى ان الاول لايقوى على تقييد الثاني ، لعدم التنافي فى الحكم بينهما . وحينئذ يتعين العمل باطلاق الثاني . إلا أن يمنع إطلاقه ، لاقتران المطلق بما يصلح للقرينية من جهة المناسبات الكلامية ،إذ المقام نظير ما إذا تعقب المخصص جملا متعددة، فان المخصص قرينة على تخصيص الاخير ، ويصلح للقرينية على تخصيص ما قبل الاخير . وكذا في المقام فانه لافرق بين قولنا : « إذا جاءك زيد واكرمك يوم الجمعة »، وقولنا : « إذا جاءك زيد يوم الجمعة وأكرمك » في احتمال رجوع القيد الى الجملة الاولى فى المثال الاول ، والى الجملة الثانية في المثال الثاني . ولعل مثلهما ما إذا تقدم الظرف على الجميع مثل : « إذا جاء يوم الجمعة وجاء زيد واكرمك فاخلع عليه » ، فان ذكر القيد صالح للقرينية 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 فى القول بالتحريم وإن كان الدخول في خارج العدة ، لاطلاق الفتاوى كالنصوص كما فى الرياض .

التزويج (١) خصوصاً اذا اخبرت بالعدم (٢) . وكذا اذا علم كونها فى العدة سابقاً وشك في بقائها اذا أخبرت بالانقضاء ، وأما مع عدم اخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها. وهل تحرم أبدا اذا تزوجها مع ذلك ؟ الظاهر ذلك (٣) واذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العدة ، أو من غير التفات اليها ثم اخبرت بأنها كانت فى العدة فالظاهر قبول قولها (٤) واجراء حكم التزويج في العدة ، فمع الدخول بها تحرم أبداً (٥) .

---

(١) لأصالة عدم كونها فى العدة .

(٢) في مصحح زرارة، عن أبي جعفر(ع): «قال(ع): العدة والحيض للنساء، اذا ادعت صدقت» . ومقتضى الجمود على عبارة النص وإن كان تصديق المرأة فى دعوى وجود العدة والحيض ، فلا عموم فيه لعدم العدة وعدم الحيض ، لكن المنسبق منه العموم ، ولاسيما بملاحظة كون الابتلاء بالثاني اكثر ، فيكون بيان حكمه أولى . مضافاً الى مادل على حجية قول ذي اليد على مافي يده ، فضلا عن نفسه ، فاذا أخبر بطهارة بدنه أو نجاسته ونحوهما صدق ، كما عليه سيرة العقلاء والمتشرعة . فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح . ومن ذلك يظهر الوجه في قوله (ره) : « إذا أخبرت بالانقضاء » .

(٣) لأن الاستصحاب يقوم مقام العلم الموضوعي إذا أخذ موضوعا على نحو الطريقية ، كما فيما نحن فيه . وتحقيق ذلك في محله من الاصول .

(٤) للصحيح وغيره مما تقدم . بل هو المتيقن من المصحح كما عرفت .

(٥) لأن إطلاق دليل الحجية يقتضي ثبوت جميع الاحكام الثابتة للعدة ، ولو بتوسط وقوع الدخول فيها . وما في بعض الحواشي من أنه أحوط ، كأنه مبني على عدم وضوح الاطلاق المذكور ، لاحتمال اختصاص حجية قولها بما إذا لم يعارض أصل الصحة . ولذا ذكر فى الشرائع أنه لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد

﴿مسألة ٦﴾ : اذا علم أن التزويج كان فى العدة مع الجهل بها حكما اوموضوعا ، ولكن شك فى أنه دخل بها حتى تحرم أبدا ، او لا يبنى على عدم الدخول (١) .وكذا اذا علم بعدم الدخول بها وشك في أنها كانت عالمةاوجاهلة فانه يبنى على عدم علمها (٢) فلا يحكم بالحرمة الابدية .

﴿مسألة ٧﴾ : اذا علم إجمالا بكون احدى الامرأتين المعينتين فى العدة ، ولم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما (٣) ولو تزوج إحداهما بطل (٤) . ولكن لا يوجب الحرمة الابدية لعدم إحراز كون هذا التزويج فى العدة (٥)

الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة فالقول قول الزوج . إذ الاصل صحة الرجوع انتهى ، ونحوه مافي غيرها . وفيه : أن الاحتمال المذكور خلاف الاطلاق . نعم لوكان تاريخ انقضاء العدة معلوما وتاريخ العقد مجهولا ، فاخبرت بأن العقد كان في العدة ، لم يسمع قولها ، لأنه إخبار عن العقد ، لاعن العدة . ويحتمل أن يكون وجه الاشكال في الفرض : أن قبول العقد منها إخبار منها بانتهاء العدة ، فيكون إخبارها بالعدة منافياً له . وفيه ـ مع أن الفعل لايدل على شيء من ذلك ، إلا من باب الحمل على الصحة ، وهو لايعارض الخبر اللاحق ـ أنه لو سلم التعارض يكون المرجع استصحاب العدة الى حين وقوع العقد ، فيبطل ، ويقتضي التحريم الابدي مع الدخول .

(١) لاصالة عدمه .

(٢) لأصالة عدم علمها .

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

(٤) لأصالة عدم ترتب الاثر عليه .

(٥) المقام نظير مالو توضأ باحد الاناءين المعلوم نجاسة أحدهما ، فانه يبنى فيه على عدم ترتب الاثر ، عملا باستصحاب الحدث ، ولا يبنى على نجاسة أعضاء

نعم لو تزوجها معا حرمتا عليه في الظاهر (١) عملا بالعلم الاجمالي .

﴿مسألة ٨﴾ : اذا علم ان هذه الامرأة المعينة في العدة ، لكن لايدري أنها في عدة نفسه ، او في عدة لغيره ، جاز له تزويجها لأصالة عدم كونها في عدة الغير (٢) فحاله حال الشك البدوي .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يلحق بالتزويج في العدة في ايجاب الحرمة الابدية تزويج ذات البعل ، (٣) ، فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه ابداً مطلقاً ،

الوضوء ، لعدم إحراز نجاسة الماء ، إلا إذا كانت الحالة السابقة نجاسة الانائين معا بناء على صحة استصحاب النجاسة ، لعدم منافاته للعلم الاجمالي بطهارة أحدهما عملا وهنا أيضا لايبنى على الحرمة الابدية ، لعدم إحراز كون العقد في العدة ، إلا اذا كانت الحال السابقة في المرأتين معا أنهما في العدة ، وعلم خروج إحداهما عنها وبقاء الاخرى فيها ، فان التحقيق جواز جريان الاستصحاب فيهما معا لما لم ينافيا العلم عملا .

(١) لأصالة عدم ترتب الاثر ، ولا تجري أدلة الصحة ، للعلم الاجمالي بالبطلان في إحداهما .

(٢) ولا يعارضها أصالة عدم كونها في عدة نفسه ، لعدم الاثر له .

(٣) قال في القواعد : « ولو تزوج بذات البعل ، ففي الحاقه بالمعتدة إشكال ينشأ من عدم التنصيص ، ومن اولوية 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 الابدي ، الذي هو حكم تعبدي ، من آثار العدة بالخصوص ، وإن كان لعلقة الزوجية دخل فيه في الجملة ، لكن لا على الاستقلال ، وحينئذ لامجال للقطع بالاولوية . على أنه لو ثبتت الاولوية كان العمل عليها ، وعدم التنصيص لايعارضها ، فانها مقدمة على اصالة الحل ، او عموم الحل . وأما عدم التنصيص فاشكاله أظهر ، لورود النصوص المتضمنة للتحريم المؤبد ، ففي موثق

أديم بن الحر قال : « قال أبو عبد الله (ع) . التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما، ثم لايتعاودان أبدا » ، وموثق زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « في مرأة فقد زوجها او نعي اليها فتزوجت ، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها ، قال (ع) : تعتد منهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة ، وليس للاخر أن يتزوجها أبداً » ، وموثقه الآخر ، عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) : اذا نعي الرجل الى أهله او أخبروها أنه قد طلقها ، فاعتدت ، وتزوجت ، فجاء زوجها الاول ، فان الاول ، أحق بها من هذا الاخير ، دخل بها الاول ، أو لم يدخل بها . وليس للاخر أن يتزوجها أبداً . ولها المهر بما استحل من فرجها » ، ومرفوع أحمد بن محمد : « إن الرجل إذا تزوج امرأة وعلم أن لها زوجا فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً » .

نعم يعارضها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبد الله عن رجل تزوج امرأة ولها زوج ، وهو لايعلم ، فطلقها الاول ، أو مات عنها ، ثم علم الاخير ، أيراجعها ؟ قال (ع) : لاحتى تنقضي عدتها » . فانه أخص من الموثق الاول ، لاختصاصه بصورة الجهل ، فيقيد به الموثق ، ويحمل على صورة العلم . كما أن بينه وبين الموثقين الآخرين عموما من وجه ، لاختصاصها بصورة الدخول ، بقرينة الاعتداد من الاخير في أحدهما ، واستحقاق المهر في ثانيهما ، والصحيح لايختص بها ، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم ، وهما لايختصان 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 الاول 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 باخبار التحريم

سواء دخل بها أم لا ولو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلا مع الدخول بها من

أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً ، مع الجهل والعلم ، ومع الدخول وبدونه، لاطلاقها .

نعم في صحيحه الآخر قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة ، ثم استبان له بعد ما دخل بها ان لها زوجا غائبا ، 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 زوجا غيره » . ولعل المراد من الدخول فيه الخلوة بها ـ كما في الوسائل ـ وإن كان بعيداً ، فانه أولى من التصرف في النصوص السابقة . فتأمل .

ومن الغريب ما وقع في هذه المسألة فقد عرفت ما في القواعد ، ونحوه في الروضة ، وعن الايضاح ، من نفي النص فيها ، وفي كشف اللثام ان 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 الرياض دعوى الاجماع عليه ، وفي الحدائق: « ليس فيه خلاف يعرف » أما صورة العلم والدخول فالظاهر أنه لا إشكال في التحريم الابدي 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 عالمة . فالبناء على الحرمة الابدية مع علم الزوجة لا يكون إلا من طريق الاولوية التي قد عرفت الاشكال فيها . أو بقاعدة الاشتراك ، بناء على جريانها في المقام . وسيأتي الكلام فيه في حكم التزويج حال الاحرام .

غير فرق بين (١) كونها حرة او امة مزوجة ، و بين الدوام والمتعة فى العقد السابق واللاحق . وأما تزويج امة الغير بدون اذنه مع عدم كونها مزوجة ، فلا يوجب الحرمة الابدية (٢) وان كان مع الدخول والعلم .

﴿ مسألة ١٠ ﴾: اذا تزوج امرأة عليها عدة ولم تشرع فيها ، كما اذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر فان عدتها من حين بلوغ الخبر ، فهل يوجب الحرمة الأبدية؟ أم لا قولان (٣) احوطهما الاول بل لايخلو عن قوة .

---

(١) لاطلاق الادلة . مع عدم ظهور خلاف فى ذلك .

(٢) للاصل، بعد خروجه عن مورد النصوص .

(٣) قال في القواعد : « ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة ، فالاقرب عدم التحريم المؤبد » ، ونحوه في المسالك . وعلله فى كشف اللثام ، والجواهر ، بانها ليست زوجة ، ولا معتدة ، لعدم الاعتداد عليها قبل العلم بالوفاة ، فيرجع فيها الى أصالة الحل . لكن فى الرياض : « لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم البتة ، ففيه أولى ، لأنه أقرب الى زمان الزوجية . والمناقشة فى هذه الاولوية ممنوعة . فالتحريم لايخلو من قوة » . وفيه أنه لا وجه للمنع عن المناقشة في الاولوية . حيث لادليل عليها . إذ لم يثبت أن التحريم المؤبد مع التزويج فى العدة من جهة نفس علقة الزوجية ، إذ من الجائز أن يكون للعدة خصوصية اقتضت ذلك ، وإن كان لعلقة الزوجية أيضا دخل في ذلك .

نعم لا ينبغي التأمل في بطلان العقد ، فان المفهوم من الادلة أن ذات العدة لايصح تزويجها إلا بعد انقضاء العدة ، فما دامت العدة غير منتهية فعلاقه الزوجة للاول باقية ، وهي تنافي التزويج للاخر . ولأجل ذلك افترق المقام عما قبله ، فان ماقبله ، لما كان حكماً تعبديا احتمل أن يكون للعدة دخل فيه . وأما المقام - وهو عدم صحة التزويج - فالذي تساعد عليه الاذواق العرفية أنه من أحكام نفس الزوجية للتمانع عندهم بين الزوجتين

﴿ مسألة ١١ ﴾ : اذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها مع الجهل ، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الاول فجائت بولد فان مضى من وطء الثانى اقل من ستة اشهر ، ولم يمض من وطء الزوج الاول اقصى مدة الحمل لحق الولد بالاول(١) وإن مضى من وطء الاول اقصى المدة ومن وطء الثانى ستة اشهر او أزيد الى ماقبل الاقصى فهو ملحق بالثانى (٢) وان مضى من الاول اقصى المدة ومن الثاني اقل من ستة اشهر فليس ملحقاً بواحد منهما (٣) وان مضى من الاول ستة فما فوق ، وكذا من الثانى . فهل يلحق بالاول ؟ او الثانى او يقرع . وجوه او أقوال (٤) والاقوى لحوقه بالثانى . لجملة من الاخبار وكذا اذا تزوجها الثانى

---

(١) قطعاً ـ كما في المسالك ، والجواهر ـ وقد صرح به الجماعة على نحو يظهر التسالم عليه . ويقتضيه مرسل جميل بن صالح ، عن بعض أصحابه ، عن احدهما (ع) : « في المرأة تزوج فى عدتها ، قال (ع): يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعا ، وإذا جاءت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للاخير ، وان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فهو للاول »، وتقتضيه قاعدة الفراش ، فان الزوج الاول حال انعقاد النطفة ، هو الفراش ، فيكون الولد له .

(٢) قطعاً ـ كما في المسالك ، والجواهر ـ وبلا اشكال ـ كما في الرياض ـ ويظهر من كلماتهم أنه لاخلاف فيه . لقاعدة الفراش ، بناء على أن الواطىء شبهة فراش ، لأن المراد به ما يقابل العاهر ، والواطيء شبهة غير عاهر . مضافا الى مرسل جميل المتقدم .

(٣) بلا اشكال فيه عندهم . للعلم بانتفائه عنهما ، لتولده فى خارج الحد .

(٤) حكي الاخير عن المبسوط ، وفخر الاسلام . لأن كلا منهما فراش ، فتتعارض قاعدة الفراش فيهما ، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فيكون المقام من

بعد تمام العدة للاول ، واشتبه حال الولد .

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : اذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج (١) اولا معه وعدة الطلاق او الوفاة او نحوها فهل تتداخل العدتان ؟ او يجب التعدد قولان

المشكل ، فيرجع فيه الى القرعة لأنها لكل أمر مشكل . وفي الشرائع ـ في بعض فروع السبب الاول من أسباب التحريم ـ اختار الالحاق بالثاني ، واختاره في القواعد ، والمسالك ، وكشف اللثام ، وغيرها ، ونسبه في المسالك الى الاكثر . للنصوص ، منها مرسل جميل المتقدم ، كما يقتضيه إطلاقه ، ومنها صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت ، فان وضعت لخمسة أشهر فانه لمولاها الذي اعتقها ، وإن وضعت بعد ماتزوجت لستة أشهر فانه لزوجها الاخير » . وصحيح البزنطي عمن رواه عن زرارة قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة اشهر فهو للاول ، وإن كان ولدأنقص من ستة اشهر فلامه ولابيه الاول ، وإن ولدت لستة أشهر فهو للاخير » ، وموثق أبي العباس قال : « قال : اذا جاءت بولد لستة اشهر فهو للاخير ، وإن كان لأقل من ستة أشهر فهو للاول » وإن كان الاخير لايخلو من إجمال المورد . وما قبله ليس مما نحن فيه ، عدا المرسل وكأنه لذلك ولضعف المرسل لم يعتد بالأخبار في المسالك ، وإنما اعتمد على قاعدة الفراش بناء منه على ترجيح تطبيقها على الثاني على تطبيقها على الاول لأن الثابت أولى من الزائل . وفيه : أن المراد بالفراش الفراش حال الانعقاد ، ونسبته اليهما متساوية ، والاحتمال بالنسبة الى كل منهما على السواء . لكن مرسل جميل بن صالح رواه الصدوق في الفقيه ، عن جميل بن دراج ، وظاهره أنه بلا إرسال . على أن الظاهر بناء الاصحاب على عدم الفصل بين الموارد .

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

المشهور على الثاني (١) وهو الاحوط . وإن كان الاول لايخلو عن قوة (٢) حملا للاخبار الدالة على التعدد (٣) على التقية . بشهادة خبر زرارة ، وخبر يونس (٤)

---

(١) وفى الجواهر: «يمكن دعوى الاجماع عليه ، بل عن الشيخ فى الخلاف الاجماع عليه » .

(٢) كما عن الصدوق، وابن الجنيد ، ونسب فى الجواهر الميل اليه الى جماعة من متأخري المتأخرين .

(٣) يريد بها صحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) : « المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل أن تعتد اربعة أشهر وعشراً ، فقال : إن كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقي عليها من عدة الاول ، واستقبلت عدة اخرى من الآخر ثلاثة قروء . وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما ، وأتمت مابقي من عدتها ، وهو خاطب من الخطاب » ، ونحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، وخبر علي بن جعفر عن أخيه ، وكلها واردة في الحامل وقد مات عنها زوجها فوضعت وتزوجت قبل تمام الاربعة أشهر وعشرة أيام ، وموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) فى الرجل يتزوج المرأة في عدتها ، ونحوه صحيح علي بن رئاب ، عن علي بن بشير النبال ، عن أبي عبدالله (ع) . ودلالتها على وجوب الاعتداد للثاني بعد اتمام الاعتداد للاول ظاهرة.

(٤) أما الاول فرواه الشيخ باسناده عن علي بن الحكم ، عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن امرأة نعي اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ، فجاء زوجها الاول ففارقها الآخر كم تعتد للثاني ؟ قال (ع) : ثلاثة قروء ، وإنما يستبرىء رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم . قال زرارة: وذلك أن أناساً قالوا : تعتد عدتين من كل واحد عدة ، فابى أبو جعفر (ع) وقال : تعتد ثلاثة قروء ، وتحل للرجال » . وكأن السؤال فيه عن صورة مفارقة الزوج لها

أيضا بالطلاق . وأما خبر يونس فهو مارواه في الكافي ، عن يونس ، عن بعض أصحابه : «في امرأة نعي اليها زوجها فتزوجت ، ثم قدم الزوج الاول فطلقها وطلقها الآخر قال: فقال إبراهيم النخعي عليها أن تعتد عدتين، فحملها زرارة الى أبي جعفر (ع)، فقال: عليها عدة واحدة » . والخبران المذكوران واردان في ذات البعل ، وشهادتهما بحمل نصوص التعدد الواردة في المعتدة على التقية ، والاخذ بنصوص التداخل ـ كما استظهره في الحدائق ـ مبنية على كون المسألتين من باب واحد والمراد بنصوص التداخل صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال (ع) : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعا » ، ونحوه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله (ع) ، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) ، ونحوها موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) المتقدم في ذات البعل . 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 ـ كما ذكر جماعة ـ إذ لا معنى للاعتداد من الثاني إذا لم يكن دخول منه . وحملها جماعة آخرون على التقية . وهو غير ظاهر لما عرفت ، ولما حكي من أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ألبتة فنكحت في آخر عدتها ، ففرق عمر بينهما ، وضربها بالمخفقة وزوجها ضربات ، ثم قال : « أيما رجل تزوج امرأة في عدتها ، فان لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما وتأتي ببقية عدة الاول ، فان شاء تزوجها ، وإن كان دخل بها ، فرق بينهما، وتأتي ببقية عدة الاول ، ثم تستأنف عدة الثاني ، ثم لا تحل له أبدا»

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 الادلة اعتدادها متصلا بالسبب الموجب له ، وهذا المعنى لا يقبل التعدد

فمقتضى ظاهر الادلة الاولية هو التداخل، فتكون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل .

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

ومن الغريب ان الصدوق الذي نسب اليه القول بالتداخل في كتاب المقنع حيث قال في آخر كتاب الايلاء منه: «فان نعي الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت، ثم قدم زوجها فطلقها. وطلقها الاخير، فانها تعتد 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 حد الزاني ، ولا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً . فان فعلت بجهالة منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحد ، وفرق بينهما ، وتعتد عدتها الاولى ، وتعتد بعد ذلك عدة كاملة وهو مضمون رواية علي بن بشير المشار اليها 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

وعلى التعدد يقدم ماتقدم سببه (١) الا اذا كان احدى العدتين بوضع الحمل فتقدم وان كان سببها متأخراً لعدم (٢) إمكان التأخير حينئذ ولو كان المتقدمة عدة وطء الشبهة والمتأخرة عدة الطلاق الرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدته (٣)

عدم الفرق ، فالكلامان متنافيان مع قرب مابينهما .

(١) بلا خلاف فيه فى الجملة ، ولا إشكال . للاصل ، والنصوص . نعم اذا كانت معتدة للشبهة ثم مات زوجها ، فقد احتمل فى 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 فى التقديم والتأخير لعدم المرجح .

(٢) كما صرح بذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . وفى غير موضع من الجواهر نفي الخلاف والاشكال فيه ، لما ذكر فى المتن .

(٣) كما اختاره فى كشف اللثام . لأن الرجعة استدامة ، وهي لاتنافي الاعتداد من الغير وتبعه عليه فى الجواهر . والاصل فى ذلك ما في المبسوط ، قال: « إن مذهبنا أن له الرجعة في زمان الحمل » ، قال : « لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضي العدة وهذه مالم تضع الحمل وتكمل العدة الاولى ، فعدتها لم تنقض ، فتثبت الرجعة عليها ، وله الرجعة ما دامت حاملا ، وبعد أن تضع مدة النفاس والى أن تنقضي عدتها بالاقراء » ، قال : « وإذا قلنا لارجعة له عليها في حال الحمل ما دامت حاملا ، فاذا وضعت ثبت له عليها الرجعة ، وإن كانت في عدة النفاس لم تشرع في عدتها منه ، لأن عدة الاول 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

وهل ترث الزوج اذا مات قبله في زمان عدة وطء الشبهة ؟ (١) وجهان ، بل قولان لايخلو الاول منها من قوة . ولو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل

زمان إكمالها بعد الحمل ، لازمان الحمل ،لأنها حينئذ ليست في عدة رجعية » .

أقول : العمدة في الوجهين ثبوت إطلاق يقتضي صحة الرجوع مادامت لم تخرج من العدة وعدمه ، والظاهر الاول ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) ، قال : « سألته عن رجل طلق امرأته واحدة ، قال (ع) : هو أملك برجعتها ما لم تنقض العدة » ، وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) : « وإذا أراد ان يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضي أقراؤها » ، وفي خبره عن أبي جعفر (ع) : « هي امرأته مالم تنقض العدة » ، وفي موثق ابن بكير وغيره عن أبي جعفر (ع) : « وهو أحق برجعتها مالم تنقض ثلاثة قروء » ، وفي موثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « فان طلقها الثانية أيضا تشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها ، فان شاء راجعها قبل أن ينقضي أجلها ، فان فعل فهي عنده على تطليقتين » ، الى غير ذلك من النصوص التي لاتحصى لكثرتها . وإطلاقها يقتضي جواز الرجوع له في المدة التي تكون بين الطلاق وعدته . ولم أقف عاجلا على مايدل على اعتبار كون الرجوع في العدة، ولوفرض أمكن حمله على إرادة نفي الرجوع بعد العدة جمعاً ، ويقتضيه ما في صحيح علي ابن رئاب عن يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع) قال (ع) : « لاترث المختلعة والخيرة ، والمباراة والمستأمرة في طلاقها ، هؤلاء لايرثن من أزواجهن شيئاً في عدتهن ، لأن العصمة قد انقطعت فيمابينهن وبين أزواجهن من ساعتهن ، فلا رجعة لأزواجهن ولا ميراث بينهم » .

(١) هذه المسألة نظير المسألة السابقة دليلا. فقد ورد في كثير من النصوص أن المطلقة ترث زوجها إذا مات قبل انقضاء العدة ، ففي صحيح زرارة عن أحدهما

يجوز تزويج المطلق لها في زمان عدة الوطء قبل مجيء زمان عدة الطلاق ؟ وجهان لايبعد الجواز بناء (١) على أن الممنوع في عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها لاسائر

« المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم الثالث ، فاذا رأته فقد انقطع » ، وفى موثقه « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يطلق المرأة ، فقال (ع) : يرثها وترثه مادام له عليها رجعة » ، وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « وإن ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها وورثته » ، وفى موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): « أيما امرأة طلقت ثلاث عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها فانها ترثه ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، وإن توفيت في عدتها ورثها » . نعم ظاهر ذيله اعتبار الوفاة في العدة ، ونحوه غيره ، ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « إذا طلق الرجل امرأته توارثا ماكانت في العدة ، فاذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ولا ميراث بينهما » ، ونحوه غيره . ولا يبعد أن يكون الجمع بينهما بحمل الثانية على كونه في مقابل الموت بعد العدة ، فانه مقتضى مناسبة الحكم ، كما فيما سبق

(١) قد تقدم من المصنف (ره) أنه لايجوز التزويج بذات العدة وإن كانت عدة وطء الشبهة ، وحكى فى كشف اللثام الاتفاق على أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة فى عدة شبهة . ولذا فرض في القواعد وغيرها المسألة فيما لو كانت عدة الطلاق البائن مقدمة ، واختار عدم جواز الرجوع اليها في عدة الطلاق بعقد جديد لأنه اذا لم يجز تجديد العقد في عدة الوطء اللاحقة فعدم الجواز قبلها أولى . ولان تجديد العقد يوجب انتهاء عدة الطلاق ودخول عدة الوطء، فيمتنع عليه الاستمتاع فلا يكون للعقد أثر ، فيبطل . والمصنف فرض المسألة فيما لو تقدم الوطء على الطلاق وجواز تجديد العقد بعد الطلاق البائن فى تتمة عدة الوطء لانه لامانع من العقد إلا دعوى أنه لا أثر للعقد ، لحرمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً وطأ كان او غيره ، وقد قال فى القواعد : « وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلا » ، فاذا

الاستمتاعات بها ، كما هو الاظهر (١) ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الابدية أيضا لصدق التزويج في عدة الغير . لكنه بعيد . لانصراف (٢) أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصورة . هذا ولو كانت

بنينا على جواز سائر الاستمتاعات غير الوطء لم يكن مانع من العقد .

(١) واستوجهه في الجواهر ، لعدم الدليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة . وفيه : أن الظاهر من الاعتداد الامتناع عن ذلك ، وبذلك افترقت العدة عن مدة الاستبراء . ولاجل ذلك لا يصح العقد عليها ، فانه أيضا مفهوم من الامر بالاعتداد ، ولولا ذلك لم يكن حرمة الوطء وسائر الاستمتاعات مانعاً من صحة العقد . ودعوى : أنه لا أثر له غير ظاهرة ، فان اعتبار الزوجية يكفي فيه الآثار الاخرى ، 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 . فاذاً الاقوى حرمة جميع الاستمتاعات بالموطوءة شبهة ، وعدم جواز التزويج بها ، لانه الظاهر من الامر بالاعتداد ذلك ، فان الاعتداد من المفاهيم المجملة التي اوكل الشارع معرفتها الى بيانه 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 الواطىء العقد عليها ، ولا الاستمتاع بها ونظيره كثير من المفاهيم الشرعية التي اوكل بيانها الى البيان الصادر في بعض الموارد ، كما أشرنا الى ذلك في جملة من المباحث من هذا الشرح .

(٢) يعني : الانصراف الى صورة سبق العدة بزوجية العاقد . لكن دعوى هذا الانصراف غير ظاهرة ، وإن وافقه عليها شيخنا الاعظم (ره) في رسالة

العدتان لشخص واحد ، كما اذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شبهة فى اثناء العدة ، فـلا ينبغي الاشكال فى التداخل(١) وان كان مقتضى إطلاق بعض العلماء (٢) التعددفي هذه الصورة أيضا .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : لا اشكال فى ثبوت مهر المثـل (٣) في الوطء بالشبهـة المجردة عن التزويج اذا كانت الموطوءة مشتبهة(٤) وان كان الواطىء عالماً . وأما اذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى او مهر المثـل قولان (٥) . اقواهما الثاني

النكاح وإطلاق الفتوى يمنعه جدا ، بل إنهم تعرضوا لمدة الاستبراء ،وجعل بعضهم إلحاقها بالعدة محل إشكال ، وبعضهم لم يلحقها بها ، ولم يتعرضوا لعدة وطء الشبهة فليس ذلك إلا لبنائهم على العموم لها .

(١) كما استوجهه في الجواهر وفاقا للفاضلين .

(٢) بل الاكثر ، كما في الجواهر .

(٣) لانه عوض الانتفاع بالبضع . وقد تضمنت ذلك النصوص .

(٤) إذ لو كانت عالمة كانت بغياً ، « ولا مهر لبغي » .

(٥) حكى أولهما 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 ، فاذا فرض بطلانه لم يكن وجه لاستحقاقه . وكونه سبب الشبهة ، لايقتضي سببية ضمان المسمى ، والرضا به إنما كان مبنياً على العقد ، فاذا بطل بطل ، فيتعين الضمان بمهر المثل . نظير ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فانه يكون بالمثل ، لابالمسمى . نعم في موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » ، ونحوه ما في موثق سليمان بن خالد . ولا يبعد أن يكون المراد منه جنس المهر ،

واذا كان التزويج مجرداً عن الوطء فلا مهر أصلا (١) .

﴿ مسألة ١٤ ﴾ : مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج حين الفراغ من الوطء (٢) وأما اذا كان مع التزويج فهل هو كذلك ؟ او من حين تبين الحال وجهان (٣) والاحوط الثاني بل لعله الظاهر من الاخبار .

كما يشير اليه التعليل ، لا المسمى ، فان التعليل لا يقتضيه .

(١) للاصل مع عدم المقتضي له ، إذ هو إما العقد ، واما الوطء ، وكلاهما منتف .

(٢) كما في الجواهر . لأنه السبب في العدة ، وظاهر الادلة كونها متصلة بالسبب ، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته 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 » ونحوه غيره .

(٣) للاول ماسبق . وللثاني أنه ظاهر النصوص المتضمنة للامر بالاعتداد بعد التفريق ، كما أشار الى ذلك في المتن ، ففي مصحح ابراهيم بن عبد الحميد المروي في الفقيه ان أبا عبدالله (ع) قال في شاهدين شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها ، فتزوجت ، ثم جاء زوجها ، قال (ع) : « يضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج ، ثم تعتد وترجع الى زوجها الاول » وقريب منه غيره . والجميع ينسبق الى الذهن منه ان الاعتداد بعد التفريق وهو وقت تبين الحال . ولذلك مال في الجواهر الى ذلك . وعلله 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 اشتباهاً ، أم لم يكن عقد وكان الاشتباه في وقوعه لاعتقاد وقوعه أو للاشتباه في المعقود له أو عليه ، وأن المدة التي تكون فيها الموطوءة

﴿ مسألة ١٥ ﴾ : اذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة ، بأن كان الاشتباه من طرف الواطىء فقط فلا مهر لها إذا كانت حرة . اذ لامهر لبغي . ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك ، أو يثبت المهر ، لأنه حق السيد وجهان لايخلو الاول منهما من قوة (١) .

تحت سلطان الواطىء وفى حباله يستمتع بها ويضاجعها ليست جزءاً من العدة ، فيكون مبدأ العدة فى جميع الصور ارتفاع الاشتباه ، لاحين الوطء .

(١) كما اختاره فى الشرائع فى مباحث نكاح الاماء ، قال (ره) : « اذا تزوج الحر أمة من غير إذن المالك ثم وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم كان زانيا ، وعليه الحد ، ولا مهر لها إذا كانت عالمة مطاوعة » ، وفى كتاب الرهن قال : « ولو وطأ المرتهن الامة مكرها لها كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر . وقيل عليه مهر أمثالها . ولو طاوعته لم يكن عليه شيء » ، وفي باب بيع الحيوان قال : « من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة انتزعها المالك ، ويجب على الواطىء عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العشر إن كانت ثيباً . وقيل يجب مهر أمثالها والاول مروي » . وكلامه الثاني يدل على نفي المهر والارش للمطاوعة ، فيحمل عليه كلامه الاخير ، فيحمل على غير المطاوعة ، بناء على اتحاد المسألتين حكما . وأما كلامه الاول فلا تعرض فيه للارش وإنما يتعرض لنفي المهر .

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

أما الكلام فى الاول فهو أنك عرفت ماذكره المحقق ، وتبعه عليه جماعة من نفي المهر . ووجهه إما النبوي المشهور : « لامهر لبغي » . وإما لأن الانتفاع بالبضع مما لا يضمن كسائر الاستمتاعات ، فكما لايضمن الاستمتاع بالتقبيل ونحوه

لايضمن 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 بالعقير ، ولأجل ذلك سميت الحرة مهيرة ، دون الامة . ولقرينة اللام أيضا ، فانها ظاهرة في الملك ، وهو لايكون إلا في الحرة ، فان الامة مهرها لسيدها . وحمل اللام على الاختصاص خلاف الظاهر . وناقش أيضا فيما بعده ـ وكذا في الجواهر ـ بأنه لاوجه لقياس الوطء على غيره من الاستمتاع ، لو سلم الحكم في المقيس عليه باعتبار عدم عده مالا في الشرع والعرف ، بخلاف الوطء المقابل به عرفا وشرعا . ويشكل بأن عد الانتفاع بالبضع مالا شرعا مصادرة ، ومالا عرفا غير ظاهر إذ لامجال لمقايسة ذلك باستخدام الرجل والمرأة ، فانه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم ، لكونه مالا ويعاوض عليه عند العرف ، بخلاف الاستمتاعات الواقعة بين الرجل والمرأة ، فان استمتاع كل منهما بالآخر لايعد مالا ولا يقابل بالمال ، وليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل في انتفاع الطرف الآخر ، فكما لايصح للرجل مطالبة المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه ، لايصح للمرأة مطالبة الرجل ، فان الاستفادة من الطرفين على نحو واحد ، وفي الطرفين لايعد عرفا من المنافع المقصودة المعاوض عنها . ولعله يظهر ذلك بأقل تأمل . فالقواعد العامة لاتقتضي ضمان المهر وما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر ، كما سبق . ومن ذلك يظهر ضعف ماعن 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 الارش على الواطىء . 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

﴿ مسألة ١٦ ﴾ : لا يتعدد المهر بتعدد الوطء (١) مع استمرار الاشتباه .

عبد الله (ع) : « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها قد دلست نفسها له ، قال : ان كان الذي زوّجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد ... الى أن قال : وإن كان زوّجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها » ، وصحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) : « فيمن أحل جاريته لأخيه ، قلت : أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها ، قال (ع) : لا ينبغي له ذلك . قلت : فان فعل أيكون زانيا ؟ قال (ع) : لا ، ولكن يكون خائنا ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها » . وإطلاقها يقتضي عدم الفرق بين العالمة والجاهلة ، بل نسب الى ظاهر الاصحاب الاتفاق على عدم الفرق بينهما فيما لو تزوجها لدعواها الحرية فتبين أنها أمة . بل في المسالك عن بعضهم دعوى إجماع المسلمين عليه . فاذا لامجال للتوقف فيه بعد ورود الصحيحين المذكورين به .

ثم إنه قد ادعي اختصاص الصحيح الاول بصورة علم الامة . لكنه ضعيف لأن تدليسها كونها امة لايستلزم العلم بحرمة الوطء ، وكذلك الصحيح الثاني ، لامكان عدم اطلاع المحللة على ما وقع بين مالكها والمحلل له ، فاطلاقهما بالنسبة الى حالتي علم الامة وجهلها محكم ، نعم يختص الاول بصورة الشبهة في الواطىء والثاني بصورة علمه ، فتعميم الحكم لهما في محله . كما انهما يختصان بموردهما فالتعدي الى غيرهما غير ظاهر ، إلا من جهة التعليل بالاستحلال . ولا يخلو من تأمل . وإن كان هو الاظهر .

(١) كما استظهره في الجواهر في مبحث بيع الحيوان . لأنه ظاهر الصحيح الاول .

نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد .

﴿مسألة ١٧﴾ : لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل للزاني (١) وغيره (٢) . والاحوط

---

(١) كما هو المشهور ، وعن الخلاف الاجماع عليه . لعمومات الحل ولعموم: « الحرام لا يحرم الحلال » . وخصوص صحيح عبيد الله بن علي الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « أيما رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها حلالا ، قال (ع) أوله سفاح وآخره نكاح ، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا » ، وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: « سألته عن رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها ، فقال (ع) : حلال ، أوله سفاح وآخره نكاح ، أوله حرام وآخره حلال » ، ونحوهما غيرهما . وعن الشيخين وجماعة المنع إلا مع التوبة . ويشهد لهم جملة من النصوص ، كموثق عمار بن موسى عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها ؟ قال (ع) : إن أنس منها رشدا فنعم ، وإلا فليراودها على الحرام ، فان تابعته فهي عليه حرام ، وإن أبت فليتزوجها » ، ونحوه غيره . وفيه ـ كما في الجواهر ـ : 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 وماقبلها بالتقييد متعين ، لولا ماتقتضيه 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 .

(٢) على المشهور شهرة عظيمة. للنصوص الكثيرة، منها صحيح علي بن رئاب

الاولى أن يكون (١) بعد استبراء رحمها بحيضة من مائه أو ماء غيره إن لم تكن

المروي في قرب الاسناد ، قال : « سألت ابا عبد الله (ع) عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم ؟ قال (ع) : نعم ، ومايمنعه ، ولكن اذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد » ، وخبر زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فاذا الثناء عليها في شيء من الفجور ، فقال (ع) : لا بأس بأن يتزوجها ويحصنها » ، ونحوها غيرهما . وعن الحلبي ، وظاهر المقنع ، الحرمة . للاية الشريفة : (الزاني لاينكح إلا زانية أومشركة والزانية لاينكحها إلا زان أومشرك وحرم ذلك على المؤمنين) بدعوى ظهورها في حرمة تزويج الزانية لغير الزاني والمشرك ، وحرمة التزويج من الزاني لغير الزانية والمشركة . وفيه : عدم ظهور كون الآية الشريفة فى مقام تشريع التحليل والتحريم ، بل من الجائز كونها فى مقام الاخبار ، ويكون المراد من النكاح الوطء إذ لو حمل على تشريع التحليل والتحريم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزاني المشركة ، وجواز تزويج المشرك الزانيـــة المسلمة ، ولم يقل به أحد ، فلا بد من تنزيلها على غير هذا المعنى ، ولا مجال حينئذ للاستدلال بها على مانحن 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 : اذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها ، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها » ، وفيما رواه الحسن ابن علي بن شعبة في تحف العقول عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد (ع) : « أنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا أيحل له أن يتزوجها ؟ فقال : يدعهـــا حتى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره ، إذلا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه ، ثم يتزوج بها إن أراد ، فانما مثلها مثل نخلة أكل منها رجل

حاملا . وأما الحامل فلا حاجة فيها الى الاستبراء (١) بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل . نعم الاحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا (٢) إلا بعد ظهور توبتها .

حراماً ثم اشتراها فاكل منها حلالا » . وفي المسالك عن التحرير : لزوم العدة على الزانية مع عدم الحمل ، ثم قال : « ولا بأس به حذراً من اختلاط المياه وتشويش الانساب » ، واختاره في الوسائل ، والحدائق ، للروايتين المذكورتين ، المعتضدتين بعموم ما دل على لزوم العدة بالدخول ، وقولهم (ع) : « العدة من الماء » . وفي الجواهر لم يستبعد حمل الخبرين على ضرب من الندب . والعمومات لامجال للاخذ بهافي بعض الوارد إجماعا . والاشكال عليه ظاهر . إذ الاول لاقرينة عليه . والثاني لايمنع من الاخذ بالعموم في غير مورد الاجماع . وكان الاولى الاشكال على العمومات بأنهاواردة في العدة لغير صاحب الماء ، وقد تقدم أنه يجوز التزويج فى عدة نفسه . وأما الخبران فمخالفان للمشهور ، فلا مجال للعمل بهما . على أن الثاني منهما مرسل . فتأمل . وأما إطلاق مادل 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 لاتشملها ، بل ظاهرها عدمها .

(٢) فقد ورد فى جملة من النصوص تفسير الآية الشريفة بها ، ففي صحيح زرارة قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل : (الزاني لاينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك) ، قال (ع) : هن نساء مشهورات بالزنا ،ورجال مشهورون بالزنا قد شهروا بالزنا وعرفوا به ،والناس اليوم بذلك المنزل ، فمن اقيم عليه حد الزنا ، او شهر منهم بالزنا ، لم ينبغ لاحد أن ينا كحه حتى يعرف منه توبته » ، ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله (ع) وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ، وخبر حكم بن حكيم عن

بل الاحوط ذلك بالنسبة الى الزاني بها وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلا بعد توبتها ويظهر ذلك بدعائها (١) الى الفجور فان أبت ظهر توبتها .

﴿ مسألة ١٨ ﴾ : لاتحرم الزوجة على زوجها (٢) بزناها وان كانت

أبي عبد الله (ع) : « في قول الله عز وجل : (والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك) قال : إنما ذلك في الجهر ، ثم قال : لو أن إنسانا زنا ثم تاب تزوج حيث شاء » . وفي رسالة المحكم والمتشابه ، عن تفسير النعماني : « نزلت هذه الآية في نساء كن بمكة معروفات بالزنا منهن سارة ، وخيثمة ، ورباب ، حرم الله نكاحهن فالآية جارية في كل من كان من النساء مثلهن » . وعن المفيد ، وتلميذه سلار ، الحرمة . اعتماداً على ماذكر . لكن عرفت سابقاً أن الآية لايراد منها التشريع . والاخبار المذكورة تشير الى ذلك ، وأن المقصود منها التبكيت والذم لنساء ورجال مشهورين بالزنا مواضبين عليه .

(١) كما تقدم في النصوص .

(٢) على المشهور . للاصل . ولما ورد من أن الحرام لايحرم الحلال . 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 » . وعن المفيد وسلار الحرمة . وكأنه للاية الشريفة ، التي قد عرفت الاشكال في دلالتها على التحريم ابتداء ، فضلا عن الاستدامة . أو لجملة من النصوص الدالة على حرمتها اذا 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 » ، ونحوه غيره . لكنها أخص من المدعى . ولما لم يقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها .

مصرة على ذلك ولا يجب عليه أن يطلقها (١) .

﴿ مسألة ١٩ ﴾ : اذا زنا بذات بعل دواماً او متعة حرمت عليه أبداً(٢) فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها او طلاقه لها ، او انقضاء مدتها اذا كانت متعة . ولا فرق على الظاهر (٣) بين كونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعل او لا . كما لافرق بين كونها حرة ، او امة وزوجها حراً او عبداً كبيراً او صغيراً ، ولا بين كونها مدخولا بها من زوجها أو لا ولا بين أن يكون ذلك باجراء العقد

---

(١) للاصل بل الظاهر أنه لاخلاف فيه ، ولا قائل بوجوب الطلاق .

(٢) فى كشف اللثام : « قطع به الاصحاب إلا المحقق في الشرائع ، وعن الانتصار ، والغنية ، والحلي ، ونخر المحققين : الاجماع عليه ، وفي الرياض حكاية الاجماع عليه عن جماعة ، وفي الحدائق حكايته عن غير واحد . وفي الشرائع نسبته الى قول مشهور . وظاهره التوقف فيه ، وحكى ذلك عن بعض المتأخرين ، لعدم ثبوت الاجماع ، وفي المسالك عدم تحقق الاجماع على وجه يكون حجة . ثم استدل له بالاولوية ، لأن العقد على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً فالزنا أولى ، واذا كان الدخول مع العقد محرماً فالزنا أولى ، وتبعه على ذلك غيره . لكن القطع بالاولوية غير حاصل . فالعمدة ظهور الاجماع وتوقف المحقق لايدل على انتفائه ، وانما يدل على عدم ثبوته عنده .

وقد يستدل بما في الرضوي : « ومن زنا بذات بعل محصنا كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها وأراد الذي زنا بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً » . لكن الرضوي غير حجة ومجرد الموافقة للشهرة غير جابرة . ونحوه ماعن بعض المتأخرين من أنه قال : « روي أن من زنا بامرأة لها بعل ، او في عدة رجعية حرمت عليه ، ولم تحل له أبدا » .

(٣) لاطلاق معقد الاجماع ، كما نص على ذلك فى الجواهر .

عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد ، ولا بين أن تكون الزوجة مشتبهة أو زانية اومكرهة . نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطىء مشتبهاً فالاقوى عدم الحرمة (١) الابدية ولا يلحق بذات البعل (٢) الامة المستفرشة ولا المحللة . نعم لو كانت الامة مزوجة فوطأها سيدها لم يبعد الحرمة الابدية (٣) عليه وان كان لايخلو عن إشكال (٤)ولو كان الواطىء مكرهاً على الزنا فالظاهر لحوق الحكم(٥) وان كان لايخلو عن اشكال ايضا .

﴿ مسألة ٢٠ ﴾ : اذا زنا بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه ابداً (٦) دون البائنة وعدة الوفاة (٧) وعدة المتعة والوطء بالشبهة ، والفسخ ولو شك في

---

(١) وفي الجواهر : « في الحرمة أبدا إشكال ، وان كان ظاهر العبارات عدم شموله ، لاختصاص كلامهم بالزنا ، فلا يشمل الشبهة . لكن يمكن استفادته من حكم العقد على ذات البعل ، بناء على الاولوية المزبورة وأن حكمها الحرمة أبداً مع علمها دونه بمجرد العقد» . وفيه ماعرفت من الاشكال فى الاولوية بأنها غير قطعية

(٢) كما نص على ذلك فى الجواهر ، وغيرها لخروجها عن معقد الاجماع ، بل فى الجواهر : « لم نجد فيه خلافا » .

(٣) لأنه زنا بذات بعل ، فيدخل فى معقد الاجماع على الحرمة .

(٤) كأنه من جهة احتمال الانصراف .

(٥) لاطلاق معقد الاجماع . وإن كان يحتمل انصرافه الى الوطء المحرم بالفعل ، الموجب للعقاب ، وهو منتف مع الاكراه . لكن الانصراف ممنوع .

(٦) لما تقدم في المسألة السابقة من الاجماع ، والمرسل . وتوقف فيه في الشرائع . لكن لامجال للتوقف ، كما سبق بعينه .

(٧) لخروجها عن معقد الاجماع . لكن فى الرياض : « فيه نظر . لجريان بعض ماتقدم هنا

كونها فى العدة اولا او في العدة الرجعية او البائنة فلا حرمة مادام باقياً (١) على الشك . نعم لو علم كونها في عدة رجعية وشك فى انقضائهـــا وعدمه ، فالظاهر الحرمة (٢) وخصوصاً اذا اخبرت (٣) هي بعدم الانقضاء . ولا فرق بين (٤) ان يكون الزنا في القبل او الدبر . وكـذا في المسألة السابقة .

﴿ مسألة ٢١ ﴾ : من لاط بغـلام فاوقب ولو بعض الحشفة (٥) حرمت عليه امه ابداً (٦) وإن علت

كالاولوية الواضحة الدلالة في ذات العدة ، بناء على مايأتي من حصول التحريم بالعقد عليها فيها مع العلم ومع الدخول في حال الجهل » . لـكن عرفت الاشكال فى الاولويـــة .

(١) للاصل المقتضي للبناء ظاهراً على الحل .

(٢) لاستصحاب كونها في العدة .

(٣) لان اخبارها حجة ، كما سبق .

(٤) للاطلاق .

(٥) كما نص على ذلك فى القواعد ، والمسالك ، وجامع المقاصد ، والروضة وغيرها ، وفي الرياض : « الاتفاق في الظاهر واقع عليه » . لصدق الايقاب . وتقييده بتمام الحشفة في وجوب الغسل لدليله ، مثل : « اذا التقى الختانان وجب الغسل » . لايقتضي التقييد بذلك هنا ، لحرمة القياس ودعوى الانسباق الى مايحصل به حرمة المصاهرة في غير المقام . ممنوعة بنحو يعتد به .

(٦) إجماعا ـ كما عن الانتصار ، والخلاف ـ وفى المسالك : « أنه متفق عليه بين الاصحاب » ، وفي الرياض حكايته عن الغنية ، والتذكرة ، وشرح النافع للسيد وغيرهم ، وفي الجواهر : « هو في أعلى درجات الاستفاضة او التواتر » . ويشهد له النصوص . منها صحيح ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع):

وبنته وان نزلت(١)واخته من غير فرق بين كونهما كبيرين اوصغيرين اومختلفين(٢)

« في رجل يعبث بالغلام ، قال (ع) : إذا أوقب حرمت عليه بنته وأخته » ، وموثق ابراهيم بن عمر عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل لعب بغلام هل تحل له أمه ؟ قال (ع) : إن كان ثقب فلا » ، ونحوهما غيرهما .

(١) نص على ذلك فى القواعد ، وحكي عن ابن ادريس . وتنظر فيه فى كشف اللثام ، لعدم وضوح عموم الام للجدة والبنت لبنت البنت . والاصل يقتضي الحل لو لا دعوى الاتفاق عليه ، المحكية عن جماعة .

(٢) أما اذا كان الواطىء صغيراً فقد استشكل فيه في القواعد وغيرها ، لاختصاص النصوص بالرجل الذي لايشمل الصغير ، ولا إجماع على عدم الفصل بينه وبين الكبير ، فيتعين الرجوع فيه الى اصالة الحل . خلافا للمحقق والشهيد الثانيين وغيرهما ، فالاقوى عندهم عدم الفرق . لعدم الفرق في حكم المصاهرة بين البالغ وغيره ولصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ ، فيقال : « إنه رجل اوقب » وإن كان إيقابه سابقاً . ولأن التحريم فى النص خارج مخرج الغالب . ولكن الجميع غير ظاهر . بل الثاني خلاف الظاهر ، فان الظاهر من قول القائل : « رجل أوقب » أنه أوقب حال كونه رجلا ، وكذا كل عنوان أخذ موضوعا للحكم ، فان الظاهر منه المقارنة بين الحكم وبين العنوان ، مثل قولنا : « مسافر صلى قصراً ، وحاضر صلى تماماً » ونحو ذلك .

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 لايخلو من نظر ، لاحتمال رجوع الاجماع فى 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

ولا تحرم على الموطوء أم الواطىء وبنته واخته على الاقوى (١) ولو كان الموطوء خنثى (٢) حرمت امها وبنتها على الواطىء لأنه إما لواط او زنا (٣) وهو محرم

لايشمل الشيخ والكهل . فالتعدي الى الرجل يحتاج إما الى فهم المثالية من الغلام والمراد مطلق الذكر . او الاجماع على عدم الفصل . لكن كلا من الامرين معا غير ظاهر . وإن كان غير بعيد .

(١) للاصل . وفي كشف اللثام وغيره ، عن الشيخ أنه حكى عن بعض الاصحاب 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 . ولاسيما بعد دعوى الاجماع على العدم ، كما عن صريح التذكرة وظاهر الروضة .

(٢) قال في القواعد : « ولو اوقب خنثى مشكل ، او أوقب ، فالاقرب عدم التحريم » . وعلله في كشف اللثام بالاصل مع الشك في السبب ، ووجه الخلاف الاحتياط ، وتغليب جانب الحرمة ، ثم قال : « نعم إن كان مفعولا وكان الايقاب بادخال تمام الحشفة لم يشكل تحريم الام والبنت على القول بنشر الزنا الحرمة وإن كان فاعلا حرمت عليه النساء قاطبة : كما حرم على الرجال . للاشكال في الذكورية والانوثية . على أن كلامهم في إرث الخنثى المشكل اذا كان زوجا او زوجة يدل على الاباحة » . لكن قد يدفع الاشكال الاول بأن الكلام بالنظر الى الايقاب ، والمقصود نفي الحرمة من جهته ، لا من جهة الزنا .

(٣) لكن المحرم باللواط بنته التي تتولد من مائه ، والمحرم بالزنا بنت الموطوءة التي تتولد منها ، فاختلف المفهوم والمصداق ، وحينئذ لايحصل العلم بالتحريم إلا مع الابتلاء بالطرفين ، من جهة العلم الاجمالي ويكون التحريم في كل منهما

اذا كان سابقاً كما مر (١) والاحوط حرمة المذكورات على الواطىء وان كان ذلك بعد التزويج (٢) خصوصاً اذا طلقها واراد تزويجها جديداً (٣)

عقلياً لا شرعياً .

(١) بل يأتي في المسألة الثامنة والعشرين من الفصل الآتي .

(٢) كما عن ابن سعيد في الجامع ، بل هو ظاهر جماعة ممن أطلق التحريم للمذكورات . لمرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يأتي أخا امرأته ، فقال : إذا أوقبه فقد حرمت عليه المرأة » المعتضد باطلاق نصوص الباب . والمشهور الحل فى الفرض ، بل هو المذكور فى كلام جماعة مرسلين له إرسال المسلمات ، بل في كلام شيخنا أنه اتفاقي لامخالف فيه فتوى ورواية ، إلا ما يظهر من المرسل المذكور ، ويتعين حمله على كونها امرأته في الحال دون زمان الاتيان ، وإن كان خلاف الظاهر . والعمدة : أن المرسل المذكور فى نفسه لادليل على حجيته ، وإن كان المرسل ابن أبي عمير ، كما أشرنا الى ذلك فى مبحث النجاسات من هذا الشرح ، فضلا عن ملاحظة دعوى الاتفاق او الشهرة العظيمة على خلافه .

(٣) أما اذا كان الطلاق بعد وقوع الايقاب فقد نسب في الجواهر الميل الى عدم الجواز الى بعض الافاضل ، ولعله السيد في الرياض ، فقد جعل احتمال التحريم أقوى ، للاطلاقات المخصص بها الاصل والعموم . لـكن فى كشف اللثام الاقرب عدم التحريم ، وفي الجواهر : « يقوى الجواز ، للاستصحاب » . وفيه : أن استصحاب الحل الفعلي لامجال له ، للحرمة بالطلاق ، والاستصحاب التعليقي لايقين سابق بمؤداه ، بل مقتضى استصحاب عدم ترتب الاثر على العقد هو الحرمة مع أن الاستصحاب لامجال له مع إطلاق الادلة . والخروج عنها بالنسبة الى من سبق العقد عليها بعموم : « الحرام لايحرم الحلال » ، يختص بحال العقد ، ولايشمل

والام الرضاعية كالنسبية (١) وكذلك الاخت والبنت . والظاهر عدم الفرق (٢) في الوطء بين أن يكون عن علم وعمد واختيار ، او مع الاشتباه ، كما اذا تخيله امرأته او كان مكرها او كان المباشر للفعل هو المفعول (٣) ولو كان الموطوء ميتاً ففي التحريم إشكال (٤) ولو شك في تحقق الايقاب

مابعد الطلاق. فالاطلاق بالنسبة اليه محكم . كما ذكر في الرياض . أما اذا كان الطلاق قبل وقوع الايقاب فالحكم بالعدم فيه أظهر لعدم الحل حال الايقاب ، فلا يشمله قوله (ع) : « الحرام لايحرم الحلال » فيبقى داخلا تحت الاطلاق . 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 لايحرم الحلال ، أو لايفسده ، بعد ضم بعضها الى بعض وملاحظة مواردها ، أن الحرام لايرفع الحلية ، ولا تدل على أنه لايدفع الحلية . والفرضان المذكوران من الثاني ، فالمرجع فيهما غير النصوص المذكورة .

(١) كما عن التحرير ، وقواه في الروضة ، والرياض ، وقربه في كشف اللثام واستظهره في الجواهر . لعموم : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » الموجب لثبوت حكم النسب للرضاع . ومن ذلك يظهر ضعف الاشكال في القواعد ، للاصل والخروج عن ظاهر نصوص الباب ، لاختصاصها بالنسبية لاغير . فان الدليل على الحرمة ليس أدلة الباب ، وإنما هو عموم تنزيل الرضاع منزلة النسب .

(٢) للاطلاق ، المعتضد باطلاق الفتاوى .

(٣) يشكل بأنه لاتصح حينئذ نسبة الفعل الى الفاعل ، وإنما تصح نسبته 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

وعدمه بنى على العدم (١) ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة (٢) فلا بأس بنكاح ولد الواطء ابنة الموطوء او اخته او امه وإن كان الاولى الترك فى ابنته (٣)

فصل

من المحرمات الابدية التزويج حال الاحرام

لايجوز للمحرم أن يتزوج (٤) امرأة محرمة

وعموم الحل يقتضي الجواز .

(١) لأصالة العدم .

(٢) بلا خلاف أجده فيه ، كما في الجواهر .

(٣) لمرسل موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال : « كنت عند أبي عبدالله (ع) فقال له رجل : ماترى في شابين كانا مصطحبين ، فولد لهذا غلام وللاخر جارية أيتزوج ان هذا ابنة هذا؟ فقال (ع) : نعم سبحان الله ، لم لايحل ؟ افقال: إنه كان صديقاً له ، قال : وإن كان فلا باس ،قال: فانه كان يفعل به ، قال : فاعرض بوجهه ، ثم أجابه وهو متستر بذراعه ، فقال : إن كان الذي كان منه دون الايقاب فلا بأس أن يتزوج ، وإن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج » . ولأجل إرساله وعدم معرفة القائل به ، لامجال للاعتماد عليه .

فصل

من المحرمات الابدية التزويج حال الاحرام

(٤) بلا خلاف ولا إشكال ، وفي الجواهر أن الاجماع بقسميه عليه . ويشهد

او محلة (١) سواء كان بالمباشرة او بالتوكيل مع اجراء الوكيل العقد حال الاحرام (٢) سواء كان الوكيل محرماً اومحلا ، وكانت الوكالة قبل الاحرام(٣) او حاله وكذا لو كان باجازة عقد الفضولي الواقع حال الاحرام ، او قبله مع كونها حاله ، بناء على النقل (٤) بل على الكشف الحكمي (٥) ، بل الاحوط

له غير واحد من النصوص ، منها مارواه زرارة بن أعين ، وداود بن سرحان عن أبي عبدالله (ع) في حديث ـ : « قال : والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً » . ونحوه مارواه أديم بياع الهروي عن أبي عبد الله (ع). وفي كشف اللثام : « الخبر وإن كان ضعيفا لكن الاصحاب قطعوا بمضمونه ، وحكى عليه الاجماع في الانتصار ، والخلاف ، والغنية » .

(١) للاطلاق . وكذا مابعده .

(٢) يعني احرام 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 وان كانت أحكام المضمون ثابتة من حين العقد . نعم لامانع من صحة الاجازة بناء على الكشف الانقلابي ، الراجع الى أن زمان الاجازة هو زمان جعل المضمون من حين العقد فالمجعول هو المضمون من حين العقد وإن كان جعله حين الاجازة ، فاذا كان العقد المجاز واقعا حال الاحلال بكون التزويج واقعا حينئذ ، فلا مانع منه . اللهم إلا أن يدعى أن المستفاد من الادلة حرمة جعل التزويج حال الاحرام وإن كان زمان المجعول حال الاحلال ولأجل ذلك قال المصنف (ره) : « بل الاحوط مطلقاً

مطلقاً . ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة (١) وان كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبدا سواء (٢)

يعني : حتى على الكشف الحقيقي أو الكشف الانقلابي . واحتمله في الجواهر ، بناء على أنه نوع تعلق بالنكاح ممنوع منه ، كما يشير اليه مرسل أبي شجرة : «في المحرم يشهد على نكاح المحلين ؟ قال (ع) : لايشهد . ثم قال : يجوز للمحرم أن يشير بعيد على محل » . ثم قال : «ويحتمل الجواز ، لأنه ليس تزويجاً حال الاحرام بناء على الكشف . والاحوط الاول . وإن كان الثاني لايخلو من قوة » . وكأنه لضعف المرسل المانع من الخروج به عن عموم الصحة أوأصل البراءة . وأما ماسبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية ، كنفس الزوجية . فغير بعيد من النصوص الاتية ، المتضمنة أنه لايتزوج ولا يزوج غيره ، فاذا منع من أن يزوج غيره فاولى أن يمنع من أن يزوج نفسه .

(١) إدعى عليه الاجماع غير واحد . وتشهد له النصوص ، كصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « ليس للمحرم أن يتزوج ، ولا يزوج وان تزوج أو زوج محلا فتزويجه باطل » ، وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، قال : « قال أبو عبد الله (ع) : إن رجلا من الانصار تزوج وهو محرم فابطل رسول الله (ص) نكاحه » ، ومصحح معاوية بن عمار : « قال : المحرم لايتزوج ، ولا يزوج ، فان فعل فنكاحه باطل » ، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) «قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحل فقضى أن يخلي سبيلها ، ولم يجعل نكاحه شيئا حتى يحل فاذا أحل خطبها إن شاء ، وإن شاء أهلها زوجوه ، وإن شاؤا لم يزوجوه » الى غير ذلك مما يأتي بعضه .

(٢) إجماعا محكياعن الانتصار والخلاف ، والغنية . وعن التذكرة ، والمنتهى نسبته الى علمائنا . ويشهد له ماتقدم من روايات زرارة ، وداود بن سرحان

دخل بها او لا (١) وان كان مع الجهل بها لم تحرم عليه ، على الاقوى (٢) دخل بها ، اولم يدخل (٣) لـكن العقد باطل على اي حال (٤) بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وان كان من له العقد محلا (٥) ولو كان الزوج محـلا و كانت الزوجة محرمة فلا إشكال فى بطلان العقد (٦) . لـكن هل يوجب الحرمة الابدية

وأديم بياع الهروي ، المعتضدة باطلاق خبر أديم بن الحر الخزاعي عن أبي عبد الله (ع) قال : « إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرق بينهما ، ولا يتعاودان أبداً .

(١) لاطلاق النص والفتوى .

(٢) كما هو المشهور شهرة عظيمة . كما يقتضيه الجمع بين مثل صحيح محمد بن قيس المتقدم ، وبين خبر أديم بن الحر الخزاعي المتقدم ، ونحوه كخبر ابراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله (ع) ، فيحمل الاول على صورة الجهل ، والاخيرة على صورة العلم ، بشهادة روايات زرارة ، وداود بن سرحان ، وأديم بياع الهروي . ومن ذلك يظهر ضعف القول بالتحريم الابدي كما عن الصدوق وسلار اعتماداً على إطلاق نصوص التحريم الابدي ، لما عرفت من كونها محمولة على صورة العلم جمعا.

(٣) كما يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس . وعن الخلاف ، والكافي والغنية والسرائر ، والوسيلة : الحرمة أبداً مع الدخول ، وعن الاول الاجماع عليه ودليله غير ظاهر بعد ماعرفت . والالحاق بذات العدة لامجال له ، لأنه قياس باطل والاجماع الذي ادعاه في الخلاف موهون بمخالفة الاكثر .

(٤) لما عرفت .

(٥) لما عرفت من النصوص الصريحة فيه .

(٦) وفى المنتهي أنه ذهب اليه علماؤنا أجمع لدخوله في النصوص المتقدمة ، بناء على أن المراد من المحرم الجنس الشامل للمرأة . أو لقاعدة الاشتراك .

فيه قولان . الاحوط الحرمة (١) بل لايخلو عن قوة

(١) كما عن الخلاف ، مستدلا عليه بالاجماع ، والاحتياط ، والاخبار . وأشكل عليه فى محكي الرياض بان الاخبار لم نقف عليها ودعوى الوفاق غير واضحة والاحتياط ليس بحجة . وفي الجواهر : « قلت : يمكن إثباته بقاعدة الاشتراك . أو بارادة الجنس من الالف واللام في بعض النصوص السابقة . ثم استشكل فى الاول بأن قاعدة الاشتراك تختص بما يصلح وقوعه منهما ، والنصوص السابقة دلت على تحريم تزويج المحرم ، بمعنى : اتخاذه زوجة ، وهذا المعنى يختص بالرجال ، فلا تشمله قاعدة الاشتراك . وفى الثاني بأن الجنسية المرادة من الالف واللام بمعنى الجنسية فى المدخول ، والمدخول هو المحرم المختص بالذكر ، والجنس منه لايشمل 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 أيضا : « يا أيها النساء أقمن الصلاة » واذا ورد : « يا أيها الرجال أنفقوا على زوجاتكم » لم يصح تعميمه الى النساء بحيث يحكم بمضمون « يا أيها النساء انفقن على أزواجكن » لاختلاف قيود الموضوع . وكذلك فى 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 ، اذ 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

ولا فرق فى البطلان (١) والتحريم الابدي بين أن يكون الاحرام لحج واجب، او مندوب او لعمرة واجبة او مندوبة ولا فى النكاح بين الدوام والمتعة .

﴿ مسألة ١ ﴾ : لو تزوج فى حال الاحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلا عن كونه محرماً او ناسيا له فلا إشكال في بطلانه (٢) لكن فى كونه محرماً ابداً إشكال (٣) والاحوط ذلك .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : لايلحق وطء زوجته الدائمة او المنقطعة حال الاحرام بالتزويج فى التحريم الابدي فلا يوجبه وإن كان مع العلم بالحرمة (٤) والعمد .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لو تزوج فى حال الاحرام ولكن كان باطلا من غير جهة

والنساء راجع الى التمسك باطلاق الدليل ، لاعمل بقاعدة الاشتراك . مع أنه غير ظاهر من عبارة النص بعد البناء على ظهور المحرم فى الذكر ، لأنه يكون من أحكام إحرام الذكر ، لامطلقاً . نعم يندفع بأن التزويج بالمعنى المضاف الى الذكر مضاف الى الانثى ، وليس هو بمعنى آخر . وحينئذ فاذا كان مطلق التزويج محرماً على الذكر كان ذلك المعنى محرماً على الانثى بقاعدة الاشتراك ، ولامانع 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 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 فى الجواهر، وحكى عن بعض الاجماع عليه . للاصل

الاحرام كتزويج اخت الزوجة او الخامسة هل يوجب التحريم ؟ او لا . الظاهر ذلك (١) لصدق التزويج فيشمله الاخبار . نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الاركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لو شك فى ان تزويجه هل كان فى الاحرام او قبله بنى على عدم كونه فيه (٢) بل وكذا لو شك فى انه كان فى حال الاحرام او بعده على اشكال (٣) وحينئذ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله ، او حال الاحلال

من غير معارض ، لاختصاص الادلة المتقدمة بغيره . مضافا الى عموم عدم تحريم الحرام الحلال .

(١) تقدم في المسألة الاولى من الفصل السابق الكلام في نظير المسألة . 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 فى جميع ذلك وغيره يراد منه الصحيح وأما خبر الحكم بن عيينة : « سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة فى عدتها قال : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبداً » . فضعيف . مع أنه مجمل من حيث أن السبب في التحريم الابدي التزويج في حال الاحرام ، او كونه في العدة ، أو هما . وورد فى مورد خاص لا يمكن استفادة قاعدة منه . فراجع ماسبق .

(٢) لاصالة صحة العقد ، المعتضد باصالة عدم الاحرام ، فى صورة ما اذا كان تاريخ العقد معلوما وتاريخ الاحرام مجهولا .

(٣) كأنه لاصالة بقاء الاحرام الى حين العقد . وفيه : أنه لا يطرد في صورة ما إذا كان تاريخ الاحرام معلوما وتاريخ العقد مجهولا . مع أن أصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب .

سابقاً او لاحقاً. قدم قول من يدعي الصحة(١) من غير فرق بين جهل التاريخين(٢) او العلم بتاريخ احدهما . نعم لو كان محرماً وشك في انه أحلّ من احرامه ام لا ،

---

(١) كما في الشرائع ، وغيرها ، بل هو المعروف بينهم . لأصالة الصحة 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 الاحكام الادبية ، الاجتماعية ، الاستحبابية ، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن ، وفعل الغير ، الملحوظ فيها الحمل النفساني فقط ، أعني الحمل في نفسه على مالا يكون معصية ويشهد بها جملة من النصوص . ومن ذلك يظهر مابين القاعدتين من الاختلاف مفهوماً ، ومورداً ، ودليلا ، وحكما ولأجل ذلك يشكل ماذكر في المدارك من النظر أولا ، بأنها إنما تتم اذا كان المدعي لوقوع الفعل في حال الاحرام عالماً بفساد ذلك ، أما مع اعترافها بالجهل فلا وجه للحمل على الصحة وثانياً : بأن كلا منهما يدعي وصفا ينكره الآخر ، فتقديم أحدهما يحتاج الى دليل . فان ما ذكره مبني على أن المراد بأصالة الصحة المعنى النفساني ، الذي لايجري مع الجهل والعذر ، ولايكون من يوافقه منكراً . وخصمه مدعياً .

(٢) فانه إذا جهل تاريخ الاحرام وعلم تاريخ العقد صح جريان أصالة عدم الاحرام الى حين العقد ، فيثبت كون العقد في حال عدم الاحرام ، فيصح ولو لم تجر أصالة الصحة . وإذا انعكس الامر فاصالة عدم العقد الى حين الاحرام لايثبت بها وقوع العقد حال الاحرام فيتعين الرجوع الى أصالة الصحة واذا جهل التاريخان فالمرجع أصالة الصحة ، سواء قلنا بأن مجهولي التاريخ لايجري الاصل فيهما ذاتاً ، أم قلنا بأنه يجري لكن يسقط فيهما للمعارضة ، فان المرجع أصل الصحة على كل من القولين .

لايجوز له التزويج فان تزوج مع ذلك بطل ،وحرمت عليه أبدا ، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الاحرام (١) .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : اذا تزوج حال الاحرام عالماً بالحكم والموضوع ، ثم انكشف فساد احرامه . صح العقد (٢) ولم يوجب الحرمة . نعم لو كان إحرامه صحيحاً فافسده ثم تزوج ففيه وجهان (٣) : من أنه قد فسد . ومن معاملته معاملة الصحيح فى جميع أحكامه .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق (٤) في العدة الرجعية

---

(١) ولا يجري أصل الصحة . لاختصاص جريانه بصورة حدوث الشك بعد العمل ، والمفروض في المقام الشك حال العمل .

(٢) لتبين انتفاء موضوع البطلان والتحريم .

(٣) في الجواهر عن غير واحد التصريح بالحاق الاحرام بعد إفساده بالصحيح . ولعله لمعاملته معاملة الصحيح فى جميع الاحكام . انتهى. أقول :المذكور في كلامهم أن من جامع امرأته فى 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 للامر 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 ـ كما في الجواهر ـ لخروجه عن موضوع نصوص التحريم ، فيبقى داخلا تحت أصالة الحل وعمومه ، مثل قوله تعالى : (وبعولتهن أحق بردهن) .

وكذا تملك الاماء (١)

﴿مسألة ٧﴾ : يجوز للمحرم أن يوكل محلا في أن يزوجه بعد احلاله (٢) وكذا يجوز له ان يوكل محرما في أن يزوجه بعد احلالها (٣) .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لو زوجه فضولي (٤) في حال احرامه لم يجز له اجازته في حال احرامه. وهل له ذلك بعد احلاله؟ الاحوط العدم ، ولو على القول بالنقل (٥) هذا اذا كان الفضولي محلا والا فعقده باطل (٦) لا يقبل الاجازة ولو كان المعقود له محلا

---

(١) بلا خلاف أيضا لما ذكر فيما قبله . ويشهد له صحيح سعد بن سعد الاشعري القمي عن أبي الحسن الرضا (ع): « سألته عن المحرم يشتري الجواري ويبيعها ؟ قال (ع) : نعم » .

(٢) بلا إشكال ، ولا خلاف أيضا . لما سبق . وقد صرح به الاصحاب من دون تعرض لشبهة فيه وتأمل .

(٣) لما عرفت. لكن استثناها بعض من الجواز . ولعله لعدم قابلية المحرم لايقاع الموكل فيه حال التوكيل الموجب للمنع من صحة الوكالة . وفيه : أنه لادليل على منع 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 إنشاء ومنشأ ، ولا يرتبط بالاحرام . نعم على القول بالكشف الحقيقي يكون التزويج حال الاحرام إنشاء ، ومنشأ . وعلى الكشف الانقلابي يكون التزويج حال الاحرام منشأ ، لا إنشاء . وعلى الكشف الحكمي لايكون التزويج حال الاحرام لا إنشاء ، ولا منشأ ، وإنما محض جعل الاحكام . وتحريم ذلك غير ظاهر .

(٦) لما عرفت من النصوص المتضمنة أنه لايتزوج ولا يزوج . لكن

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجية ، او الملك عيناً او انتفاعاً (١) بالتحليل او الوطء شبهة او زنا او النظر واللمس في صورة مخصوصة

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

(١) الذي يظهر من المصاهرة لغة وعرفا اختصاصها بالزوجية ، كما اعترف به في الجواهر ، وشيخنا الاعظم . ويشير اليه قوله تعالى : (وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً) . لكن في المسالك عممها لما يحدث بالنظر ، واللمس ، والوطء ، على وجه مخصوص . وأخرج وطء الامة والشبهة ، والزنا ، وأنكر أن تكون الحرمة فيها من باب المصاهرة . وفي الشرائع : « وهي تتحقق مع الوطء الصحيح ، وتشكل مع الزنا ، والوطء بالشبهة ، والنظر ، واللمس » . وكأن مراده بالوطء الصحيح الوطء الناشيء عن عقد ، ولو تحليلا وإلا فالوطء بالشبهة من الوطء الصحيح أيضا . كما أن مراده بيان مجرد التحقق بالوطء ، لا الحصر به ، وإلا فهي تتحقق بالعقد أيضا ، كما سيأتي . والمصنف (ره) جعل التحريم في جميع ذلك من باب المصاهرة ، جريا على ما بنى عليه الاصحاب من ذكر الحرمة في جميع ذلك في باب احكام المصاهرة . وإلا فقد عرفت معناها لغة وعرفا . ومن

﴿ مسألة ١ ﴾: تحرم زوجة كل من الاب والابن على الآخر (١) فصاعداً في الاول ونازلا في الثاني (٢) نسبا او رضاعا (٣) دواما او متعة (٤) بمجرد العقد (٥) وان لم يكن دخل . ولا فرق في الزوجين والاب والابن بين الحر والمملوك (٦) .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : لاتحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس (٧) مع عدم

ذلك يظهر أن التفصيل بين الاسباب المذكورة غير ظاهر .

(١) إجماعا بل لعله ضروري من ضروريات الاسلام . ويشهد به قوله تعالى : (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) ، وقوله تعالى : (وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم) .

(٢) إجماعا 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: (ماكان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا تنكحوا أزواجه من بعده أبداً) حرمن على الحسن والحسين بقول الله عز وجل : (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» . وأما قوله تعالى : (الذين من أصلابكم) فالمراد به النسبي ، في مقابل المتبني ، الذي جرت عادة العرب على تسميته ابناً .

(٣) لعموم : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » .

(٤) للاطلاق .

(٥) إجماعا . وهو العمدة فيه ، لاحتمال أن يكون المراد من النكاح في قوله تعالى :(مانكح آباؤكم) الوطء . نعم حلائل الابناء تشمل المدخول بها وغيرها

(٦) لاطلاق الادلة .

(٧) كما صرح به جماعة على نحو يظهر أنه من المسلمات ، وفي كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه .وعن شرح النافع للسيد دعوى الاجماع عليه ، وكذا

الدخول وعدم اللمس والنظر وتحرم مع الدخول (١) او احد الامرين (٢) اذا

في الرياض ، وفي الحدائق نفي الخلاف فيه . ويقتضيه الاصل بعد ظهور حصر المحرمات في غيرها . والنصوص الآتية، نحوها . ولا حتمال ظهور (ما نكح آباؤكم) وقوله تعالى : (حلائل أبنائكم) في الزوجات .

(١) إجماعا من المسلمين ـ كما قيل ـ وقد استدل له بالكتاب، والسنة . وفيه تأمل ، لما عرفت من التأمل في عموم : (ما نكح آباؤكم) (وحلائل ابنائكم) لغير الزوجات (*) . نعم في خبر موسى بن بكر عن زرارة قال : « قال أبو جعفر(ع) في حديث : اذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه » .

(٢) 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 ماترك شيئاً اذا قبلها بشهوة . ثم قال ابتداء منه : إن جردها و نظر اليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها، قال : اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه » ، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده جارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه ؟ وإن فعل أبوه هل تحل لابنه ؟ قال (ع) : اذا نظر اليها نظر شهوة ونظر منها الى مايحرم على غيره لم تحل لابنه ، وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب » وفي صحيحه الاخر عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لايزيد على ذلك ، قال (ع) : لاتحل لابنه إذا رأى فرجها » وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده

(*) سيأتي في شرح المسألة الاحدى والاربعين تقريب دلالة الآية على عموم الحرمة للزوجة وملك اليمين منه مد ظله

عليها فلا تحل لابنه » ، ومصحح عبد الرحمن بن الحجاج ، وحفص البختري ، وعلي بن يقطين، قالوا : « سمعنا أبا عبدالله (ع) يقول في الرجل تكون له الجارية أفتحل لابنه فقال (ع) : ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس » ، ونحوها غيرها . وفى الشرائع ، وعن الحلي ، 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 لابيه ؟ قال (ع) : لا بأس » ، 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 الى مايحرم من شهوة فكره أن يمسها ابنه » . بناء على أن الجمع بينهما وبين ماسبق بحمله على الكراهة . أو لأجل أن الخبر ظاهر فيها ؛ وفيه : أن الموثق نسبته الى الصحيحين الاولين نسبة المطلق الى المقيد ، فيقيد بهما . مضافا الى أن الموثق والصحيح الثالث من قبيل المتعارضين ، والجمع بينهما بالتفصيل بين الشهوة وغيرها أقرب الى الجمع العرفي من الحمل على الكراهة . وأما خبر الكاهلي فالامر فيه أهون ، لأنه إن كان ظاهراً فى الحل جرى فيه ماجرى في الموثق ، وإن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجية على الجواز . مع أن مورده صورة كون النظر أو اللمس من غير المالك ، وهو غير مانحن فيه . وهذا هو العمدة في القول بالتحريم ، لا ماقيل من أن النظر واللمس أقوى من العقد ، فاذا حصل التحريم به حصل بهما ، فان الاولوية غير قطعية ، بل ولا ظنية . هذا وعن المفيد ، والشهيد فى اللمعة حل منظورة الابن على الاب خاصة ، وربما ينسب الى أبي الصلاح ، وسلار حيث اقتصرا فى التحريم على منظورة الاب خاصة . وليس له وجه ظاهر غير اقتصار بعض نصوص التحريم على منظورة الاب كما تقدم . وهو كما ترى لايصلح لمعارضة نصوص التحريم فيهما معا ، كما هو ظاهر ثم إنه لاإشكال فى عدم نشر الحرمة على الاب والابن بالنظر الى الوجه والكفين

كان بشهوة . وكذا لاتحرم المحللة (١) لأحدهما على الآخر اذا لم تكن مدخولة .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : تحرم على الزوج ام الزوجة وان علت نسباً اورضاعا (٢) مطلقاً (٣)

بغير شهوة بل الاجماع بقسميه عليه ، كما فى الجواهر ، وفي القواعد نفي الخلاف فيه . ولا يبعد ذلك بالنظر اليها بشهوة . وإن حرم على غير المالك . لظهور التجريد والكشف ونحوهما مما ذكر في النصوص فى غير ذلك ، كما اعترف به في المسالك ، والجواهر . بل لايبعد لذلك عدم شمول التحريم للنظر الى مايبدو غالباً من الجواري مثل بعض الرقبة ، وبعض الذراع ، وبعض الساق ، ونحو ذلك ، فلا يكون النظر اليه بشهوة موجباً للتحريم على أب الناظر وابنه ، وان كان مع التلذذ ، كما مال اليه في الجواهر . والظاهر أنه لافرق بين أن يكون التجريد والكشف بداعي التلذذ او بداع آخر ، فحصل به التلذذ . لعموم النصوص . ودعوى الانصراف الى الاول غير ظاهرة . ثم إن النصوص المذكورة موردها الجارية المملوكة للناظر واللامس لايبعد شمول بعضها المحللة ، فشمول الحكم لها معا غير بعيد ، وان كان ظاهر كلام المصنف وغيره الاختصاص بالاولى . لكن التعميم أقوى . والمعروف كما في الجواهر قصر الحكم على المملوكة ولعله يأتي التعرض لغيرها فيما يأتي إن شاء الله.

(١) يعني بمجرد التحليل . بشبهة أن التحليل بمنزلة العقد ، فانها ممنوعة . والنصوص المقتضية للتحريم لاتشمله ، فيتعين الرجوع فيه الى عمومات الحل .

(٢) لعموم : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . وتوضيحه يطلب من محله .

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة ، وفى الروضة : « كاد يكون إجماعا » ، بل عن الغنية والناصريات الاجماع عليه . لعموم قوله تعالى : (وأمهات نسائكم) . وللنصوص ، ففي رواية إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن

علي (ع) في حديث : « قال : والامهات مبهمات ، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن فحرموا وأبهموا ما حرم الله تعالى » وفى 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 باس ، إن الله تعالى يقول : (وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ، ولو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها . قال : قلت : أليس هما سواء ؟ قال : فقال لا ، ليس هذه مثل هذه ، إن الله تعالى يقول : (وامهات نسائكم) ، ولم يستثن في هذه كما اشترط في تلك ، هذه هنا مبهمة ليس فيها شرط ، وتلك فيها شرط » ، وخبر غياث بن ابراهيم عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) : « أن علياً (ع) قال : إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالام ، فاذا لم يدخل بالام فلا بأس أن يتزوج بالابنة فاذا تزوج بالابنة فدخل بها اولم يدخل بها فقد حرمت عليه الام ، وقال : الربائب عليكم حرام كن فى الحجر او لم يكنّ » ، وموثق أبي بصير قال : « سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فقال : يحل له ابنتها ، ولا تحل له أمها » .

وعن ابن أبي عقيل اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الام . للاشكال في عموم الآية ، لأن الآية هكذا : (وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتي فى 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 اذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الاسمان 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 اذا رجع الى الربائب كانت « من » ابتدائية ، وان رجع الى « نسائكم » كانت « من » بيانية ، فارجاعه اليهما يوجب استعمال كلمة « من » في معنيين ، كما ذكره جماعة من المحققين ، ومنهم الزمخشري في الكشاف . وان كان المراد به (اللاتي دخلتم بهن) فارجاعه الى الجملتين وإن لم يلزم منه المحذور المذكور ، لكن يلزم من إرجاعه الى الاولى الفصل بين الصفة والموصوف بالاجنبي - كما ذكر في كشف اللثام - بل هو لازم على الاول أيضا ، وهو غير جائز . والعمدة في الاشكال على رجوع القيد الى الاول 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 ، وحماد بن عثمان عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) : الام والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعني : اذا تزوج المرأة ثم طلقها فانه إن شاء تزوج أمها وإن شاء ابنتها » ، 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 : الام والبنت في هذا سواء اذا لم يدخل باحداهما حلت له الاخرى » ، وصحيح منصور بن حازم ، قال : « كنت عند أبي عبدالله (ع) فاتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوج بامها ؟ فقال أبو عبد الله (ع) قد فعله رجل منا فلم يربه باسا . فقلت له : جعلت فداك : ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي (ع) في هذه الشمخية (السجية خ ل) التي أفتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك ، ثم أتى عليا فقال له علي (ع) من أين أخذتها ؟ فقال : من قول الله عز وجل : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) فقال علي (ع) : إن هذه مستثناة وهذه مرسلة (وأمهات نسائكم) ، فقال أبو عبدالله (ع)

أما تسمع مايروي هذا عن علي (ع) ؟ فلما قمت ندمت وقلت : أي شيء صنعت ، يقول هو : قد فعله 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 : ياشيخ تخبرني أن علياً قضى فيها وتسألني ماتقول فيها !! » ، وخبر محمد بن اسحاق بن عمار قال : « قلت له : رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت ، أيحل 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 امها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بهـا ؟ ! » .

وأشكل على الصحيح الاول بأن قوله : « يعني ... » لم يعلم أنه من كلام الامام (ع) . وما قبله لايخلو من إجمال ، لعدم وضوح ما به المساواة . وفيه : أن ذلك خلاف الظاهر ، ولو سلم فالقرينة الخارجية دالة على إرادة المساواة في التحريم الابدي . مع أن المتن الذي رواه الصدوق كاف في الحجية وعن الشيخ أنه أشكل على الصحيح المذكور بأن الاصل فيه جميل وحماد ، وهما تارة يرويانه عن أبي عبد الله (ع) بلا واسطة ، وأخرى يرويانه عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ثم إن جميلا تارة يرويه مرسلا عن بعض اصحابه عن أحدهما (ع) . وهـذا 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

وكذا ابنتها (١) وان نزلت (٢) بشرط الدخول بالام (٣) ، سواء كانت في حجره ، ام لا (٤) وان كان تولدها بعد خروج الام عن زوجيته

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 الاخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم عليه بيننا ، بنحو لا يقدح فى حجيته خلاف ابن أبي عقيل ممن تفرد بمخالفة المشهور والمسلمات ، الموجب لسقوط النصوص عن الحجية .

(١) بلا خلاف ، بل هو ضروري . للاية الشريفة ، وهي قوله تعالى : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) .

(٢) كما صرح بذلك فى مجمع البيان ، والقواعد ، والتحرير ، وكنز العرفان واللمعة ، والروضة . وكشف اللثام ، وآيات الاحكام للجزائري . والجواهر ، وغيرها وفي بعضها التصريح بعدم الفرق بين بنت الابن وبنت البنت . قال فى المستند : « فروع : الاول : حكم بنت البنت وبنت الابن فنازلا حكم البنت بالاجماع ، وان لم يستنبط من الاخبار » . لكن في آيات الاحكام : « يعلم الحكم من النصوص والاجماع » بل في التذكرة استدل بعموم الآية ولا يخلو من إشكال او منع . نعم لا تبعد دعوى دلالة النصوص المشتملة على التعبير بالبنت لقرب عمومها للبنت بواسطة ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في المستند .

(٣) إجماعا . ويقتضيه نص الكتاب . وصريح السنة . وسيأتي فى المسألة السابعة والثلاثين الكلام في تحريم البنت بالنظر الى امها ولمسها .

(٤) بلا خلاف فيه ، وفي التذكرة : « سواء كانت في حجره ، أو لم تكن في حجره عنـــد جميع العلماء . وقال داود : إنما تحرم عليه إذا كانت فى حجره

وكذا تحرم أم المملوكة (١) الموطوءة على الواطىء وان علت مطلقاً ، وبنتها .

وكفالته ، فاما اذا لم تكن في حجره وكفالته فانها لاتحرم 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 » ، وفى الحدائق : « وقع الاتفاق نصا وفتوى على أن هذا الوصف غير معتبر » .

ويشهد لما ذكر خبر إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه : « ان عليا كان يقول : الربائب عليكم حرام من الامهات اللاتي قد دخل بهن ، هن في الحجور وغير الحجور سواء . والامهات مبهمات » ، ونحوه خبر غياث بن ابراهيم ، ومرسل الفقيه . نعم فى خبر محمد بن عبد الله بن جعفر المروي في الاحتجاج عن صاحب الزمان (ع) : « انه كتب اليه : هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته ؟ فقال (ع) : إن كانت ربيت في حجره فلا يجوز . وإن لم تكن ربيت في حجره وكانت أمها فى غير حباله فقد روي أنه جائز » ولكن لامجال للاخذ به مع ماهو عليه من ضعف السند ، والدلالة ، والمخالفة لما عليه الاصحاب .

(١) إجماعا محققاً . والنصوص به وافية ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتيها ، فباعها ، فاعتقت وتزوجت فولدت ابنة ، هل تصلح ابنتها لمولاها الاول ؟ قال : هي عليه حرام ، وهى ابنته . والحرة والمملوكة في هذا سواء » وصحيح الحسين بن سعيد قال : « كتبت الى أبي الحسن (ع) : رجل له أمة يطأها ، فماتت أو باعها ، ثم أصاب بعد ذلك أمها ، هل له أن ينكحها ؟ فكتب (ع) : لاتحل له » ، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) : « في رجل كانت له جارية فوطأها ، ثم اشترى أمها أو بنتها ، قال (ع) : لاتحل له » ، وفي رواية رزين بياع الانماط عن أبي جعفر (ع) : « في رجل كانت له جارية فوطأها ، ثم اشترى أمها وبنتها ، قال (ع) :

﴿مسألة ٤﴾ : لافرق فى الدخول بين القبل والدبر (١) ويكفي الحشفة او مقدارها (٢) ولا يكفي الانزال (٣) على فرجها من غير دخول وإن حبلت به (٤) وكذا لافرق بين ان يكون في حال اليقظة

لاتحل له الام والبنت سواء »، ونحوها غيرها .

نعم يعارضها جملة أخرى ، منها خبر رزين بياع الانماط عن أبي جعفر (ع) قال: « قلت له : تكون عندي الامة فاطأها ، ثم تموت أو تخرج عن ملكي فاصيب ابنتها ، أيحل لي أن أطأها ؟ قال (ع) : نعم لاباس به ، إنما حرم ذلك من الحرائر ، فاما الاماء فلا بأس به » ، وخبر الفضيل بن يسار وربعي بن عبد الله قال : « سألنا أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ، ثم أصاب بعد أمها ، قال (ع) لابأس ، ليست بمنزلة الحرة » . لكن لامجال للعمل بها بعد دعوى الاجماع على خلافها .

(١) كما نص عليه غير واحد على نحو يظهر أنه من المسلمات . نعم في القواعد: « والاقرب مساواة الوطء فى الفرجين » ، وفي كشف اللثام : « ويحتمل العدم . لتبادر القبل . وانتفاء الاحصان فى الدبر . وفيه : منع التبادر . وأن الاحصان ليس منوطاً بالدخول » . وبالجملة : ليس ما يوجب رفع اليد عن الاطلاق .

(٢) لا إشكال فى ذلك ، ولا خلاف . ويقتضيه إطلاق الادلة . بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة ، لصدق الدخول معه ، كما تقدم فى حكم من لاط بغلام . لكن ظاهرهم الاجماع على عدم الاكتفاء به هنا . وكأنهم أخذوه مما ورد من النصوص في اشتراط العدة ، والمهر ، والغسل بالتقاء الختانين . لكن دلالتها على المقام غير ظاهرة . فالعمدة الاجماع إن تم .

(٣) لخروجه عن موضع الادلة ، فيرجع فيه الى أصالة الحل .

(٤) ونسب اليه الحمل ، فيكون ولدا ، كما فى الدخول ، على مافي النصوص.

او النوم اختياراً (١) او جبراً منه او منها (٢) .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : لايجوز لكل من الاب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل (٣) وإن لم تكن مدخولة له وإلا كان زانياً (٤) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : يجوز للاب ان يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها (٥)

---

(١) كما نص على ذلك في كشف اللثام. وكأن وجه الاشكال : أن الخطاب في الآية الشريفة للمكلفين ، فالدخول متعلق بهم ، فلا يشمل دخول غيرهم . وفيه: أن الدخول مطلق لايختص بحال التكليف .

(٢) عن الايضاح أنه نفى احتمال الخلاف في جانب الموطوءة .

(٣) كما في الشرائع ، وغيرها ، بل إجماعا ـ كما في الرياض ـ لحرمة التصرف في ملك الغير بغير إذنه . وللنصوص الآتية . نعم في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « قال : في كتاب علي (ع) : أن الولد لايأخذ من مال والده شيئاً ، ويأخذ الوالد من مال ولده ماشاء ، وله أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها . وذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك » . وظاهره جواز الوطء من غير تقويم ، وإن كان الولد كبيراً . ولا بد حينئذ من تأويله ، أو طرحه . وقد تعرضنا لذلك في شرح المسألة الثامنة والخمسين من فصل شرائط وجوب حجة الاسلام .

(٤) بلا خلاف ، ولا إشكال ـ كما في الجواهر ـ لأنه وطء غير مستحق من دون شبهة .

(٥) بلا خلاف ظاهر ـ كما في الرياض ـ بل الاجماع بقسميه عليه ـ كما في الجواهر ـ للنصوص ، منها صحيح الكناني عن أبي عبد الله (ع) : « عن رجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار ، هل يصلح له أن يطأها ؟ فقال (ع) :

والظاهر إلحاق الجد بالاب (١)

يقومها قيمة عدل ثم يأخذها ، ويكون لولده عليه ثمنها » ، ونحوه خبر داود بن سرحان عنه (ع) ، وفى صحيح محمد بن اسماعيل قال : « كتبت الى أبي الحسن (ع) فى جارية لابن لي صغير ، يجوز لي أن أطأها ؟ فكتب : لا حتى تخلصها » ، 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 » وفى 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 ، ولابنتي جارية اشتريتها لها من صداقها ، أفيحل لي أن أطأها ؟ فقال (ع) : لا إلا باذنها . فقال الحسن بن الجهم : أليس قد جاء أن هذا جائز ، قال (ع) : نعم ذلك اذا كان هو سببه . ثم التفت الي وأومى نحوي بالسبابة ، فقال : اذا اشتريت أنت لابنتك جاريةأو لابنك وكان الابن صغيرا ولم يطأها حل لك أن تقبضها فتنكحها . وإلا فلا إلا باذنها» وكأن المراد صورة ما إذا لم تدخل في ملك الابن والبنت ، وإنما كان من الوالد مجرد التحليل والعارية . وفى 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 الى هي والجارية ، أفيحل لي أن أطأ الجارية ؟ قال : قومها قيمة عادلة ، وأشهد على ذلك ، ثم إن شئت تطأها » . وظاهره جواز التقويم فى الكبير أيضا اللهم إلا أن يحمل على صورة ما إذا كانت البنت قد فوضت الى الاب جميع شؤنها.

(١) كما نص على ذلك غير واحد ، منهم جامع المقاصد ، وقواه في الجواهر ، للقطع باتحاد الجميع . لكنه غير ظاهر . قال فى الرياض : « وفي تعدية الحكم الى الجد إشكال : من اختصاص النصوص بالاب . ومن اتحاد المعنى . وهو أقوى ».

والبنت بالابن (١) وان كان الاحوط خلافه . ولا يعتبر اجراء صيغة البيع (٢) ونحوه ، وان كان أحوط . وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبي (٣) . نعم يعتبر عدم المفسدة (٤) وكذا لا يعتبر الملاءة في الاب (٥) وإن كان أحوط .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : اذا زنا الابن بمملوكة الاب حدّ (٦) واما اذا زنا الاب

---

(١) يظهر من الرياض اختصاص الاشكال في الجد دون البنت . وكأن الوجه فيه : إطلاق صحيح الكناني المتقدم ، فان الولد شامل للبنت .

(٢) قال في جامع المقاصد : « ولا يكفي مجرد التقويم قطعا إذ لا ينتقل الملك إلا بسبب ناقل ، وقبل الانتقال لا يجوز التصرف ، ولا أثر للتقويم بدون العقد المملك . ولا خلاف في شيء من هذه الاحكام » ، وفي الجواهر : « عن غير واحد من الاصحاب التصريح بذلك . لأصالة عدم دخولها في الملك إلا بالملك الشرعي »

أقول : الذي يظهر من التقويم في النص والفتوى هو إيقاع المعاوضة عليه بالقيمة في ذمته والالتزام بذلك في نفسه ، فيكون إيقاعا لا عقدا ، ونفسيا بحتا بلا مظهر له من قول أو فعل . وبذلك يفترق أيضا عن اقتراض القيمي ، فانه أيضا مشتمل على الايجاب والقبول ، وله مظهر من قول أو فعل ، بخلاف المقام كما عرفت ولا مانع عن الاخذ بظاهر النص المعتضد بالفتوى . إلا أن يكون إجماع ، كما يظهر من جامع المقاصد . ولكنه غير ثابت .

(٣) كما يقتضيه إطلاق النص ، خلافا لآخرين فاشترطوها ، كما في الرياض والاطلاق يردهم .

(٤) إجماعا كما في الرياض وبه ترفع اليد عن إطلاق النصوص .

(٥) كما نص على ذلك في المسالك وجامع المقاصد . للاطلاق . وكأن وجه الاشكال مادل على اعتبار الملاءة في الاتجار بمال اليتيم . لكنه غير مانحن فيه .

(٦) بلا إشكال ولا خلاف . لعموم أدلة الحد .

بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه (١) وفيه إشكال (٢) .

﴿مسألة ٨﴾ : اذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد (٣) ولكن عليه مهر المثل (٤) ولو حبلت فان كان الواطىء هو الابن

---

(١) كما فى الشرائع ، والتذكرة ، والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك وغيرها . وفي جامع المقاصد أنه لاخلاف فى ذلك ، وفي الجواهر : « لا أجد فيه خلافا » .

(٢) لعدم وضوح مايستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد . وما في جامع المقاصد من تعليله بأن الاب لما كان أصلا 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 الاب أصل له فلا يناسبه إثبات العقوبة عليه ، بخلاف العكس » . وظاهره وجود النص الفارق ولم أعثر عليه ، ولا على من أشار اليه سواه . ولعله أراد به ماذكره في جامع المقاصد بقوله : « وقوله (ع) : أنت ومالك لأبيك إيماء الى ذلك » . وفيه : أن الظاهر منه كونه حكماً أدبياً ، كما تقتضيه قرينة السياق ، فان الولد حر لامملوك لوالده ولا لغيره . ولأجل ذلك يكون الاشكال في محله . إلا أن يتم إجماع عليه . لكن في المسالك في اواخر حد السارق في شرح المسألة الرابعة مايظهر منه المفروغية عن ثبوت الحد في المقام ، حيث قال في الفرق بين الزنا والسرقة « ألا ترى أنه اذا سرق مال ابنه لايقطع وإذا زنى بجاريته يحد » . لكن ذلك منه ينافي ماذكره هو وغيره هنا ونفي الخلاف فيه . فلا بد أن يحمل على بعض الوجوه ، ويكون العمل على ماذكره هنا .

(٣) لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٤) لما استحل من فرجها .

عتق الولد قهراً مطلقاً (١) وان كان الاب لم ينعتق (٢) إلا اذا كان انثى . نعم يجب على الاب فكه (٣) ان كان ذكراً .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : لايجوز نكاح بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة الا باذنهما (٤) من غير فرق

---

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، وغيرها . لأنه لو بقي رقا كان ملكا لمالك الامة ، وهو جده ، والرجل لايملك ولده وإن نزل ذكرا كان أم انثى .

(٢) كما نص عليه الجماعة . لأنه لو بقي رقا كان ملكا لمالك الامة ، وهو أخوه ، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه . نعم اذا كان الولد أنثى إنعتق قهراً ، لأن الرجل كما لايملك عموديه لايملك محارمه ومنها الاخت ، فلما لم يمكن أن يكون مملوكا لمالك إنعتق قهراً أيضا .

ثم إنه يأتي من المصنف (ره) في نكاح الاماء تبعيه الولد لأشرف الابوين كما هو مذهب جماعة . وعليه يكون الولد حرا لا رقا ، فيكون ماذكره هنا منافيا لما يذكره فيما يأتي من نكاح الاماء . ولعل المراد من الحكم بالرقية الرقية من حيث النسب ، بمعنى أن النسب لايقتضي الحرية 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 الاب ضامن لقيمته ، لا أنه رق يجب على الاب شراؤه .

(٤) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل الاجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه ، كذا في الجواهر . ويشهد له النصوص الكثيرة ، منها موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا تتزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت

بين الدوام والانقطاع (١) ولا بين علم العمة والخالة وجهلهما ويجوز العكس (٢)

على العمة ولا على الخالة إلا باذنهما، وتزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما » ، وخبر أبي عبيدة الحذاء قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا باذن العمة والخالة » ، ونحوهما غيرهما .

وعن الاسكافي والعماني الجواز مطلقاً . وفي المسالك ناقش في صحة النسبة . وعلى تقديرها فكأنه لعمومات الحل ، ولخبر علي بن جعفر (ع) المروي في كتابه ، عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال : « سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها ؟ قال (ع) : لابأس » . ومثله خبره المروي في قرب الاسناد . وفيه : أن العموم مخصص ، والخبر مقيد بما ذكر . ومثله مافي المقنع من المنع مطلقا قال : « ولا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة اختها . ولا على ابنة أخيها ، ولا على أختها من الرضاعة » وكأنه لاطلاق بعض النصوص ، مثل صحيح أبي عبيدة قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على اختها من الرضاعة » ، 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 الاولى لاغير والقديمان اعتمدا على الثانية ، والمشهور اعتمدوا على الجميع بعد الجمع بينها بحمل الاولتين على الاخيرة حملا المطلق على المقيد .

(١) لاطلاق الادلة 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 والعمة على بنت الاخ وأبنة الاخت بغير إذنهما » ، وصحيح ابن مسلم المروي عن نوادر ابن عيسى ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لاتنكح ابنة الاخت على

وان كانت العمة والخالة جاهلتين بالحال على الاقوى (١) .

خالتها ، وتنكح الخالة على ابنة أخيها، ولا تنكح ابنة الاخ على عمتها . وتنكح العمة على ابنة أخيها » ، ونحوهما غيرهما . وتقدم عن المقنع المنع مطلقاً . وكأنه لاطلاق خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لايحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » . لكنه مقيد بما سبق .

(١) وهو المشهور وفي المسالك « يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته ، وإلا لم يصح » . ولم يعلم له وجه ظاهر ، وفى الجواهر : « لعله أخذه مما تسمعه في نكاح الحرة على الامة، بناء على اشتراك المسألتين فى كيفية دلالة الدليل وفي حكمة الحكم ، وهي الاحترام إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن في الجواز والصحة ، وإنما تتسلط هي على الخيار » ويحتمل أن يكون الوجه فيه خبر محمد بن مسلم عن الباقر (ع) : « لاتزوج الخالة والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير إذنها » كما ذكره بعض . بناء على رجوع الضمير الى العمة والخالة . وفيه أن المضبوط روايته : « تزوج الخالة والعمة ... » وقد رواه في المسالك كذلك . مع أن الظاهر رجوع الضمير الى المدخول عليها . وحينئذ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العمة والخالة على ابنة الاخ والاخت وبين العكس ، كحديث علي بن جعفر الذي رواه في المسالك قال : « تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ، ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة إلا برضا منهما ، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل » ، وكذا غيره من الاخبار المفصلة ، فان الجمع بينها يقتضي الجواز على كراهية .

ومن العجيب ما فى الرياض حيث قال : « لافرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ او أخت أم لا ، وفاقا للاكثر . للاصل وإطلاق النصوص . وعن العلامة اشتراط العلم . ومستنده غير واضح . والنصوص باعتبار

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : الظاهر عدم الفرق (١) بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين ، ولا بين اطلاع العمة والخالة على ذلك وعدم اطلاعهما ابداً ، ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة او طويلة ، على اشكال في بعض هذه الصور لامكان دعوى انصراف الاخبار (٢) .

﴿مسألة ١١﴾ : الظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمة والخالة (٣)

اذنها مختصة بالصورة الاولى » . وظاهر الصورة الاولى صورة علم الداخلة ، فيكون عكس ماذكر في المسالك . ولايخفى مافيه أولا من عدم الوقوف على هذه النصوص ، وثانيا أنه مناف لما ذكره من إطلاق النصوص ، وثالثا أنه لامعنى لاعتبار اذن الداخلة مع علمها ، فان دخولها مع العلم إذن ، فلا معنى لاعتبار الاذن حينئذ والمظنون أن اصل العبارة « بالصورة الثانية » الاتية في كلام مصنفه ، وهي صورة دخول بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة .

هذا وفي القواعد : « والاقرب أن للعمة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها » ووجهه في كشف اللثام بعدم الفرق في الاحترام بين التقدم والتأخر ، وخبر أبي الصباح . وفيه : أن مقتضى الاحترام البطلان ـ كما ذكر في المسالك ـ لا الصحة والتسلط على الفسخ . ولو سلم فالتعدي الى الفرض غير ظاهر ، لاختصاصه بما اذا كان المدخول عليها العمة ، والفرق بين الداخلة والمدخول عليها في الاحترام وعدمه ظاهر عرفا . وأما الخبر فقد عرفت أنه مقيد بما سبق . وبالجملة : مقتضى القواعد الاولية صحة العقد ولزومه وليس ما يدل على البطلان او الخيار فيتعين العمل بها .

(١) للاطلاق .

(٢) لكنه بدوي لايعول عليه في رفع اليد عن الاطلاق .

(٣) النصوص الواردة في الباب كلها يتضمن إدخال بنت الاخ والاخت ،

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : لافرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين (١) .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : لافرق في العمة والخالة بين الدنيا منهما والعليا (٢) .

﴿ مسألة ١٤ ﴾ : في كفاية الرضا الباطني منهما من دون اظهاره ، وعدمها وكون اللازم إظهاره بالاذن قولا او فعلا وجهان (٣) .

عدا رواية أبي الصباح المتضمنة للمنع عن الجمع بين العمة وابنة الاخ والخالة وبنت الاخت ، ومثلها النبوي ، وهما شاملان للمقام . لكنهما مرميان بالضعف ، وظاهرهما المنع من مطلق الجمع كما هو مذهب المخالفين ، فالاعتماد عليهما في ذلك غير ظاهر . وكأنه لذلك قال في الجواهر : « قد يقال : أن مقتضى ماذكرنا جواز الجمع بينهما بعقد واحد بغير إذنهما ، لاختصاص النصوص باعتبار الاذن لهما في صورة إدخالهما على العمة والخالة . اللهم إلا أن يستفاد حكم ذلك مما تسمعه في الجمع بين الحرة والامة بعقد واحد ، بناء على اتحادهما في كيفية دلالة الدليل وقد ورد الخبر الصحيح هناك بصحة عقد الحرة دون الامة ، أي مع عدم الاذن . فلاحظ وتأمل جيداً » . أقول : الوجه الثاني أضعف مما قبله ، لأنه أشبه بالقياس .

(١) لاطلاق الادلة . اللهم إلا أن يقال : الاحترام المعلل به المنع في النصوص لايقتضي المنع في صورة كون العمة او الخالة كافرة .

(٢) كما عن المبسوط الجزم به واختاره جماعة ، وقواه في الجواهر ، واستشكل فيه في القواعد وغيرها . للاشتراك في العلة ، ولاحتمال صدق العمة والخالة وبنت الاخ والاخت . ولزوم الاقتصار على المتيقن في الخروج عن عموم الحل لكن الاول أقرب .

(٣) المذكور في اكثر النصوص اعتبار الاذن ، وفي خبر علي بن جعفر (ع) اعتبار الرضا . والجمع العرفي يمكن أن يكون بالتقييد . فلابد من الرضا والاذن معا . ويمكن أن يكون بجعل الاذن طريقاً الى الرضا فيكون الشرط الرضا لاغير . والثاني أقرب

﴿ مسألة ١٥ ﴾ : اذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق (١) .

﴿ مسألة ١٦ ﴾ : اذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر فى البطلان(٢)

﴿ مسألة ١٧ ﴾ : الظاهر كفاية اذنها وإن كان عن غرور (٣) بان وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده ، سواء كان بانيا على الوفاء حين العقد ام لا . نعم لو قيدت الاذن باعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط كشف عن بطلان الاذن والعقد (٤) وإن كان حين العقد بانيا على العمل به (٥) .

﴿ مسألة ١٨ ﴾ : الظاهر ان اعتبار اذنها من باب الحكم الشرعي ، لاان

فيكون الرضا هو الشرط والاذن طريق اليه ، فاذا حصل الرضا صح العقد واقعا ، واذا علم الرضا بطريق آخر صح واقعا وظاهراً . ولكنه مع ذلك لايخلو 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 لاوجه له .

(٢) إذ لادليل على كون العدول عن الاذن رافعاً لاثر العقد وفاسخا له فاستصحاب بقاء الاثر بحاله فان قلت : العدول يوجب كون الاذن السابق بمنزلة العدم . قلت : إنما يوجب ذلك بالنسبة الى مابعد العدول ، لامن أول الامر فحين وقوع العقد من إذنه يترتب عليه الاثر ، لتحقق شرط التأثير ولاموجب لارتفاعه ، فيستصحب .

(٣) لاطلاق الادلة .

(٤) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده .

(٥) لأن الشرط الاعطاء ، وهو مفقود ، لا البناء على العمل .

يكون لحق منهما (١) فلا يسقط بالاسقاط .

﴿ مسألة ١٩ ﴾ : اذا اشترط في عقد العمة او الخالة إذنهما في تزويج بنت الاخ او الاخت ، ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط ، لم يصح العقد على احدى البنتين (٢) وهل له اجبارهما في الاذن ؟ وجهان (٣) . نعم اذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الاخ او الاخت فالظاهر الصحة (٤)

---

(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 الاول يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل ، وهو خلاف الاصل ، بل خلاف إطلاق الدليل ، الموجب لاعتباره ولو بعد الاسقاط .

(٢) لاطلاق الادلة .

(٣) مبنيان على أن الشرط يقتضي ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث يكون المشروط له مالكا على المشروط عليه الفعل المشروط . أولا يقتضي ذلك فعلى الاول 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 شرعا كسائر الواجبات الشرعية ، فاذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الامر 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 لاغير . 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 غير موضع من هذا الشرح أن مفاد الشرط ثبوت حق للمشروط . فراجع

(٤) بعد ما كان اعتبار الاذن من باب الحكم الشرعي يكون شرط أن

وان اظهرتا الكراهة بعد هذا .

﴿مسألة ٢٠﴾ :اذاتزوجهما من غير اذن ثم أجازتا صح على الاقوى (١)

يكون له العقدمن قبيل الشرط المخالف للكتاب،فيبطل إلاان 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 الكراهة بعد ذلك .

(١) كما عن العلامة في جملة من كتبه ، وكثير من المتأخرين . لتحقق 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 المعقود عليها عن قابلية النكاح وهو أيضا ممنوع بعد حصول الاذن . او لخبر علي بن جعفر (ع) عن أخيه (ع) : « ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة إلا برضا منهما ، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل » . وفيه أنه لايشمل المقام بعد الاذن وإن شمله قبل الاذن ، ولاتنافي بين الحكمين في زمانين . أو لظهور أدلة اعتبار الاذن في كونها مقارنة للعقد . وهو أيضا ممنوع . أو لان العقد على بنت الاخ والاخت بدون إذن العمة أوالخالة معصية لله سبحانه ، فيكون فاسداً ، لما ورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه من أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا أجاز جاز 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 الاصول والفروع ، لا مطلق المعصية ، وإلا كان التعليل غير ظاهر ، فيكون تعبديا . وهو خلاف الاصل في التعليلات . على أن البناء على تحريم العقد تعبداً بحيث يوجب

﴿ مسألة ٢١ ﴾ : اذا تزوج العمة وابنة الاخ ، وشك فى سبق عقد العمة او سبق عقد الابنة حكم بالصحة (١) وكذا اذا شك في السبق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران .

﴿ مسألة ٢٢ ﴾ : اذا ادعت العمة اوالخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منهما قدم قولهما (٢) واذا كانت الدعوى بين العمة وابنة الاخ مثلا في الاذن

الاثم لنفسه غير ظاهر من الادلة .

هذا وعن الشيخين ومن تبعهما - بل عن غير واحد نسبته الى الاكثر - أن للعمة والخالة الخيار فى فسخ العقد الواقع على بنت الاخ والاخت وبين فسخ عقدهما بلا طلاق . لوقوع العقدين صحيحين ، وحيث أنه لايمكن الجمع بينهما إلا باذن 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 لاغير 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 .

فاذاً العمدة القولان الاولان المبنيان على ظهور ادلة 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 .

(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

وعدمه فكذلك قدم قول العمة .

﴿ مسألة ٢٣ ﴾ : اذا تزوج ابنة الاخ او الاخت ، وشك فى أنه هل كان عن اذن من العمة أو الخالة ، أو لا حمل فعله على الصحة .

﴿ مسألة ٢٤ ﴾ : اذا حصل بنتية الاخ او الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل (١) وكذا اذا جمع بينهما في حال الكفر

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 ، وان تكون صادرة من غيره ، فاذا ادعى عدم الاذن غير من يقوم به الاذن كان المرجع أصل الصحة ، واذا كان المدعي من يقوم به الاذن كان المرجع أصالة عدم الاذن ، لعدم ثبوت أصل الصحة فيه ، وإلا كان مقدماً أيضا . 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 وإقدامه . فيكون لأجل ذلك مدعياً . فتأمل . وربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر فى موضوع السلطنة جزءاً او شرطاً ، ولا يشمل الشك فى 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 بالتمليك أو نحوهما ، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التمليك من خصمه . وذلك غير بعيد من طريقة العقلاء والمتشرعة .

(١) لخروجه عن مورد النصوص لكن بناء على ماتقدم من المنع عن اقتران العقدين إلا باذن العمة أو الخالة ، عملا بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا باذنهما يتعين البناء على ذلك هنا ، لتحقق الجمع بعد الرضاع ، فلا يجوز إلا بالاذن ، إذ لافرق بين اقتران العقد وبين المقام في صدق الجمع .

ثم اسلم على وجه (١) .

﴿ مسألة ٢٥ ﴾: اذا طلق العمة او الخالة طلاقا رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين (٢) إلا بعد خروجها عن العدة . ولو كان الطلاق بائنا جاز من حينه .

﴿ مسألة ٢٦ ﴾ : اذا طلق احداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت ، لأن طلاق الخلع بائن وان رجعت في البذل لم يبطل العقد (٣) .

﴿ مسألة ٢٧ ﴾ : هل يجرى الحكم فى المملوكتين و المختلفتين ؟ وجهان

---

(١) يوافق الاستصحاب ، لنفوذ الجمع في حال الكفر فان لكل قوم نكاح فيستصحب بعد الاسلام . وفيه : أن المستفاد من الادلة ترتب آثار النكاح حال الكفر ، لا نفوذه ، كما يقتضيه الجمع بين الادلة الاولية ومثل « لكل قوم نكاح » واستصحاب بقاء الآثار لامجال له مع الدليل الدال على حرمة نكاح الاجنبية . مع أنه لوفرض صحة النكاح حال الكفر ، فبعد الاسلام يرجع الى عموم المنع المقدم على الاستصحاب .

(٢) لأن المطلقة رجعياً زوجة ، ولا يجوز إدخال بنت أخيها وأختها عليها إلا باذنها .

(٣) بل يكون من باب إدخال العمة أو الخالة على بنت الاخ والاخت . لأن الرجوع في البذل يوجب الحكم بالزوجية التنزيلية ، وهو حادث . نعم اذا رجع هو بها يكون رجوعه بها بحسب اعتبار العقلاء ليس إحداثاً للزوجية بل رجوعا للزوجية السابقة كما سيأتي من المصنف (ره) في المسألة الرابعة والثلاثين ، فيكون من إدخال بنت الاخ والاخت عليها . اللهم إلا أن يكون هذا النحو من الادخال ليس موضوعا لأدلة المنع ، حتى لو قيل بالمنع عن الجمع بينهما بغير إذن ، كما هو مضمون خبر أبي الصباح ، لأن رجوع العمة بالبذل بمنزلة الاذن فى الجمع بينها و بين البنت . اللهم إلا أن تكون جاهلة بذلك .

أقواها العدم (١) .

﴿ مسألة ٢٨ ﴾ : الزنا الطارىء على التزويج لا يوجب الحرمة ، اذا كان بعد الوطء (٢) بل قبله أيضا على الاقوى (٣) فلو تزوج امرأة ثم زنا بامها

(١) وفي الجواهر أنه التحقيق وأنه ظاهر النصوص والفتاوى . لاشتمالها على التزويج والنكاح الظاهرين في العقد ، واشتمالها على الاذن المختص بالحرة . فتأمل وخبر أبي الصباح لو سلمت حجيته ، فحمله على الوطء لاقرينة عليه ، وكذا على الجامع بينه وبين العقد ، لما ذكر مع أن الجامع العرفي متعذر ، فيتعذر عرفا استعماله فيه ، فلا يصلح حجة على المقام .

(٢) إجماعا بقسميه عليه ـ كما في الجواهر ـ ويشهد به النصوص المستفيضة أو المتواترة ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة ، أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا ، ولكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ، إن الحرام لا يفسد الحلال » . وفي مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بامها أتحرم عليه امرأته ؟ فقال : لا ، إنه لا يحرم الحلال الحرام » ، ومصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « انه قال في رجل زنا بأم امرأته أو ببنتها أو بأختها فقال (ع) : لا يحرم ذلك عليه امرأته . ثم قال : ما حرم حرام حلالا قط » ، ونحوها غيرها .

(٣) وهو المشهور شهرة عظيمة . وعن أبي علي أنه قال إن عقد الاب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد ما لم يطأها . لعموم (ما نكح آباؤكم) مع عدم القول بالفرق ، ولموثق عمار عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد ، أو الرجل يزني بالمرأة هل يجوز لابنه أن يتزوجها ؟ قال (ع) : لا ، إنما ذلك اذا تزوجها فوطأها ثم

او بنتها لم تحرم عليه امرأته . وكذا لو زنا الاب بامرأة الابن لم تحرم على الابن وكذا لو زنا الابن بامرأة الاب لاتحرم على ابيه . وكذا الحال في اللواط الطارىء(١) على التزويج . فلو تزوج امرأة ولاط باخيها او أبيها او ابنها لم تحرم عليه امرأته الا ان الاحتياط فيه لايترك واما اذا كان الزنا سابقاً على التزويج فان كان بالعمة

زنى بها ابنه لم يضره ، لأن الحرام لايفسد الحلال ، وكذلك الجارية » ، ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا 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 بأمها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها ، وهو قوله : لايفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا » . ونسب هذا القول الى ظاهر الاستبصار ، ومال اليه في الحدائق وحكى ذلك عن بعض مشايخه المحققين من متأخري المتأخرين اعتمادا على الخبرين لانهما 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 أيضا حجة . فالعمدة في وهن الخبرين إعراض المشهور عنهما ، بل في الرياض بعد الاستدلال للقول المذكور بخبر الكناني قال : « وهو ضعيف ، لشذوذه وقد ادعى جماعة من الاصحاب الاجماع على خلافه » . فاذا لامجال للاعتماد عليهما في تقييد إطلاق نصوص الحـــل .

(١) كما تقدم الكلام فيه في المسألة الاحدى والعشرين من الفصل السابق ، كما تقدم فيها وجه الاحتياط الآتي . والظاهر أنه لافرق في المقام بين الدخول وعدمه عندهم . وخلاف أبي علي كدليله يختص بغيره .

او الخالة يوجب حرمة بنتيهما (١) وإن كان بغيرهما

(١) على المشهور شهرة عظيمة، بل في محكي الانتصار الاجماع عليه ، وفي التذكرة نسبته 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 ولا كرامة » ، 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 انما كان شيء دون ذلك ، قال (ع) : كذب » . وبضميمة عدم القول بالفصل يتعدى من الخالة الى العمة أو لرواية السرائر قال : « وقد روي أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاها » ثم قال : « فان 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 فان عموم قوله تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) يقتضي الاباحة » . وظاهره أيضا عدم الاعتداد برواية الخالة . ولعله لما في المسالك من أنها ضعيفة السند ردية المتن ، فان السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولا ، وصرح بعدمه 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) لابد أن يكون لوجه يعلمه . ونحوه صحيح يزيد الكناسي قال : « إن رجلا من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها ويقبلها من غير أن يكون أفضى اليها ، قال : فسألت أبا عبد الله (ع) ، فقال لي : كذب ، مره فليفارقها . قال : فاخبرت الرجل ،

ففيه خلاف (١) والاحوط التحريم . بل لعله لايخلو عن قوة . وكذا الكلام

فو الله ما دفع ذلك عن نفسه ، وخلى سبيلها » مع أنه لايقدح فى حجية الدلالة . ومثله الاشكال بأن الظاهر أن الروايتين حاكيتان عن واقعة واحدة ، وفي رواية محمد أن السائل رجل وهو جالس ، وفى رواية أبي أيوب أن السائل محمد وهو جالس فهذا الاختلاف يوجب نوعا من الوهن .

وبالجملة : لامجال للمناقشة في الرواية بعد اعتماد الاصحاب عليها والموهنات المذكورة لاتخرجها عن موضوع الحجية . بل الانصاف أن تسالم الاصحاب على الحكم المذكور وعدم حكاية الخلاف فيه من أحد ، بل ولا التوقف فيه إلا من الحلي والعلامة يوجب الاطمئنان بثبوته وأن منشأه التسالم عند أصحاب الائمة (ع) عليه . ومن العجيب ـ كما قيل ـ توقف المختلف في الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة فى غير العمة والخالة . فان أدلة التحريم في غيرهما دالة عليه فيهما أيضا . إلا أن يكون مراده الحل من الحيثية المذكورة .

(١) فالمحكي عن الاكثر ، أو الاشهر ، أو المشهور ، الحرمة . ويقتضيه جملة من النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا ، ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ، إن الحرام لايفسد الحلال » ، وصحيح العيص بن القاسم قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض اليها ، ثم تزوج ابنتها . فقال : إن لم يكن أفضى الى الأم فلا باس ، وإن كان افضى اليها فلا يتزوج ابنتها » وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل كان بينه وبين امرأة فجور ، هل يتزوج ابنتها فقال : إن كان من قبلة أو شبهها فليتزوج ابنتها ، وليتزوجها هى إن شاء » . لكن رواها في الكافي بسند فيه إرسال هكذا : « فليتزوج ابنتها إن شاء ، وإن كان

جماعا فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها » فتكون دلالتها بالمفهوم المصرح به . وروى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : إن كان قبلة أو شبهها فلا باس ، وإن كان زنا فلا » ، ونحوها غيرها .

والمنسوب الى الفقيه ، والمقنع ، والمقنعة ، والمسائل الناصرية ، والمراسم ، والسرائر ، والارشاد ، وكشف الرموز الجواز . وفي النافع أنه الوجه ، وفي الرياض نسبته 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 ياسعيد ، إن الحرام لايفسد الحلال » وصحيح هشام بن المثنى عن أبي عبد الله (ع) : « أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراما أيتزوجها ؟ قال (ع) : نعم ، وامها وبنتها » . وصحيحته الاخرى قال : « كنت عند أبي عبد الله فقال له رجل : رجل فجر بامرأة أتحل له ابنتها؟ قال(ع) نعم ، إن الحرام لايفسد الحلال » . 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 لايحرم الحلال » . وصحيح صفوان قال : « سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها ، أتحل له ذلك ؟ قال (ع) : لايحرم الحرام الحلال . ورجل فجر بامرأة حراما أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لايحرم الحرام الحلال » . والمرسل عن زرارة قال : « قلت لابي جعفر (ع) : رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : ماحرم حرام حلالا قط » . وهذه النصوص كما ترى مشتملة على الصحيح وغيره ، كالطائفة السابقة .

وفي الجواهر : « أن الجميع كما ترى قاصر عن معارضة ماعرفت (يعني :الطائفة

الاولى) سنداً ، وعدداً ، وعاملا ، ودلالة ، لاحتمال الجميع الفجور بغير الجماع ، أو به ولكن بعد التزويج ، أو التقية ، وهو أحسن المحامل » ولا يخفى ان كلا الطائفتين مشتمل على الصحيح وغيره . وتفاوت العدد في الجملة مالم يبلغ حد صدق الاشهر كتفاوت عدد العامل لاأثر له في الترجيح . واحتمال حمل الاخير على الفجور بغير الجماع ـ مع أنه بعيد في نفسه ـ لا يتأتى فى صحيحة هشام وموثق حنان ؛ كما أن حملها على مابعد التزويج أيضا بعيد . والحمل على التقية إنما يكون مع تعذر الجمع العرفي ، وهو ممكن بحمل الطائفة الاولى على الكراهة بل هو أقرب الوجوه . مع أنه لاقرينة على الحمل على التقية ، ولا سيما بملاحظة أن القول بالحرمة مشهور عند المخالفين ، فقد نسبه في التذكرة الى عمران بن الحصين ، وعطا ، وطاووس ، ومجاهد والنخعي ، والثوري ، وأحمد ، واسحاق ، وأصحاب الرأي .

ومن ذلك تشكل دعوى أن الظاهر من النبوي : « الحرام لايفسد الحلال ، أو لايحرم الحلال » الحلال الفعلي ، وهو إنما يكون مع سبق التزويج على الزنا ، أما مع سبق الزنا فالحل تقديري ، والحمل على التقديري خلاف الظاهر ، فارادوا (ع) تنبيه المخالفين على غلطهم فى الحمل على التقديرى . فانها غير واضحة المأخذ ، كيف وصريح الطائفة الثانية الحل التقديري ، كما هو ظاهر الآية الشريفة : (وأحل لكم ماوراء ذلكم) . فمن الجائز أن يكون الغلط في الحمل على الحلال الفعلي ، لأن النبوي جار مجري الآية الشريفة ، والحل فيها تقديري ، فتكون قرينة على إرادة الحل التقديري من النبوي أيضا ، ويكون التخصيص بالفعلي لأجل التقية .

وبالجملة : النصوص الواردة في هذه الابواب على أربع طوائف . إحداها: ما لم يتعرض لبيان المراد من الحديث من حيث الاختصاص بالحلال الفعلي أو الاعم منه ومن التقديري ، كصحيح الحلبي ، ومصحح زرارة المتقدمين ونحوهما ، فان موردها وإن كان الحلال الفعلي لكن المورد لايخصص الوارد . والطوائف الثلاث

الباقية متعرضة لذلك . الاولى : مايدل على أن المراد بالحلال الحلال الفعلي بشرط الوطء ، كموثق عمار ، وخبر الكناني المتقدمين في صدر المسألة . الثانية : مايدل على أن المراد الحلال الفعلي بعقد أو ملك . كصحيح محمد بن مسلم المتقدم . الثالثة: مايدل على أن المراد الحلال ولو تقديريا ، كصحيح سعيد بن يسار ، وصحيح صفوان ، وصحيحة هشام بن المثنى وموثق حنان بن سدير ، والمرسل عن زرارة ، ونحوها وخبر محمد بن منصور الكوفي قال: « سألت الرضا (ع) عن الغلام يعبث بجارية لايملكها ولم يدرك أيحل لابيه أن يشتريها أو يمسها ؟ فقال : لايحرم الحرام الحلال » . وقد عرفت أن الطائفة الاولى منها مهجورة ، فيبقى التعارض بين الطائفتين الاخيرتين . ولا ينبغي التأمل في ترجيح الثانية ، لكثرة العدد ، وانفراد الثالثة بالصحيح المذكور .

وأما الحمل على التقية فقد عرفت أنه لامأخذ له في كلتا الطائفتين ، وليس في النصوص مافيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين في المسألة هو التحريم ، أوأن المراد بالحديث الشريف هو العموم او 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 : لايحرم الحرام الحلال » ، ثم استدل للشيخ بعد أن نسب اليه القول بالحل بامور . منها قوله : « لايحرم الحرام الحلال » ، فحمل الحلال في الحديث على الحلال ولو تقديرا لايختص بالمخالفين ، ولا هو مذهب جميعهم ، ولا المشهور بينهم وأما صحيح مرازم قال: « سمعت أبا عبد الله (ع) وقد سئل عن امرأة أمرت ابنها أن يقع على جارية لأبيه فوقع ، فقال (ع) : أثمت ، وأثم ابنها . وقد سألني بعض هولاء عن هذه المسألة فقلت له : أمسكها فان الحلال لايفسده الحرام » . فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه .

في الوطء بالشبهة ، فانه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة (١) وان كان سابقا على التزويج أوجبها (٢) .

والمتحصل : أن نصوص التحريم صالحة للحمل على الكراهة ، عدا مصحح يزيد الكناسي المتقدم ، وصحيح محمد بن مسلم . والتعارض بينهما وبين نصوص التحليل يقتضي الاخذ بالثانية ، لأنها أرجح بكثرة العدد . وكأن مافي الشرائع من حكمه بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً مبني على ملاحظة جميع نصوص التحليل حتى ما أمكن الجمع العرفي بينها وبين نصوص التحليل . وإلا فالذي لا يقبل الجمع العرفي منها منحصر بالروايتين المذكورتين ، بل مصحح يزيد يمكن حمل الفراق فيه على الفراق بالطلاق ، فتنحصر المعارضة بصحيح محمد . ولو سلم التساوي من حيث السند والعدد فنصوص التحليل موافقة للكتاب ومعتضدة بعموم قوله تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ، فالاخذ 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 أيضا متعرضة لذلك ، ففي صحيح أبي بصير : « سألته عن الرجل يفجر بالمرأة ، أتحل لابنه ؟ أو يفجر بها الابن ، أتحل لابيه ؟ قال : إن كان الاب أو الابن مسها لم تحل » . وخبر ابن جعفر عن أخيه موسى (ع) قال : « سألته عن رجل زنى بامرأة ، هل تحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال (ع) : لا » ونحوهما غيرهما .

(١) كما عن الاكثر . للاصل .

(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 خرجه الشيخ أنه بمنزلة النكاح

الصحيح . وفيه تردد ، أظهره أنه لاينشر الحرمة » ، ونحوه في النافع ، وفى 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 شرعا ، فيكون الحاقه بالوطء الصحيح فى ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا . ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به فان أعظم الاحكام النسب ، وهو في الشبهة كالصحيح . وكذا وجود المهر . وتخلف المحرمية لايضر ، فانها متعلقة بكمال حرمة الوطء ... » ، وسبقه الى بعض ذلك فى التذكرة ، وتبعه على ذلك في المسالك وغيرها . لكن الخروج عن عموم الحل بذلك كما ترى ومثله الاستدلال بقوله تعالى : (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم) إذ لم يثبت إرادة الوطء من النكاح . ولأجل ذلك لم يعتمد في الجواهر إلا على الاجماع الذي ادعاه في التذكرة ، وحكى فيها عن ابن المنذر دعوى الاجماع عليه من كل من يحفظ من علماء الامصار ، وعد منهم أصحاب النص ، وهم الامامية ، وسبقه الى ذلك في الرياض . وهو كما ترى أيضا فان خلاف مثل الحلي ، والمحقق ، وتوقف العلامة فى القواعد مانع من صحة الاعتماد على الاجماع وكان الاولى الاستدلال بحديث : « لايحرم الحرام الحلال » - بناء على أن المراد من الحلال الاعم 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 اذا كان الوطء لاحقاً ، ولا يظن الالتزام به . مع أنه موقوف على إرادة الزنا من الحرام مع أن الظاهر منه الحرام الواقعي ولو مع العذر ، فيشمل الشبهة .

ثم ان الادلة المذكورة مختلفة المفاد ، فان الاجماع يقتضي الاقتصار في التحريم على الوطء السابق على العقد ، لأنه القدر المتيقن منه . ومثله الاولوية من الزنا - بناء على التحريم به - فانه مختص بالزنا السابق . وأما الاستقراء ، وعموم :

﴿ مسألة ٢٩ ﴾ : اذا زنى بمملوكة أبيه ، فان كان قبل أن يطأها الاب حرمت على الاب (١) ،

(لا تنكحوا مانكح آباؤكم) فمقتضاها العموم للسابق واللاحق فان الوطء الصحيح إذا فرض لاحقاً لابد أن يبطل السابق ، وكذا إطلاق الاية . 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 : (مانكح آباؤكم) مع عدم القول بالفصل - يعني : بين منكوحة الاب ومنكوحة الابن - . وكون النكاح في اللغة بمعنى الوطء . وخبر عمار المتقدم في صدر المسألة . وهو وان ضعف ، لكن يؤيده اخبار تحريم زوجة أحدهما عليه بزنا الآخر قبل العقد . إنتهى . وفي جامع المقاصد جعل التحريم هو الاصح ، لما ذكر .

لكن انطباق العموم على ما نحن فيه غير ظاهر ، لعدم ثبوت إرادة الوطء من النكاح ، وموثق عمار قد عرفت إشكاله 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 يمسها ، فامرت امرأته ابنه وهو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها ، فما ترى فيه ؟ فقال : أثم الغلام ، وأثمت أمه ، ولا أرى للاب إذا قربها الابن أن يقع عليها ». نعم يعارضه صحيح مرازم المتقدم في اواخر المسألة السابقة . لكنه مطلق من حيث الوطء وعدمه ، فيقيد إطلاقه بالصحيح المذكور وكذلك خبر زرارة قال : « قال أبو جعفر (ع) : إذا زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فان ذلك لايحرمها على زوجها ، ولا يحرم الجارية على سيدها ،

وان كان بعد وطئه لها لم تحرم(١) وكذا الكلام اذا زنى الاب بمملوكة ابنه(٢)

﴿ مسألة ٣٠ ﴾ : لافرق في الحكم بين الزنا فى القبل اوالدبر (٣) .

إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية وهى له حلال ، فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه » .

اللهم إلا أن يقال : إن ظاهر الموثق أن التحريم فى الزنا السابق وكذا اللاحق إذا لم يكن دخول ناشىء من كون المراد من «ان الحرام لا يفسد الحلال» خصوص الحلال بعد الوطء ، فالتحريم في الزوجة والجارية فرع على التفسير المذكور فاذا بطل الاصل بطل الفرع ، والتفكيك غير ممكن عرفا . وأما صحيح الكاهلي فالظاهر أو المحتمل من قوله (ع) : « ولا أرى للاب إذا قربها الابن أن يقع عليها » أنه إشارة عليه بذلك ونصيحة له ، وإن كان لأجل الكراهة ، فلا يدل على الحرمة ولا يصلح لتقييد إطلاق مادل على الحل فالبناء على الحل أنسب بقواعد العمل بالادلة . فتأمل .

(١) فى القواعد أنه الاصح ، ونسبه في جامع المقاصد ، وكشف اللثام الى الاكثر . لعموم : « الحرام لايحرم الحلال » . ويقتضيه موثق عمار ، وصحيح مرازم ، وخبر زرارة . وقيل بالتحريم لعموم قوله تعالى : (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم) . 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 فى جامع المقاصد ، وكشف اللثام من حكاية قولين في المسألة ، وأن الاكثر على عدم التحريم .

(٢) فان المسألتين عند الاصحاب من باب واحد وحكم واحد ، وإن خلت النصوص عن التعرض للثانية مع تعرضها للاولى .

(٣) قال فى التذكرة : « تنبيه : لافرق في الزنا بين الوطء فى القبل والدبر

﴿ مسألة ٣١ ﴾ : اذا شك في تحقق الزنا وعدمه ، بنى على العدم (١) واذا شك في كونه سابقا أو لا بنى على كونه لاحقاً (٢) .

لعموم الآية قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) و (وربائبكم)و (وامهات نسائكم) . ولأنه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة . فكذلك في الزنا » . والاشكال عليه ظاهر . والعمدة صدق الزنا في المقامين . مع أن الحكم مما لا إشكال فيه على الظاهر .

(١) للاصل .

(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 يقال : إن الصور المفروضة في المقام ثلاث : تارة : يعلم تاريخ العقد ويشك في تاريخ الزنا . وأخرى : عكس تلك . وثالثة : يجهل تاريخ الامرين . أما إذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا فاصالة عدم الزنا الى حين العقد يقتضي الحل . وأما اذا شك في تاريخ العقد وعلم تاريخ الزنا فاصالة عدم العقد الى حين الزنا تثبت كون الزنا محرماً ، لأن من زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه حرمت عليهما ، وهذا المعنى يثبت بعضه بالوجدان ، وبعضه بالاصل . فيترتب التحريم عليه . وبالجملة : المستفاد من الادلة أن من عقد على امرأة لم يزن بها أبوه أو ابنه فهي له حلال ، ومن زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه فهي عليهما حرام والاول يثبت بعضه بالوجدان وبعضه بالاصل اذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا . والثاني أيضا يثبت بعضه بالاصل وبعضه بالوجدان اذا علم تاريخ الزنا وجهل تاريخ العقد . وأما اذا جهل التاريخان معا فاصالة عدم أحدهما الى زمان الآخر إما غير جارية ذاتا ، أو ساقطة للمعارضة . فلا يمكن إثبات موضوع التحريم الابدي ولا نفيه وحينئذ تكون الشبهة موضوعية ، ولأجل أنه لا يجوز الرجوع الى عمومات

﴿مسألة ٣٢﴾ : اذا علم انه زنى باحدى الامرأتين ولم يدر أيتهما هي ، وجب عليه الاحتياط(١) اذا كان لكل منهما اما او بنت واما اذا لم يكن لاحداهما ام ولا بنت ، فالظاهر جواز نكاح الام او البنت من الاخرى (٢) .

﴿مسألة ٣٣﴾ : لافرق فى الزنا بين كونه اختياريا أو اجباريا أو اضطراريا(٣)

الحل فيها يتعين الرجوع الى أصالة عدم ترتب الاثر على العقد ، فيحكم ببطلانه . إلا أن يقال: المرجع أصالة الصحة فى العقد . فيبنى على ترتب أثره وتحقق الزوجية. هذا في الزوجة . وأما الامة فالكلام فيها بعينه ماذكر أولا في الزوجة ، فان المستفاد من الادلة 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 بها وشك فى المتقدم منهما . فان علم تاريخ الزنا وشك في تحقق الوطء من المالك قبله فاصالة عدم الوطء الى حين الزنا يثبت كونه محرماً . واذا علم تاريخ الوطء وشك فى تاريخ الزنا يثبت كونها حلالا . وإذا جهل التاريخان لم يجر الاصلان معا . ولامجال للرجوع الى عمومات الحل ، لكون الشبهة موضوعية ولامجال للرجوع الى أصالة الصحة ، لأن الوطء لايتصف 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 والمحتملات .

(٢) لانه مع خروج بعض الاطراف عن محل الابتلاء يكون الباقي بحكم الشبهة البدوية التي عرفت أن الحكم فيها الحل ، لأصالة عدم الزنا من غير مانع ولا معارض .

(٣) قد اختلفت كلمات الجماعة فى تمييز الشبهة من الزنا . فالذي ذكره فى

المسالك في المقام أن المراد بوطء الشبهة ماليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه كالوطء في نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، لم يعلم فسادهما ، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته ، أو امة مشتركة بينه وبين غيره ، فظن إباحتها له بذلك . إنتهى . وفي الجواهر عن مصابيح العلامة الطباطبائي ان الوطء 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 الوطء 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 الاكثر تعريفه بأنه الوطء 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 ماتنه : « أما الموجب (يعني: موجب حد الزنا) فهو ايلاج الانسان ذكره في فرج امرأة محرمة ، من غير عقد ولاملك ولا شبهة » قال: « هذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحد في الجملة ويدخل في الانسان الصغير والكبير والعاقل والمجنون ، فلو زاد فيه المكلف لكان أجود ويمكن تكلف إخراجهما بقوله : « في فرج امرأة محرمة عليه » فانه لاتحريم في حقهما

وكذا يدخل فيه المختار والمكره ، ويجب إخراج المكره ، إلا أن يخرج بما يخرج به الاولان » وظاهره أيضا كون وطء غير المكلف خارج عن الزنا وداخل في الشبهة لكن فى الجواهر أشكل عليه بانها على التقدير المزبور (يعنى : تقدير عدم التحريم في حقها) تكون من الشرائط فى الحد لا في حقيقة الزنا . وظاهره أن وطء غير المكلف داخل فى الزنا ، وإن لم يجب عليه الحد .

وفى الرياض بعد قول ماتنه فى 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 المكلف ، إلا أنه خارج بما زدناه من قيد التحريم مع احتمال أن يقال : التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنا ، لا أنه جزء من مفهومه فلا يحتاج الى ازدياد التحريم من هذا الوجه » . وظاهره الميل الى ماسبق عن الجماعة من كون وطء غير المكلف من الشبهة ، وان احتمل أخيراً أنه من الزنا وأشكل عليه فى الجواهر بان ذلك لا يوجب الزيادة المزبورة ، ضرورة تحقق الايلاج 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 عينا أو منفعة . ومقتضاه أن وطء الشبهة زنا لغة وعرفا لكنه لا يوجب الحد ، وهو مناف لمقابلته به فى النكاح المقتضية لكونه وطء الاجنبية على أنها أجنبية ، ثم قال « ولعل ذكر الاصحاب بعض القيود في التعريف من حيث ثبوت الحد به وعدمه ولو للشرائط الشرعية لذلك ، لا لكشف مفهومه ، وقال رسول الله (ص) لماغر بعد اقراره بالزنا أربعا ، أتعرف الزنا ؟ فقال : هو أن يأتي الرجل حراما كما يأتي أهله حلالا » إنتهى مافى الجواهر . وظاهره الميل الى عموم الزنا لوطء غير المكلف . وفى التذكرة قال : « أما اذا اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانيا بأن يأتي الرجل فراش غير زوجته غلطاً ، فيطؤها وهي عالمة ، أو أتت المرأة غير زوجها غالطة وهو عالم ، أو كانت

هي جاهلة أو نائمة أو مكرهة وهو عالم ، أو مكنت البالغة العاقلة مجنونا أو مراهقا فكذلك » وظاهره كون وطء النائم والمكره من وطء الشبهة ، الى غير ذلك من كلمات الجماعة الظاهرة فى اختلافهم في دخول وطء من ارتفع عنه التكليف لصبا ونوم ونحوهما في الزنا ، او في وطء الشبهة . وكلمات الجواهر في المقام وفي كتاب الحدود لاتخلو 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 وان كان شبهة . وأما في عرف الشارع والمتشرعة فالزنا يقابل وطء الشبهة والمراد بوطء الشبهة الوطء غير المستحق لشبهة ، بحيث تكون الشبهة من علل وجوده ، فاذا 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 حراما . . . » بيان الزنا الذي يجب فيه الحد ، لا الزنا فى 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 الاحكام الاربعة المشهورة الثابتة للزنا في الجملة ، وهي نفي العدة ونفي المهر ، ونفي النسب ، وثبوت الحد لابد من ملاحظة أدلتها ليتضح أنها ثابتة له مطلقاً أومقيداً .

والظاهر من أدلة الحد اختصاصه بالمعصية لأنه المجازاة عليها لقطع دابر الفساد فلا يشمل صورة ارتفاع التكليف . مضافا الى ماورد من أنه لاحد على مجنون حتى يفيق ، ولا على صبي حتى يدرك ، ولا على النائم حتى يستيقظ ، ونحوه غيره مما

ورد في الصبي ،والمستكره ، وغيرهما . ولعل أدلة نفي النسب عن الزاني أيضا مختصة بذلك ، لأن العمدة فيه قول النبي (ص) : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وعموم العاهر لمطلق الزاني غير ظاهر . ولا يبعد أيضا ذلك في مثل : «لامهر لبغي» فان البغاء غيرظاهر العموم لمطلق الزنا. وأما نفي العدة فهو محل كلام وخلاف ، وقد أفتى بعض بوجوب العدة على الزانية وعدم جواز تزويجها قبل انتهاء العدة . وبالجملة لابد من ملاحظة أدلة الاحكام من حيث العموم والخصوص . والكلام في ذلك موكول الى مقام آخر . نعم لاينبغي التأمل في أن نشر الحرمة بالزنا لا قصور في إطلاق أدلته ، فيجب الاخذ بها في فرض المسألة .

ثم إن الذي يظهر من تعريف الشبهة المنسوب الى الاكثر 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 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 الواطىء ويحتمل اعتبار كونه حجة شرعا ، فاذا لم يكن حجة شرعا كان الوطء زنا . وهو ظاهر محكي مصابيح العلامة الطباطبائي ، معللا بأن الفروج لاتستباح إلا بسبب شرعي ، فاذالم يتحقق فيه السبب المبيح فهو وطء محرم داخل في الزنا ومن المعلوم ان الشارع لم يبح الوطء بمجرد الاحتمال اوالظن وإنما اباحه بشرط العلم بالاستحقاق أو حصول ماجعله إمارة للحل ، فبدونهما لايكون الوطء إلا زنا ... الى آخر كلامه المحكي . وفي المسالك ـ بعد أن نقل عن الشيخ وغيره تحقق الشبهة في الوطء بظن المرأة خلية من الزوج ، أو ظن موت زوجها ، أو طلاقه ، سواء استند الى حكم الحاكم ، أو شهادة الشهود ، أو إخبار مخبر ـ قال : « إن الحكم المذكور لا إشكال فيه على تقدير حكم الحاكم

أوشهادة شاهدين يعتمد على قولهما شرعا وإن لم يحكم حاكم ... الى أن قال : وأما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شرعا كالواحد ، فينبغي تقييده بما لو ظن اجواز التعويل على خبره جهلا منهما بالحكم ، فلو علما بعدم الجواز كانا زانيين ، 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 ماذكرنا ليوافق القوانين الشرعية ». ونحوه المحكي من عبارة شرح النافع وغيرها . وظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجية غفلة ، وإن لم يكن حجة شرعا ، وكان الوطء فيه محرما ، لكون الواطىء من الجاهل المقصر المستحق للعقاب . ويحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة لا واقعا ولا ظاهراً ، بأن كان متردداً ومتنبها للسؤال ، فلم يسأل وأقدم على الوطء . وفي الجواهر . أنه لايخلو من قوة . وهو ظاهر تعريف المسالك ، بناء على إرادة الاعم من العلم حقيقة أو تعبداً . فهذه احتمالات أو أقوال أربعة في الفرق بين الشبهة والزنا مستفادة من كلمات الاصحاب .

وأما النصوص ففي موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « اذا نعي الرجل الى أهله ، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ، ثم تزوجت ، فجاء زوجها الاول ، فان زوجها الاول أحق بها من هذا الاخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها ، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً ، ولها المهر بما استحل من فرجها » . ومصحح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : « قضى في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل ، فنكحت امرأته وتزوجت سريته ، فولدت كل واحدة من زوجها ، ثم جاء الزوج الاول ، أو جاء مولى السرية . قال : فقضى في ذلك أن يأخذ الزوج الاول امرأته ويأخذ السيد سريته وولدها ، أو يأخذ عوضا من ثمنه » . ومصحح يزيد الكناسي 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 اذا كان منها بجهالة ؟ 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 : اذا علمت أن عليها العدة لزمتها الحجة فتسأل حتى تعلم » وصحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي عبد الله (ع) : « عن امرأة تزوجت رجلا ولها زوج . فقال (ع) : إن كان زوجها الاول مقيما معها في المصر التي هي فيه تصل اليه ويصل اليها 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 تتزوج زوجين . قال: ولو أن المرأة اذا فجرت قالت : لم أدر، أو جهلت أن الذي فعلت حرام ، ولم يقم عليها الحد إذاً لتعطلت الحدود » .

لكن الاخير غير ظاهر فى وطء الشبهة ، وإنما هو ظاهر في دعوى الشبهة وأنها غير مسموعة ، لا أنها لو صحت لا تجدي في رفع اليد حتى عن الحد ، حتى يكون مما نحن فيه . ونحوه ماقبله . نعم ظاهر ذيله صحة الدعوى ، لكن لا تعرض فيه للحد ، وإنما فيه تعرض لوجوب السؤال وعدم المعذورية . اللهم إلا أن يكون المراد ان سماع دعواها لا يستوجب رفع الحد لوجوب السؤال . لكن على هذا التقدير يكون وجوب الحد مختصا بالجاهل المتردد : فلا يشمل الجاهل الغافل وإن كان مقصراً ومأثوماً . لكن هذا المصحح يكون نافياً للاحتمال الاخير الذي اختاره في الجواهر ، وللاحتمال الاول المنسوب الى ظاهر المشهور ، ولا ينفي الاحتمالين الاخرين . 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

ولا بين كونه فى حال النوم ، اواليقظة . ولا بين كون الزاني بالغاً ، او غير بالغ وكذا المزني بها . بل لو ادخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة ، على اشكال (١) بل لو زنا بالميتة فكذلك

الجمود على مورد السؤال الاجتزاء في الشبهة بمطلق الخبر ولو مع التردد فى حجيته لكن المنصرف الى الذهن من قوله : « فاعتدت ... » أن الاعتداد كان مبنيا على اعتقاد الحجية غفلة أو اعتقاد صدق المخبر . ولو سلم إطلاقه فهو مقيد بمصحح الكناسي المتقدم بناء على ظهوره فى ثبوت الحد مع التردد ، وتكون نتيجة الجمع بينهما اعتبار عدم التردد فى الحجية في ثبوت الشبهة وإن كان الواطىء مقصراً . فيتم ما ذكره في المسالك وغيرها . ومن ذلك يتضح وجه بقية النصوص التي ذكرها في الجواهر ، التي ادعى فيها اطلاقها من حيث وجود الحجة الشرعية وعدمها ، والتردد في الحجية وعدمه ، فان اطلاقها لو سلم يكون مقتضى الجمع بينها وبين مصحح الكناسي اعتبار عدم التردد في الحجية .

والمتحصل مما ذكرنا امران : الاول : أن المايز بين وطء الشبهة وبين الزنا ماذكر في المسالك من أن الاول الوطء غير المستحق مع البناء فيه على الاستحقاق ولو كان جاهلا مقصراً ، والثاني ماعداه . والثاني : أن اللازم ترتيب أحكام الزنا على الزنا بالمعنى المذكور . إلا اذا 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 الايلاج 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 .

على اشكال (١) ايضا وأشكل من ذلك (٢) لو ادخلت ذكر الميت المتصل . واما لو ادخلت الذكر المقطوع ، فالظاهر عدم النشر (٣) .

﴿ مسألة ٣٤ ﴾ : اذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعياً ثم رجع الزوج فى اثناء العدة ، لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمة لأن الرجوع اعادة الزوجية الاولى (٤) وأما اذا نكحها بعد الخروج عن العدة ، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد ، ففي صحة النكاح وعدمها وجهان . من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر فى الحرمة لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا ايضا ومن أنه سابق بالنسبة الى هذا العقد الجديد والاحوط النشر (٥) .

﴿ مسألة ٣٥ ﴾ : اذا زوجه رجل امرأة فضولا فزنى بأمها او بنتها ثم اجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقى ، كان الزنا لاحقاً (٦) وان قلنا بالكشف الحكمي

---

(١) ينشأ من ظهور الزنا في الانسان الحي ، فلا يشمل الميت . واستعمال الزنا في الميت مجاز ، كاستعماله في غير الانسان .

(٢) لان الاشكال يكون من الوجهين السابقين معا . لكن عرفت أن الاشكال الاول ضعيف ، والثاني قوى .

(٣) ينبغي أن يكون من الواضحات . وكذا لو أدخل صاحب الذكر المقطوع ذكره في فرج امرأة لايكون زانيا .

(٤) كما تقدمت الاشارة الى ذلك في المسألة السادسة والعشرين .

(٥) بل هو الاقوى . كما يقتضيه إطلاق الادلة . كما عرفت في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل السابق .

(٦) لتحقق الزوجية على هذا القول قبل الزنا .

او النقل كان سابقاً (١) .

﴿ مسألة٣٦ ﴾ : اذا كان للاب مملوكة منظورة اوملموسة له بشهوة حرمت على ابنه (٢) وكذا العكس على الاقوى فيهما بخلاف ما اذا كان النظر او اللمس بغير شهوة كما اذا كان للاختبار او للطبابة او كان اتفاقياً بل وان اوجب شهوة أيضا (٣) . نعم لو لمسها لاثارة الشهوة ـ كما اذا مس فرجها او ثديها او ضمها لتحريك الشهوة ـ فالظاهر النشر (٤) .

﴿مسألة ٣٧ ﴾ لاتحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الاقوى (٥) وان كان الاحوط الاجتناب . كما ان الاحوط اجتناب الربيبة

---

(١) تقدم الكلام فيه في نظير المقام وتقدم أنه بناء على الكشف الانقلابي أيضا يكون الزنا لاحقاً .

(٢) تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل .

(٣) كما استظهر في الجواهر . لكنه خلاف النصوص كما تقدم .

(٤) كما لم يستبعده في الجواهر . لاطلاق النصوص .

(٥) كما في القواعد ، بل هو ظاهر المشهور ، حيث اقتصروا على تحريم الامة المنظورة والملموسة على أب الناظر وابنه ، ولم يتعرضوا لتحريم أمها وبنتها عليه . بل في الشرائع : «ومن نشر به الحرمة قصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة دون ام المنظورة او الملموسة وبنتيهما» .

نعم عن أبي علي والشيخ القول بتحريمها على الناظر ، ولم يستبعده في الجواهر . وعن الشيخ دعوى الاجماع عليه . وهو ممنوع كما في كشف اللثام وقد استدل بالاحتياط . ولكنه غير واجب في مقابل عمومات التحليل . وبالاخبار فعن النبي (ص) : « لا ينظر الله تعالى الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها »

الملموسة او المنظورة أمها وان كان الاقوى عدمه (١) بل قد يقال : إن اللمس

وعنه (ص) : « من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها و بنتها » . وصحيح محمد بن مسلم : « سئل أحدهما (ع) عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها ، والى بعض جسدها ، أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، إذا رأى منها مايحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها » . وفي كشف اللثام : « ونحوه أخبار أخر » . وكأنه أراد بها خبر أبي الربيع ، قال : « سئل أبو عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة فمكث أياماً معها لا يستطيعها ، غير أنه قد رأى منها مايحرم على غيره ، ثم يطلقها ، أيصح له أن يتزوج ابنتها ؟ قال : أيصلح له وقد رأى من أمها ما رأى » . ونحوه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) . لكن النبويين عاميان ضعيفان والاول قد أنكره المحدثون منهم ـ كما قيل ـ ومورده النظر الى موضع خاص . ولا مجال للاخذ باطلاقها . وصحيح ابن مسلم ومابعده واردة في الزوجة . فلا مجال للاستدلال بها على حكم الامة .

(١) بل هو ظاهر الاصحاب ، حيث اشترطوا في تحريم الربيبة الدخول بأمها . كما يقتضيه ظاهر الكتاب المجيد ، لقوله تعالى : (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ولصحيح العيص بن القاسم ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأته وقبل ، غير أنه لم يفض اليها ، ثم تزوج ابنتها . قال (ع) إن لم يكن أفضى الى الأم فلا بأس ، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها » . نعم يعارض ذلك صحيح محمد بن مسلم وموثقه وخبر أبي الربيع المتقدمة . لكن الاخيرين غير ظاهرين في الحرمة . والاول يمكن حمله على الكراهة لكن في الجواهر قوى التحريم . وناقش في صحيح العيص بأن الموجود في النسخة الصحيحة : « باشر امرأة » بدل : « باشر امرأته » فيكون محمولا على الاجنبية فيبقى صحيح محمد ابن مسلم المعتضد بغيره من النصوص سالماً عن المعارض . وفيه : أن ظاهر الكتاب

والنظر يقومان مقام الوطء في كل مورد يكون الوطء ناشراً للحرمة (١) فتحرم الاجنبية الملموسة او المنظورة شبهة أو حراما على الاب والابن، وتحرم امها وبنتها حرة كانت او امة . وهو وإن كان احوط ، إلا ان الاقوى خلافه (٢) وعلى

انحصار سبب التحريم بالدخول ، فلو كان المس سبباً للتحريم لكان الدخول لغواً لتقدم المس عليه دائما . وكذلك النظر ، فانه متقدم على الدخول غالباً إلا فى الظلام والاعمى ونحوهما . فالبناء على محرمية النظر واللمس موجب لالغاء سببية الدخول . فيكون الصحيح معارضاً للكتاب ، فلا مجال للعمل به . مع أن البناء على إطلاقه غير ممكن . وتقييده بما يكون عن شهوة ، ليس باولى من حمله على الكراهة . ولو سلم التساوي فالمرجع الكتاب ، والنصوص المتفقة على انحصار سببية التحريم بالدخول لاغير . هذا مضافا الى إعراض الاصحاب عن الصحيح المذكور ، وعدم تعرضهم لمضمونه ، فضلا عن الاعتماد عليه . ولأجل ذلك يظهر ضعف ماذكره فى الجواهر من كون النظر واللمس يقومان مقام الدخول ، المتمم لسبب المصاهرة ، وهو الملك والعقد . فكما تحرم أم المملوكة وبنتها بنظر المالك اليها ولمسه . كذلك تحرم أم المعقود عليها وبنتها بنظر العاقد اليها ولمسه . فقد عرفت الاشكال عليه في المسألتين معا فلاحظ

(١) قال في المسالك: «اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة المصاهرة فى أن النظر الى الاجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم وإن علت ، والبنت وإن نزلت ؟ أم لا . هكذا نقله فخر الدين في شرحه . ولم نقف على القائل بالتحريم ... الى أن قال : وهو قول ضعيف جداً ، لادليل عليه » وما ذكره قوي جداً . لاختصاص نصوص المحرمية بما اذا وقعا على الوجه الحلال بالامة ، كما عرفت ، أو مع التعميم للزوجة ، كما سبق من الجواهر . فلا مجال للتعدي عن ذلك الى وقوعها على الوجه الحرام في الامة - كما لو نظر إليها المالك وهى مزوجة - ، فضلا عن الاجنبية

(٢) عملا باصالة الحل ، التى لم يثبت مايستوجب الخروج عنها .

ماذكر فتنحصر الحرمة فى مملوكة كل من الاب والابن على الآخر اذا كانت ملموسة او منظورة بشهوة (١) .

﴿ مسألة ٣٨ ﴾ : فى ايجاب النظر او اللمس الى الوجه والكفين اذا كان بشهوة نظر والاقوى العدم (٢) وإن كان هو الاحوط .

﴿مسألة ٣٩﴾ : لايجوز الجمع بين الاختين (٣) في النكاح دواما اومتعة (٤)

---

(١) على الوجه المحلل ، كما اشرنا الى ذلك ، وقواه في الجواهر. لاختصاص النصوص به . فلو نظر اليها المالك كذلك وهي مزوجة ، أو قبل أن يتملكها ثم تملكها ، لم تحرم على أبيه ، ولا على ابنه .

(٢) كمامال اليه فى الجواهر . لما سبق فى 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 الحل . نعم تقدم فى الروايات محرمية التقبيل بشهوة . ولا يبعد التعدي الى غيره من اللمس المتعلق بالوجه ، مثل وضع خده على خدها ، وقرصها ، ونحوهما . فاستثناء الوجه والكفين ينبغي أن يكون مختصا بالنظر . فتأمل .

(٣) إجماعا . بل باجماع علماء الاسلام كافة . ويشهد له صريح قوله تعالى : (وأن تجمعوا بين الاختين) . والنصوص المستفيضة ، بل المتواترة معنى . ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : « قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في أختين نكح أحدهما رجل ، ثم طلقها وهى حبلى ، ثم خطب أختها ، فجمعها قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها . فامره أن يفارق الاخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها ، ويصدقها صداقا مرتين » ، ونحوه غيره مما تأتي الاشارة الى بعضه .

(٤) بلا إشكال لاطلاق الادلة. وفى صحيح البزنطي المروي في قرب الاسناد

سواء كانتا نسبيتين او رضاعيتين (١) وكذا لايجوز الجمع بينهما في الملك ـ ع ـ وطئهما (٢) وأما الجمع بينهما فى مجرد الملك

عن الرضا (ع) قال : « سألته عن رجل تكون عنده امرأة ، يحل له أن يتزوج أختها متعة ؟ قال (ع) : لا » وأما مافي خبر منصور الصيقل عن أبي عبد الله(ع) « لابأس بالرجل أن يتمتع أختين » فلا بد أن يحمل على صورة التفريق . وإلا فهو مطروح لمخالفته الاصحاب .

(١) بلا إشكال ، ولاخلاف . ويقتضيه عموم : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وفى صحيح أبي عبيدة قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على اختها من الرضاعة » . هذا وفى بعض النسخ زيادة (أومختلفتين) والظاهر أنها غلط وحمله على بعض المحامل البعيدة لايظن من المصنف وقوعه ، مع عدم تعرضه لشرح ذلك .

(٢) فاذا جمع بينها فى الملك فوطىء إحداهما حرم عليه وطء الاخرى . بلا خلاف ـ كما في المسالك ـ واتفاقا ـ كما في كشف اللثام ـ وفى الجواهر:الاجماع بقسميه عليه . ويقتضيه قوله تعالى : (وان تجمعوا بين الاختين) بناء على إرادة الوطء . والنصوص ، كموثق الحلبي : عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : الرجل يشتري الاختين فيطأ إحداهما ، ثم يطأ الاخرى بجهالة . قال (ع) : اذا وطىء الاخرى بجهالة لم تحرم عليه الاولى .وان وطىء الاخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعا » . وخبر عبد الغفار الطائي عن أبي عبد الله (ع) : « فى رجل كانت عنده اختان فوطىء إحداهما ، ثم أراد أن يطأ الاخرى . قال (ع): يخرجها عن ملكه . قلت : الى من؟ قال (ع) : الى بعض أهله . قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها . قال (ع) : حرمتا عليه كلتاهما » ونحوهما غيرهما . وقد يظهر من صحيح علي بن يقطين خلاف ذلك ، قال : « سألت أبا إبراهيم (ع) عن

من غير وطء فلا مانع منه (١) وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء بأن لم يطأهما او وطىء احداهما واستمتع بالاخرى بما دون الوطء ؟ فيه نظر مقتضى بعض النصوص (٢) الجواز . وهو الاقوى لكن الاحوط العدم .

اختين مملوكتين وجمعها . قال : تستقيم . ولا أحبه لك » وقريب منه غيره . لكن لامجال للعمل به بعد الاجماع على خلافه .

(١) بلا إشكال نصا وفتوى . وفي التذكرة ، والمسالك الاجماع عليه . والنصوص الماضية والاتية دالة عليه .

(٢) هو خبر عيسى بن عبد الله ، المروي عن تفسير العياشي ، قال : «سئل أبو عبد الله (ع) عن أختين مملوكتين ينكح إحداهما ، أتحل له الاخرى ؟ فقال (ع) : ليس ينكح الاخرى إلا فيما دون الفرج وإن لم يفعل فهو خير له . نظير تلك المرأة تحيض ، فتحرم على زوجها أن يأتيها في فرجها . لقول الله عزوجل (ولا تقربوهن حتى يطهرن) وقال : (وأن تجمعوا بين الاختين إلا ما قد سلف) يعني : في النكاح . فيستقيم للرجل أن يأتي امرأته وهي حائض فيما دون الفرج » . لكن الخبر ضعيف ، ولا يصلح للخروج به عن ظاهر بعض النصوص والفتاوى من أن الاخت تكون حراماً بوطء أختها . فلاحظ موثق الحلبي المتقدم . وفي جامع المقاصد : « وإنما يحرم الجمع بينهما (يعني : بين الاختين) في النكاح لعموم قوله تعالى : (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد في النكاح ، كما يقتضيه سياق الآية فيتناول العقد والوطء وكذا توابع الوطء من الاستمتاعات فمتى وطىء أمته المملوكة حرمت عليه اختها بالملك فلو كانت الاخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الاولى في ملكه . ولا خلاف في ذلك » وفي المسالك في الاستدلال على تحريم الثانية قال : « ولأن الجمع الحقيقي يمكن بالاستمتاع بها دون الوطء واذا حرم ذلك حرم الوطء . لعدم القائل بالفصل » ، ونحوه في كشف اللثام .

﴿ مسألة ٤٠ ﴾ : لو تزوج باحدى الاختين وتملك الاخرى ، لايجوز له وطء المملوكة (١) الا بعد طلاق المزوجة وخروجها عن العدة إن كانت رجعية .

ولأجل ذلك يتعين أن يكون الاقوى تحريم سائر الاستمتاعات .

(١) كما نص عليه جماعة ، منهم فى المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر . ويظهر منهم المفروغية منه . وكأنه بناء منهم على أن الجمع المحرم بين الاختين ما هو أعم من الجمع بالعقد والوطء فاذا ثبت أحدهما امتنع الاخر . ومقتضى الجمود على الادلة اللفظية من الآية والرواية وإن كان الاقتصار على تحريم الجمع بين الاختين بالعقد ، وبين المملوكتين بالوطء . وأما الجمع بينهما بالعقد على إحداهما والوطء للاخرى ، فخارج عن مدلولها ، ومقتضى عموم الحل الجواز . إلا أن بناء الاصحاب على تحريم الجمع بالنحو المذكور وكأنهم فهموا من التحريم فى قوله تعالى : (حرمت عليكم امهاتكم ...) تحريم مطلق الاستمتاع بها 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 ، فاذا حرم امتنعت الزوجية وهى بخلاف الملكية ، فانها ليست متقومة باستمتاع المالك ، فلا مانع من اعتبارها وان حرم الاستمتاع . ولذلك جاز ملك الاختين ، ولم يجز تزويج الاختين . وأما تحريم العقد تكليفاً فغير مستفاد من الآية ، بل إن ثبت فلا بد أن يكون لدليل آخر . وعليه فتحريم الجمع بين الاختين يستوجب تحريم الاستمتاع بهما سواء كان المحلل هو العقد ، أم الملك . فاذا عقد على إحداهما حل الاستمتاع بها فاذا ملك الاخرى حرم الاستمتاع بها ، لحرمة الجمع بين الاختين للاستمتاع .

نعم يبقى الاشكال فى تعين الثانية للتحريم ، دون الاولى ، مع أن الجمع إنما يكون بهما معا ، ونسبته اليهما على نحو واحد ، فلم لاتحرم الاولى وتحل الثانية ؟! والتقدم الزماني لا أثر له في الترجيح . فان قلت : التقدم الزماني إنما لايكون له

فلو وطئها قبل ذلك فعل حراما . لكن لاتحرم عليه الزوجة بذلك (١) ولا يحد حد الزنا بوطء المملوكة (٢) بل يعزر ، فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض

﴿ مسألة ٤١ ﴾ : لو وطىء احدى الاختين بالملك ، ثم تزوج الاخرى فالاظهر بطلان التزويج (٣)

أثر في الترجيح عند تزاحم المقتضيات ، مثل تزاحم الواجبين كصلاتين ، وصومين وصلاة وصوم ، ونحو ذلك . لافيما نحن فيه ، اذ الحرام إنما هو الجمع بين الاختين والجمع إنما يكون بضم الثانية الى الاولى ، فاذا حرم الجمع بين الاختين فقد حرم ضم الثانية الى الاولى في الاستمتاع . وليس معنى ذلك إلا تحريم الثانية بعينها ، لأن الجمع إنما يكون بها ، لا بالاولى . قلت ليس معنى تحريم الجمع بين الاختين إلا تحريم الاستمتاع بهما معا ، وكما أن تحريم الثانية بعينها يتحقق به تحريم الجمع بينهما ، كذلك تحريم الاولى بعينها أيضا يتحقق به تحريم الجمع بينهما ، فلا ميز بينهما في ذلك ، ولا مرجح لاحداهما على الاخرى . فاذاً العمدة في تعين الثانية للتحريم هو الاستصحاب ، لأن تحريم الاولى بعد تملك الثانية رفع للحل السابق ، وتحريم الثانية إبقاء للتحريم . ومقتضى الاستصحاب عند الشك في الترجيح شرعا هو البناء على بقاء ما كان من تحليل الاولى ، وتحريم الثانية . فلاحظ .

(١) كما نص عليه فى كشف اللثام ، وغيره . وفي الجواهر : « لم تحرم المنكوحة قطعا » وكانه لقوله (ص) : « الحرام لايحرم الحلال » .

(٢) لاختصاصه بغير العقد والملك والشبهة . فلا يحد من وطىء زوجته وإن حرم وطؤها كالحائض والصائمة ، ولا من وطىء امته وان حرم وطؤها لحيض أوغيره ومنه المقام ولزوم الحد في وطء الامة المزوجة للاجماع والنص . ويشير الى نفي الحد في المقام النصوص الآتية فى المسألة الخامسة والاربعين .

(٣) لما عرفت في المسألة السابقة .

وقد يقال بصحته (١) وحرمة وطء الاولى إلا بعد طلاق الثانية .

﴿ مسألة ٤٢ ﴾ : لو تزوج باحدى الاختين ، ثم تزوج بالاخرى بطل عقد الثانية (٢) سواء كان بعد وطء الاولى

---

(١) كما عن المبسوط ، والمختلف ، والتحرير ، وظاهر المسالك الميل اليه . لكون التزويج أقوى من ملك اليمين ، لكثرة مايتعلق به من الاحكام التى لا تلحق الملك ، كالطلاق ، والظهار ، والايلاء ، والميراث ، وغيرها . وهو كما ترى ، إذ الاحكام المذكورة لا تدل على الترجيح فيما نحن فيه ، ولا على رفع اليد عن الاستصحاب الذي قد عرفته .

(٢) بلا اشكال ، ولا خلاف ، كما فى الجواهر . وفي كشف اللثام انه قطعي ويقتضيه ماعرفت من الاستصحاب . ويشهد له صحيح زرارة بن أعين قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة فى العراق ، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى ، فاذا هى اخت امرأته التي بالعراق . قال (ع) : يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام ، ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضي عدة الشامية قلت : فان 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 ، فاذا انقضت عدة الام حل له نكاح الابنة » .

نعم في صحيح ابن مسكان ، عن أبي بكر الحضرمي ، قال : « قلت لابي جعفر (ع) : رجل نكح امرأة ، ثم أتى أرضا فنكح اختها ، ولا يعلم . قال (ع) يمسك أيتهما شاء ، ويخلي سبيل الاخرى » ولكن يتعين طرحه ، أو حمله على مالا ينافي ما سبق ، كما عن الشيخ ، فحمله على أنه اذا أراد إمساك الاولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر ، وإن أراد إمساك الثانية فليطلق الاولى ، ثم ليمسك الثانية بعقد مستأنف .

او قبله (١) ولا يحرم بذلك (٢) وطء الاولى وإن كان قد دخل بالثانية . نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها اخت الاولى يكره له وطء الاولى قبل خروج الثانية عن العدة (٣) بل قيل : يحرم (٤) للنص الصحيح . وهو الاحوط .

﴿ مسألة ٤٣ ﴾ : لو تزوج بالاختين ولم يعلم السابق واللاحق . فان علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته (٥) دون المجهول . وان جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما (٦) وكذا وطء احداهما (٧) الا بعد طلاقهما (٨) اوطلاق الزوجة الواقعية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد

---

(١) كما نص عليه الجماعة ويقتضيه إطلاق النص ، والاصل والفتوى .

(٢) بلا إشكال . لأن الحرام لايحرم الحلال .

(٣) كما صرح به جماعة. لأن العدة من علائق الزوجية ـ كما فى كشف اللثام ولصحيح زرارة المتقدم ، بعد حمله على الكراهة ، بعد إعراض المعظم عنه .

(٤) حكي عن ظاهر نهاية الشيخ وعن ابني حمزة والبراج عملا منهم بظاهر النص

(٥) لأصالة عدم تزويج الاخرى الى حينه ، المتمم لموضوع الصحة فان العقد على الاخت اذا كان قد عقد على أختها باطل ، واذا لم يعقد على أختها صحيح فموضوع الصحة مؤلف من العقد والقيد المذكور ، فاذا ثبت القيد بالاصل ثبتت الصحة ولا يجري مثل ذلك فى مجهول التاريخ ، بناء على التحقيق كما ذكر فى مباحث الخلل في الوضوء من هذا الشرح .

(٦) للعلم الاجمالي .

(٧) لوجوب الموافقة القطعية ، على ما هو التحقيق .

(٨) يعني : طلاق كل منهما برجاء أنها زوجة وإلا فالاخرى ليست بزوجة ، كي تحتاج الى طلاق .

بعد خروج الاخرى عن العدة (١) ان كان دخل بها او بهما وهل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما ؟ لا يبعد ذلك (٢) .

---

(١) لاحتمال أنها زوجة ، فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العدة اذا كان دخل بها ، وكان الطلاق رجعيا كما سيأتي .

(٢) كما جزم به في التذكرة ، وفي القواعد أنه اقرب ، وتبعه في كشف اللثام لكن في مبحث الولاية فيما اذا عقد الوليان مترتبين ونسي السابق منهما ، استشكل في الالزام بالطلاق بأن الاجبار يوجب وقوعه عن إكراه ، وطلاق المكره باطل وجعل الاقوى فسخ الحاكم . وأجاب عنه غير واحد بأن الاكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراها على واجب ، وإلافهو بمنزلة الاختيار ووجوب الطلاق لأنه أحد عدلي الواجب التخييري المستفاد وجوبه من قوله تعالى في سورة البقرة : (الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف ، أو تسريح باحسان) وقوله تعالى منها : (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف) وقوله تعالى في سورة الطلاق : (فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن) لكن الظاهر من الآيتين الاخيرتين أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة ، لا الطلاق . وأما الآية الاولى فالظاهر منها ذلك أيضا لكن في موثق الحسن بن فضال ، المروي في الفقيه ، عن الرضا (ع) ـ في حديث ـ : « إن الله عز وجل أذن في الطلاق مرتين ، فقال : (الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف ، أو تسريح باحسان) ، يعني : في التطليقة الثالثة » وفي رواية العياشي ، عن أبي عبد الله : « إن الله تعالى يقول : (الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف ، أو تسريح باحسان) ، والتسريح هو التطليقة الثالثة » ونحوها مارواه العياشي عن أبي بصير وسماعة بن مهران ، عن أبي عبد الله (ع) 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 . فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله . وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون . وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف ، أوسرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ..) فان الظاهر - بعد ملاحظة ماذكر بتمامه - أن المراد من التسريح ترك الرجوع بها كما هو الظاهر من الآيتين الاخيرتين والطلاق الثالث يشار اليه بقوله تعالى : (فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح ...) .

وقد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفي الحرج والضرر - كما في كشف اللثام وغيره - فان بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وحرج . وفيه : ان الضرر أو الحرج ليس من الزوجية ، بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه ، فدليل نفيهما 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 وان 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 الاختين 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 الغبن . 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 المدعى ولا سيما بملاحظة أن الطلاق يوجب الضرر على الزوج بنصف المسمى .

لقوله تعالى : (فامساك بمعروف او تسريح باحسان) وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه ، وعدم اجباره ، وانه يعين بالقرعة(١)وقد يقال : ان الحاكم يفسخ نكاحهما (٢) ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احداهما زوجة

---

(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 القرعة » . وأشكل عليه في جامع المقاصد بأن القرعة لامجال لها في الامور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الانكحة التي تتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحريم ، والمحرمية . وفيه أن ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة . نعم ليس بناء الاصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالشبهة المحصورة لكن ذلك اذا لم يلزم منه محذور ، والمفروض لزومه . وقد ورد في نصوص القرعة ماتضمن مشروعيتها فيمن نزا على شاة في قطيع غنم وقد اشتبهت بغيرها والمقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط . ومن ذلك يظهر توجه الاشكال على مافي القواعد ، بأنه اذا 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 لادليل على هذا الامر ، ليستخرج مورده بالقرعة بل أمر كل منهما بالطلاق أولى من أمر أحدهما به ، وأمر الآخر بالنكاح .

(٢) هذا اختاره في القواعد في تزويج وليي 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 لايقتضي ولاية الحاكم على ذلك بل الاولى من ذلك ولايتها على الفسخ . نظير المعاملة الغبنية .

وجوب الانفاق عليها (١) ما لم يطلق ، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما وان كان بعد الدخول فتمامه (٢) لكن ذكر بعضهم انه لايجب عليه الا نصف المهر لهما ، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول (٣) وتمام أحد

(١) لكن لزوم الضرر المالي من الاحتياط يوجب ارتفاعه وحينئذ يتعين الرجوع الى القرعة فى تعيين المستحق للنفقة .

(٢) عملا بالعلم الاجمالي لكن عرفت اشكاله .

(٣) قال فى القواعد : « فان اشتبه السابق منع منهما . والاقرب الزامه بطلاقهما ، فيثبت لهما ربع المهرين ، مع اتفاقهما واختلافهما على إشكال » ويحتمل أن قوله : « على إشكال .. » راجع الى أصل الحكم بقرينة قوله ـ بعد ذلك ـ : « ويحتمل القرعة فى مستحق المهر » ويحتمل أن يكون راجعاً الى صورة اختلاف المهرين لأنه مع اتفاق المهرين جنساً وقدراً ووصفاً يكون ربع مجموع المهرين عين نصف أحدهما فيكون تقسيمه على الاختين عملا بقاعدة العدل والانصاف أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما . وهو مخالف لربع مجموعهما 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 . فعدم المرجح الموجب للحرمان مع الاتفاق ، هو الموجب لاعطاء غير الواجب أيضا هذا ولأجل أن قاعدة العدل والانصاف لادليل ظاهر عليها إلا ما يترائى 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 والاول غير ظاهر ، فان عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف ، يقتضي التخيير نظير ماذكروه فى مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة ، من أن التخيير

استمراري ، وأن حكم العقل بالتخيير ابتداء بعينه يقتضي التخيير ثانياً ، وانه لافرق 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 . ولافرق بينهما في نظر العقل والثاني أيضا غير ظاهر لأن ما ورد(*) في الموارد الخاصة المذكورة في كتاب الصلح ، وفي كتاب القضاء ، وغيرها ، لايمكن التعدي من مورده الى غيره . وليس فيه إشارة الى قاعدة كلية . مع ثبوت خلافها في بعض مواردها ، وفي موارد أخرى . كما يظهر ذلك من ملاحظة مواردها وباب ارث الغرقى والمهدوم عليهم . فالبناء عليها غير ظاهر . ولأجل ذلك يتعين الرجوع الى القرعة ـ كما احتمله في القواعد ، وجعله في جامع المقاصد ، وكشف اللثام : أقوى . وفي الجواهر لعله الاقوى ـ عملا 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 الاولى اثنين ونصفا واعطاء الثانية سبعة ونصفا لاتوزيع ربع الاربعين بينهما بالسوية . يظهر ذلك بالتأمل

(*) مثل رواية عبد الله بن المغيرة ، عن غير واحد من اصحابنا ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك فقال : أما الذي قال : هما بيني وبينك ، فقد اقر بان أحد الدرهمين ليس له ، وأنه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما » ورواية السكوني ، عن الصادق (ع) ، عن أبيه : « في رجل استودع رجلا دينارين ، فاستودعه آخر دينار . فضاع دينار منهما فقال (ع) : يعطى صاحب الدينارين دينارا ، ويقسم الآخر بينهما نصفين » . ورواية اسحاق بن عمار ، عن ابى عبد الله (ع) : « في رجلين اختصما في دابة في أيديهما .. الى أن قال : فقيل له : فلو لم تكن في يد واحد منهما ، وأقاما البينة فقال : أحلفهما ، فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف . فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين » ورواية غياث بن ابراهيم : « لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين » ونحوها رواية تميم بن طرفة . ورواية يونس بن يعقوب ، عن أبي عبد الله (ع) : « في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة . قال : ما كان من متاع النساء فهو —

المهرين لها في صورة الدخول والمسألة محل اشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليات

﴿ مسألة ٤٤ ﴾ : لو اقترن عقد الاختين - بأن تزوجهما بصيغة واحدة ، او عقد على احداهما ووكيله على الاخرى في زمان واحد - بطلا معاً (١) وربما يقال بكونه مخيراً في اختيار أيهما شاء (٢) لرواية (٣) محمولة على التخيير بعقد جديد (٤)

---

(١) كما نسب الى المبسوط ، وابني حمزة وادريس ، بل الى أكثر المتأخرين أيضا واختاره في الشرائع . لبطلان العقد بالنسبة اليهما معا اتفاقا فصحته بالنسبة الى إحداهما بعينها ترجيح بغير مرجح .

(٢) نسب في الجواهر ذلك الى الشيخ ، واتباعه ، وفي كشف اللثام الى النهاية ، والمهذب والجامع ، والمختلف .

(٣) يريد بها صحيحة جميل ، المروية في الفقيه ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة . قال (ع) : يمسك أيتهما شاء ، ويخلي سبيل الاخرى . وقال : في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة ، قال (ع): يخلي سبيل أيتهن شاء » . وفي الشرائع رمى الرواية بالضعف وهو كما ذكر على رواية الكافي للارسال . لأنها رواها عن جميل ، عن بعض اصحابه ، عن أحدهما (ع) وعلى رواية التهذيب ، لذلك أيضا ، ولأن في طريقه الى جميل علي بن السندي وهو مجهول . لكن عرفت رواية الفقيه لها بطريق صحيح ومقتضى القاعدة الاخذ وتخصيص القاعدة بها .

(٤) هذا الحمل لادليل 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

— للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما » ورواية رفاعة : « وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما » ورواية السكوني ، عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) : « في رجل أقر عند موته لفلان وفلان ، لاحدهما عندي الف درهم ، ثم مات على تلك الحال فقال علي (ع): أيهما أقام البينة فله المال ، وإن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان » . منه مد ظله

ولو تزوجهما وشك فى السبق والاقتران حكم ببطلانهما أيضا (١) .

﴿مسألة ٤٥﴾ : لو كان عنده اختان مملوكتان فوطىء احداهما حرمت عليه الاخرى (٢) حتى تموت الاولى او يخرجها عن ملكه (٣) ببيع او صلح او هبة

الشام : « ان الخبر وإن كان صحيحا ، لكنه ليس نصا في المدعى . لاحتمال أن يراد بمسك أيتهما شاء بتجديد العقد فحينئذ لايكون الخيار معينا » وهو كما ترى ، إذ لا يعتبر في المخصص أن يكون نصا بل يكفي في تخصيصه للقواعد أن يكون ظاهراً ، فان الظاهر حجة كالنص .

(١) لعدم إمكان إحراز السبق بالاصل ، وإن كان بمعنى عدم سبق العقد على الاخت ولا مقارنته . لأن الاصل المثبت لذلك متعارض فيهما فان كل واحد منهما يصح أن يقال : العقد عليهالم يكن مسبوقا بالعقد على أختها ، ولا مقارنا له وأصالة صحة العقد بالنسبة الى كل واحد منهما أيضا متعارضة . فيتعين الرجوع الى أصالة عدم ترتب الاثر فيهما معا . هذا اذا كان الشك فى السبق والاقتران بالنسبة الى كل منهما . أما اذا كان بالنسبة الى واحدة منهما بعينها ، دون الاخرى ، بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً ، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارنا . فقد علم ببطلان العقد على زينب ، إما لمقارنته ، أو للحوقه فلا يكون مجرى للاصول الموضوعية والحكمية . فلا مانع من جريانها بالنسبة الى عقد هند ، فيقال : إنه لم يسبق بالعقد على الاخت ، ولم يقترن به كما يقال ، إنه صحيح لأصالة الصحة .

(٢) إجماعا كما تقدم فى المسألة التاسعة والثلاثين .

(٣) فتحل حينئذ بلا إشكال ، ولا خلاف ويقتضيه عمومات الحل ، بعد انتفاء صدق الجمع بين الاختين . مضافا الى صحيح عبد الله بن سنان ، قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إذا كانت عند الرجل الاختان المملوكتان ،

او نحوهما ولو بأن يهبها من ولده والظاهر كفاية التمليك الذي له فيه الخيار (١) وان كان الاحوط اعتبار لزومه ولا يكفي - على الاقوى - مايمنع من المقاربة مع بقاء الملكية (٢) كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ، ونحوها .

فنكح إحداهما ، ثم بدا له فى الثانية فنكحها ، فليس ينبغى له أن ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه ، يهبها ، أو يبيعها . قال وهبها لولده يجزيه » ونحوه ماتقدم فى خبر الطائي .

(١) لاطلاق الادلة . لكن فى القواعد : « وفي اشتراط اللزوم إشكال » وفى التذكرة : « ولو باع بشرط الخيار فكل موضع يجوز للبائع الوطء لاتحل فيه الثانية » وكأن ذلك من جهة دعوى ظهور النص فى 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 ، اوالاستيهاب أو الاستحلال ، مع التمكن من ذلك بلا فرق بين المقامين ، فالالازم عدم الفرق بينهما في حل الثانية .

(٢) قال في القواعد : « وفي الاكتفاء بالتزويج ، أو الرهن ، أو الكتابة إشكال » وفى التذكرة : « يكفي التزويج لأن التحريم يحصل به . فان رهنها لم تحل الاخت . لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ، ولهذا تحل باذن المرتهن فى وطئها . ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه . ولو حرم إحداهما باليمين على نفسه لم تبح الاخرى لأن هذا لا يحرمها ، وانما هو يمين مكفر .. الى أن قال : ولو كاتب إحداهما حلت له الاخرى - وهو قول الشافعية - لأنها حرمت عليه بسبب لايقدر على رفعه ، فاشبه التزويج » وفيه : أن المستفاد من الادلة ان التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك وهو غير حاصل في الفروض المذكورة ، مع أن المناقشة في التعليلات المذكورة ظاهرة .

ولووطئها من غير اخراج للاولى لم يكن زنا (١) فلا يحد ويلحق به الولد (٢) نعم يعزر

﴿مسألة ٤٦﴾ : اذا وطىء الثانية بعد وطء الاولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم (٣) وحينئذ فان اخرج الاولى عن ملكه

---

(١) لما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين .

(٢) لأنه فراش إذ المراد منه ما يقابل العاهر ، وهو الزاني .

(٣) أما حرمة الثانية فلما تقدم . وقد عرفت أنه لا إشكال فيها وإن كان قد يظهر مما في الشرائع من قوله : « أما اذا وطئها (يعني : الثانية) قيل : حرمت الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه » وجود القائل بحلية الثانية بعد وطئها ، واختصاص التحريم بالاولى لكن في المسالك : « لم نعرف قائله ، ولا من نقله ، غير المصنف » ، ونحوه في الجواهر وربما يستدل له بخبر معاوية بن عمار ، قال: « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت عنده جاريتان أختان ، فوطىء إحداهما ثم بدا له في الاخرى . قال (ع) : يعتزل هذه ويطأ الاخرى . قلت : فانه تنبعث نفسه للاولى قال (ع) : لا يقربها حتى تخرج تلك من ملكه » لكنه لا يدل على ذلك ، وإنما يدل على حلية الثانية بمجرد الاعتزال عن الاولى ، الذي قد عرفت أنه خلاف النص ، والفتوى ، بل الاجماع . وأما حرمة الاولى بعد وطء الثانية ، فيشهد به خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) ـ في حديث ـ قال : « سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان ، فوطىء إحداهما ، ثم وطىء الاخرى فقال (ع): اذا وطىء الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى . قلت : أرأيت إن باعها فقال (ع) : إن كان إنما يبيعها لحاجة ، ولا يخطر على باله من الاخرى شيء فلا أرى بذلك بأسا . وإن كان إنما يبيعها ليرجع الى الاولى ، فلا » ونحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) وصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) . وموثق علي بن أبي حمزة عن أبي ابراهيم وخبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله (ع) .

حلت الثانية مطلقاً (١) وان كان ذلك بقصد الرجوع اليها (٢) وان اخرج الثانية عن ملكه يشترط فى حليـة الاولى أن يكون اخراجه لهـا لا بقصد الرجوع الى الاولى (٣) والا لم تحل . وأما فى صورة الجهل بالحرمة موضوعا او حكما فلا يبعد بقاء الاولى على حليتها والثانية على حرمتها (٤) وان كان الاحوط عدم حليـة

ففي صحيح الحلبي التصريح بحرمتهما جميعا بعد وطء الثانية عمداً .

(١) كما سبق في المسألة السابقة .

(٢) للاطلاق .

(٣) كما عرفت التقييد به من النصوص .

(٤) كما حكاه في الشرائع قولا لبعض . أخذاً بظاهر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « قلت له : الرجل يشتري الاختين فيطأ إحداهما ، ثم يطأ الاخرى بجهالة قال (ع) : اذا وطىء الاخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعا » ولا ينافى ذلك ما فى خبر عبد الغفار الطائي فان مافيه من قوله : « قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها (يعني الثانية) قال (ع) : حرمتا عليه كلتاهما » ظاهر فى حرمة الاولى مع وطء الثانية جهلا لامكان الجمع بالحمل على الكراهة وهو أقرب مما ذكره في الجواهر من حمل صحيح الحلبي على أن المراد أنه لم تحرم عليه الاولى في حال الجهل كما تحرم في حال العلم فانه فى حال العلم لا ترتفع الحرمة إلا باخراج الثانية عن الملك لا بقصد الرجوع الى الاولى ، أما في حال الجهل فيكفي خروج الثانية عن الملك ، ولو بقصد الرجوع الى الاولى ، وتحل الاولى بذلك بل هو بعيد جداً وليس من الجمع العرفي أصلا وإن حكي عن النهاية ، وتبعه عليه في المختلف وجامع المقاصد ، وغيرهما . فلو فرض تعين الجمع المذكور بينهما فالازم إجراء حكم التعارض ، والترجيح للصحيح بل في حجية خبر الطائي في نفسه إشكال ، لضعفه ومن ذلك يظهر ضعف ماذكره في

الشرائع ، ونسبه في المسالك الى اكثر المتأخرين ، بل هو ظاهر المبسوط : من أن الثانية تحرم على التقديرين - أي : العلم والجهل - دون الاولى ، فانها تبقى على الحل . فانه مخالف لجميع النصوص ، على اختلاف مفادها واما الاصل . واختصاص أدلة المنع من الجمع بين الاختين بالاخيرة وقاعدة : «الحرام لا يحرم الحلال . فلا تصلح لمعارضة النصوص المعتبرة سنداً ، ودلالة ولا يستوجب طرحها وقريب منه في الضعف التفصيل بين وطء الثانية جهلا فلا تحرم الاولى ، ووطئها عمداً فتحرم الاولى ، ولكن تحل بخروج الثانية عن الملك ، ولو بقصد الرجوع الى الاولى فانه وإن كان موافقاً لبعض النصوص ، لكنه مخالف لبعضها الآخر الصريح في تقييد حل الاولى بخروج الثانية عن الملك بما اذا لم يكن بقصد الرجوع الى الاولى والمتحصل : أن الاقوال في وطء الثانية بعد وطء الاولى خمسة الاول : حرمة الثانية دون الاولى . اختاره في الشرائع ، والقواعد وغيرها الثاني : حرمة الاولى دون الثانية على ما حكاه في الشرائع قولا 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 قولا ، 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 بنية 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 . وان كان جاهلا لم تحرم وهذا القول حكاه في التهذيب قولا ، ولم يعرف قائله ومن ذلك يظهر أن الاقوال في التفصيل بين العلم والجهل ثلاثة والمتحصل من الادلة هو القول الثالث المختار في المتن أما القولان الاولان فهما منافيان لجميع النصوص المشتملة على التفصيل بين العلم والجهل والنصوص المتضمنة أنه إذا وطىء الثانية حرمتا جميعا واما الرابع

الاولى الا باخراج الثانية ولو كان بقصدالرجوع الى الاولى(١)وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم (٢) .

﴿مسألة ٤٧﴾ : لو كانت الاختان كلتاهما او احداهما من الزنا فالاحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما (٣) فى النكاح والوطء اذا كانتا مملوكتين .

ثمناف 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 وبينهما بالحمل على الكراهة وأما الخامس ثمناف لخبر الكناني وما يضمونه 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 .

(٣) وان كان خلاف المتسالم عليه عندهم ، من نفي النسب بالزنا ، كما يقتضيه قوله (ص) : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » فان الظاهر منه أنه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي ، من نفي النسب عن العاهر واقعا . ويشير اليه ما في صحيح الحلبي عن ، أبي عبد الله (ع) : « قال أيما رجل وقع على وليدة قوم حراما ، ثم اشتراها ، فادعى ولدها ، فانه لايورث منه شيء فان رسول الله (ص) قال : الولد للفراش ، وللعاهر الحجر . ولا يورث ولد الزنا ، إلا رجل يدعي ابن وليدته » فان 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 ماورد في الاستنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم ، وأن تحريم النكاح من الاحكام الانسانية لا من الاحكام الشرعية تعبداً .

﴿مسألة ٤٨﴾ : اذا تزوج باحدى الاختين ثم طلقها طلاقا رجعياً لايجوز له نكاح الاخرى الا بعد خروج الاولى عن العدة (١) واما اذا كان بائنا بأن كان قبل الدخول او ثالثا او كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب او بالخلع او المباراة جاز له نكاح الاخرى (٢) والظاهر عدم صحة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج اختها (٣) كما سيأتي في باب الخلع ان شاء الله نعم لو كان عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة لايجوز له - على الاحوط - نكاح اختها في عدتها ، وان كانت بائنة . للنص الصحيح (٤) والظاهر أنه كذلك

---

(١) 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 تنقضي عدتها ؟ قال : إذا برئت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعة فقد حل له أن يخطب أختها » وخبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « في رجل طلق امرأته وهي حبلى ، أيتزوج أختها قبل أن تضع ؟ قال (ع) : لايتزوجها حتى يخلو أجلها (بطنها خ ل) » بناء على حمله على الطلاق الرجعي ، جمعا بينه وبين ماقبله .

(٢) بلا خلاف ظاهر ، ويقتضيه خبر الكناني المتقدم مضافا الى عمومات الحل بعد عدم كونه جمعا بين الاختين .

(٣) لما يستفاد من نصوص جواز رجوع المختلعة بالبذل ، من كونه أشبه بالمعاوضة بينه وبين رجوع الزوج بها ، فاذا تعذر الثاني - لازوم الجمع بين الاختين أو نحو ذلك من موانع الرجوع - تعذر الاول أيضا .

(٤) وهو مارواه في التهذيب ، باسناده عن الحسين بن سعيد ، قال : « قرأت في كتاب رجل الى أبي الحسن الرضا (ع) : الرجل يتزوج المرأة متعة الى اجل

اذا وهب مدتها (١) وان كان مورد النص انقضاء المدة .

﴿ مسألة ٤٩ ﴾ : اذا زنى باحدى الاختين جاز له نكاح الاخرى فى مدة استبراء الاولى وكذا اذا وطئها شبهة جاز له نكاح اختها فى عدتها لانها بائنة نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العدة (٢) خصوصاً فى صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الخبر (٣) الوارد فى تدليس الاخت التي نامت فى

مسمى ، فينقضي الاجل بينهما ، هل يحل له أن ينكح اختها من قبل أن تنقضي عدتها ؟ فكتب (ع) لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها » ونحوه مارواه في الفقيه أيضا عن علي بن أبي حمزة ، وما رواه في الكافي عن يونس ، وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره . وعن نهاية المرام : أن العمل به متعين. لكن في السرائر : « وهي رواية شاذة ، مخالفة لأصول المذهب ، لا يلتفت اليها ولا يجوز التعريج عليها » . ولأجل ذلك توقف في المتن عن الفتوى بمضمونها . بل إعراض الاصحاب عنها موجب لسقوطها عن الحجية ، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضية للجواز .

(١) لأجل أن المفهوم عرفا : أن موضوع الحكم العدة الموجبة للملقة ، وليس لانقضاء الاجل خصوصية في ذلك .

(٢) كأن الوجه في الاحتياط المذكور الخبر الآتي بناء على عدم فهم خصوصية مورده .

(٣) وهو صحيح بريد العجلي ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة فزفت اليه اختها ، وكانت أكبر منها ، فادخلت منزل زوجها ليلا ، فعمدت الى ثياب امرأته فنزعتها منها ، ولبستها ، ثم قعدت في حجلة أختها ونحت امرأته وأطفأت المصباح . واستحيت الجارية أن تتكلم فدخل الزوج الحجلة

فراش اختها بعد لبسها لباسها .

﴿مسألة ٥٠﴾ . الاقوى جواز الجمع بين فاطميتين (١) على كراهة . وذهب جماعة من الاخبارية الى الحرمة والبطلان بالنسبة الى الثانية (٢) ومنهم من

فواقعها ، وهو يظن أنها امرأته التي تزوجها . فلما أن أصبح الرجل قامت اليه امرأته ، فقالت : انا امرأتك فلانة التي تزوجت ، وان أختي مكرت بي فاخذت ثيابي فلبستها ، وقعدت في الحجلة ، ونحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر فقال : أرى أن لامهر 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 » . وهذا الصحيح نظير ماقبله ، يظهر من الاصحاب إعراضهم عنه ، لعدم تعرضهم لمضمونه . فالعمل به غير ظاهر . مع أن مورده وطء الزوجة قبل خروج اختها الموطوءة شبهة من عدتها وهو غير مانحن فيه اللهم إلا أن يستفاد منه حكم ما نحن فيه ، لعدم الفرق .

(١) كما هو المعروف بين الاصحاب ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، وفي الجواهر : « لم أجد أحدا من قدماء الاصحاب ، ولا متأخريهم ذكر ذلك في المكروهات ، فضلا عن المحرمات المحصورة في ظاهر بعض وصريح آخر في غيره » ، وقال في الحدائق : « هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام إلا في هذه الاعصار الاخيرة . 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 بالحل ، ومن توقف في ذلك .

(٢) يظهر ذلك من الحدائق ، حيث قال : « والتحقيق : أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الاختين حذو النعل بالنعل وحينئذ فالمخرج منها هنا كما تقدم ثمة ، وهو أن يفارق الثانية ، وان طلقها فهو أولى » ولم أعرف من وافقه على ذلك

قال بالحرمة دون البطلان فالاحوط الترك(١) ولو جمع بينهما فالاحوط طلاق الثانية او طلاق الاولى وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الاولى عن العدة وان كان الاظهر على القول بالحرمة ، عدم البطلان لأنها تكليفية فلا تدل على الفساد (٢) ثم الظاهر عدم الفرق في الحرمة او الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً اولا(٣) كما ان الظاهر اختصاص الكراهة او الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الابوين او الاب فلا تجري في المنتسب اليها ـ صلوات الله عليها ـ من طرف الام (٤) . خصوصاً اذا كان انتسابها اليها باحدى الجدات العاليات وكيف كان فالاقوى عدم الحرمة وان كان النص الوارد في المنع صحيحاً على ماروا ه الصدوق في العلل باسناده

---

(١) 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 رجلا 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 الاخباريين . ونسبته الى جماعة منهم غير ظاهرة .

(٢) أما أنها تكليفية على تقديرها ، فلاجل التعليل في الخبر بالمشقة ، المحمولة على الايذاء المحرم . لا لأجل القصور في موضوع العقد ، لتدل على الفساد

(٣) لاطلاق النص الآتي .

(٤) 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 لايخلو منه كثير من الناس ، بل أكثر الناس . ولعله لذلك خص المصنف (ره) الحكم بغيره .

عن حماد (١) قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لايحل لاحد ان يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع) ان ذلك يبلغها فيشق عليها . قلت : يبلغها ؟ قال (ع) إى والله » وذلك لاعراض المشهور عنه (٢) مع ان تعليله ظاهر في الكراهة . إذ لا نسلم ان مطلق كون ذلك شاقا عليها (٣) ايذاء لها حتى يدخل فى قوله (ص):

---

(١) رواه عن محمد بن علي ماجيلويه . عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد ، عن أبيه . عن ابن أبي عمير ، عن ابان بن عثمان ، عن حماد ، قال : « سمعت ... » وراه الشيخ باسناده عن علي بن الحسن عن السندي بن الربيع ، (عن علي بن السندي عن محمد بن الربيع . خ) عن محمد بن أبي عمير ، عن رجل من أصحابنا ، قال : « سمعته يقول : لايحل ... » .

(٢) بل فى 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 ، ومتاخريهم 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 رادله ، ومتردد فيه .

(٣) هذا الاشكال ذكره فى الحدائق وأجاب عنه بان المشقة الثقل والشدة والصعوبة . وذلك يستلزم الاذى ، فان الاذى هو الضرر ، وهو أقل مراتب المشقة . وفيه : أن إيذاءها (ع) المنهي عنه يراد به الايلام النفساني ، وهو غير لأزم من المشقة ، فانه إذا نزل على الانسان ضيف عزيز يجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام في إكرامه وتهيئة الطعام ولوازم الضيافة له ، مع التلذذ النفساني في ذلك ، والصلحاء من الناس يتحملون المشقة فى صيام شهر رمضان فى الصيف . مع التلذذ النفساني ، والمجاهدون في ميدان القتال والجلاد في أعظم مشقة ، مع التلذذ النفساني

« من آذاها فقد آذني » .

﴿ مسألة ٥١ ﴾ الاحوط ترك تزويج الامة (١) دواما مع عدم الشرطين ،

وهكذا فالآلام النفسانية لا تلازم المشقة نعم الحمل على الكراهة بقرينة التعليل المذكور موقوف على إثبات ان إدخال الشاق عليها مكروه . وهو غير ظاهر ، لجواز كونه حراما ، كالايذاء . فتأمل .

(١) بل هو المنسوب في كشف اللثام الى أكثر المتقدمين ، وحكاه في الحدائق عن المبسوط ، والخلاف ، والمفيد ، وابن السراج ، وابن الجنيد ، وابن أبي عقيل وفي محكي كلام الاخير نسبته الى آل الرسول لقوله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ، فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات . والله أعلم بايمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ، ولا متخذات أخدان . فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب . ذلك لمن خشي العنت منكم . وأن تصبروا خير لكم . والله غفور رحيم) فان صدر الاية الشريفة ظاهر في اشتراط جواز نكاح الامة بأن لايستطيع طولا . وظاهر ذيلها اشتراطه بخوف العنت . فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين وصحيح زرارة بن أعين ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن الرجل يتزوج الامة ؟ قال (ع) : لا ، إلا أن يضطر الى ذلك » . وموثق أبي بصير ، عن أبي عبدالله (ع) : « في الحر يتزوج الامة . قال (ع) : لا بأس إذا اضطر اليها » وموثق محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يتزوج المملوكة . قال (ع) : اذا اضطر اليها فلا بأس » .

ونوقش في الاستدلال المذكور بالاية تارة . بمنع حجية مفهوم الشرط . ويدفعها : أن المحقق في الاصول الحجية واخرى : بمنع حجية 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 مافيه 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 الاصل في كلام الشارع ذلك لا الارشاد ، حيث يدور الامر بينهما . ورابعة : بأن الشرط في المقام شرط للوجوب أو الاستحباب ، ومع انتفائة 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 الاصول . وسادسة : بأن مقتضى المفهوم العموم للعبد ، وهو خلاف الاجماع على الجواز فيه بدون الشرط ، فيتعين رفع اليد عن المفهوم . ويدفعها : أنه لامانع من البناء على تخصيص المفهوم بغير العبد ، كما في كثير من الموارد وسابعة : بان من المحتمل أن يكون المراد مما ملكت أيمانكم السراري والجواري . وفيه . ـ مع أنه لايناسب الشرط ـ مناف لقوله تعالى : (فانكحوهن باذن أهلهن ...) فانه صريح في التزويج . ومثل هذه المناقشات مناقشات أخرى يظهر اندفاعها باقل تأمل . فاذا لامجال إلا للاخذ بظاهر الاية .

وأما النصوص فتمكن المناقشة فيها بأن الضرورة أخص من الشرطين فيتعين حمل النهي على الكراهة للاجماع على عدم اشتراط الجواز بالاخص منهما ، كما سيأتي وفيه : أنه يمكن الجمع بين النصوص وغيرها ، بحمل الضرورة على الشرطين . وهو أولى من التصرف بالحكم .

وقيل بالجواز ولو مع عدم الشرطين ، وفي الشرائع أنه الاشهر ، وعن الغنية الاجماع عليه لعمومات الحل التي يجب تقييدها بما سبق ولما دل على أنه لايجوز

من عدم التمكن من المهر للحرة وخوف العنت بمعنى : المشقة او الوقوع(١) في الزنا

نكاح الامة على الحرة بغير إذنها ، لاشعارها بالجواز في غير موردها من وجهين كما في الرياض ـ أحدهما : تخصيص النهي بتزويجها على الحرة ، فلو عم النهي لخلا التقييد بالحرة عن الفائدة والثاني : دلالتها على جواز تزويجها ولو في الجملة ، وهو ينصرف الى العموم ، حيث لاصارف له عنه . وفيه : أن الادلة المذكورة واردة في مقام آخر . ولا تعرض فيها لما نحن فيه . ووجود الحرة مع الاذن لايوجب فقد أحد الشرطين . ولخبر يونس عنهم (ع) : « لاينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الامة إلا أن لايجد حرة » . وخبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله (ع) : « لاينبغي للحر أن يتزوج الامة وهو يقدر على الحرة » ونحوهما مرسل ابن بكير ، عن بعض اصحابنا ، عن أبي عبد الله (ع) . لـكن ظهور « لاينبغي » في الجواز ممنوع ولو سلم فليس بحيث يقوى على صرف الظواهر المتقدمة في المنع .

(١) حمله على المعنى الاول جماعة . وهو الاوفق بالمعنى اللغوي . وعلى الثاني جماعة أخرى ، بل في مجمع البيان نسبته الى اكثر المفسرين ، وفي كشف اللثام نسبته الى المشهور . وكأن الذي دعى الى هذا الحمل ـ مع مخالفته للمعنى اللغوي ـ قوله تعالى : (وأن تصبروا ...) إذ الصبر لايكون إلا مع حصول المشقة . ولايكفي في تحقق مفهومه خوفها . فيتعين إرادة الثاني ، إذ لا ثالث لهما . وعن بعض الفقهاء أنه المعنى الشرعي للعنت ، نقل اليه عن المعنى اللغوي . لـكنه كما ترى ، غـير 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 فعلا ، نظير قوله تعالى : (إنما يخشى الله من عباده العلماء) وقوله تعالى : (ذلك لمن خشي ربه) . لا على خشية

نفسه ، نظير قوله تعالى : (تجاره تخشون كسادها) ، وقوله تعالى : (خشية إملاق) . 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 الاول . وبذلك يرتفع ظهور التنافي 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 المحذور المترتب على المشقة ، سواء لم يكن بالاختيار مثل المرض ونحوه ، أم كان بالاختيار ، مثل الزنا ونحوه من المحرمات . اللهم إلا أن يقال : القسم الاول اذا كان مخوفا 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 ، وغيرها . 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 الاول ، وعدم وجوبه في الثاني ، غير ظاهر . إذ في المقامين لا يكون ترك التزويج مقدمة للحرام . فان 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 : « إن شراء الدواء واجب مقدمي لدفع المرض » ، فان 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 الاول ، وجواز

بل الاحوط تركه متعة أيضا وان كان القول بالجواز فيها غير بعيد (١) وأما مع

الصبر في القسم الثاني - غير ظاهر . فاذاً لامانع من كون ترك التزويج أفضل في المقامين . هذا بناء على أن الافضلية حكم حقيقي . أما اذا كان حكماً فعلياً ، فلايجوز في المقامين . كما لايخفى . وسيجيء التعرض لذلك . فانتظر .

والذي يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقة الشديدة وحمل خوفها على خوف مايترتب عليها من محذور شرعي أو عرفي . ودعوى : نقل العنت شرعا الى خصوص الزنا ، عرفت أنها لادليل عليها . كما لاقرينة على إرادته بالخصوص . فاللازم الاخذ بالاطلاق ولاينافيه قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) الدال على أن ترك التزويج أفضل ، وهو لايتم إذا لزم محذور شرعي منه لامكان تخصيصه بما اذا لم يترتب ذلك عليه كما عرفت .

(١) كما حكاه في الحدائق عن شرح النافع . فخص المنع بالدائم لأنه المنصرف اليه من أدلة المنع ولمصحح البزنطي ، عن أبي الحسن الرضا (ع) : « لايتمتع بالامة إلا باذن أهلها » . وصحيحه الآخر عنه (ع) : « عن الرجل يتمتع بأمة رجل باذنه ؟ قال (ع) : نعم » . وصحيحه الآخر ، المروي عن قرب الاسناد ، عنه (ع) : « أنه قال في الامة : يتمتع بها بأذن أهلها » وصحيحه الآخر عنه (ع) قال : « سألته يتمتع بالامة باذن أهلها ؟ قال (ع) : نعم إن الله عز وجل يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) » .

وفيه : أن الانصراف ممنوع . بل الانسب بقوله تعالى : (فآتوهن أجورهن) . الانصراف الى التمتع ، لما ورد في المتمتع بهن من أنهن مستأجرات والنصوص واردة في مورد حكم آخر وهو اعتبار إذن المالك في صحة المتعة ، لرفع احتمال عدم اعتبار الاذن في المتعة ، كما يشير اليه خبر سيف بن عميرة عن أبي الله (ع) : « لاباس بان يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها . فاما أمة الرجل فلا يتمتع بها

الشرطين فلا اشكال في الجواز . لقوله تعالى : (ومن لم يستطع ..) الى آخر الآية (١) ومع ذلك الصبر أفضل (٢) فى صورة عدم خوف الوقوع فى الزنا(٣)

إلا بامره » ونحوه خبر داود بن فرقد . ويشير الى ذلك صحيح البزنطي الثالث حيث تمسك فيه بالآية الشريفة . الدالة على أن التزويج متعة داخل في الآية ، الدالة على اعتبار إذن المالك فى تزويج الامة ، لدفع توهم خلاف ذلك فاذاً 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 أنكر وجود القول المذكور وكيف كان فلا دليل عليه في قبال ماعرفت من أدلة المنع ولذا كان الاولى إرجاعه الى القول بالمنع . واستدل له بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج الحرة على الامة . ولا تزوج الامة على الحرة . ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل » ، ونحوه غيره ودلالته على جواز تزوج الامة لمن لم يكن عنده حرة ، ولومع فقد الشرطين خفية .

(١) فان قوله تعالى : (فانكحوهن ...) صريح فى الجواز .

(٢) لما فى ذيل الاية الشريفة ، من قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) ولا منافاة بين ذلك وبين اشتراط الجواز بخوف العنت . لامكان تخصيصه بصورة ما اذا لم يترتب عليه محذور شرعي ، كما سيأتي .

(٣) قال في المسالك : « أطلق القائلون بجوازه بالشرطين أن الصبر له أفضل عملا بظاهر قوله تعالى : (وان تصبروا خير لكم) . وفى الجمع بين خيريته مع اشتراط الجواز بخشية العنت اشكال » . وجه الاشكال : ما أشرنا اليه من أنه إذا كان ترك التزويج يترتب عليه الزنا ، يكون حراماً ، فيمتنع أن يكون أفضل . لكن عرفت مافيه ، وأن ترك التزويج إنما يترتب عليه تحريم الزوجة ، ولا يترتب عليه الزنا .

كما لا اشكال في جواز وطئها بالملك (١) بل وكذا بالتحليل (٢) ولا فرق بين القن وغيره . نعم الظاهر جوازه في المبعضة لعدم صدق الامة عليها (٣) وان لم يصدق الحرة أيضا .

وإنما يترتب الزنا على حصول الشهوة . نظير ترك شراء الدواء ، الذي لا يترتب عليه المرض ، وانما يترتب على ترك استعمال الدواء . وحينئذ لامانع من كون ترك تزويج الامة أفضل في نفسه ، وان كان يلازمه الوقوع في الزنا ، أو المرض ، أو نحوهما مما يحرم وقوعه اختياراً ، لعدم المقدمية ، ولا مانع من اختلاف المتلازمين في الاحكام .

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 اختياريا كالزنا ونحوه ، أم لا كالمرض ونحوه - بأن يلزم منه ماليس بمحرم كتشويش باله ، ووقوف اعماله ومكاسبه ، ونحو ذلك . فانه حينئذ 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 ينافي ذلك كونه أفضل وفيه : أن الظاهر من قوله تعالى : (خير لكم) أنه أفضل فعلا ، وأنه في مقام الحث عليه . وهو يتنافى مع تحريم مايلازمه من الزنا ، كما عرفت .

(١) باتفاق المسلمين وفي الجواهر أنه لاريب 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 .

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر ، وإن كانت الآية الشريفة لم يذكر فيها

﴿ مسألة ٥٢ ﴾ لو تزوجها مع عدم الشرطين فالاحوط طلاقها (١) ولو حصلا بعد التزويج جدد نكاحها إن أراد (٢) على الاحوط .

﴿ مسألة ٥٣ ﴾ : لو تحقق الشرطان فتزوجها ، ثم زالا أو زال أحدهما لم يبطل (٣) ولا يجب الطلاق .

﴿ مسألة ٥٤ ﴾ : لو لم يجد الطول أو خاف العنت ولكن أمكنه الوطء بالتحليل او بملك اليمين يشكل جواز التزويج (٤) .

الامة وإنما ذكر فيها ما ملكت أيمانكم ، وهو أيضا لايشمل المبعضة ، فلا تدخل في أدلة المنع .

(١) لاحتمال صحة النكاح . فلا يجوز تركها بلا طلاق .

(٢) لاحتمال عدم صحته حين حدوثه .

(٣) كما في المسالك ، والجواهر . لأن الشرطين - على تقدير اعتبارهما - شرط في الحدوث . فاذا تحققا وصح حين حدوثه ، جرى استصحاب صحته بعد ذلك ، وإن زال الشرطان ، بل لو فرض أنه طلقها رجعياً جاز له الرجوع بها بعدفقد الشرطين ، لأنها بمنزلة الزوجة واستشكل فيه في الحدائق ، لخلو الغرض عن النص بنفي أو اثبات ، وعدم حجية الاستصحاب . وعن بعض العامة بطلان العقد . والجميع كما ترى ، خلاف الاصل . بل خلاف النصوص الدالة على جواز نكاح الحرة على الامة ، فانها محمولة على صورة ما إذا تزوج الامة لوجود الشرطين ، ثم زال أحدهما بحصول الطول الى تزويج الحرة بل في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): « في الرجل ينكح أمة فوجد طولا الى حرة وكره أن يطلق الامة . قال (ع) : ينكح الحرة على الامة ، إن كانت الامة أولهما عنده » .

(٤) بل في المسالك والجواهر لم يجز له نكاح الامة . لفقد الشرط وهو خوف العنت وحكي فيها احتمال الجواز لأنه لايستطيع طول حرة . وفيه : أن خوف

﴿ مسألة ٥٥ ﴾ : اذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها ، لمرض أو رتق ، أو قرن او صغر او نحو ذلك ، فكما لم يتمكن (١) وكذا لو كانت عنده (٢) واحدة من هذه او كانت زوجته الحرة غائبة .

﴿ مسألة ٥٦ ﴾ : اذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة ، يجوز الاثنتين (٣) أما الازيد فلا يجوز ، كما سيأتي (٤) .

العنت شرط آخر ، وهو مفقود . ومن ذلك يظهر الاشكال في توقف المصنف عن الفتوى . إلا أن يكون من باب الاشكال في الحكم فى أصل المسألة . نعم يشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين . وكأنه يريد خوف العنت لا من جهة العجز عن النكاح ، فانه لا ينافى التمكن من نكاح الامة . لكن الظاهر منه فى الآية الشريفة الخوف الناشىء من العجز الشرعي عن النكاح ، بحيث يكون العجز عن النكاح داعيا 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 » .

(١) لصدق عدم الطول على نكاح الحرة .

(٢) كما في المسالك . والجواهر ، والحدائق ، وفى الاخير نسبته الى تصريح الاصحاب . لصدق عدم الطول على نكاح الحرة . والظاهر عدم الاشكال فيه ، كما يقتضيه ماسيأتى من جواز نكاح الامة على الحرة باذنها نصا ، وفتوى . نعم إذا تمكن من بعض الاستمتاعات بها غير الوطء ، على وجه يزول خوف العنت ، لم يخوله نكاح الامة . لفقد الشرط الثاني .

(٣) نسبه فى الحدائق اليهم . لاطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين ، الشامل لمن لم يتزوج الامة ، ولمن تزوجها .

(٤) وتقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين .

﴿ مسألة ٥٧ ﴾ : اذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه ، فكصورة عدم القدرة (١) لقاعدة نفي الضرر .

---

(١) قال في المسالك : « لو وجدت الحرة ، وقدر على ما طلبته من المهر ، لكن طلبت أزيد من مهر مثلها ، بحيث تجحف بالزيادة . ففي وجوب بذله ، وتحريم نكاح الامة وجهان : من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول . ومن لزوم الضرر والمشقة بدفع الزيادة ، وحمل القدرة على المتعارف . وهو قوى مع استلزام بذل الزيادة الاسراف عادة بحسب حاله ، أو الضرر . وإلا فالاقوى الاول » والمصنف (ره) فرض مجرد الضرر المالي . واستدل له بقاعدة نفي الضرر . ويشكل أولا : بأن قاعدة نفي الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية ، كباب المعاوضات المالية والنكاح ليس منها ، فان المهر لم يلحظ فيه المعاوضة المالية ، فان الزوجة لا كلا ولا بعضا تكون ملكا للزوج عوض المهر ، ولا حق له فيها أيضا لوحظ عوضا عنه . وإنما عنوان الاصداق 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 غاية ماتقتضيه القاعدة المذكورة نفي الحكم الذي يؤدي الى الضرر ، لاإثبات صحة تزويج الامة مع فقد شرطه ، ولا إثبات شرطه . نعم اذا توقف التخلص من الوقوع فى الحرام على تزويج الحرة المذكورة ، وكان تزويجها ضرراً مالياً ، سقط وجوب تزويجها . لكن لايشرع صحة تزويج الامة مع فقد شرطها ووجوب التخلص من الحرام لايقتضي مشروعيتها . وكذلك رفع السهو والنسيان لايقتضي صحة الصلاة التي وقع فيها السهو والنسيان ، ودليل نفي الحرج لايقتضي صحة المركب الذي كان بعض اجزاءه حرجيا 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

نظير سائر المقامات . كمسألة وجوب الحج اذا كان مستطيعاً ولكن يتوقف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل ، او على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل فان الظاهر سقوط الوجوب وان كان قادراً على ذلك والاحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله (١) لامطلقاً .

بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل ، أو شراء الراحلة او الزاد بأكثر من ثمن المثل فان القاعدة هناك جارية على مقتضاها من نفي الحكم الضرري ، فينتفي وجوب الحج لأنه ضرري . وهنا يقصد اثبات صحة تزويج الامة بالقاعدة ، وهي لاتصلح لذلك مضافا الى أن الذي اختاره المصنف عدم سقوط الحج بذلك . فراجع المسألة السابعة من مبحث الاستطاعة من حيث المال .

(١) كما فرضه في المسالك . وحينئذ يجوز التزويج لصدق عدم الاستطاعة عرفا من نكاح الحرة . وليس من باب التمسك بقاعدة نفي الضرر .

(تنبيه)

حكي عن المفيد (ره) أنه قال : « ومن تزوج أمة وهو يجد طولا لنكاح الحرائر خالف الله عز وجل وشرطه عليه . إلا أنه لاينفسخ بذلك نكاحه » ، وحكي مثله عن ابن البراج . وظاهره صحة العقد ولزوم الاثم . فتكون الحرمة تكليفية . وفيه : أن ذلك خلاف ظاهر الادلة والآية وغيرها من الارشاد الى عدم حصول الزوجية ، كما في أمثال المقام .

فصل

الاقوى جواز نكاح الامة على الحرة مع اذنها (١) والاحوط اعتبار الشرطين (٢) من عدم الطول وخوف العنت ، وأما مع عدم اذنها فلا يجوز وان قلنا فى المسألة المتقدمة (٣) بجواز عقد الامة مع عدم الشرطين بل هو باطل (٤)

فصل

(١) كما هو المعروف . نعم عن الشيخ أنه حكي عن قوم من أصحابنا عدم الجواز ، وإن أذنت . ولعله أراد صورة عدم خوف العنت ، لوجود الحرة . وحينئذ يكون في محله . وإلا فلا ينبغي التأمل في بطلانه وفى الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » ويشهد له صحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع : « سألت أبا الحسن (ع) هل للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن أهلها وله امرأة حرة ؟ قال (ع) : نعم اذا رضيت الحرة . قلت : فان أذنت الحرة يتمتع منها ؟ قال (ع) : نعم » .

(٢) على ماتقدم . وتوقف المصنف هنا من أجل توقفه في أصل المسألة ، كما سبق .

(٣) يعني مسألة الاحدى والخمسين .

(٤) بلا خلاف ظاهر . لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج الحرة على الامة . ولا تزوج الامة على الحرة . ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل » . وخبر أبي بصير : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن نكاح الامة . فقال : تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة . ونكاح الامة على الحرة باطل » وخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن (ع) : « قال لايجوز نكاح الامة على الحرة ... » وخبر الحسن بن زياد : « قال أبو عبد الله (ع) : تزوج الحرة

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الاقوى (١) بشرط تحقق الشرطين

على الامة . ولا تزوج الامة على الحرة » . ونحوها غيرها . ودلالة الجميع على البطلان مابين صريحة وظاهرة . ومقتضى إطلاقها البطلان مطلقاً وإن أذنت الحرة كما تقدمت حكاية ذلك عن قوم من أصحابنا . لكن عرفت لزوم تقييدها بصورة عـــدم إذن الحرة . لصحيح ابن بزيع المتقدم . وهو وإن كان مورده المتعة . إلا أنه لاقائل 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 مالم تأذن سابقاً . أو لاحقاً . خلافا 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 حكى في المختصر النافع قولا بأن للحرة الخيار بين إجازة عقد الامة ، وفسخه . ونسبه في الرياض الى الشيخين وابني البراج وحمزة فكيف يكون البطلان إجماعيا؟ ! وكيف يعتمد على نقل الاجماع على البطلان مع العلم بالخلاف ؟ ! .

وحكى في المسالك عن الجماعة القول بالخيار للحرة بين فسخ عقد الامـــة وامضائه . وعقد نفسها وامضائه . لموثق سماعة عن أبي عبد الله (ع) : «عن رجل تزوج امة على حرة . فقال : إن شاءت الحرة أن تقيم مع الامة أقامت ، وإن شاءت ذهبت الى أهلها . قال : قلت : فان لم ترض بذلك وذهبت الى أهلها، فله عليها سبيل اذا لم ترض بالمقام ؟ قال (ع) : لاسبيل له عليها اذا لم ترض حين تعلم قلت: فذهبها الى أهلها طلاقها ؟ قال (ع) : نعم اذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ، ثم تتزوج إن شاءت » قال في المسالك ـ بعد ذكر الموثق ـ :

« وهو يدل على جواز فسخها عقد نفسها . ويسهل بعده القول بجواز فسخ عقد الامة » . وفي المختلف حكى عن الشيخين ، وابن البراج ، وسلار ، وابن حمزة ، القول بتخيير الحرة في فسخ عقد الامة وامضائه . ثم قال : « هل للحرة أن تفسخ عقـــد نفسها لو دخلت الامة عليها ؟ قال الشيخان : نعم . وبه قال ابن البراج ، وسلار ، وابن حمزة » وقريب منه ما في كشف اللثام . فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين . خلافا لما يظهر من بعضهم من أن قول الشيخين هو تخير الحرة في عقد نفسها لاغير ، ولما تقدم عن الرياض من أن المنسوب الى الشيخين واتباعهما ، هو تخير الحرة بين عقد الامة وفسخه . وكيف كان لامجال لدعوى الاجماع على البطلان بعد شهرة الخلاف من القدماء . وحينئذ يتعين الرجوع الى النصوص . وقد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقا وصحيح ابن بزع . وأما موثق سماعة فمقتضى الجمع بينه وبين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن بزيع : 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 . والطعن بالموثق بالضعف ـ كما في النافع ، والمسالك ـ ضعيف . وفي الحدائق اختار البطلان . وأجاب عن الموثق بأنه لايقوى على معارضة نصوص البطلان . وكأنه لأن الموثق ظاهر في صحة عقد الامة 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 الامة ، فيعارضه نصوص البطلان اللازم تقديمها عليه . نعم يشكل الموثق بأنه رواه في الكافي هكذا : « في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة ، ولم

على الاحوط (١) ولا فرق فى المنع بين (٢) كون العقدين دواميين أو انقطاعيين او مختلفين بل الاقوى عدم الفرق (٣) بين إمكان وطء الحرة وعدمه لمرض ، او قرن او رتق إلا مع عدم الشرطين (٤)

تعلم الحرة أن له امرأة . قال : إن شاءت الحرة ... » . فلا يكون فيما نحن فيه . وكأنه لذلك لم يتعرض فى الجواهر للاستدلال به على المسألة ، بل استدل بما رواه فى الكافي للمسألة الثانية ، وفي تزويج الحرة على الامة واحتمال ان تكونا روايتين في واقعتين ، مع اتحاد السائل والمسؤول منه ، والسند ، والجواب على طوله ، واشتماله على سؤالات وأجوبة متكررة من السائل والمجيب . بعيد ولا سيما وأن الكليني لم ينقل المتن الاول ، والشيخ لم ينقل المتن الثاني . فلو كانا حديثين لكان اللازم نقلهما معا . لأنهما جميعاً رويا ذلك عن الحسن بن محبوب ، عن يحيى اللحام ، عن سماعة والظاهر أن ذلك كان فى كتاب الحسن بن محبوب ، فما الذي دعى الى هذا التبعيض ؟! وإنه لبعيد جداً . والمظنون قويا أنها حديث واحد اختلف النقلان فى موضوع سؤاله . ولا ينبغي التأمل في تقديم نقل الكليني مع معارضته لنقل الشيخ ولم يتحقق استدلال الشيخين واتباعهما به على القول بالتخيير في الفرض ، بل من الجائز أن يكون دليلهم شيئاً آخر ، كما تقدم في تزويج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة . فراجع .

(١) على ماتقدم من الاشكال في أصل المسألة .

(٢) لاطلاق الادلة .

(٣) يعني : في المنع إلا مع الاذن . لاطلاق أدلة المنع .

(٤) 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 الاصل كما هنا .

نعم لايبعد الجواز (١) اذا لم تكن الحرة قابلة للاذن لصغر او جنون خصوصاً اذا كان عقدها انقطاعياً . ولكن الاحوط مع ذلك المنع وأما العكس - وهو نكاح الحرة على الامة - فهو جائز ولازم اذا كانت الحرة عالمة بالحال (٢) واما مع جهلها فالاقوى خيارها (٣) فى بقائها مع الامة وفسخها ورجوعها الى أهلها والاظهر عدم وجوب إعلامها بالحال (٤) . فعلى هذا لو اخفى عليها ذلك ابداً لم يفعل محرما

---

(١) كما احتمل ذلك في الجواهر بناء على ظهور دليل اعتبار الاذن في القابلة فيبقى غيرها داخلا تحت عمومات الحل . ثم احتمل العدم . لاطلاق النهي عن نكاح الامة على الحرة ، المقتصر في تقييده على صورة الاذن من القابلة ، ويبقى غيرها داخلا تحت عموم المنع . وهذا هو الموافق للقواعد . لأن عموم المنع أخص من عموم الحل فيقدم عليه . ومنه يظهر ضعف ما عن المبسوط من القول بالصحة .

(٢) بلا خلاف فيه ولا اشكال . لأصالة الحل ، واللزوم . وخصوص النصوص المتضمنة جواز تزويج الحرة على الامة ، كما تقدم بعضها .

(٣) كما هو المعروف ويشهد له خبر يحيى الازرق : « 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 استحل من فرجها » . ونحوه موثق سماعة المتقدم عن الكافي . وعن التبيان أن للحرة الخيار في عقد الامة أيضا ، كالخيار فى عقد نفسها ودليله غير ظاهر فى مقابل عمومات اللزوم . وعن المبسوط أنه رواية ولكنها لم تثبت .

(٤) كما في الجواهر للاصل ، ولما يستفاد من الخبرين المذكورين . ومجرد كون الخيار من حقوقها ، لايستلزم وجوب إعلامها به . على أن كون الخيار في المقام من الحقوق غير ظاهر ، حتى في حال العلم ، فضلا عن حال الجهل . وحكى

﴿ مسألة ١ ﴾ : لو نكح الحرة والامة فى عقد واحد مع علم الحرة صح(١) ومع جهلها صح بالنسبة اليها (٢) و بطل بالنسبة الى الامة (٣) الا مع اجازتها (٤)

في الجواهر عن الرياض أنه قال : « ولو أدخل الحرة على الامة جاز ولزم علم الحرة بأن تحته أمة إجماعا و نصوصا » ثم قال في الجواهر : « ولم نتحقق ذلك ويمكن أن يريد الاجماع والنصوص على الحكم الاول ... » ولكن نسخة الرياض التي عندنا هكذا : « جاز ولزم مع علم الحرة ... » فلا إشكال عليه حينئذ .

(١) بلا إشكال ظاهر لعمومات الصحة ، ولزم لدليل اللزوم .

(٢) بلا إشكال لعمومات الصحة .

(٣) بلا إشكال فيه في الجملة . ويقتضيه صحيح أبي عبيدة الحذاء ، 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 مهراً فهو لها . وأما المملوكتان فان نكاحهما فى عقد مع الحرة باطل ، يفرق بينه وبينهما » .

(٤) فيصح عقد الامة حينئذ ، كما فى 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 احتمل الحمل على الغالب ، وهو صورة عدم الاذن . وظاهره التردد في البطلان وكذا قوله في القواعد : « كان عقد الامة موقوفا ، أو باطلا » 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 متزلزلا ولا أولوية » ويشبه أن يكون من الاجتهاد في قبال النص .

وكذا الحال لو تزوجها (١) بعقدين فى زمان واحد على الاقوى .

﴿مسألة٢﴾: لا اشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة(٢) وأما على الحرة ففيه اشكال (٣) وإن كان لا يبعد جوازه (٤) لأن الممنوع نكاح الامة على الحرة ولا يصدق الامة على المبعضة وان كان لا يصدق أنها حرة أيضا .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : اذا تزوج الامة على الحرة فماتت الحرة اوطلقها او وهب مدتها فى المتعة اوانقضت لم يثمر فى الصحة (٥) بل لا بد من العقد على الامة جديداً اذا أراد .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : اذا كان تحته حرة فطلقها طلاقا بائناً يجوز له نكاح الامة فى عدتها (٦) وأما اذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال وان كان لا يبعد الجواز . لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (٧) .

---

(١) فانه وإن لم يدخل في عبارة النص صريحاً ، لكنه يدخل في مفهومه كما لا يخفى . لالغاء خصوصيته عرفا .

(٢) فانه لا يدخل في نصوص المنع ، فيرجع فيه الى عمومات الحل .

(٣) لاحتمال كون شرف الحرية هو الموجب المنع عن الفاقد لها .

(٤) كما مال اليه في الجواهر . لما ذكر في المتن .

(٥) لاستصحاب عدم ترتب الاثر . اللهم إلا أن يرجع الى عموم الصحة ، المقتصر في تقييده باعتبار إذن الحرة على صورة كونه عقد الامة على حرة ، وهو غير صادق في الفرض .

(٦) إذ ليس عنده حرة ، فلا يكون من تزويج الامة على الحرة ، الذي هو موضوع المنع ، فعموم الحل بحاله شامل له . اللهم إلا أن يرجع الى استصحاب حال ماقبل الطلاق لكن التحقيق عدم جريانه في مثل المقام مقابل العموم .

(٧) لو سلم لا يجدي في الجواز ، لأن دليل تنزيل المطلقة رجعياً بمنزلة

﴿مسألة ٥﴾: اذا زوجه فضولي حرة فتزوج امة ثم أجاز عقد الفضولي فعلى النقل لا يكون من نكاح الامة على الحرة فلا مانع منه وعلى الكشف مشكل(١).

﴿مسألة ٦﴾: اذا عقد على حرة وعقد وكيله له على امة وشك في السابق منهما لا يبعد صحتهما(٢) وان لم تجز الحرة والاحوط طلاق الامة مع عدم اجازة الحرة

الزوجة كاف في ثبوت الحكم الاول، المقدم على عموم الحل.

(١) أما على الكشف الحقيقي فلا ينبغي الاشكال في المنع، لأنه بالاجازة ينكشف أن الحرة زوجة حين عقد الفضولي، قبل عقد الامة، فيكون العقد على الامة من تزويج الامة على الحرة. وأما على الكشف الانقلابي فعقد الامة حين وقوعه لم يكن من تزويج الامة على الحرة، لكن بعد الاجازة وحكم الشارع بتحقق الزوجية حين عقد الفضولي ينقلب العقد على الامة - بعد أن لم يكن من تزويج الامة على الحرة - فيكون من تزويج الامة على الحرة. نعم يشكل المنع بأن الادلة منصرفة عن مثل ذلك، والظاهر منها تزويج الامة على الحرة حين حدوثه، وليس الامر كذلك على هذا المبنى وأولى منه بالاشكال لو بني على الكشف الحكمي.

(٢) أما عقد الحرة فمعلوم الصحة على كل حال، سابقاً كان، أولاحقاً، أو مقارنا. وأما عقد الامة فان كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا باذن الحرة، وإن كان سابقاً فهو صحيح ومع الشك في الصحة يبنى على الصحة، لقاعدة الصحة وأما الاصول الموضوعية فمقتضاها الصحة أيضا إذا علم تاريخ عقد الامة، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرة سابقاً، ولا حين وقوع العقد على الامة، فلا يكون عقد الامة لمن كانت عنده حرة لاسابقا ولا مقارنا، فيكون صحيحاً. وأما إذا علم تاريخ عقد الحرة فأصالة عدم وقوع العقد على الامة سابقاً ولا حين وقوع العقد على الحرة لا يقتضي صحة عقد الامة، بل يلازم فساده، كما هو ظاهر. وحينئذ لا يمكن إثبات صحة عقد الامة بالاصل الموضوعي في هذه الصورة، ويتعين

﴿ مسألة ٧ ﴾ : لو شرط في عقد الحرة أن تأذن فى نكاح الامة عليها صح ولكن اذا لم تأذن لم يصح (١) بخلاف ما اذا شرط عليها أن يكون له نكاح الامة

فصل

فى نكاح العبيد والاماء

﴿ مسألة ١ ﴾ : أمر تزويج العبد والامة بيد السيد فيجوز له تزويجهما (٢) ولو من غير رضاهما او اجبارهما على ذلك ولا يجوز لهما العقد على نفسهما من غير اذنه (٣) كما لايجوز

الرجوع الى أصالة الصحة . إلا أن يستشكل فيها ، لأن الشك ناشيء من الشك فى الامور الاتفاقية ، وجريانها في مثله محل إشكال وكلام .

(١) تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة التاسعة عشرة من فصل المحرمات بالمصاهرة فراجع .

فصل

فى 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 فاذا 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 أهلهن) وبعض النصوص الآتية في المسألة الثانية .

لغيرهما العقد عليهما (١) كذلك حتى لو كان لهما أب حر بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراما اذا كان ذلك بقصد ترتيب الاثر (٢) ولو لا مع اجازة المولى. نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع الاجازة منه فالظاهر عدم حرمته لأنه ليس تصرفا في مال الغير عرفا (٣) كبيع الفضولي مال غيره وأما عقدهما على نفسهما (٤) من غير اذن المولى ، ومن غيرهما (٥) بتوقع الاجازة فقد يقال بحرمته (٦)

(١) لما عرفت من غير فرق بين أن يكون العاقد أبا حراً ، وغيره . لعموم القاعدة للجميع .

(٢) لحكم العقل باستحقاق العقاب على مايصدر من المكلف من فعل أو ترك بقصد التوصل الى الحرام فتكون الحرمة عقلية لا شرعية .

(٣) لاختصاص التصرف في مال غيره المحرم بما يكون تصرفا خارجياً ، وإيقاع التزويج ـ كايقاع البيع الفضولي ـ 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 : « أو غيرهما » . كما أن أصل العبارة السابقة هكذا : « نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع الاجازة ... » . فتكون العبارة السابقة في إيقاع الغير لاغير ، وهذه العبارة في إيقاعها لاغير . فحينئذ تختلف المسألتان وقد راجعت نسخة الاصل فوجدتها كما ذكرنا ، على ماهو الظاهر .

(٦) يظهر ذلك من الجواهر ، فانه بعد قول ماتنه : « لايجوز للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحا إلا باذن المالك » قال : « بل ولايجوز ـ على الاصح ـ أن يعقدا لغيرهما أيضا ذلك ولا غيره من العقود . وإن كان لو وقع منهما ترتب الاثر وإن أثما » فحمل كلام الشرائع على نفي الجواز التكليفي وفي الرياض علل

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

﴿ مسألة ٢ ﴾ : لو تزوج العبد من غير اذن المولى وقف على اجازته فان أجاز صح وكذا الامة على الاقوى (٣)

الحكم المذكور في متن الشرائع بانهما ملك له ، فلا يتصرفان في ملكه بغير إذنه ، لقبحه . إنتهى ونحوه كلام غيرهما .

(١) هذا الانصراف غير ظاهر . نعم ماجرت السيرة على وقوعه بغير إذن الولي مخصص لعموم سلب القدرة لكن في كون المقام منه غير ظاهر . ومن ذلك يشكل مايأتي في قوله (ره) : « على الاقوى » .

(٢) تقدم ذلك عن الجواهر .

(٣) كما عن الاشهر ، أو الاكثر ، او المشهور . وفي الشرائع أنه الاظهر . وفي المختصر النافع : انه أشبه . للتصريح بذلك في جملة من النصوص الواردة في العبد . كصحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال (ع) : ذلك الى سيده إن شاء أجازه . وإن شاء فرق بينهما قلت : أصلحك الله تعالى ، إن الحكم بن عيينة ، وإبراهيم النخعي ، وأصحابهما ، يقولون : إن أصل النكاح فاسد ، ولاتحل إجازة السيد له . فقال أبو جعفر (ع) : إنه لم يعص الله سبحانه ، إنما عصى سيده ، فاذا أجازه فهو له جائز » والمراد من معصية السيد فعله بغير إذنه كما أن المراد من عدم معصية الله سبحانه فعله باذنه . 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 ، لامن الله تعالى ، ولامن السيد ، تعين أن يكون المراد بالمعصية فيه معنى آخر ، وهو

فعل مالم يأذن به ، فمعصية السيد فعل مالم يأذن به السيد ، وعدم معصية الله تعالى عدم فعل مالم يأذن به الله تعالى ، بأن كان فعله مأذوناً فيه منه تعالى ، فان عقد العبد لاقصور 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 ماذكرنا 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 نكاحهما . فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقا كثيراً . وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول . فقلت لابي جعفر (ع) : فان أصل النكاح كان عاصياً ؟ فقال أبو جعفر (ع) : إنما أتى شيئا حلالا ، وليس بعاص لله . إنما عصى سيده ، ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيان ماحرم الله عليه ، من نكاح فى عدة ، وأشباهه » ومن النصوص الواردة فى العبد صحيح معاوية بن وهب ، قال : « جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال : إني كنت مملوكا لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ، ثم أعتقوني بعد ذلك ، فاجدد نكاحي إياها حين أعتقت ؟ فقال (ع) له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . اثبت على نكاحك الاول » ونحوها خبر الحسن بن زياد الطائي ، وغيره .

ومن التعليل فى الصحيح يظهر عموم الحكم للامة مضافا الى إطلاق النصوص الدالة على أنه لايجوز تزويج الامة إلا باذن مولاها . مثل خبر أبي العباس البقباق : « قلت لأبي عبد الله (ع) : يتزوج الرجل بالامة بغير علم أهلها . قال : هو زنا إن الله تعالى يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) » . وموثق أبي بصير ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن نكاح الامة قال (ع) : لايصلح نكاح الامة

والاجازة كاشفة (١) ولافرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها ، أو لا بل على

إلا باذن مولاها » بناء على عمومها للاذن بعد العقد ، كما تحقق ذلك فى مبحث الفضولي. وقوله (ع) : « هو زنا » مختص بصورة عدم الاذن ، كما يظهر من الاستشهاد بالآية الشريفة .

وقيل بالبطلان فيها ، وهو المحكي عن أكثر القائلين ببطلان نكاح الفضولي وإن كان بعضهم بنى على الصحة فى العبد ، كالشيخ في الخلاف ، والمبسوط ، فقد حكي عنه أنه استثنى نكاح العبد بدون إذن سيده وفيه : أن البناء على بطلان الفضولي فى النكاح ، لايقتضي البناء عليه فى المملوك ، للنصوص الخاصة به ، التي عرفتها وقيل بالبطلان ، وأن الاجازة كالعقد المستأنف حكي عن النهاية ، والتهذيب والمهذب . لكن في كشف اللثام ـ تبعاً للمختلف ـ حمل البطلان على التزلزل ، فيرجع هذا القول الى المشهور . وقيل بالبطلان في الامة ، والصحة فى العبد حكي عن ابن حمزة ، واختاره في الحدائق . للنصوص الواردة في الامة ، المتضمنة أن نكاحها بغير إذن مولاها فاسد أو زنا بناء منه على عدم عمومها للاذن بعد العقد . وأما الصحة فى العبد فلما تقدم من النصوص وفيه : ماعرفت فى وجه الاستشهاد بنصوص الامة .

(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 العرفى كون الزوجية من قبيل المسبب عن العقد ، على نحو المسببات الحقيقية عن أسبابها ، بحيث لاتنفك 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 .

الوجه المحرم . ولا يضره النهي لانه متعلق بأمر خارج (١) متحد والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الاجازة فلا تنفع الاجازة بعد الرد (٢) وهل يشترط فى تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد ، أولا ؟ وجهان اقواهما الثانى (٣) .

---

(١) التحقيق : أن النهي في المعاملات سواء كان متعلقاً بأمر داخل ، أم خارج متحد مع المعاملة ، أو غير متحد ، لايقتضي فساد المعاملة فان النهي عن البيع وقت النداء نهي عن أمر داخل ، بل عن نفس مضمون العقد ، ولايقتضي فساد العقد ، ولا عدم ترتب المضمون . نعم فى العبادات يمكن التفصيل بين النهي عن العبادة نفسها ، أو عن أمر داخل فيها ، كالجزء ، وبين النهي عن أمر خارج ، فان الاول يقتضي الفساد ، والثاني لايقتضيه إذا لم يكن المنهي عنه متحدا مع ذات العبادة ، ومع الاتحاد يقتضي الفساد ، إلا بناء على جواز اجتماع الامر والنهي . ثم إنك عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الاجازة عقلية ، لاشرعية فالنهي إرشادي من باب لزوم دفع الضرر ، لاشرعي ، فاستحقاق العقاب علة للنهي ، لامعلول له . ثم إن صحة العقد الواقع على الوجه المحرم بالاجازة اللاحقة صريح النصوص المتقدمة .

(٢) كما هو المشهور ، بل المدعى عليه الاجماع . وكأن الوجه فيه : أن الرد بمنزلة الحائل بين الاجازة والعقد ، فلا يمكن ارتباط الاجازة به ، كما اذا كان بعد الايجاب قبل القبول ، فانه مانع من ارتباط الايجاب بالقبول عرفا .

(٣) لعمومات الصحة . وعن جماعة البناء على البطلان وهو غير ظاهر الوجه الا بناء على أن النهي السابق على العقد يستوجب وقوع الكراهة حال العقد وبعده آنا ما ، فيكون الكراهة بمنزلة الرد. وفيه: أن الكراهة لاتكون رداً ، ولذا يصح عقد المكره إذا أجاز بعد ذلك . وبالجملة : عمومات الصحة لافرق في شمولها لمقد

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لو باشر المولى تزويج عبده او اجبره على التزويج فالمهر إن لم يعين فى عين يكون فى ذمة المولى (١) ويجوز ان يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه .وهل له ذلك قهراً عليه ؟ فيه اشكال (٢) كما اذا استدان على ان يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه وأما لو اذن له في التزويج فان عين كون المهر في ذمته او فى ذمة العبد ، اوفى عين معين تعين (٣) وان أطلق ففي كونه في ذمته او في ذمة العبد مع ضمانه له وتعهده ادائه عنه (٤) او كونه فى كسب العبد .

الفضولي بين سبق النهي وعدمه .

(١) الكلام تارة يكون فى المهر المذكور في متن العقد . وأخرى في المهر المستحق بالوطء إذا لم يذكر المهر فى العقد . والظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الاولى وحينئذ يكون الوجه فيه ظاهر ، لأن المهر المذكور لما لم يعين في ذمة ولا فى عين انصرف الى ذمة العاقد المباشر وعهدته ، وفي صورة الاجبار يكون الآمر بمنزلة المباشر . لكنه غير ظاهر . فالاولى إلحاق صورة الاجبار بالصورة الآتية .

(٢) للاشكال فى دخول الذمة تحت سلطان المالك ، لأن الملكية قائمة بالعبد لا بذمته ،فلا تكون ذمته مملوكة،ولا تحت ولاية المالك .إلا أن يقال : ان الذمة من من شؤون المملوك ، فتكون تحت ولاية مالكه ويحتمل أن يكون وجه 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 المجعول أن يكون عليه حال الرقية أن يدفعه حال الحرية ، فالحق المجعول عليه جعل عليه في حال الرقية ، لا في حال الحرية

(٣) لانه مقتضى سلطان المولى .

(٤) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالاداء ، لا الضمان الاصطلاحي ،بان يكون المهر في ذمة المولى بعد أن كان في ذمة العبد .

وجوه اقواها الاول (١) لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه وكون المهر عليه -

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ، وحكي عن ابني حمزة وادريس وفي المسالك أنه المشهور وأنه الاصح . لأن الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه ولوازمه ، كما لو أذن له في الاحرام بالحج ، فانه يكون إذنا في توابعه من الافعال وإن لم يذكر . إنتهى. لكن التعليل المذكور إنما يقتضي الاذن في جعل المهر ، لا كون المهر في ذمة المولى . نعم لو ثبت أن العبد لاذمة له تعين أن يكون المهر المجعول 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 ماذكرنا من الاشكال على التعليل فسره في المتن بأن المراد أن من لوازم الاذن في التزويج عرفا أن يكون المهر على المولى ، لعدم قدرة العبد وكونه كلا على مولاه . فالجعل في ذمة العبد وإن كان ممكناً ، لكنه خلاف ظاهر الاذن عرفا . فكأن مراد المسالك ذلك وكذا قبله في جامع المقاصد ، فقد ذكر فيه التعليل بعينه بزيادة ان النكاح يمتنع إخلاؤه عن المهر ، والعبد لايملك شيئاً ، فلا يجب عليه شيء ، لامتناع أن يجب عليه ما لايقدر عليه ، لامتناع التكليف بما لايطاق . فيكون وجوبه على المولى . انتهى . فلو لم يكن تعهد من المولى بالمهر كان الاذن صوريا ، لاجديا . هذا بالنظر الى الغالب ولذلك كان الاذن دالا على كون المولى متعهداً بالمهر بالدلالة العرفية . وليس من باب أن الاذن في الشيء اذن في لوازمه ، بل من باب أن لازم الاذن عرفا التعهد بالمهر وكان الاولى لذلك اسقاط الجملة الاولى من

بعد عدم قدرة العبد على شيء، وكونه كلا على مولاه - من لوازم الاذن في التزويج عرفا وكذا الكلام في النفقة . ويدل عليه أيضا في المهر رواية علي ابن ابي حمزة(١) وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (٢) ولو تزوج العبد من غير اذن مولاه ، ثم اجاز

التعليل ، والاقتصار على مابعدها . وهو غير بعيد .

(١) رواها عنه الحسن بن محبوب ، عن أبي الحسن (ع) : «في رجل يزوج مملوكا له امرأة حرة على مائة درهم . ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها . فقال (ع) يعطيها سيده من ثمنه نصف مافرض لها . إنما هو بمنزلة دين له استدانه بامر سيده» ومن ذيلها يظهر أن التزويج كان من العبد باذن المولى لامن المولى مباشرة ، كما يظهر من صدر الرواية . وإلا 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 ، فجائت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد . فقال (ع) : ليس على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه . فان إباق العبد طلاق امرأته ... » . فان تعليل نفي النفقة على المولى بأنها بانت عصمتها يدل على ثبوتها على السيد مع عدم البينونة .

وعن المبسوط، وابني البراج وسعيد ، أن المهر في كسب العبد، وفي كشف اللثام: «وهو عندي أقوى لان الاصل براءة ذمة المولى . والاذن في النكاح لا يقتضي تعليق لازمه في الذمة ، وإنما يستلزم الاذن في لازمه ، وهو الكسب للمهر والنفقة» . وفيه: أنه لامجال للاصل مع الدليل ، وقد عرفت أن من لوازم الاذن في النكاح عرفا التعهد بالمهر والنفقة ومنع استلزام الاذن في النكاح الاذن في الكسب والمهر ، بل لابد في فعل الكسب من الاستئذان وكذلك صرف النهاء 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

ففي كونه كالاذن السابق في كون المهر على المولى . او بتعهده ، اولا . وجهان(١) ويمكن الفرق بين مالو جعل المهر في ذمته فلا دخل له بالمولى (٢) وان اجاز العقد.

بالكسب من نساجة وغيرها ، بلا إذن من المولى فى ذلك ، كان شاذاً ومتمرداً على مولاه ولذا قال في الجواهر: « ليس فى الاذن مايقتضي اختصاص ذلك بخصوص الكسب من أموال السيد » والاشكال عليه ـ كما في رسالة شيخنا الاعظم ـ بأن مراد كاشف اللثام أنه لاتسلط عليه فى 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 وغيره ، والشيخ وأتباعه يعينون الدفع من الكسب هذا اذا كان العبد كسوبا ، أما اذا 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 : أنه في ذمة العبد ، لكونه عوض ما انتقل اليه من البضع ولكن يستحق على السيد أداؤه حالا ، أو عند حلول الاجل ولعل هذا هو المراد من قولهم في ذمة السيد ، وأنه في عهدته أداؤه عن العبد وإلا فالمهر على الزوج نصا ، وفتوى » وكأنه الى ذلك أشار في المتن بقوله : « أو فى ذمة العبد ... » ، كما تقدم شرح المراد منه . وما ذكره (ره) غير بعيد عن الاذواق العرفية .

(١) أقربهما الاول . لما ذكر فيما اذا كانت الاذن سابقة . وفى القواعد : « وإجازة عقد العبد كالاذن المبتدأة فى النفقة . وفي المهر إشكال » وفي كشف اللثام ـ في وجه الاشكال ـ : « أن العقد لما وقع تبعه المهر ، ولم يلزم المولى حينئذ وأنها رضيت بكونه في ذمة العبد . وفيهما منع ظاهر » .

(٢) قد عرفت أن عدم قدرة العبد على الاداء قرينة عرفية على إرادة تعهد

أو في مال معين من المولى او في ذمته (١) فيكون كما عين او اطلق فيكون على المولى ثم ان المولى اذا أذن فتارة يعين مقدار المهر وتارة يعمم وتارة يطلق فعلى الاولين لا اشكال وعلى الاخير ينصرف الى المتعارف (٢) واذا تعدى وقف على اجازته (٣) وقيل : يكون الزائد فى ذمته (٤) يتبع به بعد العتق وكذا الحال

المولى بالدفع من اجازته العقد السابق .

(١) الصورتان المذكورتان غير داخلتين في محل الكلام . إذ لا ريب فى أن مقتضى الاجازة صحة تعيين المملوك .

(٢) 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 ، وتقييد الاطلاق به، فاذا تعدى الوكيل كان العقد فضوليا ، 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 واذا 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

(٣) راجع الى الصورة الاولى ، والاخيرة ، التي يمكن فرض التعدي فيها.

(٤) كما لعله المشهور ، والمصرح به في الشرائع ، والقواعد . وفي المسالك أن الفرق بينه وبين الشراء بأكثر من ثمن المثل - حيث يبطل البيع من أصله إلا باجازة المالك ، بخلاف المقام - : أن النكاح لا يتوقف على المهر ، ولا تلازم بينهما 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: «ان الانسب بالقواعد ثبوت الخيار للمولى في العقد أو الصداق».

بالنسبة الى شخص الزوجة ، فانه ان لم يعين ينصرف الى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعة (١) فان تعدى وقف على اجازته .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : مهر الامة المزوجة للمولى (٢) سواء كان هو المباشر ، او هي باذنه ، أو باجازته ونفقتها على الزوج إلا اذا منعها مولاها (٣) عن التمكين

---

(١) قد عرفت الاشكال في الانصراف اذا لم يرجع الى مصلحة المالك وحينئذ يتعين العمل بالاطلاق ، كما ذكره بعض . إلا اذا كان اللائق بحال العبد هو اللائق بحال المالك ، فان التعدي عن ذلك خلاف مصلحة المالك حينئذ ، فيحتاج الى الاجازة .

(٢) بلا خلاف ـ كما في الرياض ـ ، وبلا خلاف ، ولا إشكال ـ كما في الجواهر ـ ، واتفاقا ـ كما في رسالة شيخنا الاعظم ـ لأنه عوض منافعها المستوفاة منها ، فهو كأجرة الامة المستأجرة . لكن عرفت أن باب النكاح ليس من قبيل المعاوضات ، والمهر المذكور في العقد لم يلحظ فيه عوضية . نعم المهر المستحق بالوطء لوحظ فيه ذلك . وكيف كان فالاتفاق المدعى كاف في استحقاق المولى المهر . مضافا الى خبر أبي بصير عن أحدهما (ع) . « في رجل يزوج مملوكة له من رجل حر على أربعمائة 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) : ان كان الزوج دخل بها وهي معه ، ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها ، فلا شيء له عليه ، ولا لغيره . وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر ، إذا كان يعرف هذا الامر ... » واشتماله على مالا يعمل بظاهره غير قادح في حجيته على المقام .

(٣) يعني منعاً تكوينياً بان حبسها ، أو تشريعياً وقد امتنعت بمنعه . لكن في الصورة الاولى لاموجب لسقوط النفقة ، لأنها معذورة في ترك التمكين ، ومعه لاتسقط النفقة . وكان الاولى استثناء صورة نشوزها ، بدل ما ذكر .

لزوجها او اشتراط كونها عليه (١) والمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج . والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلا (٢) ولا بأس به . بل يستفاد من بعض الاخبار (٣) ولو اشترطا غير ذلك

---

(١) يعني اشتراط كون ادائها عليه . أما اذا اشترط كون ثبوتها عليه ، ففيه إشكال ، لأنه مخالف للكتاب ، فقد جعل فيه ثبوتها على الزوج . قال تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) .

(٢) قال في القواعد : « وللسيد استخدام الامة نهاراً . وعليه تسليمها الى زوجها ليلا » ، وفي جامع المقاصد : « لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلا ونهاراً قطعاً . بل يستخدمها نهاراً ويسلمها الى الزوج ليلا لأن السيد يملك من امته منفعة الاستخدام ، ومنفعة الاستمتاع ، فاذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها ، وبقيت المنفعة الاخرى يستحق استيفاؤها في وقتها . وهو النهار كما لو أجر الامة .. » ونحوه في كشف اللثام . ولم ينقل في ذلك خلاف ، ولذلك نسبه في المتن الى المشهور وفيه : أنه غير ظاهر وفي الجواهر - في المسألة الرابعة ، آخر مسائل تحليل الامة - قال : « ان المتجه على اصول الامامية جريان حكم الزوجة عليها ، فيجب تسليمها حينئذ ليلا 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 الازمنة والامكنة ، فان الرجال قوامون على النساء » ومن ذلك يظهر لك الاشكال فيما ذكر في المتن من قوله (ره) : « ولا بأس به » .

(٣) وهو ماروواه الراوندي في محكي نوادره ، باسناده عن موسى بن جعفر (ع) ، عن آبائه (ع) : « أن علياً (ع) قال اذا تزوج الحر أمة ، فانها تخدم أهلها نهاراً ، وتأتي زوجها ليلا . وعليه النفقة اذا فعلوا ذلك » . لكن الخبر

فهما على شرطهما (١) ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون اذن السيد ؟ قد يقال : ليس له (٢) بخلاف ما اذا أراد السيد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون إذن الزوج والاقوى العكس لأن السيد اذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية ، والرجال قوامون على النساء . وأما العبد المأذون فى التزويج فامره بيد مولاه (٣) فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته . الا ما كان واجباً عليه من الوطء في كل أربعة اشهر ، ومن حق القسم .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : اذا أذن المولى للامة في التزويج وجعل المهر لها صح على الاقوى من ملكية العبد والامة (٤) وان كان للمولى ان يتملك ما ملكاه (٥)

ضعيف لم يثبت جبره بعمل ومورده الامة المعدة للخدمة ، ولعل إعدادها لذلك قرينة على اشتراط عدم مزاحمة حقوق الزوج لها .

(١) عملا بعموم نفوذ الشروط .

(٢) القائل العلامة في القواعد . وعلله في جامع المقاصد بأن السيد مالك للرقبة ، واحدى المنفعتين . وليس للزوج إلا المنفعة الاخرى ، فكان جانبه أقوى وفي كشف اللثام علله بسبق حقه ، وتعلقه بالرقبة ، وعدم منافاته لحق الزوج . إنتهى . والاخير ممنوع . وما قبله لايقتضى الجواز .

(٣) لأنه لايقدر على شيء ومخالفته لمولاه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه

(٤) تعرضنا لتحقيق ذلك فى أوائل كتاب الحج من هذا الشرح .

(٥) لعموم عدم قدرة العبد على شيء ، وعموم : « الناس مسلطون على أموالهم » فان إخراج شيء عن ملكه ـ كادخال شيء فى ملكه ـ داخل في العموم المذكور بل مقتضاه جواز تمليك المالك مال العبد لشخص ثالث ، سواء كان فيه مصلحة للعبد ، أم مفسدة عليه . إذ لا يعتبر فى عموم السلطنة وجود مصلحة للمملوك

بل الاقوى كونه مالكا لها ولما لها ملكية طولية (١) .

كما هو ظاهر . وعن المختلف : « لو ملك (يعني : العبد) لما جاز للمولى أخذه منه قهراً . والثاني باطل إجماعا » وهو شامل لما نحن فيه .

(١) هذا لم يعرف قولا لاحد منا ، فان الاقوال المحكية في المسألة ـ على كثرتها ـ ليس هذا منها ، فقد حكاها جماعة ، ومنهم الشيخ الكبير (قده) في شرح القواعد ، ولم يذكر هذا القول منها . قال (ره) ـ بعد الاستدلال على عدم الملكية مطلقاً ـ : « فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً . فنسب الى الاكثر في رواية ، والى ظاهر الاكثر في أخرى . أو يملك فاضل الضريبة فقط ، أو ارش الجناية كذلك . ونسبا الى الشيخ واتباعه أو ما ملكه مولاه . وربما عد منه فاضل الضريبة أو ما أذن له في ملكه . أو المركب منهما ، على اختلاف أقسامه . أو يملك ملكا غير تام . أو التصرف خاصة » . وكأن وجه هذا القول الاخبار الصحيحة ـ كما قيل ـ الدالة على أن العبد وماله لمولاه . ومنها صحيح محمد بن قيس ، عن أبي جعفر (ع) : « أنه قال في المملوك : مادام عبداً فانه وماله لأهله . لايجوز له تحرير ، ولا كثير عطاء ، ولا وصية ، إلا أن يشاء سيده » وتقريب الاستدلال بها : أنه لما امتنع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مملوك واحد ، يدور الامر بين التصرف في إضافة المال الى العبد ، بحملها على غير الملكية الحقيقية ، لأنه يكفي في الاضافة على نحو المجاز 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 ماتقوم به ملكية العبد فان ملكية العبد قائمة بذات المال ، وملكية المولى قائمة بالمال المضاف اليه ، فتكون ملكية المولى في طول ملكية العبد ، لأن موضوعها متأخر رتبة عن موضوع ملكية العبد ، فلا تكون من اجتماع الملكيتين في موضوع واحد ، بل هما في موضوعين

﴿ مسألة ٦ ﴾ : لو كان العبد او الامة لمالكين او اكثر ، توقف صحة النكاح على اذن الجميع او اجازتهم (١) ولو كانا مبعضين توقف على اذنهما واذن المالك (٢) وليس له اجبارهما حينئذ (٣) .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : اذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤) وتستحق المهر

مترتبين . وفيه : أن هذا المعنى بعيد عن الاذواق العرفية . فيتعين أحد التصرفين الاولين . واذا دار الامر بين التصرف في الصدر ، والتصرف في الذيل ، يتعين الثاني ، لأن الاول يقع في موقعه من الذهن ، فيحمل الثاني عليه . لا العكس مضافا 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 ـ جل شأنه ، وتقدست أسماؤه نظير اختلاف الاضافتين في مثل قولنا: « السرج للدابة » و« السرج لزيد » فلاحظ وتأمل .

(١) على ما عرفت في المالك المتحد فانه لافرق بين اتحاد المالك وتعدده ، بلا إشكال ، ولا خلاف .

(٢) أما التوقف على ذلك فلقاعدة السلطنة . وأما الصحة حينئذ فلما عرفت سابقاً لعدم الفرق بين الفروض .

(٣) إذ لادليل على ذلك ولا سلطنة للمالك عليها ، بعد أن كان بعضها خارجاً عن ملكه .

(٤) لأنه اذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك ، وبطل النكاح ، إجماعا بقسميه ـ كما في الجواهر ـ ويشهد له النصوص . منها خبر سعيد بن يسار ، قال :

إن كان ذلك بعد الدخول (١) وأما ان كان قبله ففي سقوطه ، او سقوط نصفه او ثبوت تمامه وجوه مبنية على انه بطلان او انفساخ (٢) ثم هل يجري عليها حكم

« 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» . ونحوه صحيح عبد الله بن سنان ، ومصحح محمد بن قيس ، وغيرهما .

(١) بلا خلاف ظاهر . لأن الدخول سبب الاستحقاق ، فلا يزول ببطلان العقد الطاري، لأن البطلان الطاري، لا يرفع الاستحقاق السابق . نعم لو كان البطلان من أول الامر كان مقتضاه الرجوع الى مهر المثل ، لا المسمى .

(٢) لا يظهر الفرق عرفا بين البطلان والانفساخ ، فانهما واحد . وكأن مراده من البطلان البطلان من أول الامر ، ومن الانفساخ الانفساخ من حين السبب الطاري، . لكن لم يذكر في كلماتهم 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 الزوجين ، كباب الخلع قبل الدخول . أو من الزوجة فقط ، كما لو اسلمت مع كفره ، أو ارتدت مع اسلامه، قبل الدخول فانها لا تستحق من المهر شيئاً . نعم اذا ملك الحر زوجته الامة قبل الدخول احتمل التنصيف ، وتمام المهر . قال في جامع المقاصد في الفرض الاول « ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان » ثم ذكر أن وجه الاول : أن الفراق حصل بصنع الزوجين ووجه الثاني : أن الفراق حصل بالزوجة والسيد لا إختيار للزوج فيها والسيد ونحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الاولى أول مبحث نكاح الاماء . ثم قال في جامع المقاصد : « ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الامة قبل الدخول ففي وجوب نصف المهر ، أو جميعه ، الوجهان أيضا » ووجه الاول : 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 . وان كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر وان كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر قال في القواعد : « واذا 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 الاخير قويا ، إلحاقا للارتداد بالموت ، الموجب لثبوت تمام المهر . وفي جامع المقاصد في شرح ذلك قال : « وقيده المصنف (ره) بما اذا 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 . لأن المهر يجب جميعه بالعقد ـ على أصح الاقوال ـ ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق ، فيبقى وجوب جميعه ثابتا في غير الطلاق . إذ الحمل عليه قياس ... » وفي رسالة شيخنا الاعظم (ره) فيما لو اسلمت قبل الدخول : أنه لامهر لها . لان الحدث جاء من قبلها . وفيما لو اسلم أحد الحربيين : أن عليه نصف المهر ، إن كان الاسلام منه وقيل عليه جميع المهر ، لثبوته بالعقد ، ولادليل على سقوطه وإلحاقه بالطلاق قياس وإلا يكن الاسلام منه بل كان الاسلام 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 التمام ، كما في فرض المسألة المذكورة في المتن . والفسخ من الزوج ، فيكون المتجه فيه التمام .

وكيف كان فالمتحصل مما ذكرنا : أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التمام ، كالموت ـ بناء على المشهور ـ والتنصيف ، كالطلاق . أو السقوط ، كالفسخ من أحد الزوجين بعيب في صاحبه ، زوجا 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 الطارىء : فالطارىء إنما يرفع موضوع العقد ، ولا يرفع نفس العقد نظير ما لو باعه ، أو وهبه طعاما ، فأكله . فان الاكل لا يبطل البيع ، ولا الهبة . وكذا موت أحد الزوجين لا يبطل النكاح . ولذلك كان الاصل فيه بقاء تمام المهر - كما هو المشهور - وان كان التحقيق هو التنصيف ، كالطلاق . لكنه للدليل ، لا لأنه مقتضى الاصل . فانه اذا كان العقد باقياً في موضوعه كان المهر باقياً أيضا . وعلى هذا يتعين تمام المهر في جميع الصور المذكورة كما يتعين العمل بالشروط التي تضمنها العقد . فاذا 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 اذا ارتدت الزوجة ، اوأسلمت ، أو حرمت على زوجها برضاع ، فانها لا تبطل بذلك ، وإن خرجت الزوجة عن الزوجية .

واذا كان الفراق بالفسخ الاختياري بطل تمام المهر . لأن المهر قائم بالعقد وقد ارتفع وانحل . وكذا الشروط القائمة بالعقد ، فانها تبطل ، ولا يجب العمل بها . ولا فرق بين أن يكون المباشر للفسخ الزوج ، والزوجة . كما هو الحكم في فسخ أحد الزوجين بعيب في الآخر قبل الدخول . إلا في العنن ففيه التنصيف ، للدليل . كما لا فرق في الفرض الاول بين أن يكون السبب الطارىء باختيار الزوج أو الزوجة ، وأن يكون باختيارهما معا ، وأن لا يكون باختيار أحدهما . وأما الطلاق بأنواعه فما لا يرتبط بالعقد ، ولا بموضوعه . وإنما يحدث أثراً مضاداً لأثر العقد ، فلا مجال لالحاق المقام به وعلى ماذكرنا يشكل الحكم فيما ذكروه هنا ، وفي باب

الطلاق قبل الدخول . أو لا وعلى السقوط كلا اذا اشترته بالمهر الذي كان لها فى ذمة السيد بطل الشراء ، للزوم (١) خلو البيع عن العوض . نعم لا بأس به اذا

إسلام أحد الزوجين ، وفي باب الرضاع المحرم .

(١) قال فى القواعد : « ولو اشترته زوجته أو اتهبته 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 : « أنه 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 » . وفى حاشية بعض الاعاظم : « أجيب عنه بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد ، وفى رتبة الشراء يكون المهر ثابتا . وهو كاف في صحة الشراء فلا يلزم خلو البيع من العوض » ويشكل بأن سقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء فى الرتبة اللاحقة ، ويلزم المحذور ، وهكذا كل مايلزم من وجوده عدمه ـ الذي قيل انه محال ـ 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 مادل على صحة الشراء ، باخراج المورد عنه . وحينئذ يدور الامر بين التخصيص المذكور ، وبين تخصيص مادل على أن الشراء يبطل النكاح ، وبين تخصيص مادل على أن النكاح إذا بطل بطل المهر . فانه لو بني على عدم التخصيص للعمومات المذكورة ، وعلى الاخذ بها ، لزم المحذور . والتخلص منه كما يكون بالبناء على عدم صحة الشراء ، يكون بالبناء على صحة الشراء وعدم بطلان

كان الشراء بعد الدخول ، لاستقرار المهر حينئذ وعن العلامة في القواعد (١) البطلان اذا اشترته بالمهر الذي في ذمة العبد وان كان بعد الدخول لان تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر ، فيخلو البيع عن العوض . وهو مبني على عدم صحة ملكية المولى في ذمة العبد (٢) ويمكن منع عدم الصحة (٣) مع أنه لايجتمع

النكاح به ، ويكون أيضا بالبناء على صحة الشراء وبطلان النكاح به وعدم سقوط المهر ولأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها ، يتعين سقوط الاخير عن الحجية . للعلم الاجمالي إما بالتخصيص أو التخصص ولا وجه للبناء على التخصيص الاول ، فانه خلاف أصالة العموم . فالفتوى بصحة الشراء وبطلان النكاح وعدم سقوط المهر ، أولى من البناء على عدم صحة الشراء ، وأوفق بقواعد العمل بالادلة مضافا الى أن الاشكال إنما يتم لو كان الشراء بالمهر بما أنه مهر . أما اذا كان بعنوانه الذاتي ، فالسقوط يقتضي ضمانه على الزوجة لتصرفها فيه ، ولا يقتضي بطلان البيع . كما لو اشترت به شيئاً آخر ثم فسخ النكاح ، فانه يرجع عليها ببدل الصداق وقد تنبه لذلك في جامع المقاصد . ولكن لم يكتف به في الجواب ، لأن التقدم اعتباري ، لازماني ، بخلاف المثال المذكور . والفرق بين التقدم الزماني والاعتباري غير ظاهر .

(١) قال (ره) : « ولو اشترته به بعد الدخول صح . ولو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد ، فاشترته به ، بطل العقد . لان تملكها له يستلزم براءة ذمته ، فيخلو البيع عن العوض » .

(٢) إذ لو قلنا بجواز ملك السيد ما في ذمة عبده ، لايكون 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

ملكيتها له ولما في ذمتـــه (١) بل ينتقل ما فى ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال العبد اليهـــا .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : الولد بين المملوكين رق (٢) سواء كان عن تزويج مأذون فيه ، او مجاز او عن شبهة مع العقد او مجردة او عن زنا منهما ، او من احدهما ، بلا عقد او عن عقد معلوم الفساد عندهما او عند أحدهما واما اذا كان أحد الابوين حراً فالولد حر (٣)

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 الاموال ، كما ترى ، فان الضرورة لاتجعل الممتنع ممكناً .

(١) لأن المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين الى ملك مالك الآخر ، فكما أن العبد انتقل الى الزوجة من مالكه ، كذلك ينتقل المهر منها الى مالكه ، 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 للاصل . ولو بنى على الاشكال في ذلك كان مقتضى الاصل 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 » . وخبره : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : اذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار . وإذا تزوج الحر الامة فولده أحرار » . وخبره الآخر ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الحر يتزوج الامة ، أو عبد يتزوج حرة . قال :

اذا كان عن عقد صحيح (١) او شبهة مع العقد او مجردة (٢) حتى فيما لو دلست

فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً . إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان أبا أو أما » . ومصحح عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله (ع) : « في العبد تكون تحته الحرة . قال (ع) : ولده أحرار . فان أعتق المملوك لحق بأبيه» ونحوها غيرها .

وعن ابن الجنيد الالحاق بالام ، 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 للاول وهو في الآخر بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك » وخبر الحسن بن زياد « قلت له أمة كان مولاها يقع عليها ، ثم بدا له فزوجها . مامنزلة ولدها ؟ قال(ع) بمنزلتها ، إلا أن يشترط زوجها » . وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج جاريته رجلا ، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ، ثم تزوجت آخر ، فولدت . فقال (ع) : إن شاء أعتق، وإن شاء لم يعتق». ونحوها غيرها . لكنها لمخالفتها للاصحاب عداه لامجال للاخذ بها ولا سيما في مقابل ماتقدم فيتعين طرحها أو حملها على التقية . ثم إنه ربما تقدم في المسألة الثانية من فصل مايحرم بالمصاهرة ماظاهره المنافاة لما هنا ، وتقدم الكلام في ذلك .

(١) كما هو مورد أكثر النصوص .

(٢) إجماعا ظاهراً . ويقتضيه إطلاق قوله (ع) في خبر جميل : « ليس يسترق الولد إذا كان ... » فانه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة ومورده وان كان التزويج ، لكن المورد لايخصص الوارد .

الامة نفسها (١) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الاقوى . وان كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد الى مولاها وأما اذا كان عن عقد بلا اذن مع العلم من الحر بفساد العقد ، او عن زنا من الحر منهما ، فالولد رق(٢) ثم اذا كان المملوك لمالك واحد فالولد له (٣) وان كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية (٤)

---

(١) سيأتي الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة .

(٢) الظاهر أنه لا إشكال فيه . ويقتضيه أن الحر إذا كان زانيا ، أو عالماً بفساد العقد ، كان ذلك مانعا من انتساب الولد اليه ، فيتعين انتسابه الى الآخر بل هو واضح اذا كان الحر هو الزوج ، فان لحوق الولد بالام حينئذ فى محله . أما اذا كان الحر الزوجة فالتحاقه بالاب دون الام مبني على إهمال قاعدة تبعية الولد لأمه . وقد عرفت أنه محل تأمل . نعم قد يدل عليه خبر العلاء بن رزين : « في عبد دبره مولاه ، فابق ، وتزوج من قوم ولم يعلمهم بأنه عبد ، وقد مات مولاه . قال (ع) العبد وولده لورثة الميت » . لكن مورده صورة جهل الحر وعلم العبد ، عكس مفروض المسألة وقد عرفت أن الحكم فيه اللحوق بالحر فلا بد من تأويل الخبر . وإلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالاولوية . نعم يدل على الحكم فى صورة زنا الزوج 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 » .

(٣) بلا ريب . لأنه نماء ملكه أيا منهما كان . ويشهد به رواية أبي هرون المكفوف .

(٤) على المشهور بين الاصحاب ، بل كافتهم ، عدا أبي الصلاح ، فذهب الى أنه يتبع الام كغيره من الحيوانات . وفي المسالك : « فرقوا بينهما بأن النسب مقصود فى الآدميين ، وهو تابع لها . بخلاف غيره من الحيوانات ، فان النسب فيه

إلا اذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص باحدهما(١) هذا إذا كان العقد باذن المالكين أو مع عدم الاذن من واحد منهما (٢) وأما اذا كان بالاذن من احدهما

غير معتبر ، والنمو والتبعية فيه لاحق بالام خاصة . وفى الفرق خفاء ، إن لم يكن هناك إجماع » . ونحوه فى الرياض وفي كشف اللثام : « الفرق ضعيف » وفى الحدائق : أنه مشكل . وفي جامع المقاصد : أن الفرق ـ وراء النص والاجماع ـ ثبوت النسب المقتضي للتبعية . إنتهى وكأنه يشير بالنص الى ما ورد في تزويج العبد حرة ، وبالعكس ، المتضمن أنه يلحق بالحر منهما وفي الجواهر : أن هذه النصوص تومىء الى ذلك . ولكنه غير ظاهر فان جهة الحرية غير جهة المالكية والمملوكية ومن الجائز غلبة الجهة الاولى على الثانية . ثم ذكره أبو الصلاح أوفق بالقواعد ، لولا أن خلافه مظنة الاجماع .

(١) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه . لعموم : المؤمنون عند شروطهم » . بناء على صحة شرط النتيجة فى مثله ، كما ذكروا ذلك فى كتاب الشركة .

(٢) فى المسالك : « ظاهرهم الاتفاق عليه » . وفي الجواهر : « بلا خلاف ولا إشكال فى الصورتين » بناء على عدم المزية لأحدهما ، الموجبة لترجيح الالحاق به على الالحاق بالآخر . خلافا لأبي الصلاح ، كما تقدم نعم يشكل بأنه مع الزنا بالامة يلحق الولد بالام عندهم ، والعقد بلا إذن بمنزلة العدم ، فالنكاح معه يكون من الزنا . ولأجل ذلك خص بعض الحكم بالتشريك فى المقام بصورة الجهل ، لئلا يكون من الزنا . وفى الجواهر دفعه بأن مقتضى النصوص الواردة في نكاح الامة من غير إذن مولاها ، المتضمنة إلحاق الولد بها ، والنصوص الواردة في نكاح العبد من غير إذن مولاه ، المتضمنة إلحاق الولد به هو أن عدم الاذن موجب للالحاق وفى المقام حاصل في الابوين معا ، فيلحق الولد بهما معاً . لكن ماذكر لايخلو من خفاء

فالظاهر أنه كذلك . ولكن المشهور ان الولد حينئذ لمن لم يأذن (١) ويمكن أن يكون مرادهم فى صورة اطلاق الاذن (٢) بحيث يستفاد منه اسقاط حق نمائية الولد حيث ان مقتضى الاطلاق جواز التزويج بالحر او الحرة . وإلا فلا وجه له (٣) . وكذا لو كان الوطء شبهة (٤) منهما سواء كان مع العقد او شبهة مجردة ، فان

لاختلاف المورد . مع أنك عرفت الاشكال في خبر العلاء بن رزين الدال على رقية ولد العبد المتزوج بلا إذن وسيجيء أيضا الاشكال في نصوص الامة المتزوجة بغير إذن مولاها ، والخلاف في ذلك ، واختيار المصنف والجواهر حرية الولد ، خلافا لما نسب الى المشهور ولأجل ذلك يكون تخصيص الحكم المذكور بصورة جهلهما ، والحاق صورة علمها بالزنا في الالحاق بالام ، عملا بقاعدة تبعية النماء للام ، أولى ، لو لم يكن إجماع على خلافه .

(١) وفي المسالك : ظاهرهم الاتفاق عليه ... الى أن قال : « علله بأن الآذن لمملوكه 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 بالمملوك حكم شرعي ، لا يقبل الاسقاط ، فضلا عن السقوط بالاقدام على خلافه ولامكان فرض اختصاص الاذن بتزويج المملوك ، مع أن الحكم عندهم فيه كذلك .

(٣) ذكر في الجواهر : أن الوجه فيه النصوص الواردة فى تزويج العبد غير المأذون ، والواردة في تزويج الامة غير المأذونة ، المتضمنة تبعية الولد لغير المأذون المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونية الالحاق ، كما تقدم منه نظيره في غير المأذونين . لكن عرفت إجمالا الاشكال في النصوص المذكورة . وسيأتي الكلام فيها في المسألة الثانية عشرة ، والثالثة عشرة .

(٤) لما تقدم فى غير المأذونين .

الولد مشترك واما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف فى أن الولد لمالك الامة (١) سواء كان من طرفها شبهة او زنا .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : اذا كان احد الابوين حراً فالولد حر (٢) لا يصح اشتراط رقيته على الاقوى (٣) فى ضمن عقد التزويج ، فضلا عن عقد خارج لازم ولا يضر

---

(١) وفي الجواهر : « من غير خلاف ، ولا إشكال » وفي المسالك : « ظاهرهم الاتفاق عليه » وقد يدل عليه مرسل جميل المتقدم .

(٢) كما تقدم . وتقدم الخلاف فيه من الاسكافي .

(٣) كما في المسالك ، وغيرها . والمشهور بين الاصحاب ـ كما في المسالك ـ القول بالصحة ، وفي الشرائع نسبه الى قول مشهور . وظاهره التردد فيه . وصرح بالتردد في المختصر النافع . وفي الجواهر : « لم أجد فيه ترددا ـ فضلا عن الخلاف ـ قبل المصنف » ووجه المشهور عمومات نفوذ الشرط ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لو أن رجلا دبر جارية ، ثم زوجها من رجل فوطئها ، كانت جاريته وولدها مدبرين . كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك » بناء على حملها على صورة شرط الرقية ـ كما عن الشيخ (ره) ـ جمعاً بينها وبين ما دل على حرية المتولد بين الحر والمملوك ، كما سبق لكن الرواية ـ مع أنها غير واضحة السند ، لأن في سندها أبا سعيد ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف ـ غير واضحة الدلالة . والحمل على إرادة صورة شرط الرقية في مقام الجمع بينها وبين معارضها ، لا يقتضي حجيتها فيه ، كما لعله ظاهر . وأما عمومات نفوذ الشرط ـ مثل قوله (ص) : « المؤمنون عند شروطهم » 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 ، مثل : « ليس يسترق ولد حر » ان الانتساب الى الحر مقتض للحرية ، فشرط الرقية يكون

بالعقد اذا كان فى ضمن عقد خارج (١) واما إن كان فى ضمن عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والاقوى عدمه (٢) ويحتمل الفساد وان لم نقل به فى سائر العقود ، اذا كان من له الشرط جاهلا بفساده ، لان فى سائر

مخالفاً للمقتضي الشرعي ، فلا يصح .ودعوى : أن الشرط راجع الى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبته العقد له من الشركة فى الولد ، فيختص الآخر بالنماء ، فيتبعه فى الملك ، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك ، لا بالشرط . وليس مفاد الشرط ، إلا رفع المزاحم ، لاغير مندفعة بأن رفع يدالحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضا فيرجع الاشكال . ولا تنفع الدعوى فى حله ، وإن ذكرها في الجواهر ومثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الامة إذا كان زوجها حراً ، فان إطلاقها شامل لصورتي الشرط وعدمه،فيعمل بها في صورة الشرط لعمل الاصحاب بها حينئذ . وفيه : أن النصوص المذكورة ـ ومنها خبر أبي بصير المتقدم ـ ظاهرة في الرقية بالتبعية ، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملا بتلك النصوص . ومثلها في الاشكال مقايسته شرط الرقية بشرط الحرية ، مع ما بينهما من البون البعيد ، فانه لم يرد في الرقية : لايتحرر الرق ، كما ورد في الحرية : لايسترق الحر ولذا جاز شرط الحرية ، ولم يجز شرط الرقية وإن كانا من شرط النتيجة ، لامكان صحته في بعض الموارد ، كما لايخفى .

(١) يعني : عقد التزويج أما نفس العقد الخارج الذي كان في ضمنه الشرط فبطلانه مبني على فساد العقد بفساد الشرط ، كعقد التزويج إذا كان في ضمنه الشرط المذكور .

(٢) 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 .

العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار ، بخلاف المقام حيث انه لايجري خيار الاشتراط في النكاح (١) نعم مع العلم بالفساد لا فرق

---

(١) لأن خيار الاشتراط ـ سواء كان حكما تعبديا ، دل على ثبوته الاجماع كما يظهر من شيخنا الاعظم أم حكماً عرفياً للاشتراط ، دل على إمضائه الاجماع وعدم الردع عنه أم خياراً جعلياً للمتعاقدين من لوازم الاشتراط ، دل على لزومه عمومات نفوذ الشروط ـ لايجري في النكاح إجماعا . 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) : لانرد . وقال : إنما يرد النكاح من البرص ، والجذام ، والجنون ، والعفل » بناء على أن خيار العيب من قبيل خيار الاشتراط ، 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 الاشتراط 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 . فانتظر .

ثم إن عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح لايستوجب فساده بفساد الشرط لأن ذلك يتوقف على كون الانشاء بنحو وحدة المطلوب . وهو كما ترى ضرورة عدم الفرق بين النكاح وغيره في كيفية إنشائه مشروطاً ، فاذا 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 الادبية ، وتخلف الشرط لايقدح فيها ، ولذلك لايرد بالعيوب مهما كانت غير العيوب المخصوصة فلاحظ . كما أن عدم ثبوت خيار الاشتراط في النكاح ليس على كليته ،

اذ لاخيار في سائر العقود أيضا (١) .

﴿مسألة ١٠﴾ : اذا تزوج حر امة من غير اذن مولاها حرم عليه وطؤها (٢) وان كان بتوقع الاجازة (٣) وحينئذ فان اجاز المولى كشف عن صحته ، على الاقوى (٤) من كون الاجازة كاشفة

فقد ذكر في القواعد أنه لو شرط أحد الزوجين على الآخر نسبا فظهر من غيره ، كان له الفسخ ، لمخالفة الشرط ، وكذا لو شرط بياضا أو سواداً ، أو جمالا انتهى ووافقه عليه في الجواهر وغيرها . لكنه إن تم فهو لدليل خاص ذكره في الجواهر وإن كان الاشكال عليه ظاهراً إذ لادليل يقتضي العموم . نعم ورد في صحيح محمد بن مسلم الخيار فيمن تزوجت مملوكا على أنه حر فتبين أنه رق وفي صحيح الحلبي ثبوته فيمن تزوجت رجلا على أنه من بني فلان فتبين أنه من غيرهم . ولكن التعدي عن موردها الى قاعدة كلية كما ترى .

(١) لأن العالم بالفساد مقدم على عدم لزوم العمل بالشرط ، فلا موجب لثبوت الخيار له . وفيه : أن الاقدام يكون حينئذ على عدم لزوم العمل بالشرط شرعا ، لاعلى عدم العمل به ، والذي يسقط الخيار الثاني ، لا الاول .

(٢) لأنها أجنبية .

(٣) إذ التوقع للاجازة غير الاجازة ، والموجب لكونها زوجة هو الاجازة والاصل عدمها ، فيكون الحكم الظاهري الحرمة .

(٤) أما بناء على الكشف الحقيقي فيكون العقد صحيحاً حين وقوعه ، والوطء حلالا واقعا حين وقوعه ، وإن كان حراماً ظاهراً حين وقوعه ، لأصالة عدم وقوع الاجازة ، كما عرفت . أما بناء على الكشف الانقلابي - كما هو الظاهر - فيكون باطلا حين وقوعه ، والوطء حراما حين وقوعه ، وبعد الاجازة يحكم بكون العقد صحيحاً والوطء حلالا من حين وقوعه . فلو أخذ الى الامام قبل تحقق

وعليه المهر (١) والولد حر ولا يحد حد الزنا وان كان عالما بالتحريم بل يعزر(٢) وان كان عالماً بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضا (٣)وان لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج ويحد حينئذ حد الزنا اذا كان عالماً بالحكم(٤) ولم يكن مشتبهاً من جهة اخرى (٥) وعليه المهر بالدخول وان كانت الامة ايضا عالمة على الاقوى (٦) وفي كونه المسمى او مهر المثل ، او العشر ان كانت بكراً

الاجازة على الاول لايجوز حده واقعا . وعلى الثاني يجوز حده واقعاً . وإن كان يتبدل بالاجازة .

(١) يعني : المسمى . لصحة العقد . وكذا يكون الولد حراً ، لحرية الوالد ولا يلحق بالامة ، لاختصاص ذلك بالزنا ، وهو منتف ، لأن المفروض صحة العقد واقعا ، ولذا لايحد الواطىء حد الزنا ، وإن كان عالما بحرمة وطء أمة الغير من غير عقد باذن مولاها .

(٢) لمخالفته الحكم الظاهري .

(٣) لصحة العقد حين وقوعه ، فيحل الوطء من أول الامر . ولا موجب للتعزير ، للعلم بحل الوطء حين وقوعه . نعم بناء على الكشف الانقلابي لايكون العلم بلحوق الاجازة موجباً للعلم بصحة العقد حين وقوعه ، ولا لحلية الوطء حين وقوعه ، بل العقد باطل حين وقوعه ، والوطء حرام حين وقوعه ، ويجوز حد الواطىء قبل تحقق الاجازة ، كما عرفت .

(٤) يعني : كان عالما بحرمة وطئها إذا لم يأذن المولى ولم يجز .

(٥) مثل أن يتخيل أنها أمته ، أو زوجته ، أو أن المولى قد حللها له ، أو نحو ذلك من الاشتباه ، فانه يكون الوطء شبهة ، ولا يستحق الحد به ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٦)قد تقدم من المصنف (ره) في المسألة الخامسة عشرة من (فصل :لايجوز

التزويج فى عدة الغير) : أن الاقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الامة بحرمة الوطء وقد تقدم في الشرح أن الذي يظهر من كلام بعضهم أن الكلام فى هـذه المسألة فى مقامين . الاول: استحقاق السيدالمهر . والثاني : استحقاق السيد الارش والمصنف فيما سبق ذكر أن الاقوى عدم استحقاق المهر . وهنا ذكر أن الاقوى استحقاقه ، وتردد في أنه المسمى ، أو مهر المثل ، أو العشر ونصفه . مع أن العشر ونصفه ليس من المهر ، بل هو من الارش وتبع في ذلك جماعة منهم صاحب المسالك والجواهر ، فانه في الجواهر ـ بعد أن اختار ثبوت المهر للامة ـ ذكر أن في وجوب المسمى عليه ، أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً . وجوه ، بل أقوال، لايخلو الاخير منها من قوة ، وفاقا للمحكي عن أبي حمزة واختاره سيد المدارك ،والرياض ،على ماحكي عن أولهما . إنتهى فجعل العشر ونصفه من وجوه المهر مع أن المذكور في كلام بعضهم أنه في مقابل المهر ولعله هو المراد من المهر فى كلام المصنف فيما سبق ، فلا ينافي كلامه هنا .

وكيف كان لادليل على ثبوت مهر المثل ، فضلا عن المسمى المعلوم فساده بفساد العقد . وأما الارش ـ وهو العشر أو نصفه ـ 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 اعطاها شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وإن كان زوّجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه . ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها . قال : وتعتد منه عدة الامة قلت : فان جاءت منه بولد . قال (ع) : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولي » . وصحيح الفضيل بن يسار ، قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) :

ونصفه إن كانت ثيباً . وجوه بل اقوال أقواها الاخير ويكون الولد لمولى الامة(١) وأما اذا كان جاهلا بالحكم او مشتبها من جهة اخرى فلا حد (٢) ويكون الولد حراً . نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حياً (٣)

جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحل الرجل لاخيه فرج جاريته فهي له حلال . فقال (ع) : نعم يافضيل . قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر ، أحل لاخيه مادون فرجها . أله أن يفتضها ؟ قال (ع) : لاليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبلة لم يحل له ماسوى ذلك . قلت أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها ؟ قال (ع) : لاينبغي له ذلك . قلت : فان فعل أيكون زانياً ؟ قال (ع) : لا ، ولكن يكون خائناً . ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها » والروايتان وان كانتا واردتين في موارد خاصة غير مانحن فيه ، ولاجله استشكل في الحدائق ثبوت ذلك فيما نحن فيه ، لكن التعليل في أولها بقوله (ع) : « بما استحل من فرجها » ظاهر في عموم الحكم لما نحن فيه . وقد تقدم فيما سبق ماله نفع في المقام . فراجع .

(١) بلا إشكال ـ كما في الجواهر ـ وبغير إشكال ـ كما في المسالك ـ لماعرفت في المسألة الثامنة .

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويكون الولد حراً لما تقدم في المسألة الثامنة .

(٣) قال في الشرائع ـ فيما اذا تزوج الحرامة بغير إذن المولى ـ : « وان كان الزوج جاهلا أو كان هناك شبهة ، فلا حد ووجب المهر وكان الولد حراً . لكن يلزمه لمولى الامة قيمته يوم سقوطه حياً » ، وتبعه عليه في القواعد ، والمسالك وكشف اللثام . وقال في جامع المقاصد : « ولا شك أن على الاب قيمته للمولى ».

ولـكن لادليل عليه في المقام (١) ودعوى أنه تفويت لمنفعة الامة (٢) كما ترى اذ التفويت انما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية . وعلى فرضه فلا وجـه لقيمة يوم التولد بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد (٣) لأنه انعقد حراً فيكون

(١) في جامع المقاصد جعله مما دلت عليه الرواية ، يريد بها موثقه سماعة الآتية في الامة التي دلست نفسها وصرح بذلك في كشف اللثام ، والرياض ، والحدائق وفي دلالتها على المقام إشكال لاختلاف المورد ولعدم ظهور قوله (ع) فيها : « وعلى مولاها أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير 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 » . ونحوه مرسله . وخبر اسماعيل ابن جابر ، عن أبي عبد الله (ع) ، الوارد في رجل زوجه قوم أمة غيرهم وقد كان طلب منهم أن يزوجوه امرأة منهم .

(٢) علله في التذكرة بأنه نماء ملـكه ، وقد حال بينه وبينه بالحرية . وفي الجواهر بأنه كالمتلف مال غيره بغير إذنه . واشكال المصنف (ره) على ذلك ظاهر . وفي بعض الحواشي أن الاستيلاد استيفاء لمنفعة أمة الغير ، فيكون مضمونا على المستوفي ومقتضاه ضمان منفعة الامة هذه المدة لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى

(٣) قال في التذكرة : « ولا يقوم قبل سقوطه ، لأنه لاقيمة له حينئذ » . وفي جامع المقاصد : « وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً ، لأنه وقت الحيلوله ، ووقت افراده بالتقويم ، ووقت الحكم عليه بالمالية » . ونحوه في المسالك . وقال في كشف اللثام : « لأنه أول وقت إمكان التقويم » . والاشكال في الجميع ظاهر ولا سيما بملاحظة أنه لو ضربها جان وهي حامل فاسقطت كان ضامناً وذلك يدل على أن

التفويت في ذلك الوقت .

﴿ مسألة ١١ ﴾ : اذا لم يجز المولى العقد الواقع على امته ولم يرده ايضا حتى مات فهل يصح اجازة وارثه له ، أم لا ؟ وجهان أقواهما العدم ، لأنها على فرضها كاشفة ، ولا يمكن الكشف هنا ، لان المفروض أنها كانت للمورث (١) وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك (٢) .

لهمالية ، وقابل للتقويم ، وإلا لم يكن وجه للضمان فكان الاولى الاستدلال عليه بأن النصوص الدالة على الضمان تضمنت ضمان قيمة الولد ، وعنوان الولد إنما يكون بالولادة ، لا بالانعقاد . نعم اذا 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 ملكا 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 تجدد المالك حال الاجازة . ثم انه لو تعذر البناء على الكشف الحقيقي في الفرض ونحوه يدور الامر بين البناء على البطلان وعدم الفائدة للاجازة ، والبناء على الصحة والقول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك لاحين العقد وحيث يدور الامر بينهما يكون البناء على أحد الاخيرين مما فيه العمل بالدليل في الجملة أولى من الاول الذي فيه طرح للدليل بالمرة . كما أن هذا كله مبني على القول بالكشف الحقيقي اما بناء على الكشف الانقلابي أو الحكمي

﴿مسألة ١٢﴾ : اذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر ودخل بها ثم تبين الخلاف (١) وجب عليه المفارقة . وعليه المهر لسيدها (٢) وهو العشر

فلا مانع من الالتزام به هنا ، فيكون المال ملكا 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 فى مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية . فلا تنافى بين الكشف فيه وبين ثبوت الملكية للموروث . نعم بعض الاشكالات في تلك المسألة جارية هنا ، مثل ما يقال من أنه يلزم نفوذ التصرف فى ملك المالك بدون إجازته لا سابقاً ولا لاحقاً . ولعل ذلك مراد المصنف ، وان بعد عن ظاهر كلامه .

(١) يعني : تبين أنها أمة غير مأذونة في التزويج ، لا سابقاً ولا لاحقاً .

(٢) في المسالك : « هكذا أطلق الجميع . بل ادعى عليه بعضهم إجماع المسلمين ولم يفرقوا بين كونها عالمة بالتحريم وجاهلة » فان كان المراد من المهر العشر ونصفه كان الاطلاق فى محله ، لأنه مقتضى إطلاق الصحيح السابق الشامل للعالمة والجاهلة وإن كان المراد المسمى فلا وجه له ، وإن نسبه فى المسالك الى ظاهر الشرائع والاكثر ، لأن فساد العقد يقتضي فساد المسمى فلا ملزم به . وكذا اذا كان المراد به مهر المثل ، بناء على عموم قوله (ص) : « لامهر لبغي » لما نحن فيه وقد تقدم الكلام فى ذلك في المسألة الخامسة عشرة من (فصل لايجوز التزويج فى عدة الغير) أما بناء على عدم عمومه ففي محله ـ كما عن الشيخ فى المبسوط ، ونقل عن ابن حمزة ـ لولا ورود الصحيح المذكور ، فانه ظاهر في خلافه ، ولأجله يتعين البناء على ما في المتن ، كما اختاره فى الجواهر ، وحكاه عن سيد المدارك ، والرياض وفى الشرائع جعله المروي ، ولعل ظاهره الميل اليه ، وإن كان لايخلو من تأمل ، ونسب فى كشف اللثام الى المقنع ، والنهاية ، والمهذب ، والجامع .

ونصف العشر على الاقوى ، لا المسمى ، ولا مهر المثل . وان كان اعطاها المهر استرد منها ان كان موجوداً (١) وإلا تبعت به بعد العتق (٢) ولو جاءت بولد ففي كونه حراً او رقا لمولاها قولان فعن المشهور أنه رق (٣)

---

(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 عملا 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 فعلا

(٣) نسبه الى المشهور في الحدائق ، واختاره في الشرائع ، والقواعد ، ونسبه في الجواهر الى الشيخ واتباعه لأنه نماء المملوك . وفي خبر محمد بن قيس ، عن أبي جعفر (ع) قال : « قضى علي (ع) في امرأة أتت قوما فخبرتهم أنها حرة ، فتزوجها أحدهم وأصدقها صداق الحرة ، ثم جاء سيدها . فقال (ع) : ترد اليه . وولدها عبيد » وموثق سماعة قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن مملوكة أتت قوما وزعمت أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدا ، ثم ان مولاها أتاهم فاقام عندهم البينة أنها مملوكة ، وأقرت الجارية بذلك . فقال (ع) : تدفع الى مولاها هي وولدها . وعلى مولاها أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير اليه . قلت : فان لم يكن لأبيه مايأخذ ابنه به . قال (ع) : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده . قلت : فان أبى الاب أن يسعى في ثمن ابنه . قال (ع) : فعلى الامام أن يفتديه . ولا يملك ولد حر » . وحسن زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : أمة أبقت من مواليها فاتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة ، فوثب عليها رجل حينئذ فتزوجها ، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً . قال (ع) : إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة اعتق ولدها وذهب

ولـكن يجب على الاب فكه (١) بدفع قيمته يوم سقط حياً (٢) وان لم يكن عنده مايفكه به سعى في قيمته (٣) وان أبى وجب على الامام (ع) دفعها

القوم بأمتهم وإن لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده » وموثق سماعة الآخر قال : « سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم فولدت له . قال (ع) : ولده مملوكون ، إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة ، فلا يملك ولده ، ويكونون أحراراً » .

(١) بلاخلاف ، كما في كشف اللثام ويقتضيه موثق سماعة الاول وصحيح محمد بن قيس الآتي ، ونحوه مرسل الفقيه كما يقتضي الاول ما يأتي من الاحكام ، ولم يشاركه في ذلك غيره من النصوص .

(٢) بلا خلاف ، كما في كشف اللثام لـكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة ويقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم .

(٣) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما وأنكر في المختلف الاستسعاء ، وكذا وجوب الاخذ من بيت المال . لأنه دين يجب فيه الانتظار ، ولا يؤدى من بيت المال وفيه : أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به والطعن في السند ، وحمل الامر على الاستحباب غير ظاهر . نعم لم يعين في النص أنه من بيت المال ، ولا من الزكاة ومقتضى أن الاول مصرفه المصالح العامة وليس هذا منها ، وأن سهم الرقاب مصرفه المكاتبون والعبيد تحت الشدة وليس هذا منهما ، أنه لايجوز الفك من المالين المذكورين . نعم لا بأس بصرف سهم سبيل الله في ذلك ، فكان أولى بالذكر في كلام الجماعة من ذكر المالين . ثم إنه بناء على الرقية فالقيمة ليست من الدين ، وإنما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك وكذلك بناء على الحرية ، فانه لم يثبت أنه من باب الضمان ، ليكون دينا بل من الجائز كونه تكليفيا تعبديا ، فاجراء أحكام الدين في المقام غير ظاهر . والكلام في ذلك لا يهم بعد أن

من سهم الرقاب (١) او من مطلق بيت المال (٢) والاقوى كونه حراً (٣)،

كان من وظائف الامام .

(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 الاقوى للاصل . ولظهور الادلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في لحوق النسب ، المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي عرفته سابقاً ولما في ذيل صحيح الوليد المتقدم ولصحيح محمد بن قيس ، عن أبي جعفر (ع) : « في رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة ، ثم جاء رجل آخر فاقام البينة على أنها جاريته قال (ع) : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها » بدعوى أنه ظاهر في حرية الولد وبموثق سماعة الاول ، 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 : ان قراءته بالجر وهم » وفي كشف اللثام : « الاظهر كون (حر) صفة ، لأنه الذي لا يملك وقال قبل ذلك : ولم نظفر في الباب بخبر صحيح والاصل الحرية ، فهو الاقوى ويعضده صحيح الوليد بن صبيح ». ويشكل بأن خبر محمد بن قيس السابق في دليل الرقية موثق ، وهو حجة ، ومانع من الرجوع الى الاصل ومنه يظهر الاشكال فيما في الجواهر ، فان ما ذكره من النصوص معارض بما دل على الرقية مع أن الاستدلال بصحيح محمد بن قيس على حرية الولد غير ظاهر ، وإن علله في الجواهر بأنه لو كان رقا كان الجائز له أخذها وأخذ ولدها . إذ فيه: أنه اذا كان يجب أخذ قيمة الولد بناء على الرقية لا يجوز له أخذ الولد . فلاحظ . وكذا الاستدلال بموثق سماعة الاول لضعف المبنى الذي

ذكره في جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالاضافة ، أولا : من جهة أن الحكم بأنه لايملك يكون عقلياً لاشرعياً . وثانياً : بأن الحر الذي لا يملك لايختص بالولد بل الوالد الحر أيضا لايملك ، فيكون التخصيص بلا مخصص ، بخلاف ما لو كان على الاضافـــة .

والتحقيق أن نصوص المقام في مقام الدلالة على أقسام (الاول) : ماظاهره رقية الولد ، كموثق محمد بن قيس المذكور فى أدلة الرقية (الثاني) : ماظاهره حرية الولد ، كصحيح الوليد بن صبيح المتقدم في العشر ونصف العشر (الثالث) : ما ظاهره التفصيل بين أن يشهد الشاهدان بحرية الامة فيتزوجها الرجل ، وبين أن يتزوجها اعتماداً على قولها المعتضد باصالة الحرية : وهو موثق سماعة الاخير لـكن ظاهره التفصيل في الحـكم الظاهري في مقام حسم النزاع بين الزوج والسيد ، لا الحـكم الواقعي فى حرية الولد مع شهادة الشاهدين (الرابع) : ما ظاهره التفصيل بين أن يقيم بينة على أنه تزوجها على أنها حرة فالولد حر ، وأن لايقيم بينة على ذلك فالولد رق وهو رواية زرارة وظاهرها أيضا التفصيل فى الحكم الظاهري فى مقام حسم النزاع والخصومة . (الخامس) : ما هو قاصر الدلالة على الحرية والرقية ، كموثق سماعة الاول ، فان دفع الولد الى مولى الامة فيه أعم من كونه رقا او حراً يتعلق به المال كالعين المرهونة . وكذلك قوله (ع) فى ذيله : « ولا يملك ولد حر » . بناء على الاضافة ـ كما هو الظاهر ، كما عرفت ـ فان ذكر ذلك علة للافتداء بالقيمة ربما كان قرينة على كون المراد أنه لايبقى على الملكية . ومثله صحيح محمد بن قيس فان أخذ قيمة الولد فيه أعم من كونه حراً ، كما سبق .

ثم إن دلالة الاول على الرقية لا مجال للمناقشة فيها . وما في الجواهر من حمله على الحـكم الظاهري في مقام حسم النزاع ، يعني : اذا لم تكن حجة للزوج على كونه مشتبها يحكم برقية الولد . خلاف الظاهر جداً ، ولا سيما بملاحظة عطف

التزويج بالفاء على اخبارها بالحرية ، وقوله : «أصدقها صداق الحرة» ، فانه كالصريح في كون التزويج من باب الاشتباه ، وأن السؤال عن حكمه من حيث هو . كما أن الظاهر تأتي المناقشة في الاستدلال بصحيح الوليد على الحرية وان كان تام الدلالة عليها . لأن تعليق الحرية فيه على النكاح بغير إذن الموالي يقتضي انتفاءها إذا كان باذن الموالي ، وليس الحكم كذلك كما تقدم . فيتعين التصرف فيه إما بحمل الكلام على الانكار ـ كما ذكره في الوسائل ـ أو على صورة رد الاب القيمة . أو صورة شهادة الشاهدين بحرية الامة ـ كما ذكر الشيخ (ره) ـ أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية ـ كما احتمله في الجواهر ـ أو غير ذلك من المحتملات . ومع الاحتمال لامجال للاستدلال . وأما الثالث فدلالته على حرية الولد مع شهادة الشاهدين ، ورقيته مع عدمها لاغبار عليها . وهو في الحكم الثاني معاضد لموثق محمد بن قيس . وفي الحكم الاول 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 الاخذ باطلاقه وأما الرابع فالكلام فيه هو الكلام في الثالث ، فيدل على الحكم الواقعي . لكن كان التعبير فيه بالاعتاق المناسب للرقية لأنه تحرير الرق ، ويكون المراد به الاعتاق بدفع القيمة الى الاب ، 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 الامة ، لأنه لو قيد بذلك كان مفهومه لزوم أن يوجع ظهره إذا لم يشهد الشاهدان بحرية الامة ، وهو مما لايمكن الالتزام به وحينئذ يتعارضان في صورة شهادة الشاهدين ولايبعد الاخذ بالموثق حينئذ ، لضعف الخبر ، لأن في سنده في الكافي عبد الله بن بحر ، وفي التهذيب وان كان

كما في سائر موارد اشتباه الحر حيث أنه لا إشكال في كون الولد حراً ولا خصوصية لهذه الصورة والاخبار الدالة على رقيته منزلة على ان للمولى اخذه (١) ليتسلم القيمة جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حراً وعلى هذا القول ايضا يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة ، او السعي او دفع الامام (ع) لموثقة سماعة (٢) هذا كله اذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرة وأما اذا وطئها بعد العلم بكونها امة (٣) فالولد رق لانه من زنا حينئذ (٤) بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت ان مولاها اعتقها ، ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان فان الوطء حينئذ ايضا لايجوز لاستصحاب بقائها

بدله عبد الله بن يحيى ، لكن الكافي أضبط ، بل جزم المجلسي (ره) بانه تصحيف ومن ذلك يظهر قوة ماعن الشيخ (ره) ـ في النهاية ، والتهذيب ، والاستبصار ، ونسب الى المهذب ـ من التفصيل بين أن يشهد شاهدان بحرية الامة 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 ، وان كان أولها أقرب من ثانيها .

(١) قد عرفت أنه لاموجب لهذا التنزيل ، وأن العمدة فيما دل على الحرية صحيح الوليد ، وقد عرفت إشكاله .

(٢) في الاحكام الثلاثة ويشاركه في الاول منها صحيح محمد بن قيس ، ومرسل الفقيه .

(٣) يعني : لم يأذن مولاها لها في النكاح .

(٤) تقدم في آخر المسألة الثامنة وجه الحكم فيه .

على الرقية (١). نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها لاصالة الحرية(٢) فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية الولد (٣) وكذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها(٤)

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : اذا تزوج عبد بحرة من دون اذن مولاه ولا اجازته كان النكاح باطلا فلا تستحق مهراً ولا نفقة (٥)

---

(١) ويحتمل قبول خبرها لان إخبار الانسان عن نفسه وعما في يده حجة مقدمة على الاستصحاب ، كما إذا أخبر عن تطهير بدنه ونحوه . نعم اذا 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 تثبت به الطهارة والنجاسة من كتاب الطهارة كما أنه اذا كان يباع في الاسواق فقد دلت النصوص على عدم قبول إخباره بالحرية مسبوقة بالرقية أو غير مسبوقة .

(٢) لصحيح عبد الله بن سنان قال : « سمعت أبا عبدالله (ع) : 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 » لكن على هذا يكون التعويل على الاصل لا على قولها .

(٣) على ماتقدم منه . وهو مورد نصوص الباب .

(٤) هذا يدخل في عموم موثق سماعة الاخير ، المتضمن لحرية الولد اذا شهد شاهدان لها بالحرية .

(٥) أما البطلان فلما سبق من عدم سلطان الرق على نفسه . وأما نفي المهر فلأنها بغي . وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : « قال رسول الله (ص) أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ، ولاصداق لها » وأما نفي النفقة فلانتفاء الزوجية والظاهر أنه لا إشكال في جميع ماذكر .

بل الظاهر أنها تحد حد الزنا (١) اذا كانت عالمة بالحال ، وانه لايجوز لها ذلك . نعم لو كان ذلك لها بتوقع الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحد كما أنه كذلك اذا علمت بمجيء الاجازة (٢) واما اذا كان بتوقع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحد مع عدم حصولها بخلاف ما اذا حصلت فانها تعزر حينئذ لمكان تجريها واذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبها (٣)

---

(١) لعموم الادلة 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 بين ذلك وما اذا تزوجت حراً بعقد تعلم فساده : أن هذا العقد فضولي يجوز فيه إجازة المولى . ويؤيده ما في الاخبار من أنه : « لم يعص الله وإنما عصى سيده » . وحسن منصور بن حازم عن الصادق (ع) : « في مملوك تزوج بغير إذن مولاه عاص لله تعالى ؟ قال (ع) : عاص لمولاه . قلت : حرام هو ؟ قال (ع) : ما أزعم أنه حرام ... » انتهى كلام كشف اللثام . وكأنه لذلك اقتصر في الشرائع والقواعد على ذكر الحكمين الاولين 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 ، والاخبار قد عرفت المراد منها في أول هذا المبحث . فراجع ونقصان العقل غير كاف في تحقيق الشبهة الدائرة للحد بعد فرض العلم بالحرمة وإلا سقط الحد عن المرأة كلية .

(٢) تقدم الكلام في ذلك في شرح المسألة العاشرة .

(٣) بلا خلاف ، كما في الجواهر ، وفي كشف اللثام أنه قطع به الاصحاب لكونه من نماء المملوك لانتفاء النسب بينه وبين الام بالزنا ، ولكنه كما ترى ، فانه شامل لما إذا كان العبد زانياً أيضا مع انتفاء النسب بينه وبينه أيضا ، فهو إما نماء

بل مع كونه زانيا ايضا لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحرة وأما اذا كانت جاهلة بالحال فلا حد والولد حر (١) وتستحق عليه المهر (٢) يتبع به بعد العتق (٣).

لهما ، أو اللام ، ولا وجه لالحاقه بالاب بالخصوص مطلقاً . وقد يستدل له بخبر العلاء ابن رزين عن أبي عبد الله (ع) قال : « في رجل دبر غلاما 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 ... » لكن الاستدلال به يتوقف على إطلاقه وعدم ظهوره في الحرة الجاهلة ولكنه غير ظاهر . وحينئذ ينحصر دليله بالفحوى إن امكن العمل بمورد الخبر وبالاجماع .

(١) أما الاول فللشبهة الدارئة للحد . وأما الثاني فلما تقدم من أن المتولد بين الحر والرق يلحق بأشرف الابوين . وعن مقنعة المفيد أن الولد رق كما لو كانت عالمة ، ومثله ظاهر محكي التهذيب عملا باطلاق 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 أبق ، لا أنه لم يعلمهم أنه عبد ، لتكون الحرة التي تزوجت مشتبهة ولكن ماذكره (قده) وإن جعله مقطوعا به غير ظاهر ، بل خلاف الظاهر . وقد عرفت في المسألة الثامنة الاشكال فيما بني عليه غير مرة . فراجع . نعم قد يقال : إن الخبر المذكور لايصلح لمعارضة مادل على حرية الولد المتولد من الحر بضعفه في نفسه ، واعراض المشهور عنه .

(٢) لما يفهم من غير واحد من النصوص من استحقاق المهر بالدخول في غير الزنا.

(٣) كما صرح به في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما . لأنه مملوك لمولاه ،

﴿ مسألة ١٤ ﴾ اذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر (١) وان كانت الحرة أيضا زانية ففرق بين الزنا (٢) المجرد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا ان الولد لمولى العبد .

﴿ مسألة ١٥ ﴾ اذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٣) وان كانت هي ايضا زانية وكذا لو زنى عبد بامة الغير فان الولد لمولاها (٤) .

﴿ مسألة ١٦ ﴾ : يجوز للمولى تحليل امته لعبده (٥) وكذا يجوز له ان

فلا يمكن استيفاء دينه من منافعه أو من عينه .

(١) بلا خلاف ولا إشكال ، كما في الجواهر . ويقتضيه أصالة تبعية النماء للام ما لم يقم دليل على خلافها .

(٢) في الجواهر : وجه الفرق النص ، وهو خبر العلاء المتقدم . لكن ظاهر المصنف الفرق من غير جهة النص ، فانه في العقد المعلوم الفساد ألحق الولد بالعبد ، فيكون لمولاه لقاعدة النمائية وهذه القاعدة بعينها جارية في الزنا بدون العقد.

(٣) كما في الجواهر - لقاعدة النماء في الام ، قال : « ولا يشكل ما ذكرنا بالحرة التي تزوجت عبدا غير مأذون عالمة بالتحريم ، لما عرفته من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا » ويشير بذلك الى خبر العلاء .

(٤) قد سبق ذلك في آخر المسألة الثامنة .

(٥) كما عن الحلي ، واختاره في الشرائع ولكن عن الشيخ في النهاية ، والعلامة في المختلف ، وولده ، العدم لصحيحة علي بن يقطين ، عن أبي الحسن (ع) « أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الامة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ؟ قال (ع) : لا تحل له » . ولأنه نوع تمليك ، والعبد ليس أهلا له والاخير 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 ماملكت أيمانكم) قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول: اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ، ثم يمسها ، فاذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح » والصحيح عن فضيل مولى راشد قال : « قلت لابي عبد الله (ع) : لمولاي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما اشترى من الجواري ، فقال : إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال . فقال (ع) : ان احل 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 مابدا لك » ولعل وجه الجمع حمل الصحيح الاول على صورة التحليل من غير تعيين . ولكن قال في الشرائع : « وفي تحليل أمته لمولاه روايتان احداهما :المنع ويؤيدها أنه نوع تمليك والعبد بعيد عن التمليك . والاخرى : الجواز اذا عين له الموطوءة ويؤيدها أنه نوع من الاباحة ، وللمملوك أهلية الاباحة والاخير أشبه » ومما ذكرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه وأوفق بالقواعد سواء قلنا بأن التحليل عقد نكاح ، أم تمليك وأن العبد يملك ، أولا يملك ، فانه لامجال لطرح النصوص المذكورة بالمباني المزبورة . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما في القواعد حيث قال : « ولو أباح أمته لعبده ، فان قلنا أنه عقد أو تمليك منفعة وأن العبد يملك حلت ، وإلا فلا والاول أولى ، لأنه نوع إباحة ، والعبد أهل لها » .

وفي كلامه الاخير إشارة الى ماهو التحقيق من أن التحليل ليس عقد النكاح ـ كما عن المرتضى ـ ولا تمليك منفعة ـ كما عن المشهور ـ ولا تمليك انتفاع ـ كما قد يظهر من عبارة جامع المقاصد ـ بل هو إباحة وإذن في الانتفاع دل الدليل القطعي عليه ، فوجب القول به ، ويكون الدليل مخصصا لقوله تعالى : (والذين

ينكحه إياها (١) والاقوى أنه حينئذ نكاح لاتحليل (٢) كما أن الاقوى كفاية

هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم، أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غيرملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون) فيدل على جواز قسم ثالث في مقابل القسمين المذكورين . اللهم إلا أن يقوم إجماع على الانحصار بالقسمين ـ كما يظهر من دعوى الاتفاق فى كشف اللثام وغيره ـ فيتعين إرجاع التحليل الى أحد القسمين ولأجل انتفاء أحكام العقد من الطلاق إن كان دائما ، 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 لاملكية للرقبة فيه ، ولا للمنفعة ، يتعين أن يكون المراد من ملك اليمين مايشمل تحليل الامة المملوكة ولا موجب للالتزام بانه تمليك منفعة ، أو انتفاع . كيف وهو خلاف المرتكز فى اذهان المتشرعة ، وكيف يمكن البناء على إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد المنشىء ؟! كما لعله ظاهر.

(١) بلا إشكال . وتشهد به النصوص ، كصحيحة علي بن يقطين المتقدمة فى أول المسألة ، ونحوها غيرها مما هو كثير ، ويأتي بعضه .

(٢) كما هو المشهور . لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ، والموجب إنما يوقع هذه الزوجية . بخلاف التحليل فانه إذن في الانتفاع من دون زوجية . وظاهر النصوص الواردة في المقام مشروعية التزويج وايقاع الزوجية بين العبد والامة . وعن ابن إدريس أنه إباحة إما لجواز تفريق المولى بينهما بالامر بالاعتزال ، ولو كان عقد نكاح لم ينفسخ إلا بالطلاق ، ونحوه من فواسخ النكاح وفيه : أن الطلاق ليس انفساخا للعقد ، وإنما هو إيقاع الفراق ، ومن الجائز أن يكون الامر بالاعتزال يقتضي ذلك ، او 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

أن يقول له « انكحتك فلانة » ولا يحتاج الى القبول منه او من العبد (١) لاطلاق الاخبار (٢)

ويعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه ولو مداً من طعام أو درهما أو نحو ذلك » . وفيه : أن قوله (ع) : « قد أنكحتك » ظاهر في إيقاع الزوجية لامجرد التحليل فهو دليل على القول الاول ، ولا سيما بملاحظة الامر باعطاء شيء ، فان الظاهر منه أنه من باب المهر الذي لايجب فى التحليل ، كما ذكر ذلك فى المسالك .

(١) كما اختاره فى المختلف . لأن القبول إنما يشترط في حق من يملكه ، والعبد هنا لايملك القبول ، لأن للمولى إجباره على النكاح ، فله هنا ولاية طرفي العقد وفي المسالك : « هو متجه لأن اعتبار قبول العبد ساقط ، وايجاب 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 ، فاذا علم الرضا من الايجاب كفى . ويشكل الاخير بأن الرضا النفساني غير كاف فى القبول ، وإنما المعتبر الرضا الانشائي . وأما الاول فغير بعيد ، إذ ليس الفرق بين المعاني العقدية والايقاعية أن الاولى تتعلق بغير الموجب ، والثانية لاتتعلق بغير الموجب . ضرورة أن كلا من النكاح والطلاق يتعلق بغير الموجب ، مع أن الاول معنى عقدي والثاني إيقاعي . بل الفرق أن المعنى العقدي تحت سلطان الموجب والقابل ، والمعنى الايقاعي لايكون إلا تحت سلطان الموجب فقط ، وإنكاح المولى عبده لما لم يكن تحت سلطان العبد ، بل هو تحت سلطان المولى فقط ، كان معنى إيقاعيا .

(٢) كصحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع) وخبره عن أبي جعفر (ع) : « فى المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما ، أينكحه نكاحا أويجزيه أن يقول : قدأنكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أومن

ولأن الامر بيده (١) فايجابه مغن عن القبول بل لا يبعد أن يكون الامر كذلك في سائر المقامات مثل الولي والوكيل (٢) عن الطرفين

قبل العبد ؟ قال (ع) : نعم ولو مداً وقد رأيته يعطي الدراهم » . ومصحح الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال (ع) : يقول قد انكحتك فلانة ، ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه ولو مداً من طعام أو درهما أو نحو ذلك » وفي الجواهر : « تبعاً لجامع المقاصد أن السؤال كان عن كيفية إنكاح المولى العبد أي مايتعلق بالمولى من الايجاب لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لامن العبد ولا من السيد الذي هو وليه بل لعل دلالته على القبول أوضح كما في كشف اللثام للفظ الانكاح واجتزأ به عن ذكر القبول لظهوره فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقدية في النكاح بحاله » . وفي القواعد : « ولو زوج عبده امته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ينشأ من أنه عقد أو اباحة » . ويظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناء على أنه عقد وفي كشف اللثام التردد في ذلك والانصاف أن النصوص لاتخلو 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 الايجاب عن القبول فان باقي الاولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد لكن لابد من ذكر صورة العقد اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالكا لا أنه قائم مقام المولى عليه وفيه أنه مع ذلك لابد من ذكر صورة العقد لمعلومية كون النكاح من العقود » . ويظهر مافيه مما عرفت من منع كونه من العقود في الفرض بل هو من الايقاع لانه تحت سلطنة سلطان واحد .

(٢) فانه لما كان له سلطان على الايجاب والقبول كان إيجابه مغنياً عن القبول لانه في نفوذ إيجابه لاينتظر قبول قابل فيكون نافذاً بلاقبول القابل اللهم إلا أن يقال لما كان

وكذا اذا وكل غيره في التزويج (١) فيكفي قول الوكيل : « انكحتك أمة موكلي لعبده فلان » او « انكحتك عبد موكلي أمته » وأما لو أذن للعبد والامة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الايجاب والقبول (٢) .

كل من الموكل والمولى عليه ذا سلطان فالوكيل في إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لا سلطنة القابل فلا يكون الايجاب نافذا إلا بعد اعمال سلطنة القابل وإنما يكون ذلك بالقبول عنه فلا ينفذ الايجاب بدون القبول اللهم إلا أن يقال هذا اذا كان ولياً أو وكيلا على الايجاب وعلى القبول أما اذا كان ولياً أو وكيلا عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد وهو جعل الزوجية بينهما فايقاعه المضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول لانه مورد التسليط من الطرفين وكذا الكلام في غير النكاح من العقود كالبيع والاجارة والرهن والصلح ونحوها فانها من الايقاع اذا وكل أحد الطرفين فيها الاخر أو وكلا ثالثاً ويكون المضمون حاصلا بمجرد حصول الايجاب من الوكيل عن أحد الطرفين والاصيل من الطرف الآخر أو الوكيل عن الطرفين لما عرفت من أن المعيار في كون المفهوم عقداً أو إيقاعا كونه تحت سلطنة واحدة أو سلطنتين متقابلتين ولما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلا بمجرد إيقاعه فاذا وقع من الاصيلين كان عقداً وإذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعا ومافي المسالك من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول والايجاب في عقد الولي على الطرفين وانه لا يكتفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد منه عنهما ذكر ذلك في مبحث الاجتزاء بالامر عن القبول غير مسموعة كما يظهر من تنزيل الشهيد في شرح الارشاد خبر سهل فراجع .

(١) يعني : لا يحتاج الى القبول لان فعل الوكيل كفعل الأصيل .

(٢) لأن ظهور الاذن لهما بالفعل على وجه التشريك يقتضي اختصاص التسليط بجهته دون جهة الآخر ، فلا بد من اعماله سلطان الآخر . نعم اذا كان الاذن لكل منهما في التزويج مطلقاً ، كان كما لو أذن لأجنبي في ذلك ، ولا يحتاج

﴿ مسألة ١٧ ﴾ : اذا أراد المولى التفريق بينهما لاحاجة الى الطلاق ، بل يكفي أمره إياهما بالمفارقة (١) ولا يبعد جواز الطلاق ايضا بأن يأمر عبده بطلاقها وان كان لايخلو من إشكال ايضا (٢) .

الى القبول ، كما ذكره فيما قبل .

(١) بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه . كذا في الجواهر ، 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 فليفرق بينهما إذا شاء إن الله تعالى يقول : (عبداً مملوكا لايقدر على شيء) فليس للعبد شيء من الامر . وإن كان زوجها حراً فان طلاقها صفقتها » ومصحح عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله (ع) قال : « سمعته يقول : اذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له : اعتزلها ، فاذا طمثت وطئها ، ثم يردها عليه إن شاء » . وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما اذا شاء » ونحوها غيرها ومنه صحيح محمد بن مسلم المتقدم في أول المسألة . وفي كشف اللثام ـ بعد الاستدلال به على المقام ـ قال : « ويشكل على القول بكونه نكاحا إن لم يكن عليه إجماع . للاحتياط وعدم نصوص الاخبار » لكن الاحتياط لايجب مع وجود الحجة . وعدم نصوصيتها لاتقدح اذا كان لها ظهور ، فان الظهور حجة كالنص .

(٢) 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 « ان زوجة العبد اذا كانت أمة لمولاه فان طلاقها وازالة عقد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه . إجماعا » . وفي الحدائق : « لاخلاف نصا وفتوى ـ فيما أعلم ـ في أنه اذا زوج السيد عبده أمته فان الطلاق بيد السيد ، وله أن

﴿ مسألة ١٨ ﴾: اذا زوج عبده امته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد املا . بل هو الاحوط (١) وتملك الامة ذلك بناء على المختار من صحة

يأمره به ، وأن يفرق بينهما 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 اذا لم يكن وكيلا عنه . وفيه أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه ، لا أنه لا يصح إلا بالمباشرة أو التوكيل

(١) فان المحكي عن الشيخين ، وابني حمزة ، والبراج ، وأبي الصلاح : الوجوب . للنصوص المتقدمة في مسألة عدم اعتبار قبول العبد في انكاحه أمة مولاه ، المتضمنة للامر باعطائها مداً من طعام ، أو درهما ، أو نحو ذلك . لكن الاكثر - كما قيل - على الاستحباب . وفي كشف اللثام نسبه الى المفيد أيضا . للاصل . وعدم التنصيص على الوجوب لكن الاصل لامجال له مع الدليل . وعدم التنصيص لا يقدح في الحجية مع وجود الظاهر . وفي الجواهر استدل على الاستحباب بالاصل ، وعدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه . ضرورة أن مهر الامة 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 ملكا 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 بقرينة أنه لم يذكر في ضمن الجملة الانشائية ، وإنما ذكر الامر به بعد ذلك فان قام إجماع على عدم وجوب دفع غير المهر تعين حمل النصوص على الاستحباب . وإلا لزم الأخذ بظاهرها والبناء على

ملكية المملوك اذا ملكه مولاه او غيره .

﴿ مسألة ١٩ ﴾ : اذا مات المولى وانتقلا الى الورثة فلهم أيضا الامر بالمفارقة بدون الطلاق (١) والظاهر كفايه أمر أحدهم فى ذلك (٢) .

﴿ مسألة ٢٠ ﴾ : اذا زوج الامة غير مولاها (٣) من حر فأولدها جاهلا بكونها لغيره عليه العشر او نصف العشر لمولاها وقيمة الولد ويرجع بها على ذلك الغير لانه كان مغروراً من قبله (٤) كما أنه اذا غرته الامة بتدليسها ودعواها

وجوب الدفع تعبداً .

(١) كما نص على ذلك فى الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ويظهر من شراحها كونه من المسلمات معللين له بأنه مقتضى انتقال الملك اليهم ، بل في المسالك هنا أولى لقيامه مقام المورث الذي كان أمره بيده .

(٢) إن كان المراد كفاية أمر أحدهم فى حرمة الوطء ففي محله ، لعدم جواز التصرف بدون إذن المالك ، وإن كان مالكا جزءاً مشاعا . وإن كان المراد الخروج عن الزوجية بذلك ، فلا يخلو من إشكال ، لان الخروج عن الزوجية كالدخول في الزوجية تحت سلطة جميع المالكين ، فلا يستقل به أحدهم . اللهم إلا أن يقال : اذا حرم الوطء فقد بطلت الزوجية ، إذ لا مجال لانتزاعها حينئذ . ولذا استفيد بطلان عقد التزويج من تحريم وطء الام وغيرها من ذوات المحارم .

(٣) هذا مورد صحيح الوليد بن صبيح المتقدم فى المسألة الثانية عشرة ، المتضمن ضمان الزوج لمولى الامة العشر أو نصف العشر . وأما ضمان قيمة الولد فيمكن استفادته مما يأتي ، ومن موثق سماعة المتقدم هناك .

(٤) إشارة الى قاعدة الغرور المستفادة من النبوي : « المغرور يرجع على من غره » المعول عليها في جملة من الموارد اتفاقا ويقتضيها أيضا خبر محمد بن سنان ، عن

الحرية تضمن القيمة (١) وتتبع به بعد العتق وكذا اذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها (٢) .

﴿مسألة ٢١﴾ : لو تزوج امة بين شريكين باذنهما ثم اشترى حصة أحدهما أو بعضها أو بعضا من حصة كل منهما ، بطل نكاحه ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٣)

اسماعيل بن جابر ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباها فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها ، فولدت منه ، فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة . قال (ع) : ترد الوليدة على مواليها . والولد للرجل . وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الوليد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه » وخبر رفاعة بن موسى قال : « سألت أبا عبد الله (ع) .. الى أن قال : وسألته عن البرصاء . قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها ، وأن المهر على الذي زوجها ، وأنه صار عليه المهر لأنه دلسها . ولو أن رجلا تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها » . وربما يستفاد أيضا من غيرها . لكنه قاصر عن إفادة العموم ، وإنما يدل عليها في موارد خاصة والعمدة ماذكرنا والاول يدل على الرجوع بقيمة الولد بالخصوص .

(١) كما مال اليه في الجواهر لما ذكر من القاعدة .

(٢) كما عن الحلي في السرائر ، مدعياً نفي الخلاف في ذلك وان الاجماع منعقد عليه . وهو مقتضى قاعدة الغرور المتقدمة .

(٣) على المشهور ، بل إجماعا إذا لم يرض الشريك الاخر . لعدم التبعيض في أسباب النكاح ابتداء واستدامة ، كما يقتضيه ظاهر قوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) . وموثق سماعة : « سألته عن رجلين بينهما أمة فزوجاها من رجل ، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين . فقال (ع) : حرمت عليه باشترائه

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها(١) وهل يجوز له وطؤها اذا حللها الشريك؟ قولان أقواهما نعم . للنص(٢) وكذا لايجوز وطء من بعضه حر اذا اشترى نصيب

إياها . وذلك أن بيعها طلاقها . إلا أن يشتريها من جميعهم » وعن النهاية جواز الوطء إذا رضي الشريك بالعقد ، وتبعه عليه القاضي . ودليله غير ظاهر في قبال ماعرفت . ولذا قال في الشرائع : « ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياع لم يصح . وقيل : يجوز له وطؤها بذلك وهو ضعيف » .

(١) لما ذكر ، فان 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 دبراها جميعاً ، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه . قال (ع) : هو له حلال . وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات و نصفها مدبراً . قلت : أرأيت إن اراد الباقي منها أن يمسها ، 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 الاخر للباقي منهما ؟ قال (ع) : بلى . قلت : فان هي جعلت مولاها في حل من فرجها وأحلت له ذلك . قال (ع) :لايجوزله ذلك . قلت : لم لايجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال (ع) : إن الحرة لاتهب فرجها ، ولاتعيره ، ولاتحلله . ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم ، فان أحب أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر » . ورواه الشيخ بطريق فيه علي بن فضال ، والصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) . وما قواه المصنف حكي عن ابن إدريس وجماعة منهم الشهيد في اللمعة . وفي الشرائع : « ولو حللها قيل : تحل وهو مروي وقيل :

الرقية لا بالعقد ، ولا بالتحليل منها . نعم لو هاياها فالاقوى جواز التمتع بها (١) في الزمان الذي لها عملا بالنص الصحيح وان كان الاحوط خلافه .

فصل فى الطوارىء

وهي العتق والبيع والطلاق . أما العتق: فاذا اعتقت الامة المزوجة كان لها فسخ نكاحها اذا كانت تحت عبد (٢) بل مطلقاً وان كان تحت حر

لا لأن سبب الاستباحة لا يتبعض » ويشكل ماذكره أخيراً بأن التحليل نوع من الملك ، كما عرفت ، فلا تبعض ، كما أشار اليه في كشف اللثام ، بعد أن قوى الجواز مع أنه لامجال لرد النص والاخذ بالقواعد العامة لو تمت فاذاً الجواز متعين . ومن الغريب نسبة الضعف الى الرواية في المسالك وغيرها ، مع أنها مروية فى الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) بطريق صحيح ، وفى الفقيه عن محمد بن مسلم عنه (ع) بطريق صحيح أيضا ، ورويت فى التهذيب في أوائل كتاب النكاح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) بطريق فيه على بن فضال ، فيكون من الموثق .

(١) كما عن الشيخ ، وجماعة . وفي الشرائع : « قيل : يجوز أن يعقد عليها متعة فى الزمان المختص بها . وهو مروي . وفيه تردد ، لما ذكرنا من العلة » ويشكل بأن النص الصحيح المعول عليه عند الشيخ واتباعه لا مجال لرده بالعلة المذكورة وان عول عليها المشهور - كما قيل - كما لامجال لما فى المسالك من أن منافع البضع لاتدخل في المهاياة وإلا لحل المتعة بغيره فى أيامها وهو باطل اتفاقا لامكان منع الملازمة بين الحكمين وجواز التفكيك بين الفرضين ، كما ذكر فى الجواهر .

فصل فى الطوارىء

(٢) بلا خلاف ، ولا إشكال ، بل في الرياض : « إذا كانت تحت عبد

على الاقوى (١) والظاهر عدم الفرق

إجماعا من المسلمين ، كما حكاه جماعة » ويشهد به النصوص المستفيضة ، كصحيح الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله (ع) : عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الامة . قال (ع) : أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها ، وإن شاءت نزعت نفسها منه . قال : وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة ، فاشترتها عائشة فاعتقتها ، فخيرها رسول الله (ص) » وموثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « أنه كان لبريرة زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول الله (ص) اختاري » وصحيح محمد بن مسلم «سألت أبا عبد الله (ع) : عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق . فقال (ع) : تتخير ، فان شاءت أقامت على زوجها ، وإن شاءت فارقته » . ونحوها غيرها .

(١) على المشهور ، ومنهم الشيخ في النهاية ، والمحقق في المختصر النافع . لجملة من النصوص . منها خبر محمد بن آدم عن الرضا (ع) : « اذا أعتقت الامة ولها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر » . ونحوه خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله (ع) واطلاق خبر الكناني : « أيما امرأة اعتقت فامرها بيدها ، إن شاءت أقامت معه ، وان شاءت فارقته » . 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 » . 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 للاصل ويشكل بأن ضعف النصوص مجبور بعمل المشهور بها واعتمادهم عليها . ولا سيما بملاحظة قول النبي (ص) لبريرة : « ملكت بضعك فاختاري » فانه بمنزلة التعليل الشامل لغير مورده لكن لم أعثر على ذلك في رواياتنا .

بين النكاح الدائم والمنقطع(١) . نعم الحكم مخصوص بما اذا اعتق كلها فلاخيار لها مع عتق بعضها على الاقوى (٢) نعم اذا اعتق البعض الآخر أيضا ولو بعد مدة كان لها الخيار (٣) .

﴿ مسألة ١ ﴾ : اذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر . وهل هو لمولاها او لها ؟ تابع للجعل فى العقد (٤) فان جعل لها فلها وإلا فله: ولمولاها في الصورة الاولى تملكه كما فى سائر الموارد اذ له تملك مال مملوكه (٥) بناء على القول بالملكية

---

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى . وقد يحتمل عدم الخيار في المنقطع لأنه كالاجارة لاتنفسخ بالعتق . ولكنه كما ترى .

(٢) كما نص على ذلك فى القواعد وغيرها . ويقتضيه الاصل وقصور النصوص والفتوى عن شمول الفرض ، كما ذكر ذلك فى كشف اللثام وغيره . ويظهر من عبارة المصنف أنه محل خلاف . لكن نسبة الخلاف فى كشف اللثام الى بعض الشافعية يدل على الاتفاق عليه عندنا ، كما هو ظاهر الجواهر ايضا .

(٣) كما يستفاد من قوله (ع) : « هى أملك ببضعها » وان كان مقتضى الجمود عليها الاقتصار على صورة عتق الكل . لكن منصرفها صيرورتها بتمامها حرة ، ولو بالتدريج .

(٤) قد تقدم فى المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الامة المزوجة لمولاها ودعوى الاتفاق عليه من جماعة . فلا وجه ظاهر لهذا التردد في المقام والتفصيل ولذا قال فى الجواهر : « وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول » . إلا أن يقال ان ماسبق يختص بصورة ما اذا أطلق المهر ، والمقام يختص بما اذا عين للمولى ، اولها ، أو أطلق . لكن ذلك لايناسب عبارة المتن .

(٥) لانه تحت سلطانه مطلقاً .

لكن هذا اذا كان قبل انعتاقها (١) واما بعد انعتاقها فليس له ذلك (٢) وان كان قبل الدخول (٣) ففي سقوطه ، او سقوط نصفه ، او عدم سقوطه اصلا ، وجوه أقواها الاخير (٤) وان كان مقتضى الفسخ الاول . وذلك لعدم معلومية

(١) يعني : التملك .

(٢) لخروجه عن سلطانه بحرية مالكه ، الموجبة لسلطنته عليه .

(٣) يعني : العتق والفسخ أيضا .

(٤) قال فى المسالك : « إن كان (يعني : الخيار) قبله سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها » ، ونحوه فى كشف اللثام ، وفي الجواهر : « اذا 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 فيها » وما ذكره من المناقشة متين ، إلا ماذكره من ثبوت المهر بالعقد فانه لا يقتضي بقاء المهر ، لكون المفروض انفساخ العقد باختيار الفراق ، وبعد انفساخه لا يبقى لمضمونه أثر ، فضلا عن الشرط المذكور فيه . نعم احتمل المصنف (ره) أن اختيار الفراق فى المقام ليس من باب الفسخ ، بل من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة . ولم يتضح الفرق بين الفسخ والبطلان فيما نحن فيه : لأنه اذا بطل النكاح فقد بطل المهر ، لأنه شرط فيه ، وبالجملة : فبقاء المهر مع الفسخ الذي ذكره فى الجواهر أو مع البطلان الذي ذكر فى المتن ، غير ظاهر . نعم يمكن دعوى منع حصول الفسخ والبطلان باختيار الفراق ، واحتمال أن يكون نظير الطلاق . غاية الامر أن ايقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج وإيقاع هذا الفراق من الزوجة . ولا يأبى قوله (ع) في

كون المقام من باب الفسخ ، لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارهـــا المفارقة . والقياس على الطلاق فى ثبوت النصف لا وجه له .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : اذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها . وان جعل للمولى ، او اطلق ، ففي كونه لها اوله قولان . اقواهما الثاني . لأنه ثابت بالعقد (١) وان كان يستقر بالدخول ، والمفروض انها كانت أمة حين العقد (٢) .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لو كان نكاحها بالتفويض ، فان كان بتفويض المهر (٣) فالظاهر ان حاله حال ما اذا عين فى العقد (٤)

الصحيح الاول: «وان شاءت نزعت نفسها منه» وقوله (ع) فى الصحيح الاخير: «وإن شاءت فارقته » أن يكون من قبيل الفراق المجعول ضد الزوجية ، لا نقض الزوجية المجعولة . وحينئذ يكون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف (ره) . وحمل الفراق فى المقام على الطلاق في تنصيف المهر ، لا وجه له . فالعمل بالاصل متعين .

(١) على الاصح ، كما في المسالك والتحقيق ، كما في الجواهر ، ونحوها مافى غيرها لوضوح أنه مذكور فى 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 فى ذلك .

(٢) فيكون مهرها لمولاها وإذا قلنا بان المهر يثبت بالدخول لا بالعقد اتجه حينئذ ثبوت المهر لها . لأن الدخول كان فى حال الحرية .

(٣) بأن يذكر المهر في العقد ويفوض تعيينه الى أحد الزوجين بعينه ، أو ولو مطلقاً لا بعينه ، أو ولو اليهما معا ، أو ولو الى أجنبي على خلاف في ذلك .

(٤) كما في كشف اللثام ، والجواهر . لان المهر حينئذ يكون بالعقد ،

وان كان بتفويض البضع (١) فان كان الانعتاق بعد الدخول ، وبعد التعيين ، فحاله حال ما اذا عين حين العقد (٢) وان كان قبل الدخول ، فالظاهر أن المهر لها (٣) لانه يثبت حينئذ بالدخول ، والمفروض حريتها حينه .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : اذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر ان الخيار باق(٤) فان اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ وان اختارت البقاء بقي له حق الرجوع . ثم اذا اختارت الفسخ لاتتعدد العدة بل يكفيها عدة واحدة (٥)ولكن عليها تتميمها عدة الحرة(٦) وان كانت العدة بائنة

فتجري فيه أحكام الصور الثلاث للمهر المعين في العقد .

(١) بأن لايذكر المهر في العقد أصلا ، لا إجمالا ، ولا تفصيلا .

(٢) لان التعيين اللاحق كالتعيين في العقد نافذ . وإن كان العتق بعد الدخول بلا تعيين تعين مهر المثل . ويكون للسيد في الفرضين .

(٣) يعني : اذا دخل بها قبل اختيار الفراق أما اذا اختارت الفراق قبل الدخول فلا مهر لها ، ولا للسيد . لعدم المقتضي له ، لا عقد ، ولا دخول ، إلا اذا 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 .

(٤) لانها بحكم الزوجة . ولضرورة أولوليته من فسخ النكاح المستقر ، كما في كشف اللثام ، وغيره .

(٥) نص على ذلك كله في القواعد وغيرها . ويقتضيه إطلاق الادلة . ولا مجال للرجوع الى أصالة عدم التداخل ، لأنها خلاف المرتكزات العرفية في المقام .

(٦) لصيرورتها حرة . لكن الاكتفاء بذلك يقتضي الغاء سببية الفسخ للعدة ، وهو أمر زائد على التداخل وجهه غير ظاهر ، لأنه الغاء لسببية الفسخ من

فلا خيار لها على الاقوى (١) .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : لايحتاج فسخها الى اذن الحاكم (٢) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : الخيار على الفور (٣) على الاحوط فوراً عرفيـــاً . نعم

غير وجه ، والارتكاز إنما يساعد على التداخل ، لا على الغاء السببية بالمرة . نعم ما في المتن مذكور في القواعد وغيرها ، ويظهر منهم المفروغية عنه . فان كان إجماعا فهو ، وإلا فالمتعين استئناف عدة الحرة للفسخ .

(١) كما في الجواهر . لأنها حينئذ ليست زوجة ، ونصوص الخيار مختصة بالزوجة . وكذا لو اعتقت في أثناء العدة الرجعية فلم تفسخ لعدم علمها الى أن خرجت عن العدة ، فانها لاخيار لها حينئذ لخروجها عن الزوجية حقيقة وحكماً . والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه ، وإن كان قول المصنف (ره) : « على الاقوى » يشعر بوجود الخلاف ، لكني لم أعثر عليه ، ولا على إشكال فيه .

(٢) كما نص على ذلك في القواعد . وفي كشف اللثام : « للشافعية وجه بالافتقار » وظاهره أنه لاخلاف فيه بيننا .

(٣) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وفي المسالك : « يظهر من الجماعة الاتفاق عليه » وفي كشف اللثام : « إتفاقا كما هو الظاهر » وفي الحدائق : « ظاهر الاصحاب الاتفاق عليه » ، وفي الرياض أنه متفق عليه عند الجماعـــة 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 افرادي لها عموم أزماني ، فاذا دل الدليل على عدم اللزوم في زمان وشك فيما بعده من الازمنة فاللزوم وعدم تعين الرجوع الى عموم اللزوم الازماني في الزمان المشكوك ويشكل بأن ذلك وإن سلم ، فانما يصح اذا لم يكن لدليل الخيار إطلاق ، وإلا كان

لو كانت جاهلة بالعتق ، او بالخيار او بالفورية جاز لها الفسخ بعد العلم (١) ولا يضره التأخير حينئذ .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : ان كانت صبية اومجنونة فالاقوى ان وليهايتولى خيارها(٢)

إطلاقها مقدما على العموم الازماني ، ففي الزمان المشكوك يرجع الى إطلاق الخيار لا الى إطلاق اللزوم الازماني فلاحظ ، فان العمدة هو الاتفاق المدعى فى المقام على الفورية .

(١) أما في الاول فمقطوع به - كما فى كشف اللثام - وأما في الاخيرين فاحتمل في القواعد السقوط ، وعدمه ، والفرق بينهما . وعلل الاول في كشف اللثام بأن الثبوت خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ، ولأن الرضا بعد العلم بملكها بضعها بمنزلة العقد بعده ، ولأن الجهل لو كان عذراً لكان النسيان كذلك . وفى الجميع منع ظاهر ، إذ دليل الخيار يقتضي الثبوت في غير مورد الاجماع على السقوط والمشابهة في الثاني ممنوعة والملازمة فى الثالث كذلك ، مع أنه لادليل على بطلان اللازم ، بل فى المسالك إلحاق النسيان بالجهل . والعمدة فى الحكم في الجميع عدم تمامية الاجماع على السقوط ، ومقتضى اطلاق الدليل ثبوته . ومنه يظهر الاشكال فى احتمال الفرق بينهما . وتوجيهه بأنه مع العلم بالخيار إذا اخرت الفسخ فقد رضيت بالاجازة ، ولاندفاع الضرر باثبات الخيار لها مع العلم وان لم تعلم الفورية . كما ترى إذ الاول ممنوع ، والثاني مبني على ثبوت الخيار بالضرر ، وهو ممنوع ، لقيام الدليل عليه ، فيؤخذ باطلاقه مالم يقم إجماع على خلافه ، كما عرفت .

(٢) يظهر من الجواهر احتماله إن لم يكن اجماع 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 الاصحاب . لكن

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لايجب على الزوج اعلامها بالعتق (١) او بالخيار اذا لم تعلم بل يجوز له اخفاء الامر عليها .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها (٢) بين ان يكون هو المباشر لتزويجها اوآذنها فاختارت هي زوجاً برضاها ولـكن يمكن دعوى انصراف (٣) الاخبار الى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها .

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : لوشرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته (٤)

التعليل المذكور في القواعد كما ترى ، إذ الشهوة لاتزاحم المصلحة . ولذا يصح تصرف الولي لوزوجها بمن شاء اذا كان مصلحة لها ، كما لايخفى . 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 لاعموم في دليل الولاية يقتضي ذلك فلاحظ .

(١) للاصل بعـــد عدم الدليل على الوجوب وكذا لايجب على المالك إعلامها بذلك ، لما ذكر .

(٢) كما يقتضيه إطلاق كلامهم .

(٣) لـكن الدعوى المذكورة ضعيفة ، والانصراف بدوي لايعتد 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 لااشكال فيه ولاخلاف ويقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة ، أو شرط المال أو غير ذلك مضافا الى احتمال عموم السلطنة ، وان العبد تحت سلطان المولى حتى بالاضافة الى ذمته فله اشغالها بما شاء . ولأجل ذلك يظهر أنه لاحاجة الى قبول

﴿ مسألة ١١ ﴾ : لو اعتق العبد لا خيار له (١) ولا لزوجته (٢) .

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : لو كان عند العبد حرة وأمتان فأعتقت إحدى الامتين

العبد ، كما هو مذهب جماعة ، منهم المحقق في ظاهر كلامه . خلافا لآخرين للشك في صدق الشرط بدون الرضا ، فلم يثبت عموم : « المؤمنون عند شروطهم » له . وفيه ما لا يخفى . وفي القواعد استقرب العدم في شرط الخدمة دون المال ، لأن الخدمة من المنافع المملوكة للمولى ، دون المال . وفيه أنه لو قيل بعدم ملك المال فهو أيضا تحت سلطان المولى ان كان موجوداً . نعم اذا لم يكن موجودا 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 اشغال ذمة العبد بها ، لانها تحت سلطانه . فلاحظ .

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا عن ابن الجنيد فاثبت له الخيار قياساً على الامة وعن ابن حمزة فاثبت له الخيار اذا كان قد أكرهه على النكاح . وعن المختلف موافقته في ذلك لانه كالحر المكره والاشكال عليهما ظاهر ، إذ القياس ليس بحجة والحر 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 موافقتهما 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 فاولى أن ترضى به حرا ، كما ذكر في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبدالله (ع) : « في رجل زوج أم ولد له من عبد ، فاعتق العبد بعد ما دخل بها ، هل يكون لها الخيار ؟ قال (ع) : قد تزوجته عبدا ورضيت به فهو حين صار حراً أحق أن ترض به » ، ونحوه خبر أبي بصير .

فهل لها الخيار اولا ؟ وجهان (١) وعلى الاول ان اختارت البقاء فهل يثبت

(١) قد تقدم أنه لايجوز للعبد أن يتزوج حرتين وأمة ، وله أن يتزوج أمتين وحرة . وفي المقام بعد عتق إحدى الامتين 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 . فاذا كان حكم الزوج الاختيار أشكل البناء على ثبوت الخيار للزوجة وإن كان مقتضى إطلاق الدليل ذلك ، لكن تمكن دعوى انصرافه عن صورة تزلزل حال المرأة من جهة أن للزوج اختيار غيرها فيبطل نكاحها . وفيه : أن هذا المقدار من التزلزل لايستوجب الانصراف المعتد به ، لامكان أن يكون الخيار لكل من الزوج والزوجة ، فثبوت الخيار للزوج لا يوجب قصور دليل الخيار للزوجة عن شمول الفرض . نظير مالو كان العتق في اثناء العدة الرجعية . مضافاً الى أن ذلك لو تم فانما يقتضي نفي خيارها قبل اختيار الزوج ، لامطلقاً ، فلو اختارها الزوج كان لها الخيار ، لانتفاء المانع المذكور.

ويحتمل بعيداً أن يكون تردد المصنف (ره) من جهة احتمال بطلان نكاحها بمجرد العتق ، وعدم الالحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع . إذ لادليل على هذا الالحاق بعد كون الحكم هناك خلاف مقتضى القاعدة، لأن عقده عليهن إن كان في زمان واحد تعين بطلان الجميع ، لعدم المرجح ، وان كان في زمانين تعين البناء على بطلان اللاحق وصحة السابق . فالبناء على اختيار الزوج مستند إما الى الاجماع . أو الى النص الوارد في المجوسي إذا أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه ، كيف يصنع ؟ قال (ع) : يمسك أربعاً ، ويطلق ثلاثا . والظاهر أنه ليس في روايات اصحابنا سواه . والاجماع والنص لايشملان المقام . فيتعين البناء على بطلان الجميع في المقام ، لعدم المرجح . وحينئذ لا مجال لخيار

للزوج التخيير او يبطل نكاحها . وجهان (١) وكذا اذا كان عنده ثلاث اواربع اماء (٢) فاعتقت احداها ولو اعتق في هذا الفرض جميعهن دفعة ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات . او التخيير من الاول للزوجات ،فان اخترن البقاء فله التخيير او يبطل نكاح الجميع وجوه (٣)

الزوجة ، لانتفاء موضوعه .

(١) لم يتضح وجه البطلان مع اختيارها للبقاء . نعم اذا قلنا بأن الممتنع أن يجمع العبد بين حرتين وأمة مع استقرار النكاح فما دامت الامة المعتقة لها الخيار لامانع من الجمع ، فاذا استقر نكاحها باختيارها البقاء امتنع الجمع ، فبطل نكاحها لكن لو تم اقتضى بطلان نكاح الجميع . فاذا التحقيق ـ بعد البناء على الحاق المقام بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع ـ هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجة والزوج في الفرض ، ولا يبطل نكاحها الا اذا اختار الزوج غيرها .

(٢) اذا كان عند العبد ثلاث إماء فاعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها لانه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة وأمتين . وحينئذ فلا اشكال في ثبوت الخيار للمعتقة ، وليس هو مما نحن فيه . نعم اذا أعتق اثنان منهما كان قد جمع بين حرتين وأمة . ولا يجوز للعبد ذلك ، فحينئذ يجيء الاشكال السابق وكذا لوكانت أربع إماء فاعتقت واحدة ، فانه لايجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء وحرة ، فيجري فيه ماسبق .

(٣) قد عرفت أنه مقتضى القاعدة ، وأن الالحاق بصورة ما اذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر . ولو بني عليه لم يكن وجه لتقديم اختيار الزوج على اختيار الامة ، أو تقديم اختيارها على اختياره ، فان كون اختياره موضوعا لاختيارها وكذا العكس مما لم يشهد به شاهد . والمتعين أن يكون لكل منهما الاختيار ، كما لو اعتقت في اثناء العدة الرجعية .

فصل فى العقد وأحكامه

﴿ مسألة ١ ﴾ : يشترط فى النكاح الصيغة بمعنى الايجاب والقبول اللفظيين (١) فلا يكفي التراضي الباطني ولا الايجاب والقبول الفعليين وان يكون الايجاب بلفظ النكاح او التزويج على الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم (٢) وإن كان

فصل فى العقد وأحكامه

(١) قال فى الحدائق : « أجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول اللفظيين » وفي كلام شيخنا الاعظم (ره) : « أجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة فى عقد النكاح ، لا يباح بالاباحة ، ولا المعاطاة » ، ونحوهما كلام غيرهما . ولأجل هذا الاجماع افترق النكاح عن غيره من مضامين العقود ، فانها يجوز انشاؤها بالفعل ، بخلافه وأما الفارق بينه وبين السفاح فلا يرتبط بذلك ، إذ السفاح الوطء لا بعنوان الزوجية ، وفى النكاح الوطء بعنوان الزوجية ، وإن لم يكن إنشاؤها باللفظ ، كما في نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة ، فانه نكاح وليس بسفاح ، وان كان بغير لفظ فلاحظ .

(٢) كما عن التذكرة ، والمختلف ، وفى كشف اللثام نسبته الى الاكثر ، وعن ظاهر السيد في الطبريات الاجماع عليه . وفى المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الاثر عليه ، للشك في جوازه ، لأنه حقيقة في المنقطع ، مجاز في الدائم ، والعقود اللازمة لا تقع بالمجاز وفى كلتا المقدمتين منع . وأصالة عدم ترتب الاثر لا مجال لها في قبال عمومات النفوذ والصحة ولذا اختار في الشرائع ، والمختصر النافع ، والقواعد ، والارشاد ، الجواز ، ويشهد له ماورد من انقلاب المنقطع دائما إذا لم يذكر فيه الاجل نسيانا .

لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على إرادة الدوام . ويشترط العربية مع التمكن منها (١) ولو بالتوكيل على الاحوط (٢) نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الاحوط يكفي غيرها من الالسنة اذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج

---

(١) 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 الاصل ، الذي لا يعارضه الاطلاق ، لانصرافه الى المتعارف . وفي كشف اللثام بأنه مقتضى الاصل ، والاحتياط في الفروج والمناقشة في ذلك كله ظاهرة ، إذ كونه كالكناية ممنوع ، كعدم الصحة في الكناية اذا كانت الدلالة ظاهرة والاصل والاحتياط لا مجال لهما مع الاطلاق والانصراف الى العربية ـ لانه المتعارف ـ بدوي ، لا يعول عليه في رفع اليد عن الاطلاق 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 ـ كما عن ابن حمزة ـ غير بعيد بل هو المتعين .

(٢) 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 الاخرس من الاجتزاء فيه بالفعل الدال على إنشاء الفراق 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 الاجماع هو المستند .

والاحوط اعتبار الماضوية (١) وان كان الاقوى عدمه (٢) فيكفي المستقبل ، والجملة الخبرية (٣) كأن يقول : « ازوجك » او « انا مزوجك فلانة» كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول (٤) وان كان الاقوى جواز العكس ايضا .

---

(١) كما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم ـ كـذا في المسالك ـ واستدل له بأن الماضي دال على صريح الانشاء المطلوب في العقود ، بخلاف صيغة ، المضارع والامر ، فانهما ليسا موضوعين للانشاء . ولاحتمال الاول الوعد وللزوم الاقتصار على المتيقن ، وغير الماضي مشكوك . ولان تجويز غيره يؤدي الى انتشار الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة . والجميع كما ترى . فان الاول ممنوع . والماضي يكون خبراً تارة ، وإنشاء اخرى ، كالمضارع ، بل لافرق بـين الفعلين إلا فى الحكاية عن زمان التلبس ، واحتمال الوعد لا أثر له مع القرينة على إرادة الانشاء . والاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل فى المشكوك ، وكفى بالاطلاق دليلا مضافا الى النصوص الواردة في بيان عقد الانقطاع ، المتضمنة جواز إنشائه بمثل : « أتزوجك متعة على كتاب الله تعالى » ، ولا فرق بين الانقطاع والدوام .

(٢) كما نسب الى ابن أبي عقيل ، والمحقق ، وجماعة .

(٣) فانها كالجملة الفعلية صالحة 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 ؟ ! .

(٤) كما نسب الى الاكثر ، والاشهر في مطلق العقود ويقتضيه مفهوم القبول العقدي فان مفهوم القبول في نفسه وإن كان يتعلق بالامر الاستقبالي كما يتعلق بالأمر الماضي ، نظير الرضا والحب والبغض ونحوها ، بل لا يعتبر فيه وقوع الايجاب لا في الماضي ولا في المستقبل ، لتعلقه بالوجود اللحاظي ، إلا أن القبول العقدي ـ أعني : مايقابل الايجاب ـ مختص بما يتعلق بالايجاب الماضي . فيكون

وكذا الاحوط ان يكون الايجاب من جانب الزوجة (١) والقبول من جانب الزوج

معنى القبول المقابل للايجاب هو الرضا بما جعل وأنشىء أما الرضا بما يجعل وينشأ فلا يكون قبولا بالمعنى المقابل للايجاب ، فلو تقدم القبول لم يكن قبولا بذلك المعنى . وأما ماورد في الروايات الواردة في بيان كيفية المتعة المتضمنة أنه يقول لها : «أتزوجك على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (ص)» ، فاذا قالت : «نعم» فقد رضيت وهي امرأتك فليس من باب تقديم القبول ، بل من باب الايجاب ممن وظيفته القبول ، كما سيشير اليه في المتن ، فلا مجال للاستدلال به على ما نحن فيه . ومثله الايجاب في البيع من المشتري بأن يقول : « إشتريت فرسك بدينار » مثلا ، 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 مقدماً ، لأن حقيقة القبول الرضا بالايجاب ، فمتى وجد قبله لم يكن قبولا ، لعدم معناه . وفيه منع كون المراد من القبول قبول الايجاب ، بل قبول النكاح ، وهو متحقق على التقديرين . ولأنا نقول بموجبه ، فان القبول حقيقة ماوقع بلفظ : « قبلت » ولا إشكال في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ ، وإنما الكلام فيما وقع بلفظ : « تزوجت » أو « نكحت » فهو في معنى الايجاب ، وتسميته قبولا 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 يلتئم مع ما في المتن ، فان جواز الايجاب من الزوج سيتعرض له بعد ذلك ، بل ولا يلتئم مع كلمات جماعة ممن قال بجواز تقديم القبول وأدلتهم عليه فلاحظ .

(١) لايخفى أن الزوجية المجعولة في عقد النكاح مقابل الفردية ، فكأن كل

وان كان الاقوى جواز العكس وأن يكون القبول بلفظ : «قبلت » (١) ولا يبعد كفاية « رضيت » ولا يشترط ذكر المتعلقات فيجوز الاقتصار على لفظ : « قبلت» من دون أن يقول :

واحد من الرجل والمرأة فرد ، فاذا تزوج أحدهما بالآخر صار زوجا 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 الاول ، لأن الضم فيه تابعية ومتبوعية ، والرجل أولى بالمتبوعية ، كما أن الانثى أولى بالتابعية ، فلذلك تعارف إيجاب المرأة بقولها للرجل : «زوجتك نفسي » ولم يتعارف إيجاب الرجل بقوله للمرأة : « زوجتك نفسي » فاذا وقع الايجاب من الرجل ، فتارة : يكون المعنى الذي يوجبه أن تنضم اليه المرأة ، فيقول : « تزوجتك » ، فتقول هي : «قبلت» ونحوه واخرى : يكون المعنى الذي يوجبه معنى آخر غيره ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : « زوجتك نفسي » . أما الاول فلا ينبغي الاشكال في صحته ، كما يقتضيه إطلاق الادلة . وما ورد في بيان كيفية المتعة . والاقتصار فيه على مورده ينافيه ما في بعض تلك النصوص ، من أنه إذا لم يذكر الاجل 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 الايجاب بـ « أنكحتك نفسي » من كل من الرجل والمرأة . لورود كل من الامرين في الاستعمال الصحيح ، قال الله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) ، قال تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره) .

(١) للاقتصار عليه في كلام جماعة . وكأنه للانصراف الى المتعارف . لكن التعارف لا يوجب تقييد المطلق الدال على الاجتزاء بكل ما دل على القبول ، مثل: « رضيت » و « تزوجتك » ونحوهما .

« قبلت النكاح لنفسي (١) او لموكلي بالمهر المعلوم » والاقوى كفاية الاتيان بلفظ الامر (٢) كان يقول : « زوجني فلانة » ، فقال : « زوجتكها » وان

---

(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 انه حسن لخبر سهل الساعدي ، المروي عند الخاصة والعامة . وفي المسالك أنه المشهور بين العامة والخاصة ورواه كل منهما في الصحيح . وهو أن امرأة أتت رسول الله (ص) فقالت يارسول الله وهبت نفسي لك ، وقامت قياما طويلا . فقام رجل وقال يارسول الله : زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة . فقال رسول الله (ص) : هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال ماعندى إلا إزاري هذا . فقال رسول الله (ص) : إن أعطيتها إزارك جلست لاإزار لك اجلس التمس ولوخاتماً من حديد ، فلم يجد شيئاً . فقال رسول الله (ص): هل معك من القرآن شيء ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا السور التي 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 اللئالي ، على ما حكي . 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 لهذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يارسول الله زوجنيها . فقال : ما تعطيها ؟ 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 : أتحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم. قال : قد زوجتكها على ماتحسن من القرآن . فعلمها إياه » وليس في شيء من طرق الحديث أن الرجل أعاد القبول فيكون أمره قبولا مقدماً على الايجاب ، 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 الايجاب والقبول ، لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم) ، فيكون ذلك من خواصه . وتنظر فيه في المسالك بأن الولي على الطرفين يعتبر وقوع الايجاب والقبول منه، وأن ذلك موضع وفاق ، ولا يكتفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه ، ولا ضرورة الى جعل ذلك من خصوصيات النبي (ص) مع وجود القبول اللفظي وقول جماعة من العلماء به . انتهى ويريد بالقبول اللفظي الامر بالتزويج وفيه : أن دعوى الوفاق على ذلك غير ظاهرة بعد بناء الشهيد على تنزيل الرواية على ماذكر ، وقد تقدم في تزويج المولى عبده القول من جماعة بأنه يكفي ايجاب المولى فقط ولا يعتبر قبول العبد ، وأن ذلك هو الذي يقتضيه التحقيق . وكان الاولى للشهيد تنزيل الرواية على ماتقدم في ذلك المبحث ، من أن الوكيل عن الطرفين يجزي إيجابه عن القبول ، فان الرجل لما طلب تزويجه من النبي فقد جعله وكيلا عنه أو مأذوناً منه في تزويجه ، فلا حاجة الى قبوله حتى لو كان المأذون غير النبي (ص) وليس ذلك مبنياً على ولايته (ص) 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 الامر قبولا - كما ذكره الجماعة - فانه غير معقول لان الامر بالتزويج إنشاء لايقاعه من المخاطب المأمور ، لا إنشاء لنفسه ، كما في « لأتزوج » الذي هو إنشاء لزوجية نفسه . وحمل الامر على غير معناه وهو إنشاء القبول ، خلاف المقطوع به ومن ذلك يظهر أنه لو فرض عدم دلالة الرواية على عدم القبول من الرجل بعد ايجاب النبي (ص) ، لأن الراوي ليس في مقام حكاية جميع ماوقع من أجزاء العقد ، ولا في مقام الحكاية لجميع

كان الاحوط خلافه .

﴿مسألة ٢﴾ : الاخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة مع قصدالانشاء وان تمكن من التوكيل على الاقوى (١) .

ماوقع فى ذلك المجلس ، بل في مقام الحكاية لما جرى من المرأة مع النبي (ص) لزم البناء عليه ، عملا بالقاعدة ، لا بالرواية ولعله مراد جماعة ممن قال بهذا القول ، لا مايقتضيه ظاهر كلامهم من كون الامر قبولا . نعم لايتأتى هذا الحمل في كلام الشرائع ، لتصريحه بكون الامر قبولا اذا كان بقصد انشاء القبول ، وكذا كلام القواعد ، وغيرهما . فيكون الحكم على خلاف القاعدة من وجهين : تقدم القبول على الايجاب ، وإنشاء القبول بلفظ الامر ، الذي هو من قبيل الانشاء بالالفاظ المستنكرة عرفا . لكن عرفت أن إثبات ذلك بالرواية غير ممكن ، لأن حمل الامر فيها على إنشاء القبول خلاف المقطوع به فلاحظ .

وبالجملة : مراد الجماعة إن كان هو أن الامر يغني عن القبول ، فيترتب الاثر على الايجاب فقط ، فذلك مقتضى القاعدة ، ولايحتاج في إثباته الى الرواية . وإن كان هو أن الامر قبول تعبداً ، فذلك مما لادليل عليه ، والرواية لاتثبته . وإن كان هو أن الامر قبول اذا كان صادراً بعنوان انشاء القبول ـ كما يظهر من عبارة الشرائع ـ فالرواية لاتدل عليه قطعا ، والبناء عليه يتوقف على صحة انشاء القبول بالالفاظ المستنكرة ، مثل أن يقول لولي المرأة : « أذنت لك في تزويجي » بقصد انشاء القبول .

(١) في جامع المقاصد : « كأنه لاخلاف في ذلك » ، وفي كشف اللثام : « وهو مما قطع به الاصحاب » . واستدل له بفحوى ما ورد في الطلاق . كصحيح البزنطي عن الرضا (ع) : « في الاخرس الذي لايكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال (ع) : بالذي يعرف به من أفعاله » وما ورد في قراءته وتلبيته وتشهده .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة (١) .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لا يجب التطابق (٢) بين الايجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقات فلو قال : « انكحتك فلانة » ، فقال : « قبلت التزويج » أو بالعكس كفى . وكذا لو قال : « على المهر المعلوم » فقال الآخر : « على الصداق المعلوم » وهكذا فى سائر المتعلقات .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : يكفي - على الاقوى - في الايجاب (٣) لفظ : « نعم » بعد الاستفهام كما اذا قال : « زوجتني فلانة بكذا ؟ » فقال : « نعم » (٤) فقال

والعمدة فيه اطلاق نفوذ العقود . والاجماع على اعتبار اللفظ غير منعقد في المقام .

(١) كما في القواعد وغيرها ، وفي جامع المقاصد : « لا ريب عندنا في أن الكتابة لا تكفي في إيقاع عقد النكاح للمختار » . ويقتضيه ماتقدم من الاجماع على اعتبار اللفظ . ويشكل ما فى جامع المقاصد من تعليله بان الكتابة كناية ، ولا يقع النكاح بالكنايات . انتهى فان الكتابة ليست من الكناية في شيء ، ولا مانع من الكناية إذا كانت واضحة الدلالة .

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع ، وفي الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال لاطلاق الادلة .

(٣) كما عن الشيخ وابن حمزة ، وتبعهما في النافع ، والارشاد وتردد فيه في الشرائع ، واستشكل فيه في القواعد .

(٤) 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 اذا خلوت بها ؟ قال : تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ، لا وارثة ولا موروثة ، كذا وكذا يوما ... الى أن قال (ع) : فاذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك .. » الحديث .

الاول : « قبلت » لـكن الاحوط عدم الاكتفاء (١) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : اذا لحن في الصيغة فان كان مغيراً للمعنى لم يكف (٢) وان لم يكن مغيراً فلا بأس به اذا كان في المتعلقات وان كان فى نفس اللفظين كأن يقول : « جوزتك » بدل « زوجتك » فالاحوط عدم الاكتفاء (٣) به وكذا اللحن فى الاعراب .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : يشترط قصد الانشاء (٤) في إجراء الصيغة .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لايشترط فى المجري (٥) للصيغة أن يكون عارفا بمعنى

---

(١) لان الظاهر أنه من قبيل الايقاع بالمجازات المستنكرة عرفا لأن الحذف والتقدير اعتماداً على السؤال إنما يكون في الجواب الخبري ، لا فيما لو قصد الانشاء فانه يكون ابتداء كلام . ولذا قد يشكل الامر وإن صرح بالجملة بأن قال : « نعم زوجت ابنتي من فلان » قاصداً الانشاء بها ، لأن كلمة « نعم » تقتضى الاخبار ، والجمع بينها وبين الجملة بقصد الانشاء يقتضي التنافي بين الكلامين ، كما لو قال : « اخبرك أني قد زوجتك ابنتي » قاصداً الانشاء بالجملة ، كما أشار الى ذلك في الرياض ولا وجه لاستغرابه ، كما في الجواهر . وبالجملة : اذا كان الانشاء بنحو مستنكر عرفا لايصح ، لأن اطلاق الصحة منزل على العرف ، والمستنكر عرفا غير ثابت عندهم ، فلم يثبت شمول الاطلاق له وأما رواية أبان ونحوها فليست مما نحن فيه ، لأن « نعم » فيها واقعة موقع القبول ، لاموقع الجواب عن الاستفهام ، فلاحظ

(٢) لأنه من المستنكر عرفا .

(٣) لـكن الظاهر أنه ليس من المستنكر عرفا ، فيشمله اطلاق النفوذ .

(٤) لاشتراط ذلك في الايقاع ضرورة .

(٥) لاطلاق الادلة ولا سيما وان أكثر غير العرب لايعرف ذلك لو كان

الصيغة تفصيلا ، بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول ، بل يكفي علمه اجمالا بان معنى هذه الصيغة انشاء النكاح والتزويج . لكن الاحوط العلم التفصيلي .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يشترط الموالاة بين الايجاب والقبول (١) وتكفي العرفية منها فلا يضر الفصل في الجملة ، بحيث يصدق معه (٢) أن هذا قبول لذلك الايجاب كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود ، والشروط وغيرها وان كثرت .

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : ذكر بعضهم (٣) أنه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول فلو كان القابل غائباً عن المجلس ، فقال الموجب : « زوجت فلاناً فلانة » وبعد بلوغ الخبر اليه قال : « قبلت » لم يصح وفيه أنه لادليل على اعتباره (٤) من

اجراء الصيغة بالنحو العربي المعلوم صحته .

(١) لاعتبارها في ارتباط القبول بالايجاب ، لاعتبار الهيئة الاتصالية في العقد

(٢) فلو أوجب الموجب ، فلم يبادر صاحبه الى القبول ، فوعظه ونصحه حتى اقتنع ، فقال : « قبلت » صح عقداً . لكن الموالاة في المقام غير حاصلة ، لا حقيقة ولا عرفا . فالهيئة الاتصالية المعتبرة في صدق العقد لا يعتبر فيها الموالاة الحقيقية ، ولا العرفية . نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول ، فاذا وقع القبول في ذلك الحال كان عقداً . وكأن المراد ذلك . ولذا قال في القواعد : « وكذا (يعني : لم ينعقد) لو أخر القبول مع الحضور ، بحيث لا يعد مطابقاً للايجاب » ، فالمدار على صدق المطابقة ، وهي تحصل بما ذكر ولو مع الفصل الطويل .

(٣) المراد به العلامة في القواعد .

(٤) وفي الجواهر : « لادليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه ، وفي غيره من العقود » ، وفي جامع المقاصد في شرح ما ذكره العلامة قال : « لان العقود اللازمة لابد فيها من وقوع القبول على الفور عادة ، بحيث يعد جوابا للايجاب » .

حيث هو. وعدم الصحة فى الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل، أوعدم صدق المعاقدة والمعاهدة ، لعدم التخاطب وإلا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح كما اذا خاطبه وهو فى مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول« قبلت » بلا فصل مضر فانه يصدق عليه المعاقدة .

﴿ مسألة ١١ ﴾ : ويشترط فيه التنجيز (١) كما في سائر العقود ، فلو علقه على شرط او مجيء زمان بطل . نعم لو علقه على أمر محقق معلوم كأن يقول :

فجعل الوجه في اعتبار اتحاد المجلس اعتبار الموالاة ، الراجع الى اعتبار صدق العقد ومن المعلوم أن صدق العقد لا يتوقف على الفورية ، ولا على اتحاد المجلس ، بل يكون حاصلا بما ذكرنا ، فانه مادام الموجب منتظراً للقبول فاذا حصل صدق العقد ، ولو مع الفصل الطويل ، كما عرفت .

(١) العمدة فى اعتباره الاجماع المدعى فى كلام الجماعة . وأما دعوى : أن الانشاء إيجاد المنشأ وكما أن الايجاد الحقيقي لا يقبل الاناطة والتعليق ، كذلك الانشاء ، لأنه إيجاد ادعائي . فمندفعة بالفرق بينهما ، الناشيء من الفرق بين الحقيقة والادعاء ، لأن باب الادعاء واسع . وتحقيقه : أن الانشاء راجع الى قصد تحقيق الامر الادعائي ، ومن المعلوم أن القصد كما يتعلق بالموضوعات اللحاظية ، يمكن أن يناط أيضا بالامور اللحاظية فيكون موجوداً فى ظرف لحاظ الشرط ، ومفقوداً فى ظرف عدمه ، فاذا فرض الانسان وجود المرض قصد شرب الدواء ، واذا فرض عدمه لم يقصد ذلك . فيكون القصد دائراً مدار لحاظ الشرط وعدمه .

مع إمكان دعوى أن التعليق ليس للانشاء ، بل للمنشأ ، لأن الانشاء ليس ملحوظا ، فلا يكون موضوعا لاضافة الاناطة بالشرط ، بخلاف المنشأ فانه الملحوظ وانه المجعول طرفا لاضافة الاناطة بالشرط وحينئذ لا مجال للاشكال المذكور .

ودعوى : أنه إذا كان التعليق للمنشأ في الانشاء ، يكون أيضا التعليق المخبر به في الاخبار ، فيكون الخبر مطلقاً والمخبر به معلقاً . ولا زم ذلك الكذب فى مثل قوله تعالى : (لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا) لتحقق الخبر بلا مخبر به . مندفعة بأن المخبر به الفساد على تقدير تعدد الآلهة ، لا الفساد مطلقاً ، فانتفاء الفساد فى الجملة لايستلزم الكذب ، وإنما الذي يستلزمه انتفاء الفساد على تقدير تعدد الالهة لكنه غير منتف . ولا مجال لقياس المقام على بقية قيود المخبر به ، كما اذا قال : « يجيء زيد يوم الجمعة» فانه يكون كذبا اذا لم يجيء زيد في يوم الجمعة ، أوجاء لكن في غير الجمعة . فان القيود المأخوذة فى المخبر به يقتضي الخبر حصولها ، وفى قيد الشرط لايكون الامر كذلك ، فان صدق الخبر لايقتضى حصوله ، بل يقتضي حصول الجزاء على تقدير حصوله . فصدق الشرطية فى 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 ، وانشاء أخرى ، إنما هو للمخبر به ، وللمنشأ . لا لنفس الاخبار به أوانشائه

فان قلت : إذا كان التعليق للمنشأ لا للانشاء يلزم التفكيك بين المنشأ والانشاء اذا كان المعلق عليه استقبالياً ، لحصول الانشاء بالفعل ، وعدم حصول المنشأ . وإلا كان خلفاً . والتفكيك بين الانشاء والمنشأ كالتفكيك بين الايجاد والوجود ممتنع ، لأن الانشاء عين المنشأ ، كما أن الوجود عين الايجاد ، والاختلاف إنما هو بالاضافة لاغير ، ويمتنع التفكيك بين الشيء ونفسه .

قلت : المنشأ حاصل حين الانشاء ، لكنه معلق لامطلق ، فاذا أنشأ البيع معلقاً على قدوم الحاج فقد حصل البيع المعلق على قدوم الحاج حال الانشاء ، والذي لم يحصل هو البيع المطلق وهو غير المنشأ .

ولأجل ماذكرنا لم يكن خلاف ولا إشكال في صحة الوصية التمليكية المعلقة

« ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة » مع علمه بأنه يوم الجمعة صح (١) واما مع عدم علمه فمشكل (٢) .

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : اذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فان أراد البقاء فاللازم الاعادة على الوجه الصحيح (٣) وان اراد الفراق فالاحوط

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 والايقاعات هو الاجماع الذي يقتصر فيه على المتيقن .

(١) لعدم دخوله فى معقد الاجماع ، بل المنسوب الى الفاضلين ، والشهيدين والمحقق الثاني ، وغيرهم هو القول بالصحة .

(٢) لاحتمال عدم انعقاد الاجماع على البطلان فيه . لكن ظاهر شيخنا الاعظم فى مكاسبه وصريح غيره ثبوت الاجماع على البطلان فيه . وإن كان مقتضى بعض الادلة التي سيقت لابطال التعليق عدم الشمول للمورد .

(٣) من المعلوم أن الزوجية موضوع أحكام لزومية ، مثل وجوب الانفاق ووجوب الوطء في كل أربعة أشهر ، ونحو ذلك وعدم الزوجية أيضا يكون موضوعا لاحكام لزومية ، مثل حرمة الاستمتاع . فاذا ترددت المرأة بين الزوجة وغيرها فقد تردد المكلف بين أحكام إلزامية . قد يمكن التخلص منها بالاحتياط وقد لا يمكن . فاذا أراد ترتيب أحكام الزوجية لايكون معذوراً في مخالفة الاحكام الالزامية لعدم الزوجية ، واذا أراد ترتيب أحكام غير الزوجية لايكون معذوراً في مخالفة الاحكام الالزامية للزوجية . فلا بد له فى الصورة الاولى من تجديد العقد على الوجه المعلوم الصحة من باب الاحتياط ، ليأمن من المخالفة الاحتمالية غير المعذور

الطلاق . وان كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير (١) في الزوجية وان كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي . فمع إرادة البقاء الاحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته . ومع ارادة الفراق فاللازم الطلاق .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل سواء كان عاقدا لنفسه ، او لغيره وكالة او ولاية ، او فضولا . فلا اعتبار بعقد الصبي (٢) ولا المجنون ولو كان ادواريا حال جنونه ، وان اجاز وليه او اجاز

فيها وفي الصورة الثانية لابد له من الطلاق من باب الاحتياط ، ليأمن ايضا من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها .

(١) صحة التمسك بالاصل المذكور ينافي كون المورد من موارد الاحتياط اللزومي .

(٢) استدل له تارة : بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، بناء على أن الظاهر منه رفع الحكم أعم من التكليفي والوضعي وفيه : أن الظاهر منه رفع قلم السيئات ، ولا يرفع الالزام المؤدي اليها ، فلا يشمل مانحن فيه . واخرى : بالروايات المتضمنة منطوقا أو مفهوما عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء . كخبر حمزة ابن حمران عن أبي جعفر (ع) في حديث أنه قال : « الجارية اذا تزوجت ودخل بها وهي تسع سنين ذهب عنها اليتم ، ودفع اليها مالها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع قال : والغلام لايجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم ، أو يشعر ، أو ينبت ، قبل ذلك » وفيه : أن الظاهر من الجواز ماكان على نحو الاستقلال في مقابل الجواز الثابت حال البلوغ يظهر ذلك جداً بالتأمل في الرواية المتقدمة المشتملة على حكم الصبا والبلوغ معاً . وثالثة : بالروايات المتضمنة أن عمده بمنزلة الخطأ ، كصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع) :

« عمد الصبي وخطؤه واحد » ، ونحوه غيره . وفيه : أن الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ فيما كان للخطأ حكم خاص به ، ليكون التنزيل بلحاظه ، فيختص بالجناية العمدية . ولا يشمل مانحن فيه مما لم يكن الحكم فيه إلا للعمد ، ويكون حكم الخطأ انتفاء حكم العمد لانتفاء موضوعه . بل التعبير بالعمد والخطأ اللذين تعارف التعبير بهما عن الجناية العمدية والخطأية ، تبعاً للقرآن المجيد ، ومافى بعض تلك النصوص من التعرض للعاقلة ـ كالصريح في الاختصاص بالجنايات العمدية ، فيكون أجنبياً ، عما نحن فيه .

وقـــد يستدل على جواز تصرفه باذن الولي بأمور : الاول : قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فان الظاهر من ابتلائهم ابتلاؤهم بالمعاملة بالاموال ، لاختبار رشدهم وحملها على الابتلاء بمقدمات العقد ، خلاف الظاهر . والمراد من قوله تعالى : (فادفعوا) ادفعوا بقية أموالهم ، فلا ينافى 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 لايحسن صناعة بيده ، فانه إن لم يجد سرق » فان التقييد والتعليل ظاهران فى نفوذ كسبه في الجملة . واذا حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر . وحمله على الكسب بنحو الالتقاط والاحتطاب ، أو العمل بأمر الغير ـ مع أنه خلاف الاطلاق ـ 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 » .

الثالث : السيرة التي ادعاها غير واحد من الاعلام على وقوع المعاملة مـــع الصبيان قبل البلوغ فى بلاد الاسلام ، وفى جميع الاعصار . وحملها على كونها

هو بعد بلوغه أو افاقته ، على المشهور ، بل لا خلاف فيه لكنه فى الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل . لعدم الدليل على سلب عبارته اذا كان عارفا بالعربية ، وعلم قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا . وكذا اذا كان لنفسه باذن الولي ، او اجازته ، او اجاز هو بعد البلوغ وكذا لاعتبار بعقد السكران فلا يصح ولو مع الاجازة (١) بعد الافاقة واما عقد السكرى اذا اجازت بعد

صادرة من غير المبالين فى 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 المتشرعة . نعم تحقق الردع عن الاستقلال كما عرفت ، لاعن المعاملة كلية فلاحظ .

فاذا لايبعد القول بجواز تصرف الصبي باذن الولي ، كما عن جماعة ، منهم الاردبيلي ، وقبله الفخر فى الايضاح . وقبله المحقق فى عارية الشرائع ، قال : « ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة » وفى كتاب الاجارة قال : « لو أجر المجنون لم تنعقد إجارته . وكذا الصبي غير المميز وكذا المميز إلا باذن وليه . وفيه تردد » وظاهره الميل الى الجواز .

واذا شك في حصول الاذن حمل تصرفه على الصحة واذا أخبر بها صدق خبره ، من باب إخبار ذي اليد ، أوعن النفس .

(١) كما هو المشهور . لانتفاء القصد المقوم للايقاع والانشاء ، فلاعقد حينئذ فلا زوجية ، ولا نكاح . كذا قيل . لكن الظاهر تحقق القصد من السكران ، بل والنائم ، بل والحيوان اذ القصد الارادة والحيوان فصله المميز له عن مطلق الجماد كونه متحركا بالارادة . فالعمدة في عدم صحة عقد السكران والنائم ونحوهما وايقاعهم ، خروجه عن منصرف أدلة النفوذ والصحة ، لعدم الاعتداد به عند

الافاقة ففيه قولان . فالمشهور (١) أنه كذلك وذهب جماعة الى الصحة (٢) مستندين الى صحيحة ابن بزيع (٣) ولا بأس بالعمل بها وان كان الاحوط خلافه

العرف ، فلا يكون سبباً عندهم ، ولا منشأ لاعتبار الاثر ، فلا يكون سبباً شرعا ، لما عرفت من أن مقتضى الاطلاقات المقامية الرجوع الى العرف فى تشخيص الاسباب

(١) ظاهر المتن اختصاص الخلاف في عقد السكرى فقط للرواية الآتية . وظاهر الشرائع التردد في عقد السكران مطلقا وفي الجواهر انه محل الخلاف ، وأنه لايختص الخلاف بعقد السكرى .

(٢) قال الشيخ في النهاية : « واذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا . فان أفاقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضيا 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 .

(٣) قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ ، فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها . ثم أفاقت فانكرت ذلك ، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه ، فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟ فقال (ع) : اذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضا منها . قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها ؟ فقال (ع) : نعم » ودلالة الرواية وافية . وحملها في المختلف على سكر لم يبلغ حد عدم التحصيل . وأورد عليه في المسالك بأنه حينئذ يكون العقد صحيحاً بلا حاجة الى تقريرها ، فالجمع بين صحة عقدها واعتبار رضاها بعد ذلك غير مستقيم . بل اللازم إما طرح الرواية رأساً ، أو العمل بمضمونها . ولعل الاول أولى انتهى لكن الاولوية ممنوعة بعد صحة الرواية ، والعمل بها .

لامكان حملها على (١) ما اذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها (٢) الى ماتقول. مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل (٣) فلا يترك الاحتياط .

﴿ مسألة ١٤ ﴾ : لا بأس بعقد السفيه (٤) اذا كان وكيلا عن الغير في اجراء الصيغة ، او أصيلا مع اجازة الولي . وكذا لا بأس بعقد المكره (٥)

---

(١) قد عرفت أن هذا الحمل ذكره فى المختلف ، وهو الظاهر من قول السائل : « فزوجت نفسها » . ولا ينافيه قوله : « فانكرت ذلك » ، لاحتمال أن يكون الانكار 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 فى ترتب الاثر على العقد الصحيح عرفا . لامن جهة ترتب الاثر على ماليس بصحيح عرفا ، كما يظهر من الشيخ فى النهاية ، وغيره .

(٢) هذا هو المائز بين المقام و بين مثل عقد النائم والمجنون والسكران اذا كان الجنون والسكر غالباً على نحو يعد العقد منهما من قبيل الهذيان .

(٣) حملها في كشف اللثام على ماذا كان الزوج جاهلا بسكرها، فانه لايسمع فى حقه قول المرأة ، وتجري عليها أحكام الزوجية ظاهراً، وان لم يكن لها زوجية واقعاً . وبعد ما علمت بالفساد فاحكام التزويج جائزة عليها ،أي : ماضية قهراً ، وان وجب عليها الامتناع على التمكين منها ما أمكنها . فتكون الرواية واردة في مقام بيان الحكم فى مقام الاثبات ، لا الثبوت . وهذا الحمل فى غاية البعد ولم أقف على من حملها على غيره والمتحصل مما ذكرنا : أن الرواية ظاهرة في السكر الذي لاينافي الايقاع ، ودالة على اعتبار الرضا بعد الافاقة ولا بأس بالعمل بها بعد صحتها ، وعمل الجماعة بها .

(٤) إجماعا . ويقتضيه إطلاق الادلة .

(٥) إجماعا . ويقتضيه إطلاق الادلةوحديث رفع الاكراه لايقتضي البطلان

على اجراء الصيغة للغير ، او لنفسه اذا اجاز بعد ذلك .

﴿ مسألة ١٥ ﴾ : لا يشترط الذكورة في العاقد (١) فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير فى اجراء الصيغة كما يجوز اجرائها لنفسها .

﴿مسألة ١٦﴾: يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية الى تمام العقد . فلو أوجب ثم جن او اغمي عليه قبل مجيء القبول ، لم يصح (٢) وكذا لو اوجب ثم نام ، بل

فى الصورة الاولى ، لعدم الامتنان على المكره في الرفع وكذا في الصورة الثانية ، بل الرفع خلاف الامتنان .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . وفى الجواهر : « بلا خلاف ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه » وفي كشف اللثام أنه كذلك عندنا . خلافا للشافعية والوجه فيه إطلاق الادلة من دون مقيد . وفي نصوص كيفية عقد المتعة دلالة واضحة عليه .

(٢) قال فى الشرائع : «اذا أوجب ثم جن أو اغمي عليه بطل حكم الايجاب» وفى 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 قابلا للايقاع حال إيقاع الآخر والثاني : أن يكون ذلك موجوداً فيما بين الايجاب والقبول ، فلو أوجب ثم نام ثم افاق 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 ، فاذا 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 جملته الجنون ، والاغماء . ولا فرق بين النكاح ، والبيع ، وغيرهما من العقود اللازمة ولا يضر عروض النوم ، كما لا يقدح 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 توجيه الى هذا القابل قبل النوم . والاصل الصحة » . وظاهره المفروغية عن صحة العقد مع عروض النوم بعد الايجاب ثم الافاقة حال القبول ، واحتمل الصحة مع استمرار النوم الى حين القبول ، وان كان يحتمل البطلان .

أقول : أما ماذكره 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 فى الايجاب فقط ، وقصد القابل في القبول فقط ولا تدل على اعتبار اكثر 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 الايجاب في العقد اللازم بمنزلة العقد الجائز ، يبطله ما يبطله .

وأما ما ذكره شيخنا الاعظم (ره) فتحقيقه أن فقدان الاهلية من كل منهما حال انشاء الاخر تارة يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون والاغماء ونحوهما . والاخرى لوجود مايمنع من السلطنة على التصرف ، كالصبا ، والسفه ، والتفليس ، ونحوها . أما الاول فالظاهر البطلان فيه لان التخاطب بين المتعاقدين

شرط في صدق المعاقدة والمعاهدة. ودعوى : أن النفوذ لا يختص بذلك ، بل التجارة والبيع والنكاح ونحوها اخذت موضوعا للصحة ، وهي لا تتوقف على التخاطب مدفوعة بأن صيغها وان لم يؤخذ فيها التخاطب ، لكنه مأخوذ في حاق معناها فانها معاقدات ومعاهدات بين طرفين ، ولا تكون المعاهدة بين الاثنين إلا اذا كان أحدهما يوحي الى الآخر ويعاهده ، وإذا لم يكن أحدهما قابلا للخطاب لا يكون قابلا 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 » فالاقرب صحة العقد . وهو أصح وجهي الشافعي . لوجود ركني العقد الايجاب والقبول . والثاني لا يصح لعدم التخاطب بين المتعاقدين » والاظهر ماذكرناه ، إذ لا أقل من الشك في اعتبار ذلك عرفا في مفهوم العقد ، والاصل عدم ترتب الاثر وأما مالا يمنع من صحة التخاطب ولكنه يمنع من صحة الانشاء ونفوذه فالظاهر عدم اعتباره إلا في حال الانشاء ، فاذا كان القابل صبياً وبلغ بعد الايجاب حال القبول صح . وكذا اذا كان محجوراً عليه للسفه أوالتفليس أو غيرهما فارتفع الحجر عنه بعد الايجاب حال القبول . واذا صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الايجاب قبل القبول لم يضر ذلك في صحة العقد ، وإن بقي حال القبول ، فضلا عما إذا زال قبل القبول . ولا مجال لمقايسة ذلك بما اذا رد الموجب الايجاب قبل القبول ، فان لغوية الايجاب حينئذ لا تقتضي لغويته في الطوارىء 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 المقايسة اختص الحكم بطرو الحجر بعد الايجاب ، ولا تصلح لاثبات اعتبار وجدان القابل للقابلية حال الايجاب فلاحظ .

او غفل عن العقد بالمرة. وكذا الحال في سائر العقود . والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة . مضافا الى دعوى الاجماع (١) وانصراف الادلة (٢) .

﴿ مسألة ١٧ ﴾ : يشترط تعيين الزوج والزوجة (٣) على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم او الوصف الموجب (٤) له او الاشارة ، فلو قال :

---

(١) قد عرفت خلاف المسالك في النوم ونحوه مما لا يبطل به العقد الجائز ، بل عرفت أن ظاهره المفروغية عن الصحة اذا أفاق حال القبول .

(٢) اذا تحقق الاطلاق وعـــدم اشتراط ذلك عرفا ، فالانصراف بدوي لا يعتد به .

(٣) إجماعا ـ كما في التذكرة ـ واتفاقا ـ كما في كشف اللثام ـ ، وفي الجواهر حكاه عن غيره ايضا وفي الحدائق نسبته اليهم . فان كان المراد ما يقابل المردد فوجهه ظاهر لأن المردد لا مطابق له في الخارج ولا مصداق ، فلا يكون موضوعا للاحكام وان كان المراد ما يقابل الكلي أيضا فوجهه غير ظاهر ، لجواز بيع الكلي وإجارته المعتبر فيهما العلم بالعوضين ، ففي المقام الذي لا يعتبر فيه ذلك أولى . وعلله في التذكرة وغيرها بأن الاستمتاع يقتضي فاعلا ومنفعلا معينين لتعينه انتهى . لكنه لا يقتضي التعيين من أول الامر ، ولذا تصح اجازة الكلي ، مع أن الانتفاع المقصود من الاجارة يتوقف على التعيين والمتعين أن يكون الوجه فيه : أن الزوجية من الاضافات التي لا تقوم بغير المتعينين ، نظير الاخوة والابوة والبنوة ، فلا يصح اعتبارها بين غير المتعين كما لا يصح اعتبارها لغير الحي ، أو لغير الانسان . والظاهر أن ذلك واضح بأقل مراجعة لمرتكزات العرف . وكيف كان فالاجماع المدعى كاف في اثبات المدعى .

(٤) بأن كان الاسم أو الوصف مختصاً .

« زوجتك احدى بناتى » بطل (١) وكذا لو قال : « زوجت بنتي أحد ابنيك » او « احد هذين » وكذا لو عين كل منهما غير ماعينه الآخر (٢) بل وكذا لو عينا معينا من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ماقصده أحدهما عين ماقصده الآخر . وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ او فعل او قرينة خارجية مفهمة فلا يبعد الصحة (٣) وان كان الاحوط خلافه . ولا يلزم تمييز ذلك (٤) المعين عندهما حال العقد ، بل يكفي التميز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك كما اذا قال : « زوجتك بنتي الكبرى » ولم يكن حال العقد عالما بتاريخ تولد البنتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم . نعم اذا

---

(١) قال فى التذكرة : « فلو قال : زوجتك إحدى ابنتي ، أوزوجت بنتي من أحدكما ، أو من أحد ابنيك ، لم يصح العقد بلا خلاف » .

(٢) لانتفاء التطابق بين الايجاب والقبول ، الذي قد عرفت اعتباره فى 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 .

(٣) وفى الجواهر : « الظاهر القطع بصحة ذلك ، كما صرح به في كشف اللثام ، والمسالك . وتعذر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غير قادح » . وفى القواعد : « لو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل ، وإن قصد صح » . 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 انما يشهدون على اللفظ ، دون النية »

(٤) لاطلاق الادلة ، من دون مقيد ظاهر كما نص على ذلك في الجواهر .

كان مميزاً واقعاً . ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً ، كما اذا نسي تاريخ ولادتهما ، ولم يمكنه العلم به ، فالاقوى البطلان (١) لانصراف الادلة (٢) عن مثله فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف .

﴿ مسألة ١٨ ﴾ : لو اختلف الاسم والوصف . او احدهما مع الاشارة ، أخذ بما هو المقصود (٣) والغي ما وقع غلطاً ، مثلا لو قال : « زوجتك الكبرى

---

(١) وفي الجواهر : « لعله لايخلو من قوة » .

(٢) هذا غير ظاهر وقد اعترف في الجواهر بأن الصحة مقتضى اطلاق الادلة ، المقتصر في الخروج عنه على المتيقن ـ وهو العقد على غير المتميز في الواقع ـ وهو ظاهر القواعد ، وكشف اللثام أيضا . لكن بعد ذلك احتمل الرجوع الى أصالة عدم النقل ولم يتضح المراد منها . ولعله أراد أصالة عدم ترتب الاثر . لكن أصالة الاطلاق حاكمة عليها .

(٣) قال في التذكرة : « لو قال له : زوجتك بنتي فلانة ، وسماها بغير اسمها ولا بنت له سوى واحدة ، فالاقوى الصحة . وهو أصح وجهي الشافعية . لأن البنتية صفة لازمة ، فيتعين ، ويلغي الاسم المذكور بعده . والثاني : لايصح النكاح لأنه ليس له بنت بذلك الاسم . ولو قال : زوجتك هذه فاطمة ، وأشار اليها ، وكان اسمها زينب ، فالوجهان للشافعية » . ونحوه في الجواهر . ومنشأ الاشكال هو أن القيد أخذ على نحو تعدد المطلوب ، أو وحدته ، فعلى الاول يصح . وعلى الثاني يبطل . ولا ينبغي التأمل في أن المرتكزات العرفية تقتضي الاول . ولذا بنوا مع تخلف الشرط على صحة العقد ، وخيار الاشتراط ، فلو قال : « بعتك هذا العبد الكاتب » ، فتبين أنه غير كاتب صح العقد ، وكان له الخيار . نعم اذا كان القيد مقوماً للموضوع عرفاً وذاتياً من ذاتياته بطل العقد بفقده ، كما لو قال له : « بعتك هذا العبد الحبشي » ، فتبين أنه حمار وحشي . ولأجل ماذكرنا كان المناسب لصاحب

من بناتي فاطمة » وتبين أن اسمها خديجة ، صح العقد على خديجة التي هي الكبرى ولو قال : « زوجتك فاطمة وهي الكبرى » فتبين أنها صغرى ، صح على فاطمة ، لأنها المقصود ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً ، فيلغى . وكذا لو قال : « زوجتك هذه وهي فاطمة » او « وهي الكبرى » فتبين ان اسمها خديجة ، او انها صغرى ، فان المقصود تزويج المشار اليها وتسميتها بفاطمة ، او وصفها بانها الكبرى وقع غلطاً فيلغى .

﴿مسألة ١٩﴾ : اذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلا فالقول قول مدعي الصحة (١) كما في سائر الشروط اذا اختلفا فيها وكما في سائر العقود وإن اتفقا الزوج وولي الزوجة على انهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمة او خديجة ، فمع عدم البينة المرجع التحالف (٢)

الجواهر ـ قدس سره ـ 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 ، فاذا 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 كلا منهما مدع ومنكر لما يدعيه الآخر ، فان أقام أحدهما البينة عمل بها ، لأن البينة على المدعي ، وان

لم يكن لاحدهما بينة كان على كل منهما اليمين التي هي وظيفة المنكر ، فان حلف أحدهما و نكل الآخر حكم للحالف ، وان حلفا معا تبطل الدعويان معا . ومقتضى ذلك الانفساخ . وكذا لو أقام كل منهما البينة على دعواه . تنبيه فيه أمور :

الاول: أن كون المقام من باب التداعي لا من باب المدعي والمنكر مبني على أن المعيار في حصول التداعي والمدعي والمنكر مصب الدعوى . فان دعوى الزوج أن العقد كان على فاطمة مثلا خلاف الاصل ، فيكون بذلك مدعياً ، وكذ دعوى الولي ان العقد كان على خديجة مثلا . أما اذا 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 اذا كان الغرض لأحدهما دون الآخر ـ كما اذا كانت فاطمة غائبة لايمكن الاستمتاع بها ـ فالمدعي يكون هو الولي ، لاغير . وكذلك اذا كانت خديجة ناشزاً أو غائبة على نحو لاتستحق نفقة مثلا ، فالمدعي يكون هو الزوج لاغير . فالتداعي يتوقف على أن يكون الغرض من الدعوى من كل منهما المطالبـــة بحق .

الثاني : أن جعل الولي طرف الدعوى يتوقف على كونه ولياً فى جميع الجهات وعلى جميع الحيثيات . أما اذا كان ولياً على العقد لاغير ـ كما هو الغالب ـ فهو لا يطالب بحق ولا يطالب بحق وعلى التقدير الاول يكون من التداعي بالعرض ، لا بالاصل ، فان الزوج يدعي الحق على فاطمة ، وخديجة تدعي الحق عليه ، فهناك خصومتان ، إحداهما بين الزوج وفاطمة ، والاخرى بينه و بين خديجة ، والزوج في الاولى مدع ، وفى الثانية منكر ، والولي كالوكيل للزوجتين ، ينكر دعوى الزوج على فاطمة ويدعي حقاً لخديجة عليه كما لو ادعى شخص على زيد دينا ، وادعى عمرو على ذلك

كما في سائر العقود (١) . نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها ، وهي ما اذا كان لرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند العقد ، ولا عينها بغير الاسم لكنه قصدها معينة ، واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع الى التحالف (٢) ، الذي هو مقتضى قاعدة الدعاوي وذهب جماعة الى التفصيل (٣) بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الاب ، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل ومستندهم

الشخص ديناً ، وقد وكل زيد وعمرو جميعاً بكراً على المخاصمة مع ذلك الشخص ، وليس هو من التداعي في شيء .

الثالث : ان الزوج تارة : يوكل الامر الى الولي ، فيزوجه الولي ، ثم يقع النزاع بينهما في تعيين الزوجة . وأخرى : يشترك معه في العقد ، فتارة : يوجب الولي ويقبل الزوج . واخرى : يوجب الزوج ويقبل الولي . ففي الصورة الاولى لاينبغي التأمل في أن القول قول الولي بيمينه ، لأنه وكيل على العمل ، فيقبل قوله ، ويكون خصمه مدعياً . وأما في الصورة الثانية ، ففي كونه كالصورة الاولى لكون الموجب هو المنشيء والقابل تابع له ، وعليه يكون الحكم في الصورة الثانية أن القول قول الزوج . أولا ، لعدم الاستقلال للموجب في الايقاع ، لكونه متوقفاً على القبول ، فيكون الفعل مشتركا بينهما . وجهان ، أقواهما الثاني .

(١) مما ذكرنا تعرف عدم اطراد الحكم المذكور في سائر العقود أيضا . وأشرنا الى ذلك في فصل التنازع من كتاب الاجارة من هذا الشرح فراجع .

(٢) لم أقف على من نسب ذلك الى المشهور . نعم حكي 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 الاصحاب

صحيحة أبي عبيدة الحذاء (١) وهي وان كانت صحيحة إلا ان اعراض المشهور عنها (٢) مضافا الى مخالفتها للقواعد (٣)

---

(١) رواها الكليني ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد . وعن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، جميعا عن ابن محبوب ، عن جميل بن صالح ، عن أبي عبيدة ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار ، فزوج إحداهن رجلا ، ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود ، وقد كان الزوج فرض لها صداقا 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) : ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة فالقول في ذلك قول الاب . وعلى الاب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجها إياه عند عقدة النكاح . وان كان الزوج لم يرهن كلهن ، ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح ، فالنكاح باطل » ورواه الصدوق باسناده عن جميل بن صالح ، والشيخ بطريق فيه محمد بن عمرو .

(٢) قد عرفت أن الاعراض عنها إنما كان من الحلي ، الذي يعرف من مذهبه انه لا يعمل بأخبار الآحاد وتبعه على ذلك في الروضة ، والمسالك ، على ما قيل وان كان في المسالك ـ بعد ما حكي عن الحلي الرد ـ قال : « ولعله أجود ... الى أن قال بعد ذلك : وحينئذ يقوى الاشكال في رد هذه الرواية ، نظراً الى صحتها والتوقف في ذلك مجال » . وفي جامع المقاصد جعل ما عن الحلي أقوى ، ومثله عن شرح النافع وأما المحقق ، والعلامة ، وأكثر الاصحاب على ما تقدم في المسالك ، فقد عملوا بها . لكن بعد تخريجها وحملها على ما لا ينافي القواعد . فلم يكن منهم عمل واعتماد ، ولا اعراض مسقط عن الحجية .

(٣) المخالفة للقواعد لازمة لاكثر أدلة الاحكام ، ولا توجب وهنا

مع امكان حملها (١) على بعض المحامل ، يمنع عن العمل بها . فقول المشهور لايخلو ولا انحطاطاً عن مقام الحجية .

(١) قال في الشرائع : « إذا كان للرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند العقد ، لكن قصدها بالنية ، واختلفا في المعقود عليها ، فان كان الزوج رآهن فالقول قول الاب ، لأن الظاهر أنه أوكل التعيين اليه . وعليه أن يسلم اليه التي نواها . وإن لم يكن رآهن كان العقد باطلا » ونحوه في القواعد وغيرها لكن في المسالك : « دعوى أن رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الاب ، وعدمها على عدمه في موضع المنع ، لأن كل واحدة من الحالتين أعم من الرضا بتعيين الاب 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 ـ كما فعله الشيخ ـ أوردها رأساً والحكم بالبطلان في الحالين ـ كما فعل ابن ادريس ـ 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 لايصح منه تفويض الامر الى الاب ، واذا رآهن 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 وان لم يكن قد رأى امرأة من النساء . فان أراد أن الرؤية شرط في صحة التفويض كلية فذلك مما لايمكن القول به . وإن أراد ذلك في مورد الرواية بالخصوص ـ وهو من كان له بنات فأراد انسان تزويج واحدة منهن ، فانه لايجوز له تفويض الامر

عن قوة ومع ذلك الاحوط مراعاة الاحتياط وكيف كان لايتعدى عن موردها .

﴿ مسألة ٢٠ ﴾ : لايصح نكاح الحمل وانكاحه (١) وان علم ذكوريته

اليه ، إلا اذا رآهن كلهن - فذلك إن تم لايجدي في توجيه الرواية وتطبيقها على على القواعد ، لأن مورد الرواية النزاع في التفويض وعدمه ، فلو سلمنا أنه لايصح التفويض إلا مع رؤية الجميع لم يجد ذلك فى تقديم قول الاب ، إلا اذا ثبت التلازم بين الرؤية والتفويض ، ولا يكفي فى تقديم قول الاب شرطية الرؤية للتفويض ، كما لعله ظاهر بأدنى تأمل . وكاشف اللثام (قده) لم يدع هذه الملازمة ، ليصح منه توجيه الرواية وتخريجها على وجه لاتخالف القواعد ، المانعة من تقديم قول الاب المدعي للتفويض بلا بينة . بل ظاهرها تقديم قوله بلا يمين أيضا . وهذا الاشكال مشترك بين ماذكره كاشف اللثام وما ذكره المحقق . اللهم إلا أن تحمل الرواية على ارادة تقديم قوله في الجملة ولو مع اليمين ، كما استظهره في الجواهر . لكنه غير ظاهر . وبالجملة : تقديم قول الاب بناء على ماذكره المحقق ومن وافقه من ان الرؤية إمارة على التفويض ، يكون في محله ، لأن دعوى الاب موافقة للحجة ، فيكون القول قوله . نعم ظاهر الرواية عدم الحاجة الى اليمين ، وهو غير جار على القواعد على كل من التخريجين ، فان الاب وإن كان منكراً على تخريج المحقق ، لكن المنكر لايقبل قوله بلا يمين . أما بناء على تخريج كاشف اللثام فالاب يكون مدعياً ، فقبول قوله بلا يمين ولا بينة أبعد عن العمل بالقواعد . ولأجل ماذكرنا يشكل التوجيهان معاً . وحينئذ يدور الامر في الرواية بين الاخذ بظاهرها ، وطرحها . لكن الاول متعين لصحتها ، وعدم مايقتضي وهنها ، كما عرفت . فلاحظ .

(١) قال في الشرائع : « يشترط في النكاح امتياز الزوجة عن غيرها بالاشارة أو التسمية ، أو الصفة . فلو زوجه إحدى بنتيه ، أو هذا الحمل ، لم يصح العقد ». ومثله في القواعد وغيرها . ويظهر من كلماتهم أنه مما لاخلاف فيه . بل في المسالك

او أنوثيته وذلك لانصراف الادلة كما لايصح البيع او الشراء منه ولو بتولى الولي وان قلنا بصحة الوصية له عهدية (١) بل او تمليكية ايضا .

جعل المنع في الحمل أولى ، لعدم التعيين لاحتمال كونه واحداً وأزيد . مضافا الى احتمال كونه غير قابل لنكاح المخاطب ، بأن يكون ذكراً أو خنثى مشكلا انتهى . ويشكل بان اعتبار التعيين فى مقابل الترديد أو جعله كلياً تقدم فى المسألة السابعة عشرة . وأما التعيين فى مقابل الجهالة بالوحدة والتعدد ، والذكورة والانوثة ، فلا دليل عليه . فلو قال له : « زوجتك من فى الحجرة من الجواري واحدة كانت أومتعددة » أو « زوجتكها ان كانت أنثى » فلا دليل على بطلانه ، ومقتضى الاطلاقات الصحة . لـكن ظاهر الاصحاب المنع من نكاح الحمل وإنكاحه وان 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 الاجماع إن تم انتهى وكأنه متوقف فى تحقق الاجماع على المنع .

والمصنف (ره) علل الحكم بالانصراف . وكأن منشأ الانصراف كون الحمل ناقص البشرية ، فلا ينصرف اليه الدليل لـكن إن كان توقف فهو في الحمل بعد ولوج الروح فيه أما قبل ذلك فلا ينبغي التأمل فيه لاعتبار الانسانية في تحقق الزوجية ، المفقودة فيه . وأما بعد ولوج الروح فيمكن أن يكون الوجه أيضا في المنع عدم ثبوت الولاية على الحمل بالنسبة 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 حملا ، واذا عزلت حصة الحمل فخيف عليها جاز للحاكم الشرعي أو غيره بيعها بما لايخاف عليه . فلاحظ . ومن ذلك تعرف الاشكال في قوله « كما لايصح ... » .

(١) لا إشكال في أنه لاتصح الوصية العهدية الى الصبي منفرداً ، فضلا

﴿ مسألة ٢١ ﴾ : لايشترط في النكاح علم كل (١) من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر مما يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر او قلته . فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها . فلا تجري قاعدة الغرر (٢) هنا .

فصل فى مسائل متفرقة

«الاولى»: لايجوز في النكاح دواما اومتعة اشتراط الخيار في نفس العقد(٣)

عن الحمل . وأما منضما الى البالغ - بمعنى كونه وصياً حين الايصاء وان كان لا يصح تصرفه - فالظاهر الصحة أيضا . لعموم الادلة ، 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 .

(١) في الجواهر ادعى الضرورة على ذلك ويقتضيه السيرة القطعية . نعم يظهر من كشف اللثام في المسألة السابقة قدح كثرة الجهالة ولكنه غير ظاهر .

(٢) فان النبوي المشهور : « نهى النبي عن بيع الغرر » يختص بالبيع . وما في بعض كتب العلامة من أنه نهى النبي عن الغرر 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 فى مسائل متفرقة

(٣) اتفاقا ، كما في كشف اللثام . بل في الجواهر : « لا أجد خلافا في بطلان شرط الخيار ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه » ، وفي مكاسب شيخنا الاعظم « عن الخلاف ، والمبسوط ، والسرائر ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، الاجماع عليه»

وعلله في جامع المقاصد ، والمسالك ، وغيرهما ، بأنه ليس معاوضة محضة . ولهـذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه . ولأن فيه شائبة العبادة والعبادات لا يدخلها الخيار . ولأن اشتراط الخيار يفضي الى فسخه بعد ابتذال المرأة ، وهو ضرر ، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له . ولعدم الحاجة اليه ، لأنه لا يقع إلا بعد فكر وروية وسؤال كل من الزوجين عن صاحبه ، بخلاف البيع في الاسواق بلا فكر وروية . ولما في خبر أبان من قول الصادق (ع) : « انك إن لم تشترط (يعني : تشترط الايام) كان تزويج مقام (وفي خبر آخر) تزويج البتة » ، فان ذلك يشعر بالاستقرار وعدم التزلزل . لـكن الجميع كما ترى ظاهر الاشكال . وقد يستدل له بما في صحيح الحلبي المروي في الفقيه والتهذيب : « إنما يرد النكاح من البرص ، والجذام ، والجنون ، والعفل » . ويشكل بأن الظاهر نفي الرد من غير المذكورات من العيوب ، لا نفي الرد مطلقاً .

ومثله دعوى أن اللزوم في عقد النكاح من الاحكام ، لا من الحقوق ، فاذا كان من الاحكام 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 التقايل 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 . ولـكن لم يعرف بذلك قائل ، ولا من نسب ذلك الى قائل . وفي جامع المقاصد أنه قطعي . وقـد عرفت حكاية الاجماع عليه عن جماعة .

فلو شرطه بطل . وفى بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل (١) وعن ابن إدريس أنه لايبطل (٢) ببطلان الشرط المذكور . ولا يخلو قوله عن قوة ، إذ لافرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه ، مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد . ودعوى : كون هذا الشرط (٣) منافياً لمقتضى العقد ، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لايقولون بكونها مفسدة . كما ترى (٤) وأما اشتراط

---

(١) نسب البطلان الى المشهور فى كلام جماعة ، منهم المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر .

(٢) قال فيما حكى عنه : « لادليل على بطلان العقد من كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع بل الاجماع على الصحة لأنه لم يذهب الى البطلان أحد من أصحابنا ، وإنما هو من تخريج المخالفين وفروعهم ، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب » .

(٣) هذه الدعوى ذكرها فى الجواهر ، وجعلها الوجه فى بطلان العقد ببطلان الشرط في المقام ، وإن قلنا بان فساد الشرط بالمخالفة للكتاب والسنة لايبطل النكاح . ووجه منافاة الشرط لمقتضى العقد : أن مقتضى العقد اللزوم ، فالخيار مناف له .

(٤) لأن بطلان العقد بالشرط المنافي إنما يكون في الشرط المنافي لمفهوم العقد كما فى « بعتك بلا ثمن » أو « اجرتك بلا أجرة » ، أو المنافى لمقتضاه وكان الاقتضاء عرفياً ، لأنه حينئذ يمتنع القصد الى مضمون العقد ومضمون الشرط . لأنه من القصد الى المتنافيين . أما اذا كان الاقتضاء شرعياً محضاً كما فى المقام فلا مانع من القصد الى المضمونين معاً ، إما لعدم الالتفات الى مقتضى العقد شرعا ، أو مع الالتفات اليه وقصد خلافه تشريعاً . ودعوى : كون اللزوم من ذاتيات النكاح ، لامن احكامه الشرعية ، ولامن حقوق المتعاقدين . كما ترى مما لايساعدها عرف ، ولا شرع ، فان ثبوت الخيار لأحد الزوجين في العيوب إذا كانت فى الآخر مما

الخيار في المهر فلا مانع منه (١) ولكن لا بد من تعيين مدته (٢) . واذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع الى مهر المثل . هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر . وأما فى المتعة حيث أنها لاتصح بلا مهر ، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٣) .

لاريب فيه ، ولا يعد منافياً لمفهومه. هذا مضافا الى أن التحقيق أن عقد الانقطاع راجع الى عقد التزويج بشرط الانفساخ في الاجل ، ولا ريب أن شرط الانفساخ أولى بالمنافاة للنكاح من شرط الخيار ، فاذا ثبت عدم المنافاة فى الاول ، فعدم المنافاة فى الثاني أولى ومن ذلك يظهر ضعف ماذكره في الشرائع من التردد ، وجعل منشأه الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضى 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 إرسال المسلمات ، من دون تعرض فيه لخلاف ، أو إشكال معللين له بأن الصداق ليس ركنا في العقد ، بل عقد في ضمن العقد ، فلا مانع من الخيار فيه ، ويبقى أصل النكاح بحاله ، كما لو خلي من أول الامر عن الصداق .

(٢) كما صرح بذلك في المسالك ، والجواهر ، وكشف اللثام أيضا . لكن احتمل فيه العدم لاطلاق العبارات . وفى الجواهر : « ربما احتمل فيه عدم اعتبار ضبطه ، لذلك (يعني : إطلاق الاصحاب) ولأنه يغتفر فيه من الجهالة مالا يغتفر في غيره . لكن المذهب الاول » ، ولم يظهر وجهه فى قبال إطلاق الادلة . اللهم إلا أن يكون ترك التعيين موجباً للابهام من كل وجه ، بحيث لايقدم عليه العقلاء .

(٣) لانه بفسخ المهر ينفسخ العقد ، لاعتبار المهر فى عقد المتعة حدوثا ،

﴿ الثانية ﴾ : اذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته او ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها ، حكم لهما بذلك (١) فى ظاهر الشرع ، ويرتب جميع اثار الزوجية بينهما . لأن الحق لا يعدوهما (٢) ولقاعدة الاقرار (٣) واذا مات أحدهما

وبقاء ، فيرجع اشتراط الخيار فيه الى اشتراطه فى عقد النكاح ، الذي عرفت الاجماع على عدم صحته . اللهم إلا ان لا يشمل المقام لكنه كما ترى ، بل المقطوع به أن حكمهم بصحة اشتراطه فى الصداق مختص بالدائم . يظهر ذلك بأقل تأمل في كلامهم . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ، بلا خلاف في ذلك ظاهر ، وفي الحدائق أنه لا ريب فى الحكم المذكور .

(٢) قال في المسالك : « لان الحق ينحصر فيهما ، وقد أقرا به ، فيدخلان فى عموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » لانه الفرض » . ونحوه ما في كشف اللثام ، والحدائق ، والجواهر . والمصنف جعله فى 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 عمومه المقام غير ثابت ، وكذا لو أخبر عن نسبه ، وعدالته ، واجتهاده ، وفقره .

(٣) لكن القاعدة تختص بما يكون على نفسه ، فلا تشمل ما يتعلق بغيره ومنه إرث أحدهما من الآخر ، فانه يتعلق بوارثه . فالاولى التمسك له بالاجماع ويكون حينئذ من صغريات قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، فيكون الاجماع عليه دليلا على القاعدة ، كسائر الموارد التي كان الاجماع عليها دليلا على القاعدة المذكورة . والظاهر أن هذه القاعدة كما هي معقد إجماع قولي ، معقد إجماع عملي وسيرة المتشرعة . بل الظاهر أنها قاعدة عقلائية أيضا .

ورثه الآخر . ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين او غريبين (١) واما اذا ادعى احدهما الزوجية وانكر الآخر ، فيجري عليهما قواعد الدعوى (٢) فان كان المدعي بينة (٣) وإلا فيحلف المنكر او يرد اليمين ، فيحلف المدعي ويحكم له بالزوجية . وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر (٤) لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع (٥) بينه وبين الله واذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية

---

(١) خلافا لبعض العامة، فمنع من قبول الاقرار في البلديين بناء منه على اعتبار الاشهاد في النكاح ، وسهولة اقامة البينة في البلديين وضعف المبنى والابتناء ظاهر ، ضرورة عدم اعتبار الاشهاد عندنا . ولو سلم فانما يعتبر في مقام الثبوت ، لا الاثبات ولو سلم فلا فرق بين البلديين والغريبين ، لامكان اشهاد البلديين غريبين ، فيصعب الاشهاد ، وبالعكس ، فيسهل الاشهاد مضافا الى أن قبول الاقرار لايختص بالبلد .

(٢) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ، مرسلين له إرسال المسلمات . ويقتضيه عموم الادلة .

(٣) يعني تسمع البينة ، ويحكم بثبوت الزوجية .

(٤) يعني : آثار الحكم بالزوجية في الظاهر . عملا بادلة وجوب العمل بالحكم ، وحرمة رده .

(٥) كما صرح به في المسالك ، وكشف اللثام ، وغيرهما ، ويظهر منهم أنه إجماعي . فان الحكم عندنا طريق ، لاموضوع لتبدل الواقع . ففي صحيح هشام ابن الحكم ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال رسول (ص) : إنما أقضي بينكم بالبينات والايمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ، فايما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار » . هذا مع العلم بالواقع أما مع قيام حجة عليه فالظاهر أن حكم الحاكم مقدم عليه ، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث التقليد . فراجع .

بينهما لكن المدعي مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه ، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا أم المنكرة ، ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها او اختها إلا برضاها ويجب عليه ايصال المهر اليها . نعم لايجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار (١) وان كانت هي المدعية لايجوز لها التزويج (٢) بغيره إلا اذا طلقها ولو بأن يقول : «هي طالق إن كانت زوجتي» ولايجوز لها السفر من دون اذنه وكذا كل مايتوقف على اذنه ولو رجع المنكر الى الاقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجية بينهما ؟ (٣)

---

(١) قال في المسالك : « وأما النفقة فلا تجب عليه لعدم التمكين الذي هو شرط وجوبها » ونحوه في كشف اللثام ، والجواهر ، وفي الحدائق نسبته الى الاصحاب وهو يتوقف على أن الشرط في النفقة التمكين ، فاذا 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 التعليل المذكور في كلامهم الى التعليل بما ذكر . لكن لم يتضح كون الانكار يقتضي النشوز ، لأنه التمرد على الزوج والامتناع من أداء حقوقه لغير عذر ، والانكار نفسه ليس كذلك . نعم العمل عليه يكون نشوزاً . لكن لامطلقاً ، بل اذا لم يكن عن عذر فان الحائض يحرم عليها التمكين ، فاذا امتنعت منه لم تكن ناشزاً ، والمستطيعة يجب عليها السفر ، فاذا سافرت بغير إذن الزوج لم تكن ناشزاً ، إذ لادليل على ذلك ، مع أن الظاهر أنه لاإشكال 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 .

(٢) كما صرح بذلك الجماعة لما سبق .

(٣) السماع منه تارة : بلحاظ الحكم بالزوجية فيكون الحكم كما لو تصادقا

فيه قولان . والاقوى السماع ، اذا أظهر عذراً لانكاره ، ولم يكن متهماً (١) ، وان كان ذلك بعد الحلف (٢) وكذا المدعي

من أول الامر ولم أقف على وجود قولين فى المسألة . والذي ينبغي أن يقال: إن الحكم بالزوجية اذا تصادقا من أول الامر 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 واذا 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 اقرار العقلاء على أنفسهم جائز تعين العمل على الاقرار ، ولا يعتد بالانكار السابق عملا باطلاق دليل القاعدة . وكأن احتمال عدم السماع في المقام مبني على انصراف القاعدتين الى غير الفرض . واخرى : بلحاظ جهات أخر يأتي الكلام فيها .

(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 لهما فى ذلك عندنا . نعم في مسألة اختلاف الزوجين في وقوع العقد حال الاحرام إذا كان المدعي لذلك الزوج ، وكانت المرأة منكرة ، فحلفت ، وحكم لها الحاكم ، فعن المبسوط أنه يتنصف المهر إذا كان قبل الدخول . وفي الدروس : «ظاهر الشيخ انفساخ العقد حينئذ ، ووجوب نصف المهر اذا كان قبل المسيس وجميعه بعده » . واشكاله ظاهر ، إذ لا مقتضى لهـــذا الانفساخ ، ولا سيما وكونه خلاف ظاهر الاصحاب وأما السماع بلحاظ الخصومة فلا مجال له . إذ بالاقرار حصل الاتفاق بين

اذا رجع عن دعواه (١) وكذب نفسه

الزوج والزوجة والتصادق على الزوجية ، فلا خصومة بينهما . وأما السماع بلحاظ الزام المنكر باللوازم الشرعية ، بمعنى : ان الاقرار مانع من الزامه بلوازم الانكار من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو الظاهر ، لأنه يكفي في سقوط ذلك الالزام احتمال الصحة . اذ لا دليل على وجوب الامر 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 .

(١) يعني : أنكر الزوجية ، ووافق خصمه على نفي الزوجية ، فانه يسمع إنكاره وان 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 فقيل يؤخذ باقراره ، قال في الجواهر : «وفي المسالك لا فرق في ثبوت هذه الاحكام بين حلف الاخر 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 المدعي إذا اعترف بعد ذلك بأنه قد كان مبطلا في الدعوى . لانه شيء لا يعلم إلا من قبله . مع احتمال الالزام باقراره» انتهى ما في الجواهر . والظاهر أن مراد المصنف بالسماع في هذا الفرض السماع بلحاظ ذلك ، لا بلحاظ نفي الزوجية . ووجهه : أنه لا عموم في قاعدة الاقرار لما اذا ذكر عذراً في الاقرار غير بيان الواقع ، لأنها وان كانت شرعية ، لكنها امضاء لما عند العقلاء ، لا تأسيس حجية ، فالدليل الدال عليها بقرينة ذلك ينزل على ما عند العقلاء . والظاهر أن بناءهم على عدم الاخذ بالاقرار اذا كان صادراً لغير بيان الواقع بل لأمر آخر . لذلك قال في الشرائع في كتاب الاقرار : « اذا شهد على نفسه

بالبيع وقبض الثمن ، ثم أنكر فيما بعد ، وادعى أنه أشهد تبعاً للعادة ، ولم يقبض . قيل : لا تقبل دعواه ، لانه مكذب لاقراره . وقيل : يقبل ، لانه ادعى ما هو معتاد . وهو أشبه » . وفى المسالك نسبة الاخير الى الاكثر . وفي الجواهر : « لم نتحقق القائل بالاول من العامة ، فضلاعن الخاصة ، وانه لم نجد خلافه في القبول » واستدل له بما دل على أن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر . ويشكل بانه خلاف ما دل على عدم قبول الانكار بعد الاقرار . ويندفع بأن الدليل عليه ليس إلا ما دل على نفوذ الاقرار ، فاذا كان الدليل قاصراً عن شمول الاقرار الصادر لغير بيان الواقع ، بل لسبب من الاسباب ، لم يكن دليل على عدم قبول الانكار في المقام ، فتكون دعوى المواطاة مسموعة ، لعموم الادلة ، كدعوى فسق الشاهد .

نعم لما كانت دعوى المواطاة خلاف الاصل فى الخبر كان مدعيها مدعياً . ومنكرها منكراً ، عليه اليمين فاذا حلف المنكر المشتري على عدم المواطاة بطلت دعوى المواطاة من البائع . ومن ذلك يظهر أن اليمين من المنكر فى 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 لاغير فاليمين على القبض خارجة عن محط الدعوى .

ومن ذلك يتحصل أمور ﴿ الاول ﴾ : ان الاقرار فى قاعدة : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وقاعدة : من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، يختص بالاقرار الصادر لبيان الاعلام ، ولا يشمل ما كان صادراً لغرض آخر أو غلطاً . ﴿ الثاني ﴾ : ان الاقرار فى قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به لايختص بالاقرار بالوجود ، بل يعم الاقرار بالعدم ، والاقرار بالحدث في اقراره بالوجود أو العدم . فاذا أقر الحاكم الشرعي بالحكم بالهلال قبل ، وإذا أقر بعدم الحكم قبل ، واذا اقر بان

نعم يشكل السماع منه (١) اذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه على دعواه ، الا اذا كذبت البينة أيضا نفسها .

﴿ الثالثة ﴾ : اذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر ، لم تسمع دعواه ، إلا بالبينة (٢) . نعم له مع عدمها على كل منهما

اقراره بالحكم كان سهواً أو غلطاً قبل ، وكذا في اقراره بالعدم . ﴿ الثالث ﴾ : أنه لايختص الاقرار الخارج عن عموم القاعدتين بما كان خلافه عاديا - كما يظهر من الشرائع - فاذا ادعى المقر بخدش في اقراره بأمر غير عادي يقبل الخدش ، ويسقط الاقرار . ولذلك قال في الجواهر : « ان الاقوى في النظر ، إن لم يكن إجماع ، عدم خصوصية المقام ، فتسمع الدعوى مطلقاً اذا ذكر وجها ممكناً لاقراره الاول » . ﴿ الرابع ﴾ : ان السماع في الفرض الاول المذكور في المتن بلحاظ الحكم بالزوجية ، والسماع في الفرض الثاني بلحاظ الزامه بأحكام ما أقر به أولا من باب الامر بالمعروف ، فلا يلزم به ﴿ الخامس ﴾ : أن الوجه فى السماع في الاول قاعدة : من ملك .. والوجه في السماع في الثاني اختصاص قاعدة : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز بغير المورد . فالسماع فى المقامين ليس بلحاظ واحد ، ولا دليله فى المقامين واحد .

(١) لان تكذيبه البينة لايسقطها عن الحجية ، وإنما يوجب سقوط حقه عند الحاكم ، فيجب العمل بالبينة ويكون الحال كما اذا انكر بعد الاقرار من دون بيان خلل في الاقرار . وعليه فاذا كان مقتضاها الزامه باحكام الاقرار من عدم تزويج الخامسة ، أو تزويج أمها ، أو أختها ، أو بنتها ، ونحو ذلك ، لزم العمل به

(٢) كما فى الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ونسب الى جمع من الاصحاب ، والى الاكثر ، واستدل له بخبر يونس قال : « سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان ، فسألها لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوجها . ثم إن رجلا أتاه ، فقال : هي امرأتي ، فانكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج ؟ فقال (ع) : هي امرأته

إلا أن يقيم البينة» ونحوه مكاتبة الحسين بن سعيد . وفي خبر عبد العزيز بن المهتدي قال : « سألت الرضا (ع) قلت : جعلت فداك إن أخي مات وتزوجت امرأته ، فجاء عمي ، فادعى أنه كان تزوجها سراً ، فسألتها عن ذلك ، فانكرت أشد الانكار وقالت: مابيني وبينه شيء قط . فقال (ع) : يلزمك إقرارها ، ويلزمه انكارها» وكأن 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 ، والامر هنا ليس كذلك ، لأن المرأة لو صادقت المدعي على دعواه لم تثبت الزوجية ، لأن إقرارها واقع في حق الغير ، وهو الزوج . وكذا الحال لو ردت اليمين على المدعي ، فانها لاتصلح حجة في منع الزوج عن حقه الثابت شرعا ونحوه ، يقرر فيما لووجه الدعوى على الزوج .

لكن في المسالك : «ذهب جماعة من الاصحاب الى قبول الدعوى ، وتوجه اليمين والرد هنا ، وإن لم تسمع في حق الزوج وفائدته على تقدير الاقرار 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 : ان منافع البضع هل تضمن بالتفويت أم لا ؟ ... الى أن قال : والقول بسماع الدعوى وثبوت الغرم متجه . عملا بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من أنكر » .

ويمكن أن يقال ـ كما في الجواهر وغيرها ـ بسماع الدعوى وإن لم نقل بمالية البضع ، ولا بثبوت الغرم للحيلولة . لعموم الادلة . ويكفي في صحة سماع الدعوى ترتب الاثر في الجملة ، ولو عند فراق الزوج الثاني ، أو عند توجيه الدعوى عليه أيضا فينكلان هو والزوجة ، فتثبت دعوى الاول ، أو يردا معا اليمين عليه ، فيحلف فتثبت ايضا . اذ يكفي في صحة السماع ترتب الثمرة العملية في الجملة فانه

اليمين فان وجه الدعوى على الامرأة فانكرت وحلفت سقط دعواه عليها وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لايكون حلفه حجة على الزوج ، وتبقى على زوجية الزوج مع عـدمها (١) سواء كان عالماً بكذب المدعي اولا وان اخبر ثقة واحد بصدق المدعي وان كان الاحوط حينئذ طلاقها (٢) فيبقى النزاع بينه وبين

اذا اختلف المالك والمستأجر في مدة الاجارة ، فقال المالك : عشر سنين ، وقال المستأجر : عشرين سنة، سمعت دعوى المستأجر ، وان لم يكن لهـــا أثر فعلي . وكذلك لو باع عيناً في يده على آخر ، فادعى ثالث أنها له ، لم تسمع دعواه ، وإن كان البائع عاجزاً عن دفع الغرامة ،فيكفي في سماع الدعوى ترتب الاستحقاق اذا كان في معرض أن يترتب عليه فعلية الاستيفاء . نعم اذا لم تكن هذه المعرضية لامجال للسماع . والظاهر انه إجماع ثم إنك عرفت في بعض المباحث السابقة أن منافع البضع غير مضمونة ، فاذا صح الابتناء كما في المسالك ـ فاللازم القول بعدم السماع . لكن الابتناء غير ظاهر ، كما تقـــدم . 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 ، لابيان كيفية حسم النزاع والخصام . فاذا لامجال للاستدلال بها على عدم انقطاع الدعوى إلا بالبينة ، أخـــذاً بالاطلاق .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف (ره) بقوله : « نعم له مع عدمها ... » ، وكان المناسب أن يقيد عبارته الاولى بما إذا كان التداعي بينهم في غير مجالس القضاء ، وهذه العبارة بما اذا كان التداعي في مجلس القضاء .

(١) يعني : عدم البينة .

(٢) لموثق سماعة ، قال : « سألته عن رجل تزوج أمة (جارية . خ ل)

الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبة اليه أيضا وان نكل او رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية اذا كان ذلك بعد أن حلف فى الدعوى على الزوجية بعد الرد عليه وان كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينها كما اذا وجه الدعوى أولا عليه والحاصل :ان هذه دعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة ان حلفا سقط دعواه عليهما وان نكلا اورد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه وان حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعي اونكلت ورد الحاكم عليه فحلف وان كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج الا أنه لو طلقها اومات عنها ردت اليه سواء قلنا(١)ان اليمين المردودة بمنزلة لاقرار او بمنزلة البينة اوقسم ثالث (٢) نعم فى استحقاقها النفقة

أو تمتع بها ، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة ، فقال : ان هذه امرأتي ، وليست لي بينة . فقال (ع) : إن كان ثقة فلا يقربها ، وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه» ولم يعرف عامل به ، فيتعين حمله على الاستحباب ، للاحتياط .

(١) اذ هي على كل واحد من الوجوه المذكورة تكون مثبتة لحق الحالف على خصمه .

(٢) اذا كانت بمنزلة الاقرار تكون طريقاً الى اثبات الحق على المنكر فقط فلا يتعدى الى غيره ، كما هو حال الاقرار . واذا كانت بمنزلة البينة تكون طريقاً الى اثبات المدعى ولوازمه ، كما هو حال البينة . واذا كانت على وجه آخر فيمكن أن يثبت بعض اللوازم دون بعض . وقد ذكروا فروعا تتفرع على الخلاف المذكور منها : ما لو أقام المدعى عليه بينة على اداء الدين أو الابراء منه ، بعد أن حلف المدعي للدين . فان قلنا أن اليمين كالبينة سمعت البينة من المدعى عليه . وان

والمهر المسمى على الزوج إشكال (١) خصوصاً ان قلنا أنه بمنزلة الاقرار (٢) او البينة هذا كله اذا كانت منكرة لدعوى المدعي . وأما اذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة الى حق الزوج ولكنها مأخوذة باقرارها ، فلاتستحق النفقة على الزوج ولاالمهر المسمى ، بل ولا مهر المثل اذا دخل بها . لأنها بغية بمقتضى إقرارها إلا أن تظهر عذراً (٣) في ذلك . وترد على المدعي (٤) بعد موت الزوج او طلاقه الى غير ذلك .

﴿ الرابعة ﴾ : اذا ادعى رجل زوجية امرأة وانكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها

جعلناها كالاقرار منه لم تسمع ، لكونه باقراره (*) مكذب لبينته . والذي حكاه في الجواهر عن بعض متأخري المتأخرين أنها قسم ثالث ، فقد يجري عليها حكم الاقرار ، وقد يجري عليها حكم البينة ، وقد لايجري 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 ، فاذا ثبتت زوجيتها للمدعي باليمين المردودة فقد سقطت حقوق زوجيتها للاخر ، وثبتت لها بالاضافة الى المدعي لولا إقرارها بنفي الزوجية له ، فلا وجه لمطالبتها الزوج بها . وبالجملة : مقتضى اليمين المردودة نفي حقوقها الثابتة لها من جهة زوجيتها لغير المدعي .

(٢) لما هو ظاهر من مقتضى الاقرار ، وسيأتي في المتن . وحال البينة أظهر فانها حجة على نفي الاستحقاق .

(٣) على ماتقدم في المسألة الثانية .

(٤) عملا بحكم الحاكم .

(*) كما ذكر الجماعة لكنه لاينطبق على الفرض لكون الحالف غير المقيم للبينة (منه مدظله)

اولا إلا بعد فراغها من المدعي ؟ وجهان : (١)

---

(١) قال في المسالك : « ومما يتفرع على الخلاف الاول (يعني : الخلاف في المسألة الثالثة) جواز العقد على هذه لغير المدعي قبل انتهاء الدعوى وعدمه . فان قلنا بسماعها بعد التزويج وترتب فائدتها السابقة صح العقد الثاني ، وبقيت الدعوى بحالها . لـكن العقد الثاني يفيد سقوط تسلط المدعي على البضع فيحتمل لذلك عدم جواز العقد حتى ينهي الاول دعواه ، لسبق حقه ، فلا يسقطه الثاني بعقده . نعم لو تراخى الاول 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 الامر عليها ، ويتوجه عليها الضرر بترك التزويج ، فيكون وسيلة الى الرجوع اليه ، وهو يستلزم الحرج والاضرار المنفيين بالآية والرواية . وإن قلنا بعدم سماع الدعوى على المعقود عليها أصلا ـ كما ذهب اليه المصنف ـ اتجه عدم جواز تزويجها الى أن تخرج من حقه بانتهاء الدعوى . ويشكل الامر حينئذ لو ماطل بها وقصد ما ذكرناه ولعل الجواز حينئذ مطلقاً أقوى » .

والتحقيق جواز التزويج على كل من القولين . إذ ليس مايحتمل المانعية على القول الاول إلا عدم تسلط المدعي على البضع على تقدير اليمين المردودة من المرأة أو نكولها . وعلى القول الثاني إلاسقوط حق الدعوى لـكنهما لايصلحان للمانعية اذ لادليل على قصر سلطنة المرأة على نفسها بمجرد ذلك . وسقوط حق الدعوى بالتزويج لايقتضي حرمة التزويج ، ولا المنع من السلطنة عليه ، لأنه ليس تصرفا في الحق ، بل من قبيل رفع موضوعه ، فيسقط . على أن جواز الادعاء من الاحكام ، ولم يثبت أنه من الحقوق ، فانه لايسقط 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 لايجب بالوجوب ، فلا مانع من

من انها (١) قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها . ومن تعلق حق المدعي (٢) بها وكونها فى معرض (٣) ثبوت زوجيتها للمدعي مع ان ذلك تفويت حق المدعي (٤) اذا ردت الحلف عليه وحلف . فانه ليس حجة على غيرها ، وهو الزوج ويحتمل التفصيل (٥) بين ما اذا طالت الدعوى ، فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة . والاظهر الوجه الاول وحينئذ فان أقام المدعي بينة ، وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها (٦) وان لم يكن له بينة وحلفت بقيت على زوجيتها وان ردت اليمين على المدعي وحلف ففيه وجهان : من كشف كونها زوجة المدعي فيبطل العقد عليها ومن ان اليمين المردودة لا يكون مسقطاً

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 يصلح العلم بثبوته لقصر السلطنة ، فضلا عن احتمال ثبوته . وفي كونه من الحقوق اشكال ظاهر ، فانه أيضا لا يسقط بالاسقاط والى بعض ماذكرنا أشار فى الجواهر .

(١) هذا وجه الجواز ومرجعه الى قاعدة السلطنة على النفس .

(٢) ان كان المراد به حق الدعوى ، فقد عرفت أن حق الدعوى مشروط بكونها خلية مضافا الى أنه لم يثبت كونه من الحقوق .

(٣) المعرضية لا تزاحم قاعدة السلطنة على النفس .

(٤) الحق المذكور استقبالي ، فلا يمنع من قاعدة السلطنة إذا كان معلوما ، فضلا عما اذا كان محتملا كما عرفت .

(٥) قد احتمله فى المسالك .

(٦) لأن البينة حجة في المداليل الالتزامية .

لحق الغير ، وهو الزوج وهذا هو الاوجه (١) فيثمر فيما اذا طلقها الزوج أومات عنها فانها حينئذ ترد على المدعي والمسألة سيالة تجري في دعوى الاملاك (٢) وغيرها ايضا . والله العالم .

﴿الخامسة﴾ : اذا ادعى رجل زوجية امرأة فانكرت وادعت زوجيته امرأة اخرى لايصح شرعا زوجيتها لذلك الرجل مع الامرأة الاولى كما اذا كانت اخت الاولى او امها او بنتها فهناك دعويان احداهما من الرجل على الامرأة والثانية من الامرأة الاخرى على ذلك الرجل وحينئذ فاما ان لايكون هناك بينة لواحد من المدعيين ، اويكون لاحدهما دون الآخر او لكليهما فعلى الاول يتوجه اليمين

(١) الذي تقتضيه القواعد العامة ، فانه لم يثبت ان اليمين المردودة تصلح لاثبات نفي زوجية الرجل الذي تزوجها حين الدعوى . اللهم إلا أن يقال : إذا ثبتت زوجية الرجل المدعي انتفت زوجية الآخر ، لأن الثاني من أحكام الاول لا من لوازمه ، فلو فرض أن اليمين المردودة كالاصل كانت كافية في نفي زوجية الآخر اللهم إلا أن يقال : انها لاتصلح لاثبات زوجية الرجل المدعي مطلقاً ، بل تثبتها من وجه دون آخر . نظير أصالة صحة الصلاة مع الشك في الطهارة ، فانها لاتثبت الطهارة مطلقاً ، وإنما تثبتها بلحاظ الصلاة لا غير نظير الاقرار .

(٢) كما اذا آجر الانسان مافي يده ، فادعاه آخر فان كانت له بينة حكم له بها ، وإلا فاليمين المردودة أو نكول المالك لايسوغ انتزاع المال من المستأجر ، كالاقرار من المؤجر . وعليه فاذا ادعاه مدع قبل أن يؤجره يقع الكلام في صحة الأجارة قبل انتهاء الدعوى . وكذا اذا كان وقف بيد وليه فاجره ثم ادعى الولاية عليه آخر ، فانه يجري فيه ماذكر في المسألة الثالثة وهل يجوز له ايجاره بعد الدعوى على الولي ، أولا فينتظر حتى تنتهي الدعوى ؟ .

على المنكر في كلتا الدعويين ، فان حلفا سقطت الدعويان ، وكذا ان نكلا وحلف (١) كل من المدعيين اليمين المردودة . وان حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردودة ، سقطت دعوى الاول وثبت مدعي الثاني (٢) . وعلى الثاني ـ وهو ما اذا كان لاحدهما بينة ـ ثبت مدعى من له البينة وهل تسقط دعوى الآخر ، اويجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر او رده ؟ قد يدعى القطع بالثاني ، لان كل دعوى لابد فيها من البينة او الحلف ولكن لا يبعد تقوية الوجه الاول . لان البينة حجة شرعية واذا ثبت بها زوجية احدى الامرأتين لا يمكن معه زوجية الاخرى لان المفروض عدم امكان الجمع بين الامرأتين فلازم ثبوت زوجية احداهما بالامارة الشرعية عدم زوجية الاخرى (٣)

---

(١) يعني : تسقط الدعويان ، مع أنه حينئذ تثبت الدعويان باليمين المردودة على المدعي ، لكن لما كانت الدعويان متكاذبتين ومتعلقتين بشخص واحد لم يمكن الحكم بثبوتهما 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 الاولى عليه اليمين مثلا فحلف هو فهل له رد اليمين على المدعية ؟ وجهان » إلا ان يقال : إن التساقط ليس من آثار الرد الثاني ، بل من آثار الردين واجتماع اليمينين المردودتين .

(٢) بيمين المنكر . وثبتت دعوى الثاني باليمين المردودة عليه .

(٣) هذا يتم بناء على قبول بينة المنكر ، وتكون بدلا عن يمينه ، كما عليه جماعة ، ومنهم المصنف (ره) أما على المشهور من عدم قبولها فلا بد من الرجوع الى يمين المنكر ، أواليمين المردودة على المدعي . مضافا الى ان بينة أحدهما على الزوجية لاتكون بينة على نفي زوجية الاخرى حتى تشهد بذلك مطابقة ، وإلا فالشهادة

وعلى الثالث فاما (١) ان يكون البينتان مطلقتين او مؤرختين ، متقارنتين ، او تاريخ إحداهما أسبق من الاخرى . فعلى الاولين تتساقطان (٢) ويكون كما لو لم يكن بينة اصلا وعلى الثالث ترجح الأسبق (٣) اذا كانت تشهد بالزوجية من

بزوجية احداهما لاتكون شهادة بنفي زوجية الاخرى ، لامكان الغفلة عن ذلك ، أو لعدم اعتقاد الملازمة . نعم هي حجة على نفي زوجية الاخرى لكنها ليست شهادة بالنفي ثم إن شيخنا في الجواهر ذكر أنه لابد له من اليمين على نفي ما ادعته الاخت ، وفاقا للشهيد . ضرورة كونه منكراً بالنسبة الى دعواها . والبينة على زوجية اختها لاتقتضي 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 اذا كان المستند العلم فالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلا ، تدل على كذب دعوى الاخت ضرورة .

(١) الصور المتصورة في المقام هي أن البينتين إما مطلقتان ، او مؤرختان ، أو إحداهما مطلقة والاخرى مؤرخة والمؤرختان تارة يتفق تاريخهما ، واخرى يختلف ومع الاختلاف تارة يتقدم تاريخ بينته ، واخرى يتقدم تاريخ بينتها ، والجميع تارة يكون كل منهما مع الدخول ، واخرى مع عدمه .

(٢) للتعارض بينهما والتكاذب .

(٣) هذا اذا كانت تشهد بالبقاء استناداً الى العلم ، وكانت الثانية تشهد استناداً الى ظاهر وقوع العقد في كونه صحيحاً ، فان الاولى على هذا تكون رافعة لمستند الثانية ، فتبطل . أما اذا كانت الثانية أيضا تشهد اعتماداً على العلم فهما حينئذ متعارضتان ولا وجه لترجيح الاسبق تاريخا . كما أنه اذا كانت الاولى تشهد بالبقاء اعتماداً على الاستصحاب ، والثانية تشهد اعتماداً على العلم ، كانت الثانية مقدمة على الاولى ، لأنها رافعة لمستند الاولى في البقاء ، وهو الاستصحاب . وكذا اذا كان

ذلك التاريخ الى زمان الثانية وان لم تشهد ببقائها الى زمان الثانية فكذلك (١) اذا كانت الامرأتان الام والبنت مع تقدم تاريخ البنت بخلاف الاختين والام والبنت مع تقدم تاريخ الام لامكان صحة العقدين ، بأن طلق الاولى وعقد على الثانية في الاختين ، وطلق الام مع عدم الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية او التساقط وجهان (٢) هذا ولكن وردت رواية (٣) تدل على تقديم بينة الرجل ، الامع

مستند الثانية أصالة الصحة ، فانها أيضا مقدمة على الاستصحاب .

(١) يعني : ترجح الاسبق . للتعارض والتكاذب الواقع بينهما الناشيء من تنافيهما وإن اختلف تاريخهما . هذا مع الاشتراك في المستند وأما مع اختلافه ، فاذا كانت الثانية تشهد استناداً الى العلم والاسبق تشهد استناداً الى الظاهر لزم ترجيح الثانية ، لأنها تشهد ببطلان مستند الاولى .

(٢) أقربها الاول ، سواء كان مستند الثانية العلم ، أم وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة . إذ بقاء العقد الاول إنما يكون بالاستصحاب ، وهو لايجري مع الشهادة بمنافيه ، لتقدم البينة على الاستصحاب . وبالجملة : اذا كان مستند إحدى البينتين مقدما على مستند الاخرى عند المشهود عنده تكون البينة الاخرى باطلة المستند ، فلا تكون حجة ، فالبينة التي مستندها العلم ترفع حجية الاصل أو الظاهر الذي هو مستند الاخرى ، فتكون الاخرى باطلة المستند ، فتخرج عن دليل الحجية وكذا البينة التي مستندها الظاهر المقدم على الاصل ، فان ذلك المستند يبطل الاصل عند المشهود عنده ، فتبطل البينة المستندة اليه .

(٣) وهي رواية الزهري ، عن علي بن الحسين (ع) : « في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود ، وأنكرت المرأة ذلك ، فاقامت اخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود ، ولم يوقتا وقتاً . فكتب :

سبق بينة الامرأة المدعية او الدخول بها في الاختين وقد عمل بها المشهور (١) فى

ان البينة بينة الرجل ، ولا تقبل بينة المرأة ، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة ، وتريد اختها فساد النكاح ، فلا تصدق ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها ، أو بدخول بها » ورواها الشيخ في التهذيب أيضا عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفي عن أبي عبد الله (ع) .

(١) فى جامع المقاصد : « كان هذا الحكم مجمع عليه بين الاصحاب » ، وفى المسالك : « لايظهر فيه خلاف بينهم وأنه ربما ادعى عليه الاجماع » ، وفى كشف اللثام : « الاصحاب عملوا به من غير خلاف يظهر ، إلا من المحقق فى النكت » وفى الكفاية : أن بعضهم نقل الاجماع عليه انتهى وفي الجواهر : « من غير خلاف يعرف على ما اعترف به غير واحد ، وعن بعض دعوى الاجماع عليه » وفى المسالك : « هو مخالف للقواعد الشرعية فى 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 الاخت لا بالنسبة الى دعواه على أختها ، فانه حينئذ مدع إلا أن يقال : إن النص دل على تقديم بينته حتى بالاضافة الى دعوى الاخت عليه ، التي يكون فيها منكراً . اللهم إلا أن يقال : إنما يتم بناء على عدم الحاجة الى اليمين ، أما بناء على ضم اليمين الى البينة فيكون الاخذ بقوله لأجل اليمين . فتأمل والعمدة في مخالفة الرواية للقواعد الحكم فيها بتقديم بينة الرجل إلا في صورتين ، فان وجه التقديم غير ظاهر بالنظر الى القواعد .

وقد تصدى فى كشف اللثام لتطبيقها على القواعد فقال : « إن الوجه في ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ماهو فعله ، ولعله عقد على الاولى قبل العقد عليها وهي لاتعلم ، ولا يعلم فعله إلا من قبله » . وقد أطال شيخنا الاعظم في تقريبه

خصوص الاختين . ومنهم من تعدى الى الام (١) والبنت ايضا ولـكن العمل

وحاصله : «إن كلا من بينة الرجل والاخت إنما يكون مستندها العقد فهما تتساويان في الاستناد والاعتماد، لـكن الرجل والاخت يختلفان فى الاعتماد ، فان اعتماد الاخت في دعواها على ظاهر العقد كبينتها ، لـكن اعتماد الرجل فى دعواه على العلم بصحة ما يدعيه وفساد ماتدعيه الاخت ، لأن مناط صحة ماتدعيه الاخت من زوجية نفسها وتنكره من زوجية أختها إنما يعرف من قبل الرجل ، فهو أعرف به . ويشكل بأنه يمكن أن يكون الاعتماد من الاخت على العلم كما يمكن ذلك من بينتها ، فتكون حينئذ كالرجل كما أنه يمكن أن يكون اعتماد الرجل على ظاهر قول أوفعل أواخبار وكيل ، وكذا اعتماد بينته ، فلا وجه حينئذ لاطلاق الترجيح ، ولا سيما وأن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الترجيح . فاذاً ماذكره ممنوع صغرى وكبرى . وبالجملة : يتعين الرجوع في الترجيح الى ما سبق من أنه اذا تساوى مستند البينتين تساقطتا ، واذا اختلف بأن كان مستند إحداهما العلم ومستند الاخرى حجة غيره فالبينة الاولى مقدمة ، لانها دالة على بطلان مستند الثانية ، وان كان مستند إحداهما أصلا ومستند الاخرى إمارة كانت الثانية مقدمة ، لأنها ايضا دالة على بطلان مستند الاولى ، ومع ثبوت بطلان المستند تخرج عن دليل الحجية ، وكذا كل حجة تبين بطلان مستندها .

(١) يظهر من الجواهر الميل اليه ، قال (ره) في وجهه : « ضرورة عدم المدخلية للاخوة فيه ، بل إنما هو لتحريمه ، وهو مشترك بين الجميع . مضافا الى ماعرفته من موافقة الحـكم للقواعد الشرعية فى الجملة . التي لافرق فيها بين الجميع كما يومىء اليه التعليل في الخبر » وفى القواعد : « وفى انسحاب الحـكم في مثل الام والبنت إشكال » وفي جامع المقاصد الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص ونحوه في المسالك .

بها حتى فى موردها مشكل لمخالفتها لقواعد (١) وامكان حملها على بعض المحامل (٢)

(١) قد تقدم في المسالك أن الوجه فى المخالفة للقواعد الاخذ ببينة المنكر، وفي غيرها الوجه تقديم إحدى البينتين على الاخرى من غير مرجح . وكيف كان فقد عرفت أن هذا لا يصلح مانعاً من العمل بها ، فاكثر الروايات الدالة على الوجوب والحرمة ونحوهما مخالفة للقواعد العامة .

(٢) ذكر فى الحدائق أن حكمه (ع) بتقديم بينة الرجل وصحة دعواه وبطلان دعوى الاخت ، 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 مشتملا على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بينة الرجل وصحة دعواه ، وأن ما كان من الاخت كان مناصرة منها لأختها . وربما تشير الى ذلك فى الجملة فاء الترتيب في قول السائل : « فاقامت ... » وعلى هذا تكون الرواية مجملة للجهل بالقيود المأخوذة في السؤال ، ولا مجال حينئذ للعمل بالرواية في الاحتين ، فضلا عن غيرها ممن لا يمكن الجمع بينهما في الزوجية .

﴿ تنبيه ﴾ قال في القواعد : « والاقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين إلا مع السبق » وقال في المسالك : « ان ظاهر الناس أن من قدم جانبه لا يفتقر معه الى اليمين . وكذلك أطلق المصنف الحكم تبعاً لظاهره ... الى أن قال : والاقوى الافتقار الى اليمين إلا مع سبق تاريخ إحدى البينتين » ثم علله بأنه مع التعارض بتساوي التاريخ أو إطلاقه يتساقط البينتان ، فلا بد من مرجح للحكم باحداهما . وفيه : أنه لا وجه له بعد الاعتراف بأنه خلاف ظاهر النص .

التي لاتخالف القواعد .

﴿ السادسة ﴾ : اذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها باذن المولى فان اشتراها المولى بقي نكاحها على حاله (١) ولا اشكال في جواز وطئها (٢) وان اشتراها لنفسه بطل نكاحها (٣) وحلت له بالملك (٤) على الاقوى من ملكية العبد وهل يفتقر وطؤها حينئذ الى الاذن من المولى . اولا ؟ وجهان أقواهما ذلك (٥) لان الاذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك (٦) فيحتاج الى الاذن

---

(١) بلا خلاف فيه ظاهر ولا إشكال . ويظهر منهم أنه من المسلمات . ويقتضيه الاصل ، إذ ليس ما يحتمل إبطاله العقد إلا الانتقال من مالك الى آخر ، ولم يقم على ابطاله دليل ، فيتعين البناء على عدمه .

(٢) اذا أحرز الاذن من السيد له في ذلك ، ولو بالاصل ، وإلا فعموم عدم جواز التصرف من مال الغير بغير إذنه كاف في المنع .

(٣) بلاخلاف ظاهر، وفى الجواهر- فى مباحث بيع الحيوان- دعوى الاجماع بقسميه على بطلان النكاح اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه وهذا هو العمدة . نعم تعضده النصوص الدالة على بطلان نكاح الامة من العبد اذا ملكت زوجها ، بضميمة عدم القول بالفصل وقد استدل عليه بقوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم) بناء على ظهوره في منع الجمع بينهما . لكنه لو تم توقف على اثبات صحة البيع ، وإلا فالبناء على بطلان البيع وبقاء الزوجية أولى ، عملا بالاستصحاب . فاذاً العمدة فيه الاجماع .

(٤) عملا بعموم الادلة .

(٥) كما في الجواهر . للحجر عليه فى التصرف، وان قلنا بملكيته والاذن في شرائها لا يقتضي الاذن في التصرف .

(٦) يعني : واذا زال الموضوع زال حكمه ، ولا مجال لاستصحابه . اللهم إلا

الجديد ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه او المولى ، فان اشتراها بعين مال المولى كانت له (١) وتبقى الزوجية(٢) وان اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية وكذا ان اشتراها فى الذمة لانصرافه الى ذمة نفسه وفي الحاجة الى الاذن الجديد وعدمها ، الوجهان .

﴿السابعة﴾: يجوز تزويج امرأة تدعي (٣) أنها خلية من الزوج من غير فحص ، مع عدم حصول العلم بقولها بل وكذا اذا لم تدع ذلك (٤) ولكن

أن يقال : الزوجية ليست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفا فزوالها لا يوجب تبدل الموضوع ، فلا مانع من الاستصحاب .

(١) يعني المولى . إذ المعاوضة بينها وبين المال تقتضي أن تدخل في كيس من خرج من كيسه المال .

(٢) لما سبق من الاصل . ومما ذكرنا يظهر وجه مابعده .

(٣) بلااشكال ظاهر . ويقتضيه خبر ميسر ، قال : « قلت لابي عبد الله(ع) ألقى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحـــد ، فاقول لها : ألك زوج ؟ فتقول : لا فاتزوجها ؟ قال (ع): نعم هي المصدقة على نفسها » وخبر أبان بن تغلب : « قلت لأبي عبد الله (ع) إني أكون في بعض الطرقات، فأرى المرأة الحسناء ، ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر . قال (ع) : ليس هذا عليك . إنما عليك أن تصدقها في نفسها » ونحوها خبر يونس وخبر عبد العزيز بن المهتدي المتقدمان فى المسألة الثالثة . وأما خبر عمر بن حنظلة قال : « قلت لأبي الله (ع) : إني تزوجت امرأة فسألت عنها، فقيل فيها فقال : وأنت لم سألت ايضا ؟! ليس عليكم التفتيش » فغير ظاهر فيما نحن فيه .

(٤) كما يفهم من خبر الفضل مولى محمد بن راشد ، عن أبي عبد الله (ع)

دعت الرجل الى تزويجها ، او اجابت اذا دعيت اليه بل الظاهر ذلك وان علم كونها ذات بعل (١) سابقاً وادعت طلاقها او موته . نعم لو كانت متهمة فى دعواها فالاحوط الفحص (٢) عن حالها . ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب

قال : « قلت إني تزوجت امرأة متعة ، فوقع في نفسي أن لها زوجا فسألتها . فقال أبو عبد الله (ع) . ولِمَ سألتها ؟! » وخبر محمد بن عبد الله الاشعري قال : « قلت للرضا (ع) الرجل تزوج بالمرأة فيقع فى قلبه أن لها زوجا فقال (ع) : وما عليه أرأيت لو سألها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج ؟ » لكن الظاهر من الخبرين ترك السؤال بعد التزويج اعتماداً على العلم بأنها خلية ، وان كان الجواب فى الثاني يشعر بعموم الحكم لما قبل التزويج .

(١) لاطلاق النصوص .

(٢) كما يقتضيه صحيح أبي مريم عن أبي جعفر (ع) : « انه سئل عن المتعة ، فقال : إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، انهن كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن . فاسألوا عنهن » . لكن فى الشرائع فى مبحث المتعة استحباب السؤال مع التهمة وعدم وجوبه ويظهر من الحدائق وغيرها أنه إجماعي . وفي المسالك : « ليس السؤال شرطاً في الصحة . للاصل وحمل تصرف المسلم على الصحيح وقد روى أحمد بن أبي نصر وغيره ، قال : « قلت للرضا (ع) ... » وذكر رواية الاشعري السابقة وكأن المراد من الاصل عموم الادلة . لكنه غير ظاهر الجريان مع الشبهة الموضوعية . وأما أصالة عدم المانع ، فغير مطردة في صورة سبق المانع ، كما اذا علم أن لها زوجا . ومثله في الاشكال حمل التصرف على الصحة ، فانه غير ظاهر الشمول لما نحن فيه مما كان التصرف حلالا أو حراما ، لا صحيحاً أو فاسداً مع أن ذلك لا يصلح لمعارضة الصحيح السابق . فالعمدة هو خبر الاشعري ونحوه المعول عليه عندهم على نحو يتعين الخروج به عن ظاهر الصحيح . ومن ذلك

غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته ، اذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن ، او باخبار المخبرين وان لم يحصل العلم بقولها ويجوز للوكيل ان يجري العقد عليها مالم يعلم كذبها في دعوى العلم ولكن الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهمة .

﴿ الثامنة ﴾ : اذا 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 و بينه (٢) وان لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الاجمال

﴿ التاسعة ﴾ : اذا وكلا وكيلا في إجراء الصيغة في زمان معين لايجوز لهما المقاربة (٣) بعد مضي ذلك الزمان ، إلا اذا حصل لهما العلم بايقاعه ولا يكفي الظن بذلك وان حصل من إخبار مخبر بذلك وان كان ثقة (٤) . نعم لو اخبر الوكيل بالاجراء كفى اذا كان ثقة بل مطلقاً (٥) لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه .

يظهر الكلام فيما يأتي من تزويج زوجة الغائب اذا لم تكن متهمة واذا كانت متهمة.

(١) اذ لادليل على سماعها . والنصوص المتقدمة لاتشملها .

(٢) عملا بحجية البينة بل يجب على الزوج فراقها لذلك . واخبارها السابق لايصلح لمعارضة البينة ، لا قبل التزويج ، ولا بعده لاختصاص دليله بغير ذلك .

(٣) للشك في تحقق العقد ، الموجب للرجوع الى أصالة عدمه .

(٤) لعدم الدليل على حجية خبر الثقة ، وبناء العقلاء إن تم ، فهو لايصلح لمعارضة مادل على نفي الحجية في الموضوعات لغير البينة . مثل قوله (ع) : « والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك ، أو تقوم به البينة » .

(٥) عموم الحجية لغير الثقة غير ظاهر من السيرة . نعم إطلاق معقد الاجماع على أن من ملك شيئاً ملك الاقرار به ـ بناء على كون المقام من صغرياته ، كما هو

فصل فى أولياء العقد

وهم الاب والجد (١) من طرف الاب بمعنى: اب الاب فصاعداً فلا يندرج فيه أب ام الاب (٢) والوصي لاحدهما مع فقد الآخر . والسيد بالنسبة الى مملوكه

الظاهر - يقتضي عموم الحكم لغير الثقة ،

فصل فى أولياء العقد

(١) ثبوت الولاية لهما في الجملة من القطعيات ، المدعى عليها اجماع . والنصوص والفتاوى شاهدة بذلك . ففي صحيح اسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجها أبوها ، ثم يموت وهي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها ، يجوز عليها التزويج أو الامر اليها ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج أبيها » وصحيح عبد الله بن الصلت قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها ، لها أمر إذا بلغت ؟ قال (ع) : لا . ليس لها مع أبيها أمر . قال : وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر ؟ قال (ع) : ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر » وصحيح الفضل بن عبد الملك ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال (ع) : لا بأس قلت : يجوز طلاق الاب ؟ قال (ع) : لا » وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « قال : اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه » وصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع) قال : « اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول . فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى » ونحوها غيرها ومن ذلك يظهر ضعف ما عن ابن أبي عقيل من نفي ولاية الجد .

(٢) كما هو المعروف لما يستفاد من نصوص ولاية الجد من الاختصاص بأب

والحاكم ولا ولاية للام ولا الجد من قبلها ولو من قبل ام الاب ولا الاخ (١) ، والعم (٢) ، والخال واولادهم (٣) .

الاب . بقرينة التمسك بقول النبي (ص) : « أنت ومالك لأبيك » وعن ابن الجنيد ثبوت الولاية للام وآبائها ، مستدلا على ذلك بأن رسول الله (ص) أمر نعيم بن النحاع أن يستأمر أم ابنته فى أمرها ، وقال : وأتمروهن في بناتهن . انتهى وقد يستدل له أيضا بموثق ابراهيم بن ميمون ، عن أبي عبد الله (ع) . قال (ع) « اذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر ، وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلا برضا منها » لكن لامجال لذلك بعد دعوى الاجماع على خلافه ولا سيما بملاحظة اختصاص ذلك بالام ، ولا يعم آباءها ومن الغريب ما في التذكرة : « الوجه أن جد أم الاب لا ولاية له مع جد أب الاب ومع انفراده نظر » فانه غير ظاهر المأخذ ولاسيما بملاحظة صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « فى الصبي يتزوج الصبية ، يتوارثان ؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم » لظهوره في عموم نفي الولاية عن غير الاب .

(١) إجماعا ظاهراً . ومافي بعض النصوص من ثبوت الولاية للاخ ، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن الذي بيده عقدة النكاح . قال: هو الاب ، والاخ ، والرجل يوصى اليه » وغيره . مؤول ، أومطروح .

(٢) إجماعا ، نصاً ، وفتوى فقد روى محمد بن الحسن الاشعري قال : « كتب بعض بني عمي إلي أبي جعفر الثاني (ع) : ماتقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج ؟ قال : فكتب (ع) إلي : لاتكره على ذلك ، والامر أمرها » .

(٣) إجماعا . ويقتضيه الاصل . وعموم صحيح ابن مسلم المتقدم .

﴿ مسألة ١ ﴾ : تثبت ولاية الاب والجد على الصغيرين والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ (١) . بل والمنفصل على الاقوى (٢)

---

(١) بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك انه موضع وفاق ، بل في غيرها الاجماع عليه . كذا في الجواهر . ويقتضيه الاستصحاب . وكون الثابت منها قبل البلوغ كان للصغر ، وقد زال . لايمنع من جريان الاستصحاب ، ولا يوجب تبدل الموضوع . وان كان ظاهر الجواهر ذلك .

(٢) قال في كشف اللثام : « وأما إن تجدد الجنون بعد البلوغ ، ففي عود ولايتها نظر . ففي التذكرة والتحرير ، أنها تعود . وهو الاقرب . بل لاعود حقيقة ، لأن ولايتها ذاتية منوطة باشفاقها وتضررها بما يتضرر به الولد » . وفي الجواهر قوة ذلك ، لأن المنشأ في ولايتها الشفقة والرأفة ونحوها مما لافرق فيه بين المتصل والمنفصل . انتهى ولا يخفى أن التعليل المذكور في كلامهم تخمين لايعول عليه في اثبات حكم شرعي . وما في الجواهر من ان المتجه على تقدير التفصيل أنه لوكان الجنون ادواريا فاتفق دوره متصلا بالبلوغ كانت الولاية لها ، وبعد انتهائه ترتفع ، فاذا جاء الدور الثاني كانت الولاية للحاكم ، وهو كما ترى . انتهى مجرد استبعاد ، لايعول عليه في رفع اليد عن الدليل نعم الاشكال في دليل ولاية الحاكم والنبوي : « السلطان ولي من لا ولي له » وان 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 الامور الحسبية التي تدعو الضرورة الى وقوعها . وقد يستدل على مافي المتن بخبر زرارة عن ابي جعفر (ع) : « قال : اذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد ، وتعطي من مالها ماشاءت ، فان أمرها جائز ، تزوج إن شاءت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها » إذ لاريب أن المتبادر من وليها أبوها وجدها ، وارادة الحاكم منه

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد (١) ولا على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيباً (٢) واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على اقوال وهي استقلال الولي (٣)

في غاية البعد . ويشكل أولا بضعف السند وثانيا باجمال الولي ولا قرينة على تعيينه وبعد إرادة الحاكم منه ، ليس مستنداً الى دلالة ، ليكون حجة .

(١) بلا إشكال ولا خلاف وفي كشف اللثام : « إجماعا منا ومن العامة » . ويقتضيه عموم السلطنة . وبعض النصوص الواردة في تزويج الابن مع حضور الاب .

(٢) في جامع المقاصد: « اتفاق علمائنا عليه» وفي المسالك أنه لاخلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها إلا ماتقل عن الحسن بن أبي عقيل من بقاء الولاية وهو شاذ . انتهى وفي رسالة شيخنا الاعظم دعوى اتفاق النص والفتوى عليه . وتشهد له النصوص ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها ، قال : هي أملك بنفسها تولي أمرها من شاءت اذا كان كفواً بعد أن كانت قد نكحت رجلا قبله » ونحوه خبرا عبد الخالق ، والحسن ابن زياد ، وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله . وغيرها ولم يعرف لها معارض يمكن الاستناد اليه في اثبات قول ابن أبي عقيل إلا رواية عامة عامية . على ما في المسالك قال (ره) : « وروايتنا خاصة خاصية . وهي مقدمة عند التعارض » لكن التعارض فرع الحجية ، وهي غير ثابتة .

(٣) 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 اذا بلغت مبلغ النساء ، ألها مع أبيها أمر ؟ فقال (ع) : ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب » وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « لاتستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ، ليس لها مع الاب أمر .

واستقلالها (١) والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها

وقال (ع) : يستأمرها كل أحد ماعدا الاب » وخبر علي بن جعفر (ع) قال : « سألته عن الرجل يصلح له أن يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال (ع) : نعم ، ليس للولد مع الوالد أمر ، إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ، فتلك لايجوز نكاحها إلا أن تستأمر » ، ونحوها غيرها . وقد استقصى شيخنا الاعظم (ره) ذكرها ، وقال بعد ذلك : « فهذه ثلاث وعشرون رواية تدل على استمرار ولاية الاب على البالغة الباكرة » .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ،وغيرها والمنسوب الى المشهور بين القدماء والمتأخرين وعن المرتضى في الانتصار ، والناصريات ، الاجماع عليه . لعموم السلطنة على النفس الذي يجب الخروج عنه بما سبق . وللاجماع المدعى فى الناصريات والانتصار ، الممنوع فى مورد ظهور الخلاف . وللاجماع على زوال الولاية فى المال فكذا في النكاح ، الموقوف على عدم الفصل ، وهو ممنوع بعد وضوح الخلاف في النكاح . وللاجماع على زوال الولاية عنها فى المنقطع ، فكذا في الدائم ، الممنوع في نفسه ، كمنع عدم الفصل بين الدائم والمنقطع . ولمصحح الفضلاء الفضيل بن يسار ، ومحمد بن مسلم ، وزرارة وبريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر (ع) : « قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز » . 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 النكاح كان الحمل ضروريا، فيكون عقلياً لاشرعياً . نعم يمكن تخصيص الصحيح بالروايات السابقة ، فيحمل على غير الاب جمعاً . ولصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) تستأمر البكر وغيرها ، ولا تنكح إلا بأمرها » واحتمال أن « تستأمر » بالبناء

للفاعل ، يعني : هي تستأمر غيرها ، فتدل على الخلاف ـ كما في كشف اللثام ـ ضعيف ، لأنه يوجب عدم انسجام الكلام ، ولا يصح في غير البكر ، لما عرفت من حكم الثيب . نعم لا يدل على الاستقلال لان الاستئمار أعم منه بل يمكن تخصيصه بما سبق جمعاً ولخبر زرارة المتقدم عن أبي جعفر (ع) : « قال : اذا كانت المرأة مالكة أمرها ، تبيع ، وتشتري ، وتعتق ، وتشهد ، وتعطي من مالها ما شاءت ، فان أمرها جائز ، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها » ويشكل بأنه يمكن تخصيصه بالروايات السابقة ، فيحمل على غير الاب جمعاً . ولخبر سعدان بن مسلم : « قال ابو عبد الله (ع) : لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير إذن وليها » ويشكل بأنه يمكن تخصيصه بما سبق . وخبر أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا باذن أبيها . وقال : إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شاءت » . ويشكل باجمال المراد من كونها مالكة لأمرها ، فيحتمل أن يكون المراد به البلوغ ، فيكون المراد من الجارية الصغيرة ، ويحتمل أن يكون المراد الثيب في مقابل البكر المذكورة في الصدر ، ويحتمل أن يكون المراد من ليس لها أب . والحمل على الاول 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 لامرها ، وإن شاءت جعلت ولياً » . ولمرسلة سعدان بن مسلم عن رجل عن أبي عبد الله (ع) : « لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير اذن أبويها » وخبر ابن عباس : « ان جارية بكراً جاءت الى النبي (ص) فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته ، وأنا له كارهة فقال (ص) : أجيزي ماصنع 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 للاباء في امور بناتهم شيء » . لكن

في الاول دون الثاني (١)

الروايتين ضعيفتان لم يثبت انجبارهما بعمل المشهور ، لاحتمال استنادهم في فتواهم الى غيرهما من الروايات .

ثم انك عرفت أن مقتضى الجمع بين الطائفة المذكورة دليلا لهذا القول ، وبين الطائفة السابقة المذكورة دليلا للقول الاول ، هو التقييد بحمل الولي فيها على غير الاب وشيخنا الاعظم (ره) في رسالة النكاح جعل الجمع بينهما كما يكون بالتقييد يكون أيضا بحمل الطائفة الاولى على الاستحباب ، يعني : يستحب للبكر إيكال أمرها الى الاب . وان تقييد المطلق وان كان أرجح من حمل المقيد على الاستحباب . لكن التقييد لما كان مستلزماً لطرح أخبار كثيرة ، مثل مرسلة سعدان ، وخبر ابن عباس المتقدمين ، والاخبار الواردة في جواز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها ، الاتية 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 الآخران فان صلحا للحجية كانا معارضين ، لامرجحين للحمل على الاستحباب وإلا ـ كما هو الظاهر ، لضعف سندهما ، وعدم الجابر لهما ـ لا يصلحان للترجيح المذكور .

(١) حكاه في الشرائع ، والتذكرة ، وغيرها ، قولا ولم يعرف قائله ـ كما في جامع المقاصد ، وغيره ـ وكأن وجهه دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم . وصحيح البزنطي عن الرضا (ع) : « قال : البكر لاتتزوج متعة إلا باذن أبيها . وصحيح أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) قال : « العذراء التي لها أب لاتتزوج متعة إلا باذن أبيها » لكن عرفت أن الاول معارض بغيره كما أن الصحيحين أيضا معارضان بغيرهما . كخبر الحلبي قال : « سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها . قال (ع) : لابأس مالم يفتض

والعكس (١) والتشريك ، بمعنى : اعتبار اذنهما معا (٢) والمسألة مشكلة فلا يترك

ما هناك » . وخبر سعيد قال : « سئل أبو عبد الله (ع) عن التمتع من الابكار اللواتي بين الابوين فقال : لا بأس . ولا أقول كما يقول هؤلاء الاقشاب » . ونحوها غيرها .

(١) كما عن الشيخ في كتابي الاخبار ، ولم ينسب اليه في غيرها ولا الى غيره ووجهه الاخذ بنصوص استقلال الولي ، بعد تقييدها بالدوام ، واخراج المتعة منها للاخبار المتقدمة . واشكاله أيضا ظاهر فان نصوص استقلال الولي معارضة . والاخبار المتقدمة أيضا معارضة بغيرها كما عرفت .

(٢) حكي عن المفيد ، والحلبيين ، وظاهر الوسائل للحر العاملي . جمعاً بين مادل على اعتبار الاذن من الاب في تزويج البكر ـ مثل صحيح العلاء بن رزين عن أبي عبدالله (ع) : « قال : لا تتزوج ذوات الآباء من الابكار إلا باذن آبائهن » ونحوه صحيح ابن أبي يعفور وخبر أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا باذن أبيها » وصحيح زرارة : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لا ينقض النكاح إلا الاب » ونحوه صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) وبين ما دل على اعتبار إذنها كصحيح منصور المتقدم . وموثق صفوان : « قال : 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) : افعل ، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها حظاً » لكن ينافي ذلك مادل على استقلالها . كما ينافيه أيضا مادل على استقلال الاب . فلا بد من علاج ذلك ولا يكفي في إثبات القول المذكور كونه مقتضى الجمع بين طائفتين من النصوص ، وإهمال الطوائف الاخر .

والذي يقتضيه التأمل أن نصوص المقام على طوائف . الاولى : 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 إذن الولي ورضاه ، كصحاح 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 مريم ، ورواية سعدان الرابعة : ما دل على اعتبار إذن البكر ورضاها ، كصحيح منصور بن حازم ، وموثق صفوان المتقدمين ومن المعلوم أنه لا تنافي بين الاولتين ، ولا بين الاخيرتين ، ولا بين الثانية والرابعة وإنما يكون التنافي بين الاولى والثالثة ، وبين الثانية والثالثة ، وبين الاولى والرابعة . والجمع بين الاولى والثالثة يمكن بدواً بالبناء على استقلال كل منهما في الولاية ، فاذا تصرف أحدهما نفذ إلا أنه تأباه الطائفة الاولى جداً ، فان قوله (ع) : « ليس لها مع ابيها أمر » ظاهر جداً في أنها لا استقلال لها ، ولا اشتراك وان كان لا تأباه الطائفة الثالثة ولأجل ذلك يتعين الجمع بما سبق من تخصيص الطائفة الثالثة بغير الاب ، لاختصاص الاولى بالاب وعموم الثالثة لغيره . نعم مرسلة سعدان وخبر ابن عباس مختصان بالاب . لكنهما ليسا بحجة وبهذا الوجه بعينه يكون الجمع بين الثانية والثالثة . وأما وجه الجمع بين الاولى والرابعة فيمكن بحمل الرابعة على الاستحباب . كما يظهر من استرضاء النبي (ص) فاطمة (ع) في تزويجها من علي (ع) فحينئذ تتفق مؤديات النصوص ، ويرتفع عنها اشكال التعارض وتكون نتيجة ذلك هو الفرق بين الاب والجد فيستقل الاول معها دونها بلا استقلال ولا تشريك وتستقل هي مع الثاني دونه بلا استقلال ولا تشريك ايضا . لكن يخدش فيه رواية سعدان على ما في نسخ التهذيب المعتبرة التي عثرنا عليها حيث رويت فيه هكذا : « لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير

إذن أبيها » ، فتكون نصاً في استقلالها مع وجود الاب . لكن رواها في المسالك وكشف اللثام ، والجواهر : « وليها » بدل « أبيها » كما سبق في أدلة القول الثاني وحينئذ تكون كغيرها من روايات الاستقلال مقيدة بغير الاب . 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 ماعرفت من وجه الجمع . بل يتعين حينئذ البناء على ولايتها مستقلا ، فان الرواية المذكورة نص في ذلك . ويتعين الجمع بينها وبين الطائفة الأولى باستقلال كل منها ومن أبيها ، فانه وإن بعد بالاضافة الى الجمع بالتقييد لكنه أقرب بعد تعذره . ويكون الجمع بينها وبين الطائفة الثانية الحمل على استحباب استئذان الاب ، فانه واضح بالاضافة الى مثل صحيح العلاء المتقدم . وأما مثل صحيح زرارة « لاينقض ... » فلا يخلو من خفاء . لكن يهون الامر فيه أنه لايعرف مورده ولم يتضح المراد منه ، فان النقض إنما يكون بعد الابرام ، فيختص بالفسخ ، وهو غير المدعى . نعم لا بأس بالالتزام بمضمونه . فيكون للاب فسخ عقد البنت وإن كان صحيحاً بغير إذنه ، فان فسخه انفسخ ، وإن لم يفسخه بقي على صحته . ولعل قوله (ع) في صحيح الحلبي : « ليس لها مع أبيها أمر » يراد به هذا المعنى يعني له فسخ عقدها وحله نظير قوله (ع) : « لايمين للولد مع والده » 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 ، فان ملاحظة أحواله المسطورة في كتب الرجال تستوجب الوثوق به واعتبار حديثه . وكذا الطعن فيها بأنها عين المرسلة ، فلا تكون حجة . إذ فيه أنه خلاف الاصل بعد أن رواها الشيخ في التهذيب معاً . مع اختلاف في المتن من جهة إفراد الاب في المسند وتثنيته في المرسلة .

مراعاة الاحتياط بالاستيذان منهما ولو تزوجت من دون اذن الاب او زوجها الاب من دون اذنها وجب إما اجازة (١) الاخر او الفراق بالطلاق . نعم اذا عضلها الولي اي منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار اذنه (٢)

والذي يتحصل من جميع ماذكرنا : نفوذ عقد الاب بدون إذن البنت اعتماداً على صحيح محمد بن مسلم ، وخبر علي بن جعفر ، ونحوهما . ونفوذ عقد البنت بدون إذن الاب اعتماداً على خبر سعدان المعتضد بالنصوص الواردة في المتعة المتقدمة وأن الافضل أن يكون باذنها معاً حملا لما دل على اعتبار إذن الاب ـ كصحيح العلاء ـ واعتبار اذن البنت ـ كصحيح صفوان ـ على الاستحباب . جمعاً بين هاتين الطائفتين والطائفتين السابقتين . وأنه إذا عقدت البنت صح عقدها ، لكن يجوز للاب نقضه ، فاذا نقضه انتقض . اعتماداً على صحيح زرارة : « لاينقض النكاح إلا الاب » ، ونحوه صحيح محمد بن مسلم ، وصحيح الحلبي ، على ماعرفت فالنصوص خمسة أصناف صنف يدل على استقلال الاب وآخر يدل على استقلال البنت . وثالث يدل على جواز فسخ الاب عقد البنت . ورابع يدل على اعتبار إذن الاب . وخامس يدل على اعتبار إذن البنت فيعمل بالاصناف الثلاثة الاول ويحمل الاخيران على الاستحباب جمعاً . هذا كله بالاضافة الى الاب وأما الجد فلا ولاية له على البكر لامنضما ، ولا مستقلا . اعتماداً على الطائفة الثالثة من غير معارض . هذا والقول بالولاية على النهج المذكور وإن لم ينسب لأحد لابأس به إذا دلت عليه الادلة وما توفيقي إلا بالله ، عليه توكلت ، واليه أنيب ، وهو حسبنا ، ونعم الوكيل .

(١) هذا الوجوب من باب الاحتياط الذي ذكره .

(٢) إجماعا كما فى الشرائع ، والتذكرة ، والقواعد ، وجامع المقاصد . والمسالك وكشف اللثام وفى الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » وهو العمدة فى الخروج عن عموم الولاية . مضافا الى عموم نفي الحرج في بعض الموارد . لكنه إنما

وأما اذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعا فلا يكون عضلا (١) بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفا (٢) ممن فى تزويجه غضاضة وعار عليهم وان كان كفواً شرعياً وكذا لو منعها من التزويج (٣) بكفو معين مع وجود كفو آخر وكذا يسقط اعتبار اذنه اذا كان غائباً (٤) لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها الى التزويج

﴿مسألة ٢﴾ : اذا ذهبت بكارتها بغير الوطء من وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر (٥) واما اذا ذهبت بالزنا

يقتضي نفي سلطنة الولي ، لا إثبات استقلال البنت . لأنه ناف ، لامثبت . وأما قوله تعالى : (ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف) فغير ظاهر فيما نحن فيه ، لاحتمال كون الخطاب للازواج السابقين . مع أنه لو كان للاولياء لايدل على سقوط الولاية ، لان تحريم العضل لايدل على ذلك .

(١) لفساد العقد ، فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها .

(٢) كأنه لاطلاق الكفو فى كلامهم بل لعل الظاهر منه الكفو عرفا .

(٣) كأنه لانصراف المستثنى عن ذلك . فيرجع الى عموم أدلة المستثنى منه لا أقل من أنه خارج عن القدر المتيقن من معقد الاجماع ، فيرجع الى عموم أدلة الولايـــة .

(٤) قال فى الخلاف : « وإن غابا جميعاً (يعني الاب والجد) كان لها أن تعقد على نفسها ، أو توكل من شاءت من باقي الاولياء » وفى الحدائق : « وفى حكم العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذان الولي » ونحوه مافي الرياض ورسالة شيخنا الاعظم (ره) . والاول حكي ارتضاؤه عن كثير من الاصحاب ويظهر من الجميع عدم الخلاف فى ذلك . بل فى كلام بعض أنه بلا خلاف ظاهر . وكأنه لما يستفاد من دليل السقوط بالعضل .

(٥) كما نص على ذلك في المسالك ، والجواهر ، وغيرهما . لأن النصوص

أو الشبهة ففيه اشكال (١) ولا يبعد الالحاق بدعوى ان المتبادر (٢)

المتقدمة في استثناء الثيب ، ومثلها خبر ابن جعفر ، المتقدم في أدلة استقلال الولي مختصة بمن نكحت رجلا فلا تشمل المورد ، بل يرجع فيه الى عموم الولاية . نعم قد يشكل ذلك بأن بعض نصوص ولاية الولي مختصة بالبكر . ولا تشمل الفرض . لكن لو تم كفى نصوص استثناء الثيب المتقدمة في إثبات الولاية على من لم تنكح زوجا آخر .

(١) والذي اختاره في الجواهر إلحاقها بالثيب ، أخذاً باطلاق الادلة قال : « وما في بعض النصوص من ظهور اعتبار النكاح في الثيب محمول على الغالب ونحوه ، بعد قصوره عن تقييد غيره من المطلق للشهرة » أقول : لاينبغي التأمل في أن الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطء أوغيره . وحينئذ فان أخذ باطلاق الثيب والبكر كان اللازم إلحاق 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 لايساعد عليه العرف . فاذاً المتعين البناء على التقييد في الامرين معاً . وحينئذ يتعين في زوال البكارة بالزنا والشبهة الالحاق بالبكر .

(٢) هذه الدعوى غير ظاهرة ، بل ممنوعة . لأن البكر ذات البكارة ، ولا دخل للتزويج وعدمه فيها . وكان الاولى الاستدلال بالنصوص ، بدعوى ان المفهوم منها ان المدار على التزويج ، لا على الثيبوبة . وإن كان التأمل فيها يقتضي كون المدار على الثيبوبة بالتزويج ، لامطلق التزويج . والمتحصل مما ذكرنا : ان المحتمل في الثيب أربعة معان . المعنى العرفي ، وهو زوال البكارة . وزوال البكارة بالوطء . وزوال البكارة بوطء الزوج . ومجرد كونها متزوجة وإن كانت باكراً . ويقابلها الباكر . وأن ظاهر النصوص يقتضي المعنى الثالث ، وأن الأول لم يعرف به قائل ، والثاني اختاره في الجواهر ، والرابع اختاره المصنف ، ولم يعرف له موافق .

من البكر من لم تتزوج وعليه فاذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر (١) ومراعاة الاحتياط أولى .

﴿مسألة ٣﴾ لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب ، ولا موته والقول بتوقف ولايته على بقاء الأب ـ كما اختاره جماعة ـ (٢) ضعيف . وأضعف منه القول بتوقفها على موته ، كما اختاره بعض العامة .

---

(١) يعني : فيلحقها حكم الثيب . وهو كما ترى .

(٢) حكاه في الشرائع قولا ونسبه في كشف اللثام إلى الصدوق ، والشيخ ، والمفيد ، وسلار ، وبني الجنيد والبراج وزهرة وحمزة . واستدل له بموثق الفضل ابن عبدالملك عن أبي عبد الله ﴿ع﴾ : « قال : إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز » لدلالة مفهومه على عدم الجواز مع فقد الأب . وأشكل بضعف سند الرواية ، ودلالتها . لكن الرواية من الموثق ، وهو حجة ، والدلالة للمفهوم ، وهو أيضاً حجة . وحمله ـ كما في المسالك ـ على انه 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 .

لكن في كشف اللثام مال إليه للأصل ، الا فيما أجمع عليه ، وهو صورة حياة الاب 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 الاب ، مثل موثق عبيد بن زرارة : « قلت لأبي عبد الله ﴿ع﴾ : الجارية يريد أبوها ان يزوجها من رجل ، ويريد

جدها ان يزوجها من رجل آخر . فقال (ع) : الجد أولى بذلك » . ونحوه خبره الآخر ، وخبر علي بن جعفر المروي في قرب الاسناد وفي كتابه ، 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 » 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) : « سألته عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى إليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري . فأي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه » . ودعوى : أن الجد يجوز أمره في مال المرأة حتى مع فقد الاب ، فيكون ممن بيده عقدة النكاح . مدفوعة بأن ظاهر الآية الشريفة الاختصاص بالبالغات ، بقرينة نفوذ عفوهن ، فالروايات الواردة فى 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 للاصل . وجه الاشكال أن أصالة عدم ترتب الاثر محكومة لاستصحاب الولاية الثابتة للجد حال حياة الاب . نعم لا تجري إذا كان الاب قد مات في حال كون الصغير حملا ، فيكون مقتضى الأصل العدم . ثم إنه تمكن المناقشة فى مفهوم الموثق باحتمال كون الشرط مساقاً لتحقيق الموضوع بلحاظ ما في ذيله من قوله (ع) فان هوى ... الخ ، كما عرفت . وحينئذ يكون الدليل على القول المذكور ضعيفاً أيضاً .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لا خيار للصغيرة (١) إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها ، بل هو لازم عليها . وكذا الصغير على الأقوى (٢) .

---

(١) بلا خلاف ظاهر ، وفي المسالك انه لا يظهر فيه مخالف . إنتهى ، وعن غيرها الاجماع عليه . ويشهد له صحيح عبد الله بن الصلت قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها ألها أمر إذا بلغت ؟ قال (ع): لا ، ليس لها مع أبيها أمر » . وصحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجها أبوها ، ثم يموت وهي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها ، يجوز عليها التزويج ، أو الامر اليها ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج أبيها » . ونحوهما صحيح علي بن يقطين وغيره . لكن في صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يتزوج الصبية . قال (ع) : إن كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخيار إذا أدركا » . ولكنه لم يعرف عامل به ، ولا مفت بمضمونه في الصغيرة . ونحوه ما في خبر يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع) : « متى يجوز للأب ان يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال (ع): إذا جازت تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين » .

(٢) 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 » . بذلك استدل في الحدائق . لكن دلالته على نفي الخيار غير ظاهرة ، لأن صحة العقد لا تنافي الخيار ، بل هي موضوع للخيار . ومثله ما دل على توارثهما إذا زوجهما الأبوان ، فان التوارث إنما يدل على الصحة لا غير ، وهي لا تنافي الخيار . وعلى هذا ينحصر دليل نفي الخيار في الصغير بما دل على اللزوم .

والقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف . وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (٢) .

﴿ مسألة ٥ ﴾: يشترط في صحة تزويج الأب والجد ونفوذه عدم المفسدة (٣)

---

(١) نسب إلى الشيخ فى النهـــاية ، وبني البراج وحمزة وإدريس . لصحيح ابن مسلم المتقدم . ولتطرق الضرر إليه من جهة إثبات المهر فى 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 اذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة ، أو يشعر فى وجهه ، أو ينبت في عانته » . لكن الصحيح بعد عدم العامل به فى الصبية يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره ، لتعذر التفكيك فى معنى الخيار فى الصبي والصبية . والضرر المذكور إن تم كونه ضرراً منفياً كان موجباً لقصور الولاية ، وعدم صحة العقد كالفضولي . وإلا ـ كما هو المفروض في كلامهم ـ فلا يصح لاثبات الخيار، ولا لاثبات غيره . وأما خبر الكناسي فالاشكال فيه كالاشكال في الصحيح ، فقد ذكر في صدره الخيار للصغيرة . ولاجله يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره مضافاً الى أنه غير ظاهر الحجية ، لعدم ثبوت وثاقة يزيد الكناسي . نعم فى السند أحمد بن محمد بن عيسى ، والحسن بن محبوب ، وأبو أيوب الخزاز . وقد يشعر ذلك بالوثاقة .

(٢) اجماعاً ، كما فى 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 الأب وولاية الحاكم الاجتزاء بعدم المفسدة فى الأولى ، واعتبار المصلحة فى الثانية . فكأن ولاية الأب فى النـــكاح غير ولايته في المال ، فان المشهور بين القدماء ، المدعى عليه الاجماع ، والمصرح به في كلام جماعة من المتأخرين ، اعتبار المصلحة فيها.

وإلا يكون العقد فضولياً ، كالاجنبي ويحتمل عدم الصحة بالاجازة أيضا (١) . بل الاحوط مراعاة المصلحة (٢) بل يشكل الصحة اذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الأخر بحسب الشرف ، أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة الى الصغير (٣) فاختار الاب غير الاصلح لتشهي نفسه .

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 ، المقتصر في تقييده على ماذكر . وأما ماورد في جواز الأخذ من مال الولد إذا لم يكن فيه سرف ، أو إذا كان بالمعروف ، أو إذا كان مما لابد منه ، معللا بأن الله لا يحب الفساد فمورده التصرف في مال الكبير . مع كون التصرف راجعاً الى المتصرف لا إلى الولد ، فالتعدي الى الصغير في التصرف الراجع اليه في غير المال ، غير ظاهر . فالعمل بالاطلاق متعين .

(١) بناء على أنه يعتبر في المجيز 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 المسلمين ، وقد صرح به جماعة كثيرة ، فيتعدى منه الى المقام ، فيلحق المقام به . لكنه ـ مع عدم ثبوت ذلك في الملحق به ـ غير ظاهر في قبال اطلاق الأدلة . ودعوى الانصراف الى خصوص المصلحة ممنوعة . ومن ذلك يظهر نفي الاشكال الذي ذكره المصنف بقوله : « بل يشكل... » ، فان إطلاق الأدلة محكم .

(٣) لايخلو هذا المثال من الاشكال . لأن الصغير إذا زوج بمهر كثير كان

(مسألة ٦) لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه فان كان هناك مصلحة تقضي ذلك صح العقد والمهر ولزم (١) ، وإلا ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع الى مهر المثل ، أو بطلان العقد أيضا قولان (٢) ،

ذلك التزويج ضرراً عليه ، لاخلاف الأصلح . بخلاف الصغيرة إذا زوجت بالمهر القليل ، فانه خلاف الأصلح لاغير .

(١) لعموم دليل الولاية . وعن جامع المقاصد أنه المعتمد في الفتوى .

(٢) وعن الشيخ (ره) قول ثالث ، وهو صحة العقد والمهر ولزومهما ، عملا باطلاق أدلة الولاية ، المعتضد بما دل على جواز عفوه 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 وحينئذ يدور 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 ، لان الواقع في الخارج أمر واحد مشخص ، فاما أن يكون صحيحاً بلا إجازة ، أوموقوفا عليها . ولا مجال للتفكيك فيه بين ذات العقد فيصح وبين المهر فيتوقف على الاجازة . ولذا لو عقد فضولا بمهر خاص لم يجز للاصيل إجازة العقد دون المهر وفي المسالك اختار الاول ، لان العقد صحيح ، وانما المانع من قبل المهر ، ويمكن جبره بفسخه خاصة ، والرجوع الى مهر المثل . ولا نسلم أنهما واحد ، بل اثنان لاتلازم بينهما . وأوضحه شيخنا الاعظم (ره) في رسالة النكاح بأن دليل صحة تصرف الولي شامل لنفس العقد ، فلا وجه لتوقفه على الاجازة . غاية الامر أن الضرر في الصداق اقتضى خروجه عن دليل الولاية ،

أقواهما الثاني . والمراد من البطلان عدم النفوذ ، بمعنى توقفه على اجازتها بعد البلوغ ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في الحال (١) .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : لا يصح نكاح السفيه (٢) المبذر إلا باذن الولي

فيتوقف على الاجازة والتفكيك بين العقد والمهر في مثل ذلك ثابت لامانع منه وأما عدم جواز التفكيك فيما لو عقد فضولا بمهر خاص ، فهو لأجل أن الاجازة بمنزلة القبول، لايجوز التفكيك فيه بين أبعاض العقد الواحد . وليس منه المقام ، لما عرفت من أن العقد في نفسه لايحتاج الى الاجازة ، وأن المحتاج اليها خصوص المهر لاغير وقد أطال قدس سره في توضيح ذلك . فراجع ويشكل بأن الضرر ليس فى جعل المهر نفسه ، وإنما هو بالنكاح على المهر المذكور ، فالضرر يكون بالنكاح المقيد بالمهر وانتفاؤه بدليل نفي الضرر عين البطلان وبالجملة لوكان الضرر حاصلا من جعل المهر نفسه أمكن أن يقال بصحة العقد عملا بعموم الولاية ، وبيطلان المهر ، عملا بعموم نفي الضرر. لكنه ليس كذلك بل الضرر حاصل من التزويج بالمهر المذكور . فنفيه بدليل نفي الضرر يقتضى بطلان نفس التزويج ، لا بطلان المهر وحده ونظير ذلك ماتقدم فى مبحث الرياء فى الصلاة فانه إذا صلى جماعة رياء ، فالرياء يكون بالصلاة فتحرم ، لا بالجماعة فتحرم هى دون الصلاة ، فتبطل الجماعة وتصح الصلاة .

(١) قد عرفت أن هذا خلاف إطلاق أدلة الصحة .

(٢) قال في الشرائع : « والمحجور عليه للتبذير لايجوز له أن يتزوج غير مضطر ، ولو أوقع كان العقد فاسداً . وان اضطر الى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له سواء عين الزوجة أو أطلق » . ونحوه مافي القواعد . ووجه عدم نفوذ نكاحه أن النكاح تصرف في المال ، لما يترتب عليه من المهر والنفقة . والسفيه محجور عن ذلك إجماعا . وهذا مما لا إشكال فيه . إنما الاشكال فى لزوم الاقتصار فى الاذن على حال الضرورة ، فاذا تزوج مع عدم الضرورة الى ذلك لم يصح وإن أذن له

وعليه أن يعين المهر والمرأة (١) ولو تزوج بدون إذنه وقف على اجازته فان رأى المصلحة وأجاز صح ولا يحتاج الى اعادة الصيغة لأنه ليس كالمجنون والصبي (٢) مسلوب العبارة ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد اذن الولي .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : اذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشد

الولي ، فان 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 عقلائيا 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 ماذكرنا لم يتعرض في المتن لذكر الضرورة ، واكتفى بالمصلحة .

(١) تعيين المهر من وظائف الولي . أما تعيين المرأة فمن وظائف الزوج ، وليس هو سفيهاً في هذه الجهة حتى يكون مولى عليه فيها . نعم اذا 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 بحاله لم يقبل منه . وكذلك الكلام في تعيين مكان العقد أو زمانه ، فانه يقبل منه التعيين ، إلا اذا كان موجباً لضياع المال بحسب حاله . وبالجملة : اذا اعتبرت الضرورة في جواز تزويجه وجب الاقتصار على الضرورة في الزوجة والمكان والزمان وغيرها من الجهات التي تختلف في زيادة المال ، ولا يقبل تعيين السفيه في واحدة من الجهات اذا كان يوجب اختلاف المال . وإن اكتفى بكون التصرف متعارفا وإن لم تدع الضرورة اليه قبل تعيينه ، إلا اذا لم يكن لائقاً بحاله ، وكان موجباً لزيادة المال .

(٢) هذا مما لا إشكال فيه . ويقتضيه عموم الادلة ، بل قد تقدم في كتاب الاجارة أن من المحتمل أن يكون الصبي كذلك .

له بالنسبة الى امر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الامهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة الى اذن الولي وان لم أر من تعرض له (١) .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : كل من الاب والجد مستقل في الولاية (٢) فلا يلزم الاشتراك ولا الاستئذان من الآخر فايهما سبق مع مراعاة مايجب مراعاته لم يبق محل للاخر (٣) ولو زوج كل منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدم

---

(١) لكن ظاهر حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه فى المال وأن الحجر يرتفع بالرشد في المال : أن السفه فى غير الماليات لا أثر له فى الحجر . ويقتضيه عموم السلطنة ، وليس السفه في التزويج إلا كالسفه في المأكل ، والمسكن ، والملبس والمركب ، ومعاشرة الاخوان ، وغير ذلك من الامور المتعلقة بالانسان مما لايستوجب اتلاف المال وتبذيره . فان من الضروري أنه لاولاية على السفيه فيها وليس هو ممنوعا من التصرف إلا باذن وليه فليكن السفه في التزويج كذلك . نعم قد يستفاد من رواية عبد الله بن سنان : « اذا بلغ ونبت عليه الشعر جاز أمره ، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً » بناء على إطلاق السفيه ، الشامل لما نحن فيه . لكنه غير ظاهر .

(٢) بلااشكال ظاهر . ويقتضيه اطلاق النصوص . وظاهر الجواهر التوقف فى ذلك ، حيث أنه في شرح قول ماتنه : « ثم من سبق عقده صح » ذكر أنه بناء على استقلال كل منهما بالولاية إنتهى .

(٣) يعني : يصح السابق كما فى الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما ، وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، وفي الجواهر : « لم نعرف فيه خلافا بينهم ، بل يمكن دعوى الاجماع عليه » والظاهر أنه كذلك . ويقتضيه إطلاق الادلة . ويشهد له

ولغي الآخر . وان علم التقارن قدم عقد الجد (١) وكذا اذا جهل التاريخان(٢) واما ان علم تاريخ أحدهما دون الآخر فان كان المعلوم تاريخ عقد الجد

صحيح هشام بن مسلم ، ومحمد بن حكيم ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول . فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى» وموثق عبيد بن زرارة : « قلت لابي عبدالله (ع) : الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدها أن يزوجها من رجل آخر . فقال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ، إن لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد»

(١) اتفاقا ، 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 أيضا أن يزوجها فقلت : فان هوى أبوها رجلا وجدها رجلا . فقال (ع) : الجد أولى بنكاحها » ونحوه موثق عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) .

(٢) لما يأتي في المتن من أنه يستفاد من الموثق المتقدم أن الشرط في نفوذ عقد الجد أن لايسبقه عقد الاب ، وهذا الشرط يمكن إحرازه بالاصل في الفرض . إذ الاصل يقتضي عدم سبق عقد الاب على عقد الجد ، فيصح . لكن يعارضه أصالة عدم سبق عقد الجد على عقد الاب ، المقتضى لصحة عقد الاب ، لما سبق من استقلال كل منهما بالولاية فاذا سبق أحدهما بالعقد صح . هذا بناء على جريان الاصل بالنسبة الى كل من مجهولي التاريخ . وأما بناء على التحقيق من عدم جريانه بالنسبة الى كل منهما ذاتا فلا مجال لاحراز الشرط المذكور بالنسبة الى كل منهما . وحينئذ يعلم بصحة أحد العقدين وفساد الآخر من دون تعيين ، فيتعين الرجوع الى القرعة أو غيرها ، على ما تقدم في مبحث تزويج الاختين وغيره .

قدم ايضا (١) وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمل تقدمه (٢) لـكن الاظهر تقديم عقد الجد لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الاب زوجها قبله ، فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً (٣) وما لم يعلم ذلك

---

(١) هذا واضح بناء على عدم جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ ، لأنه بعد أن كان عقد الجد معلوم التاريخ ، أمكن جريان أصالة عدم عقد الاب قبله الى حينه ، المثبت لصحته ، لما عرفت من استقلاله بالولاية . ولا يعارضه أصالة عدم عقد الجد الى زمان عقد الاب ، الموجب لصحته ، لانه مجهول التاريخ . نعم بناء على جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ يكون الاصل متعارضا في الطرفين ، ويكون الحكم كما في صورة الجهل بالتاريخين معا .

(٢) بل المتعين ذلك بناء على عدم جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ ذاتا ، فان أصالة عدم سبق عقد الجد وعدم مقارنته لعقد الاب بلا معارض ، فيثبت صحة عقد الاب . أما بناء على جريان الاصل يكون الاصل في الطرفين متعارضا ، ويكون الحكم كما في مجهولي التاريخ .

(٣) ان كان المراد من كونه سابقا أن لا يتقدمه عقد الجد ولا يقارنه ، فهو مما يمكن إثباته بالاصل ، لأصالة عدم عقد الجد الى مابعد انتهاء عقد الاب وإن كان المراد من كونه سابقاً أن يكون بحيث يلحقه عقد الجد ، بأن يكون عنوان السبق بنفسه ملحوظاً شرطا ، فهذا غير مفهوم من أدلة الولاية للاب ، فان عقد الاب صحيح وان لم يلحقه عقد الجد . وبالجملة : المفهوم من النصوص صحة عقد الجد اذا كان وارداً على امرأة خلية غير مزوجة ، فيكون الشرط ذلك لا مجرد عدم السبق لعقد الاب من حيث هو ، فالشرط وجودي لا عدمي . وكذلك المفهوم منها أن شرط صحة عقد الاب أن يرد على خلية غير مزوجة ولا يقارنه عقد الجد ، لا مجرد السبق على عقد الجد من حيث هو سبق . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في

يكون عقد الجد أولى (١) فتحصل : أن اللازم تقديم عقد الجد

الجواهر ، فانه ذكر أنه مع العلم بتاريخ أحدهما وجهل الآخر يحكم بصحة المعلوم ، بناء على أصالة تأخر المجهول عنه . وان جهلا معا قدم عقد الجد ، بناء على أن مقتضى الاصلين الاقتران ، الذي قد عرفت تقدم عقد الجد فيه . وان قلنا أن الاقتران ايضا حادث كان الحكم بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل . مع احتمال تقدم عقد الجد ، لاطلاق مادل عليه ما لم يسبقه عقد الاب ، فمتى لم يعلم يحكم بتقدم عقده . فتأمل جيداً . انتهى ولعله أشار بالامر 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 الاخذ بالعقد المعلوم التاريخ ، ورفع اليد عن مجهول التاريخ ، والبناء على القرعة مع الجهل بالتاريخين

(١) لأصالة عدم سبق عقد الاب الى حين عقد الجد . لكن عرفت أنه مع البناء على عدم جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ كيف يجري في المقام أصالة عدم عقد الاب الى حين عقد الجد مع كونه مجهول التاريخ ؟ ! .

والذي يتحصل : أن المصنف (ره) يستظهر من النصوص أن الشرط في نفوذ عقد الاب ان لايسبقه عقد الجد ، والشرط في نفوذ عقد الجد أن لايسبقه عقد الاب . فمع الجهل بالتاريخين يمكن نفي شرط نفوذ عقد الاب باصالة عدم سبقه على عقد الجد ، واثبات شرط نفوذ عقد الجد باصالة عدم سبق عقد الاب عليه . وكذا مع الجهل بتاريخ أحدهما دون الآخر أياما كان منهما . لكن الاستظهار المذكور غير ظاهر الوجه ، بل المستفاد من الادلة أن العقد من كل من الاب والجد ينفذ مع قابلية المحل ، فاذا وقع العقد من أحدهما لم يصح العقد من الآخر ، لعدم قابلية المحل ، واذا اقترنا كان عقد الجد مقدما . فعنوان السبق بما هو لم يؤخذ موضوعا لنفوذ عقد الاب ، وإنما لوحظ طريقاً الى كون الصغيرة مزوجة ، وكذا

في جميع الصور إلا في صورة معلومية سبق عقد الاب ولو تشاح الاب والجد فاختار كل منهما واحداً قدم اختيار الجد (١) ولو بادر الاب فعقد ، فهل يكون باطلا او يصح ؟ وجهان بل قولان (٢) من كونه سابقاً

عدم سبق عقد الاب يراد منه كونها خلية . ومن ذلك يظهر لك الاشكال فيما فى الجواهر من احتمال تقديم عقد الجد مع الجهل بالتاريخين ، لاطلاق مادل عليه اذا لم يسبقه عقد الاب ، فمتى لم يعلم يحكم بتقدم عقده . انتهى . فان ذلك خلاف الظاهر والمتعين الرجوع الى القرعة بعد أن كان الاصل لايصلح لاثبات كونها خلية الى حين العقد بالنسبة الى كل منهما ، كما هو التحقيق . واذا بني على ما احتمله في الجواهر تعين البناء على صحة عقد الجد حتى فيما جهل تاريخ أحدهما وعلم تاريخ الآخر اعتمادا على الاصل ، حسب ما اختاره المصنف . ولا وجه للفرق بين صورة الجهل بالتاريخين والجهل بتاريخ أحدهما . فلاحظ .

(١) كما فى الشرائع ، والقواعد ، وغيرهما وفى كشف اللثام حكاية الاجماع عليه عن الانتصار ، والخلاف ، والمبسوط . والسرائر . ويشهد له النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم عن احدهما (ع) ، وموثقي عبيد بن زرارة المتقدمة فى أوائل المسألة .

(٢) اختار في المسالك ثانيهما قال : « لو كان السابق الاب وقد علم بأن الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد ، فقد ترك الاولى ، وصح عقده » . لكن فى الجواهر : « قد يقال ببطلان عقده حينئذ . لاولوية الجد منه في هذا الحال ، الظاهرة في انتفاء الولاية للاب ، بل هو المعنى المعروف المستعمل فيه لفظ الاولى 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 الاولوية في كلامهم في صحيح محمد

فيجب تقديمه . ومن ان لازم اولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه والاحوط مراعاة الاحتياط ولو تشاح الجد الاسفل والاعلى هل يجري عليهما حكم الاب والجد اولا ؟ وجهان اوجههما الثاني لانهما ليسا اباً وجداً بل كلاهما جد فلايشملهما مادل على تقديم الجد على الاب (١)

ابن مسلم وغيره على التكليفية استحبابية أووجوبية ، لاالوضعية . وعلى هذا لايظهر وجود قائل بالاول . فقول المصنف (ره) : « قولان » إن إراد بالاول ما في الجواهر ، فليس هو إلا إشكالا على الدليل . وإن كان غيره فلم أعثر عليه .

(١) لكن في خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه ، فقال : أصلح الله الامير إن أبي زوّج ابنتي بغير إذني . فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ماتقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فقال : نكاحه باطل قال (ع) : ثم أقبل علي فقال : ماتقول يا أبا عبد الله . فلما سألني أقبلت على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) أن رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله (ص) : أنت ومالك لابيك ؟ قالوا : بلى فقلت لهم : فكيف يكون هذا وهو وماله لابيه ولا يجوز نكاحه ؟ قال (ع) : فاخذ بقولهم وترك قولي » . وقد يظهر من التعليل أولوية الجد باعتبار ولايته على الاب ، كما في الجواهر . لكن التعليل المذكور علل به نفوذ تصرف الجد ، لا أولويته من الاب عند الاقتران . ومنه يظهر الاشكال في الاستدلال على ذلك بخبر قرب الاسناد المشتمل على أولوية الجد مع اختلافهما فيمن يراد تزويجه ، معللا بذلك . إلا أن يقال : عموم التعليل شامل للمقام وان كان التعليل في مورد خاص اللهم إلا أن يشكل التعليل في الاول بمعارضته بغيره ، كما تقدم في مسألة أنه لايجوز للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً ، ويحج به فراجع هذا المبحث من الشرح . فتأمل جيداً . كما

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : لايجوز للولي تزويج المولى عليه (١)

يشكل التعليل في الثاني بأنه لاعامل به على ظاهر ومؤله 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 استدل على الصحة بأن العيوب المذكورة لاتنافي الكفاءة التي هي شرط الصحة . واستدل على الخيار بالادلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة . ومقتضى ذلك أنه إذا زوج الولي بمن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً ولاخيار . ثم حكى في المسالك عن الشيخ في الخلاف القول بالصحة ولم يذكر الخيار ، وعن الشافعية قولا بعدم الصحة ، من حيث أنه لاحظ للمولى عليه في تزويج المعيب سواء علم الولي أم لم يعلم ، ووجها ثالثاً بالتفصيل بين علم الولي بالعيب فيبطل ، كما لو اشترى له المعيب مع علمه بالعيب ، والجهل فيصح ويثبت الخيار للولي على أحد الوجهين ، أولها عند البلوغ. قال : «وهذا الوجه الاخير موجه » واختاره المصنف ، وعلله بأنه خلاف المصلحة وكأنه يريد بذلك أنه فيه مفسدة ولو الغضاضة العرفية والاستنكار . وحينئذ يكون البطلان في محله ، لما عرفت من اشتراط تصرف الولي بعدم المفسدة ولذا قال في الجواهر : « لايخلو من قوة إن لم يكن إجماعا ، ولم تحصل مصالح تقتضي الفعل أو مرجحات بحيث ترتفع المرجوحية معها ، وحينئذ ينفذ ويلزم على المولى عليه ». والوجه في الحكم الثاني أيضا اطلاق أدلة الولاية . ومما ذكرنا يظهر أن المراد بالعيب في كلام المصنف لابد وأن يكون خصوص ما كان وجوده موجباً للضرر عرفا ، فلا يشمل العيب الذي لايكون وجوده ضرراً على الزوجة ولا مهانة عليها ، مثل كونه ناقصا بعض الاصابع أو زائدها . وإلا كان الوجه الصحة ، عملا باطلاق الادلة .

بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ اولا . لانه خلاف المصلحة . نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز وحينئذ لاخيار له ولا للمولى عليه(١) ان لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه او افاقته وعدمه لان المفروض إقدام الولي مع علمه به . وجهان أوجههما الاول لاطلاق ادلة تلك العيوب (٢) وقصوره بمنزلة جهله (٣) وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه . وغاية ماتفيد المصلحة إنما هو صحة العقد فتبقى أدلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي ايضا (٤) من باب

---

(١) إذ لادليل على هذا الخيار ، والاصل اللزوم .

(٢) كما فى المسالك ، وتبعه فى الجواهر في توجيه الخيار الذي ذكره المحقق لكن هذا الاطلاق غير ظاهر ، فان تلك الادلة كما لا تشمل صورة علم الزوج لا تشمل صورة علم وليه أو وكيله مع إقدامها على العيب لاقتضاء المصلحة ذلك ، كما هو الحال فى سائر المعاملات التي يوقعها الولي او الوكيل على المعيب .

(٣) يعني : حتى لو فرض أن الصغير كان عالماً بالعيب . ولكن لادليل على هذه المنزلة وان ادعياها فى 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 .

(٤) فى الجواهر : « لايبعد ثبوته للولي أيضا باعتبار نيابته عن المولى عليه المفروض عدم اسقاط اقدامه مع علمه إياه » . وهو في محله . لكن عرفت عدم تمامية المبنى ووجه التوقف في ذلك ماذكره فى المسالك من ان الخيار هنا أمر يتعلق بشهوة الزوجين ، ولاحظ فيه لغيرهما ، فيناط بنظرهما والى ذلك أشار فى عبارته السابقة بقوله : « على أحد الوجهين » . ويضعفه أنه خلاف ما دل على ولاية الولي . فلاحظ .

استيفاء ما للمولى عليه من الحق وهل له اسقاطه ام لا ؟ مشكل (١) الا ان يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك . وأما اذا كان الولي جاهلا بالعيب ولم يعلم به الا بعد العقد فان كان من العيوب المجوزة للفسخ فلااشكال في ثبوت الخيار له (٢) وللمولى عليه ان لم يفسخ ، وللمولى عليه فقط اذا لم يعلم به الولي الى ان بلغ او افاق وان كان من العيوب الاخر فلا خيار للولي (٣)

---

(١) بل لما كان تضييعاً للحق كان ممنوعا .

(٢) ثبوته للولي لا بد أن يكون من حيث كونه ولياً ونائبا عن المولى عليه فالخيار للمولى عليه لاغير ، لكن قبل البلوغ ينوب عنه فيه الولي وبعد البلوغ يقوم به بنفسه أو بوكيله وعلى هذا فقول المصنف (ره) : « لا إشكال في ثبوت الخيار له » غير ظاهر ، لما عرفت من الاشكال الذي ذكره فى 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 فى غير العيوب المجوزة للفسخ ، وكما سبق فى 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 جاهلا بذلك ، كان العقد صحيحاً حينئذ ، ويثبت الخيار لاطلاق أدلته . ولا مجال للاشكال المتقدم للفرق بين المقامين . وكذا الحكم فى سائر المعاملات التي يوقعها الولي مع الجهل بالعيب .

(٣) لأصالة اللزوم بعد أن لم يكن دليل على الخيار . هذا لو كان المراد نفي الخيار للولي فى مقابل المولى عليه . وإن كان المراد نفيه للولي من حيث كونه وليا فلا وجه له بعد أن بنى على ثبوت الخيار للمولى عليه ، فانه إذا ثبت له ثبت للولي من حيث كونه ولياً .

وفى ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان ، أوجههما ذلك (١) لانه يكشف عن عدم المصلحة فى ذلك التزويج بل يمكن ان يقال : ان العقد فضولي حينئذ لا انه صحيح وله الخيار .

﴿مسألة ١١﴾ : مملوك المملوك كالمملوك فى كون امر تزويجه بيد المولى(٢)

﴿مسألة ١٢﴾ : للوصي ان يزوج المجنون المحتاج الى الزواج(٣)

---

(١) الخيار هنا خلاف ما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب المخصوصة وأما التعليل الذي ذكره فى المتن ، فان كان المراد به المفسدة ـ كما هو الظاهر ـ اقتضى بطلان العقد من أصله ، إذ لا ولاية للولي حينئذ ، فيتعين كون العقد فضوليا تتوقف صحته على الاجازة . وبالجملة : إن دل 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 اذا 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 ماذكره المصنف (ره) فيتوجه عليه الاشكال من وجوه . احدها : التفصيل بين الولي والمولى عليه . والثاني : اثباته للمولى عليه والثالث : تعليل الخيار بما يوجب البطلان لا الخيار .

(٢) الظاهر انه لا اشكال فيه ، لأن المملوك كسائر الاموال التي تكون المملوك كلها تحت سلطان المولى ، لما في الصحيح من أن العبد وماله لأهله ، لايجوز له تحرير ، ولا كثير عطاء ، ولا وصية ، إلا أن يشاء سيده ، ونحوه غيره .

(٣) قال في الشرائع : « للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح » ، ونحوه في القواعد وفى المسالك يظهر منهما عدم الخلاف

بل الصغير ايضا (١)

في هذه الصورة . يعني : صورة ما اذا بلغ فاسد العقل . وفي الجواهر : « نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها فى ذلك ، بل عن ظاهر الكفاية الاجماع عليه ، بل عن القطيفي دعواه صريحا » . وهو عجيب بعد تصريح المسالك بأن غيرهما أطلق الخلاف فى تصرف الوصي فيه ،وأنه هو الوجه . وكيف كان فان قلنا بعدم الولاية للوصي على الصغير ، فاللازم القول بذلك فى المجنون ، لعدم الدليل على هذه الولاية . والاستدلال عليها بثبوت الضرورة ، وعجز المحتاج عن المباشرة ، فاشبه ذلك الانفاق عليه ـ كما حكاه فى المسالك ، وغيرها ـ غير ظاهر ، اذ لو اقتضى ذلك لزوم التزويج فاما أن يختص بالحكم الشرعي ، وإما أن يعم جميع المكلفين على نحو الوجوب الكفائي . ولم يختص بالوصي وان قلنا بولاية الوصي على الصغير ، أمكن استصحاب الولاية الى مابعد البلوغ اذا بلغ فاسد العقل . وبالجملة : لما لم يكن دليل على ولاية الوصي على تزويج المجنون كان المرجع فيها القواعد العامة ومقتضاها ماذكرنا ومن ذلك يظهر الاشكال في إطلاق المجنون فى المتن ، وكان اللازم الاقتصار على من بلغ مجنونا ، كما هو المذكور فى كلام الاصحاب . ومثله ما فى بعض الحواشي من تقييده بالجنون المتصل بالصغر ، مع الاشكال منه فى 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) ، ومن المعلوم أن التزويج مع المصلحة إصلاح . إلا أن يقال : الكلام فى المقام فى 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 بعدما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه) ودعوى انسباق خصوص الايصاء بالمعروف للوالدين

بقرينة كون ما قبلها قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين 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 الايصاء بما ترك ، لا بما يتعلق بغيره نفساً أومالا ، فانه خارج عن منصرف الاية . وكذلك الروايات المستدل فيها بالآية على وجوب العمل بالوصية كلها واردة في خصوص الوصية بماله . مضافا الى إمكان دعوى كونه من الجنف المتعلق بالغير ، إذ لافرق بين الايصاء بتزويج صغيره وبتزويج غيره من الاجانب في دخوله تحت قوله تعالى : (فمن خاف من موص جنفا أو إثما فلا إثم عليه) ، ففي صحيح أبي أيوب عن محمد بن سوقه ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تبارك وتعالى : (فمن بدله) .. الى أن قال : قال (ع) : نسختها الاية التي بعدها قوله عز وجل : (فمن خاف من موص) ... الى أن قال : يعني : الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به اليه مما لايرضي الله عز ذكره من خلاف الحق فلا إثم عليه ... » الحديث . وكما لاتصح الوصية بالتزويج بالنسبة الى أخيه وابن أخيه لاتصح 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 الاب ، والاخ ، والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري ، فأي هؤلاء عفا فقد جاز » ونحوه ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح او الحسن ، وما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن الحلبي وأبي بصير وسماعة عن أبي عبد الله (ع) ، وما رواه في التهذيب عن أبي بصير في الحسن عن أبي عبد الله (ع) ، وما رواه في التهذيب أيضا عن أبي بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر (ع) لكن ذكر

الاخ فى تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة ، لاحتمال إرادة الوكيل من الاخ والموصى اليه ، لامطلقاً ، فيختص بالكبيرة . وما في الجواهر من أن الاشتمال على ذكر الاخ لايسقط النص عن الحجية فى غيره . غير ظاهر في مثل المقام مما يكون بين الطرفين نحو ارتباط في الدلالة . نعم يتم مع الاستقلال في الدلالة فى كل من الطرفين لا أقل من وجوب الحمل على غير الظاهر بقرينة صحيح ابن بزيع : « سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة ، والبنت صغيرة ، فعمد أحد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أب الابن المزوج ، فلما أن مات قال الآخر : أخى لم يزوج ابنه ، فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : أي الزوجين أحب اليك الاول او الآخر ؟ قالت : الآخر . ثم إن الاخ الثاني مات وللاخ الاول ابن اكبر من ابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري أيهما أحب اليك الزوج الاول أو الزوج الآخر . فقال (ع) : الرواية فيها أنها للزوج الاخير . وذلك أنها قدكانت أدركت حين زوجها ، وليس لها أن تنقض ماعقدته بعد إدراكها » ونسبة الصحيح الى الآية الثانية نسبة العامين من وجه ، يرجع فى مورد المعارضة - وهو محل الكلام - الى أصالة العدم . وما فى الجواهر من كون الصحيح مضمراً لايقدح في الحجية وكذلك النسبة الى الرواية ، المشعرة بالتقية مع أن الاشعار ممنوع ولو سلم فالاظهر أن تكون التقية في خلاف الرواية ، لا فى مضمون الرواية . وما فى الجواهر أيضا من أن التعليل عليل . غير ظاهر ، فان المفهوم من عقدته أن العقد كان بامضائها ، كما يشير قولها الاخير بعد أن سئلت عنها . وكأنه حمله على كون العقد فضولياً . فلا ميز بينه وبين ما كان حال الصغر ولا مرجح له عليه . ومثله صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : اذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم » فان مفهومه نفي التوارث اذا كان المتولي للتزويج غير الاب وان كان هو الوصي . وليست الدلالة من باب دلالة المفهوم فقط

لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء عين الزوجة او الزوج او اطلق ولا فرق بين ان يكون وصياً من قبل الاب او من قبل الجد لكن بشرط عدم وجود الآخر (٢) وإلا فالامر اليه .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له (٣) من الاب والجد

بل من باب أن التفصيل قاطع للشركة ونحوه صحيح الحذاء الدال على أنه اذا زوج الصغير غير الاب توقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الآخر وإجازته اللهم إلا أن يكون ذكر الاب من باب المثال للولي بقرينة عموم الحكم للجد إجماعا لا لنفي الولاية عن غير الاب .

(١) قدعرفت أن الادلة المتقدمة على ولاية الوصي مختلفة المفاد فالآية الاولى عامة لغير الوصي من جميع المكلفين والروايات مختصة بالوصي ، لكنها عامة للوصي في غير الانكاح والمختص بالوصي في الانكاح خصوص الآية الثانية . فكأن الجماعة اعتمدوا عليها لاغير . وعن جماعة القول بالولاية للوصي مطلقاً . وكأنهم اعتمدوا على النصوص الذي قد عرفت إشكالها . والاقوى النفي مطلقاً كما هو المشهور كما عرفت .

(٢) بلا خلاف ولا اشكال ، كما يأتي في كتاب الوصية ان شاء الله تعالى .

(٣) المشهور أنه ليس للحاكم ولاية النكاح على الصبي . وفى رسالة شيخنا الاعظم (ره) أنه لايبعد كونه إجماعياً . وعلل بالاصل ، وعدم الحاجة اليه . والاول لايعارض عموم الولاية ، المستفاد من قوله (ع) في رواية أبي خديجة : « فاني قد جعلته قاضياً » . بناء على أن التزويج مع الحاجة من مناصب القضاة ووظائفهم . وما عن النبي (ص) : « السلطان ولي من لا ولي له » وفى الجواهر أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر فى 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 يخلو من نظر إن لم يكن إجماعيا». وفي كشف اللثام قال: «ولا ولاية له (يعني: للحاكم) على الصغيرين للاصل، وعدم الحاجة فيهما. وفيه نظر ظاهر. فان استند الفرق الى الاجماع صح، وإلا أشكل». ولأجل أنه لم يتضح الاجماع على العدم يتعين البناء على الثبوت مع الضرورة والحاجة الشديدة، من باب ولاية الحسبة، التي مرجعها الى العلم بان 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 لابد 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 تعبدي. نعم قد يشكل الحكم بملاحظة مثل صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع): «في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟...» ونحوه صحيح الحذاء. 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 الاصحاب مع الحاجة الشديدة.

وأما المجنون فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في ولاية الحاكم على تزويجه، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجمعاً 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. ودليله ما تقدم في الصبي. ويتعين الاقتصار على الضرورة والحاجة الشديدة، التي هي

والوصي ، بشرط الحاجة اليه ، أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة .

(مسألة ١٤) يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدها(١) وإن لم يكونا فتوكل أخاها (٢) وإن تعدد اختارت الاكبر (٣) .

مورد ولاية الحسبة ، على ما عرفت . وأما مع الحاجة في الجملة . فلا دليل على ثبوت ولاية الحاكم فى 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 والمجنون إن كانت حاجة ملزمة الى تزويجهما فالحاكم الشرعي وليهما فى ذلك . وإلا فلا ولاية له على أحدهما . ولا يكفي مجرد الحاجة فى الجملة في ثبوت الولاية فى المقامين .

(١) كما فى 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 الدالة على أن الأخ ممن بيده عقدة النكاح ، المحمولة على التوكيل . وكان المناسب حينئذ ذكر الوصي وغيره ممن ذكر في الأخبار مع الأخ ، للاشتراك في الدليل .

(٣) كما فى القواعد . لان الاخ الاكبر بمنزلة الاب ، كما فى مرسل الحسن ابن علي عن الرضا (ع) . ويقتضيه خبر الوليد بن بياع الاسقاط ، قال : « سئل أبو عبدالله (ع) ـ وأنا عنده ـ عن جارية كان لها أخوان ، زوجها الاكبر بالكوفة ، وزوجها الاصغر بأرض أخرى . قال (ع) : الاول بها أولى ، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز » بناء على أن الاكبر أولى بامضاء عقده ، واستثناء دخول الثاني من جهة أن تمكين الثاني من الدخول إمضاء لعقد الاصغر ، فلا مجال لامضاء الأول .

(مسألة ١٥) : ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها (١) وأفتى به العلماء (٢) لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها (٣) وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك .

(مسألة ١٦) : يشترط فى ولاية الأولياء المذكورين البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاسلام إذا كان المولى عليه مسلماً . فلا ولاية للصغير والصغيرة

---

(١) في صحيح البزنطي قال : « قال أبو الحسن (ع) فى المرأة البكر : إذنها صماتها ، والثيب أمرها اليها » . وفي صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يريد أن يزوج أخته قال (ع) ، يؤامرها ، فان سكتت فهو إقرارها ، وإن أبت لم يزوجها » ، ونحو مصحح الحلبي . 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 ») وهو يقول : الله أكبر ، سكوتها إقرارها » .

(٢) بل هو المشهور بين الاصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس ، طرحاً منه للاخبار ، بناء على أصله فى أخبار الآحاد . نعم عن المبسوط أنه احتاط في استنطاقها .

(٣) قال فى الجواهر : « لا إشكال فى 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

على مملوكهما (١) ، من عبد أو أمة ، بل الولاية حينئذ لوليهما (٢) . وكذا مع فساد عقلهما ، بجنون ، أو إغماء ، أو نحوه (٣) وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونهما ونحوه (٤) .

القول بحجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً ، تمسكا باطلاق النص . ضعيف » . فالصور - على ما ذكر - ست ، الثلاث الاول منها يكون السكوت حجة فيها دون الثلاث الاخيرة . وظاهر المصنف (ره) اختصاص الحجية بالصورتين الاولتين ومقتضى إطلاق النصوص اللفظي عموم الحجية لجميع الصور عدا الصورة الرابعة . واستضعفه في الجواهر ، لانه خلاف منصرف النصوص . وهو في محله .

لكن لما كان السكوت من الامارات العرفية يتعين حمل الحجية على أن تكون إمضاء لما عند العرف ، وهي تختص بالصورتين الاولتين ، ولا تشمل الثالثة . وبالجملة : بعد أن كان احتمال كون السكوت بمنزلة الرضا موضوعاً للصحة واقعاً ، خلاف الظاهر جداً ، وتعين كونه موضوعاً للحكم الظاهري - أعني الحجية - يدور الامر بين أن تكون الحجية إمضاء لما عند العرف ، وأن تكون تأسيساً في مقابل ما عند العرف ، والاول أظهر ، فانه المنصرف من الخطاب ، فتختص الحجية بالصورتين الاولتين 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 عدا صورة العلم بالخلاف أخذاً بالاطلاق اللفظي . ثم في الجواهر اضعف الوجوه

(١) إجماعاً ، كسائر أموالها .

(٢) كسائر أموالها .

(٣) الظاهر أن هذه العبارة زائدة ، وقعت سهواً ، فان الجنون مانع من الولاية في مقابل الصغر ، يعني : يكون مانعاً في الكبير ، لا في الصغير .

(٤) بلا خلاف ولا إشكال . وعلل بالقصور عن الولاية ، لان اختلال

وان جن أحدهما دون الآخر ، فالولاية للآخر (١) وكذا لا ولاية للملوك (٢) ولو مبعضاً (٣) على ولده ، حراً كان أو عبداً . بل الولاية فى الأول للحاكم (٤) وفي الثاني لمولاه (٥) . وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (٦) .

العقل يوجب قصور النظر والرأي ، وقوام الولاية بذلك . لكن يشكل الامر فى الاغماء ، فانه يشبه النوم فى انه يقتضي القصور فى العمل ، لا في الرأي . فاذاً العمدة فيه الاجماع .

(١) لان الجنون إنما يمنع الولاية عن المجنون ، لا عن غيره ، فعموم دليل الولاية بالنسبة اليه محكم .

(٢) بلا خلاف ولا إشكال ، كما فى الجواهر . ويقتضيه ما دل على نفيها عن نفسه ، مثل قوله تعالى : (لا يقدر على شيء) . لكن يظهر من عبارة المختلف ثبوت ولايته ، قال : « وأما العبد فالاقوى صحة ولايته ، لانه بالغ رشيد ، فاشبه الحر . وكونه مولى عليه لا ينافي ولايته » . وضعفه مما ذكرنا ظاهر .

(٣) بلا خلاف ولا إشكال ، كما فى الجواهر ، وظاهر غيره . وهو العمدة وإلا فدليل نفي قدرة العبد على شيء ، لا يشمل المبعض .

(٤) لما سبق من أنه ولي من لا ولي له .

(٥) لما سبق من قاعدة السلطنة .

(٦) إجماعا ، كما في المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر ، وفى الحدائق : « الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فيه » ، ثم ادعى الاجماع على ذلك بالنسبة الى الولد المسلم . وقد استدل له بقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) . وقوله (ص) : « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » . وقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) . ولا يخلو الاستدلال من المناقشة ، فان الولاية فى الآية الثانية يراد بها غير ما نحن فيه ، بقرينة العموم للكبير والصغير

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١) وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً (٢) . والأقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر (٣) ولا يصح تزويج الولي

وظهورها في ثبوت الولاية من الطرفين ، ومثله قوله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) . وكذا العلو في النبوي يراد منه الظهور ، فهو نظير قوله تعالى : (ليظهره على الدين كله) . وأما الآية الاولى فبقرينة سياق ما قبلها ، وهو قوله تعالى : (فالله يحكم بينهم يوم القيامة) ، ووجود حرف الاستقبال فيها ، يكون الظاهر منها الجعل التكويني فيما يتعلق بأمور 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 شراحها أنه من المسلمات . لعموم دليل الولاية . المقتصر في الخروج عنه على المتيقن .

(٢) لما سبق .

(٣) كما صرح به في القواعد ، وغيرها . لعموم الادلة . لكن مقتضى اطلاق ما في الشرائع قوله : « اذا 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 ماعن المبسوط من أن ولي الكافر لا يكون إلا كافراً ، فلو كان له 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 .

في حال إحرامه (١) ، أو إحرام المولى عليه سواء كان بمباشرته ، أو بالتوكيل (٢) . نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليوقع العقد بعد الاحلال (٣) .

---

(١) بلا خلاف ولا إشكال فيه وفيما بعده . فان المحرم لا يصح العقد منه له ولا لغيره . وفى الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما 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 محلا فتزويجه باطل » . 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 محلا على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، صدق أنه زوج المولى عليه وهو محرم ، وكذا لو وكل الولي حال إحلاله محلا على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، فانه يصدق أنه زوجه وهو محرم . لان فعل الوكيل إذا كان فعلا للموكل صدق أن الموكل المحرم زوج المولى عليه ، وإن كان التوكيل سابقاً على الاحرام . اللهم إلا أن يقال : ان الظاهر من قولهم (ع) إن المحرم لا يزوج المنع من أن يصدر منه حال الاحرام ما يوجب التزويج ، والتزويج فى الفرض ليس صادراً من الولي حال الاحرام . ومجرد 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 فى الولي يختص بما إذا كان التوكيل حال الاحرام والعقد كذلك . إلا أن يقوم إجماع على خلافه .

(٣) لاطلاق الادلة من غير معارض .

(مسألة ١٧) : يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص ، والمهر ، وسائر الخصوصيات . وإلا كان فضولياً (١) موقوفاً على الاجازة . ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (٢) من سائر الجهات . ومع التعدي يصير فضولياً (٣) . ولو وكلت المرأة رجلا في تزويجها لا يجوز له أن يزوجها من نفسه (٤) . للانصراف عنه . نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم ، أو الاطلاق (٥) جاز . ومع التصريح

---

(١) بلا خلاف ولا إشكال . لعدم شمول الاذن للعقد الواقع ، فلا يصح بدون الاجازة ، لقاعدة السلطنة .

(٢) كما في سائر موارد الوكالة ، من غير خلاف بينهم في ذلك ، كما يظهر من مراجعة كلماتهم في مبحث الوكالة . ويقتضيه منصرف التوكيل ، الذي هو استنابة في التصرف لمصلحة الموكل .

(٣) لعدم الاذن في التصرف ، فلا يصح بدون الاجازة ، كما تقدم .

(٤) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، وفي المسالك أنه لا خلاف في أنه لا يجوز له تزويجها من نفسه مع تعيين الزوج ، ومع الاطلاق ، وحكى عن التذكرة احتمال جواز أن يزوجها من نفسه مع الاطلاق ، معللا باطلاق الاذن . وعلل المصنف المنع - تبعا للمشهور - بالانصراف .

(٥) 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 الافعال الخارجية القائمة بين الاثنين ، كما إذا اعطاه مالا فقال له : أعطه الفقير ، أو اكس الفقير ، أو اشبع الفقير ، أو نحو ذلك

فاولى بالجواز . ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق . والجواز مع العموم . بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه (١) . لرواية عمار (٢) ، المحمولة على الكراهة ، أو غيرها من المحامل (٣) .

من الافعال ، اقتضى التغاير والانصراف الى غيره . أما إذا كان من الامور الاعتبارية . مثل : بعه ، وملكه ، وزوجه ، وأمثال ذلك . فالانصراف بدوي ، لا يمنع من الأخذ بالاطلاق .

(١) قال في الشرائع : «ولو وكلته في تزويجها منه قيل : لا يصح . لرواية عمار . ولانه يلزم أن يكون موجباً قابلا . والجواز أشبه» . ويظهر من كشف اللثام أنه المشهور ، فانه نسب الجواز الى أبي علي والمحقق لا غير .

(٢) 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 رجلا يريد أن يتزوجها ، تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال (ع) : لا . قلت : جعلت فداك وإن كانت أيماً ؟ قال : وان كانت أيماً . قلت : فان وكلت غيره بتزويجها منه . قال (ع) : نعم » .

(٣) 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 قرينه السياق مع ما بعده . مع أن كون مجرد الاشهاد غير كاف ، غير ظاهر ، لان الاشهاد لابد أن يكون مع وجود المشهود به ، ومعه لابد أن يكون عدم الكفاية لعدم الصحة . وبالجملة : لا قصور

(مسألة ١٨) : الأقوى صحة النكاح الواقع فضولا مع الاجازة (١) ، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين ، أو كليهما ، كان المعقود له صغيراً ،

فى سند الرواية ، ولافي دلالتها . نعم هي مخالفة للقواعد . لكنها غير قادحة ضرورة

(١) على الاظهر ، كما في الشرائع ، وفى الجواهر : « الاشهر ، بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين ، بل فى الناصريات الاجماع عليه ، وفي محكي نفي الخلاف عنه في غير تزويج العبد نفسه والأمة نفسها بغير إذن المولى ، بل فيه الاجماع على ذلك ، بل فيه ـ مضافا الى ذلك ـ دعوى تواتر الاخبار به . بل من أنكر الفضولي فى غير النكاح أثبته هنا ، للاجماع ، والنصوص » .

ويشهد له العمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها ، مثل قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، فان العقد المجاز داخل في عموم العقود ، فيجب الوفاء به . وتقريب ذلك : أن العقود فى الآية الشريفة يحتمل بدواً أموراً ثلاثة (الاول) : مطلق العقود ، ويكون عقد غير من له السلطنة على العقد بدون الاذن من السلطان والاجازة خارجا بالاجماع . وهذا الاحتمال يظهر من كلام شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه . وفيه : أن الوفاء المذكور فى الآية الشريفة يتوقف على تحقق الالتزام بالعقد ، فاذا لم يكن إذن من المالك لا سابقاً ولا لاحقا ، لا يكون مورداً للوفاء ولا موضوعاً له (الثاني) : العقد الصادر من السلطان ، ويكون دخول عقد الوكيل والمأذون بالاجماع ، ويكون العقد المجاز خارجاً عنه . وهذا الاحتمال قد يظهر من الشهيد في غاية المراد . ولكنه خلاف الاطلاق (الثالث) : العقد المنسوب الى السلطان وان لم يكن بلحاظ الصدور ، فيدخل فيه عقد الوكيل والمأذون ، ويتبعه العقد المجاز ، لاتحاد جهة النسبة . وهذا هو الاظهر . وحينئذ يراد بالعقود العقود المنسوبة الى من له السلطنة عليها ، سواء كان وجه النسبة الصدور أم الالتزام به بالاذن أو التوكيل أو الاجازة ، لان الجميع على نحو واحد . وحينئذ

يكون وجوب الوفاء دالا على الصحة والنفوذ فانه ارشادي الى ذلك ، لا تكليفي والا لزم تعدد المخالفة والمعصية عند ترك الوفاء ، وهو خلاف المقطوع به .

هذا ويدل على القول المذكور أيضاً جملة من النصوص . بعضها وارد في الحر كخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « انه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب. قال (ع) : النكاح جائز ، ان شاء المتزوج قبل ، وان شاء ترك » . وبعضها وارد في الرق كصحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده . فقال (ع) : ذاك الى سيده ان شاء أجازه ، وان شاء فرق بينهما . قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : ان أصل النكاح فاسد ، ولا تحل اجازة السيد له . فقال ابو جعفر (ع) : انه لم يعص الله تعالى ، انما عصى سيده ، فاذا أجازه فهو له جائز » . وصحيح معاوية بن وهب قال : « جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال : اني كنت مملوكا لقوم ، واني تزوجت امرأة حرة بغير اذن مواليّ ، ثم اعتقوني بعد ذلك ، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي . فقال (ع) : سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم . اثبت على نكاحك الاول » ، ونحوها غيرها .

وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط البطلان ، وعن فخر الاسلام موافقته . واستدل له بجملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير اذن الولي أو المولى ، كرواية أبي العباس البقباق : « قلت لابي عبد الله (ع) : يتزوج الرجل بالامة بغير علم أهلها . قال : هو زنا ، ان الله تعالى يقول : (فانكحوهن باذن أهلهن) » ونحوه غيره . وبأن العقود الشرعية تحتاج الى الادلة ، 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 .

أو كبيراً ، حراً أو عبداً . والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير الولي والوكيل (١) سواء كان قريباً ، كالاخ ، والعم ، والخال ، وغيرهم ، أو اجنبياً . وكذا الصادر من العبد أو الامة لنفسه بغير إذن الولي . ومنه العقد الصادر (٢) من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله ، أو من الموكل . كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة ، أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل .

وفيه أن الظاهر من النصوص السؤال عن صحة العقد بدون الاذن ولا الاجازة ، فلا تشمل صورة وقوع الاجازة . ولو سلم عمومها لذلك يتعين حملها على ذلك ، جمعاً بينها وبين غيرها مما عرفت . وأما ما ذكر أخيراً فالاشكال عليه أظهر ، فان دعوى نفي الادلة على الصحة مصادرة . مضافاً الى ما عرفت من الادلة . ومثله ما ذكره أو لا من الاسلام وأما ما ذكره أخيراً ففيه أن كون الشرط متقدماً لا يقتضي البطلان ، فان 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 حكي عن الشهيد ، فيقال : « عقد الفضولي » ، وتكون الاضافة بمعنى اللام . وقد يطلق على نفس العقد ، فيقال : « العقد الفضولي » أو « عقد الفضول » ، من باب اضافة الموصوف الى الصفة . ولعله تسامح ، كما في كلام شيخنا الاعظم (ره) .

(٢) المشهور عدم الفرق في صحة الفضولي بين الافراد المذكورة . وعن ابن حمزة اختصاصه بتسعة مواضع : عقد البكر الرشيدة على نفسها مع حضور وليها ، وعقد الابوين على الابن الصغير ، وعقد الجد مع عدم الاب ، وعقد الاخ والام والعم على صبيته ، وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذن سيده ، وتزويجه من نفسه بغير اذن سيده . لان هذه التسعة مورد الادلة ، والتعدي من موردها الى غيره

ولا يعتبر في الاجازة الفورية (١) ، سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به وإرادة التروي ، أو عدمها أيضاً . نعم لا تصح الاجازة بعد الرد(٢)

لا دليل عليه ، والاصل عدم ترتب الاثر . وفيه أنه لا فرق بين التسعة وغيرها في شمول العمومات المقتضية للصحة . مع امكان التعدي عرفا عن مورد النصوص الى غيره ، لفهم عدم الخصوصية عرفاً .

(١) كما هو المعروف . ويقتضيه اطلاق الادلة 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 : « قال : 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 . فناشده 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 اجاز بيع ابنه » .

واذا لزم الضرر على الطرف الآخر من تأخير الاجازة أمكن رفعه بقاعدة نفي الضرر ، بتشريع الفسخ ، بناء على صلاحية القاعدة لذلك ، على ما ذكروه في مبحث خيار الغبن . ولا ينافي ذلك ما دل على نفي الخيار في النكاح ، فان قاعدة الضرر تكون حاكمة 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 يقدح رد القابل قبل القبول في صدق العقد كذلك الرد قبل الاجازة . وبأن مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علقة الطرف الآخر عن ماله . وفي كل من الوجهين تأمل ونظر . اما في الاول فلعدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه ، فضلا عن المقاس مع وضوح الفرق بين المقامين بتمامية العقد في الثاني ، غاية الامر انه

كما لا يجوز الرد بعد الاجازة (١) ، فمعها يلزم العقد (٢) .

(مسألة ١٩) : لا يشترط في الاجازة لفظ خاص ، بل تقع بكل ما دل على إنشاء الرضاء بذلك العقد (٣) ، بل تقع بالفعل الدال عليه (٤) .

محتاج الى اضافته الى المالك ، وهي حاصلة بالاجازة وان كانت بعد الرد ، بخلاف الأول ، لامكان دعوى كون الرد المتخلل بين الايجاب والقبول مانعاً عن 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 علقة 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 ، لا عدم 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 التأهليه بعد ثبوتها . ولذا كان من الواضح أن مقتضاها عدم صحة تصرف غير السلطان ، لا ابطال التصرف بعد صحته من غير السلطان . فاذاً العمدة الاجماع المتقدم . ويعضده الاجماع على صحة إنشاء الرد بقول : «فسخت» ، فان ذلك إجماع منهم على انحلال العقد به ، كانحلال العقد الجائز به ، إذ لولا ذلك لا معنى لانشاء الفسخ به .

(١) إجماعا . لصحة العقد بالاجازة ، ولا دليل على بطلانه بالرد .

(٢) لاصالة اللزوم .

(٣) كما يقتضيه اطلاق أدلة الصحة .

(٤) وعن صريح جماعة وظاهر آخرين اعتبار اللفظ في إجازة عقد الفضولي في البيع . لأن الاجازة كالبيع في استقرار الملك . ولأن الاستقراء في النواقل

(مسألة ٢٠) : يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد ، فلو اعتقد لزوم العقد عليه ، فرضي به ، لم يكف في الاجازة (١) . نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد ، فاجاز ، فان كان على وجه التقييد لم يكف (٢) . وان كان على وجه الداعي يكون كافياً .

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 الاول مصادرة . والاستقراء ليس بحجة ، ولا سيما في مقابل العمومات الدالة على الصحة حتى بالاجازة الفعلية . وخصوص صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة في أدلة صحة الفضولي . فالعمل بها متعين . ولذا حكي عن تصريح العلامة بأن تمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا إجازة للعقد .

(١) كما في المستند . لعدم الصدق . ولاستصحاب الخيار . انتهى . والظاهر منه ارادة عدم صدق الاجازة . لأن مجرد الرضا بالعقد على الحال المذكورة لا يكون اجازة . وفيه : انه يمكن فرض الاجازة منه وان 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 ، لأنها تقتضي السلطنة على الوجود بعد العدم ، والمفروض أن المجيز يرى تحقق الوجود بعد العدم ، فليس في مقام اعمال قدرته وسلطنته على ذلك . نظير الرضا بما قسم الله تعالى له ، فانه غير ايجاد ما قسم له . وربما يكون في صحيحة ابن بزيع المتقدمة في عقد السكرى ما ينافي ذلك . لكن العمل بالرواية محل تأمل ، كما تقدم . فراجع .

(٢) لعدم تحقق القصد الى المقيد بعد فرض انتفاء القيد .

(مسألة ٢١) : الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه (١) ، فيجب ترتيب الآثار من حينه .

---

(١) قد اختلف القائلون بصحة العقد الفضولي فى البيع فى أن الاجازة ناقلة - بمعنى : أنها تقتضي ترتب الاثر من حينها - أو كاشفة عن ترتب الأثر من حين العقد . اما لكون العقد تمام السبب المؤثر - كما يقتضيه ما عن جامع المقاصد وغيره من الاستدلال على الكشف بأن العقد سبب تام فى الملك . لعموم قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) - أو لكون شرط تأثير العقد هو الرضا التقديري الحاصل حال العقد - كما هو ظاهر بعض المحققين فى اجارته - أو لكون الشرط هو الوصف الانتزاعي ، وهو تعقب الاجازة للعقد - كما نسبه شيخنا الاعظم الى جماعة من معاصريه - أو لأن الشرط هو نفس الاجازة المتأخرة ، ولا مانع من تأخر الشرط فى العلل الشرعية - كما اختاره في الجواهر - لأن الشرط في العلل الشرعية يراد منه ما يكون قيداً لموضوع الحكم ، لا ماله دخل فى سبب الحكم وعلته . فان الحكم لما كان فعلا اختيارياً للحاكم ، كانت علته الارادة لاغير ، والشرط الشرعي لادخل له فى تأثير العلة ، وانما دخله باعتبار أن وجوده العلمي وتصوره دخيل في ترجح الوجود على العدم ، الموجب لتعلق الارادة به ، وليس لوجوده الخارجي دخل فى الحكم أصلا . فشرطية الاجازة في المقام بهذا المعنى ، لا بمعنى أن لها الدخل في الوجود ، وفي ترتب المعلول على العلة ، كما هو معنى الشرط في العلل العقلية . أو لكون الاجازة موجبة لحكم الشارع من حين الاجازة بحصول المضمون حقيقة من حين العقد ، على وجه الانقلاب ، المعبر عنه بالكشف الانقلابي - كما اختار بعض المحققين ، وقد يظهر من عبارة جماعة من الاعيان ، حيث ذكروا أن الاجازة موجبة للحكم بصحة العقد من حينه ، لانها 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 تحقيقاته . كما أن الكشف على أحد الوجوه الأربعة الأول يعبر عنه بالكشف الحقيقي . وعبارة المصنف (ره) خالية عن تعيين وجه من هذه الوجوه . والاقرب منها هو الكشف الانقلابي .

أما النقل فيشكل بأن مقتضى العمومات وان 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 الاسباب الشرعية على الاسباب العقلية ، وكما أن آثار الاسباب العقلية كائنة في زمان أسبابها ، كذلك مضمون العقد كائن في زمانه ، فكأنه السبب والاجازة دخيلة في سببيته ، 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 الاصيل لا يكفي في صحة العقد من الفضولي ، فضلا عن الرضا التقديري ، لانه غير كاف في صحة نسبة العقد الى الاصيل . مع أن البناء على حصول الرضا التقديري غير ظاهر ، لامكان انتفائه ، ويكون حصول الاجازة بعد ذلك لتبدل الطوارىء والمناسبات ، كما لا يخفى ولا سيما اذا كان الاصيل 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 الاصيل ، والاجازة هي المصححة للنسبة ، والوصف الاعتباري ، وهو التعقب بالاجازة ونحوه ، لا يصحح النسبة ، فالبناء على صحة العقد به خلاف ظاهر الادلة . مع أن التعقب غير حاصل الا بعد الاجازة ، لانه قائم بالمتعقب ، وهو الاجازة .

وأما الوجه الرابع فيشكل بأن ظاهر أدلة الصحة الترتب بين نفس الاجازة والحكم بالصحة ، فان الحكم بوجوب الوفاء بالعقد المنسوب الى الاصيل ظاهر في كون وجوب الوفاء مترتباً على النسبة ، فلا يكون قبلها . وكذا قوله (ع) : « فاذا أجاز جاز » ظاهر في كون الجواز مترتباً على الاجازة ، لا قبلها . هذا هو ظاهر تمام أدلة الصحة ، ولا يتناسب مع جميع وجوه الكشف الحقيقي المذكورة .

واما الكشف الانقلابي فهو الذي يقتضيه ظاهر الادلة ، فانه إذا تحققت الاجازة 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 الاسباب العقلية ، وان لم يكن زمان المضمون مقيداً بزمان العقد .

ومن ذلك يندفع اشكال شيخنا الاعظم (ره) على هذا النحو من الكشف بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه ، بل مضمونه هو النقل مجرداً عن ملاحظة زمان خاص . فان ذلك مسلم ، لكن لا ينافي ثبوت المضمون حين العقد ، الذي يقتضيه اطلاق العقد بعد حمل دليل السببية بمقتضى الارتكاز على كونها بنحو السببية العقلية .

وأما ما أشكله ثانياً على هذا الوجه من أن وجوب الوفاء بالعقد انما يصح

تطبيقه بعد الاجازة ، لاختصاص موضوعه بعقد المالك الاصيل ، والاضافة الى المالك إنما تكون بالاجازة ، فيكون وجوب الوفاء بالعقد حينئذ ، فيمتنع ثبوت الملكية حين العقد ، لان الملكية انما تنتزع من التكليف ، والتكليف انما يكون بالاجازة ، فيمتنع اعتبارها قبلها حين العقد . ففيه : أن ذلك انما 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 ، فان الوفاء الواجب هو العمل بمضمون العقد ، الذي هو الملكيه في عقد البيع مثلا ، والزوجية في عقد النكاح . . . وهكذا ، فالملكية والزوجية موضوع للوجوب ، لا منتزعة منه .

وقد أشكل ثالثاً على هـذا القول بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الاجازة ، لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له ، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه . فاذا دل دليل على ذلك تعين التصرف فيه بحمله على نفوذ العقد من حينه حكما ، لا حقيقة . ولأجل هـذا الاشكال جعل ـ قدس سره ـ الانسب بالقواعد ـ بعد البناء على بطلان النقل ـ هو هذا المعنى من الكشف ، وسماه الكشف الحكمي . وفيه أن ذلك يختص بما إذا كان الاثر حقيقياً . أما اذا كان اعتبارياً ، مثل الملكية ، والزوجية ، ونحوهما ، فلا مانع من ذلك ، لجواز انتفاء سبب الاعتبار في الزمان الاول ، ووجوده في الزمان الثاني . مثلا إذا شككنا في طهارة ماء يوم الخميس ، حكم بطهارته ظاهراً ، وجاز استعماله في الطهارة من الحدث والخبث ، فاذا قامت البينة بعد ذلك على نجاسته يوم الاربعاء ، 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 بسببيته للملكية في وقت قبل الاجازة ، ومحكوم بسببيته 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 انه حين وقوعه سبب للملكية بعد الاجازة وان لم يكن سبباً للملكية قبلها .

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور (الاول) : أن اصول الاقوال في المسألة أربعة : الكشف الحقيقي ، والنقل ، والكشف الحكمي ، والكشف الانقلابي (الثاني) : ان الكشف الحقيقي هو المشهور . وقد اختلفت كلماتهم في تقريبه . فالذي يظهر من جامع المقاصد وغيره ، أن العقد هو السبب التام ، والاجازة لادخل لها في سببيته ، وانما لها الدخل في الكشف عن ثبوت الاثر حينه . والمختار للمحقق الرشتي في اجارته ان الشرط هو الرضا التقديري ، وهو حاصل . والذي يظهر من جماعة ، وحكاه شيخنا الاعظم عن غير واحد من معاصريه ، ان الشرط هو الوصف الانتزاعي ، وهو تعقب الاجازة ولحوقها . والذي اختاره في الجواهر ان الشرط هو نفس الاجازة ، لكنها بنحو الشرط المتأخر (الثالث) : ان الوجوه المذكورة للكشف الحقيقي مخالفة لمقتضى الادلة (الرابع) : ان الذي يقتضيه النظر البدوي في عمومات صحة عقد الفضولي هو النقل . لكن الارتكاز العرفي هو القرينة على حمل الادلة على حصول الاثر حال العقد ، لا حال الاجازة . وهو المراد من الكشف الانقلابي . ولا يتوقف البناء على ذلك على كون مضمون العقد هو التمليك من حينه ، كي يشكل هذا القول بأن ذلك خلاف الواقع (الخامس) : ان استحالة خروج الشيء عما هو عليه لا مجال لها في الامور الاعتبارية . ولاجل ذلك لا داعي الى رفع اليد عن ظهور الادلة في الكشف الانقلابي ، وحملها على الكشف الحكمي .

(مسألة ٢٢) : الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية(١) . فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد ، إلا أنه كان بحيث لو كان حاضراً حال العقد كان راضياً ، لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة . بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به ، إلا أنه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه ، فالظاهر أنه من الفضولي (٢) ، فله أن لا يجيز .

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) لعدم الدليل على ذلك . والعمومات الدالة على اعتبار رضا المالك واجازته 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 الاعتباري الحاصل بالعقود والايقاعات .

(٢) كما نسبه شيخنا الاعظم الى ظاهر الاصحاب . لكنه قوى الاكتفاء بالرضا في صحة العقد ، وعدم الحاجة الى الاجازة ، لعموم 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) وقوله تعالى : (والموفون بعهدهم إذا عاهدوا) ، فلابد من كون العقد مضافا الى المالك الاصيل ، والرضا النفساني غير كاف في هذه النسبة ، بل لابد 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 : (أحل الله البيع) وقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض) فان منصرف الجميع ما ذكرنا ، يعني : البيع الصادر من أهله ، والتجارة الصادرة من أهلها . ولا سيما وأن قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم) قرينة على ذلك ، يعني : التجارة من ذوي الاموال ، لا من الفضولي . 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 . فلابد 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 » . مضافا الى أن السياق يقتضي اختصاصه بالتكليف ، فلا يشمل ما نحن فيه . وأما ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه ، فالظاهر من الاقرار الامضاء للعقد إنشاء ، لا مجرد طيب النفس . وأما رواية عروة 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) بالشاة والدينار ، فقال له رسول الله (ص) : بارك الله تعالى لك في صفقة يمينك . فالوجه في جواز القبض والاقباض فيها كما يمكن أن يكون لاجل 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 مجمل لا يدل على أحد الامرين بعينه .

(مسألة ٢٣) : إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد له ، فالظاهر صحته بالاجازة (١) . نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن ، ومع ذلك أوقع

وأما كلمات الاصحاب مثل قولهم في مقام الاستدلال على صحة الفضولي : ان الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك ، وقولهم : الاجازة لا يكفي فيها السكوت لانه لا يدل على الرضا ، ونحوها من كلماتهم . فلا بد أن تحمل على الرضا الانشائي لا مطلق الرضا . وإلا لم يكن وجه لاعتبار الاجازة ، ولا للابحاث 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 الاعظم (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) : « انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده » . فيه : أن المراد من معصية السيد عقده بغير إذنه ، لا العقد مع الكراهة ، كما هو معنى المعصية عرفا ، 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) : « فاذا أجاز جاز » ، ولم يقل : « فاذا رضي جاز » ، أو « اذا لم يكره جاز » .

ولاجل ما ذكرنا يتعين البناء على ما في المتن ، كما هو ظاهر الاصحاب ، حيث اشترطوا في صحة الفضولي الاجازة ، وهي غير الرضا . وكأنه لاجل ذلك نسب شيخنا الاعظم (ره) كونه من الفضولي الى ظاهر الاصحاب .

(١) قد يظهر من شيخنا الاعظم (ره) في التنبيه الثاني من تنبيهات القول في الاجازة ، أنه مسلم عند الاصحاب . ويقتضيه القواعد العامة ، لان قدح الكراهة في الصحة خلاف عمومات الصحة .

الفضولي العقد ، يشكل صحته بالاجازة ، لانه بمنزلة الرد بعده (١) . ويحتمل صحته بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد ، فليس بأدون من عقد المكره(٢)، الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا . وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال(٣)

(مسألة ٢٤) : لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية (٤) ولا الالتفات الى ذلك . فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلا ، وأوقع العقد ، فتبين خلافه ، يكون من الفضولي ، ويصح بالاجازة .

(مسألة ٢٥) : لو قال في مقام إجراء الصيغة : «زوجت موكلتي فلانة» مثلا ، مع أنه لم يكن وكيلا عنها . فهل يصح ويقبل الاجازة ، أم لا ؟ الظاهر الصحة (٥) . نعم لو لم يذكر لفظ : « فلانة » ونحوه ، كأن يقول : « زوجت موكلتي » وكان من قصده امرأة معينة . مع عدم كونه وكيلا عنها ،

---

(١) هذه المنزلة غير ظاهرة ، بل هي واضحة المنع في صورة عدم الاذن ، فانها خلاف عمومات الصحة من دون مخصص .

(٢) قد يقال : إنه أدون ، من جهة أن عقد المكره كان صادراً بمباشرة المكره ، فالنسبة اليه ظاهرة ، بخلاف المقام .

(٣) الاشكال ضعيف . ولذا كان المشهور الصحة . وعن الحدائق دعوى الاتفاق عليها .

(٤) هذا مما لا ينبغي الاشكال فيـــه ، وفي الجواهر القطع به لاطلاق الادلة . انتهى . وقد يقتضيه صحيح محمد بن قيس الوارد في بيع ولد المالك جارية أبيه بغير اذنه . بناء على ظهور كون البيع لاعتقاد كونه ولياً على البيع كأبيه .

(٥) عملا بعمومات الصحة من دون مفيد . وقد سبق في المسألة السابقة .

يشكل صحته بالاجازة (١) .

(مسألة ٢٦) : لو اوقع الفضولي العقـد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد (٢) دون المهر ، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس ، أو من حيث القلة والكثرة ؟ فيه اشكال . بل الاظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (٣)، وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر . كما انه لا تصح الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد ، أو مع الغاء ما ذكر فيه من الشرط .

---

(١) لعدم وقوع العقد عليها صريحاً ، ولا ظاهراً . بل هو من قبيل العقد بالمجازات البعيدة ، التي لا دليل واضح على صحة العقد بها .

(٢) قد تحقق أن العقد الوارد على الجملة ينحل الى عقود متعددة بتعدد الابعاض . ولذا جاز تبعض الصفقة . كما أن العقد 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 إجازة العقد دون المهر ، لأن المهر بمنزلة الشرط . لكن ظاهر الجواهر ـ فيما لو زوجها الولي بدون مهر المثل ـ التسالم على عدم جواز إجازة العقد دون المهر .

(٣) الصورتان تشتركان في عدم التطابق بين الايجاب والقبول ، وتختلفان في أن الأولى خاليـة عن تعيين المهر ، والثانية مشتملة عليه . والاول 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 الغاء ما ذكر في العقد من الشرط ـ كما ذكر في آخر المسألة ـ 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 فضولا ، فاجاز في هند ، أو باعه الفرس ، فاجاز في الحمار . ولا ينبغي التأمل في البطلان حينئذ ، لانتفاء العقد بانتفاء موضوعه (وأخرى) : للاختلاف في الجزء والكل مع تعدد الموضوع عرفا ، كما لو زوجه زينب وهنداً ، فاجاز في زينب دون هند ، أو باعه الفرس والحمار ، فاجاز في الفرس دون الحمار . ولا مانع من اجازة أحد العقدين ورد الآخر ، لتعدد العقد بتعدد الموضوع (وثالثة) : يكون للاختلاف بالجزئية والكلية مع الاتحاد عرفا ، كما إذا باعه الفرس بدينار ، فاجاز 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 إرضاع ولد الزوج ، فتجيز 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 ، لان 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 وجه يقبل التفكيك ، فانه خلاف الوجدان في كثير

(مسألة ٢٧) : إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا ، فالظاهر صحته (١) ، ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلا . بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر ،

من الموارد ، إذ لا غرض إلا في المشروط ، فكيف يصح إنشاء ما ليس بمشروط؟! وصحة العقد مع بطلان الشرط ، تحليل ادعائي ، جرت عليه الاحكام عرفا ، لا على الحقيقة ، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث الاجارة من هذا الشرح . فراجع . ولاجل ذلك لا يصح التفكيك في القبول ، بحيث يتعلق القبول بذات المشروط من دون الشرط ، أو ببعض الاجزاء دون بعض .

فان قلت : إذا باع العين على جماعة ، فقبل أحدهم دون الآخرين ، صح القبول في البعض . وكذا إذا باع العين المشتركة فضولا ، فأجاز بعض الشركاء دون غيره ، صحت الاجازة في البعض دون البعض قطعاً . فدل ذلك على إمكان التفكيك في القبول والاجازة بين اجزاء العين الواحدة ، وإذا جاز التفكيك في الابعاض جاز في المشروط والشرط بطريق أولى .

قلت : القبول من بعض دون بعض في الصورة الاولى ليس قبولا لبعض الايجاب ، بل هو قبول لتمام الايجاب . وكذلك اجازة بعض الشركاء في الصورة الثانية إجازة لنفس العقد ، وإن كان لا يترتب الاثر بالنسبة الى الجميع إلا مع قبول الجميع ، أو إجازة الجميع . فليس ذلك من التفكيك . ولذلك لم يصح القبول من واحد إذا كان مبنياً على التفكيك في الصورة الاولى ، كما إذا قال : « قبلت بيع حصة منه بحصة من الثمن » فان ذلك أيضاً مانع من انعقاد العقد . وكذا الكلام في قبول المشروط دون الشرط .

(١) لحصول الاذن من الموكل ، المقتضية للصحة . نعم لو كانت الاذن مشروطة بالالتفات الى الوكالة انتفت مع الغفلة عنها . لكنه خلاف المفروض .

على إشكال فيه (١) . وأما لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً ، ففي لزومه بلا إجازة منه ، أو من المولى عليه ، إشكال (٢) .

(مسألة ٢٨) : إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية ، فهل يصح ويلزم ، أو يتوقف على الاجازة ، أو لا يصح ؟ وجوه ، أقواها عدم الصحة . لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً (٣) . فهو كما لو اوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الامر بيده في الابقاء

---

(١) لكنه ضعيف . لاطلاق الاذن ـ كما عرفت ـ المقتضية 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 .

(٢) لاحتمال اختصاص نفوذ تصرف الولي بصورة التفاته الى ذلك ، كما هو الظاهر في المالك ، إذ أنه لا ينفذ تصرفه إذا لم يعلم انه 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 ، لان ذلك خلاف إطلاق الاذن إذا كانت عرفية ، كما في الوصي ، والوكيل ، وخلاف اطلاق دليلها إذا كانت شرعية كما في ولاية الاب ، والجد ، والسيد . فما في المتن من الفرق بين الوكيل والولي ، بالجزم بالصحة في الاول ، والتوقف فيها في الثاني ، ضعيف جداً . وبالجملة : فالفروض الثلاثة المذكورة في هذه المسألة كلها بحكم واحد ، وإن اختلفت بالخفاء والوضوح .

(٣) إن أريد بالجواز هنا ما يقابل اللزوم ، فالتعليل المذكور لا يقتضي

البطلان ، لأن اشتراط كونه جائزاً بهذا المعنى راجع الى اشتراط كونه جائز 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 ، لان الشرط الفاسد غير مفسد ، وشرط الخيار لامانع منه في العقود اللازمة . وعدم صحته في عقد النكاح ، لا يقتضي بطلانه ، كما تقدم في المتن .

وإن أريد من الجواز ما يقابل الصحة والنفوذ ـ فكأنه اشترط أن لاينفذ إلا بالاجازة ، كما في عقد الفضولي ـ فهذا الشرط وإن كان لا يصح ، لانه 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» ، وحينئذ 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 قصد الفضولية فيها الى اشتراط الجواز ، والفرق بين المسألتين 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 وكيلا ، أو أصيلا ، 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

والعدم . وبعبارة أخرى : أوقع العقد متزلزلا .

(مسألة ٢٩) : إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما(١) ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده ، أو فسخه . وعلى هذا فاذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٢) . وأما إذا زوجهما الفضوليان ، فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ (٣) ، أو إجازة وليهما قبله (٤) . فان بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ، ويترتب عليها احكامها من حين العقد ، لما مر من كون الاجازة كاشفة (٥) . وان ردا ، أو رد أحدهما ، أو ماتا ، أو مات أحدهما ، قبل الاجازة ، كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (٦) . وإن بلغ أحدهما وأجاز ، ثم مات قبل بلوغ الآخر ،

فقط ، أو من القابل كذلك . الثاني : أن يكون من الموجب والقابل ، بأن يكون الشرط مورد الايجاب والقبول . ففي الأول يبطل العقد ، لعدم التطابق بين الايجاب والقبول . وفي الثاني يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) تقدم ذلك في المسألة الرابعة .

(٢) وفي الجواهر : « حتى على القول بالخيار ، كما حكي عنه التصريح به . ضرورة عدم منافاته لتحقق موجب الارث ، الذي هو الزوجية » . وكأن ذلك إذا لم يختر الفسخ . وإلا فلا موجب للارث ، لانتفاء الزوجية .

(٣) إذ لا ولاية لهما على نفسهما قبل ذلك .

(٤) إذ لا ولاية له بعده .

(٥) تقدم ذلك في المسألة الواحدة والعشرين .

(٦) هذا لا كلام فيه ـ كما في المسالك ـ لانه مقتضى الاصول ، والقواعد ، والصحيحة الآتية .

يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية (١) ، فان بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الارث ، فان حلف يدفع اليه . وان لم يجز ، أو أجاز ولم يحلف ، لم يدفع ،

---

(١) بلا خلاف ظاهر . لصحيحة أبي عبيدة الحذاء قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين . قال : فقال (ع) النكاح جائز ، أيهما أدرك كان له الخيار . فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا . قلت : فان أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال (ع) : يجوز ذلك عليه إن هو أمضى . قلت : فان 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 : فان ماتت الجارية ولم تكن 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 الاب ، ويجوز على الغلام . والمهر على الأب للجارية » .

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 الاب ، 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 ، لانه 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 .

بل يرد الى الورثة (١) . وكذا لو مات بعد الاجازة وقبل الحلف (٢) . هذا إذا كان متهما بأن إجازته للرغبة في الارث . وأما إذا لم يكن متهما بذلك ، كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته ، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث ، أو نحو ذلك ، فالظاهر عدم الحاجة الى الحلف (٣) .

(مسألة ٣٠) : يترتب على تقدير الاجازة والحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (٤) ، من المهر ، وحرمة الام والبنت ، وحرمتها - إن كانت هي الباقية - على الاب والابن ، ونحو ذلك . بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الاجازة (٥) ، من غير حاجة الى الحلف . فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهما ،

---

(١) كما يقتضيه الصحيح المتضمن اشتراط الميراث بالحلف

(٢) قال في القواعد : « فان مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال » ، وفي المسالك : « وربما احتمل 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 ابتداء » ، وفي كشف اللثام : « انه أقوى ، وفاقا لفخر الاسلام ، لمنع تمام الزوجية ، فانه بالاجازة الخالية عن التهمة » .

(٣) وفي المسالك جعل الاقوى اعتبار اليمين وإن لم تحصل التهمة ، لانها ليست علة تامة في اعتباره ، بل هي حكمة لا يجب اطرادها ، عملا باطلاق النص والفتوى . ووافقه على ذلك في الحدائق . لكن الظاهر من النص أن اليمين طريق الى نفي التهمة ، فاذا انتفت التهمة لم يحتج اليها .

(٤) هذا مما لا إشكال فيـــه . لكونه ظاهر الصحيحة المتضمنة لثبوت الزوجية ، وترتيب بعض آثارها ، كالميراث والمهر .

(٥) فان الحكم الذي تضمنه النص جار على طبق القاعدة . وموت أحد

لا يرث . ولكن يترتب سائر الاحكام .

(مسألة ٣١) : الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين (١) بل الظاهر التعدي الى سائر الصور . كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الفضولي . أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير ، أو كانا بالغين

الزوجين بين العقد والاجازة لا يوجب ارتفاع موضوع الاجازة ، بناء على التحقيق من الكشف الانقلابي . إذ لا مانع من أن يحكم بتحقق الزوجية حال العقد ، وإن كان زمان الحكم بها بعد الاجازة وبعد موت أحد الزوجين بعد إجازته . ودعوى: أن الموت مانع من ثبوت الزوجية . مندفعة 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 ثبوته حال العقد لاغير .

نعم ماتضمنه الصحيح من عدم استحقاق المهر والميراث إذا لم تحلف على أن إجازتها لم تكن طمعاً في المهر والميراث ، جار على خلاف القاعدة ، فيقتصر فيه على مورده ، وهو المهر والميراث ، ويرجع في غيره من الأحكام الى القواعد المقتضية للصحة وإن كانت الاجازة طمعاً في المهر والميراث ، فتترتب تلك الأحكام بمجرد الاجازة وإن علم أنها كانت طمعاً في المهر والميراث ، فضلا 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 فزوجهما الفضولي ، ففي انسحاب الحكم اليهما وجهان . من تساويهما في كون العقد فيهما عقد فضولي ، ولا مدخل للكبر والصغر في ذلك . ومن أن في بعض أحكامه ماهو خلاف الأصل ، فيقتصر على مورده . وهذا أقوى . وحينئذ فيحكم ببطلان العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته وقبل إجازة الآخر ،

كاملين ، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً ، أو نحو ذلك ، ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة اليه ، لعدم الحاجة الى الاجازة ، أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده ، وبقي الآخر ، فانه يعزل حصة الباقي من الميراث الى أن يرد ، أو يجيز . بل الظاهر عدم الحاجة الى الحلف فى ثبوت الميراث فى غير الصغيرين

سواء قلنا أن 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 لاتكفي فى ثبوت هذا العقد ، بل لابد معها من اليمين ، وقد حصل الموت قبل تمام السبب . خرج منه ماورد فيه النص ، وهو العقد على الصغيرين ، فيبقى الباقي » . ونحوه ماعن شرح النافع . وفي القواعد : « وفى انسحاب الحكم في البالغين إذا زوجها الفضولي ، إشكال . أقربه البطلان » . وفي جامع المقاصد ذكر في وجه القرب ماسبق عن المسالك ، ثم قال : « انه المفتى به » . وفى الحدائق : « الظاهر أنه المشهور بينهم . وهو الانسب بقواعدهم » .

أقول : مقايسة المقام بموت الموجب قبل القبول لاتتم بناء على كون الاجازة كاشفة ، سواء كان الكشف حقيقياً ، أم حكمياً ، أم انقلابياً . إذ هي مع الفارق ، فان موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد وتماميته ، فلا يمكن أن يترتب مضمونه بخلاف المقام ، لتمامية 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 الاثر 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

من سائر الصور . لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (١) . ولكن الأحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة الى الارث، بل بالنسبة الى سائر الأحكام أيضا.

(مسألة ٣٢) : إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين ، من حيث كونه أصيلا ، أو مجيزاً ، والطرف الآخر فضولياً ، ولم يتحقق إجازة ولا رد ، فهل

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 ماعرفت .

ومن ذلك يظهر جريان حكم الصغيرين إذا زوجها الفضوليان في غيرها من سائر الصور ، المشتركة معها في الجري على مقتضى القاعدة . نعم في المسالك فيما لو كان العاقد لأحد الصغيرين الولي والآخر الفضولي ثم مات من عقد له الولي أولا : أنه يجري الحكم المذكور ، للأولوية لأن الجائز من الطرفين أضعف حكما من اللازم من أحدهما ، فاذا ثبت الحكم في الأضعف ثبت في الأقوى بطريق أولى . وكذا إذا كانا بالغين ، فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة ، والآخر زوجه الفضولي ، فانه 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 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 الاجازة فقط .

يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات ؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة ، وبنتها ، وأختها ، والخامسة ، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره وبعبارة أخرى : هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر ، أو لا ؟ قولان ، (١) أقواهما الثاني ، إلا مع فرض العلم بحصول الاجازة بعد

---

(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 ، والبنت ، والأم ، إلا إذا فسخت . على إشكال في الام » وفي كشف اللثام في شرح العبارة ، بعد قوله (ره) : « الخامسة والأخت » قال : « بلا إشكال . لصدق الجمع بين الأختين ، ونكاح أربع بالنسبة اليه . 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 مالو 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 ، لالوجوب الوفاء به ، ومقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه على الأصيل وحرمة نقضه من جانبه . لكن الاستدلال المذكور يتوقف على امور . 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 ترتب موضوعه . الثالث : أن يكون الرضا والاجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالاضافة الى الراضي ، لا مطلقاً . وهذه الامور كلها محل نظر ، ولا سيما الأولان . فلا مجال للاستدلال المذكور . وتوضيح ذلك يظهر بمراجعة كتاب نهج الفقاهة في مبحث الفضولي . فراجع . مضافا الى النظر والاشكال فيما ذكره من الفرق بين النقل والكشف ، وأنه على النقل تكون الاجازة دخيلة في نفس العقد شطراً 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 اخرى ، 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 الاثنين يقتضي تمليك كل واحد منهما التزامه لصاحبه زائداً على إنشاء مضمون العقد الذي هو الملتزم به ، بل ليس مفاده إلا إنشاء مضمونه والملتزم به فقط . مضافا الى أن المتملك لهذا الالتزام إن كان هو الطرف الأصيل ، فلا مجال لهذا التملك قبل الاجازة ، لعدم قبوله لهذا التمليك إلا بالاجازة . وإن كان هو الطرف الآخر الفضولي ، فمقتضاه جواز التقايل بينهما ولو بعد إجازة المالك بلا رضا منه بذلك التقايل لأن لزوم العقد على هذا المبنى من آثار تمليك 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

ذلك (١) الكاشفة عن تحققها من حين العقد . نعم الأحوط الأول ، لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة . نعم إذا تزوج الأم أو البنت مثلا ، ثم حصلت الاجازة ، كشفت عن بطلان ذلك .

(مسألة ٣٣) : إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد ولم يجزه ، لايترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة ، سواء أجاز الطرف الآخر ، أو كان أصيلا ، أم لا . لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز ، وتبين كونه كأن لم

فيجوز 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 ، فيحكم بصحة التصرف المنافي مادامت الاجازة غير حاصلة . لكن الحكم المذكور ظاهري بناء على الكشف الحقيقي ، لاصالة 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 .

يكن . وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) . وهو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح . ومجرد العقد لا يوجب شيئاً . مع أنه لافرق 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 العقد ليس لها أن تجيز ، لفوات محل الاجازة (٣) وكذا إذا زوج رجل فضولا بامرأة ، وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها ،

---

(١) تقدم هذا الاستشكال في عبارة القواعد المحكية في شرح المسألة السابقة . وكأن وجه الاشكال ـ كما في كشف اللثام ـ أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه . ثم قال : في كشف اللثام « والأول أصح ، فان الأصح أن الاجازة إما جزء ، أو شرط » وفي الجواهر : « من الغريب ماسمعته 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 : فيبنى على صحة العقد على البنت قبل الاجازة ، كي يؤدي ذلك الى حرمة الام وإن حصل الرد .

(٣) كما نص على ذلك شيخنا الأعظم (ره) في مكاسبه . واستدل عليه المصنف (ره) في حاشيته على ذلك بانصراف أدلة الفضولي عن شمول الفرض ، فان لازمه جواز الاجازة ولو بعد مضي خمسين سنة . والحكم ببطلان عقدها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات . إنتهى . ويمكن أن يقال في وجهه : ان

أو بنتها ، أو أختها ، ثم علم . ودعوى : أن الاجازة حيث أنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني . كما ترى .

(مسألة ٣٥) : إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل ، وزوجها الوكيل الآخر من آخر ، فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح (١) . وإن علم الاقتران بطلا معاً . (٢) وإن شك في السبق والاقتران فكذلك . لعدم العلم بتحقق عقد

المرأة المذكورة في المثال بعد أن صارت ذات بعل حرم عليها التزويج ولم يصح منها. والاجازة للعقد الفضولي تزويج ، فلا يجوز لها ، ولا يصح منها . وكذلك الحكم في مثال الرجل الذي زوج فضولا ، فانه 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 المجيز له سلطان عليها ، وفي المثالين بعد وقوع التصرف المباشري من المرأة والرجل ، خرجت إجازة العقد الفضولي عن سلطنة المجيز ، فانه لا يصح لذات البعل أن تتزوج ، 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 ، فان السابق يمنع اللاحق ، والاجازة في المقام ليست تزويجاً لاحقاً ، بل تزويج سابق ، بناء على الكشف على أي وجوهه كان . مدفوعة بأن الممنوع عنه التزويج اللاحق انشاءً ، لا منشأ ، والاجازة لاحقة انشاء وإن كان المجاز هو التزويج السابق . فالمدار في السبق واللحوق على الانشاء ، لا على المنشأ .

(١) لعموم أدلة الصحة ، التي لا تشمل اللاحق ، لما عرفت من فوات شرط الصحة ، وهو أن تكون خلية .

(٢) لبطلان الترجيح بلا مرجح .

صحيح ، والأصل عدم تأثير واحد منهما . (١) وإن علم السبق واللحوق ، ولم يعلم السابق من اللاحق ، فان علم تاريخ أحدهما حكم بصحته دون الآخر (٢) . وإن جهل التاريخان ففي المسألة وجوه .

أحدها : التوقيف حتى يحصل العلم (٣) .

الثاني : خيار الفسخ للزوجة (٤) .

---

(١) لكن مع العلم بتاريخ أحدهما يتعين الحكم بصحته ، لاستصحاب كونها خلية الى مابعده الذي هو شرط صحته ، ويتعين الحكم بصحة تزويجها بمورده ، وهو حاكم على اصالة عدم ترتب الأثر ، كما تقرر ذلك في الصورة الآتية بعينها . وحينئذ لا فرق بين الصورتين في ذلك . ومجرد الفرق بينهما بالعلم بصحة أحدهما إجمالا في الصورة الآتية، بخلاف هذه الصورة ، لاحتمال الاقتران ، الموجب لاحتمال بطلانهما معاً . لاتوجب 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 .

(٢) لما عرفت من جريان اصالة 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 .

(٣) حكاه في كشف اللثام عن المبسوط ، والتحرير . ووجهه العمل بالقواعد الأولية .

(٤) لم أقف عاجلا على قائل به . وكأن وجهه لزوم الضرر من هذه الزوجية ، فيتدارك بالخيار ، كما في المعاملة الغبنية . لكن الضرر يلزم من ترتيب أحكام الزوجيه ، لامن نفس الزوجية .

الثالث : أن الحاكم يفسخ (١) .

الرابع : القرعة (٢) .

والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (٣) . وكذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة ، والآخر بأخرى ، أو زوجه أحدهما بامرأة ، والآخر بينتها ، أو أمها ، أو أختها . وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل ، وزوجها وكيلها من آخر ، أو تزوج بامرأة ، وزوجه وكيله بأخرى ، لايمكن الجمع بينهما. ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق ، وقال الآخر :لاأدري من السابق ، وصدقت المرأة المدعي للسبق ، حكم بالزوجية بينهما ، لتصادقهما عليها (٤) .

---

(١) جعله في القواعد الأقوى.لأن فيه دفع الضرر . وقد عرفت اشكاله بأن الضرر لازم من أحكام الزوجية ، لامن نفسها. ولو سلم كان الأولى كون الفسخ للزوجة ، كما في المعاملة الغبنية ، لالحاكم .

(٢) احتمل ذلك في القواعد ، والتذكرة .

(٣) لعموم مادل على أن القرعة لكل أمر مشكل . لكن فى جامع المقاصد ان القرعة لامجال لها فى الأمور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الانكحة التي يتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحريم . وفيه أن ذلك يتم إذا لم يلزم محذور به يكون الأمر مشكلا ، وبدونه لاإشكال . ولذا ورد الرجوع الى القرعة فيما لو نزا انسان على واحد من قطيع الغنم واشتبه . ولزوم المحذور فى المقام ظاهر ، لتزاحم الحقوق من الطرفين ، فيجب على الزوج الانفاق والوطء فى كل أربعة أشهر ، ويجب عليها بذل نفسها لزوجها . وحينئذ يكون الأقوى ماذكره المصنف. وقد تقدم فى المسألة الثالثة والأربعين من فصل المحرمات بالمصاهرة مايمكن استفادة حكم المقام منه . ولأجل ذلك لم نتعرض هنا لتفصيل هذه الوجوه .

(٤) قال في القواعد : « ولو ادعى كل منهما الزوجية ، فصدقه الآخر ،

حكم بالعقد ، وتوارثا » وفي كشف اللثام : « ولزمهما أحكام الزوجية ظاهراً . لانحصار الحق فيهما، وقد اعترفا به » . وفي جامع المقاصد : « ذلك عندنا لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ... الى أن قال : ولا يعتبر عندنا كونهما 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 وارثهما ، أو على أجنبي عنهما ، ومن المعلوم أن العموم المذكور لا يصلح لاثبات ذلك . فاذا العمدة في الحكم المذكور الاجماع ، المعتضد بالسيرة القطعية . والله سبحانه وتعالى العالم العاصم ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

إلى هنا انتهى الكلام في تنقيح واصلاح شرح كتاب النكاح من كتاب العروة الوثقى . في النجف الاشرف، في جوار الحضرة المقدسة العلوية ، على مشرفها أفضل الصلاة والسلام . ليلة الثلاثاء ، خامس عشر شهر صفر المظفر ، سنة ثمانين بعد الالف 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 ، الغر الميامين .

بسمه تعالى

نظراً الى أن هذه الرسالة الشريفة تشتمل على مسألة ذات بال ، كثيرة الابتلاء ولم تحرر قبل هذا على هذا الشكل أمر سيدنا ـ مد ظله العالي ـ بنشرها ملحقة بكتاب النكاح من مستمك العروة الوثقى ليعم نفعها . والله سبحانه الموفق والمسدد .

بسم الله الرحمن الرحيم

ما يقول مولانا حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى فى العالمين السيد محسن الحكيم دام ظله العالي ، فى رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقا غير جامع للشرائط عندنا ، وجامعاً للشرائط عندهم ، ثم استبصر ، وكذا إذا اطلقها ثلاثاً بانشاء واحد ، فهل له الرجوع بزوجته بعد الاستبصار ، أولا ؟ افتونا مأجورين ، مع بيان الدليل على المسألة .

بسم الله الرحمن الرحيم وله الحمد

الظاهر فى مفروض السؤال جواز الرجوع بزوجته المذكورة . ويقتضيه العمل بالادلة 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 .

الاولى : ما دل على قاعدة الالزام . مثل رواية عبدالله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن ابي حمزة : « انه سأل ابا الحسن (ع) عن المطلقة على غير السنة

أيتزوجها الرجل ؟ فقال (ع) : الزموهم من ذلك ما الزموه أنفسهم ، وتزوجوهن ، فلا بأس بذلك » . ومن المعلوم ان جواز الالزام أو وجوبه لا يدل على صحة الطلاق المذكور ، وإنما يدل على مشروعية الالزام بما ألزم به نفسه . ومن الواضح أن الالزام بذلك إنما يصح مع بقائه على الخلاف ، لا مع تبصره ، فانه مع تبصره لا يلزم نفسه بالطلاق وإنما 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 » . ومكاتبة ابراهيم بن محمد الهمداني إلى ابي جعفر (ع) في من حنث بطلاق امرأته غير مرة . قال (ع) : « ... وإن كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا ، فاختلعها منه ، فانه إنما نوى الفراق بعينه » . ورواية عبدالله بن طاووس فيمن يكثر ذكر الطلاق : « ... وإن كان من هؤلاء فابنها منه ، فانه إنما عنى الفراق » . وموثق عبدالرحمن البصري عن ابي عبدالله (ع) قال : « قلت له : امرأة طلقت على غير السنة . فقال : تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج » . ورواية عبدالله بن محرز الواردة في الأخذ بالتعصيب : « خذوا منهم كما يأخذون منكم في سنتهم » . وفي روايته الاخرى : « خذ بحقك في أحكامهم وسنتهم ، كما يأخذون منكم فيه » .

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 لملكية المباح قبل الحيازة ، واسترقاق زوجة الكافر ، فتكون ام ولد

للمسترق ، وإن كانت قبل ذلك زوجة للكافر . ومن المعلوم ان ارتكاب ذلك في مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط . بل هو مقتضى الجمع العرفي بين الادلة الاولية ، وبين هذه النصوص ، وصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) : « سألته عن الاحكام . قال (ع) : يجوز على أهل كل ذوي دين ما يستحلون » . 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 مطلقته ثلاثاً ، واذا كان يستحل الاخذ بالتعصيب يجرى ذلك لغيره ، فيجوز لغيره الاخذ 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 الالزام لهم ، والاحلال لغيرهم عليهم . فالصحيح نظير : « الزموهم ... » .

الطائفة الثانية : ما تضمنت اللزوم دون الالزام . مثل ما في رواية عبدالله بن طاووس المتقدمة : « قلت : أليس قد روي عن ابي عبدالله (ع) انه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس ، فانهن ذوات الازواج ؟ فقال : ذلك من اخوانكم لا من هؤلاء . إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » . ورواية عبدالأعلى عن أبي عبدالله (ع) قال : « سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً . قال (ع) : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك » بناءً على أن المراد من الاستخفاف بالطلاق عدم اعتبار الشرائط فيه ، وأن المراد لزوم ذلك له . وربما يوجد بهذا المضمون غير هاتين الروايتين . ودلالتها على صحة الطلاق أيضاً غير ظاهرة ، فان اللزوم

أعم . ولا سيما بملاحظة لزوم التعارض بين تطبيق الحديث فيما لو كان أحد الزوجين مخالفاً ، والآخر مستبصراً ، فان المستبصر يدين بفساد الطلاق ، والمخالف يدين بصحته ، ولا يمكن الجمع بين الحكمين ، لأن الطلاق لا يقبل الوصف بالصحة والفساد من جهتين ، فلابد أن يكون المراد مجرد الحكم على من دان منهما بما دان ، فاذا تبصر المخالف وصارا معاً متبصرين ، كان مقتضى الحديث جواز ترتيب احكام الزوجية منهما ، لانهما معاً يدينان بذلك .

الطائفة الثالثة : ما تضمن تحريم المطلقة ثلاثاً على الزوج اذا كان يعتقد ذلك. كرواية الهيثم بن ابي مسروق عن بعض اصحابه ، قال : « ذكر عند الرضا (ع) بعض العلويين ممن كان ينتقصه ، فقال : أما انه مقيم على حرام . قلت : جعلت فداك كيف وهي امرأته ؟ قال (ع) : لانه قد طلقها . قلت : كيف طلقها ؟ قال (ع) : طلقها وذلك دينه ، فحرمت عليه » . فان التحريم يقتضي نفوذ طلاقه . وهذه الرواية ـ مع ضعف سندها ، وقصور دلالتها ، لعدم تعرضه أن طلاقها كان على خلاف المشروع ـ لا تصلح لاثبات نفوذ الطلاق غير الجامع للشرائط اذا كان مذهب المطلق ذلك ، لأن التحريم عليه أعم ، كما عرفت في دلالة الطائفة الثانية ، فان من الجائز أن يكون التحريم بما أنه دينه ، ولو استبصر فصار دينه حلية الزوجة كانت له حلالاً ، بل قوله (ع) : « وذلك دينه » ظاهر في ذلك ، فيدل على التحليل لو استبصر . ومثل الرواية المذكورة رواية محمد بن عبدالله العلوي قال : « سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن تزويج المطلقات ثلاثاً . فقال (ع) لي : إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم يحل لكم ، لانكم لا ترون الثلاث شيئاً ، وهم يوجبونها » .

والذي يتحصل من هذه الأخبار : لزوم العمل على من تدين بدينه على حسب دينه ، وجواز الزامه بذلك . وكلا الامرين لا يقتضيان التحريم فى مورد السؤال المذكور . نعم فى صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع : « سألت الرضا (ع) عن ميت ترك امه ، واخوة ، وأخوات ، فقسم هؤلاء ميراثه ، فاعطوا الأم السدس ، وأعطوا الاخوة والأخوات ما بقي . فمات بعض الأخوات ، فاصابني من ميراثه . فأحببت أن أسألك هل يجوز لي أن آخذ ما اصابني من ميراثها على هذه القسمة ، أم لا ؟ فقال : بلى . فقلت : إن أم الميت - فيما بلغني - قد دخلت فى هذا الأمر ، أعني الدين . فسكت قليلا ثم قال (ع) : خذه » . فقد يتوهم منها أن الاستبصار لا يوجب تغير الحكم . وفيه أنه لا ريب فى أن مقتضى قاعدة الالزام جواز أخذ الأخوات من الأم إلزاماً لها بما تدين . وبعد الأخذ والتملك لا يستوجب الاستبصار تبدل الحكم ، فان من تزوج المطلقة ثلاثاً على غير السنة كان تزويجه صحيحاً ، وتخرج به عن الزوجية للمطلق ، فاذا استبصر لا يبطل التزويج الثاني . وكذا إذا أخذ الأخ بالعصبة ، فاستبصرت البنت ، أو الأم ، أو الاخوات ، 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 من الالتزام بعموم الالزام ، كما يقتضيه خبر عبدالله بن طاووس المتقدم ، بل وصحيح محمد بن مسلم المتقدم ، كما يظهر بالتأمل فيه .

ثم انه قد روى عثمان بن عيسى عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله (ع) : « انه قال : إياكم وذات الازواج 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 ؟ فاذا قال : نعم فقد صارت تطليقة على طهر . فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوجها وقد صارت تطليقة بائنة » ، ونحو ذلك رواية اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله (ع) . وظاهرهما عدم جواز الالزام بما التزم به . لكن تضمنت صحة الطلاق بقول الزوج : « نعم » بعد السؤال منه : هل طلقت زوجتك فلانة ؟ ومثلها في ذلك غيرها . وهي مهجورة عند الاصحاب ، وإن عمل بها جماعة .

ومن ذلك تعرف أن الطلاق الواقع منهم ليس صحيحاً ، وإنما اقتضى الزامهم به بما أنه مذهبهم ، فاذا تبصرا خرج عن كونه مذهبهم ، فلا موجب للالزام به .

وقد يستدل على ذلك برواية علي بن سويد عن ابي الحسن موسى (ع) في حديث : « أنه كتب اليه يسأله عن مسائل كثيرة . فاجابه بجواب هذه نسخته : بسم الله الرحمن الرحيم ... الى أن قال : وسألت عن امهات الاولاد ، وعن نكاحهم وطلاقهم . فأما أمهات الاولاد فهن عواهر الى يوم القيامه ، نكاح بغير ولي ، وطلاق في غير عدة . فاما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله ، ويقينه شكه » . بناء على أن المراد منه أن الاستبصار يهدم ما قبله . فالتحريم الثابت للمطلق ثلاثاً يتبدل بالتحليل . لكن لا يخلو عن اشكال وغموض ، لعدم وضوح رجوع هذه الفقرة الى ما ذكر ، بل من المحتمل رجوعها الى مسألة اخرى 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 ، وان كان صحيحاً بنظر المتوارثين . فمن تزوج امه من الرضاعة لا يرثها ، وإن كان

مذهبه صحة التزويج . نعم اختلفوا فى توارث المجوس ، والمنسوب الى اكثر المتأخرين عدم توارثهم بالسبب الفاسد . وقيل بالتوارث به بينهم . ونسب الى جماعة من القدماء والمتأخرين . اما في توارث المسلمين فلا خلاف عندهم في عدم صحة السبب اذا كان مخالفاً للواقع ، وان كان صحيحاً بنظر المتوارثين . ومقتضى ذلك عدم الخلاف في توارث الزوجين المذكورين ، وان اعتقدا صحة طلاق الثلاث ، فكيف اذا عدلا عن هذا الاعتقاد الى اعتقاد بطلان طلاق الثلاث ؟!.

والموثق : « لكل قوم نكاح » لابد أن يكون محمولا على صحة النسب ، لأن المتولد من وطء الشبهة كالمتولد من الوطء بالعقد ، يصح انتسابه الى الواطئ 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 ان 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 ان المستبصر اذا تزوج امرأة من المخالفين فطلقها الطلاق الثلاث غير الجامع للشرائط بحسب مذهبنا ، لم تخرج عن الزوجية ، وجاز له مراجعتها . فاذا مات كان عليها عدة الوفاة ، ولا يجوز تزويجها في العدة . وليس لها المطالبة بالميراث ، عملا بقولهم (ع) : « الزموهم ... » . ولو لم ترض الزوجة بالرجوع إلا بعقد جديد فالحكم كذلك . ومما يشهد لما ذكرنا ما ورد في المجوسي إذا اسلم على سبع أنه يمسك اربعاً ، ويطلق ثلاثاً . فانه ظاهر في أن اقراره على دينه ونفوذ ما يعتقده عليه يختص بما قبل الاستبصار . أما بعده فيجري عليه الحكم الاولي . والله سبحانه وتعالى العالم . والحمد لله رب العالمين .

فهرس الجزء الثاني عشر

من مستمسك العروة الوثقى

الموضوع	الصحيفة
كتاب النكاح	
استحباب النكاح	٣
ما يستحب لمن يريد النكاح	٥
ما يكره لمن يريد النكاح	٦
ما يستحب اختياره من النساء وما يكره	٦
مستحبات الدخول على الزوجة	٧
ما يستحب عند الجماع وما يكره	٨
بعض أحكام التزويج	٩
يجوز النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها	١٠
يجوز النظر إلى الجارية التي يريد شراءها	١١
حكم النظر إلى نساء أهل الذمة والبوادي	١٥
جواز النظر إلى المماثل عدا العورة	١٨
يجوز نظر الزوج إلى الزوجة وبالعكس	١٩
حكم الخنثى مع الذكر والانثى	٢٠
حكم النظر إلى الأجنبية والأجنبي	٢٠
يجوز النظر إلى المحارم عدا العورة	٢٦
المملوكة كالزوجة إلا ما استثني	٢٧
النظر إلى الزوجة المعتدة من وطء الشبهة والطلاق الرجعي	٢٧
ما يستثنى من عدم جواز النظر	٢٨
النظر إلى الصبي والصبية	٣١
حكم تقبيل الصبية	٣٣
نظر المملوك إلى مالكته	٣٤
نظر الخصي إلى المرأة	٣٦
حكم العنين والمجبوب والكبير الذي سقطت شهوته	٣٨
الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة اليه	٣٨
سماع صوت الأجنبية والأجنبي	٣٩
مصافحة الأجنبية ولمسها	٤٠
حكم ابتداء الرجل المرأة بالسلام	٤١
يكره الجلوس في مجلس المرأة قبل برده	٤١
استئذان الولد إذا دخل على أبيه ، وعدم استئذان الوالد إذا دخل على ابنه	٤٢
الحد الذي يفرق فيه بين الأطفال في المضاجع	٤٢
النظر إلى العضو المقطوع	٤٢

الصحيفة	الموضوع
٤٣	حكم وصل المرأة شعر غيرها بشعرها
٤٤	لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس
٤٤	يكره اختلاط النساء بالرجال إلا العجائز
٤٤	صور الشك فيمن يجوز النظر اليه
٤٦	ماذكره بعض الأعاظم (ره) فى توجيه حرمة النظر ، ومناقشته
٤٨	يجب على النساء التستر كما يحرم على الرجال النظر ، وحكم العكس
٤٩	تحديد النظر المحرم
	﴿ فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة ﴾
٥٠	حكم الوطء فى الدبر
٥٢	هل يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً
٥٣	مايشترك فيه الوطء فى الدبر مع الوطء فى القبل من الأحكام وما يختلفان فيه
٥٤	إذا حلف على ترك الوطء يحنث بالوطء دبراً
٥٥	حكم العزل عند الوطء
٥٧	حكم الدية لو تحقق العزل
٥٨	يحرم ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر

الصحيفة	الموضوع
٦٠	تحديد الوطء الواجب
٦١	موارد جواز ترك الوطء
٦٢	حكم ما لو كانت المرأة شبقة
٦٢	حكم قضاء الوطء لو تركه عند تمام الأربعة أشهر
	﴿ فصل ﴾
٦٣	لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمالها تسع سنين
٦٤	حكم وطء المملوكة قبل إكمالها تسع سنين
٦٥	لو وطأ الصغيرة فأفضاها
٦٧	وجوب دية الافضاء
٦٨	وجوب النفقة على المفضاة مادامت حية
٦٩	تفسير الافضاء
٧٠	إفضاء غير الزوجة
٧١	إفضاء الزوجة بعد إكمالها تسع سنين
٧٢	إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً فهل الدية عليه أو على العاقلة ؟
٧٢	إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر ضمنه
٧٣	لو شك في إكمالها تسع سنين

الصحيفة	الموضوع
٧٤	يجري عليها مع الافضاء جميع أحكام الزوجة
٧٤	حكم النفقة عليها لو نشزت ، وبعض أحكام نفقتها

(فصل)

٧٦	لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على أربع
٧٧	جواز الزيادة على الأربع في غير العقد الدائم
٧٨	لا يجوز للحر أن يجمع بين أكثر من أمتين
٧٩	لا يجوز للعبد أن يجمع بين أكثر من حرتين
٨٠	حكم العبد والأمة المبعضين
٨٢	إذا أعتق العبد وعنده أكثر من أمتين . أو اعتقت الأمة وهي عند العبد
٨٣	تحقيق حال القرعة دليلا ومورداً
٨٧	من كان عند أربع واحتمل أن بعضها بالعقد المنقطع فهل يتزوج الخامسة؟
٩٠	حكم تزوج الخامسة في عدة طلاق الرابعة
٩٢	لو كانت الخامسة أخت المطلقة

الصحيفة	الموضوع
٩٢	لو كانت العدة لغير الطلاق

(فصل)

٩٣	لا يجوز التزويج في عدة الغير
٩٤	تحريم المزوجة في العدة مؤبداً مع العلم أو الدخول بها
٩٧	لا يلحق استبراء الأمة بالعدة
٩٧	جواز الاستمتاع بالأمة قبل الاستبراء بما دون الوطء
٩٨	لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل
٩٨	لا يلحق بالتزويج الوطء شبهة ، بل ولا زناء إلا أن تكون العدة رجعية
٩٩	لو عقد على المعتدة بعقد فاسد من جهة أخرى
١٠٠	المدار على علم الزوج لا الوكيل أو الولي
١٠١	لا مانع من تزويج المعتدة بصاحب العدة
١٠٢	هل الموجب للتحريم هو الوطء في العدة ، أو العقد فيها ؟
١٠٣	لو شك في أنها في العدة
١٠٤	لو علم بتحقق العقد في العدة جاهلا

الموضوع	الصحيفة
وشك في الدخول . أو علم بعدم الدخول وشك فى علمه بكونها معتدة	
حكم العلم الاجمالي بكون إحدى الامرأتين فى العدة	١٠٥
لو علم أن المرأة في العدة وشك فى أنها عدة لنفسه أو لغيره	١٠٦
تزويج ذات البعل كتزويج المعتدة	١٠٦
تزويج أمة الغير بدون إذنه	١٠٩
لو تزوج امرأة عليها عدة لم تبدأ بها	١٠٩
لو تزوج المعتدة ودخل بها ثم ولدت ولداً	١١٠
لو اجتمعت عدد مختلفة هل تتداخل أو تتعدد ، مع بعض الأحكام على القول بتعددها	١١١
لو كانت العدتان لشخص واحد	١١٩
حكم المهر للموطوءة أو المزوجة فى العدة	١١٩
مبدأ العدة فى وطء الشبهة المصاحب للعقد والمجرد عنه	١٢٠
حكم المهر لو كانت الموطوءة شبهة عالمة ، وحكم الأرش لو كانت أمة	١٢١
لا يتعدد المهر بتعدد الوطء	١٢٣

الموضوع	الصحيفة
حكم تزويج الزانية للزاني وغيره	١٢٤
حكم استبراء الزانية قبل التزويج	١٢٥
لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها	١٢٧
الزنا بذات البعل	١٢٨
الزنا بذات العدة الرجعية	١٢٩
من لاط بغلام حرمت عليه أمه وبنته وأخته	١٣٠
لا تحرم على الموطوء أم الواطىء وبنته وأخته	١٣٢
لو كان الموطوء خنثى	١٣٢
﴿ فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الاحرام ﴾	
حرمة الزواج على المحرم	١٣٥
بطلان نكاح المحرم	١٣٧
نكاح المحرم موجب للحرمة الأبدية مع العلم منه بحرمته	١٣٧
لو كان الزوج محلا وكانت الزوجة محرمة	١٣٨
وطء الزوجة في حال الاحرام	١٤٠
لو تزوج في حال الاحرام بعقد فاسد	١٤٠
لو شك في وقوع التزويج حال الاحرام	١٤١
بعض الكلام في أصالة الصحة	١٤٢

الصحيفة	الموضوع
١٤٣	لو انكشف فساد الاحرام
١٤٣	لو أفسد إحرامه ثم تزوج
١٤٤	يجوز للمحرم الرجوع في العدة الرجعية وتملك الاماء
١٤٤	لو زوجه الفضولي في حال الاحرام
	﴿ فصل في المحرمات بالمصاهرة ﴾
١٤٥	تحديد مفهوم المصاهرة
١٤٦	تحريم زوجة كل من الأب والابن على الآخر
١٤٦	لا تحرم مملوكة أحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولا بها ولا منظورة ولا ملموسة بشهوة ، وتحرم مع شيء من ذلك . وكذا المحللة
١٤٩	تحرم أم الزوجة حتى مع عدم الدخول بالزوجة
١٥٣	تحرم بنت الزوجة بشرط الدخول بالأم ، ولا يعتبر كونها في حجره
١٥٤	تحرم أم المملوكة الموطوءة وبنتها على الواطىء
١٥٥	تحديد الدخول المحرم
١٥٦	لا يجوز للأب ولا للابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل
١٥٦	يجوز للأب تقويم مملوكة ابنه الصغير على نفسه
١٥٧	إلحاق الجد بالأب ، ومملوكة البنت بمملوكة الابن
١٥٨	إذا زنى الابن بمملوكة الأب حدّ ، وحكم الأب لو زنى بمملوكة الابن
١٥٩	إذا وطىء أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد ، وحكم الولد
١٦٠	لا يجوز نكاح المرأة على عمتها أو خالتها إلا باذنها
١٦١	يجوز نكاح العمة على بنت أخيها والخالة على بنت أختها وإن لم تأذنا ولا يعتبر علم العمة والخالة حينئذ بالحال
١٦٣	لو اقترن العقدان على العمة وبنت أخيها ، أو الخالة وبنت أختها
١٦٤	هل يكفي الرضا من العمة والخالة أو يعتبر الاذن ؟ مع بقية فروع المسألة
١٦٦	لو اشترط على العمة أو الخالة الاذن في تزويج بنت الأخ أو الأخت
١٦٧	إذا تزوج من غير إذنها ثم أجازتا

الصحيفة	الموضوع
١٦٨	إذا ادعت عدم الاذن وادعى هو الاذن
١٦٩	إذا تزوج امرأة ثم صارت بنت أخ لامرأته أو بنت أخت بالرضاع . وكذا الوجمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم
١٧٠	حكم تزوج بنت الأخ أو الأخت في العدة لعمتها أو خالتها
١٧١	الزنا بعد العقد لا يوجب حرمة المعقودة
١٧٣	الزنا بالعمة والخالة يحرم نكاح بنتيهما
١٧٤	حكم الزنا بغير العمة والخالة في تحريم بنتها وعدمه
١٧٨	حكم وطء الشبهة
١٨٠	إذا زنى بمملوكة أبيه هل تحرم على الأب ؟
١٨٢	بعض فروع الشك في الزنا
١٨٣	الفرق بين الزنا ووطء الشبهة
١٩٠	الزنا بالميتة
١٩١	إذا كان الزنا بعد العقد ثم طلقت لم يمنع من الرجوع بها في العدة ، ومنع من تجديد العقد عليها
١٩١	إذا وقع العقد فضولا ثم حصل الزنا قبل الاجازة
١٩٢	تحرم منظورة الأب وملموسته بشهوة على الابن ، وكذا العكس بخلاف ما إذا لم يكن النظر أو اللمس عن شهوة
١٩٢	هل تحل أم الملموسة أو المنظورة وبنتها للملامس والناظر ؟
١٩٤	هل يقوم النظر واللمس مقام الوطء في التحريم ؟
١٩٥	يحرم الجمع بين الأختين في النكاح
١٩٦	يحرم الجمع بين الأختين في الملك مع الوطء
١٩٧	حكم الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء
١٩٨	يحرم الجمع بين الأختين بتزويج إحداهما ووطء الأخرى بالملك
١٩٩	لو وطىء إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى
٢٠٠	لو تزوج إحدى الأختين ثم تزوج الأخرى بطل عقد الثانية
٢٠١	لو تزوج بالأختين واشتبه العقد السابق
٢٠٢	هل يجبر على طلاقهما احتياطاً ، لآية التسريح بالاحسان ، أو القاعدة نفي

الصحيفة	الموضوع
	الضرر والحرج. مع تنبيه مهم في القاعدة
٢٠٤	الرجوع إلى القرعة. واحتمال فسخ الحاكم
٢٠٥	حكم المهر مع الطلاق
٢٠٥	قاعدة العدل والانصاف في الماليات
٢٠٧	لو اقترن عقد الأختين
٢٠٨	لو كان عنده أختان مملوكتان فوطىء إحداهما حرمت عليه الأخرى
٢١٠	إذا وطىء الثانية حرمت عليه الموطوءة الأولى . وفروع ذلك
٢١٣	حكم الجمع بين الأختين من الزناء
٢١٤	حكم التزوج باحدى الأختين في عدة أختها
٢١٥	حكم تزوج إحدى الأختين مع الزنا بالأخرى أو وطئها شبهة
٢١٦	حكم الجمع بين فاطميتين
٢١٩	حكم تزويج الأمة مع عدم الشرطين : عدم الطول ، وخوف العنت
٢٢١	تحقيق المراد بخوف العنت
٢٢٣	التمتع بالأمة مع عدم الشرطين
٢٢٤	أفضلية الصبر عن نكاح الأمة حتى مع الشرطين

الصحيفة	الموضوع
٢٢٦	لو تزوجها مع الشرطين ثم فقدهما . مع فروع المسألة
٢٢٨	لو طلبت الحرة اكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه . وفيه تحقيق في مورد قاعدة نفي الضرر
٢٢٩	(تنبيه) في أن الحرمة وضعية لا تكليفية
	(فصل)
٢٣٠	في نكاح الأمة على الحرة
٢٣٠	بطلان نكاح الامة مع عدم إذن الحرة
٢٣١	إذا رضيت الحرة بالعقد على الأمة بعد وقوعه
٢٣٤	لو لم تكن الحرة قابلة للاذن
٢٣٤	نكاح الحرة على الأمة
٢٣٥	لو تزوج الحرة والأمة في عقد واحد مع بعض فروع المسألة
٢٣٧	لو زوج الحرة فضولا ، ثم تزوج الأمة ، ثم أجاز عقد الحرة
٢٣٧	لو عقد على الحرة والأمة واشتبه السابق من العقدين
٢٣٨	لو شرط على الحرة أن تأذن في عقد الأمة

الموضوع	الصحيفة
﴿ فصل في نكاح العبيد والاماء ﴾	
أمر تزويج المملوك راجع إلى مالكه	٢٣٨
لو تزوج العبد أو الأمة بدون إذن المولى وقف على إجازته	٢٤٠
الاجازة كاشفة	٢٤٢
حكم الاجازة بعد الرد	٢٤٣
حكم المهر والنفقة ، وأنهما على العبد أوعلى المولى على اختلاف صور المسألة	٢٤٤
إذا أطلق المولى الاذن حملت على المتعارف من حيث الزوجة والمهر . مع الاشارة إلى أن التعارف في الماليات ونحوها يوجب تقييد الاطلاق ، دون سائر المقامات ، وإلى وجه ذلك	٢٤٨
مهر الأمة المزوجة للمولى . ونفقتها على زوجها	٢٤٩
حكم استخدام الأمة من قبل المولى	٢٥٠
هل يملك العبد والأمة ، أو لا ؟	٢٥١
إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وحكم المهر . مع التعرض إلى الضابط الذي يرجع اليه في سقوط المهر وبقائه	٢٥٣
إذا اشترت العبد زوجته المهر الذي لها في ذمة السيد أو العبد	٢٥٧
الولد بين المملوكين رق	٢٥٩
إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر	٢٥٩
إذا كان الحر زانياً فالولد رق	٢٦١
بيان مالك الولد إذا كان بين مملوكين في الصور المختلفة	٢٦١
لا يصح اشتراط رقية الولد إذا كان أحد أبويه حراً	٢٦٤
فساد الشرط هل يوجب فساد العقد؟ وخصوصية النكاح في ذلك	٢٦٥
لو تزوج الحر الأمة من غير إذن مولاها ، وبيان حكم الولد ، والمهر ، والأرش	٢٦٧
لو لم يجز المولى حتى مات فهل يصح العقد باجازة وارثه ؟	٢٧٢
إذا دلست الأمة فادعت الحرية وتزوجت	٢٧٣
لو ادعت الحرية فهل تقبل دعواها ؟	٢٧٩
إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه	٢٨٠
إذا زنى العبد بحرة	٢٨٣

الصحيفة	الموضوع
٢٨٣	إذا زنى الحر بأمة
٢٨٣	يجوز للمولى تحليل أمته لعبده
٢٨٤	هل يدخل التحليل فى عقد النكاح ، أو ملك اليمين ، أو هو قسم ثالث ؟
٢٨٥	يجوز للمولى أن ينكح عبده أمته ، وأن ذلك لا يرجع الى التحليل
٢٨٦	هل يحتاج إنكاح المولى عبده أمته إلى القبول ؟ وتحقيق الفرق بين العقد والايقاع
٢٨٧	حكم الولي والوكيل عن الطرفين من حيث الحاجة إلى القبول وعدمها
٢٨٨	لو أذن لعبده وأمته في التزويج فهل يحتاج إلى القبول ؟
٢٨٩	كيفية تفريق المولى بين عبده وأمته المتزوجين
٢٩٠	هل يجب على المولى أن يدفع لأمته شيئاً لو زوجها من عبده ؟
٢٩١	إذا مات المولى فلورثته الأمر بالمفارقة وحكم ما لو تعدد الورثة
٢٩١	إذا زوج الأمة غير مولاها بغير إذنه مع جهل الزوج بذلك
٢٩١	لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى بعضها
٢٩٣	حكم المبعضة وكيفية استمتاع مالك بعضها بها

﴿ فصل في الطوارئ ﴾

٢٩٤	إذا أعتقت الأمة كان لها فسخ نكاحها
٢٩٦	حكم المهر لو أعتقت الأمة . مع بعض فروع المسألة
٢٩٩	إذا كان العتق في العدة الرجعية ، أو البائنة
٣٠٠	لا يحتاج فسخ المعتقة إلى إذن الحاكم
٣٠٠	فورية الخيار
٣٠١	حكم ما لو كانت المعتقة صبية أو مجنونة لا يصح منها الاختيار
٣٠٢	لو شرط المولى في العتق عدم الفسخ
٣٠٣	لو أعتق العبد لا خيار له ولا لزوجته
٣٠٤	لو كان عند العبد حرة وأمتان وأعتقت إحدى الأمتين ، ونحو ذلك

﴿ فصل فى العقد وأحكامه ﴾

٣٠٦	يعتبر فى العقد الايجاب والقبول اللفظيان

الصحيفة	الموضوع
٣٠٦	في ألفاظ الايجاب
٣٠٧	هل يعتبر في العقد العربية ؟
٣٠٨	هل يعتبر في العقد الماضوية ؟
٣٠٨	هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول؟
٣٠٩	هل يعتبر كون الايجاب من الزوجة والقبول من الزوج ؟
٣١٠	في ألفاظ القبول
٣١١	هل يجزي القبول بلفظ الأمر ، ورواية سهل الساعدي
٣١٣	عقد الأخرس
٣١٤	لا يكفي العقد بالكتابة
٣١٤	حكم الايجاب بلفظ (نعم) وبعض فروع العقد
٣١٦	هل يعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول؟
٣١٧	يعتبر في العقد التنجيز
٣١٧	تحقيق في مفاد التعليق في الانشاء
٣١٩	ما يلزم مراعاته عند العقد على وجه مخالف للاحتياط اللزومي
٣٢٠	في عقد الصبي
٣٢٢	عقد السكران إذا أجاز بعد إفاقته
٣٢٢	عقد السكرى إذا أجازت بعد الافاقة

الصحيفة	الموضوع
	وتحقيق حال صحيحة ابن بزيع
٣٢٤	عقد السفيه ، والمكره إذا أجاز
٣٢٥	يعتبر بقاء المتعاقدين على الأهلية في تمام العقد
٣٢٨	اعتبار تعيين الزوج والزوجة
٣٣١	إذا تنازعا في التعيين وعدمه
٣٣١	إذا تنازع الزوج وولي الزوجة في المرأة التي عيناها
٣٣٢	(تنبيه) في بيان اختلاف المسألة باختلاف المباني . مع تحقيق المدعي من المنكر على بعض صور المسألة
٣٣٣	من كان له عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد
٣٣٤	صحيحة أبي عبيدة الحذاء وتوجيه الأصحاب لها
٣٣٦	لا يصح تزويج الحمل
	﴿ فصل في مسائل متفرقة ﴾
٣٣٨	الأولى : لا يصح اشتراط الخيار في النكاح
٣٤٠	هل يبطل العقد باشتراط الخيار فيه؟

الصحيفة	الموضوع
٣٤١	يصح اشتراط الخيار في المهر في العقد الدائم دون المنقطع
٣٤٢	المسألة الثانية : إذا تصادق الرجل والمرأة على الزوجية حكم لهما بها
٣٤٣	إذا ادعى أحدهما الزوجية وانكر الآخر
٣٤٤	إذا رجع المنكر إلى الاقرار أو المقر إلى الانكار
٣٤٦	تحقيق في قاعدة الاقرار ، وسماع دعوى المواطأة في الاقرار
٣٤٨	المسألة الثالثة : إذا تزوج امرأة ثم ادعى رجل آخر سبق زوجيتها
٣٤٩	سماع الدعوى وإن لم يكن لها أثر فعلي
٣٥١	إذا صدقت المرأة المزوجة المدعي لزوجيتها
٣٥٢	المسألة الرابعة: إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز أن تتزوج قبل تمامية الدعوى ؟
٣٥٥	المسألة الخامسة: لو ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت ، وادعت زوجيته امرأة لا يجوز نكاحها مع الأولى
٣٥٨	رواية الزهري وتحقيق الكلام فيها

الصحيفة	الموضوع
٣٦٢	المسألة السادسة : إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها
٣٦٣	المسألة السابعة : يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية
٣٦٤	إذا كانت متهمة في دعواها أنها خلية
٣٦٥	المسألة الثامنة : إذا ادعت أنها خلية فتزوجت ثم ادعت أنها كانت مزوجة
٣٦٥	المسألة التاسعة: إذا وكلا في إيقاع عقد النكاح لا يجوز لها ترتيب أحكامه إلا إذا علما بوقوعه ، وحجية قول الوكيل في ذلك
	﴿ فصل في أولياء العقد ﴾
٣٦٦	ولاية الأب والجد للأب
٣٦٦	عدم ولاية الأم ، ولا الجد من جهة الأمهات
٣٦٧	عدم ولاية الأخ والعم والخال وأولادهم
٣٦٨	ولاية الأب والجد على الصغيرين ، والمجنون المتصل جنونه بالصغر
٣٦٨	هل تثبت ولايتهما على المجنون المنفصل

الموضوع	الصحيفة
جنونه عن الصغر ؟	
لا ولاية لهما على البالغ الرشيد ، والبالغة الرشيدة الثيب	٣٦٩
في ولايتهما على البالغة الرشيدة البكر مع التعرض للأقوال الكثيرة ، وأدلتها ، والجمع بين الأدلة بوجه لم يسبق اليه	٣٦٩
لا ولاية للولي إذا عضل المرأة	٣٧٦
سقوط ولاية الأب والجد اذا غابا مع حاجتها الى التزويج	٣٧٧
اذا ذهبت بكارتها بغير الوطء ، أو بالزنا ، أو بوطء الشبهة ، أو تزوجت ومات زوجها أو طلقها قبل أن يدخل بها	٣٧٧
هل يشترط في ولاية الجد حياة الأب ، أو موته ؟ أو لا يشترط	٣٧٩
لا خيار للصغيرين بعد كمالهما في فسخ تزويج الولي لهما	٣٨١
يشترط في صحة تزويج الولي عدم المفسدة	٣٨٢
هل يشترط ملاحظة المصلحة ، أو الأصلح ؟	٣٨٣
اذا زوجها الولي بدون مهر المثل	٣٨٤
اذا زوجها الولي بدون مهر المثل فهل يكون موضوع الضرر هو المهر فقط أو هو التزويج بذلك المهر ؟	٣٨٤
لا يصح نكاح السفيه المبذر إلا باذن الولي	٣٨٥
حكم السفيه في أمر النكاح مع الرشد في الماليات	٣٨٦
استقلال كل من الأب والجد في الولاية فاذا سبق أحدهما لم يبق موضوع للآخر	٣٨٧
لو عقدا معاً وجهل السابق	٣٨٨
اذا تشاح الأب والجد قدم اختيار الجد ، وحكم ما لو بادر الأب فعقد	٣٩١
لو تشاح الجد الأسفل والأعلى	٣٩٢
حكم تزويج الولي للمولى عليه بمن به عيب	٣٩٣
مملوك المملوك كالمملوك يتولى تزويجه المولى	٣٩٦
في ثبوت الولاية للوصي على المجنون والصغير ، وعدمه	٣٩٦

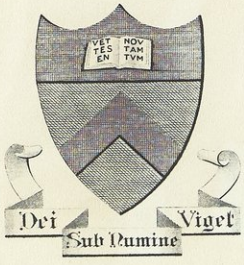
الصحيفة	الموضوع
٣٩٧	في أن آية الوصية لا تشمل الوصية بشؤون الغير
٤٠٠	لا ولاية لوصي الأب مع حضور الجد ، وبالعكس
٤٠٠	ولاية الحاكم الشرعي
٤٠١	توجيه ولاية الحسبة
٤٠٢	يستحب للمرأة أن تستأذن أباها أو جدها أو أخاها الأكبر
٤٠٣	في أن اذن البكر سكوتها
٤٠٣	شرائط الأولياء : البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاسلام اذا كان المولى عليه مسلماً
٤٠٧	لا يجوز تزويج الولي في حال الاحرام
٤٠٨	يجب على الوكيل أن لا يتعدى عما عينه الموكل . ومع الاطلاق يراعي المصلحة
٤٠٨	اذا وكلت المرأة رجلا في تزويجها فهل له أن يزوجها من نفسه ؟
٤٠٩	اذا وكلت المرأة رجلا في تزويجها من نفسه فهل يجوز ذلك ؟ وموافقة عمار في المسألة

الصحيفة	الموضوع
٤١٠	النكاح الفضولي يصح بالاجازة
٤١٢	بيان المراد بالفضولي
٤١٣	لا يعتبر في الاجازة الفورية
٤١٣	لا تصح الاجازة بعد الرد
٤١٤	تقع الاجازة بكل ما يدل على انشاء الرضا
٤١٥	حكم اجازة من يرى لزوم العقد أو الاجازة عليه
٤١٦	الاجازة كاشفة . مع بيان وجه النقل ووجوه الكشف الحقيقي والحكمي والانقلابي . وتوجيه الكشف الانقلابي بما يوافق الارتكاز والقواعد
٤٢١	الرضا التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية
٤٢١	حكم الرضا الفعلي غير المقرون بما يدل عليه
٤٢٣	اذا كان كارهاً حال وقوع عقد الفضولي فهل يصح بالاجازة ؟
٤٢٤	اذا اعتقد الفضولي أنه ولي أو وكيل
٤٢٤	اذا قال : « زوجت موكلتي » ولم تكن وكلته

الصحيفة	الموضوع
٤٢٥	هل يجوز اجازة العقد في بعض مضمونه دون بعض ؟ وفيه تحقيق مهم وتنبيه على أن انحلال العقد فى تبعيض الصفقة ونحوه ليس حقيقياً بل ادعائياً عرفياً
٤٢٧	اذا أوقع العقد بعنوان الفضولية ولم يكن فضولياً
٤٣٠	اذا زوج الصغيران فضولا ، فمات أحدهما بعد بلوغه واجازته قبل إجازة الآخر
٤٣٥	اذا كان العقد فضولياً من أحد الطرفين ، فهل تترتب أحكامه فى حق غير الفضولي ؟
٤٣٩	هل تصح اجازة الفضولي اذا أوقع المجيز عقداً ينافيه
٤٤٠	اذا زوجها الوكيلان من رجلين واشتبه السابق . مع بيان أن في المسألة وجوه خمسة . وتقريب الرجوع الى القرعة
٤٤٢	اذا تصادقا على الزوجية حكم لهما بها
٤٤٣	نهاية الكتاب
٤٤٤	رسالة فيما لو طلق المخالف على طبق مذهبه ثم استبصر فهل له الرجوع اذا لم يكن الطلاق صحيحاً عندنا

6194 70
44

Library of



Princeton University.

Princeton University Library
32101 077680187