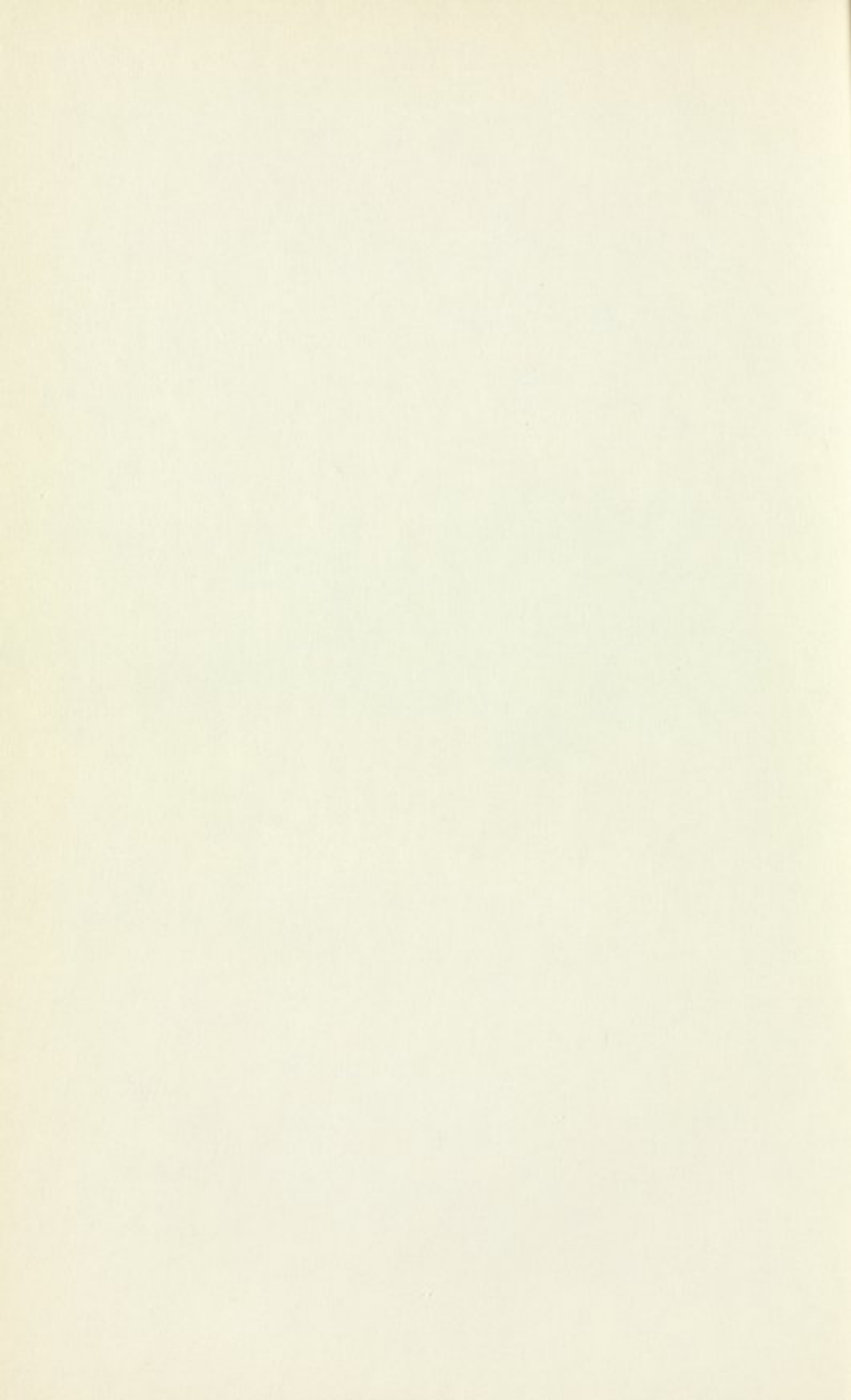


Princeton University Library



32101 077680187



وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

فَلَا يَكْذِبُ

مُسْتَمْسَكَ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محمد الطباطبائي الحكيم

دام ظله العالي

الجزء الثاني عشر

الطبعة الثانية

مطبعة المنجف

١٣٧٩ م — ١٩٥٩ هـ

al-Tabātabā'i al-Hakīm, Muḥsin ibn Maḥdī

وَمَنْ يُسَلِّمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

فَلْيَسْتَمْسِكْ

Mustamseki

مُسْتَمْسِكٌ

الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

المحسين الطباطبائي الحكيم

الجزء الثاني عشر

طبعة النجف

١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 بسين 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 : « ما بني بناء أحب الى الله تعالى من التزويج » وعن النبي (ص) : « من تزوج احرز نصف دينه فليتيق 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 رجلاً 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 رجلاً أتى النبي (ص) فشكى اليه الحاجة فامر به بالتزويج حتى امره ثلاث مرات

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

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

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

﴿مسألة ٣﴾ : المستحب هو الطبيعة اعم من ان يقصد به القرية أولا . نعم عباديته وترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القرية .

﴿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 كانت 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 موجبا 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 يتلى بالزنا معها لولا تزويجها ، والمحرم نكاح المحرمات عينا او جمعا والمستحب المستجمع للصفات المحموده في النساء والمكروه النكاح المستجمع للاوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المريبة ونحوها والمباح ما عدا ذلك .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : يستحب عند إرادة التزويج أمور ﴿ منها ﴾ : الخطبة ومنها صلاة ركعتين عند ارادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها والدعاء بعدها بالمأثور ، وهو : « اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقا وأعظمهن بركة وقدر لي ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا في حياتي وبعد موتي » . ويستحب ايضا ان يقول : « أقررت الذي أخذ الله إمساك بمعروف او تسريح باحسان » ﴿ ومنها ﴾ : الوليمة يوما أو يومين لا يزيد فانه مكروه ، ودعاء المؤمنين والاولى كونهم فقراء ولا بأس بالاغنياء خصوصا عشيرته وجيرانه واهل حرفته ، ويستحب اجابتهم وأكلهم ، ووقتها بعد العقد او عند الزفاف ليلا او نهارا ، وعن النبي ﴿ ص ﴾ : « لا وليمة إلا في خمس عرس او خمس او عذار او وكر او ركاز » العرس التزويج ، والخرس النفاس ، والعذار الحتان ، والوكر 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 العقب أي في رجليها المنازل المنسوبة إليها وهي القلب والأكليل والزبانا والشولة ﴿ ومنها ﴾ : إيقاعه يوم الأربعاء ﴿ ومنها ﴾ : إيقاعه في أحد الأيام المنحوسة في الشهر - وهي الثالث والخامس والثالث عشر والسادس عشر والحادي والعشرون والرابع والعشرون والخامس والعشرون ﴿ ومنها ﴾ : إيقاعه في محاق الشهر وهو الليلتان أو الثالث من آخر الشهر .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : يستحب اختيار امرأة تجمع صفات بان تكون بكرة ولودا ودودا عفيفة كريمة الاصل ، بان لا تكون من زنا او حيض او شبهة او ممن تنال اللسن آباءها أو أمهاتها أو مسهم رق أو كفر أو فسق معروف ، وان تكون سمراء عينا عجزاء مريوعة طيبة الريح ورمة السكعب جميلة ذات شعر، صالحة تعين زوجها على الدنيا والآخرة عزيزة في أهلها ذليلة مع بعلمها متبرجة مع زوجها حصانا مع غيره ، فعن النبي ﴿ص﴾ : « إن خير نسائك الولود الودود العفيفة العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلمها المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره التي تسمع قوله وتطيع امره وإذا خلا بها بذات له ما يريدها ولم تبذل كتبذل الرجل . ثم قال ﴿ص﴾ : ألا أخبركم بشرار نسائك : الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلمها العقيم الحقود التي لا تدرع من قبيح المتبرجة إذا غاب عنها بعلمها ، الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله ولا تطيع امره وإذا خلاها بعلمها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها لا تقبل منه عذرا ولا تغفر له ذنبا » . ويكره اختيار العقيم ومن تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجبية ، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة ويكره تزويج جملة أخرى : ﴿ منها ﴾ : القابلة وابنتها للمولود ﴿ ومنها ﴾ :

تزويج ضرة كانت لامه مع غير ابيه ﴿ ومنها ﴾ : ان يزوج اخيه ﴿ ومنها ﴾ : المتولدة من الزنا ﴿ ومنها ﴾ : الزانية ﴿ ومنها ﴾ : المخنونة ﴿ ومنها ﴾ : المرأة الحمقاء او العجوز ، وبالنسبة الى الرجال يكره تزويج سيء الخلق والخث والزنح والاكراد والحزر 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 المسكاني 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 وراضي 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 استحلتها فان قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقياً من شيعه آل محمد (ص) ولا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيباً » او يقول : « اللهم على كتابك تزوجتها وفي امانتك اخذتها وبكلماتك استحلت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » ويكره الدخول ليلة الاربعاء .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يجوز اكل ما ينثر في الاعراس مع الاذن ولو بشاهد الحال إن كان عاماً فلامموم وإن كان خاصاً فلامخصوصين ، وكذا يجوز تلمسه مع الاذن

فيه او بعد الاعراض عنه فيملك وليس لما لكه 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 جنبي
الشیطان وجنب الشیطان مارزقني » او يقول : « اللهم بامانتك اخذتها الى آخر
الدعاء السابق ، او يقول : بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا اله الا هو بديع السموات
والارض اللهم ان قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشیطان فيه شركا
ولا نصيباً ولا حظاً واجعله مؤمناً مخلصاً . صفي من الشیطان ورجزه جل ثناؤك » .
وان يكون في مكان مستور .

﴿ مسألة ١١ ﴾ : يكره الجماع ليلة خوف القمر وبوم كسوف الشمس ،
وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحراء ، 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 الحاق ، 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 او هي مختضبة ، وعلى الامتلاء والجماع قائماً وتحت الشجرة المثمرة ، وعلى
سقوف البنيان وفي وجه الشمس الامع الستر ، ويكره ان يجامع وعنده من ينظر
اليه ولو الصبي غير المميز وان ينظر الى فرج المرأة حال الجماع والكلام عند الجماع

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

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

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

﴿ مسألة ١٤ ﴾ : يستحب تعجيل تزويج البنت وتحسينها بالزوج عند بلوغها

فعن أبي عبد الله (ع) : « من سعادة المرأة أن لا تطمأث ابنته في بيته » .

﴿ مسألة ١٥ ﴾ : يستحب حبس المرأة في 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 بيدنها .

﴿ 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 اتخاذ خرقه الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

(١) في كشف اللثام : اتفاق الاصحاب عليه في الجملة . وفي الجواهر : نفي

الخلاف فيه بين المسلمين ، ودعوى الاجماع بقسميه عليه . ويشهد له النصوص ، منها مصحيح محمد بن مسلم ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة ، أينظر اليها ؟ قال (ع) : نعم ، إنما يشتريها بأعلى الثمن » ، ومصحح هشام بن سالم ، وحماد بن عثمان ، وحفص بن البختري ، كلهم عن أبي عبد الله (ع) :

« قال (ع) : لا بأس بأن ينظر الى وجهها ، ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها » ، وصحيح الحسن بن السري ، قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلفها ، الى وجهها ، قال (ع) : نعم ، لا بأس أن ينظر الرجل الى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . ينظر الى خلفها الى وجهها » الى غير ذلك من النصوص . (٢) أما الاولان فلا إشكال فيهما . والاول منها صريح النصوص السابقة .

وأما الثاني فلا استفادة من ذكر المعاصم في مصحيح الفضلاء . وأما الاخيران فذهب الجواز فيهما الى المشايخ الثلاثة ، وجمع من الاصحاب . ويشهد لأولها صحيح عبد الله ابن سنان : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر الى شعرها ؟ فقال (ع) : نعم ، إنما يريد أن يشتريها بأعلى 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 أمره 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 اذالم يكن متلذذا » . وفي الشرائع ، والارشاد والقواعد وغيرها : تخصيص الجواز بالوجه والكفين . بل ربما نسب الى المشهور . وكأنه لحمل المعاصم في الصحيح السابق على الكفين ، وعدم الاعتداد بالنصوص الاخيرة . وضعفه ظاهر اذ المعصم غير الكف . والنصوص لامانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها ، بل إطلاق جواز النظر الى المرأة في مصحيح ابن مسلم يقتضي ذلك ، ولا سيما بملاحظة التعليل فيه وفي غيره بأنه يشتريها باعلى الثمن ، فإنه يقتضي ذلك وأوضح منه موثق يونس المروي عن علل الصدوق : « قلت لابي عبد الله ﴿ ع ﴾ : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له ان ينظر اليها ؟ قال ﴿ ع ﴾ : نعم ، وترقق له الثياب ، لأنه يريد ان يشتريها باعلى الثمن » ، فان ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكن من النظر الى ما خلف الثياب من سائر البدن ولذلك قال في الجواهر : « فلا محيص للفقهاء الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر الى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها - وفيها الصحيح ، والموثق ، وغيرها - الدالة بانواع الدلالة على ذلك » .

لكن شيخنا الاعظم (ره) في رسالة المكاح استشكل في الاطلاق المذكور في مصحيح 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 مصحيح الفضلاء بالوجه والمعاصم لا يظهر له

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

وجه إلا اختصاصها بجواز النظر وأوضح منه في ذلك ما في صحيح السري ، فانه ﴿ع﴾ بعد أن قال : « ينظر إليها » قال : « ينظر الى خلفها والى وجهها » . أقول : يشكل ما ذكره أولاً : بأن الغلبة لا توجب الانصراف المعتمد به . مع أنها ممنوعة في نفسها ، فإن الغالب عدم ستر مقدار من الشعر ، والرقبة ، والصدر والساقين ، ومقتضى ذلك عدم الاختصاص بالوجه والكفين ، لا الاختصاص بها . وثانياً : بأن التخصيص في مصحح الفضلاء لا يصلح للتقييد إلا بناء على مفهوم اللقب نعم ما ذكر لو سلم اقتضى سقوط إطلاق المصحح المذكور ، لا سقوط إطلاق غيره . وثالثاً : بأن التخصيص بالخلف والوجه في صحيح السري إنما كان لذكره في السؤال لا لبيان المراد من الإطلاق . مع انه لو سلم فلا يقتضي الا سقوط الإطلاق 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 ، وقبحها ، وان ذلك يندفع بالنظر الى الوجه والكفين ، إذ يستدل بها غالباً على حسن سائر الاعضاء ، وقبحها من حيث الخلقة واللون . اذ فيه : أنه لا وجه للتخصيص بالمعظم من الغرر ، فانه خلاف الإطلاق . مع ان الاستدلال بالوجه على غيره غير ظاهر . ومن ذلك يظهر لك الوجه في قول المصنف : « بل لا يبعد جواز النظر الى ... » كما تقدم من الجواهر .

(١) كما نص على ذلك في الجواهر . وكأن الوجه فيه الاجماع ، فان أحداً لم يقل بالجواز فيها ، كما في كلام شيخنا الاعظم ، وإلا فإطلاق النص ، والتعليل شامل لها كغيرها .

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

أن لا يكون بقصد التلذذ (١). وان علم أنه يحصل بنظرها قهراً (٢) ، ويجوز تكرار النظر (٣) اذا لم يحصل الغرض - وهو الاطلاع على حالها - بالنظر الاول ويشترط ايضا أن لا يكون مسبقاً 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 لا فرق بين (٧) أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة

فيه منا ، ولذا نسب في كشف اللثام الخلاف فيه الى مالك . ويقضي 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﴾ . ويقضي عموم النصوص ، ولا سيما

كونه الغالب .

(٣) كما في كلام شيخنا الاعظم (ره) بشرط ان يحتمل أن يفيد الثاني ما لا يفيد

الاول . لاطلاق النصوص والتعليل .

(٤) لخروجه عن مورد النصوص - وهو النظر للاطلاع - فيرجع فيه

الى عموم المنع .

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

(٦) لاطلاق النصوص مورداً وتعليلاً . واحتمال أن مورد النصوص من

يريد ان يتزوجها بالخصوص . بعيد .

(٧) كما في رسالة شيخنا الاعظم ﴿ره﴾ . لاطلاق الأدلة ، ولا سيما بملاحظة

ما اشتهر من انه ليس الخبر كالعيان .

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

(١) كما في القواعد وغيرها ، وقواء شيخنا الاعظم ﴿ ره ﴾ في الرسالة . لما يستفاد من التعليل في اخبار المسألة ، فان الرجل اذا جاز له النظر لثلاث يضيع ماله الذي يعطيه على جهة الصداق وغيره ، فلان يجوز للمرأة لثلاث يضيع بضعها أولى . ويشكل بخفاء المقايضة بين البضع والمال . مع انها لو تمت فانما تقتضى 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 احرى أن يؤدم بينكما » . فان الخبر ضعيف لاجمال الاعتماد عليه فيما نحن فيه . ولذلك اختار في الجواهر المنع . بل في كشف اللثام : « لم اعرف من الاصحاب من قال به غيره ﴿ يعني غير مصنفه ﴾ ، والحلي ، 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 باغلي الثمن . مضافا الى النصوص الواردة فيها بالخصوص ، كخبر ابي بصير قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يعترض الامة ليشتريها ، قال ﴿ ع ﴾ : لا بأس أن ينظر الى محاسنها ، ويمسها ما لم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه » . ونحوه غيره . وتحقيق المسألة في كتاب البيع (٣) في الجواهر : منع جواز ذلك لغير مرید التزويج ، ولو وليا لقصور

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

الدالة عن إخراجها عن مقتضى الحرمة بخلافه في شراء الامة الشامل له وغيره
عدا الفضولي على الظاهر . انتهى . وكان 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 اشتغال النصوص على الشراء ، وصدق المشتري
على الوكيل والولي كصدقه على الاصيل . اللهم الا أن يقال : الممحوظ في شراء
الامة المالية ، ولا مانع من شمول المشتري للولي والوكيل ، والممحوظ في التزويج
مناسبات خاصة لا تقوم بغير من يريد التزويج لنفسه فينصرف المشتري عنه .

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

مع عدم التلذذ والريبة (١) ، أي : خوف الوقوع في الحرام (٢) . والاحوط فأنه لا بأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه . وإن كان ظاهر من علل بأنها بمنزلة الاماء عدم الاعتماد عليه . ولكن اعتماد غيره كاف في جبر ضعفه لو كان . ويؤيده خبر أبي البخري عن جعفر ﴿ع﴾ ، عن أبيه عن علي بن أبي طالب ﴿ع﴾ : « لا بأس بالنظر الى رؤوس النساء من أهل الذمة » . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن ابن ادريس من المنع من النظر اليهن عملاً بعموم الآية المحرمة للنظر ، التي لا يجوز تقييدها بخبر الواحد . وتبعمه على ذلك في المختلف ، وكشف اللثام .

(١) كما نص على ذلك في المفهمة ، والخلاف ، والنهاية ، والشرائع ، والقواعد وغيرها ، والعمدة في دليله الاجماع ظاهرآ . 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 ، وإن كان عالماً بعدم وقوعه . فنقول : بناء على ذلك يكون المراد من الريبة مردداً 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 - كما هو الظاهر وفي المستند : « انه متحقق في الحقيقة ، ومحكي في بعض المواضع حكاية مستفيضة » - فهو والا فيشكل تحريم احدها لعدم وضوح دليل على ذلك وظاهر شيخنا في الرسالة وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع في الحرام ، وأما حرمة مع أحد الامرين ، فلا أن فيهما الفساد المنهني عنه .

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

والاشكال عليه ظاهر .

(١) إذا كان المستند في الحل التعليل فهو يقتضي جواز جميع البدن . وإذا كان المستند خبر السكوني ، لزم الاقتصار على خصوص الشعور والأيدي . وقد عرفت أنه المتعين . اللهم إلا أن يفهم أن ذكر الشعور والأيدي من باب أن المتعارف كشفه ، لا خصوصية فيها .

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

(٣) لضعف عباد . لكن رواه في الكافي هكذا : « عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن محبوب ، عن عباد بن صهيب » . وأحمد بن محمد بن عيسى أخرجه البرقي من قم لأنه يروي عن الضعفاء ، ويعتمد المراسيل ، وابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع ، ويمن لا يروي إلا عن ثقة . ولا يبعد أن يكون ذلك كافياً في جبر ضعف السند . واحتتمل في الجواهر أن يكون المراد من التعليل عدم وجوب غض النظر وترك التردد في الأسواق والأزقة من أجلهن ، لأنهن لا ينتهين بالنهي ، فيلزم من ترك ذلك العمر والخرج . لكنه خلاف الظاهر . فلا يبعد إذن 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 اسكل من الرجل والمرأة (١) النظر الى ماء-دا العورة من مماثله شيخا ، او شابا ، حسن الصورة او قبيحها ، ما لم يكن بتلذذ او ريبة (٢) . نعم يكره كشف المسامة (٣) بين يدي اليهودية والنصرانية ، بل مطلق الكافرة (٤) فانهم 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 في آداب الحمام .

(٢) لما سبق .

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

(٤) كأنه لعموم التعليل .

(٥) قال في كشف اللثام : « والشيخ ، والطبرسي في تفسيرهما ، والراوندي في فقه القرآن ، على المنع من نظر المشركة الى المسامة . قال الشيخ والراوندي : إلا ان تكون أمة ، وفسروا (نساءهن) بالمؤمنات . وهو قوي » . وفي الحدائق موافقتهم ، لأن ﴿ لا ينبغي ﴾ في الصحيح بمعنى : لا يجوز ، 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 لسكل من الزوج والزوجة النظر الى جسد الآخر (٢) حتى العورة (٣) مع التلذذ وبدونه، بل يجوز لسكل منها (٤) مس الآخر بسكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ وبدونه .

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

(٢) إجماعاً ، نصاً وفتوى ، بل هو من الضروريات .

(٣) كما صرح به في النصوص ، بل المصرح فيها اكثر من ذلك . نعم عن ابن حمزة حرمة النظر الى فرج المرأة حال الجماع . لما في 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 » . لسكن 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 الاثني كالذكر (١) . ومع الذكر كالاتي .

﴿ مسألة ٣١ ﴾ : لا يجوز النظر الى الاجنبية (٢) ولا للمرأة النظر الى

(١) قال في جامع المقاصد : « الخنثى المشكل بالنسبة الى الرجل كالمرأة ، وبالنسبة الى المرأة كالرجل لتوقف يقين امثال الامر بفض 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 عنها معا واما مع عدم الابتلاء إلا باحدهما ، فيشكل وجوب الاحتياط عليه للشبهة الموضوعية ، كما اشار الى ذلك في الجواهر . ومثله الاثني مع الخنثى فانه لما لم يحرز ذكوره ، لم يجب التستر عنه ، ولم يحرم النظر اليه . وكذا الكلام في الذكر مع الخنثى . وسيأتي في المسألة الخمسين ماله تعلق بالمقام .

(٢) اجماعا ، بل ضرورة من المذهب . كذا في الجواهر . ويشهد له قوله تعالى : (قل للمؤمنين : يغضوا من ابصارهم ، ويحفظوا فروجهم ، ذلك اذكى لهم ان الله خبير بما يصنعون ، وقل للمؤمنات : يغضضن من ابصارهن ، ويحفظن فروجهن ، ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ، وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ، او آبائهن ، او آباء بعلوتهن ، او ابنائهن ، او ابناء بعلوتهن ، او اخوانهن ، او بني اخوانهن ، او بني اخواتهن ، او نسائهن ، او ما ملكت ايمانهن او التابعين غير اولي الاربة من الرجال ، او الطفل ، الذين لم يظهروا على عورات النساء . ولا يضررن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ، وتوبوا الى الله جميعا أيها المؤمنون ، لعلكم تفلحون) . وان كانت دلالة لا تخلو 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 الاول ، وهو غض النظر عن كل شيء وحمله على الغض عن المؤمنات ، لا قرينة عليه

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

الاهم الا ان يكون المستند في تعيين المراد الاجماع .

(١) كما هو المعروف : لعموم الامر بغضهن من أبصارهن ، بناء على ما عرفت من الاجماع ، ويؤيده ما ورد من قول النبي (ص) لمائشة وحفصة ، حين دخل ابن ام مكتوم : « إدخال البيت فقالنا : إنه اعمى . فقال : إن لم يركبا فانكما تريانه » . لكن في التذكرة : « حكى 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 في نظر المرأة فلا مستند في المساواة كلية إلا الاجماع ، كما ادعاه بعضهم ، ففي الرياض : « تتحد المرأة مع الرجل ، فتمنع في محل المنع ، ولا تمنع في غيره ، إجماعاً » ، ونحوه كلام شيخنا الاعظم (ره) في الرسالة . لكن الاعتماد على الاجماع المخالف للسيرة القطعية الفارقة بين الرجل والمرأة في ستر الوجه والكفين ، كما ترى .

(٢) نسب هذا القول الى الشيخ ، وجماعة ، واختاره في الحقائق ، والمستند ، وشيخنا الاعظم في رسالة النكاح ، مستندين في ذلك الى صحيح الفضيل قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الذراعين من المرأة ، هما من الزينة التي قال الله تعالى : (ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن) ؟ قال : نعم ، ومادون الحمار من الزينة ، ومادون السواربن » وظاهر ان ما يستره الحمار هو الرأس والرقبة ، والوجه خارج عنه ، وان الكف فوق السوار لادونه ، فيكونان خارجين عن الزينة ، وفي موثق زرارة عن ابي عبد الله (ع) في قول الله عز وجل : (الا ما ظهر 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
 يبدن 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 ابي جعفر (ع) : « في قوله تعالى : (ولا يبدن
 زينتهن الا ماظهر منها) ، فهي الثياب ، والكحل ، والخاتم ، وخضاب الكف ،
 والسوار . والزينة ثلاثة : زينة للناس ، وزينة للمحرم ، وزينة للزوج . فاما زينة الناس
 فقد ذكرنا . واما زينة المحرم فوضع القلادة فما فوقها ، والدمالج فما دونه ،
 والخخال وما سفله منه . واما زينة الزوج فالجسد كله » الى غير ذلك من النصوص
 التي يستفاد منها صراحة ، أو ظهورا ، أو اشعارا ، الجواز ، ومنها ماورد في المرأة
 تموت وليس معها الا الرجال ، وفي الرجل يموت وليس معه الا النساء ، ومنها
 صحيحة ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر (ع) قال : « سألته عن المرأة المساعة
 يصيبها البلاء في جسدها ، اما كسر ، واما جرح ، في مكان لا يصلح النظر اليه يكون
 الرجل أرفق بعلاجه من النساء ، يصلح له النظر اليها ؟ قال (ع) : اذا اضطرت
 فليعالجها إن شئت » فان الرواية كالصريحة في ان من جسد المرأة ما يصلح النظر
 اليه ، وما لا يصلح . بل يمكن الاستدلال بالآية الشريفة : (وقل للمؤمنات
 يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدن زينتهن الا ماظهر منها ولا يخرجن
 بخمرهن على جيوبهن) . فان استثناء ماظهر من الزينة يدل على أن من الزينة ما هو
 ظاهر ، ولا يكون الا بظهور موضعها ، فيدل على أن بعض جسد المرأة ما يجوز 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 ، والا كان اولى بالذكر من الجيب ، لان الحمار يستر الجيب غالبا ، ولا يستر الوجه .

وقيل لا يجوز . واختاره العلامة في التذكرة والارشاد ، وتبعه عليه جماعة ، منهم كاشف اللثام ، وشيخنا في الجواهر لعموم ما دل على غض البصر . وقوله تعالى : (ولا يبدن زينتهن) . وما في كثر العرفان من إطباق الفقهاء على ان بدن المرأة عورة الا على الزوج والمحارم . ولسيرة المتدينين من الستر . ولما في الروايات المتضمنة أن النظر سهم من سهام ابليس ، وان زنا العين النظر ، وانه رب نظرة اوجبت حسرة يوم القيامة ومكاتبة الصغار الى ابي 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 رجالان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك) وهذا كلامها او لا يجوز له الشهادة حتى تبرز ويثبتها بعينها ؟ فوق (ع) : تنقب وتظهر للشهود » ، ولما ورد من ان المرأة الخثعمية أتت رسول الله (ص) بمعنى في حجة الوداع تستفتيه ، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله (ص) ، فاخذ ينظر اليها وتنظر اليه ، فصرف رسول الله (ص) وجهه الفضل عنها ، وقال : « رجل شاب وامرأة شابة . اخاف ان يدخل الشيطان بينهما » .

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

الريبة والتلذذ (١).

على النظر من الاثر المحرم فان ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم ، فيكون مختصاً بالنظر بشهوة. واطهر منه في ذلك ماورد من ان زنا العين النظر ، وانه رب نظرة اوجبت حسرة . على ان الاخير ايجاب جزئي ، وهو لا يدل على عموم التحريم . واما الامر بالتنقب في المكاتب ، فلا يظهر انه للوجوب التعبدية ، 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 . معللاً بخوف دخول الشيطان ، الناشئ من التلذذ ، الحاصل من وقوع النظر المؤدي الى الافتتان هذا مضافاً الى ما يظهر من الرواية من ان المرأة كانت مكشوفة الوجه ، وان النبي (ص) كان ينظر اليها ، فراها تنظر الى الفضل . وهناك وجوه اخرى للجواز ، وللتحريم ، لا يهيم 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 المشرعة ، وكذا النظر مع التلذذ .

وهل يختص التحريم بقصد التلذذ ؟ - كما قد يظهر من عبارة الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، حيث ذكر فيها أنه لا يجوز النظر لتلذذ ، او ريبة - أو يعم ما إذا حصل التلذذ في حال النظر وان لم يكن واقعا بقصد التلذذ ، فيجب عليه الكف مع التلذذ . وجهان وفي رسالة شيخنا الاعظم : الظاهر الاول . لاطلاق الأدلة ولأن النظر الى حسان الوجوه من الذكور والاناث لا ينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة 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 لا فائيل بالفصل بينهم وبين غيرهم . وأيده ﴿قده﴾ بصحيح علي بن سويد : « قلت لأبي الحسن (ع) : إني مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيمجبني النظر اليها ، فقال (ع) : لا بأس يا علي إذا عرف الله من نيتك الصدق ، وإياك والزنا ، فإنه 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 ما ذكره ثانياً ، ففيه : أن التلذذ الذي هو محل الكلام التلذذ الشهوي ، وما تقتضيه الطبيعة البشرية المجدولة على ملائمة الحسان ، هو التلذذ غير الشهوي ، كالتلذذ الحاصل بالنظر الى المناظر الحسنة ، كالحدائق النظرة ، والعمارات الجميلة . والاشعة الكه بائية 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 ، لا ما ذكره (قده) ، ولا ما ذكر في كشف اللثام والجواهر من النظر الاتفاقي ، اذ النظر الانفاقي لانية فيه .

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

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

الريبة واللذة ، بقرينة جعل المراتب ثلاثة . وبالجملة : القول المذكور أضف الاقوال دليلاً . واقواها القول الاول . لولا ما عليه مرتكرات المتشعبة من المنع ، على وجه يعد ارتكاب النظر عندهم من المنكرات التي لا تقبل الشك والتردد ، ولا يقبل فيها عذرو 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 في النساء التي يكون النظر اليها مظنة التلذذ ، وان لم يكن بقصد التلذذ ، ولا مقروناً معه . ولأجل ذلك لا مجال للاقدام على الفتوى بالجواز فيهن ، وان قام عليه دليل . اللهم إلا أن يكون الاستنكار من جهة ما يترتب عليه من التلذذ غالباً . والمسألة محتاجة الى تأمل .

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

(٢) إذا كان حكمه مستفاداً مما دل على أنه بمنزلة النسب ، فلا يشمل ما يستفاد حكمه مما دل على أنه لا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ، أو في أولاد المرضعة . فان دليل التحريم في مثل ذلك لا يقتضي الخروج عن عموم حرمة النظر

- او مصاهرة (١) . ماعدا العورة ، مع عدم تلذذ و رغبة (٢) . وكذا نظرهن اليه (٣) .
- ﴿ مسألة ٣٣ ﴾ : المملوكة كالزوجة بالنسبة الى السيد (٤) ، اذا لم تكن مشتركة ، أو وثنية ، أو مزوجة (٥) او مكاتبه 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 ، لا غير ، فانه الذي تقتضيه الادلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر . فلا يشمل التحريم الحاصل من الزنا ، أو اللواط ، أو نحو ذلك .
- (٢) إجماعا على ما عرفت .

- (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 ذاتا جاز النظر إليها ، وإلا فلا . وإذا حرم نكاحها عرضا لحيض ونحوه ، لم يحرم النظر إليها . ولأجل ذلك استثنى في المتن - تبعا للتذكرة ، وغيرها - المشتركة وما بعدها ، لعدم جواز نكاحهن .

- (٥) في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج مملوكته عبده ، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفا ، أو يراها على تلك الحال ؟ ، فكره ذلك وقال : قد منعتني أن أزوج بعض خدمي غلامي لذلك » ، ونحوه غيره . لكن في دلالة 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 لا ريب عندهم في حرمة ،

وكذا الى المطلقة الرجعية (١) ما دامت في العدة، ولولم 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 بالمائل (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
 ولسكنه غير ظاهر . إذ صحيح الثمالي مختص بالضرورة . والعمومات لا تقتضي الجواز
 إلا معها . فالبناء على تسوية النظر بمجرد الحاجة ضعيف .

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

(٥) لعدم 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 الفرق أو الحرق أو نحوهما عليه أو على المس (١) (ومنها) : معارضة كل ما هو أهم في نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس (٢) (ومنها) : مقام الشهادة تحملاً 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 الالم، والعمل عليه .

(٢) لما عرفت . بل ما سبق من بعض موارد وصغرياته، فكان الاولى الاقتصار على هذا وترك ما قبله .
(٣) لما سبق .

(٤) ذكر ذلك في القواعد، وعمله في المسالك بأنه وسيلة الى إقامة حدود الله تعالى، ولما في المنع من الفساد، واجترأ النفوس على هذا المحرم . وانسد باب ركن من أركان الشرع . ولم تسمع الشهادة بالزنا، لتوقف تحملها على الاقدام على النظر المحرم، وإدامته لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل في المسكحلة . 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 الثام : أنه الاقرب، وفي الجواهر أنه الاقوى . لعدم ثبوت جواز النظر فيه . وما ذكره في المسالك لا يقتضيه، إذ من الجائز أن لا يتعلق الغرض باثباته بنحو يقتضي تحليل النظر . ويشير اليه عدم الاجتزاء بشهادة المعدلين، بل لا بد في 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 نكاحاً بالنسبة الى ما هو المعتاد له (٣)

السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد يقتضي الجواز . اللهم إلا أن يقال إن السيرة مجمة ، لا يمكن أن يستفاد منها الجواز ، لأحتمال الحمل على الصحة للمغفلة ، أو نحوها . (١) في المسالك : « وأما نظر الفرج للشهادة على الولادة ، والثدي للشهادة على الرضاع ، فإن 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 وأتم الحاجات ، لا يقتضيه إلا مع وجود جهة تقتضي وجوب إثباته ، إذ من البديهي جواز الرجوع الى أصل الطهارة مع الشك في النجاسة ، وإلى أصل الحل مع الشك في الحرمة ، وإلى قاعدة الفراغ مع الشك في تمام الاداء ، وإلى 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 نكاحاً فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة ، وإن يستعففن خير لهن ، والله سميع عليم) .

(٣) ففي مصحيح الحلي عن أبي عبد الله (ع) . « أنه قرأ : (أن يضعن ثيابهن) قال : الحمار والجلباب . قلت : بين يدي من كان ؟ قال (ع) : بين يدي من كان ، غير متبرجة بزينة » ، ونحوه مصحيح 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 الكنايني عنه (ع) : « الجلباب إلا

من كشف بعض الشعر والذراع ، ونحو ذلك لأمثل الثدي والبطن (١) ونحوها 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 قبل

أن تكون أمة فليس عليها جناح أن تضع خمارها . والجمع بينها يقتضي حمل الأخير على الاستحباب . ومقتضى ذلك جواز كشف ما يستر الخمار من الشعر والرقبة وبعض الصدر ، وكشف ما يستره الجلباب وهو الذراع . ومنه يشكل ما في المتن من تخصيص الكشف ببعض الشعر . ولا سيما بملاحظة صحيح البرنطي المروي في قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال : « سألت عن الرجل يحل له أن ينظر الى شعر أخت امرأته ؟ فقال (ع) : لا ، إلا أن تكون من القواعد . قلت له : أخت امرأته والغريبة سواء ؟ قال (ع) : نعم قلت : فإني من النظر اليه منها ؟ فقال (ع) شعرها وذراعها . ومنه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع وان لم يكن الجلباب ساتراً له بتمامه . كما أن الافتصار 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 لـكنه ضعيف ، لما ذكر .

(٢) هذا في الجملة من القطعيات . ويقتضيه قوله تعالى : (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) . فان المتيقن منه غير المميز . كما تقتضيه أيضاً السيرة وما ورد في موارد متفرقة ، مثل ما ورد في تفسير الرجل الصغيرة والمرأة الطفل الصغير ، وغير ذلك . 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 يذنها ويذنه محرم ؟ ومتى يجب عليها أن ترفع رأسها للصلاة ؟ قال (ع) : لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة » . وهو وإن كان وارداً في الصبية ، لكن يتعدى منها إلى الصبي بالاولوية ، فيجوز نظر المرأة إليه قبل البلوغ . كما يتعدى إلى غير الشعر بعدم القول بالفصل . والرواية وإن كانت ظاهرة في جواز تكشف الصبية لغير البالغ ، لكنّها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره إليها . وأما نظرها إلى غير المائل البالغ ، فيدل عليه صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر البرقي 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 . ودلالتهما على جواز الكشف له ظاهرة . ولا يحتاج في إثبات جواز نظره إلى دعوى الملازمة العرفية ، إذ لا إشكال في حلية نظره ، لحديث رفع القلم عن الصبي ، بل مقتضاه جواز النظر إلى عورة غير المائل ، وإن وجب على المنظور التستر عنه . وقد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر إلى 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 . وإذا 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 إلى العورة ، وإنما واردة في تحريم

إذا 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 في النظر الى العورة الحرام ، ولا في تحريم ذلك على غير البالغ . نعم الآية الثانية ظاهرة في تحريم التطلع على البالغين والخطاب فيها لهم . يظهر هذا الاختلاف في الخطاب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين . وكما تختلف الآيتان في الخطاب تختلفان في زمان الخطاب ، فان مورد الآية الاولى يختص بالاوقات الثلاثة ومورد الآية الثانية عام لجميع الازمنة . ولعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف في موضوع التطلع بأن تختص الاولى بما يقبح والثانية شاملة له ولغيره . وكيف كان لا مجال للاستدلال بالآية على تحريم النظر الى العورة على غير البالغ بنحو يخص بها حديث رفع القلم . وإن بناء الفقهاء بل المسامحين على عدم تكليف الصبي مطلقاً حتى وقع الكلام في وجه عقابه على ترك الاسلام .

(١) أما مع بلوغ الصبي ذلك في 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 . لسكن الظاهر أن الاجماع المدعى عليه لا طريق اليه إلا ارتكازيات المتشعبة ، التي لا ريب فيها ، ولا إشكال .

(٢) هذا في الجملة لا إشكال فيه . وتقضيهِ السيرة العملية القطعية . مضافاً

التي ليست له بمحرم ، ووضعها في حجره ، قبل أن يأتي عليها ست سنين ، إذا لم يكن عن شهوة (١) .

﴿ مسألة ٣٧ ﴾ : لا يجوز للمملوك النظر الى مالـمـسـكـته (٢)

الى أصل البراءة . والنصوص ، كصحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي - الذي رواه الصدوق في الفقيه - قال : « سأل أحمد بن النعمان أبا عبد الله (ع) عن جارية ليس بيني وبينها رحم تغشاني فأقبلها وأقبلها . قال (ع) : إذا أتى لها عشر سنين فلا تضعها على حجرك » ، وخبر زرارة عن أبي 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 لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين » ، ونحوها غيرها . ولم يتعرض المصنف لحكم التقبيل بمعد 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 في 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 إجماعاً . وإن كان ظاهر المسالك

الميل الى الجواز ، بل نسبة التردد في ذلك الى الشيخ في المبسوط حيث قال : « مع أن الشيخ ذكر في المبسوط ما يدل على ميله الى جواز نظر المملوك مطلقاً ، وإن كان قد رجع عنه أخيراً وهذه عبارته : « إذا لمسكت المرأة محلاً أو خصياً فهل يكون محرماً لها حتى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها ؟ قيل : فيه وجهان ، أحدهما - وهو الظاهر - : أنه يكون محرماً ، لقوله تعالى : (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن . الى قوله تعالى : أو ما ملكت أيمانهن) . والثاني - وهو الاشبه

بالمذهب - : أنه لا يكون محرماً ، وهو الذي يقوى في نفسي » . وهذا الكلام يدل على ترده ، وإن كان ميله أخيراً الى التحريم . والمقصود : أن الحكم بتحريم نظر المملوك الفحل ليس باجماعي . فيمكن الاستدلال عليه بعموم الآية . وقد روى الشيخ في المبسوط وغيره : أن النبي (ص) أتى فاطمة (ع) بعبد قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوب اذا قمعت به رأسها لم يبلغ رجلها ، واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما رأى رسول الله (ص) ما تلتى قال : « إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك وغلامك » ، وروى الكليني أخباراً كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق (ع) أن المراد بقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) شامل للمملوك مطلقاً ، وروى في الصحيح عن معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : المملوك يرى شعر مولاه وساقها . قال (ع) : لا بأس » انتهى ما في المسالك .

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

ولا للخصي النظر الى ما لسكته ، او غيرها (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 : لا يحل . فكتب (ع) : سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، لا تكشفي رأسك بين يديه ، فان ذلك مكروه . ولا يخفى أن مقتضى العمل بالنصوص الاخذ بما دل على الجواز .

لكن لا مجال له بعد إعراض الاصحاب عنها . فيتمتعين حملها على التقية ، أو الضرورة ، أو النظر الاتفاقية . وان كان الاخيران في غاية البعد ، ولا سيما بملاحظة ما فيها من التفصيل بين الشعر والساق وغيرها . ويشير الى الاول ما في خبر معاوية الحامي دخول أبيه على أبي عبد الله (ع) . وأما الآية فلا مجال للاخذ باطلاقها بعد ورود رسالة الشيخ في الخلاف : « روى أصحابنا في قوله تعالى : (أو ما ملكت أيمانهم) أن المراد به الاماء ، دون العبيد الذكران » ، ونحوها في المبسوط . وفي الشرائع : « وملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الاماء » . ومعارضها قد عرفت إشكاله .

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، وفي الشرائع : « قيل : نعم وقيل : لا » . لكن في الجواهر : « لم نعرف القائل بالاول سابقاً على زمن المصنف (ره) » . نعم عن الفاضل في المختلف جوازه في المملوك بالنسبة الى ما لسكته ، قال في المختلف : « والحق عندي أن الفحل لا يجوز له النظر الى ما لسكته . أما الخصي ففيه احتمال أقرب الجواز على كراهية . الآية . والتخصيص بالاماء ، لا وجه له ، لاشتراك الاماء والحرائر في الجواز » ، وعن المحقق الثاني متابعتة ، وفي التحرير استشكل فيه ويشهد له بعض النصوص ، ففي صحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن قناع الحرائر من الخصيان . فقال : كانوا يدخلون على

بنات أبي الحسن (ع) ولا يتقنعن . قلت : فكأنوا أحراراً ؟ قال (ع) : لا .
 قلت : فلاحرار يتقنع منهم ؟ قال (ع) : لا ، وروى الشيخ (ره) مراسلاً
 قال : « وروي في خبر آخر : أنه سئل عن ذلك فقال (ع) : أمسك عن هذا ،
 ولم يجبه » ، ولعله أراد بذلك ما رواه في قرب الاسناد ، عن صالح بن
 عبد الله الحثعمي ، عن أبي الحسن (ع) قال : « كتبت اليه أسأله عن خصي لي
 في سن رجل مدرك ، يحل للمرأة أن يراها وتكشف 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 دلالاته . فليحمل على التقية
 أو يطرح .

وقد يستدل على الجواز بقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي الإربة من
 الرجال) . وفيه : أن المذكور في صحيح زرارة قال : « سألت أبا جعفر (ع)
 عن قوله عز وجل : (أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال ..) الى آخر الآية
 قال (ع) : الاحق الذي لا يأتي النساء ، ونحوه غيره . وهو لا ينطبق على الخصي
 ومن ذلك تعرف ضعف القول بجواز نظره مطلقاً ، حرأ كان الخصي ، أو مملوكاً ،
 الى ماله كته 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 ماله كته ، ففي خبر عبد الملك بن عتبة
 النخعي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن أم الولد ، هل يصلح أن ينظر اليها
 خصي مولاهما وهي تغتسل ؟ قال (ع) : لا يحل ذلك » ، وخبر محمد بن إسحاق قال :
 « سألت أبا الحسن موسى (ع) قلت : يكون الرجل خصي يدخل على نسائه ،
 فينظر لهن الوضوء ، فيرى شعورهن . قال (ع) : لا » . وان كان مقتضى الجمع
 العرفي بينها وبين الصحيح المتقدم الحمل على الكراهة . فاعمدة عمومات المنع من
 النظر ، ووهن الصحيح المتقدم باعراض المشهور .

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

﴿مسألة ٣٨﴾ : الاعمى كالصغير في حرمة نظر المرأة اليه (٣)

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

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

(٣) نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . ويظهر من كلمات بعض أنه من المسامحات . لعمومات المنع من النظر وفي مرفوع أحمد بن أبي عبد الله ، قال : « استأذن ابن أم مكتوم على النبي (ص) وعنده عائشة وحفصة ، فقال لها : قوما فادخلا البيت ، فقالنا : إنه أعمى فقال (ص) : إن لم يركبا فانكما تريانه » ، والمرسل عن ام سلمة قالت : « كنت عند رسول الله (ص) وعنده ميمونة فأقبل ابن ام مكتوم - وذلك بعد أن أمر بالحجاب - فقال : احتجبا ، فقلنا :

﴿ مسألة ٣٩ ﴾ : لا بأس بسماع صوت الاجنبية (١) ما لم يكن —لـ

ولارية (٢) من غير فرق بين الاعمى والبصير (٣)

يارسول الله : أليس أعمى لا يبصرنا ؟ قال : أفعميا وان أتما السمتا 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) : لا تبدأوا النساء بالسلام ، ولا تدعوهن الى الطعام ، فان النبي (ص) قال : النساء عي ، وعورة ، فاستروا عيهن بالسكوت ، واستروا عورتهم بالبيوت » ، وفي خبر غياث ابن إبراهيم ، عن ابي عبد الله (ع) أنه قال : « لا تسلم على المرأة » . لسكن الاول لا مأخذ له يعتمد به ، فقد قال في كشف اللثام : « لا يحضرني الخبر بكون صوتها عورة مسنداً ، وانما رواه المصنف في المدييات الاولى مرسل ، ونفقات المبسوط تعطى العدم » . والاخران قاصرا الدلالة ، كما يظهر من التأمل فيهما . ولو سامت فالسيرة القطعية على خلافهما ، كما صرح بذلك جمع من الاعاظم . ولذا اختار الجواز العلامة في التذكرة ، والمكركي ، وغيرهما . على ما حكى - واختاره في الجواهر ، وشيخنا الاعظم (ره) ، وغيرهما من أكابر علماء الاعصار الاخيرة ، بل كانه يكون من الواضحات التي لا يحسن الكلام فيها والاستدلال عليها .

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

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر ، بل قال : « لافرق بينهما نصاً ، وفتوى »

وهو كذلك . وكان الاقتصار في الشرائع . والقواعد ، على ذكر الاعمى لأن ابتلاء النساء إنما يكون به . وأما سماع المرأة صوت الاجنبي فلم يعرف في جوازه كلام أو إشكال . نعم قال في المستند : « ومن الغريب فتوى اللمعة بحرمته . مع أنها تقرب مما يخالف الضرورة ، فان تكلم النبي (ص) والائمة وأصحابهم مع

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

﴿ مسألة ٤٠ ﴾ : لا يجوز مصافحة الأجنبية (٢)

النساء مما بلغ حداً لا يكاد يشك في .. ﴿ * ﴾ .

(١) صدر الآية الشريفة : (يا نساء النبي لستن كأحد من النساء إن اتقيتن فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولا معروفاً) وظاهر صدرها أنه حكم يختص بنساء النبي (ص) فالبناء على التحريم في غيرهن غير ظاهر . ولذا قال في الجواهر : « ينبغي للمتدينة منهن اجتناب إسماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع ، وتحسينه ، وترقيقه ، كما أوصى إليه الله تعالى شأنه بقوله : (فلا تخضعن بالقول .. » . كما أنه ينبغي للمتدين ترك سماع صوت الشابة الذي هو مثار الفتنة .. » . نعم ارتكاز المشرعة 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) : لا يحل للرجل أن يصافح المرأة ، إلا امرأة يحرم عليه أن يتزوجها . أخت أو بنت أو عمه ، 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 منها حرمة لمس الأجنبية ولو بغير المصافحة ، كما نص عليه جماعة . وفي الجواهر : « لا أجد فيه خلافاً ، بل كأنه ضروري على وجه يكون محرماً لنفسه » ، وفي كلام شيخنا الاعظم (ره) : « إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً ، بل لا إشكال في حرمة اللمس

﴿ المظنون وقوع الغلط في نسجة اللعبة . 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)

وتنأكد الكراهة في الشابة .

﴿ مسألة ٤٢ ﴾ : يكره الجلوس في مجلس المرأة اذا قامت عنه ، إلا بعد

بـرده (٣) .

وإن جاز النظر . للاخبار الكثيرة . والظاهر أنه مما لا خلاف فيه . وكأنه يريد
بالاخبار أخبار المصافحة المتقدمة ، وما ورد في كيفية بيعه النساء للنبي (ص) .
ومورد الجميع المماس في الكفين ، فالتعدي عنه لادليل عليه إلا ظهور الاجماع .

(١) من غير خلاف يعتد به ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ولو بملاحظة
السيرة القطعية . سكن 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
ربيعي ، 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 ، فأولى بالعمل به . إلا أن يحمل الموثق على الشابة
(٣) في خبر السكوني ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال رسول الله (ص) :

إذا جلست المرأة مجلساً فقامت عنه فلا يجلس في مجلسها رجل حتى يبرده » .

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

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

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

(١) في صحيح ابى أيوب الخزاز عن أبى 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 أبي عنده إنما هي امرأة أبي توفيت أبي وأنا غلام ، وقد يكون من خلوتها مالا أحب أن أفتأها عليه ولا يحب أن ذلك منى والسلام احسن واصوب » . وظاهره الاستحباب . لسكنه ضعيف بأبي جميلة ، فلا يكون قربة 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 عبد الله بن ميمون ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن آباءه : « قال : قال رسول الله (ص) : الصبي والصبي ، والصبي والصبي ، والصبي والصبي ، يفرق بينهم في المضاجع لعشر سنين » . قال في الفقيه : « وروي انه يفرق بين الصبيان في المضاجع لست سنين » . وظاهر الجملة الوجوب . لسكن الظاهر بناء الاصحاب على خلافه .

(٣) كما نص على ذلك غير واحد . وفي القواعد : « والعضو المبان كالمتمصل على إشكال » . ووجهه : قصور الأدلة عن شمول حال الانفصال . وإن مقتضى الاستصحاب المنع . وقد يشكل الاستصحاب بتعدد الموضوع ، لأن موضوع المنع المرأة مثلاً ، وهو غير صادق في الجزء المنفصل . فالرجع 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 لزوجهما
 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 مثلاً . اما اذا كان
 المرجع في بقاء الموضوع العرف فالموضوع باق ، فان الاتصال والانفصال من
 الحالات الطارئة على الاجزاء عرفاً ، لا مقومة للموضوع . ولذا جاز استصحاب
 النجاسة للجزء المقطوع من الكلب ، والملكية للجزء المقطوع من المملوك . بل
 لا ينبغي 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 اذنا فيه . اللهم إلا أن يكون
 منصرف نصوص الوصل التزين للزوج ، فيكون حكم النظر مسؤولاً عنه ولو ضمناً .
 (١) في كلام شيخنا الاعظم (ره) : « لا ينبغي الاشكال في جواز النظر الى
 مثل الظفر والسن ، بل وكذا الشعر » ، وقريب منه ما في الجواهر . وكأنه لأن
 مثل هذه الامور من قبيل النابت في الجسم لاجزاء منه وتحرعها في حال الاتصال
 بالتبعية . ويحتمل أن يكون لأجل أنها يسيرة لا يعتد بها في بقاء الموضوع . ومثلها
 قشور الجلد . بل الاجزاء اليسيرة منه ومن العظم مما يشك في 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 وما كان 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 لايحوز 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 يحوز الآخر بجوازه .

﴿ مسألة ٤٩ ﴾ : يكره اختلاط النساء بالرجال ، إلا للعجائز ، ولهن حضور

الجمعة والجماعات (٣) .

﴿ مسألة ٥٠ ﴾ : اذا اشتبه من يحوز النظر اليه بين من لايحوز بالشبهة

المحصورة ، وجب الاجتناب عن الجميع (٤)

(١) نص على ذلك في الجواهر ، وكذلك شيخنا الاعظم . وهو كذا .

لكن عرفت الاشكال في عموم الدليل . فالعمدة فيه الاجماع .

(٢) لما عرفت من عدم التلازم في 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 تفارون 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 المعجوز عليها منقلها ، 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 عقلاً . وكذا فيما بعده .

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

(١) هذا يتم لو كان دليل حرمة النظر عاماً وقد خرج عنه المائل بدليل خاص . لكنه غير ظاهر فان قوله تعالى : (قل المؤمنین یغضوا من أبصارهم ...) الآية ، غير مراد منه العموم للمائل ، بل المفهوم غير المائل ، فموضوع الحرمة خاص ، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمر وجودي ، وهو المخالف . وبالجملة : اذا لوحظ الامر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى اغیر الانسان ، واذا لوحظ مناسبة الحكم والموضوع ، وقرينة السياق اختص بغير المائل . اللهم إلا أن يقال : قوله تعالى : (أو نسائهن أو ما ملکت أیمانهن) يدل على العموم للمائل وإلا كان الاستثناء منقطعاً . اللهم إلا أن يقال : إن الاستثناء كان في إبداء الزينة لافي الغض . فتأمل .

(٢) يعني : أن النظر فيه مقتضى الحرمة ، والمثالة من قبيل المانع ، فمع الشك في المانع يرجع الى اصاله عدمه ، فيبني على ثبوت أثر المقتضى . أقول : فيه المنع صغرى ، وكبرى . إذ من الجائز أن يكون النظر الى المخالف هو الذي يكون فيه مقتضى الحرمة ، لا مطلق النظر . ولو سلم فاصالة عدم المانع إن كان المراد بهاقاعدة غير الاستصحاب ، فلا أصل لها ، وقد تحقق في محله عدم صحة قاعدة الاقتضاء . وإن كان المراد بها استصحاب عدم المانع ، يعني : استصحاب عدم الماثلة ، فحجيته

مبنية على جريان الاصل في العدم الازلي . بل لو قلنا به فلا نقول به في المقام مما كان مورده عرفاً من الذاتيات ، مثل الانوثة والذكورة ، فلا يصح أن يقال : الاصل عدم ذكرية ما يشك في ذكوريته وأنوثيته ، ولا أصالة عدم أنوثيته ، فإن الذكورة والانوثة معدودة عرفاً من الذاتيات الثابتة للذكر والاشئ مع قطع النظر عن وجودهما ، مثل إنسانية الانسان ، وحجرية الحجر . وما عن الشهيد (ره) من جريان أصالة عدم كون الخنثى امرأة ، خلاف ما تقر من الرجوع الى العرف في جريان الاستصحاب .

وان بعض الاعاظم (ره) في حاشيته على الكتاب سلك في المقام مسلكاً آخر ، فانه قال : « يدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز باحراز ذلك الامر ، وعدم جواز الافتحام 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 المجهول حكيم : واقعياً منوطاً بوجود ذلك الامر واقعياً ، وظاهرياً منوطاً بالشك في وجوده . والاول مدلول مطابق ، والثاني مدلول التزامي عرفي . فهو ممنوع ، وليست إناطة الرخصة بشئ إلا كإناطة المنع بشئ . ليس المقصود منها إلا جعل حكم واقعي لموضوع واقعي ، بل استفادة الحكم الظاهري من دليل الحكم الواقعي غريبة . وان كان المراد أن هنا قاعدة عقلانية ظاهرية ، نظير أصالة العموم ، وأصالة الظهور ، ونحوها . فهو أيضاً غير ثابت ، بل ممنوع ولاجله بشكل أيضاً ما ذكره بعض الاعاظم ﴿ ره ﴾ في حاشيته من أنه عليه يبتني انقلاب الاصل في النفوس والاموال ، والفروج . فان ما ذكره من الوجه ليس له في كلام الجماعة عين ولا أثر ، بل المذكور في كلامهم الرجوع الى عموم المنع تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية ، لبناء المشهور منهم على جواز ذلك . ومن لا يجوز

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 . وبالجمل : فليس مستند الجماعة في الاصول المذكورة ما ذكره 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 نحوها 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 ما ذكر في الحاشية . والمتحصل : أن البناء على تحريم النظر في الفرض لا يتوجه بهذه الوجوه المذكورة في المتن ، ولا في الحاشية .

والذي يظهر بالتأمل في كلامهم : أن الوجه فيه هو الرجوع الى العام في الشبهة المصداقية . قال في التذكرة : « الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر اليه ، ولا للخنثى النظر اليه ، ولا يجوز للمرأة النظر اليها ، وبالعكس . عملاً بالاحتياط . وهو قول بعض الشافعية . وقال آخرون منهم بالجواز للرجل ، والمرأة ولها بالنسبة اليها . استصحاباً 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 في الخنثى » . لسكونها 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 - مضافا الى ما ذكر من رجوعه الى الشك في الشرط - أصالة عدم حدوث الزوجية . وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع نعم لو شك في كون المنظور اليه او الناظر حيوانا او إنسانا فالظاهر عدم وجوب الاحتياط . لانصراف عموم وجوب الغض الى خصوص الانسان (١) وان كان الشك في كونه بالغاً او صبيماً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ، ففي وجوب الاحتياط وجهان : من العموم ، على الوجه الذي ذكرنا . ومن إمكان دعوى الانصراف . والظاهر 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 لا يحرم 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 ، فإنه لو سلم الرجوع الى العام في مثل هذه الشبهة الموضوعية ، فأنما هو حيث لا يكون أصل موضوعي يثبت عنوان الخاص . ولذا لو شك في بقاء زوجية المرأة يرجع الى استصحاب زوجيتها ، وترتيب أحكامها ، ومنها جواز النظر . (٣) بلا إشكال ، ولا خلاف . ويقضيه قوله تعالى : (ولا يبدن 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 بسرّها 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 ما يكون على وجه يتمكن من التمييز
 بين الرجل والمرأة . وأنه العضو الفلاني او غيره ؟ او مطلقة ، فلو رأى الاجنبية
 من بعيد ، بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها ، او لا يمكنه تمييز كونها رجلاً
 او امرأة بل أولاً يمكنه تمييز كونها إنساناً او حيواناً او جاداً . هل هو حرام ؟ او لا
 وجهان . الاحوط الحرمة (٢)

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

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

دبراً (١) على كراهة شديدة

وكيف كان فلا طلاق محكم ، والانصراف لا يعتد به .

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

(١) عن الانتصار ، والخلاف ، والغنية ، والمرائر : 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 رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة ، فهابك واستحي منك أن يسألك عنها . قال (ع) : ما هي ؟ قال : قلت : الرجل يأتي امرأته في دبرها قال : نعم ، ذلك له . قلت : وأنت تفعل ذلك قال (ع) : إنا لا نفعل ذلك » ، وخبر عبد الله بن أبي يعفور : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي المرأة في دبرها ، قال (ع) : لا بأس إذ رضيت . قلت : فأين قول الله عز وجل : (فاتوهن 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) - وأخبرني من سألته - عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع - وفي البيت جماعة - فقال لي - ورفع صوته - : قال

رسول الله (ص) : من كلف مملوكه ما لا يطيق فليعنه . ثم نظر في وجه أهل البيت ثم أصفى الي فقال (ع) : لا بأس به ، ونحوها غيرها . وفي كشف اللثام ، وعن القميين ، وابن حمزة ، والشيخ أبي الفتوح الرازي ، والراوندي في الباب ، والسيد أبي المكارم صاحب بلابل القلاقل الحرمه . وعن كشف الرموز لتلميذ المحقق : وكان فاضل منا شريف يذهب اليه يعني التحريم ويدعي أنه سمع ذلك مشافهة عن قوله حجة . وقد يشهد لهم مصحح معمر بن خلاد ، قال : « قال لي أبو الحسن (ع) : أي شيء يقولون في إتيان النساء في أعجازهن ؟ قلت : إنسه بلغني أن أهل المدينة لا يرون به بأسا . فقال : إن اليهود كانت تقول : إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول ، فأنزل الله عز وجل : (نساؤكم حرث لكم فأتوا 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 في الفقيه : « قال رسول الله (ص) : محاش نساء أمتي على رجال أمتي 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 الحرمه . وأما الثاني فضعيف السند . وأما غيره من النصوص فهو قاصر السند ، بل بعضها قاصر الدلالة . ولو سلمت الدلالة في الجميع ، فلا تصلح لمعارضة ما هو نص في الجواز مما عرفت ، بل الجمع بينها يقضي بالحمل على الكراهة .

هذا كله الكلام في النصوص . وأما في الآيات : فقد استبدل القائلون بالجواز بقوله تعالى : (فأتوا حرثكم أنى شئتم) ، كما أشير الى ذلك في مصحح معمر . والقائلون بالمنع بقوله تعالى : (فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) ، كما أشير اليه في صحيح علي بن الحسك المتقدم . وفي كلا الاستدلالتين إشكال لخفاء

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

﴿ مسألة ٢ ﴾ : قدم 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 بالقبيل فلا استدلال 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 المجازاة والافتناع ، لامن باب بيان الحقيقة والواقع . فلاحظ .

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

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

(٣) المراد به صاحب الجواهر في مبحث النفقات .

(٤) يكفي في الاشكال ما في رواية عبد الله بن أبي يعفور المتقدمة ، 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 الأخذ به في كل فعل ضرورة . وما ورد من كونها لعبة الرجل ، أو ريحاته ، أو نحو ذلك ،

ج ١٢ ﴿الوطء في الدبر كالوطء في القبل في ترتب بعض احكام الزوجية﴾ ٥٣

لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جاز من انواع الاستمتاع ، حتي 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 ثلاثاً 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 وتقريب المسمى ، والحد ، ومهر المثل مع فساد العقد ، والعدة ، وتحريم المصاهرة إلا في التحليل ، والاحضان ، واستنطاقها في النكاح » ، وفي كشف الثام نسب ذلك الى الشيخ وكثير . والوجه فيه : صدق الوطء والمس ، والدخول ، والاياء ، ونحوها من العناوين التي أخذت موضوعاً للاحكام المذكورة .

(٢) بل منع ، كما تقدم عن القواعد ، بل عن المبسوط في الخلاف في ذلك لنصوص العسيلة التي أشار إليها 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 إجماعاً كان هو الحجة . وإلا فهو

من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه . وكذا في كفايته في الوطء الواجب (١) في أربعة أشهر . وكذا في كفايته في حصول الفئة والرجوع في الإيلاء (٢) أيضا .

﴿مسألة هـ﴾ : إذا حلف على ترك وطء امرأته

محل للنظر . لظهور نصوص ذوق العسيلة في خلافه ، حتى على تفسيره بلذة الجماع « والمراد من النصوص المشار إليها موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) في حديث قال : « فإذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فإذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الأول حتى يذوق الآخر عسيلتها » ونحوه رواية أبي حاتم عن أبي عبد الله (ع) . وفي موثق زرعة ، عن سماعة ، قال : « سألت عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر ، ولم يصل إليها حتى طلقها ، تحل للأول ؟ قال (ع) : لا ، حتى يذوق عسيلتها » وهي خالية من التعرض لأن تذوق عسيلته . نعم هو مذكور في رواية المخالفين ، فقد ذكر في الحقائق أنه روى غير واحد منهم : « أنه جاءت امرأة رفاعة القرطبي إلى النبي (ص) فقالت : كنت عند رفاعة فبت طلاقا فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فطلقني قبل أن يمسي ، وفي رواية : وأنا معه مثل هدية الثوب ، فقبسم النبي (ص) وقال أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . ولعل هذه الرواية هي رسالة 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 الثام : « من جهة أن الإيلاء لا يقع إلا به (يعني بالقبل)

في 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) وافرغ
 المني خارج الفرج ، في الامة (٣)

دون الوطء دبراً . فلا حاجة الى استثنائه . والوجه في عدم وقوع الايلاء بالوطء في الدبر : أن المعتبر فيه وقوعه على وجه الاضرار بالزوجة . ولا يحصل الاضرار بها بترك وطئها دبراً ، ولذا لو حلف على أن لا يوطئ في دبرها لم يكن مؤثماً . اللهم إلا أن يقال : ترك الوطء دبراً وإن لم يوجب إضرار بالزوجة من جهة التلذذ ، ولكنه إضرار بها من جهة الهجران ، فإذا 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) إجماعاً حكاه غير واحد - كما في الجواهر - وفي الحقائق : « ظاهرهم الاتفاق عليه » وفي المستند : « الظاهر أنه لا خلاف فيه » . ويشهد له صحيح محمد ابن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن العزل فقال : أما الامة فلا بأس . فأما الحرّة فأنكره ذلك . إلا ان يشترط عليها حين يتزوجها » وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) مثل ذلك ، وقال في حديثه : « إلا أن ترضى ، أو يشترط ذلك عليها » ، وصحيحه الثالث عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية ، فقال : لا . ولكن إن كان له امة مجوسية فلا بأس أن يوطئها ويعزل عنها ، ولا يطلب ولدها » ، وخبر يعقوب الجعفي قال : « سمعت أبا الحسن (ع) يقول : لا بأس بالعزل في ستة وجوه : المرأة التي تفتن أنها لا تلد . والمسننة والمرأة السليطة ، والبذينة ، والمرأة التي لا ترضع 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 وفي الدبر (٥) وفي حال الاضطرار (٦) ، من ضرر ، او نحوه وفي جوازه في الحرة المنكوحة بعقد الدوام في غير ماذكر قولان . الاقوى ما هو المشهور (٧)

- (١) لاطلاق النص . وفي الجواهر اطلاق النص ، والفتوى ، ومعقد الاجماع .
 (٢) قولاً واحداً - كما عن جامع المقاصد - واجماعاً - كما عن غيره - وليس في النصوص تعرض لها بالخصوص ، فلو قيل بالحرمه يكون المعتمد في التخصيص الاجماع .
 (٣) كما هو المعروف . ويشهد به صحيح ابن مسلم المتقدم الثاني ، بل الثالث أيضاً . لظهوره في كونه من حقوق الزوجة . فيجوز برضاها .
 (٤) هذا مملاً 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 اضطرروا 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 باساً . يقرأ هذه الآية : (واخذ 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 لأبي جعفر (ع) : الرجل يكون تحته الحرة

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

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

(١) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الامة .

(٢) لرواية الجمع في المقدمة . وظاهرها عدم الكراهة في الموارد المذكورة

ومنها الامة . وتركها في المتن لأن كلامه في الحرية .

(٣) كما عن المعظم ، والمصرح به في كلام غير واحد من الاعاظم ، كالمحقق

والشهيد الثائدين ، وغيرهم . للاصل مع عدم الدليل عليه . بل ظاهر نصوص جواز

العزل عدمه .

(٤) كما عن الشيخ ، والقاضي ، وأبي الصلاح ، وأبي حمزة ، وزهرة ،

والكيدري ، والعلامة في القواعد ، والارشاد ، وكاشف اللثام . ولعله ظاهر

الشرائع هنا . لكن نفاه في كتاب الديات .

للزوجة وهي عشرة دنانير للخبر الوارد (١) فيمن افزع رجلا عن عرسه ، فعزل عنها الماء . من وجوب نصف خمس المائة : عشرة دنانير ، عليه . لسكنه في غير مانحن فيه ولا وجه للقياس عليه مع انه مع الفارق (٢) واما عزل المرأة بمعنى : منعها من الانزال في فرجها فالظاهر حرمة بدون رضا الزوج (٣) . فانه منافي 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 ﴾ : لا يجوز 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 جنابة الوالد لا يلحقها حكم جنابة الاجنبي .

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

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

(٥) إلا أن يدعى انصراف دليل وجوبه الى المتعارف ، بملاحظة كونه إرفاقاً بالزوجة ، نظير ما تقدم في الوطء في الدبر . فنأمل .

(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 الا شهر

أكثر من أربعة أشهر : من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها (١) ، ولا الشابة والشائبة على الاظهر (٢)

والسنة لا يقر بها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك آثماً ؟ 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 الفقة وغيرها ، لأنها مستأجرات وفي رسالة شيخنا الاعظم (ره) : فيه وجهان . لكن ذلك لا يوجب وهناً في الاطلاق . فالعمل به لازم وعدم جريان أحكام الايلاء ، لا يقتضي العدم في المقام ، لأنه حكم خاص ، ولو كان مبذياً على مانحن فيه لم يكن وجه للكفارة ، لبطلان اليمين ، كما لا يخفى .

(٢) لاطلاق الفتاوى ومعقد الاتفاق . وفي كشف الثام : « ولم يفرقوا بين الشابة وغيرها » ، وعن الرياض الاجماع على التعميم ، ونسب في الجواهر التخصيص الى بعض القاصرين . وكأنه يريد به الكشائي في مفاتيحه ، والبحراني في حدائقه والحر في وسائله ، وظاهر كشف الثام التوقف فيه . وهو في محله . لعدم ثبوت الاجماع المعتمد 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 يقر بها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه ، فأما أن يفي وإما أن يطلق ، فإن كان من غير مغاضبة أو يمين فليس بمول » وظاهره أن الاستعداد إنما هو ترك الوطء . لكن مورده المغاضبة ، وظاهره إلحاق المغاضبة بالايلاء في الحكم . فلا يكون مما نحن فيه

والامة والحرة (١) لا طلاق 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 لا معدل 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 مجملتها :

فو الله لولا الله لاشئ غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه
عن أكثر ما تصبر المرأة عن الجماع ، فقيل له : أربعة أشهر ، فجعل المدة المضروبة للغبية 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 الفحل وإن لم ينزل ، في المحل الممهور ، فلا يكفي الدبر » .

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

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

وبجوز 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 الاستمتاع ولا يجري الحكم في الملوكة غير المزوجة (٥)

الزوجة ، بل صريح بعض متون الصحيح المتقدم ، وحينئذ يتوقف أدائه 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 تأخير ، فكذا في المقام اذا كانت الزوجة لا تدرى 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) فإن العجز عذر عقلي في مخالفة التكليف . وكذلك الضرر لحديث نفي الضرر ، أو ما دل على حرمة الضرر .

(٢) لا يتضح الفرق بين غيبتها وغيبته ، فإن كان يصدق عليه أنه عنده زوجة في حال سفره ، كان الصدق كذلك في حال سفرها ، وإن لم يصدق في الثاني ، لم يصدق في 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 ﴾ : إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فلاحوط المبادرة (١) إلى موافقتها قبل تمام الأربعة ، أو طلاقها وتحلية سبيلها .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : إذا ترك موافقتها عند تمام الأربعة أشهر لما منع من حيض أو نحوه أو عصياناً لا يجب عليه القضاء (٢) . نعم الاحوط أرضائها بوجه من الوجوه لأن الظاهر أن ذلك حق لها عليه (٣)

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

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

(٣) كأنه يشير إلى قاعدة كلية ، وهي : من فوت حق غيره وجب عليه استحلاله . وقد استدلل عليها شيخنا الأعظم في مكاسبه بالأصل ، والنصوص ، منها ما رواه 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 ... إلى أن قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : إن أحدم

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

فصل

﴿مسألة ١﴾ : لا يجوز 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 . مثلاً اذا كان لأحد حق على آخر أن لا يأكل من طعام ، فأكل ، عصي وجرى على خلاف الحق ، فبطل الحق وسقط . ولا مجال لأصالة بقاءه . نعم إذا احتمل دخله في رفع العقاب وجب عقلاً تحصيله . لكن إطلاق أن التوبة ماحية للذنب ، رافع لاحتمال المذكور . وأما النصوص المشار إليها فلا يخلو سندها من إشكال . بل دلالتها أيضاً ، لاشتغالها على أمور لا قائل بوجوب البراءة منها ، كما اعترف بذلك شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه في مباحث حرمة الغيبة . مضافاً الى أن النصوص مرمية بالهجر والاعراض ، اعدم 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 في أعظم المخول

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

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

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

إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة ، فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين ،
وفي خبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها
تسع سنين ، أو عشر سنين » ، ونحوه خبر أبي بصير ، عن أبي جعفر (ع) .
والتخيير فيها بين الأقل والاكثر يستوجب حمل الاكثر عرفاً على الاستحباب .
وأما خبر غياث بن إبراهيم ، عن جعفر (ع) ، عن أبيه (ع) ، عن علي (ع) :
« قال : لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين ، فإن فعل فعميت فقد ضمن » . فشاذاً
مهجور ، يجب حمل صدره على الاستحباب ، بقرينة ما سبق ، إن أمكن ، والاطرح
(١) إجماعاً أيضاً بقسميه - كما في الجواهر - ويقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة
(٢) كما صرح به جماعة . وفي الجواهر حكاية الإجماع عليه عن التنقيح ،
ومحكي النهاية ، والكفاية ، وظاهر المجمع . ويقتضيه إطلاق الخبرين الأخيرين
المتقدمين . وأما ما في صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في
رجل ابتاع جارية ولم تطم ، قال (ع) : إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل
فليس عليها عدة ، وليطأها إن شاء . وإن كانت قد بلغت ولم تطم ، فإن عليها
العدة » ، وصحيح ابن أبي يعفور ، عن أبي عبد الله (ع) : « في الجارية التي
لم تطم ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل ، قال (ع) : ليس عليها عدة ، يقع
عليها » ، ونحوها غيرها . وهي وإن كانت واردة في الجواز من حيث الاستبراء
وعدمه ، لكنها ظاهرة في المفروغية عن الجواز في الصغيرة ، فيقيد بها إطلاق
ما سبق . لكن من القريب حمل الصغيرة فيها على معنى : ما لا يتخوف عليها الحبل
جمعا بينها وبين الإطلاق المتقدم . وإن كان الانصاف يقتضي البناء على المعارضة
بين الإطلاقين ، فيرجع الى الاصل في مورد المعارضة . ولا وجه لتعين إطلاق

بشهوة والضم والنفخيد ، فجائز في الجميع (١) ولو في الرضعة .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : إذا 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 إذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبرأؤها . قال (ع) : إذا لم تبلغ استبرأت بشهر ، قلت : وإن كانت ابنة سبع سنين أو نحوها مما لا تحمل . فقال : هي صغيرة ، ولا يضرك أن لا تستبرأها ، فقلت : ما بينها وبين تسع ، فقال (ع) : نعم تسع سنين » . اللهم إلا أن يقال : لا مجال للعمل بها بعد ما عرفت من حكاية الاجماع على خلافها . (١) كما نص على ذلك في الجواهر . للاصل السالم عن المعارضة .

(٢) بل إجماعاً محكياً صريحاً ، عن الايضاح ، والتنقيح ، وكثر الفوائد ، وغاية المرام ، وظاهراً في المسالك ، ومحكي كشف الرموز ، والمقتصر ، والمهذب البارع ، بل والسرار . إن لم يكن محصلاً - كذا في الجواهر - واستدل له بخبر يعقوب بن يزيد ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال (ع) : إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً » . وفيه : أنه لا مجال للاعتداع به مع ضعف سندده وشموله لصورة عدم الافضاء ، ودلالته على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء ، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجية مع الافضاء ، فضلاً عن صورة عدمه ، كخبر بريد بن معاوية ، عن أبي جعفر (ع) : « في رجل افترض جارية - يعني : امرأته - 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 » ، وصحیح حران ، عن أبي عبد الله (ع) قال : « سئل عن رجل

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

تزوج جارية بكراً لم تدرك ، فلما دخل بها افتضاها فافضاها ، 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 افتضاها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتهما ، وإن 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 . فالأقرب - وفقاً للنزهة - الحل » ، وفي الجواهر أنه لا يخلو من قوة . اللهم إلا أن يقال : ضعف السند منجبر بعمل الأصحاب به والنصوص الدالة على بقاء الزوجية مع الافضاء ربما تنافي فتوى المشهور بالتحريم ، فقد قيل : أن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح . أو هي مخالفة المشهور من ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها . فإذا لا مجال للاعتماد عليها . فلم يبق إلا عموم المرسل ، ويمكن تقييده بصورة الافضاء ، لظهور الإجماع على عدم التحريم بدونه . لكن بشكل ذلك بأن الفتوى هي أن التحريم يستند إلى الافضاء ، والمرسل ظاهر في أنه يستند إلى الدخول ، فتكون الفتوى أجنبية عن المرسل ، لا مقيدة له ، لأن الافضاء من مقارنات الدخول ، لا من حالاته . فعمل المرسل على مضمون الفتوى تصرف فيه بنحو آخر غير التقيد بعيد جداً . ولعله إلى ذلك أشار في الجواهر بقوله : « إنه لا يورث الفقيه ظناً » . وبالجملة : الاستدلال على فتوى المشهور بالمرسل بعيد عن السليقة العرفية . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، وعن السرائر ، والجامع ، وغيرها . وفي كشف اللثام

أنه الأقوى لصحيفة حران ، ورواية بريد 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 . واسكن الاقوى بقاؤها على الزوجية وإن كانت مفضاة (٢) وعدم حرمتها عليه ايضا ، خصوصا إذا كان جاهلا (٣) بالموضوع او الحكم ، او كان صغيرا او مجنونا او كان بعد اندمال جرحها (٤) ، او طلقها ثم عقد عليها جديدا . نعم يجب عليه دية فضلا عن الافضاء ، أو بعد جمعه على الافضاء . واسكن 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 . لسكن 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 ما يوجب الخروج عنه إلا المرسل الذي لم تثبت حجتيه . ولأجل ذلك يتعين القول بعدم حرمتها عليه ، لما ذكر .

(٣) فقد حكى 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 . لسكن إطلاق الدليل على التحريم - لو سم - لا يخل به مثل ذلك . والانصراف والتعليل ممنوعان . (٤) اقتصارا في التحريم على المتيقن ، وهو غير هذا الفرد . ولسكن ظاهر

فتوى الاصحاب العموم له ، عملا بالاستصحاب ولذلك حكى القطع به عن الصيمري في غاية المرام ، وعن السبوري 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 ، فيبني على الحل من الاول . ولكنه غير محل الكلام كالأخفى وكذا الكلام بناء على البيونة . فالعمدة حينئذ ملاحظة دليل الحرمة ، فإن كان هو

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

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

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

(٢) المتقدمين آنفاً . وعن ابن الجنيّد الفتوى بمضمونها . ولعله اعتماداً منه عليها . لسكن في الجواهر : « يجب حملها على سقوطها صلحاً ، بأن تختار المقام معه بدلاً عن الدية . فان الدية قد لزمته بالافضاء بدلالة النص والفتوى ، فلا تسقط مجاناً من غير عوض . لأنه لو لم يحمل على الصلح فلما 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 ، لسكن دل عليها جملة من الروايات منها خبر غياث المتقدم في أول الفصل ، ومنها صحيح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « من دخل باسرة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب ، فهو ضامن ، ونحوها غيرها .

(٣) بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل قد حكى الاجماع عليه جماعة - 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 - 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 فطان ، والايضاح والروضة تقييد الحكم بما اذا لم تزوج بغيره . وفي القواعد : « على إشكال » لزوال الزوجية التي هي علة الوجوب . ولزوال التعتيل على الازواج . ولأنها واجبة على الثاني ، فلا تنجب على الاول . وفيه : أن ظاهر صحيح الحلبي أن علة الوجوب الافضاء ، لا الزوجية . ومنه يظهر الاشكال في الاخير . وأما التعتيل على الازواج فانما ذكر في صحيح حران علة للدية ، لا للنفقة ، فلا يكون انتفاؤه موجباً لانتفائها .

(٢) لاطلاق النص ، والفتوى .

(٣) قد اختلفت الكلمات في تفسير الافضاء . قال في القواعد : « وهو - يعني

الافضاء - صيرورة مسلك البول والحيض واحداً . أو مسلك الحيض والغائط واحداً ، على رأي » . وظاهر مجمع البحرين أنه جعل مسلك البول والغائط واحداً ونحوه عن كشف الرموز ، فيكون قولاً ثالثاً . وفي الشرائع في مبحث العيوب وغيرها تفسيره بجعل مسلكيهما مسلكاً واحداً . والظاهر منه القول الثاني . وهذا ولا ريب في أن الاقوال المذكورة متقابلة مفهومها . إنما الاشكال في أن الاحكام السابقة هل تختص بأحد هذه المعاني ؟ وحينئذ يحتاج في تعيينه الى دليل . أو انها

او مسلكي الحيض والغائط او انحسار 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 ، أو الخلط ، كي تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك . كما هو مبنى كلام العلامة ، ومن تابعه . ووجود معنى المطلق في ذلك الخاص . لا يقتضي كون المراد المطلق وأن ذكر الخاص من باب المثال ... الى أن قال : نعم يبقى الكلام في تعيينه من بين الافراد التي سمعتها 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 لعدم . وعن العلامة وولده تحريم الاجنبية . وعن غيرها تحريم الاجنبية والامة . وكأن الوجه في الاخير استفادة عدم الخصوصية من مورد النص . وفي الاول الاولوية ، لأن الائتم في الاجنبية أشد . أو لأن الزوجية ليست سببا في الحرمة ،

- على القول بها - ووجوب النفقة المملوكة والمحلاة والموطوءة بشبهة أو زنا ولا الزوجة الكبيرة نعم تثبت الدية في الجميع (١) عندا الزوجة الكبيرة (٢) إذا أفضاها بالدخول بها (٣) حتى في الزنا وإن كانت عالمة مطاوعة (٤) وكانت كبيرة وكذا لا يلحق بالدخول الإفشاء بالاصبع (٥) ونحوه ، فلا تحرم عليه مؤبدا . نعم تثبت فيه الدية (٦)

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

﴿مسألة ٦﴾ : إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية عليهما

لأنها سبب الحل ، فلا تكون سبباً لضده ، بل السبب الصغير والإفشاء ، والمفروض حصولها في الأجنبية . 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 بعصوه ، فلم يملك أسته ، ما فيه من الدية ؟ فقال (ع) : دية كاملة . وسأله عن رجل وقع بجارية فافضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد ، فقال (ع) : الدية كاملة » ، ولما رواه في الفقيه بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين (ع) : أنه (ع) قضى في امرأة أفضيت بالدية .

(٢) لما سبق من صحيح همران ، وخبر بريد ، المعتضد بإجماع الخلاف .

وعن الحلبيين إطلاق لزوم الدية في الإفشاء . وهو ضعيف .

(٣) قيد المستثنى منه .

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

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

(٦) لأنها من أحكام الجنابة .

(٧) كما قد يستظهر من محكي الخلاف لإطلاق صحيح الحلبي المتقدم في

الاتفاق على المنقضاء . لكن في الجواهر : « المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة

او على عاقلتها اشكال (١) وان كان الوجه الثاني لا يخلو 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

كادت تكون إجماعاً على اختصاص الصغيرة بذلك . بل ظاهر الخلاف الاجماع على ذلك . ولعل وجهه إطلاق ما في صحيح حران من قوله (ع) : « لا شيء عليه » ، فانه شامل للنفقة والدية معا . لكن يشكل ذلك بمعارضتهما بصحيح الحلبي ، فانه كما يمكن تقييده بالصغيرة يمكن تقييدها بالدية . بل الثاني هو المتعين لثبوت النفقة في الكبيرة ما دامت في حباله . وحينئذ لا يكونان متعارضين لها ، فلا مانع حينئذ من الاخذ باطلاق صحيح الحلبي .

(١) ينشأ من إطلاق النصوص : أن عليه الدية . ومن إطلاق ما دل 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 ما عن 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 لا يفضيها ، فاصاب على فراشه امرأة فأفضاها ، ويعتقد لها 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 حكيم ، أحدهما في حال العمد ، والآخر في حال الخطأ ، مثل ماورد في قتل العمد

(مسألة ٨) : اذا شك في اكملها تسع سنين لا يجوز له وطؤها لاستصحاب الحرمة (١) السابقة فان وطأها مع ذلك فافضاها ولم يعلم بعد ذلك ايضا كونها حال الوطء بالغة او لا 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 باليدما لم يكن العمد فيه قد أخذ موضوعاً للضمان . وفيه : أن ذلك مسلم في مثل الحديث الشريف ، لا في مثل ما في صحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) : « كان أمير المؤمنين يجعل جنابة المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمداً » . نعم لم أفق على مثل ذلك في الصبي وبالجملة : فلا شك ان يتم اذا لم يستفد من الأدلة ما يقضي بالتفصيل بين العمد والخطأ .

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

(٢) فان الرواية الدالة على الحرمة الابدية قد جعل موضوعها الوطء قبل التسع ، والقبلية صفة وجودية لا يمكن إحرازها بالاصل . بل الاصل عدمها ، فينتفي به كونها قبل التسع ، ولذلك تنفي الحرمة الابدية . لأن موضوعها الموطوءة قبل التسع ، وهو منتف . وفيه : أن المراد من كونها قبل التسع : أنها لم تبلغ التسع لأن 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 : لا ينبغي التأمل في كون القيد المذكور عديماً فيثبت بالاصل .

(٣) لأن موضوعها في صحيح حران 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 في نكاح بنت الاخ، والاخت وسائر الاحكام ، ولو على القول بالحرمة الابدية بل ياحق به الولد (٣) وان قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض .

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

إثباته بالاصل . ويشكل بأن المذكور في خبر يريد : أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين . فإذا كان الوصف المذكور وجودياً - حسبما ذكره سابقاً - كان مقيداً لاطلاق صحيح حران . فإذا 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 ، في الجواهر بناء على بقاءها على الزوجية ، كما تقدم . والوجه فيه : عموم أدلة الاحكام المذكورة (٣) كما في الجواهر . لقاعدة الفراش .

(٤) الذي يقتضيه إطلاق النص هو ثبوت النفقة في حال الشوز، وإن كانت من قبيل نفقة الزوجية، فإنه لا مانع من أن يكون الافضاء موجباً لاستمرارها حتى في حال الشوز . 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 ديناً اذا امتنع

(١) يعني: أنه أيضاً 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 . وكان وجهه : أن التعبير بالاجراء في الصحيح ظاهر في أن اشتغال الزمة به تدريجي ، فيختص بحال الحياة ، لا أنه تشتغل الزمة بتمام النفقة مدة العمر كي تكون كسائر الديون تتعلق بتركته . وإلا لزم ثبوت أمرين عليه : نفقة الزوجية تدريجاً ، ونفقة الافضاء دفعة . ولا يظن الالتزام به ، فإن ظاهر الصحيح تشريع استمرار الاتفاق مادامت حية ، لاتشريع اصل الاتفاق مضافاً الى تشريع نفقة الزوجية بحيث تكون عليه نفقتان . ولذلك جعل المصنف (ره) احتمال عدم السقوط بموته بعيداً . وبالجملة : الظاهر من الصحيح الحكم باستمرار نفقة الزوجية مادامت حية ، فيكون لها 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 تكليفاً صرفاً بعيد » . وكذا ما ذكره بقوله : « الظاهر أن حكمها حكم الزوجة » .

من دفعها مع تمكنه ، اذ كونها حكماً تكليفاً صرفاً بعيد . هذا بالنسبة الى ما بعد الطلاق وإلا فما دامت في حباله الظاهر أن حكمها حكم الزوجة .

فصل

لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع (١)

فصل

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

وتشهد به النصوص كصحاح زرارة بن أعين ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا جمع الرجل أربعاً وطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق ، وقال (ع) : لا يجمع مائة 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 فمات إحداهن . فتأمل .

ثم في جملة من النصوص المشار اليها ذكر الماء ، فيختص بجرمة 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

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

أن الامر فيها للإباحة ومقتضى اباحة الاعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها . إذ لو كان مباحاً لم يخص الجواز بها ، لمناقاته اللامتناهية ، وقصد التوسع في العيال ، ولأن مفهوم إباحة الرابع حظر مادون الرابع ، أو ما زاد عليها ، والاول باطل بتجوز الثلاث فيها صريحاً ، فيتعين الثاني . ثم قال : « فمن 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 في الجواهر - ، وفي كشف اللثام : « اتفاقاً من المسلمين » ، وفي المسالك : « هو موضع وفاق من جميع المسلمين » . ويقتضيه اطلاق الادلة . مضافاً 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 » ، ونحوها غيرها . والى ما ورد في 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 معتمد به فيه بيننا » ، وعن الحلبي الاجماع عليه . ويشهد له كثير من النصوص : منها ما تقدم في الاماء ، وفي موثق زرارة عن أبي عبد الله (ع) : « ذكرت له المتعة أي من الرابع ؟ فقال : تزوج منهن الفأ ، فانهن مستأجرات » ، وصحيحه : « قلت : ما يحل من المتعة ؟ قال (ع) : كم شئت » ، ونحوها غيرها .

ولا يجوز للحر أن يجمع بين أزبد من أمتين (١)

نعم في موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله (ع) : « عن المتعة ، فقال : هي أحد الأربع » . 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 ، فإنه 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 استدلل لابن البراج بما سبق . ثم ذكر جواب الشيخ عنه بأنه ورد احتياطاً ، لاحظراً وظاهره موافقة المشهور ، لا التوقف . وكيف كان فلا مجال للاخذ بالموثق بعد إمكان الجمع العرفي بينه وبين ماسبق بالتمسك على الاستحباب . أو على التقية ، كما يظهر من صحيح البرنطلي عن الرضا (ع) : « قال أبو جعفر : إجملوها من الأربع . 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 الأربع هي ؟ فقال (ع) : إجملوها من الأربع على الاحتياط . قال : وقلت له : إن زرارة حكى عن أبي جعفر (ع) : إنما هن مثل الاماء يتزوج منهن ماشاء ، فقال (ع) : هي من الأربع » فإن الظاهر من الاحتياط الاحتياط في المحافظة على نفسه وماله ، لأن التزويج بالجنس لا يصح دواماً ، والمتعة ممنوعة عند المخالفين . ويحتمل أن يكون المراد الاحتياط في المحافظة على ملاكات الاحكام . لكنه بعيد . وعلى كل حال فالصحيح المذكورة بمنزلة الحاكم على الموثق ، فلا مجال للعمل بظاهره . على أنه مهجور ، ومعارض بما هو أصح سنداً ، وأكثر عدداً ، وأوضح دلالة ، فلا مجال لتقديمه على غيره .

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

ولا للعبد أن يجمع بين ازيد من حرتين (١) وعلى هذا فيجوز للحر أن يجمع بين اربع حرائر (٢) او ثلاث وامة او حرتين وامتين . وللعبد أن يجمع بين الاربعة اماء او حرة وامتين او حرتين . ولا يجوز له ان يجمع بين امتين و حرتين (٣) او ثلاث حرائر او اربع حرائر (٤)

وفي الرياض : « باجماعنا ، حكاه جماعة من اصحابنا » واستدل له بمصحح أبي بصير عن أبي جعفر (ع) ، قال : « سألته عن رجل له امرأة نصرانية له ان يتزوج عليها يهودية ؟ فقال : إن أهل الكتاب ممالك للامام ، وذلك موسع منا عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج . قلت : فانه يتزوج عليها أمة ؟ قال (ع) : لا يصلح له أن يتزوج ثلاث اماء » . - لكن في دلالة : ﴿ لا يصلح ﴾ 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 اماء » ، وخبر الحسن بن زياد ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سألته عن المملوك ما يحل له من النساء ، فقال (ع) : حرتان ، أو أربع اماء » ، وخبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا يجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين » ، ونحوها .

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

(٣) فإن الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم ، وكذا مرسل الفقيه : « يتزوج العبد حرتين او أربع اماء او امتين وحرة » . ومنها يظهر أنه لا يجوز أن يجمع بين حرتين وامة ، قال في الشرائع : « اذا استكمل العبد اربعا من الاماء او حرتين ، أو حرة وامتين ، حرم عليه ما زاد » ، ومثله كلام غيره وادعي عليه الاجماع في كلام جماعة كثيرة .

(٤) لما سبق .

او ثلاث إماء و حرة (١) كما لا يجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء و حرة (٢) ﴿مسألة ١﴾ اذا كان العبد مبعضا او الامة مبعضة ففي لحوقها بالحر او الفتن إشكال ومقتضى الاحتياط : ان يكون (٣) العبد المبعض كالحر بالنسبة الى الائمة فلا يجوز له الزيادة على امتين ، وكالعبد الفتن بالنسبة الى الحرائر ، فلا يجوز له الزيادة على حرتين وان تكون الامة المبعضة كالحررة بالنسبة الى العبد ، وكالامة بالنسبة الى الحر بل يمكن أن يقال : إنه بمقتضى القاعدة . بدعوى ان المبعض حر وعبد ، فمن حيث حرية لا يجوز له ازيد من امتين ، ومن حيث عبيته لا يجوز له ازيد من حرتين (٤) وكذا بالنسبة الى الامة المبعضة الا ان يقال : ان الاخبار

(١) المرسل السابق . وصحيح محمد بن مسلم لا يدل على المنع فيه .

(٢) لمصحيح أبي بصير السابق .

(٣) قال في القواعد : « والمعتق بعضها كالامة في حق الحر ، وكالحررة في حق العبد ، والمعتق بعضه كالحر في حق الائمة ، وكالعبد في حق الحرائر » ونحوه كلام غيره . وعلوه بالاحتياط . وتغليب جانب الحرمة . وقال في الجواهر : « لا ريب في أنه أحوط ، وان كان لا يخلو من بحث ، إن لم يكن اجماعا . خصوصا في التبعض 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 ، أو على صورة المزج بين الحرام والحلال . ولولا ذلك لأشكل الحكم في كثير من الموارد ، كما لا يخفى .

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

الدالة على ان الحر لا يزيد على امتين والعبد لا يزيد على حرتين ، منصرفاً الى الحر والعبد الخالصين (١) . وكذا في الامة فالمبعوض 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 لسكنه بعيد من حيث لزوم (٢) كونه

العبدية تقتضي المنع من ازيد من حرتين ، والحرية مقتضية لجواز ازيد من حرتين . فانه يقال : التراحم بينها من قبيل التراحم بين المقتضي واللامقتضي ، فان اقتضاء الحرية لجواز اربع حرائر بمعنى عدم اقتضاءها للمنع من ازيد من حرتين وكذلك اقتضاء العبدية لجواز اربع اماء بمعنى عدم المقتضي للمنع عن ذلك . ومع تراحم المقتضي واللامقتضي يكون العمل والاثار للمقتضي .

ثم ان هذا التوجيه مبني على أن يكون المراد من الحر والعبد الطبيعة ولوفي 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) لا ينبغي 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 ما في 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 ، والمبعوض لآخر ولا عبد ، بل بعضه حر وبعضه عبد .

(٢) لم يتضح بطلان اللازم المذكور . إذ من الجائز أن يكون الوجه في عدم تزويج الحر بأربع اماء كرامته وهي مفقودة في المبعوض ، وان يكون الوجه

اولى من الحر الخاص وحينئذ 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 اولاً والاقتوى العمل بالاستصحاب واجراء حكم العبيد والاماء عليهما .

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

في عدم تزويج العبد بأربع حرائر نقصه ، وهو مفقود في البعض أيضاً .
(١) فله أن يتزوج بأربع اماء ، وللعبد أن يتزوج اربعا منها .

(٢) لما عرفت صراحة من أن الميعار في تبدل الموضوع العرف ، بحيث تكون القضية المشكوكه غير القضية المتينة عرفاً . ومن المعلوم أن تحرير بعض القن لا يستوجب ذلك . نعم يمكن الاشكال في الاستصحاب بأنه تعليلي ، لأن معنى جواز عقده على أربع اماء حال الرقية : أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه ، فاستصحاب ذلك الى حال حرية بعضه معارض - على التحقيق - بالاستصحاب التنجيزي ، وهو أصالة عدم ترتب الاثر . فالمرجع لا بد أن يكون دليلاً 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 الاتفاق على الاماء الاربع لو عقد عليهن ، ومقتضى أصل البراءة العدم . وكذلك بالنسبة الى التوارث . هذا بالنسبة الى التزويج بأربع اماء ، 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 لا تنتهي اليه بعد إمكان الرجوع الى عمومات الحل .

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

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

(٢) فانه لا إشكال عندهم في 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 عبد الله (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 ابنتين شاء » . والاخير وارد في الابتداء ، وجريانه في الاستدامة أولى ، بل الاول أيضاً وارد في الاستدامة بلعاط إقرار الزوج على ما يراه في مذهبه ، والكنه في الحقيقة وارد في الابتداء لأن الإقرار لا يقتضي أكثر 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 ما لو تداعيا مالا معيناً . 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 في 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 إذ يختصمون) ، أو قوله تعالى في سورة الصافات : (فسمع فكان من المدحضين) . وأما الرواية ، فمنها رواية محمد بن حكيم قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن شيء ، فقال لي : كل مجهول فقيه القرعة . قلت له : إن القرعة تخطئ . وتصيب ، قال (ع) : كلما حكم الله به فليس بمخطئ » ، 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 الملبس أنبت من القرعة !؟ ليس هو التفويض الى الله جل ذكره ؟ ... » وخبر عبد الرحيم المروي في كتاب الاختصاص للعفيد (ره) : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : إن علياً عليه السلام كان إذا ورد عليه أمر لم يحج به فيه كتاب ولا سنة رجع فيه ، يعني : ساعم 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 أيضاً فيما له تعين واقعا . فلاحظه .

لكن يشكل الاستدلال بالآيتين الشريفتين على جريانها فيما لم يكن له تعين واقعاً أولاً : لاحتمال أنه من باب التراخي والانفاق منهم على ذلك ، لامن باب أنه حجة شرعية يرجع إليها على كل حال ، كما لو اتفقوا على ترجيح الأكبر سناً ، أو الأقوى بدناً ، أو نحو ذلك . وثانياً : أنه يتوقف على أن التنازع في موردها

لم يكن في تعيين الاولى ، وهو غير ظاهر ، بل يظهر من بعض الاخبار الواردة في تفسير الآية الثمانية : 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 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 لا يستفاد 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 ما تقدم 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 : « كما 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 وجعل تعيينه . فالبناء على عموم الرواية لما نحن فيه غير ظاهر . مضافاً الى أن البناء على إطلاقه يوجب سقوط جميع أدلة الأصول . فلا بد أن يكون المراد من المجهول معنى غير الظاهر ، فيكون مجحلاً . وكذلك المشكل ، والممتبس المذكوران في رواية الدعائم ، فانها وإن كانا شاملين لما نحن فيه ، لكن الأخذ بعموم مفهومها مشكل ، ولا سيما بملاحظة ما رواه المفيد في كتاب الاختصاص . فيتعين حملها على ما لا يخرج فيه ، بنحو لا تفي الأدلة فيه ، بل لعل المنصرف اليه منها

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 ما نحن فيه منها ، كان المرجع قاعدة امتناع الترجيح بلا مرجح . ومقتضاها البطلان في الجميع نعم لو أمكن البناء على بطلان العقد في أمتين وصحته في أمتين على وجه الترييد ، كان الرجوع الى القرعة في محله ، الاشكال الذي لا يمكن التخلص فيه إلا بالرجوع الى القرعة . لكن ذلك ممتنع ، لامتناع قيام الزوجية في الفرد المبهم .

نعم لا يبعد صدق المشكل فيما اذا اشتبهت المطلقة أو المعلقة 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) في الشاة الموطوءة اذا اشتبهت في قطيع غنم ، من أنه إن عرفها ذبحها وأحرقها ، وإن لم يعرفها قسم القطيع نصفين ، وأقرع بينهما ، ثم لا يزال يقرع حتى يقع السهم على واحدة . 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 تراحم حقوق الله تعالى ، مثل تراحم الواجبات ، او المحرمات ، او الواجب والحرام ، حتى فيما لو كان هناك تعين في الواقع ، كما في صورة الدوران بين الوجوب والحُرمة . فان الجميع - وإن كان من المشكل - لا يرجع فيه الى القرعة . وإنما يرجع اليها عند تراحم حقوق الناس ، مثل المال المردد بين المالكين ، والحق المردد بين شخصين ،

فإن اختارت الفسخ ، حيث أن العتق موجب لخيرها بين الفسخ والبقاء فهو (١) وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً . والاحوط اختياره الفرعة كما في الصورة الاولى .

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

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

ومن ذلك يظهر الاشكال في جريانها في المسألة لانه اذا كان مقتضى القاعدة البطلان لاحقوقها ، ولا تراحم فلا يكون المورد من المشكل . فلاحظ ، وكذا الحكم لو عقد الوكيلان عن امرأة واقترن العقدان .

(١) يعني : تتمين هي للخروج عن الزوجية ، ويتمين غيرها للبقاء عليها . وبشكل بأن أدلة التخيير مطلقة ، وانصرافها الى صورة بقاء الجميع على الزوجية غير ظاهر . (٢) للاشكال في أن الزوجية المنقطعة هي الزوجية الدائمة ، والاختلاف بينهما في الدوام والانقطاع . أو أنها غيرها . الذي ذكره في الجواهر 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 لا يجري عليه حكم الشرط المذكور فقصد النكاح حينئذ بحاله . وأورد عليه شيخنا الاعظم (ره) بأن الذي يظهر من النصوص والفتاوى أن الدائم والمنقطع حقيقتان مختلفتان ، وليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق والمشروط ، كما يشهد به تعبير الفقهاء بقولهم : « اذا أخل بالاجل انقلب دائماً » ، فإن التعبير بالانقلاب

يدل على أن الانشاء الصادر من اول الامر لم يكن مقتضياً للدوام . ويشهد له أيضاً اتفاق النص والعتوى على أن المهر ركن هنا للعقد ، دون الدائم ، فإنه يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع وتمليك الانتفاع به ، كالأجارة كما ورد من إنهن مستأجرات . وبأنه لازم القول الاول أنه اذا أخل بالاجل والمهر معا انقلب دائماً أيضاً ، 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 في الدوام .

أقول : الوجوه المذكورة لا تدل على الاختلاف في الحقيقة بين الدوام والانقطاع . فإن تعبير الفقهاء بالانقلاب - مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانعقاد قال في الشرائع : « ولو لم يذكره - يعني الاجل - انعقد دائماً » - يكفي في صحته الاختلاف في بعض الاحوال . كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب في باب المطهرات فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الحجر ، وفرقوا بينه وبين الاستحالة بأن الانقلاب لا يقتضي اختلافاً في الحقيقة ، بخلاف الاستحالة ، ولذا اقتصرنا في مطهريه الانقلاب على خصوص الحجر ، بخلاف الاستحالة ، فإنها مطهرة في جميع الموارد من غير استثناء . وأما كون المهر ركناً في المنقطع دون الدائم ، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة . إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينهما ولو في التأجيل ، فإن القبض شرط في السلم ، مع أنه لا يختلف مع بقية أنواع البيع في الحقيقة . وما في بعض النصوص من قوله (ع) : « إنهن مستأجرات » ، مبني على نوع من المسامحة ، كما ورد في جواز النظر الى من يريد تزويجها : أنه مستام ، وأنه يشترها بأعلى الثمن . والاتفاق المذكور في المسالك - إن تم - كان هو الموجب للخروج عن القواعد . وإلا كان اللازم البناء على الانقلاب أيضاً 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 تبويضه في الحيض أيضاً بالنسبة الى سائر الاستمناعات ، ولزم أيضاً استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول ، مع اتفاق النص والفتوى على التصنيف حينئذ .
فالعمدة في مبنى القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائماً ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية الى الاجل . أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوداً ، والدوام يكون لذاتها ، ومفاد عقد الانقطاع جعل الراجع لدوام الزوجية . فعلى الاول يكون عدم التعرض للاجل موجباً لبطلان العقد انقطاعاً ، ودواماً ، أما الاول فلم يدم ذكر الاجل ، وأما الثاني فلم يدم جعل الدوام . وعلى الثاني يكون عدم التعرض للاجل موجباً لعدم صحة الانقطاع ، ولصحة الدوام ، أما الاول فلما ذكر ، وأما الثاني فلم يدم جعل الراجع ، والمفروض أن الدوام يكون لذاتها ، لا يجعل جاعل .

والتحقيق هو الاول ، فإن الزوجية وأمثالها من المسكينة ، والحرية والرقية ، والبيعة وغيرها من مضامين العقود والايقات ، إنما يكون العقد موجباً لحدوثها ، وهو المقصود من إنشائها ، والبقاء إنما يكون باستعداد ذاتها ، فبقاؤها عند العقلاء لا يكون منشأ العقد ، بل استعداد ذاتها ، وليس العقد المتضمناً لجعل الحدوث لاغير . فلاختلاف بين الانقطاع والدوام يرجع الى الاختلاف في أن الاول قد جعل فيه الانقطاع زائداً على جعل الحدوث ، بخلاف الثاني ، فإنه لم يجعل فيه الا الحدوث . فإذا شك في الدوام والانقطاع فقد شك في جعل الانقطاع زائداً على جعل الحدوث وعدمه ، فيرجع فيه الى أصالة عدمه . فالمقام نظير ما لو شك في شرط الانفساخ وعدمه . فيكون الانقطاع على خلاف الاصل والدوام على وفقه . كيف ولو كان الدوام مجعولاً 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 لا يجوز له ذلك (١) الا بعد خروجها عن العدة . وان كان بائنا في الجواز قبل الخروج عن العدة قولان المشهور على الجواز لانقطاع العصمة بينه وبينها (٢) وربما قيل بوجوب الصبر الى انقضاء عدتها عملا باطلاق ومقتضى ما ذكرنا جواز اشتراط الطلاق في عقد النكاح ، كجواز اشتراط الافالة فيه لسكن 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 - كذا في الجواهر - . أقول : قد استفاضت النصوص في ذلك ، ففي خبر محمد بن قيس قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول في رجل كانت تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثم نكح أخرى قبل ان تستكمل المطلقة العدة ، قال : فليحلقها 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) : لا حتى تنقضي عدتها » ، ومصحح زرارة ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع) : « اذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق ، وقال : لا يجمع مائة في خمس » ، ونحوها غيرها .

(٢) هذا التعليل مذكور في كلام جماعة . وإجماله كاشكاليه ظاهر . إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية ، فهو حاصل في الطلاق الرجعي ، ولا يجوز التزويج معه . وإن كان ارتفاع جميع العلائق ، فهو غير حاصل في 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 بانث ، أنه أن يتزوج أختها ؟ فقال (ع) :

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

إذا برء عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها ، ونحوها صحيحة أبي بصير ، وخبر الكناي . وقد فسر بأن لا يكون له عليها رجعة . لكن موردها الجمع بين الاختين ، واستفادة مانحن فيه منها لا تخلو من تأمل . وأولى منه في الدلالة القواعد العامة المقتضية للجواز ، لأن الحرام تزويج الخمس ، ومع الطلاق تخرج المطلقة عن الزوجية ، فلا يكون إلا تزويج الرابع نعم يعارضها إطلاق النصوص المتقدمة وغيرها المتضمنة أنه لا يجوز تزويج الخامسة بعد طلاق أحد الرابع إلا بعد خروجها عن العدة ، الذي لا فرق 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 في حسنة الحلبي المتقدمة قرينة على تقييد النصوص بالرجعي ولـسكنه غير ظاهر . وكذا ما في الجواهر أيضا من أن في النصوص ما يتضمن أنه لا يجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدة المطلقة ، وما يتضمن من أنه إذا مات إحدى الرابع لم يجز له أن يتزوج حتى يعتد أربعة أشهر وعشرأ ، بل فيه أنه يعتد وإن كانت متمعة . كما سيأتي بعضها . لسكن قرينة ذلك غير ظاهرة ، فإن ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب في بعض الموارد لا يقتضي مقايضة غيره عليه وإلا كان اللازم الحمل على الاستحباب حتى في الطلاق الرجعي .

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

ولو كانت الخامسة اخت المطلقة ، فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائدة لورود النص فيه (١) معللاً بانقطاع العصمة كما أنه لا ينبغي الاشكال اذا كانت العدة لغير الطلاق (٢) كما فسخ بعيب او نحوه وكذا اذا ماتت الرابعة ، فلا يجب الصبر الى اربعة أشهر وعشر (٣) والنص الوارد بوجود الصبر (٤)

طلاق إحدى الاربع إنما هو من باب حرمة الجمع بين الخمس . فإذا كان الطلاق بائناً لاجمع . قلت : هذا المقدار لا يوجب حمل النصوص على الكراهة ، لاحتمال كون وجود بعض العلاقات كاف في المنع ، كما في الطلاق الرجمي . 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 » ونحوها خبر الكناني . لسكن النصوص المذكورة إنما اقتضت نفي الاشكال في الجواز من حيث الجمع بين الاختين ، لامن حيث الجمع بين الخمس ، فإذا اتفق كون الخامسة أختاً للمطلقة فلا إشكال في المسألة السابقة بحاله .

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

(٣) بلا إشكال 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 أشهر وعشر . سئل فإن طلق واحدة هل يحل له أن يتزوج ؟ قال (ع) : لا حتى تأتي عليها عدة المطلقة » .

معارض بغيره (١) ومحمول على الكراهة وأما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتى (٢) يجب الصبر أولا يجب .

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير (٣) دواماً أو متعة سواء كانت عدة الطلاق بائنة أو رجعية أو عدة الوفاة أو عدة وطء الشبهة حرة كانت المعلقة أو أمة ولو (١) ففي خبر علي بن جعفر (ع) ، عن أخيه موسى (ع) ، قال : « سألته عن رجل كانت له أربع نسوة فمات إحداهن ، هل يصلح له أن يتزوج في عدتها أخرى قبل أن تنقضي عدة المتوفاة ؟ قال (ع) : إذا ماتت فليتزوج متى أحب » (٢) ففي خبر سنان بن طريف ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سئل عن رجل كن له ثلاث نسوة ، ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها ، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها ، فقال : إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يوم ذلك » .

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير

(٣) بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه - كما في الجواهر - واستدل عليه بقوله تعالى : (ولا تمزوا 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 - كما في مجمع البيان - ولكن ، ورد الآية عدة الوفاة ، فالتعدي عنها لا بد 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 بينهما ويمنه ، ويكون خاطباً من الخطاب » وبعضها يفصل فيه في الحرمة الابدية بين الدخول وعدمه ، كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر ، فقال : إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً ، واعتدت ما بقي 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 كمصحح عبد الرحمن بن الحجاج ، عن أبي ابراهيم (ع) ، قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة ، أي ممن لا تحل له أبداً ؟ فقال (ع) : لا أما اذا كان بجهالة فيمتزوجها 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 لا يقدر 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 مجبهاً ، فقال (ع) : الذي

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

تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً ، ومصصح 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 جاهلاً فارقها وتعمد ،
 ثم يتزوجها نكاحاً جديداً . وبعضها يفصل فيه بين كل من الدخول والجهل ،
 كمصصح الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل
 بها لم تحل له أبداً عالماً كان أو جاهلاً ، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر »
 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 ما ذكره 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 في الفرق أن المفهوم هنا مصرح به ، فيحمل على كونه لعدم مقتضي .
 (١) كما هو المصرح به في كلام جماعة ، ومنصرف إطلاق كلام غيرهم . والظاهر
 أنه لا إشكال فيه . ويقتضيه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم . مضافا الى
 انصراف إطلاق العلم الى ذلك بأن كان عالماً ان فعله في غير محله .

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

فإن كانت قد عرفت أن ذلك محرم عليها ثم تقدمت على ذلك ، فقال : إن كانت تزوجته في عدة لزوجها الذي طلقها عليها الرجعة ، فإني أرى أن عليها الرجم ، فإن كانت تزوجته في عدة ليس لزوجها الذي طلقها عليها الرجعة ، فإني أرى أن عليها حد الزاني ، ويفرق بينها وبين الذي تزوجها ، ولا تحل له أبداً . والدلالة غير ظاهرة . لأن المفروض في الرواية الدخول بقريضة التعرض للعدة . مع أنه حكم فيها بالحرمة الابدية في كل من صورتي العلم والجهل . فلاحظ .

هذا ولا ينبغي الاشكال في أنه مع علم أحدهما يبطل العقد حتى بالاضافة الى الجاهل ، وإن اختلفا في الحكم الظاهري . ولعله المراد مما في القواعد : « ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود اليه أبداً » . ولو كان المراد منه الحكم الوضعي لم يكن وجه للاختصاص بها ، فإن 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 ، فإنها لا تصح بالنسبة الى أحدهما إلا مع صحته بالنسبة الى الآخر ، فإذا لم تصح في أحدهما لم تصح في الآخر . وكذا المراد مما في صحيح ابن الحجاج المتقدم ، من قول السائل : « فقلت : فإن كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل ، فقال (ع) : الذي تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً » ، فإن الظاهر منه الحكم التكليفي الظاهري ، وهو يختص بالجاهل ، فإذا علم الزوج بعد العقد والدخول أن ذلك كان في العدة ، وإن الزوجة كانت عاتمة ، فقد انكشف له عدم صحة عقده عليها بعد ذلك ، فإذا عقد كان العقد باطلا بالنسبة اليه ايضا وقد اشار الى ما ذكرنا في المسالك وغيرها . قال في الاول : « وإن جهل أحدهما وعلم الآخر اختص كل واحد بحكمه وإن حرم على الآخر التزويج به ، من حيث مساعدته على الاثم والعدوان ويمكن التخلص من ذلك بأن يجهل التحريم ، او شخص المحرم عليه ، ومتى تجدد علمه تبين

وكذا مع جهلها بها . لكن بشرط الدخول بها ولا فرق في التزويج بين الدوام والتمتع (١) كما لا فرق 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 في نفس الامر ، وإن أمكن في ظاهر الحال ، كالمختلفين في صحة العقد وفساده . وإن كان يشكل بأنه مع جهل أحدها 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 . لإطلاق النصوص .

(٣) قال في القواعد : « هل وطء الامة في الاستبراء كالوطء في العدة ؟ . إنكار » . 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 الأقوى ، لعدم التبادر الى الفهم من العدة لاختصاصها باسم آخر .

(٤) كما هو المشهور وعن الخلاف الاجماع عليه . ويقتضيه صريح جملة من النصوص ، كصحيح محمد بن اسماعيل ، قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك ، أم لا بد 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 أو التحليل (١) فلو كانت مريضة فمات زوجها أو طلقها وإن كان لا يجوز لما لهما وطؤها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها ، ولا تحليلها للغير . لكن لو طأها أو حلها للغير فوطأها لم تحرم أبداً عليه ، وعلى ذلك الغير ، ولو مع العلم بالحكم والموضوع .

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

يبع الجارية واجب إن كان يطأها . وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً . قلت : فيحل له أن يأتها 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 الاستمتاع فيه أيضاً ، وهو صريح محكي السرائر وليس له دليل ظاهر . نعم في خبر إبراهيم بن عبد الحميد ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى ، أيطأها ؟ قال (ع) : لا . قلت : فدون الفرج ، قال : لا يقربها » . وفيه : مع أنه وارد في الحبلى التي لا استبراء فيها . أنه معارض بصحيح رفاعة ، قال : « سألت أبا الحسن موسى (ع) فقلت : اشتري الجارية ... إلى أن قال : قلت : فإن كانت حبلى فإني منها إذا أردت ؟ قال (ع) : لك مادون الفرج » ، ونحوه موثق زرارة ، وخبر أبي بصير . فالتعين حمل الرواية على الكراهة .

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

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

إلا إذا كانت العدة رجعية (١) ، كما سيأتي . وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تمامية أركانها (٢) . وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فساداً لتعبد شرعي كما إذا تزوج اخت زوجته في عدتها ، أو أمها ، أو بنتها (٣) أو نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج ، وإن كان فاسداً شرعاً في كونه كالتزويج الصحيح الآمن من جهة كونه في العدة وعدمه لأن المتبادر (٤) من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدة إشكال . والاحوط اللاحق في التحريم الأبدي ،

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

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

(٣) ذكر الآم غير ظاهر ، لأنها محرمة أبداً قبل أن يتحقق العقد عليها . وكذلك الكلام في ذكر البت إذا كان قد دخل بالأم ، فإن الرتبة المدخول بأمرها حرام أبداً ، وإن لم يتحقق العقد عليها .

(٤) بل هو الظاهر من الأخبار ، بل في التحرير : « والظاهر أن مراد علمائنا بالعقد في المحرم والعقد في ذات العدة إنما هو العقد الصحيح الذي لولا المانع ترتب عليه أثره » . لكن في الجواهر : « وفيه أن لفظ التزويج والنكاح للاعم » . وهو كما ترى غير ظاهر ، ولذا لا نقول به في الشهادات ، وفي الإقرارات والوصايا والندور ، وغيرها . وكون لفظ التزويج كغيره من ألفاظ المعاملات والعبادات موضوعاً للاعم لا للصحيح . لا ينافي 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 عدة الغير مع علمه بالحكم (١)

والموضوع ، او زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الابدية لأن المناط علم الزوج (٢) لاوليه او وكيله . نعم لو كان وكيله في تزويج امرأة معينة وهي في العدة ، فالظاهر كونه كباشرة بنفسه (٣) لكن

فلا عبرة بالفساد كنكاح الشغار . بل ولا بالفساد لفقد شرط من شرائط الصحة ، كالعربية ونحوها . بخلاف ما لو كان فساد بالعدة ، أو البعل ونحوهما مما هو كالأحكام في الفساد . فتأمل . ولم يتضح وجه الفرق في التفصيل الذي ذكره بين أن يكون الفساد من جهة المهر ، أو من جهة اللفظ ، وبين أن يكون من جهة المحل ومثله في الاشكال ما ذكره في التحرير أخيراً حيث قال : « أما العقد الفاسد . فإن كان العاقد يعلم فساد ، فلا اعتبار به . وإن لم يعلم فساد ، كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهة ، في الاعتداد به إشكال ، أقرب أنه كالصحيح » . فإنه أيضاً 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 أبداً » . فمع ضعفه في نفسه ، محمول على خصوص مورد ، فإن التعدي عنه الى غيره غير ظاهر في مقابل ما عرفت من الظهور .

(١) يعني : علم الولي .

(٢) لأنه ظاهر الأدلة ، والمفروض عدمه ، وأن العالم هو الوكيل او الولي ،

لا غير . وعلى هذا لا موجب لتقييد الفرض بصورة عدم تعيين الزوجة ، فلو عينها ولم يكن عالماً ، وكان الوكيل عالماً ، لم تحرم .

(٣) لم يتضح هذا الاستدراك . إذ ليس الكلام في المباشرة وعدمها ، وإنما

الكلام في صدق التزويج في العدة مع علم الزوج وهذا المعنى لا يفرق فيه بين تعيين

المدار علم الموكل ، لا الوكيل .

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

الزوجة في التوكيل ، وعدمه ، فإن 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 ، فإنه يصدق أنه تزوج امرأة في عدتها وهو عالم . وأما المباشرة فليس في الأدلة ما يشعر باعتبارها في التحريم . لأن النصوص موضوعها أن يتزوج امرأة في عدتها وهذا المعنى حاصل في 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 لمنع عن التزويج من غير ذي العدة احتراماً لذى العدة . فلا تمتنع من تزويجه .

(٢) مثل الكفر ، والرضاع ، ونحوهما 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 التكرار فيمتنع ان يترتب أثر العقد على الزوجية . فإذا كان الطلاق الرجعي يوجب

فانه ايضا باطل بل حرام (١) . ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الابدية والا في عدة الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم ابدآ . والا في العدة لوطنه زوجة الغير شبهة . لكن لان حيث كونها في العدة ، بل لكونها ذات بعل . وكذا في العدة لوطنه في العدة شبهة اذا حملت منه ، بناء على عدم تداخل العدتين ، فان عدة وطه الشبهة حينئذ مقدمة على العدة السابقة التي هي عدة الطلاق او نحوه ، لمكان الحمل وبعد وضعه تأتي بتمتع العدة السابقة فلا يجوز له تزويجها في هذه العدة - اعني عدة وطه الشبهة - وان كانت لنفسه ، فلو تزوجها فيها علماً او جاهلاً بطل (٢) . ولكن في ايجابه التحريم الابدي اشكال (٣) .

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

زوال علاقة الزوجية وصيرورة المرأة اجنبية . فلا مانع من حدوث الزوجية لها بالعمد . والزوجية التزيلية ، بمعنى : ثبوت احكام الزوجة لا يمنع من الزوجية الحقيقية . ويترتب على صحة العقد ثبوت المهر ، واستحقاقه بالدخول ، وغير ذلك من احكام الزوجية الحديثة . وإلا فهي ليست بذات بعل ، ولا معتدة .

(١) لم أقف على ما يدل على هذه الحرمة . إذ المذكور في الكتاب والسنة : أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً 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 نظيره في المسألة العاشرة .

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

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

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

(١) اختار أولها في المسالك ، قال فيها : « وطه الجاهل بالتحريم بعد العدة
لا يؤثر في 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 في صورة الدخول في العدة ، كمصحح الحلبي الأول ، ونحوه
مصحح ابن مسلم ، وحسن حمران ، وغيرها . وبعضها مطلق ، كمصحح الحلبي
الآخر . ولا يخفى أن الأول لا يقوى على تقييد الثاني ، لعدم التنافي في الحكم
بينهما . وحينئذ يتعين العمل باطلاق الثاني . إلا أن ينعم إطلاقه ، لاقتران المطلق
بما يصلح للقرينة من جهة المناسبات الكلامية ، إذ المقام نظير ما إذا تعقب المخصص
جملاً متعددة ، فإن المخصص قرينة على تخصيص الآخر ، ويصلح للقرينة على تخصيص
ما قبل الآخر . وكذا في المقام فإنه لا فرق بين قولنا : « إذا جاءك زيد وأكرمك
يوم الجمعة » ، وقولنا : « إذا جاءك زيد يوم الجمعة وأكرمك » في احتمال رجوع
القيد الى الجملة الأولى في المثال الأول ، والى الجملة الثانية في المثال الثاني . ولعل
مثلها ما إذا تقدم الظرف على الجميع مثل : « إذا جاء يوم الجمعة وجاء زيد وأكرمك
فاخلع عليه » ، فإن ذكر القيد صالح للقرينة على تقييد ما بعده فيسقط المطلق عن
الاطلاق ، والصور الثلاث من باب واحد ، وإن اختلفت في الوضوح والنفاء .
وحيثئذ يتعين الرجوع في المقام الى عمومات الحل . ومن ذلك تعرف الاشكال في
القول بالتحريم وإن كان الدخول في خارج العدة ، لاطلاق الفتاوى كالنصوص
كما في الرياض .

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

(١) لأصالة عدم كونها في العدة .

(٢) ففي مصحح زرارة، عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) : العدة والحيض للنساء ، اذا ادعت صدقت » . ومقتضى الجحد على عبارة النص وإن كان تصديق المرأة في دعوى وجود العدة والحيض ، فلا عموم فيه لعدم العدة وعدم الحيض ، لكن المنسب منه العموم ، ولا سيما بملاحظة كون الابتلاء بالثاني أكثر ، فيكون بيان حكمه أولى . مضافاً الى ما دل على حجية قول ذي اليد على ما في يده ، فضلاً عن نفسه ، فإذا أخبر بطهارة بدنه أو نجاسته ونحوها صدق ، كما عليه سيرة العقلاء والمشرعة . فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح . ومن ذلك يظهر الوجه في قوله (ره) : « إذا أخبرت بالا نقضاء » .

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

(٤) للمصحيح 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 في الشرائع أنه لوراجع المطلق زوجته فادعت بعد

﴿ مسألة ٦ ﴾ : اذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكماً او موضوعاً ، ولسكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً ، او لا يبني على عدم الدخول (١) . وكذا اذا علم بعدم الدخول بها وشك في أنها كانت عالمة او جاهلة فانه يبني على عدم علمها (٢) فلا يحكم بالحرمة الابدية .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : اذا علم إجمالاً يكون احدى الامرأتين المعينتين في العدة ، ولم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما (٣) ولو تزوج إحداها بطل (٤) . ولسكن لا يوجب الحرمة الابدية لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدة (٥)

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

(١) لأصالة عدمه .

(٢) لأصالة عدم علمها .

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

(٤) لأصالة عدم ترتب الاثر عليه .

(٥) المقام نظير ما لو توضع باحد الاناثين المعلوم نجاسة أحدها ، فانه يبني فيه

على عدم ترتب الاثر ، عملاً باستصحاب الحدث ، ولا يبني على نجاسة أعضاء

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

﴿ مسألة ٨ ﴾ : اذا علم ان هذه المرأة المعينة في العدة ، لسكن لا يدري 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 الاناثين معا بناء على صحة استصحاب النجاسة ، لعدم منافاته للعلم الاجمالي بطهارة أحدها عملاً وهنا أيضاً لا يبنى على الحرمة الابدية ، لعدم إحراز كون العقد في العدة ، إلا إذا كانت الحال السابقة في المرأتين معا أنها في العدة ، وعلم خروج إحداها عنها وبقاء الاخرى فيها ، فإن التحقيق جواز جريان الاستصحاب فيهما معا لما لم ينافيا العلم عملاً .

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

(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 تعبدى ، من آثار العدة بالخصوص ، وإن كان لعلقة الزوجية دخل فيه في الجملة ، لسكن لا على الاستقلال ، وحينئذ لا مجال للقطع بالاولوية . على أنه لو ثبتت الاولوية كان العمل عليها ، وعدم التنصيص لا يعارضها ، فانها مقدمة على أصالة الحل ، 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 لا يتعاودان أبداً » ، وموثق زرارة ، عن أبي جعفر (ع) : « في امرأة فقد زوجها أو نعي إليها فتزوجت ، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها ، قال (ع) : تعتد منها جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً » ، وموثقه الآخر ، عن أبي جعفر (ع) : « قال (ع) : إذا نعي الرجل الى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها ، فاعتدت ، وتزوجت ، فجاء زوجها الاول ، فإن الاول ، أحق بها من هذا الاخير ، دخل بها الاول ، أو لم يدخل بها . وليس للآخر 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 تحمل له أبداً » .

نعم يعارضها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبد الله عن رجل تزوج امرأة ولها زوج ، وهو لا يعلم ، فطلقها الاول ، أو مات عنها ، ثم علم الاخير ، أيراجعها ؟ قال (ع) : لا حتى تنقضي عدتها » . فانه أخص من الموثق الاول ، لاختصاصه بصورة الجهل ، فيقيد به الموثق ، ويحمل على صورة العلم . كما أن بينه وبين الموثقين الآخرين عمومًا من وجه ، لاختصاصها بصورة الدخول ، بقرينة الاعتداد من الاخير في أحدهما ، واستحقاق المهر في ثانيهما ، والصحيح لا يختص بها ، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم ، وهما لا يختصان بها . وفي مورد المعارضة وهي صورة الجهل والدخول يرجع الى اصالة الحل . وفيه أن الموثقين كما يختصان بصورة الدخول يختصان بصورة الجهل ، فيكونان أخص مطلقاً من الصحيح ، فيتعين حملهما على صورة عدم الدخول . وحيث 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 زوجاً غائباً ، فتركها . ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها ، أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم أن لها زوجاً ؟ قال (ع) : ما أحب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره » ، ولعل المراد من الدخول فيه الخلوة بها - كما في الوسائل - وإن كان بعيداً ، فإنه 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 عاتمة . فالبناء على الحرمة الابدية مع علم الزوجة لا يكون إلا من طريق الاولوية التي قد عرفت الاشكال فيها . أو بقاءة الاشتراك ، بناء على جريانها في المقام . وسيأتي الكلام فيه في حكم التزويج حال الاحرام .

غير فرق بين (١) كونها حرة او امة مزوجة ، وبين الدوام والمتعة في 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 الابدية ؟ أم لا قولان (٣) احوطهما الاول بل لا يخلو عن قوة .

(١) لا طلاق الادلة . مع عدم ظهور خلاف في ذلك .

(٢) للاصل ، بعد خروجه عن مورد النصوص .

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

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

﴿ مسألة ١١ ﴾ : اذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها مع الجبل ، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الاول فجاءت بولد فان مضى من وطء الثاني 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 الثاني ستة اشهر او أزيد الى ما قبل الاقصى . فهو ملحق بالثاني (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 الثاني . فهل يلحق بالاول ؟ او الثاني او يقرع . وجوه او أقوال (٤) والاقوى لحوقه بالثاني . لجملة من الاخبار وكذا اذا تزوجها الثاني

(١) قطعاً - كما في المسالك ، والجواهر - وقد صرح به الجماعة على نحو يظهر التسالم عليه . ويقتضيه مرسل جميل بن صالح ، عن بعض أصحابه ، عن احدها (ع) : « في المرأة تزوج في عدتها ، قال (ع) : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منها جميعاً ، 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 - كما في المسالك ، والجواهر - وبلا اشكال - كما في الرياض - ويظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه . لقاعدة الفراش ، بناء على أن الواطئ شبهة فراش ، لأن المراد به ما يقابل العاهر ، والواطئ شبهة غير عاهر . مضافاً الى مرسل جميل المتقدم .

(٣) بلا اشكال فيه عندهم . للعلم بانتفاءه عنها ، لتولده في خارج الحد .

(٤) حكي الاخير عن المبسوط ، ونحو الاسلام . لأن كلا منهما فراش ، فتعارض قاعدة الفراش فيها ، 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 لـكل أمر مشكل . وفي الشرائع - في بعض فروع السبب الاول من أسباب التحريم - 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 منك الجارية يوطأها فيعتقها فأعتدت ونكحت ، فإن وضعت خمسة أشهر فإنه لمولاه الذي اعتقها ، وإن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه لزوجها الاخير » ، وصحيح البرنظي عن رواده عن زرارة قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت خمسة أشهر فهو للاول ، وإن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلامه ولايه الاول ، وإن ولدت لستة أشهر فهو للاخير » ، وموثق أبي العباس قال : « قال : اذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للاخير ، وإن كان لأقل من ستة أشهر فهو للاول » وإن كان الاخير لا يخلو من إجمال المورد . وما قبله ليس مما نحن فيه ، عدا المرسل وكأنه لذلك ولضعف المرسل لم يعتد بالأخبار في المسالك ، وإنما اعتمد على قاعدة الفراش بناء منه على ترجيح تطبيقها على الثاني على تطبيقها على الاول لأن الثابت أولى من الزائل . وفيه : أن المراد بالفراش الفراش حال الانقضاء ، ونسبته اليها 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 لا يخلو عن قوة (٢) - حملاً للاخبار الدالة على التعدد (٣) على التقية . بشهادة خبر زرارة ، وخبر يونس (٤)
(١) وفي الجواهر: « يمكن دعوى الاجماع عليه ، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه » .

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

(٣) يريد بها صحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) : « المرأة الحبلية يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد اربعة أشهر وعشرأ ، 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 ما بقي 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) في الرجل يتزوج المرأة في عدتها ، ونحوه صحيح علي بن رثاب ، عن علي بن بشير النبال ، عن أبي عبد الله (ع) . ودلالتهما 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 يستبرئ رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم . قال زرارة : وذلك أن أناساً قالوا : تمتد 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 إليها زوجها فتزوجت ، ثم قدم الزوج الأول فطلقها وطلقها الآخر قال : فقال إبراهيم النخعي عليها أن تعتد عدتين ، فحملها زارة إلى أبي جعفر (ع) ، فقال : عليها عدة واحدة » . والخبران المذكوران واردان في ذات البعل ، وشهادتهما بحمل نصوص التعدد الواردة في المعتدة على التقية ، والاختصاص بنصوص التداخل - كما استظهره في الحقائق - مبني على كون المسألتين من باب واحد والمراد بنصوص التداخل صحيح زارة عن أبي جعفر (ع) : « في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال (ع) : يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعا » ، ونحوه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله (ع) ، ومرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) ، ونحوها موثق زارة عن أبي جعفر (ع) المتقدم في ذات البعل . هذه نصوص التداخل ، مضافا إلى الخبرين المذكورين في المتن .

وعن الشيخ حمل نصوص التداخل على عدم دخول الثاني ، لعدم صراحتها في الدخول ، وصراحة نصوص التعدد فيه . وضعفه ظاهر - كما ذكر جماعة - إذ لا معنى للاعتداد من الثاني إذا لم يكن دخول منه . وحملها جماعة آخرون على التقية . وهو غير ظاهر لما عرفت ، ولما حي من أن طليحة كانت تحت رشيد النقي فطلقها ألبتة فنكحت في آخر عدتها ، ففرق عمر بينهما ، وضربها بالمخففة وزوجها ضربات ، ثم قال : « أيما رجل تزوج امرأة في عدتها ، فإن لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما . وتأني ببقية عدة الأول ، فإن شاء تزوجها ، وإن كان دخل بها ، فرق بينهما ، وتأني ببقية عدة الأول ، 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 إلى التعدد . مع أن ظاهر الأدلة اعتدادها متصلًا بالسبب الموجب له ، وهذا المعنى لا يقبل التعدد

فمقتضى ظاهر الأدلة الأولية هو التداخل، فتكون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل .

فالمعدة 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 عنهم لم يعلم أنه كان لاطلاعهم على خلل في الدلالة ، او الصدور ، أو لبنائهم على ترجيح نصوص التعدد بموافقتها لآصاله عدم التداخل عندهم ، او للاحتياط ، أو لأنها أشهر الروايتين - كما في الشرائع - فلم يثبت ما يوجب سقوطها عن الحجية ، ولا سيما بالاحظة أنهم اعتنوا بها فوجوهها 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 فعالت بجهالة منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحد ، وفرق بينهما ، وتعتمد عدتها الاولى ، وتعتمد 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 ما تقدم سببه (١) إلا إذا كان إحدى العدين بوضع الحمل فتقدم وإن 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 ما بينهما .

(١) بلا خلاف فيه في الجملة ، ولا إشكال . للأصل ، والنصوص . نعم إذا كانت معتدة للشبهة فمات زوجها ، فقد احتمل في المسالك تقديم عدة الوفاة ، لكونها للزوج ، وهي مستندة إلى العقد اللازم . وكذا لو كانت معتدة للشبهة فطلقها زوجها ، فقد احتمل تقديم عدة الطلاق ، لكونها أقوى سبباً . ولكنه كما ترى خلاف الأصل . هذا وإذا افترن السببان فبناء على التعدد يكون لها الخيار في التقديم والتأخير لعدم المرجح .

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

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

(٣) كما اختاره في كشف اللثام . لأن الرجعة استدامة ، وهي لا تنافي الاعتداد من الغير وتبعه عليه في الجواهر . والأصل في ذلك ما في المبسوط ، قال : « إن مذهبنا أن له الرجعة في زمان الحمل » ، قال : « لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضي العدة وهذه ما لم تضع الحمل وتكمل العدة الأولى ، فعدتها لم تنقض ، فتثبت الرجعة عليها ، وله الرجعة ما دامت حاملاً ، وبعد أن تضع مدة النفاس وإلى أن تنقضي عدتها بالاقراء » ، قال : « وإذا قلنا لا رجعة له عليها في حال الحمل ما دامت حاملاً ، فإذا وضعت ثبت له عليها الرجعة ، وإن كانت في عدة النفاس لم تشرع في عدتها منه ، لأن عدة الأولى قد انقضت ، فتثبت 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 لا يخلو الاول منها من قوة . ولو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل

زمان إكمالها بعد الحمل ، لازمان الحمل ، لأنها حينئذ ليست في عدة رجعية .
أقول : العدة 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 برجعته ما لم تنقض العدة » ، وفي صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) : « وإذا أراد ان يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقض أقرارها » ، وفي خبره عن أبي جعفر (ع) : « هي امرأته ما لم تنقض العدة » ، وفي موثق ابن بكير وغيره عن أبي جعفر (ع) : « وهو أحق برجعته ما لم تنقض ثلاثة قروء » ، وفي موثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « فإن طلقها الثانية أيضا تشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها ، فإن شاء راجعها قبل أن ينقض أجلها ، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين » ، الى غير ذلك من النصوص التي لا تحصى لسكرتها . وإطلاقها يقتضي جواز الرجوع له في المدة التي تكون بين الطلاق وعدته . ولم أقف عاجلا على ما يدل على اعتبار كون الرجوع في العدة ، ولو فرض أمكن جملة على إرادة نفي الرجوع بعد العدة جمعا ، وبقتضيه ما في صحيح علي ابن رثاب عن يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع) قال (ع) : « لا ترث المختلعة والخيرة ، والمباراة والمستأجرة في طلاقها ، هؤلاء لا يرثن من أزواجهن شيئا في عدتهن ، لأن العصمة قد انقطعت فيما بينهما وبين أزواجهن من ساعتهم ، 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 ؟ وجهاً لا يبعد الجواز بناء (١) على أن الممنوع في عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها لاسائر « المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم الثالث ، فإذا رأت أنه فقد انقطع » ، وفي 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 » ، وفي موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) : « أيما امرأة طلقت ثبات عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها فإنها ترثه ثم تعدد 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 ما كانت في العدة ، فإذا 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 ، فإنه مقتضى مناسبة الحكم ، كما في السابق (١) قد تقدم من المصنف (ره) أنه لا يجوز التزويج بذات العدة وإن كانت عدة وطء الشبهة ، وحكى في كشف النام الاتفاق على أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة في عدة شبهة . ولذا فرض في القواعد وغيرها المسألة فيما لو كانت عدة الطلاق البائن مقدمة ، واختار عدم جواز الرجوع إليها في عدة الطلاق بعقد جديد لأنه إذا لم يحز تجديد العقد في عدة الوطء اللاحقة فعدم الجواز قبلها أولى . ولأن 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 في تمتة عدة الوطء لأنه لا مانع من العقد إلا دعوى أنه لا أثر للعقد ، لحزمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً وطأ كان أو غيره ، وقد قال في القواعد : « وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلا » ، فإذا

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

بذينا على جواز سائر الاستمتاع 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 افرقت العدة عن مدة الاستبراء . ولأجل ذلك لا يصح العقد عليها ، فانه أيضا مفهوم من الامر بالاعتداد ، ولولا ذلك لم يكن حرمة الوطء وسائر الاستمتاع مانعا 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 . فإذا الاقوى حرمة جميع الاستمتاع 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 الواطئ 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 بزوجة 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 في اثناء العدة ، فلا ينبغي الاشكال في التداخل (١) وان كان مقتضى إطلاق بعض العلماء (٢) التعدد في هذه الصورة أيضا .

﴿ مسألة ١٣ ﴾ : لا اشكال في ثبوت مهر المثل (٣) في الوطء بالشبهة المجردة عن التزويج اذا كانت الموطوءة مشتبهة (٤) وان كان الواطئ عالماً . وأما اذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى او مهر المثل قولان (٥) . اقواها 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 وفقاً للفاضلين .

(٢) بل الأكثر ، كما في الجواهر .

(٣) لأنه 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 ، فإذا فرض بطلانه لم يكن وجه لاستحقاقه . وكونه سبب الشبهة ، لا يقتضي سببية ضمان المسمى ، والرضا به إنما كان مبنياً على العقد ، فإذا بطل بطل ، فيتعين الضمان بمهر المثل . نظير ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فإنه يكون بالمثل ، لا بالمسمى . نعم في موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « فإن كان دخل بها فلها المهر بما استعمل من فرجها » ، ونحوه ما في موثق سليمان بن خالد . ولا يبعد أن يكون المراد منه جنس المهر ،

وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطء فلا مهر أصلاً (١) .

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

كما يشير اليه التعليل ، لا المسمى ، فإن التعليل لا يقتضيه .
(١) للاصل مع عدم المقتضي له ، إذ هو إما العقد ، وإما الوطء ، وكلاهما منتف .

(٢) كما في الجواهر . لأنه السبب في العدة ، وظاهر الأدلة كونها متصلة بالسبب ، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألته عن رجلين نكحا امرأتين ، فأتى هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا ، قال (ع) : تعتمد هذه من هذا ، وهذه من هذا ، ثم ترجع كل واحدة الى زوجها » ونحوه غيره .

(٣) للاول ماسبق . ولثاني 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 عبد الله (ع) قال في شاهدين شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها ، فتزوجت ، ثم جاء زوجها ، قال (ع) : « يضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج » ، ثم تعتمد وترجع الى زوجها الاول « وقريب منه غيره . والجميع ينسب الى الذهن منه ان الاعتداد بعد التفريق وهو وقت تبين الحال . ولذلك مال في الجواهر الى ذلك . وعلمه 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 الواطى . فقط فلا مهر لها إذا كانت حرة . اذ لا مهر لبغي . ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك ، أو يثبت المهر ، لأنه حق السيد وجهان لا يخلو الاول منهما من قوة (١) .

تحت سلطان الواطى . وفي حباله يستمتع بها وبضاجعها ليست جزءاً من العدة ، فيكون مبدأ العدة في جميع الصور ارتفاع الاشتباه ، لاحين الوطء .

(١) كما اختاره في الشرائع في 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 » ، وفي كتاب الرهن قال : « ولو وطأ المرتهن الامة مكرها لها كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر . وقيل عليه مهر أمثالها . ولو طأوعته لم يكن عليه شيء » ، وفي باب بيع الحيوان قال : « من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة انترعها المالك ، ويجب على الواطى عشر قيمتها إن كانت بكر أو نصف العشر إن كانت ثيباً . وقيل يجب مهر أمثالها والاول مروى » . وكلامه الثاني يدل على نفي المهر والارش للمطاوعة ، فيحمل عليه كلامه الاخير ، فيحمل على غير المطاوعة ، بناء على اتحاد المسألتين حكماً . وأما كلامه الاول فلا تعرض فيه الارش 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 في الاول فهو أنك عرفت ما ذكره المحقق ، وتبعه عليه جماعة من نفي المهر . ووجهه إما النبوي المشهور : « لا مهر لبغي » . وإما لأن الانتفاع بالبضع ممالاً يضمن كسائر الاستمتاعات ، فكما لا يضمن الاستمتاع بالتقبيل ونحوه

لا يضمن الاستمتاع بالوطء . لسكن 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 لا يكون إلا في الحرة ، فان الامة مهرها لسيدها . وحمل اللام على الاختصاص خلاف الظاهر . وناقش أيضا فيما بعده . وكذا في الجواهر - بأنه لا وجه لقياس الوطء على غيره من الاستمتاع ، لو سلم الحكم في المقيس عليه باعتبار عدم عدمه في الشرع والعرف ، بخلاف الوطء المقابل به عرفا وشرعا . ويشكل بأن عدم الانتفاع بالبضع مالا شرعا مصادرة ، ومالا عرفا غير ظاهر إذ لا مجال لمقايضة ذلك باستخدام الرجل والمرأة ، فانه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم ، لسكونه مالا ويعاوض عليه عند العرف ، بخلاف الاستمتاع الواقعة بين الرجل والمرأة ، فان استمتاع كل منهما بالآخر لا يعد مالا ولا يقابل بالمال ، وليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل في انتفاع الطرف الآخر ، فكما لا يصح للرجل مطالبة المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه ، لا يصح للمرأة مطالبة الرجل ، فان الاستفادة من الطرفين على نحو واحد ، وفي الطرفين لا يعد عرفا من المنافع المقصودة المعاوض عنها . ولعله يظهر ذلك بأقل تأمل . فالقواعد العامة لا تقتضي ضمان المهر وما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر ، كما سبق . ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس من لزوم المهر للسيد .

وأما الكلام في المقام الثاني فهو أن الذي يظهر من كلام الشرائع في كتاب الرهن المتقدم عدم استحقاق الارش على الواطئ . وعن جماعة استحقاقه ، واختاره في الرياض حاكيا له عن المقنع ، والنهاية ، والقاضي ، وابن حمزة ، واختاره في الجواهر ، وحكاه عن السيد في المدارك ، بل نسبته 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 دلت نفسها له ، قال : ان كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فانكاح فاسد ... الى أن قال : وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليتها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا 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 : أرايت إن أحل له مادون الفرج فقلبتة الشهوة فأفتضاها ، قال (ع) : لا ينبغي له ذلك . قلت : فإن فعل أ يكون زانيا ؟ قال (ع) : لا ، ولكن يكون خائنا ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها » . وإطلاقها يقتضي عدم الفرق بين العاملة 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 . فإذا لاجمال للتوقف فيه بعد ورود الصحيحين المذكورين به .

ثم إنه قد ادعى اختصاص الصحيح الاول بصورة علم الامة . لكنه ضعيف لأن تدليسها كونها أمة لا يستلزم العلم بجرمة الوطء ، وكذلك الصحيح الثاني ، لا يمكن عدم اطلاع المحللة على ما وقع بين مالئها والمحلل له ، فإطلاقها بالنسبة الى حالي علم الامة وجهلها محكم ، نعم يختص الاول بصورة الشبهة في الواطئ ، والثاني بصورة علمه ، فتعميم الحكم لهما في محله . كما انها يختصان بموردما 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 الجوانف . 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) . والا حوط

(١) كما هو المشهور ، وعن الخلاف الاجماع عليه . لعنومات الحل ولعموم :
« الحرام لا يحرم الحلال » . وخصوص صحيح عبيد الله بن علي الحلبي عن أبي
عبد الله (ع) : « أيما رجل فخر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها حلالا ، قال (ع)
أوله سفاح وآخره نكاح ، ومثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم
اشتراها بعد فكانت له حلالا » ، وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال :
« سأله عن رجل فخر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها ، فقال (ع) : حلال ، أوله
سفاح وآخره نكاح ، أوله حرام وآخره حلال » ، ونحوها غيرها . وعن الشيخين
وجماعة المنع إلا مع التوبة . ويشهد لهم جملة من النصوص ، كوثق عمار بن موسى
عن أبي عبد الله (ع) قال : « سأله عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كانت
يفجر بها ؟ قال (ع) : إن أنس منها رشدا فنعم ، وإلا فليراودها على الحرام ،
فإن تابعتها فهي عليه حرام ، وإن أبت فليتزوجها » ، ونحوه غيره . وفيه - كفاي
الجواهر - : أنها قاصرة عن ذلك بالشهرة على خلافها . وبموافقتها لابن حنبل ،
وقتادة . وبشكل 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 ومقابلها
بالتقييد متعين ، لولا ما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع ، وما في صحيح الحلبي
المتقدم من التمثيل ، وما ورد من جواز تزويج الزانية ، كما سيأتي من الحمل على
التنزيه مخافة اختلاط المياه واشتباه الانساب .

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

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

المروي في قرب الاسناد ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم ؟ قال (ع) : نعم ، وما يمنعه ، ولكن إذا فعل فليحصن بابها مخافة الولد » ، وخبر زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا الثناء عليها في شيء من الفجور ، فقال (ع) : لا بأس بأن يتزوجها ويحصنها » ، ونحوها غيرها . وعن الحلبي ، وظاهر المقنع ، الحرمة . للآية الشريفة : (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرمة ذلك على المؤمنين) بدعوى ظهورها في حرمة تزويج الزانية لغير الزاني والمشرک ، وحرمة التزويج من الزاني لغير الزانية والمشركة . وفيه : عدم ظهور كون الآية الشريفة في مقام تشريع التحليل والتحریم ، بل من الجائز كونها في مقام الاخبار ، ويكون المراد من النكاح الوطء إذ لو حمل على تشريع التحليل والتحریم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزاني المشركة ، وجواز تزويج المشرک الزانية المسلمة ، ولم يقل به أحد ، فلا بد من تنزيلها على غير هذا المعنى ، ولا مجال حينئذ للاستدلال بها على ما نحن فيه . والنصوص الآتية ربما تشير الى ذلك .

(١) كما في موثق اسحاق بن جرير ، عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « قلت له الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدؤ له في تزويجها هل يحل له ذلك ؟ قال (ع) : نعم : إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رجمها 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 : يدها حتى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره ، إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه ، ثم يتزوج بها إن أراد ، فأما مثلاً مثل نخلة أكل منها رجل

حاملًا . 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 حلالاً » ، 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 ، للروايين المذكورتين ، المعتضدين بمعوم ما دل على لزوم العدة بالدخول ، وقولهم (ع) : « العدة من الماء » . وفي الجواهر لم يستبعد حمل الحبرين على ضرب من الذنب . والعمومات لا مجال للاخذ بها في بعض الموارد إجماعاً . والاشكال عليه ظاهر . إذ الاول لا قرينة عليه . والثاني لا يمنع من الاخذ بالعموم في غير مورد الاجماع . وكان الاولى الاشكال على العمومات بأنها واردة في العدة لغير صاحب الماء ، وقد تقدم أنه يجوز التزويج في عدة نفسه . وأما الخبران فيخالفان المشهور ، فلا مجال للعمل بهما . على أن الثاني منها مرسل . فتأمل . وأما إطلاق ما دل على جواز تزويج الزانية فلا نظر فيه الى المقام . ولو فرض فهو مقيد بما ذكر .

(١) بلا إشكال ظاهر فيه ، ولا خلاف . لعدم الدليل على لزوم العدة فيها والنصوص المتقدمة لاتشمئها ، بل ظاهرها عدمها .

(٢) فقد ورد في جملة من النصوص تفسير الآية الشريفة بها ، في صحيح زرارة قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل : (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها 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 ينبغي لاحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته » ، ونحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ، وخبر حكيم بن حكيم عن

بل الاحوط ذلك بالنسبة الى الزاني بها واحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلا بعد توبتها ويظهر ذلك بدعائها (١) الى الفجور فان أبت ظهر توبتها .
﴿ مسألة ١٨ ﴾ : لا تحرم الزوجة على زوجها (٢) بزناها وان كانت

أبي عبد الله (ع) : « في قول الله عز وجل : (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) قال : إنما ذلك في الجهر ، ثم قال : لو أن إنساناً زاناً ثم تاب تزوج حيث شاء » . وفي رسالة المحكم والمشابه ، عن تفسير النعماني : « نزلت هذه الآية في نساء كن بمكة معروفات بالزنا ، منهن سارة ، وخيشمة ، ورباب ، حرم الله نكاحهن فلاية جارية في كل من كان من النساء مثلهن » . وعن المفيد ، وتعليقه سلار ، الحرمة . اعتماداً على ما ذكر . اسكن عرفت سابقاً أن الآية لا يراد منها التشريع . والاختبار المذكورة تشير الى ذلك ، وأن المقصود منها التبيكيت والذم لنساء ورجال مشهورين بالزنا مواضين عليه .

(١) كما تقدم في النصوص .

(٢) على المشهور . للاصل . ولما ورد من أن الحرام لا يحرم الحلال . ولرواية عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليها 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 لا يلاية الشريعة ، التي قد عرفت الاشكال في دلالتها على التحريم ابتداء ، فضلاً 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 ، ويحد الحد ، ولا صداق لها » ، ونحوه غيره . اسكنها أخص من المدعى . ولما لم يقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها .

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

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

(١) للأصل بل الظاهر أنه لا خلاف فيه ، ولا قائل بوجوب الطلاق .

(٢) في كشف اللثام : « قطع به الأصحاب إلا المحقق في الشرائع ، وعن
الانتصار ، والغنية ، والحلي ، ونحو المحققين : الإجماع عليه ، وفي الرياض حكاية
الإجماع عليه عن جماعة ، وفي الحقائق حكاية عن غير واحد . وفي الشرائع نسبته
إلى قول مشهور . وظاهره التوقف فيه ، وحكى ذلك عن بعض المتأخرين ، لعدم
ثبوت الإجماع ، وفي المسالك عدم تحقق الإجماع على وجه يكون حجة . ثم استدلل
له بالأولوية ، لأن العقد على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً فالزنا أولى ، وإذا
كان الدخول مع العقد محرماً فالزنا أولى ، وتبعه على ذلك غيره . لكن القطع
بالأولوية غير حاصل . فالعمدة ظهور الإجماع . وتوقف المحقق لا يدل على انتفاءه ،
وانما يدل على عدم ثبوته عنده .

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

(٣) لا طلاق معقد الإجماع ، كما نص على ذلك في الجواهر .

عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد ، ولا بين أن تكون الزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة . نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطئ مشتبهاً فالأقوى 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 لا يخلو عن إشكال (٤) ولو كان الواطئ مكرهاً على الزنا فالظاهر لحوق الحكم (٥) وان كان لا يخلو عن اشكال ايضا .

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

(١) وفي الجواهر : « في الحرمة أبداً 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 ما عرفت من الاشكال في الاولوية بأنها غير قطعية (٢) كما نص على ذلك في الجواهر ، وغيرها لخروجها عن معقد الاجماع ، بل في الجواهر : « لم نجد فيه خلافاً » .

(٣) لأنه زنا بذات بعل ، فيدخل في 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 لا مجال للتوقف ، كما سبق بعينه .

(٧) لخروجها عن معقد الاجماع . لكن في الرياض : « فيه نظر . لجريان بعض ما تقدم هنا

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

﴿ مسألة ٢١ ﴾ : من لاط بغلام فارقب ولو بعض الحشفة (٥) حرمت عليه امه ابدأ (٦) وإن علت

كالاولوية الواضحة الدلالة في ذات العدة ، بناء على ما يأتي من حصول التحريم بالعقد عليها فيها مع العلم ومع الدخول في حال الجهل . لكن عرفت الاشكال في الاولوية .

(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 في 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 » . لا يقتضي التقييد بذلك هنا ، لحرمة القياس ودعوى الانسباق الى

ما يحصل به حرمة المصاهرة في غير المقام . ممنوعة بنحو يعتد به .

(٦) إجماعاً - كما عن الانتصار ، والخلاف - وفي 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 كونها كبير بن او صغير بن او مختلفين (٢)

« في رجل يبعث 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 » ، ونحوها غيرها .

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

(٢) أما اذا كان الواطى صغيراً فقد استشكل فيه في القواعد وغيرها ،
لاختصاص النسب بالرجل الذي لا يشمل الصغير ، ولا إجماع على عدم الفصل بينه
وبين الكبير ، فيتمتع الرجوع فيه الى اصالة الحل . خلافاً للمحقق والشهيد الثانيين
وغیرهما ، فالأقوى عندهم عدم الفرق . لعدم الفرق في حكم المصاهرة بين البالغ وغيره
ولصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ ، فيقال : « إنه رجل أوقب » وإن كان
إيقابه سابقاً . ولأن التحريم في النص خارج مخرج الغالب . واسكن الجميع غير
ظاهر . بل الثاني خلاف الظاهر ، فإن الظاهر من قول القائل : « رجل أوقب »
أنه أوقب حال كونه رجلاً ، وكذا كل عنوان أخذ موضوعاً للحكم ، فإن الظاهر
منه المقارنة بين الحكم وبين العنوان ، مثل قولنا : « مسافر صلى قصرأ » ، وحاضر
صلى تماماً » ونحو ذلك .

وأما عدم الفرق في الموطوء بين الصغير وغيره فهو المصرح به في القواعد
وغیرها ، بل قد استظهر من عبارة جامع المقاصد أنه من معقد إطباق الاصحاب ،
ومن عبارة الروضة أنه إجماع . وإن كان لا يخلو من نظر ، لاحتمال رجوع الاجماع
في الثاني الى النسب مقابل الرضاع ، ورجوع الاطباق في الاول الى أصل الحكم
وكيف كان فالعمدة في وجه الاشكال : أن المذكور في النصوص هو الغلام ، وهو

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

لا يشمل الشيخ والكهل، فالتعدي الى الرجل يحتاج إما الى فهم المثالية من الغلام والمراد مطلق الذكر، او الاجماع على عدم الفصل، لكن كلامنا 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 لسلك من الفاعل والمفعول، وفيه: أن المسؤول عن حكمه الواطى، فالحكم - وهو التحريم - يكون عليه، وضمير المخاطب بالحكم راجع اليه، نعم الضمير الآخر راجع الى الموطوء، فالقول المذكور ضعيف، ولا سيما بعد دعوى الاجماع على العدم، كما عن صريح التذكرة وظاهر الروضة.

(٢) قال في القواعد: «ولو اوقب خنثى مشكل، او أوقب، فالأقرب عدم التحريم». وعمله في كشف اللثام بالأصل 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. للاشكل 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 في الحرمة من جهته، لا من جهة الزنا.

(٣) لكن المحرم بالواط بنته التي تتولد من مائه، والمحرم بالزنا بنت الموطوءة التي تتولد منها، فاختلاف المفهوم والمصدق، وحينئذ لا يحصل العلم بالتحريم إلا مع الابتلاء بالطرفين، من جهة العلم الاجمالي ويكون التحريم في كل منهما

إذا كان سابقاً كما مر (١) والاحوط حرمة المذكورات على الواطئ. وإن كان ذلك بعد التزويج (٢) خصوصاً إذا طلقها وأراد 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 . المرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يأتي أختاً امرأته ، فقال : إذا أوقفه فقد حرمت عليه المرأة » المتعبد باطلاق نصوص الباب . والمشهور الحل في الفرض ، بل هو المذكور في كلام جماعة مرسلين له إرسال المسلمات ، بل في كلام شيخنا أنه اتفاق لا يخالف 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 في نفسه لا دليل على حججه ، وإن كان المرسل ابن أبي عمير ، كما أشرنا الى ذلك في مبحث النجاسات من هذا الشرح ، فضلاً عن ملاحظة دعوى الاتفاق او الشهرة العظيمة على خلافه .

(٣) أما إذا 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 . لكن في كشف اللثام الاقرب عدم التحريم ، وفي الجواهر : « يقوى الجواز ، للاستصحاب » . وفيه : أن استصحاب الحل الفعلي لا مجال له ، للحرمة بالطلاق ، والاستصحاب التعليقي لا يقين سابق بمؤداه ، بل مقتضى استصحاب عدم ترتب الاثر على العقد هو الحرمة مع أن الاستصحاب لا مجال له مع إطلاق الأدلة . والخروج عنها بالنسبة الى من سبق العقد عليها بعموم : « الحرام لا يحرم الحلال » ، يختص بحال العقد ، ولا يشمل

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 ميتا ففي التحريم إشكال (٤) ولو شك في تحقق الايقاب

ما بعد 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 يشمل قوله (ع) : « الحرام لا يحرم 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 لا يحرم الحلال ، أو لا يفسده ، بعد ضم بعضها الى بعض وملاحظة موارد ، أن الحرام لا يرفع الحلية ، ولا تدل على أنه لا يدفع الحلية . والفرضان المذكوران من الثاني ، فلمرجع فيها غير النصوص المذكورة .

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

(٢) للاطلاق ، المعتضد باطلاق الفتاوى .

(٣) إشكال بأنه لا تصح حيثئذ نسبة الفعل الى الفاعل ، وإنما تصح نسبته

الى المفعول ، فيخرج عن ظاهر النصوص .

(٤) كما في القواعد ، وفي جامع المقاصد : « لم يعمد التحريم ، لعموم النص »

وفيه : أن الغلام حقيقة في الحلي ، واطلاقه على الميت مجاز . فعموم النص ممنوع

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

فصل

من المحرمات الابدية التزويج حال الاحرام
لا يجوز للمحرم أن يتزوج (٤) امرأة محرمة

وعموم الحل يقتضي الجواز .

(١) لأصالة العدم .

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

(٣) لم رسل موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) فقال له رجل : ما ترى فى شابين كانا مصطحبين ، فولد لهذا غلام والآخر جارية أيتزوج ابن هذا ابنة هذا ؟ فقال (ع) : نعم سبحانه الله ، لم لا يحل ؟ ا فقال : إنه كان صديقاً له ، قال : وإن كان فلا بأس ، قال : فإنه كان يفعل به ، قال : فأعرض بوجهه ، ثم أجابه وهو متستر بذراعه ، فقال : إن كان الذى كان منه دون الايقاب فلا بأس أن يتزوج ، وإن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج » . ولأنجل إرساله وعدم معرفة القائل به ، لاجمال الاعتماد عليه .

فصل

من المحرمات الابدية التزويج حال الاحرام

(٤) بلا خلاف ولا إشكال ، وفى 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 او محلاً ، وكانت الوكالة قبل الاحرام (٣) او حاله وكذا لو كان باجازه عقد الفصولي الواقع حال الاحرام ، او قبله مع كونها حاله ، بناء على النقل (٤) بل على الكشف الحكي (٥) ، بل الاحوط

له غير واحد من النصوص ، منها مارواه زرارة بن أعين ، وداود بن سرحان عن أبي عبدالله (ع) في حديث - : « قال : والحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً » . ونحوه مارواه أنيس بن عمار الهروي عن أبي عبدالله (ع) . وفي كشف اللثام : « الخبر وإن كان ضعيفاً لكن الاصحاح قطعوا بضمونه ، وحكى عليه الاجماع في الانتصار ، والخلاف ، والغنية » .

(١) للاطلاق . وكذا ما بعده .

(٢) يعني احرام الموكل .

(٣) للاطلاق .

(٤) لتحقق التزويج حالها ، وهو حال الاحرام .

(٥) الكشف الحكي بمعنى أنه حال الاجازة يثبت مضمون العقد ، ويجب

ترتيب أحكام ثبوته من حين العقد ، فالمضمون لما كان على هذا القول ثابتاً حال الاجازة ، وهو حال الاحرام ، كان التزويج حال الاحرام ، فيبطل وإن كانت أحكام المضمون ثابتة من حين العقد . نعم لامانع من صحة الاجازة بناء على الكشف الانقلابي ، الراجع الى أن زمان الاجازة هو زمان جعل المضمون من حين العقد فالمجموع هو المضمون من حين العقد وإن كان جعله حين الاجازة ، فإذا كان العقد المجاز واقعا حال الاحلال بكون التزويج واقعا حينئذ ، فلا مانع منه . اللهم إلا أن يدعى أن الاستفادة من الأدلة حرمة جعل التزويج حال الاحرام وإن كان زمان المجموع حال الاحلال ولاجل ذلك قال المصنف (ره) : « بل الاحوط مطلقاً

مطابقاً . ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة (١) وان كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبداً 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) : لا يشهد . 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 لا يخلو من قوة » . وكأنه لضعف المرسل المانع من الخروج به عن عموم الصحة وأصل البراءة . وأما ماسبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية . كنفس الزوجية . فغير بعيد من النصوص الآتية ، المتضمنة أنه لا يتزوج ولا يزوج غيره ، فإذا منع من أن يزوج غيره 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 محلاً فتزويجه باطل » ، وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، قال : « قال أبو عبد الله (ع) : إن رجلاً من الانصار تزوج وهو محرم فباطل رسول الله (ص) نكاحه » ، ومصحح معاوية بن عمار : « قال : المحرم لا يتزوج ، ولا يزوج ، فإن 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 يحل سبيلها ، ولم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل . فإذا أحل خطبها إن شاء ، وإن شاء أهلها زوجها ، وإن شاء لم يزوجه » الى غير ذلك مما يأتي بمضه .

(٢) إجماعاً محكياعن الاتصاف والخلاف ، والغنية . وعن التذكرة ، والمنتهى نسبته الى علامائنا . ويشهد له ما تقدم من روايات زرارة ، وداود بن سرحان

دخل بها أو لا (١) وإن كان مع الجهل به لم تحرم عليه ، على الأقوى (٢) دخل بها ، أو لم يدخل (٣) لكن العقد باطل على أي حال (٤) بل لو كان المباشرة للعقد محرماً بطل وإن كان من له العقد محلاً (٥) ولو كان الزوج محلاً وكانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد (٦) . لكن هل يوجب الحرمة الابدية

وأديم يباع الهروي ، المعتضدة باطلاق خبر أديم بن الحر الخراعي 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 الخراعي المتقدم ، ونحوه كخبر إبراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله (ع) ، فيحمل الأول على صورة الجهل ، والآخر على صورة العلم ، بشهادة روايات زرارة ، وداود بن سرحان ، وأديم يباع الهروي . ومن ذلك يظهر ضعف القول بالتحريم الابدي كما عن الصدوق وسائر 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 الأول الاجماع عليه ودليله غير ظاهر بعد ما عرفت . واللاحق بذات العدة لا مجال له ، لأنه قياس باطل والاجماع الذي ادعاه في الخلاف موهون بمخالفة الأكثر . (٤) لما عرفت .

(٥) لما عرفت من النصوص الصريحة فيه .

(٦) وفي المنتهى أنه ذهب إليه علماءنا أجمع لدخوله في النصوص المتقدمة ، بناء على أن المراد من المحرم الجنس الشامل للمرأة . أو لقاعدة الاشتراك .

فيه قولان . الاحوط الحرمة (١) بل لا يخلو عن قوة

(١) كما عن الخلاف ، مستدلاً عليه بالاجماع ، والاحتياط ، والاخبار .
وأشكل عليه في محي الرياض بأن الاخبار لم تقف 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 في
الاول بأن قاعدة الاشتراك تختص بما يصلح وقوعه منها ، والنصوص السابقة دللت
على تحريم تزويج المحرم ، بمعنى : اتخاذ زوجة ، وهذا المعنى يختص بالرجال ، فلا
تشمله قاعدة الاشتراك . وفي الثاني بأن الجنسية المرادة من الالف واللام بمعنى
الجنسية في المدخول ، والمدخول هو المحرم المختص بالذكر ، والجنس منه لا يشمل
الانثى ، وإنما الذي يشملها الجنس من الجامع بين الذكر والانثى ، وهو غير المدخول
وحاصل الاشكال الاول : أن مفاد قاعدة الاشتراك تعميم الخطاب المتوجه للرجال
الى النساء مع المحافظة على جميع قيوده ، فإذا امتنع المحافظة على القيود امتنعت قاعدة
الاشتراك ، فإذا ورد خطاب : « يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة » المختص
بالرجال وجب تعميمه الى النساء ، فكأنه قيل أيضاً : « يا أيها النساء أقم الصلاة »
وإذا ورد : « يا أيها الرجال أنفقوا على زوجاتكم » لم يصح تعميمه الى النساء بحيث
يحكم بمضمون « يا أيها النساء انفقن على أزواجهن » لاختلاف قيود الموضوع .
وكذلك في المقام ، فإن مفاد نصوص المقام أنه يحرم على الرجال المحرمين أن يتزوجوا
النساء ، فإذا 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 في البطلان (١) والتحریم الابدي بين أن يكون الاحرام لحج واجب، او مندوب او لعمره واجبة او مندوبة ولا في النكاح بين الدوام والمتعة .

﴿مسألة ١﴾ : لو تزوج في حال الاحرام مع العلم بالحكم لـكن كان غافلاً عن كونه محرماً او ناسيأله فلا إشكال في بطلانه (٢) لـكن في كونه محرماً ابداً إشكال (٣) والاحوط ذاك .

﴿مسألة ٢﴾ : لا يلحق وطء زوجته الدائمة او المنقطعة حال الاحرام بالتزويج في التحريم الابدي فلا يوجب وإن كان مع العلم بالحرمة (٤) والعمد .

﴿مسألة ٣﴾ : لو تزوج في حال الاحرام ولـكن كان باطلاً من غير جهة

والنساء راجع الى التمسك باطلاق الدليل ، لاعمل بقاعدة الاشتراك . مع أنه غير ظاهر من عبارة النص بعد البناء على ظهور المحرم في الذكر ، لأنه يكون من أحكام إحرام الذكر ، لامطلقاً . نعم يندفع بأن التزويج بالمعنى المضاف الى الذكر مضاف الى الانثى ، وليس هو بمعنى آخر . وحينئذ فإذا 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) لمناة الغفلة والنسيان للعلم بكونه حراماً عليه .

(٤) كما نص على ذلك في الجواهر، وحكى عن بعض الاجماع عليه . للاصل

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

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لو شك في ان تزويجه هل كان في الاحرام او قبله بنى على عدم كونه فيه (٢) بل وكذا لو شك في انه كان في حال الاحرام او بعده على اشكال (٣) وحيدئذفلو 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 الصحيح كما يظهر ذلك من ملاحظة باب الشهادة ، والاقرار ، والوصية والنذر ، والوقف ، ونحوها ، فإن التزويج في جميع ذلك وغيره يراد منه الصحيح وأما خبر الحكم بن عيينة : « سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة في عدتها قال : يفرق بينهما ، ولا تحمل له أبداً » . فضعيف . مع أنه مجمل من حيث أن السبب في التحريم الابدئي التزويج في حال الاحرام ، او كونه في العدة ، أو هما . ووارد في مورد خاص لا يمكن استفادة قاعدة منه . فراجع ماسبق .

(٢) لاصالة صحة العقد ، المعتضد باصالة عدم الاحرام ، في 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 أو لاحقاً . قدم قول من يدعي الصحة (١) من غير فرق بين جهل التاريخين (٢) أو العلم بتاريخ أحدهما . نعم لو كان محرماً وشك في أنه أحل من إحرامه أم 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 إليها بعض النصوص . وهي غير حمل فعل المسلم على الصحة التي هي من الأحكام الادبية ، الاجتماعية ، الاستجابية ، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن ، وفعل الغير ، الملحوظ فيها الحمل النفساني فقط ، أعني الحمل في نفسه على ما لا يكون معصية ويشهد بها جملة من النصوص . ومن ذلك يظهر ما بين القاعدتين من الاختلاف مفهوماً ، ومورداً ، ودليلاً ، وحكماً ولأجل ذلك يشكل ما ذكر في المدارك من النظر أولاً ، بأنها إنما تتم اذا كان المدعي لوقوع الفعل في حال الإحرام علماً 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 لا يجري مع الجهل والعذر ، ولا يكون من يوافقه منكرراً . وخصمه مدعياً .

(٢) فانه إذا جهل تاريخ الإحرام وعلم تاريخ العقد صح جريان أصالة عدم الإحرام الى حين العقد ، فيثبت كون العقد في حال عدم الإحرام ، فيصح ولو لم تجر أصالة الصحة . وإذا انعكس الأمر فإصالة عدم العقد الى حين الإحرام لا يثبت بها وقوع العقد حال الإحرام فيتمتع الرجوع الى أصالة الصحة واذا جهل التاريخان فالمرجع أصالة الصحة ، سواء قلنا بأن مجهولي التاريخ لا يجري الأصل فيها ذاتاً ، أم قلنا بأنه يجري لسكن يسقط فيها للمعارضة ، فان المرجع أصل الصحة على كل من القولين .

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

﴿ مسألة ٥ ﴾ : إذا 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 في 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 ، والفروض في المقام الشك حال العمل .

(٢) لتبين انتفاء موضوع البطلان والتحريم .

(٣) في الجواهر عن غير واحد التصريح بالحاق الاحرام بفساد إفساده بالصحيح . ولعله لمعاملته معاملة الصحيح في جميع الاحكام ، انتهى . أقول : المذكور في كلامهم أن من جامع امرأته في إحرام العمرة قبل السعي فسدت عمرته ، وحكي عليه الاتفاق ، والنصوص به وافرة ، ومقتضاه عدم ترتب آثار الاحرام مطلقاً . لكن المصرح به في كلام جماعة وجوب الاتمام . وذلك يدل على عدم البطلان بالمرة . ولعله لبنائهم على استصحاب بقاء الاحرام . لكنه خلاف ظاهر النصوص المتضمنة للفساد أو للامر باتمام الحج والعمره . لكنه غير ظاهر ، لاختصاصه بالصحيحين ، فلا يشمل الفاسدين . نعم تشعر بعض النصوص بأن الفساد يراد به الفساد في الجملة . والكلام في ذلك موكل الى محله .

(٤) بلا إشكال ، ولا خلاف - كما في الجواهر - لخروجه عن موضوع نصوص التحريم ، فيبقى داخلاً تحت أصالة الحل وعمومه ، مثل قوله تعالى : (وهولتهن أحق بردهن) .

وكذا تملك الاماء (١)

﴿ مسألة ٧ ﴾ : يجوز للمحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد إحلاله (٢)

وكذا يجوز له أن يوكل محرماً في أن يزوجه بعد إحلالها (٣) .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لو زوجه فضولي (٤) في حال إحرامه لم يجز له إجازته في

حال إحرامه . وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الاحوط العدم ، ولو على القول بالنقل (٥)

هذا إذا كان الفضولي محلاً والا فمقدمه باطل (٦) لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له محلاً

(١) بلا خلاف أيضاً لما ذكر فيما قبله . ويشهد له صحيح سعد بن سعد

الاشعري القمي عن أبي الحسن الرضا (ع) : « سألت عن المحرم يشتري الجواري

ويبيعهما ؟ قال (ع) : نعم » .

(٢) بلا إشكال ، ولا خلاف أيضاً . لما سبق . وقد صرح به الأصحاب

من دون تعرض لشبهة فيه وتأمل .

(٣) لما عرفت . لكن استثنائها بعض من الجواز . ولعله لعدم قابلية المحرم

لإيقاع الموكل فيه حال التوكيل الموجب للمنع من صحة الوكالة . وفيه : أنه لا دليل

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 الإحلال

إنشاءً ومنشأً ، ولا يرتبط بالإحرام . نعم على القول بالكشف الحقيقي يكون

التزويج حال الإحرام إنشاءً ، ومنشأً . وعلى الكشف التقلابي يكون التزويج حال

الإحرام منشأً ، لا إنشاءً . وعلى الكشف الحسكي لا يكون التزويج حال الإحرام

لا إنشاءً ، ولا منشأً ، وإنما محض جمل الأحكام . وتحريم ذلك غير ظاهر .

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

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجة ، أو الملك عينا أو انتفاعا (١) بالتحليل أو الوطء شبهة أو زنا أو النظر واللمس في صورة مخصوصة الظاهر جريان أحكام الصور المتقدمة هنا بيمينها ، 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 بالزوجة ، كما اعترف به في الجواهر ، وشيخنا الاعظم . ويشير اليه قوله تعالى : (وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً) . لسكن في المسالك عممها لما يحدث بالنظر ، واللمس ، والوطء ، على وجه مخصوص . وأخرج وطء الامة والشبهة ، والزنا ، وأنكر أن تكون الجريمة فيها من باب المصاهرة . وفي الشرائع : « وهي تتحقق مع الوطء الصحيح ، وتشكل مع الزنا ، والوطء بالشبهة ، والنظر ، واللمس » . وكان مراده بالوطء الصحيح الوطء الناشئ عن عقد ، ولو تحميلا 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 الجريمة 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 ونازلاً في الثاني (٢) نسبا او رضاعاً (٣) دواماً او متعة (٤) بمجرد العقد (٥) وان لم يكن دخل . ولا فرق في الزوجين والاب والابن بين الحر والمملوك (٦) .

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

ذلك يظهر أن التفصيل بين الاسباب المذكورة غير ظاهر .

(١) إجماعاً بل لعله ضروري من ضروريات الاسلام . ويشهد به قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) ، وقوله تعالى : (وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم) .

(٢) إجماعاً ويشهد له بعض النصوص ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه قال : لو لم تحرم على الناس أزواج النبي (ص) لقول الله عز وجل : (ما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا تنكحوا أزواجه من بعده أبداً) حرم من على الحسن والحسين بقول الله عز وجل : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم 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) لعدم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

(٤) للإطلاق .

(٥) إجماعاً . وهو العمدة فيه ، لاحتمال أن يكون المراد من النكاح في قوله تعالى : (ما نكح آبائكم) الوطء . نعم حلائل الابناء تشمل المدخول بها وغيرها (٦) للإطلاق الأدلة .

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

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

في الرياض ، وفي الحدائق وفي الخلاف فيه . ويقضى به الاصل بعد ظهور حصر المحرمات في غيرها . ولانصوص الآتية ، نحوها . ولا حتمال ظهور (مانكح أبائكم) وقوله تعالى : (حلائل أبنائكم) في الزوجات .

(١) إجماعا من المسلمين - كما قيل - وقد استدل له بالكتاب، والسنة . وفيه تأمل ، لما عرفت من التأمل في عموم : (مانكح أبائكم) (وحلائل أبنائكم) 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 حزة وزهرة ، وغيرهم . ويشهد له صحيح محمد بن اسماعيل قال : « سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟ قال : بشهوة ؟ قلت : نعم ، قال ما نرك شيئا اذا قبلها بشهوة . ثم قال ابتداء منه : إن جردها ونظر 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 ما يحرم على غيره لم تحل لابنه ، وإن فعل ذلك الابن لم تحل للاب » وفي صحيحه الآخر عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لا يزيد على ذلك ، قال (ع) : لا تحل لابنه إذا رأى فرجها » وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده

(*) سيأتي في شرح للسألة الاحدى والاربعين تقريب دلالة الآية على عموم الحرمة للزوجة

وملك اليمين منه مد ظله

عليها فلا تحل لابنه ، ، ومصحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، وحفص البخاري ، وعلي بن يقطين ، قالوا : « سمعنا أبا عبد الله (ع) يقول في الرجل تكون له الجارية أفتحل لابنه فقال (ع) : ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس » ، ونحوها غيرها . وفي الشرائع ، وعن الحلبي ، والعلامة في أكثر كتبهم ، وغيرهم الجواز . لموثق علي بن يقطين عن العبد الصالح : « عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لانيه ؟ 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 ما يحرم من شهوة فكره أن يمسه 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 في الحل جرى فيه ما جرى في الموثق ، وإن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجبة على الجواز . مع أن مورده صورة كون النظر أو اللمس من غير المالك ، وهو غير مانع فيه . وهذا هو العمدة في القول بالتحريم ، لا ما قيل من أن النظر واللمس أقوى من العقد ، فإذا حصل التحريم به حصل بهما ، فإن الاولوية غير قطعية ، بل ولا ظنية . هذا وعن المفيد ، والشهيد في اللمعة حل منظورة الابن على الاب خاصة ، وربما ينسب الى أبي الصلاح ، وسائر حيث اقتصر في التحريم على منظورة الاب خاصة . وليس له وجه ظاهر غير اقتصار بعض نصوص التحريم على منظورة الاب كما تقدم ، وهو كما ترى لا يصلح لمعارضة نصوص التحريم فيها معاً ، كما هو ظاهر ثم إنه لا إشكال في عدم نشر الحرمة على الاب والابن بالنظر الى الوجه والكفين

كان بشهوة . وكذا لا تحرم المحللة (١) لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة .
 ﴿مسألة ٣﴾ : تحرم على الزوج أم الزوجة وإن علت نسباً أو رضاعاً (٢)
 مطلقاً (٣)

بغير شهوة بل الإجماع بقسميه عليه ، كما في الجواهر ، وفي القواعد نفي الخلاف فيه ، ولا يعتمد ذلك بالنظر اليها بشهوة . وإن حرم على غير المالك . لظهور التجريد والكشف ونحوها مما ذكر في النصوص في غير ذلك ، كما اعترف به في المسالك ، والجواهر . بل لا يعتمد لذلك عدم شمول التحريم للنظر الى ما يبدو غالباً من الجوّاري مثل بعض الرقبة ، وبعض الذراع ، وبعض الساق ، ونحو ذلك ، فلا يكون النظر اليه بشهوة موجباً للتحريم على أب الناظر وابنه ، وإن كان مع التلذذ ، كما مال اليه في الجواهر . والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون التجريد والكشف بداعي التلذذ أو بداعي آخر ، فحصل به التلذذ . لعموم النصوص . ودعوى الانصراف الى الاول غير ظاهرة . ثم إن النصوص المذكورة موردها الجارية المملوكة للناظر واللامس لا يعتمد شمول بعضها للمحللة ، فشمول الحكم لهما مما غير بعيد ، وإن 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 لاشتماله ، فيتمتع الرجوع فيه الى عمومات الحل .
 (٢) لعموم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . وتوضيحه .
 يطلب من محله .

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة ، وفي الروضة : « كاد يكون إجماعاً » ، بل عن الغنية والناصريات الإجماع 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 مبهات ، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن فخرموا وأبهموا ما حرم الله تعالى » وفي خبر أبي حمزة المروي عن تفسير العياشي قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها ؟ قال : فقال : قد قضى في هذا أمير المؤمنين (ع) ، لا بأس ، إن الله تعالى يقول : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ، ولو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها . قال : قالت : أليس ها سواها ؟ 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 إبراهيم عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) : « أن علياً (ع) قال : إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالام ، فإذا لم يدخل بالام فلا بأس أن يتزوج بالابنة فإذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل بها فقد حرمت عليه الام ، وقال : الربائب عليكم حرام كن في الحجر أو لم يكن » ، وموثق أبي بصير قال : « سأله 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 تحریم الام . للاشكال في عموم الآية ، لأن الآية هكذا : (وامهات نسائكم ، وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن 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 ارجاءه الى الجملتين إن كان المراد به (من نسائكم) ، فهو ممتنع

لأنه اذا رجع الى الربائب كانت « من » ابتدائية ، وان رجع الى « نساءكم » كانت « من » بيانية ، فارجاءه اليها يوجب استعمال كلمة « من » في معنيين ، كما ذكره جماعة من المحققين ، ومنهم الرخشري في الكشف . وان كان المراد به (اللاتي دخلتم بهن) فارجاءه الى الجملتين وإن لم يلزم منه المحذور المذكور ، لكن يلزم من إرجاءه 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 حللت له الاخرى » ، وصحيح منصور بن حازم ، قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فمات قبل أن يدخل بها أيتزوج بأمها ؟ فقال أبو عبد الله (ع) قد فعله رجل منا فلم ير به بأسا . فقلت له : جعلت فداك : ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي (ع) في هذه الشمخية (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 مستنذاة وهذه مرسله (وأمهات نسائكم) ، فقال أبو عبد الله (ع)

أما تسمع ما يروي هذا عن علي (ع) ؟ فلما قت ندمت وقت : أي شيء صنعت ، يقول هو : قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً ، وأقول أنا : قضى علي (ع) فلقية بعد ذلك فقلت : جعلت فداك مسألة الرجل ، إنما كان الذي كنت تقول كأن زلة مني فما تقول فيها ؟ فقال : يا شيخ تخبرني أن علياً قضى فيها وتسألني ما تقول فيها ١١ ، 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 فهاكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها ؟ ١٢ » .

وأشكل على الصحيح الاول بألف قوله : « يعني ... » لم يعلم أنه من كلام الامام (ع) . وما قبله لا يخلو من إجمال ، لعدم وضوح ما به المساواة . وفيه : أن ذلك خلاف الظاهر ، ولو سلم 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 يرويان عن أبي عبد الله (ع) بلا واسطة ، وأخرى يرويان عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ثم إن جملة تارة يرويه مراسلا عن بعض اصحابه عن أحدهما (ع) . وهذا الاضطراب في الحديث مما يضعف الاحتجاج به . وهذا الاشكال غير ظاهر ، ومن الجائز وقوع ذلك كله ، ولا محذور فيه . ومثله إشكاله على جميع النصوص المذكورة بأنها مخالفة لكتاب الله تعالى ، والاخبار المخالفة لها موافقة له ، فتكون أرجح . فان ذلك إنما يتم بعد تعذر الجمع العرفي بين النصوص ، وهو ممكن بحمل المنع مع عدم الدخول على الكراهة ، ونتيجة ذلك تقييد إطلاق الكتاب بالحمل على صورة الدخول . ومثل ذلك حمل نصوص الجواز على النقية ؟ فإنه إنما يكون بعد

وكذا بنيتها (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 .
 فإذا العمدية في وجه الاخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم عليه بيننا ، بنحو لا يقدح في حجتيه 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 في 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 في المستند :
 « فروع : الاول : حكم بنت البنت وبنت الابن ففاض لا حكم البنت بالاجماع ، وان
 لم يستنبط من الاخبار » . لكن في آيات الاحكام : « يعلم الحكم من النصوص
 والاجماع » بل في التذكرة استدلل 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 في 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 . عند جميع العلماء . وقال داود : إنما تحرم عليه إذا كانت في حجره

وكذا تحرم أم المملوكة (١) الموطوءة على الواطئ، وإن علت مطلقاً، وبنتها .

وكفالتها ، فلما إذا لم تكن في حجره وكفالتها فإنها لا تحرم وإن دخل بامها . وهو رواية عن مالك ، وفي المسالك : « أجمع علماء الاسلام إلا من شذ منهم على أن هذا الوصف غير معتبر ، وإنما جرى على الغالب » ، وفي الحقائق : « وقع الاتفاق نصاً وفتوى على أن هذا الوصف غير معتبر » .

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

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

﴿مسألة ٤﴾ : لافرق في 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

لأنحل له الام والبنت سواء ، ونحوها غيرها .

نعم يعارضها جملة أخرى ، منها خبر رزين يباع الانمط عن أبي جعفر (ع) قال : « قلت له : تكون عندي الامة فاطأها ، ثم تموت أو تخرج عن ماسكي فاصيب ابنتها ، أيحل لي أن أطأها ؟ قال (ع) : نعم لابس به ، إنما حرم ذلك من الحرائر ، فأما الاماء فلا بأس به » ، وخبر الفضيل بن يسار ورعبي بن عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ، ثم أصاب بعد أمها ، قال (ع) لا بأس ، ليست بمنزلة الحرة » . لكن لا مجال للعمل بها بعد دعوى الاجماع على خلافها .

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

(٢) لا إشكال في ذلك ، ولا خلاف . ويقتضيه إطلاق الأدلة . بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة ، لصديق الدخول معه ، كما تقدم في 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 . فالعدة الاجماع إن تم .

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

(٤) ونسب اليه الحمل ، فيكون ولداً ، كما في الدخول ، على ما في النصوص .

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

﴿ مسألة ٥ ﴾ : لا يجوز 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 للمكافئين ، فالدخول متعلق بهم ، فلا يشمل دخول غيرهم . وفيه :
أن الدخول مطلق لا يختص بحال التكليف .

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

(٣) كما في الشرائع ، وغيرها ، بل إجماعاً - كما في الرياض - لحرمته التصرف

في ملك الغير بغير إذنه . وللنصوص الآتية . نعم في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر
(ع) : « قال : في كتاب علي (ع) : أن الولد لا يأخذ 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 - كما في الجواهر - لأنه وطء غير مستحق

من دون شبهة .

(٥) بلا خلاف ظاهر - كما في الرياض - بل الإجماع بقسميه عليه - كما في

الجواهر - 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) ، وفي صحيح محمد بن اسماعيل قال : « كتبت الى أبي الحسن (ع) في 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 » وفي خبر الحسن بن صدقة قال : « سألت أبا الحسن (ع) فقلت له : إن بعض أصحابنا روى أن للرجل أن ينكح جارية ابنه وجارية بنته ، ولي ابنة وابن ، ولا بنتي جارية اشتريتها لها من صداقها ، أفيحل لي أن أطأها ؟ فقال (ع) : لا إلا باذنها . فقال الحسن بن الجهم : أليس قد جاء أن هذا جائز ، قال (ع) : نعم ذلك إذا كان هو سببه . ثم التفت الي وأوى نحووي بالسبابة ، فقال : إذا اشتريت أنت لابنتك جارية أو لابنتك 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 . وفي صحيح الحسن بن محبوب قال : « كتبت الى أبي الحسن الرضا (ع) : اني كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجتها ، فلم تزل عندها وفي بيت زوجها حتى مات زوجها ، فرجعت الي هي والجارية ، أفيحل لي أن أطأ الجارية ؟ قال : قومها قيمة عادلة ، وأشهد على ذلك ، ثم إن شئت تطأها » . وظاهره جواز التقويم في الكبير أيضا اللهم إلا أن يحمل على صورة ما إذا كانت البنت قد فوضت الى الاب جميع شؤونها . (١) كما نص على ذلك غير واحد ، منهم جامع المقاصد ، وقواه في الجواهر ، للقطع باتحاد الجميع . لكنه غير ظاهر . قال في الرياض : « وفي تمعية الحكم الى الجدد 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 حد (٦) واما اذا زنا الاب

(١) يظهر من الرياض اختصاص الاشكال في الجدد دون البنت . وكان الوجه فيه : إطلاق صحيح المكناني 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 لإبالمملك 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 مظاهر له من قول أو فعل . وبذلك يفترق أيضا عن اقتراض القيمي ، فانه أيضا مشتمل على الإيجاب والقبول ، وله مظاهر من قول أو فعل ، بخلاف المقام كما عرفت ولا مانع عن الأخذ بظاهر النص المعتضد بالفتوى . إلا أن يكون إجماع ، كما يظهر من جامع المقاصد . ولكنه غير ثابت .

(٣) كما يقتضيه إطلاق النص ، خلافا لآخرين فاشتطوها ، كما في الرياض والاطلاق يردم .

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

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

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

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

﴿مسألة ٨﴾ : اذا وطأ أحدهما بمملوكة الآخر شبهة لم يحد (٣) واسكن

عليه مهر المثل (٤) ولو حبلت فان كان الواطي هو الابن

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

(٢) لعدم وضوح ما يستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد . وما في جامع المقاصد من تعليقه بأن الاب لما كان أصلاً في وجود الابن أثبت له الشارع هذه المزية ونحوها ، ونحوه ما في كشف اللثام ، وغيره . غير ظاهر . نعم في المسالك قال : « والفرق بين الاب والابن بعد النص أن 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 ما ذكره 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 لأملاك الوالد ولا لغيره . ولأن ذلك يكون الاشكال في محله . إلا أن يتم إجماع عليه . اسكن في المسالك في أو آخر حد السارق في شرح المسألة الرابعة ما يظهر منه المفروغية عن ثبوت الحد في المقام ، حيث قال في الفرق بين الزنا والسرقة : « ألا ترى أنه اذا سرق مال ابنه لا يقطع وإذا زنى بجاريته يحد » . اسكن ذلك منه ينافي ما ذكره هو وغيره هنا وفي الخلاف فيه . فلا بد أن يحمل على بعض الوجوه ، ويكون العمل على ما ذكره هنا .

(٣) لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٤) لما استحل من فرجها .

عتق الولد قهراً مطلقاً (١) وإن كان الأب لم ينعق (٢) إلا إذا كان أنثى . نعم يجب على الأب فكه (٣) أن كان ذكراً .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العممة والحالة إلا باذنها (٤) من غير فرق

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، وغيرها . لأنه لو بقي رقا كان ملكاً لمالك الأمة ، وهو جده ، والرجل لا يملك ولده وإن نزل ذكراً كان أم أنثى .

(٢) كما نص عليه الجماعة . لأنه لو بقي رقا كان ملكاً لمالك الأمة ، وهو أخوه ، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه . نعم إذا كان الولد أنثى إنعتق قهراً ، لأن الرجل كما لا يملك عموديه لا يملك محارمه ومنها الأخت ، فلما لم يمكن أن يكون مملوكاً لمالك إنعتق قهراً أيضاً .

ثم إنه يأتي من المصنف (ره) في نكاح الاماء تبعية الولد لأشرف الابوين كما هو مذهب جماعة . وعليه يكون الولد حراً لا رقا ، فيكون ما ذكره هنا منافياً لما يذكره فيما يأتي من نكاح الاماء . ولعل المراد من الحسم بالرقية الرقية من حيث النسب ، بمعنى أن النسب لا يقتضي 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 الأب ضامن لقيمتها ، لأنه رقا يجب على الأب شرائه .

(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 تزوج ابنة الأخ ولا ابنة الأخت

ج ١٢ ﴿تزوج العمة والحالة على بنت الاخ والاخت بدون اذنها﴾ ١٦١

بين الدوام والانقطاع (١) ولا بين علم العمة والحالة وجهلها ويجوز العكس (٢)

على العمة ولا على الحالة إلا باذنها، وتزوج العمة والحالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنها ، وخبر أبي عبيدة الحذاء قال : « سمعت أبا جعفر (ع) يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا باذن العمة والحالة » ، ونحوها غيرها . وعن الاسكافي والهماني الجواز مطلقاً . وفي المسالك ناقش في صحة النسبة . وعلى تقديرها فكأنه لعمومات الحل ، وخبر علي بن جعفر (ع) المروي في كتابه ، عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال : « سألت عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها ؟ قال (ع) : لا بأس » . ومثله خبره المروي في قرب الاسناد . وفيه : أن العموم مخصص ، والخبر مقيد بما ذكر . ومثله ما في المقنع من النع مطلقاً 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 : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على أختها 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 اعتمدا على الجميع بعد الجمع بينها بحمل الاولتين على الاخيرة حملاً 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 الحالة والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير اذنها » ، وصحيح ابن مسلم المروي عن نوادر ابن عيسى ، عن أبي جعفر (ع) : « قال : لا تنكح ابنة الاخت على

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

خالتها ، وتنكح الحالة على ابنة أخيها ، ولا تنكح ابنة الاخ على عمتها . وتنكح العمة على ابنة أخيها ، ونحوها غيرها . وتقدم عن المقنع المنع مطلقاً . وكأنه لاطلاق خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لا يحل 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 ، وفي الجواهر : « لعله أخذه مما تسمعه في نكاح الحرة على الامة ، بناء على اشتراك المسألتين في كيفية دلالة الدليل وفي حكمة الحكم ، وهي الاحترام إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن في الجواز والصحة ، وإنما تتسلط هي على الخيار » . ويحتمل أن يكون الوجه فيه خبر محمد بن مسلم عن الباقر (ع) : « لا تزوج الحالة والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير إذنها » كما ذكره بعض . بناء على رجوع الضمير الى العمة والحالة ، وفيه أن المضبوط روايته : « تزوج الحالة والعمة ... » وقد رواه في المسالك كذلك . مع أن الظاهر رجوع الضمير الى المدخول عليها . وحينئذ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العمة والحالة على ابنة الاخ والاخت وبين العكس ، كحديث علي بن جعفر الذي رواه في المسالك قال : « تزوج العمة والحالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ، ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والحالة إلا برضا منها ، فن فعل ذلك فنكاحه باطل » ، وكذا غيره من الاخبار المفصلة ، فإن الجمع بينهما يقتضي الجواز على كراهية .

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

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : الظاهر عدم الفرق (١) بين الصغيرتين والكبيرتين والمتخلفتين ، ولا بين اطلاع العمة والخالة على ذلك وعدم اطلاعها 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)

اذنهما مختصة بالصورة الاولى . وظاهر الصورة الاولى صورة علم الداخلة ، فيكون عكس ما ذكر في المسالك . ولا يخفى ما فيه أولاً من عدم الوقوف على هذه النصوص ، وثانياً أنه منافي لما ذكره من إطلاق النصوص ، وثالثاً أنه لا معنى لا اعتبار اذن الداخلة مع علمها ، فإن دخولها مع العلم إذن ، فلا معنى لا اعتبار الاذن حيثئذ والمظنون أن اصل العبارة « بالصورة الثانية » الآتية في كلام مصنفه ، وهي صورة دخول بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة .

هذا وفي القواعد : « والاقرّب أن للعمة والخالة فسخ عقدها لو جهلتا لا المدخول عليها » ووجهه في كشف اللثام بعدم الفرق في الاحترام بين التقدم والتأخر ، وخبر أبي الصباح . وفيه : أن مقتضى الاحترام البطلان - كما ذكر في المسالك - 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 عرفاً . وأما الخبر فقد عرفت أنه مقيد بما سبق . وبالجمله : مقتضى القواعد الاولى صحة العقد ولزومه وليس ما يدل على البطلان او الخيار فيتعين العمل بها .

(١) للاطلاق .

(٢) لـكنه بدوي لا يعمل عليه في رفع اليد عن الاطلاق .

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

- ﴿ مسألة ١٢ ﴾ : لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين (١) .
 ﴿ مسألة ١٣ ﴾ : لا فرق في العمة والحالة بين الدنيا منها والعليا (٢) .
 ﴿ مسألة ١٤ ﴾ : في كفاية الرضا الباطني منها من دون اظهاره ، وعدمها
 وكون اللازم إظهاره بالأذن قولاً او فعلاً وجهان (٣) .

عدا رواية أبي الصباح المتضمنة للمنع عن الجمع بين العمة وابنة الاخ والحالة 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 ما ذكرنا جواز الجمع بينهما
 بعقد واحد بغير إذن منهما ، لاختصاص النصوص باعتبار الأذن لهما في صورة إدخالها
 على العمة والحالة . 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 الأذن . فلاحظ وتأمل
 جيداً » . أقول : الوجه الثاني أضعف مما قبله ، لأنه أشبه بالقياس .

- (١) لإطلاق الأدلة . اللهم إلا أن يقال : الاحترام المعمل به المنع في النصوص
 لا يقتضي المنع في صورة كون العمة او الحالة كافرة .
 (٢) كما عن المبسوط الجزم به واختاره جماعة ، وقواء في الجواهر ، واستشكل
 فيه في القواعد وغيرها . للاشتراك في العلة ، واحتمال صدق العمة والحالة وبنت
 الاخ والاخت . ولزوم الاختصار على المتيقن في الخروج عن عموم الحول
 لكن الاول أقرب .

- (٣) المذكور في أكثر النصوص اعتبار الأذن ، وفي خبر علي بن جعفر
 (ع) اعتبار الرضا . والجمع العرفي يمكن أن يكون بالتقييد . فلا بد من الرضا والأذن
 معا . ويمكن أن يكون بجعل الأذن طريقاً إلى الرضا فيكون الشرط الرضا لا غير . والثاني أقرب

(مسألة ١٥) : اذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه

الأذن السابق (١) .

(مسألة ١٦) : اذا رجعت عن الأذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان (٢)

(مسألة ١٧) : الظاهر كفاية أذنها وإن كان عن غرور (٣) بأن

وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده ، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا . نعم لو قيدت الأذن باعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط كشف عن بطلان الأذن والعقد (٤) وإن كان حين العقد بانياً على العمل به (٥) .

(مسألة ١٨) : الظاهر أن اعتبار أذنها من باب الحكم الشرعي ، لأن

فيكون الرضا هو الشرط والأذن طريق إليه ، فإذا حصل الرضا صح العقد واقعا ، وإذا علم الرضا بطريق آخر صح واقعا وظاهراً . ولكنه مع ذلك لا يخلو من إشكال وإن قربناه فيما سبق من مباحث مكان المصلي من هذا الشرح .

(١) لأن العدول عنه يوجب كونه بمنزلة العدم . والقياس على فعل الوكيل الذي لم يبلغه العزل لا وجه له .

(٢) إذ لا دليل على كون العدول عن الأذن رافعاً لآثر العقد فاستصحابه فاستصحاب بقاء الآثر بحاله فإن قلت : العدول يوجب كون الأذن السابق بمنزلة العدم . قلت : إنما يوجب ذلك بالنسبة إلى ما بعد العدول ، لا من أول الأمر فحين وقوع العقد من إذنه يترتب عليه الآثر ، لتحقيق شرط التأثير ولا موجب لارتفاعه ، فيستصحب .

(٣) لإطلاق الأدلة .

(٤) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده .

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

يكون لحق منها (١) فلا يسقط بالاسقاط .

﴿ مسألة ١٩ ﴾ : إذا اشترط في عقد العمة أو الخالة إذهنها في تزويج بنت
الاخ أو الاخت ، ثم لم تأذنا عصياناً منها في العمل بالشرط ، لم يصح العقد على
أحدى البنين (٢) وهل له إجبارها في الاذن ؟ وجهان (٣) . نعم إذا اشترط
عليها في ضمن عقدها أن يكون له العقد على ابنة الاخ أو 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) ينبغي أن الشرط يقتضي ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث
يكون المشروط له مالاً على المشروط عليه الفعل المشروط . أو لا يقتضي ذلك فعلى الاول يكون
الزوجه مالاً عليها الاذن في العقد ، فيكون له المطالبة به ، ومع امتناعها يكون له الاجبار
عليه ، فإن تعذر أمكن قيام الحاكم الشرعي مقامه في استيفاء الحقوق بأعمال ولايته . وعلى
الثاني يكون مفاد الشرط محض الالتزام بالاذن فيجب عليها شرعاً كسائر الواجبات
الشرعية ، فإذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الامر بالمعروف ،
فإذا تعذر الاجبار لم يكن للحاكم الشرعي القيام مقامها ، إذ لا ولاية للحاكم الشرعي
على تحصيل الواجبات الشرعية على الناس ، وإنما له الولاية عليهم فيما لهم الولاية
عليه لا غير . ومن ذلك يظهر أن اختلاف المبنيين ليس في مجرد جواز الاجبار
وعدمه ، وإنما هو في نفوذ سلطان الحاكم الشرعي عند تعذر الاستيفاء . هذا وقد
تقرر في 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﴾ : اذا تزوجها من غير اذن ثم أجازتا صح على الاقوى (١)

يكون له العقد من قبيل الشرط المخالف للكتاب ، فيبطل إلا ان 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 . لكنهما غير كافية مع ظهور الكراهة بعد ذلك .

(١) كما عن العلامة في جملة من كتبه ، وكثير من المتأخرين . لتحقيق شرط الصحة وهو الاذن فيشملة دليل الصحة من غير معارض . وفي الشرائع والنافع وغيرهما البطلان ، للنهي عنه المقتضي للفساد . لكنهما 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 والخالدة إلا برضا منهما ، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل » . وفيه أنه لا يشمل المقام بعد الاذن وإن شمله قبل الاذن ، ولا تنافي بين الحكيين في زمانين . أو لظهور أدلة اعتبار الاذن في كونها مقارنة للعقد . وهو أيضا ممنوع . أو لان العقد على بنت الاخ والاخت بدون إذن العمة أو الخالدة معصية لله سبحانه ، فيكون فاسداً ، لما ورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه من أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا 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 تعديداً . وهو خلاف الاصل في التعليلات ، على أن البناء على تحريم العقد تعديداً بحيث يوجب

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

﴿ مسألة ٢٢ ﴾ : اذا ادعت العمة او الخالة عدم الاذن وادعى هو الاذن منها قدم قولها (٢) واذا كانت الدعوى بين العمة وابنة الاخ مثلاً في الاذن الاثم لنفسه غير ظاهر من الادلة .

هذا وعن الشيخين ومن تبعهما - بل عن غير واحد نسبته الى الاكثر - أن للعمة والخالة الخيار في فسخ العقد الواقع على بنت الاخ والاخت وبين فسخ عقدهما بلا طلاق . لوقوع العقد بين صحيحين ، وحيث أنه لا يمكن الجمع بينهما إلا باذن فها مخيران في رفع الجمع بينهما بين رفع الاول ورفع الثاني . وفيه : أنه لا دليل على سلطنتها على رفع الاول ، وإنما الدليل على سلطنتها على رفع الثاني لا غير وعن ابن ادریس بطلان العقد الثاني وتزلزل العقد الاول فيكون للمدخل عليها فسخ عقد نفسها . وبظاهر ضعف القول المذكور بكلا شقيه من وجوه الاشكال على القول الثاني والقول الثالث . مع أنه إذا بني على بطلان العقد الثاني لم يكن وجهه لتزلزل الاول .

فاذا العدة 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 مقارنته الاذن للعقد . ويتضح ذلك بمقايضة المقام بعقد الفضولي . ولأن ذلك يخرج عن الاصل بناء على أن مقتضاه مقارنته الشرط للعقد .

(١) لأصالة الصحة .

(٢) لأصالة عدم الاذن الموافق لقولها وأصل الصحة وإن كان مقدماً على أصالة عدم الجزء أو الشرط الذي يكون فاقده موجباً للفساد ، لكن دليلاً من

وعدمه فكذلك قدم قول العمة .

﴿ مسألة ٢٣ ﴾ : اذا تزوج ابنة الاخ او الاخت ، وشك في 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 ، فإذا 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 أيضاً . فبناء على هذا لو ادعى البائع عدم البلوغ ، أو عدم العلم بالعوضين ، أو نحو ذلك يكون منكراً . وهو كما ترى . إلا أن يقال : إن دعواه ذلك خلاف ظاهر فعله وإقدامه ، فيكون لأجل ذلك مدعياً . فنأمل . وربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر في موضوع السلطنة جزءاً أو شرطاً ، ولا يشمل الشك في السلطنة فالمدعي عدم السلطنة منكر . وفيه : أنه خلاف السيرة على البناء على الصحة لو شك في السلطنة مع عدم الدعوى ممن له السلطنة . وعلى هذا يختص المنع من جريان القاعدة بصورة دعوى وجود إعطاء السلطنة باذن أو بالتعليك أو نحوهما ، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التعليك من خصمه . وذلك غير بعيد من طريقة العقلاء والمشرعة .

(١) لخروجه عن مورد النصوص لسكن بناء على ماتقدم من المنع عن اقتران العقدين إلا باذن العمة أو الخالة ، عملاً بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا باذنها يتمين البناء على ذلك هنا ، لتحقيق الجمع بعد الرضاع ، فلا يجوز إلا بالاذن ، إذ لا فرق بين اقتران العقد وبين المقام في صدق الجمع .

ثم اسلم على وجه (١) .

﴿ مسألة ٢٥ ﴾ : إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعياً لم يحز تزويج إحدى البنتين (٢) إلا بعد خروجها عن العدة . ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه .

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

﴿ مسألة ٢٧ ﴾ : هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين ؟ وجهان

(١) يوافق الاستصحاب ، لنفوذ الجمع في حال الكفر فإن اسكل قوم نكاح فيستصحب بعد الاسلام . وفيه : أن المستفاد من الأدلة ترتب آثار النكاح حال الكفر ، لانفوضه ، كما يقتضيه الجمع بين الأدلة الأولية ومثل « اسكل قوم نكاح » واستصحاب بقاء الآثار لاجمال له مع الدلائل الدال على حرمة نكاح الأجنبية . مع أنه لو فرض 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 إذا رجع هو بها يكون رجوعه بها بحسب اعتبار العقلاء ليس إحداثاً للزوجية بل رجوعاً للزوجية السابقة كما سيأتي من المصنف (ره) في المسألة الرابعة والثلاثين ، فيكون من إدخال بنت الاخ والاخت عليها . اللهم إلا أن يكون هذا النحو من الإدخال ليس موضوعاً لأدلة المنع ، حتى لو قيل بالمنع عن الجمع بينهما بغير إذن ، كما هو مضمون خبر أبي الصباح ، لأن رجوع العمة بالبذل بمنزلة الاذن في الجمع بينهما وبين البنت . اللهم إلا أن تكون جاهلة بذلك .

أقوامها العدم (١) .

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

(١) وفي الجواهر أنه التحقيق وأنه ظاهر النصوص والفتاوى . لاشتغالها على التزويج والنكاح الظاهرين في العقد ، واشتغالها على الاذن المختص بالحرمة . فتأمل وخبر أبي الصباح لو سامت حجبتها ، فحمله على الوطء لاقربته 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 - كما في الجواهر - ويشهد به النصوص المستفيضة أو المتواترة ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة ، أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا ، ولسكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ، إن الحرام لا يفسد الحلال » . وفي مصحح الحلي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمها أمحرم عليه امرأته ؟ فقال : لا ، إنه لا يحرم الحلال الحرام » ، ومصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « أنه قال في رجل زنا بأم امرأته أو ببنتها أو بأختها فقال (ع) : لا يحرم ذلك عليه امرأته . ثم قال : ما حرم حلالا قط » ، ونحوها غيرها .

(٣) وهو المشهور شهرة عظيمة . وعن أبي علي أنه قال إن عقد الأب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد مالم يطأها . لعوم (مانكج أبؤكم) مع عدم القول بالفرق ، ولموثق عمار عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجدة ، 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 لا تحرم على ابيه . وكذا الحال في اللواط الطارى . (١) على التزويج . فلو تزوج امرأة ولواط باخيها او أبيها او ابنها لم تحرم عليه امرأته الا ان الاحتياط فيه لا يترك واما اذا كان الزنا سابقاً على التزويج فان كان بالعمة

زنى بها ابنه لم يضره ، لأن الحرام لا يفسد 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 بأمها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها ، وهو قوله : لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا » . ونسب هذا القول الى ظاهر الاستبصار ، ومال اليه في الحقائق وحكى ذلك عن بعض مشايخه المحققين من متأخري المتأخرين اعتماداً على الخبرين لانهما من المقيّد الواجب حمل المطلق عليه .

ونوقش في الاول بانه استدلال بالمفهوم ، وهو ضعيف وفي الثاني بضعف السند . لكن مفهوم الحصر حجة . والثاني من الموثق ، وهو أيضاً حجة . فالعمدة في وهن الخبرين 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 الحل .

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

أو الخالة يوجب حرمة بنتيهما (١) وإن كان بغيرهما

(١) على المشهور شهرة عظيمة، بل في محكي الانتصار الاجماع عليه، وفي التذكرة نسبته الى علمائنا وبشهادته 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 : « سأل محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أتزوج ابنتها ؟ قال : لا . قال : إنه لم يكن أفضى اليها إنما كان شيء دون ذلك ، قال (ع) : كذب » ، وبضميمة عدم القول بالفصل يتعدى من الخالة الى العمّة أول رواية السرائر قال : « وقد روي أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما » ثم قال : « فإن كان على المسألة إجماع فهو الدليل عليها » ثم ناقش في ثبوت الاجماع ، وظاهره التوقف في الحكم المذكور . ولأجله يشكل الاستدلال بروايته فضلا عن كونها مرسلة . كما يشكل التمسك بالاجماع ، لما في المختلف من قوله : « ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة فإن عموم قوله تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم) يقتضي الاباحة » . وظاهره أيضا عدم الاعتداد برواية الخالة . ولعله لما في المسالك من أنها ضعيفة السند ردية المتن ، فإن السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولا ، وصرح بعدمه ثانيا ، وكذبه الامام (ع) في ذلك ، وهذا غير لائق بمقامه ، وهو قرينة الفساد . إنتهى . لكن السند مصحح في رواية الكافي وموثق في رواية التهذيب ، وكلاهما حجة . وتكذيب الامام (ع) لا بد أن يكون لوجه يعلمه . ونحوه صحيح يزيد الكنكاسي 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 : فأخبرت الرجل ،

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

فو الله ما دفع ذلك عن نفسه ، وخلق سبيلها « مع أنه لا يقدح في حجية الدلالة . ومثله الاشكال بأن الظاهر أن الروایتين حاكيتان عن واقعة واحدة ، وفي رواية محمد أن السائل رجل وهو جالس ، وفي رواية أبي أيوب أن السائل محمد وهو جالس فهذا الاختلاف يوجب نوعا من الوهن .

وبالجملة : لا مجال 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 بشبوته وأن منشأ التسالم عند اصحاب الائمة (ع) عليه . ومن العجيب - كما قيل - توقف المختلف في الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة في غير العمة والخالة . فان أدلة التحريم في غيرها دالة عليه فيها أيضا . إلا أن يكون مراده الحل من الحيثية المذكورة .

(١) فالحكي عن الأكثر ، أو الأشهر ، أو المشهور ، الحرمة . ويقضى به جملة من النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : لا ، ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو اختها لم تحرم عليه امراته ، إن الحرام لا يفسد الحلال » ، وصحيح العيص بن القاسم قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض إليها ، ثم تزوج ابنتها . فقال : إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس ، وإن كان أفضى إليها 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 قبله أو شبهها فليزوج ابنتها ، وليتزوجها هي إن شاء . لكن رواها في الكافي بسند فيه إرسال هكذا : « فليزوج ابنتها إن شاء ، وإن كان

جماعاً فلا يتزوج ابنتها ولا يتزوجها « فتكون دلائلها بالمفهوم المصرح به . وروى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن رجل فخر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : إن كان قبلة أو شبهها فلا بأس ، وإن كان زناً 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 فخر بامرأة ، يتزوج ابنتها ؟ قال (ع) : نعم يا سعيد ، إن الحرام لا يفسد الحلال » وصحيح هشام بن المثنى عن أبي عبد الله (ع) : « أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال (ع) : نعم ، وامها وبنتها . » وصحيحته الاخرى قال : « كنت عند أبي عبد الله فقال له رجل : رجل فخر بامرأة أتحدل له ابنتها ؟ قال (ع) نعم ، إن الحرام لا يفسد الحلال . » وموثق حنان بن سدير قال : « كنت عند أبي عبد الله (ع) إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً ، هل تحل له ابنتها ؟ قال (ع) : نعم ، إن الحرام لا يحرم الحلال . » وصحيح صفوان قال : « سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها ، أتحدل له ذلك ؟ قال (ع) : لا يحرم الحرام الحلال . » ورجل فخر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : لا يحرم الحرام الحلال . » والمرسل عن زرارة قال : « قلت لابي جعفر (ع) : رجل فخر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها ؟ قال (ع) : ما حرم حراماً حلالاً قط . » وهذه النصوص كما ترى مشتملة على الصحيح وغيره ، كالطائفة السابقة .

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

الاولى (سندا ، وعدداً ، وعاملاً ، ودلالة ، لاحتمال الجميع الفجور بغير الجماع ، أو به واسكن بعد التزويج ، أو التقية ، وهو أحسن المحامل) ولا يخفى ان كلا الطائفتين مشتمل على الصحيح وغيره . وتفاوت العدد في الجملة ما لم يبلغ حد صدق الاشهر كتفاوت عدد العامل لا أثر له في الترجيح . واحتمال حمل الاخير على الفجور بغير الجماع - مع أنه بعيد في نفسه - لا يتأتى في صحيحة هشام وموثق خنان ، كما أن حملها على ما بعد التزويج أيضاً بعيد . والحمل على التقية إنما يكون مع تعذر الجمع العرفي ، وهو ممكن بحمل الطائفة الاولى على الكراهة بل هو أقرب الوجوه . مع أنه لا قرينة على الحمل على التقية ، ولا سيما بملاحظة أن القول بالحرم مشهور عند المخالفين ، فقد نسب في التذكرة الى عمران بن الحصين ، وعطاء ، وطاووس ، ومجاهد والنخعي ، والثوري ، وأحمد ، واسحاق ، وأصحاب الرأي .

ومن ذلك تشكل دعوى أن الظاهر من النبوي : « الحرام لا يفسد الحلال ، أو لا يحرم الحلال » الحلال الفعلي ، وهو إنما يكون مع سبق التزويج على الزنا ، أما مع سبق الزنا فالحل تقديري ، والحمل على التقديري خلاف الظاهر ، فأرادوا (ع) تنبيه المخالفين على غلطهم في الحمل على التقديري . فانها غير واضحة المأخذ ، كيف وصرح الطائفة الثانية الحل التقديري ، كما هو ظاهر الآية الشريفة : (وأحل لكم ما وراء 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 أيضاً ، ويكون التخصيص بالفعل 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 ، كمصحح الحلبي ، ومصحح زرارة المتقدمين ونحوهما ، فان موردها وإن كان الحلال الفعلي لكن المورد لا يخص الوارد . والطوائف الثلاث

الباقية متعرضة لذلك . الاولى : مايدل على أن المراد بالحلل الحلل الفعلي بشرط الوطء ، كموثق عمار ، وخبر الكناني المتقدمين في صدر المسألة . الثانية : مايدل على أن المراد الحلل الفعلي بمقد أو ملك . كصحيح محمد بن مسلم المتقدم . الثالثة : مايدل على أن المراد الحلل ولو تقديرية ، كصحيح سعيد بن يسار ، وصحيح صفوان ، وصحيحة هشام بن المنثري وموثق حنان بن سدير ، والمرسل عن زرارة ، ونحوها وخبر محمد بن منصور الكوفي قال : « سألت الرضا (ع) عن الغلام بعثت بجارية لا يملكها ولم يدرك أيحل لآبيه أن يشتريها أو يمسها ؟ فقال : لا يحرم الحرام الحلل » . 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 الحل على التقية فقد عرفت أنه لا مأخذ له في كلتا الطائفتين ، وليس في النصوص مافيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين في المسألة هو التحريم ، وأن 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 : لا يحرم الحرام الحلل » ، ثم استدل للشيخ بعد أن نسب اليه القول بالحل بامور . منها قوله : « لا يحرم الحرام الحلل » ، فحمل الحلل في الحديث على الحلل ولو تقديرا لا يختص بالمخالفين ، ولا هو مذهب جميعهم ، ولا المشهور بينهم وأما صحيح مرازم قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) وقد سئل عن امرأة أمرت ابنتها أن يقع على جارية لآبيه فوقع ، فقال (ع) : أثمت ، وأثم ابنها . وقد سأني بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له : أمسكها فان الحلل لا يفسده الحرام » . فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه .

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

والمستحصل : 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 منحصراً بالروايتين المذكورتين ، بل مصحح يزيد يمكن حمل الفراق فيه على
الفراق بالطلاق ، فتتحصر المعارضة بصحيح محمد . ولو سلم التساوي من حيث السند والعدد
فنصوص التحليل موافقة للكتاب ومعتزدة بعموم قوله تعالى : (وأحل لكم
ما وراء ذلكم) ، فلاخذ بها متعين .

ثم إنه لو قلنا بالتحريم فكما تحرم بنت المزني بها وأمها على الزاني تحرم المزني
بها على أبي الزاني وابنه . لأن الزنا على هذا القول بمنزلة الدخول بالعقد الصحيح
فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين . فلاحظ كلماتهم ونصوص التحريم أيضاً
متممة لذلك ، ففي صحيح أبي بصير : « سألت عن الرجل يفجر بالمرأة ، أتحل
لابنه ؟ أو يفجر بها الابن ، أتحل لآبيه ؟ قال : إن كان الابن أو الابن مسها لم
تحل » . وخبر ابن جعفر عن أخيه موسى (ع) قال : « سألت عن رجل زنى
بأسرأة ، هل تحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال (ع) : لا » ونحوها غيرها .

(١) كما عن الأكثر . للاصل .

(٢) كما هو المشهور شهرة عظيمة . وخالف في ذلك ابن ادريس قال : « فأما
عقد الشبهة ووطء الشبهة فعدنا لا ينشر الحرمة ، ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال »
وقال في الشرائع : « وأما الوطء بالشبهة فالذي خرج به الشيخ أنه بمنزلة النكاح

الصحيح . وفيه تردد ، أظهره أنه لا ينشر الحرمة ، ونحوه في النافع ، وفي القواعد : « وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح ؟ خلاف » وفي جامع المقاصد « ان الزنا يحرم ، كما سيأتي إن شاء الله فالوطء بالشبهة أولى . لأنه وطء محترم شرعا ، فيكون الحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا . ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به فان أعظم الأحكام النسب ، وهو في الشبهة كالصحيح . وكذا وجود المهر . وتختلف المحرمية لا يضر ، فانها متعلقة بكال حرمة الوطء ... » ، وسبقه الى بعض ذلك في التذكرة ، وتبعه على ذلك في المسالك وغيرها . لكن الخروج عن عموم الحل بذلك كما ترى ومثله الاستدلال بقوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم) 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 في القواعد مانع من صحة الاعتماد على الاجماع وكان الاولى الاستدلال بحديث : « لا يحرم 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 لاحقا ، 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 الأدلة 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 - فإنه مختص بالزنا السابق . وأما الاستقراء ، وعموم :

(مسألة ٢٩) : اذا زنى بمملوكة أبيه ، فان كان قبل أن يطأها الاب

حرمت على الاب (١) ،

(لا تنكحوا ما نكح آبؤكم) فمقتضاها العموم للسابق واللاحق فان الوطء الصحيح إذا فرض لاحقاً لا بد أن يبطل السابق ، وكذا إطلاق الآية . فلاحظ .

(١) قال في القواعد : « ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر (يعني قبل وطء المالك ، كما يظهر مما بعده) بزنا أو شبهة ففي التحريم نظر » . وحكى في كشف اللثام التحريم عن الشيخ ، وابني الجنيد والبراج . واستدل له بموم : (ما نكح آبؤكم) مع عدم القول بالفصل - يعني : بين منكوحة الاب ومنكوحة الابن - . وكون النكاح في اللغة بمعنى الوطء . ولخبر 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 . مضافاً الى صحيح عبد الله بن يحيى الكاهلي قال : « سئل أبو عبد الله (ع) وأنا عنده عن رجل اشترى جارية ولم يمسه ، فامرت امرأته ابنه وهو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها ، فما ترى فيه ؟ فقال : أتم الغلام ، وأتمت 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 لا يحرمها 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 في القبل او الدبر (٣) .

إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية وهي له حلال ، فلا تحمل تلك الجارية لابنه ولا لآبيه .

الاهم إلا أن يقال : إن ظاهر الموثق أن التحريم في الزنا السابق وكذا اللاحق إذا لم يكن دخول ناشئ من كون المراد من «ان الحرام لا يفسد الحلال» خصوص الحلال بعد الوطء ، فالتحريم في الزوجة والجارية فرع على التفسير المذكور فإذا بطل الاصل بطل الفرع ، والتفكيك غير ممكن عرفاً . 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 ما دل على الحل فإلبناء على الحل أنسب بقواعد العمل بالادلة . فتأمل .

(١) في القواعد أنه الاصح ، ونسبه في جامع المقاصد ، وكشف اللثام الى الأكثر . لعموم : « الحرام لا يحرم الحلال » . ويقضيه موثق عمار ، وصحيح مرآزم ، وخبر زرارة . وقيل بالتحريم لعموم قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم) . وهو ضعيف لعدم ثبوت كون النكاح هو الوطء أولاً ولتخصيصه بما عرفت ثانياً . هذا ويظهر من الجواهر أنه لا قائل بالتحريم وأن الاجماع بقسميه على عدمه . لكن عرفت ما في جامع المقاصد ، وكشف اللثام من حكاية قولين في المسألة ، وأن الأكثر على عدم التحريم .

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

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

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

لمعوم الآية قوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم) و (وربائكم) 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 بما لا إشكال فيه على الظاهر .

(١) للاصل .

(٢) ظاهر العبارة العمل بأصله 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 : يحل 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 عليها ، وهذا المعنى يثبت بعضه بالوجدان ، وبعضه بالاصل . فيترتب التحريم عليه . وبالجملة : المستفاد من الأدلة أن من عقد على امرأة لم يزن بها أبوه أو ابنه فهي له حلال ، ومن زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه فهي عليها حرام والاول يثبت بعضه بالوجدان وبعضه بالاصل اذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا . والثاني أيضاً يثبت بعضه بالاصل وبعضه بالوجدان اذا علم تاريخ الزنا وحل 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 وجينئذ تكون الشبهة موضوعية ، ولأجل أنه لا يجوز الرجوع الى عمومات

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

﴿ مسألة ٣٣ ﴾ : لافرق في 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 في العقد ، فيبنى على ترتب أثره وتحقيق الزوجية . هذا في الزوجة . وأما الامة فالسكك فيها بعينه مذكور أولا في الزوجة ، فان الاستفادة 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 . فإذا علم بها وشك في المتقدم منها . فان علم تاريخ الزنا وشك في تحقق الوطء من المالك قبله فاصالة عدم الوطء الى حين الزنا يثبت كونه محرما . واذا علم تاريخ الوطء وشك في تاريخ الزنا يثبت كونها حلالا . وإذا جهل التاريخان لم يجز الاصلان معا . ولا مجال للرجوع الى عمومات الحل ، لسكون الشبهة موضوعية ولا مجال للرجوع الى أصالة الصحة ، لأن الوطء لا يتصف بالصحة والفساد . بل يتعين الرجوع الى استصحاب الحل الثابت قبل الزنا . ولولا تعيين 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 البدئية التي عرفت أن الحكم فيها الحل ، لأصالة عدم الزنا من غير مانع ولا معارض .

(٣) قد اختلفت كلمات الجماعة في تمييز الشبهة من الزنا . فلذي ذكره في

المسالك في المقام أن المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه كالوطء في نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، لم يعلم فسادها ، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته ، أو أمة مشتركة بينه وبين غيره ، فظن إباحتها له بذلك . انتهى . وفي الجواهر عن مصابيح العلامة الطباطبائي أن الوطء الذي ليس يستحق في نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق ، أو صدوره عنه بحالة مقتفرة 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 ، لصديق عدم العلم بتحريمه في التعريف الاول ، وصديق ارتفاع التكليف بسبب غير محرم في التعريف الثاني ، في الجميع . وفي الجواهر - بعد ذكر التعريف الثاني وما يتعلق به - قال : « فالتحصل من ذلك أن وطء الشبهة ثلاثة أقسام ... الى أن قال : الثالث الوطء غير المستحق ولكن صدر ممن هو غير مكلف كالنائم والمجنون والسكران بسبب محال ونحوهم » ، ثم تعرض بعد ذلك للاشكال على التعريف المذكور من وجوه ، ولم يتعرض للاشكال في كون القسم الثالث من أقسام وطء الشبهة ، ثم حكى عن بعض عن الأكثر تعريفه بأنه الوطء الذي ليس بمستحق مع ظن الاستحقاق وأشكل عليه بوجوه . منها أنه يخرج منه وطء غير المكلف كالمجنون والنائم وغيرها . وظاهره المفروغية عن كون وطء غير المكلف من الشبهة ، لا من الزنا .

وفي المسالك في كتاب الحدود في شرح قول ماته : « أما الموجب (يعني : موجب حد الزنا) فهو ايلاج الانسان ذكره في فرج امرأة محرمة ، من غير عقد ولا ملك ولا شبهة » قال : « هذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحد في الجملة ويدخل في الانسان الصغير والكبير والعاقل والمجنون ، فلو زاد فيه المكلف لكان أجود ويمكن تكلف إخراجها بقوله : « في فرج امرأة محرمة عليه » فإنه لا تحريم في حقها

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

وفى الرياض بعد قول مائنه فى الكلام على حد الزنا : « أما الموجب فهو إيلاج الانسان فرجه فى فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة » قال : « وإطلاق العبارة وإن شمل غير المكلف ، إلا أنه خارج عما زدناه من قيد التحريم مع احتمال أن يقال : التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنا ، لأنه جزء من مفهومه فلا يحتاج الى ازدياد التحريم من هذا الوجه . وظاهره الميل الى ما سبق 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 الإيلاج باسرة بلا عقد ولا ملك ولا شبهة وإن لم يكن فى ذلك حرمة عليه لعدم التكليف الذى فرض عدم مدخليته فى تحقق معنى الزنا الذى هو على التقدير المزبور وطء الاجنبية التى هى غير الزوجة والمملوكة عينا أو منفعة . ومقتضاه أن وطء الشبهة زنا لغة وعرفاً لكنه لا يوجب الحد ، وهو مناف لمقابلته به فى النكاح للمقتضية لكونه وطء الاجنبية على أنها أجنبية ، ثم قال « ولعل ذكر الاصحاب بعض القيود فى التعريف من حيث ثبوت الحد به وعدمه ولو للشرائط الشرعية لذلك ، لا لكشف مفهومه ، وقال رسول الله (ص) لما غر بعد اقراره بالزنا أربعا ، أتعرف الزنا ؟ فقال : هو أن يأتي الرجل حراماً كما يأتي أهله حلالاً » انتهى ما فى الجواهر . وظاهره الميل الى عموم الزنا لوطء غير المكلف . وفى التذكرة قال : « أما اذا اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانياً بأن يأتي الرجل فراش غير زوجته غلطاً ، فيطؤها وهى عاتمة ، أو أنت المرأة غير زوجها غالطة وهو عالم ، أو كانت

هي جاهلة أو نائمة أو مكروهة وهو عالم ، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مسراً فكذاك « وظاهره كون وطء النائم والمكروه من وطء الشبهة ، الى غير ذلك من كلمات الجماعة الظاهرة في اختلافهم في دخول وطء من ارتفع عنه التكليف لصبا ونوم ونحوهما في الزنا ، او في وطء الشبهة . وكلمات الجواهر في المقام وفي كتاب الحدود لا تخلو من مدافعة .

والذي يظهر بعد النظر والتأمل هو دخوله في الزنا بالمعنى اللغوي والعرفي ، بل دخول وطء الشبهة فيه ، وليس الزنا إلا مطلق الوطء غير المستحق وان كان شبهة . وأما في عرف الشارع والمشرعة فالزنا يقابل وطء الشبهة والمراد بوطء الشبهة الوطء غير المستحق لشبهة ، بحيث تكون الشبهة من علل وجوده ، فإذا كان الوطء غير مستحق وكانت الشبهة دخيلة في وجوده فهو وطء شبهة ، وليس من الزنا ، وإن لم تكن دخيلة فيه فهو زنا . وهذا هو وجه المقابلة بين الشبهة والزنا ، ولا تقتضي المقابلة بينهما أن يكون معناه وطء الاجنبية ، على أنها أجنبية كما تقدم عن الجواهر . ولعل قول ماغر : « أتيت منها حراما . . . » يبان الزنا الذي يجب فيه الحد ، لا الزنا في مقابل الشبهة . على أنه غير ثابت . وعليه فلاحكام النابتة 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 النابتة للزنا في الجملة ، وهي نفي العدة ونفي المهر ، ونفي النسب ، وثبوت الحد لا بد من ملاحظة أدلتها ليتضح أنها نابتة له مطلقاً أو مقيداً .

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

ورد في الصبي ، والمستكره ، وغيرها . ولعل أدلة نفي النسب عن الزاني أيضا مختصة بذلك ، لأن العمدية فيه قول النبي (ص) : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وعموم العاهر لمطلق الزاني غير ظاهر . ولا يبعد أيضا ذلك في مثل : « لامهر لبني » فإن البغاء غير ظاهر العموم لمطلق الزنا . وأما نفي العمدية فهو محل كلام وخلاف ، وقد أفق بعض بوجوب العمدية على الزانية وعدم جواز تزويجها قبل انتهاء العمدية . وبالجملة لا بد من ملاحظة أدلة الأحكام من حيث العموم والخصوص . والكلام في ذلك موكل إلى مقام آخر . نعم لا ينبغي التأمل في أن نشر الحرمة بالزنا لا قصور في إطلاق أدلته ، فيجب الأخذ بها في فرض المسألة .

ثم إن الذي يظهر من تعريف الشبهة المنسوب إلى الأكثر الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة ، بل هو ظاهر المحكي من كلام جماعة من الفقهاء ، كالشيخ في النهاية ، والمحقق في الشرائع . والنافع ، والعلامة في القواعد ، وغيرهم ، فقد اشتملت عباراتهم في تمثيل الشبهة على ذكر الظن وإخبار مخبر ، ونحو ذلك ما تقدم عن المسالك في تعريف الشبهة والتمثيل لها . وظاهر ذلك الاكتفاء بمطلق الظن وإن لم يكن حجة في نظر الواطئ . ويحتمل اعتبار كونه حجة شرعا ، فإذا لم يكن حجة شرعا كان الوطء زنا . وهو ظاهر محكي مصابيح العلامة الطباطبائي ، معللا بأن الفروج لا تستباح إلا بسبب شرعي ، فإذا لم يتحقق فيه السبب المبيح فهو وطء محرم داخل في الزنا ومن المعلوم أن الشارع لم يبيح الوطء بمجرد الاحتمال أو الظن وإنما أباحه بشرط العلم بالاستحقاق أو حصول ما جعله إمارة للحل ، فبدونها لا يكون الوطء إلا زنا ... إلى آخر كلامه المحكي . وفي المسالك - بعد أن نقل عن الشيخ وغيره تحقق الشبهة في الوطء بظن المرأة خلية من الزوج ، أو ظن موت زوجها ، أو طلاقه ، سواء استند إلى حكم الحاكم ، أو شهادة الشهود ، أو إخبار مخبر - قال : « إن الحكم المذكور لا إشكال فيه على تقدير حكم الحاكم

أو شهادة شاهدين يعتمد على قولها شرعاً وإن لم يحكم حاكم ... إلى أن قال : وأما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شرعاً كالواحد ، فينبغي تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلاً منها بالحكم ، فلو علمنا بعدم الجواز كانا زانين ، فلا يلحق بها الولد ولا عدة عليها منه ، ولو جهل أحدهما ثبتت العدة ولحق به الولد دون الآخر . وفي التحرير صرح بالاجتزاء بخبر الواحد . وهو محمول على ما ذكرنا ليوافق الفوازين الشرعية . ونحوه المحكي من عبارة شرح النافع وغيرها . وظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجية غفلة ، وإن لم يكن حجة شرعاً ، وكان الوطء فيه محرماً ، لسكون الواطئ من الجاهل المفصر المستحق للعقاب . ويحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة لا واقعا ولا ظاهراً ، بأن كان متردداً ومنتهباً للسؤال ، فلم يسأل وأقدم على الوطء . وفي الجواهر . أنه لا يخلو من قوة . وهو ظاهر تعريف المسالك ، بناء على إرادة الأعم 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 : « إذا نعي الرجل إلى أهله ، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ، ثم تزوجت ، نجاء زوجها الاول ، فإن زوجها الاول أحق بها من هذا الأخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها ، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً ، ولها المهر بما استحل من فرجها » . ومصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : « قضى في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل ، فنكحت امرأته وتزوجت سرية ، فولدت كل واحدة من زوجها ، ثم جاء الزوج الاول ، أو جاء مولى السرية . قال : فقضى في ذلك أن يأخذ الزوج الاول امرأته ويأخذ السيد سرية وولدها ، أو يأخذ عوضاً من ثمنه » . ومصحيح يزيد الكناسي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها . فقال : إن كانت تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة فإن عليها الرجيم ... »

الى أن قال: قلت: أ رأيت 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 لزمتهما الحجة فتسأل حتى تعلم » وصحيح أبي عبيدة الخذاء عن أبي عبد الله (ع) : « عن امرأة تزوجت رجلاً ولها زوج . فقال (ع) : إن كان زوجها الاول مقياً 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 المسامة لا يحل لها أن تزوج زوجين . قال : ولو أن المرأة اذا فحرت قالت : لم أدري ، أو جهلت أن الذي فعلت حرام ، ولم يقم عليها الحد إذآ لتعطلت الحدود » .

لكن الاخير غير ظاهر في وطء الشبهة ، وإنما هو ظاهر في دعوى الشبهة وأنها غير مسموعة ، لأنها لو صححت لاتجدي في رفع اليد حتى عن الحد ، حتى يكون مما نحن فيه . ونحوه ما قبله . نعم ظاهر ذيله صحة الدعوى ، لكن لاتعرض 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 مختصاً 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 في حال النوم ، أو اليقظة . ولا بين كون الزاني بالغاً ، أو غير بالغ وكذا المزني بها . بل لو ادخلت المرأة 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 في حجتيه لسكن المنصرف الى الذهن من قوله : « فاعتدت ... » أن الاعتداد كان مبنيًا على اعتقاد الحجية غفلة أو اعتقاد صدق الخبر . ولو سلم إطلاقه فهو مقيد بمصحح الكناسي المتقدم بناء على ظهوره في ثبوت الحد مع التردد ، وتكون نتيجة الجمع بينهما اعتبار عدم التردد في الحجية في ثبوت الشبهة وإن كان الواطئ مقصراً . فيتم ما ذكره في المسالك وغيرها . ومن ذلك يتضح وجه بقية النصوص التي ذكرها في الجواهر ، التي ادعى فيها إطلاقها من حيث وجود الحجة الشرعية وعدمها ، والتردد في الحجية وعدمه ، فإن إطلاقها 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 جاهلاً مقصراً ، والثاني ما عداه . 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 الإيلاج من طرف المرأة ، لكن الظاهر أن القصور في التعريف . وإلا فلا ريب في أنه من الزنا ، كما اعترف بذلك كله في الجواهر في كتاب الحدود . ويحتمل أن يكون الاشكال من جهة كون الزاني الرضيع . وهو أيضا كما ترى ، لما عرفت في صدر المسألة .

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 رجعيّاً ثم رجع الزوج في 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 في الحرمة لسكونه 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 فزني بأهلها او بنتها ثم اجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقي ، كان الزنا لاحقاً (٦) وان قلنا بالكشف الحكي

(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 لا يكون زانيا .

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

(٥) بل هو الاقوى . كما يقتضيه إطلاق الأدلة . كما عرفت في المسألة الواحدة

والعشرين من الفصل السابق .

(٦) لتحقق الزوجية على هذا القول قبل الزنا .

أو النقل كان سابقاً (١) .

﴿ مسألة ٣٦ ﴾ : إذا كان للاب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه (٢) وكذا العكس على الأقوى فيها بخلاف ما إذا كان الناظر أو اللامس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتفاقاً بل وإن أوجب شهوة أيضاً (٣) . نعم لو لمسها لاثارة الشهوة - كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة - فالظاهر النشز (٤) .

﴿ مسألة ٣٧ ﴾ : لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى (٥) وإن كان الاحوط الاجتناب . كما إن الاحوط اجتناب الريبة

(١) تقدم الكلام فيه في نظائر المقام وتقدم أنه بناء على الكشف الانفلاحي أيضاً 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 . لا إطلاق النصوص .

(٥) كما في الفوائد ، بل هو ظاهر المشهور ، حيث اقتصرنا 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 أم المنظورة أو الملموسة وبنتيهما » .

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

الملبوسة او المنظورة أمها وان كان الاقوى عدمه (١) بل قد يقال : إن المس

وعنه (ص) : « من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها وبناتها » . وصحيح
محمد بن مسلم : « سئل أحدهما (ع) عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها ،
والى بعض جسدها ، أتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، إذا رأى منها ما يحرم على غيره
فليس له أن يتزوج ابنتها » . وفي كشف اللثام : « ونحوه أخبار أخر » . وكأنه
أراد بها خبر أبي الربيع ، قال : « سئل أبو عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة
فمكث أياماً معها لا يستطيعها ، غير أنه قد رأى منها ما يحرم على غيره ، ثم يطلقها ،
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 - كما قيل - ومورده النظر الى موضع خاص . ولا مجال
للاخذ باطلاقها . وصحيح ابن مسلم وما بعده واردة في الزوجة . فلامجال للاستدلال
بها على حكم الامة .

(١) بل هو ظاهر الاصحاب ، حيث اشترطوا في تحريم الريبة الدخول
بأمرها . كما يقتضيه ظاهر الكتاب المجيد ، لقوله تعالى : (فان لم تكونوا دخلتم بها
فلا جناح عليكم) وصحيح 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 لسكن 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 المموسة او المنظورة شبهة أو حراماً 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 دائماً . وكذلك النظر ، فإنه متقدم على الدخول غالباً إلا في 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 لا غير . هذا مضافاً الى إعراض الاصحاب عن الصحيح المذكور ، وعدم تعرضهم لمضمونه ، فضلاً عن الاعتماد عليه . ولأجل ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الجواهر من كون النظر واللمس يقومان مقام الدخول ، المتمم لسبب المصاهرة ، وهو الملك والعقد . فكما تحرم أم المملوكة وبنتها بنظر المالك اليها ولمسه . كذلك تحرم أم المعقود عليها وبنتها بنظر العاقد اليها ولمسه . فقد عرفت الاشكال عليه في المسألتين معاً فلاحظ (١) قال في المسالك : « اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة المصاهرة في أن النظر الى الاجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الأثم وإن علت ، والبنت وإن نزلت ؟ أم لا . هكذا نقله نثر 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 وهي منزوجة ، فضلاً عن الاجنبية (٢) عملاً باصالة الحل ، التي لم يثبت ما يستوجب الخروج عنها .

ماذكر فتتخصر الحرمة في مملوكة كل من الاب والابن على الآخر اذا كانت مملوسة او منظورة بشهوة (١) .

﴿ مسألة ٣٨ ﴾ : في ايجاب النظر او اللمس الى الوجه والسكفين اذا كان بشهوة نظر والا قوى العدم (٢) وإن كان هو الاحوط .

﴿ مسألة ٣٩ ﴾ : لا يجوز الجمع بين الاختين (٣) في النكاح دواما او متعة (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) كماله اليه في الجواهر . لما سبق في صدر الفصل من اختصاص النصوص بالنظر واللمس المستتبعين لسكشاف أو تجريد أو نحوها مما اشتملت عليه النصوص ، فلا تشمل مثل ذلك . وحينئذ يتعين الرجوع الى أصالة الحل . نعم تقدم في الروايات محرمية التقبيل بشهوة . ولا يبعد التعدي الى غيره من اللمس المتعلق بالوجه ، مثل وضع خده على خدها ، وقرصها ، ونحوها . فاستثناء الوجه والسكفين 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 اختين نكح أحدهما رجل ، ثم طلقها وهي حبلى ، ثم خطب أختها ، فجمعها قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها . فأمره أن يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها ، ويصدقها صداقا مرتين » ، ونحوه غيره مما تأتي الإشارة الى بعضه .

(٤) بلا إشكال لاطلاق الأدلة . وفي صحيح البرنظي المروي في قرب الاسناد

سواء كانتا نسيبتين أو رضاعيتين (١) وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك . مع وطنهما (٢) وأما الجمع بينهما في مجرد الملك

عن الرضا (ع) قال : « سألته عن رجل تكون عنده امرأة ، يحل له أن يتزوج أختها متعة ؟ قال (ع) : لا » وأما ما في خبر منصور الصبقل عن أبي عبد الله (ع) « لا بأس بالرجل أن يتمتع أختين » فلا بد أن يحمل على صورة التفريق . وإلا فهو مغرور لمخالفته الاصحاب .

(١) بلا إشكال ، ولا خلاف . ويقتضيه عموم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وفي صحيح أبي عبيدة قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على أختها من الرضاعة » . هذا وفي بعض النسخ زيادة (أو مختلفتين) والظاهر أنها غلط وحمله على بعض المحامل البعيدة لا يظن من المصنف وقوعه ، مع عدم تعرضه لشرح ذلك .

(٢) فإذا جمع بينهما في الملك فوطئ . إحداها حرم عليه وطئه الأخرى . بلا خلاف - كما في المسالك - واتفاقا - كما في كشف اللثام - وفي الجواهر : الإجماع بقسميه عليه . ويقتضيه قوله تعالى : (وان تجمعوا بين الأختين) بناء على إرادة الوطء . والنصوص ، كموثق الحلبي : عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداها ، ثم يطأ الأخرى بجهالة . قال (ع) : إذا وطئ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى . وإن وطئ الأخرى وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعا » . وخبر عبد الغفار الطائي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل كانت عنده اختان فوطئ إحداها ، ثم أراد أن يطأ الأخرى . قال (ع) : يخرجها عن ماسكه . قلت : إلى من ؟ قال (ع) : إلى بعض أهله . قلت : فإن جهل ذلك حتى وطئها . قال (ع) : حرمنا عليه كلاهما ونحوهما غيرها . 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 يطأها أو وطئ أحدها واستمتع بالآخرى بما دون الوطء؟ فيه نظر مقتضى بعض النصوص (٢) الجواز. وهو الأقوى لسكن الاحوط العدم.

اختين مملوكتين وجمعها. قال: تستقيم. ولا أحبه لك. وقريب منه غيره. لسكن لاجمال للعمل به بعد الاجماع على خلافه.

(١) بلا إشكال نصا وفتوى. وفي التذكرة، والمسالك الاجماع عليه. والنصوص الماضية والآتية دالة عليه.

(٢) هو خبر عيسى بن عبد الله، المروي عن تفسير العياشي، قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن أختين مملوكتين ينكح إحداها، أتجل له الأخرى؟ فقال (ع): ليس ينكح الأخرى إلا فيما دون الفرج وإن لم يفعل فهو خير له. نظير تلك المرأة تحيض، فتحرم على زوجها أن يأتيها في فرجها. لقول الله عز وجل (ولا تقربوهن حتى يطهرن) وقال: (وأن تجمعوا بين الأختين 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 الأخت تكون حراماً بوطء أختها. فلاحظ موثق الحلبي المتقدم. وفي جامع المقاصد: «وإنما يحرم الجمع بينهما (يعني: بين الأختين) في النكاح لعموم قوله تعالى: (وأن تجمعوا بين الأختين) والمراد في النكاح، كما يقتضيه سياق الآية فيتناول العقد والوطء وكذا توابع الوطء من الاستمتاع فمضى وطء أمته المملوكة حرمت عليه أختها بالملك فلو كانت الأخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأولى في ملكه. ولا خلاف في ذلك» وفي المسالك في الاستدلال على تحريم الثانية قال: «ولأن الجمع الحقيقي يمكن بالاستمتاع بها دون الوطء وإذا حرم ذلك حرم الوطء. لعدم القائل بالفصل»، ونحوه في كشف الثام.

﴿ مسألة ٤٠ ﴾ : لو تزوج باحدى الاختين وتملك الاخرى ، لا يجوز له وطء المملوكة (١) الا بعد طلاق الزوجة وخروجها عن العدة إن كانت رجعية .

ولأجل ذلك يتعين أن يكون الأقوى تحريم سائر الاستمتاعات .

(١) كما نص عليه جماعة ، منهم في المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر . ويظهر منهم المفروغية منه . وكأنه بناء منهم على أن الجمع المحرم بين الاختين ما هو أعم من الجمع بالعقد والوطء فإذا ثبت أحدهما امتنع الآخر . ومقتضى الجمود على الأدلة اللفظية من الآية والرواية وإن كان الاقتصار على تحريم الجمع بين الاختين بالعقد ، وبين المملوكتين بالوطء . وأما الجمع بينهما بالعقد على إحداها والوطء للآخرى ، فنخرج عن مدلولها ، ومقتضى عموم الحل الجواز . إلا أن بناء الاصحاب على تحريم الجمع بالنحو المذكور وكأنهم فهموا من التحريم في 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 ، فإذا حرم امتنعت الزوجية وهي بخلاف الملكية ، فإنها ليست متقومة باستمتاع المالك ، فلا مانع من اعتبارها وإن حرم الاستمتاع . ولذلك جاز ملك الاختين ، ولم يحز 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 . فإذا عقد على إحداها حل الاستمتاع بها فإذا ملك الاخرى حرم الاستمتاع بها ، لحزمة الجمع بين الاختين للاستمتاع .

نعم يبقى الاشكال في تعيين الثانية للتحريم ، دون الاولى ، مع أن الجمع إنما يكون بهما معا ، ونسبته اليهما على نحو واحد ، فلم لا تحرم الاولى وتحل الثانية ؟ والتقدم الزماني لا أثر له في الترجيح . فان قلت : التقدم الزماني إنما لا يكون له

فلو وطئها قبل ذلك فعل حراما . لسكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك (١) ولا يحدد حد الزنا بوطء المملوكة (٢) بل يعزر ، فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض ﴿مسألة ٤١﴾ : لو وطئ واحد من الاختين بالملك ، ثم تزوج الاخرى فلا يظهر بطلان الزوج (٣)

أثر في الترجيح عند تراحم مقتضيات ، مثل تراحم الواجبين كصلاتين ، وصومين وصلاة وصوم ، ونحو ذلك . لا فيما 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 يميز بينهما في ذلك ، ولا مرجح لاحدهما على الاخرى . فاذا 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 في كشف اللثام ، وغيره . وفي الجواهر : « لم تحرم المنكوحة قطعا » وكأنه لقوله (ص) : « الحرام لا يحرم الحلال » .

(٢) لاختصاصه بغير العقد والملك والشبهة . فلا يحسد من وطئ زوجته وإن حرم وطؤها كالحائض والصائمة ، ولا من وطئ أمته وإن حرم وطؤها لحيض أو غيره ومنه المقام ولزوم الحد في وطء الامة المزدوجة للاجماع والنص . ويشير الى نفي الحد في المقام النصوص الآتية في 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 بالاخري

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 ، لسكثرة ما يتعلق به من الاحكام التي 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 في الجواهر . وفي كشف الثام انه قطعي ويقتضيه ما عرفت من الاستصحاب . ويشهد له صحيح زرارة بن أعين قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة في العراق ، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى ، فإذا هي 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 ، فإذا انقضت عدة الام حل له نكاح الابنة » .
نعم في صحيح ابن مسكان ، عن أبي بكر الحضرمي ، قال : « قلت لأبي جعفر (ع) : رجل نكح امرأة ، ثم أتى أرضاً فنكح اختها ، ولا يعلم . قال (ع) : يمسك أيتها شاء ، ويخلي سبيل الاخرى » . ولكن يتعين طرحه ، أو حمله على ما لا 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 . فإن علم
تاريخ أحد العقدین حكم بصحته (٥) دون المجهول . وإن جهل تاريخها حرم عليه
وطؤها (٦) وكذا وطء احدها (٧) الا بعد طلاقها (٨) او طلاق الزوجة الواقعية
منها ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد

(١) كما نص عليه الجماعة ويقتضيه إطلاق النص ، والاصل والفتوى .
(٢) بلا إشكال . لأن الحرام لا يحرم الحلال .
(٣) كما صرح به جماعة . لأن العدة من علائق الزوجية - كما في كشف اللثام
والصحيح زرارة المتقدم ، بعد حملها على الكراهة ، بعد إعراض المعظم عنه .
(٤) حكى عن ظاهر نهاية الشيخ وعن ابني حمزة والبراج عملا منهم بظاهر النص
(٥) لأصالة عدم تزويج الاخرى الى حينه ، المتمم لموضوع الصحة فإن
العقد على الاخت اذا كان قد عقد على أختها باطل ، واذا لم يعقد على أختها صحيح
فموضوع الصحة مؤلف من العقد والقيد المذكور ، فإذا ثبت القيد بالاصل ثبتت
الصحة ولا يجري مثل ذلك في مجهول التاريخ ، بناء على التحقيق كما ذكر في 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 فلاخرى ليست بزوجة ،

كي تحتاج الى طلاق .

بعد خروج الأخرى عن العدة (١) أن كان دخل بها أو بهما وهل يجبر على هذا الطلاق دفعا للضرر الصبر عليهما؟ لا يبعد ذلك (٢).

(١) لاحتمال أنها زوجة ، فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العدة إذا كان دخل بها ، وكان الطلاق رجعيا كما سيأتي .

(٢) كما جزم به في التذكرة ، وفي القواعد أنه أقرب ، وتبعه في كشف اللثام لـسكن في مبحث الولاية فيما إذا عقد الوليان مترتبين ونسي السابق منها ، استشكل في الإلزام بالطلاق بأن الإيجاب يوجب وقوعه عن إكراه ، وطلاق المكره باطل وجعل الأنوى فسخ الحاكم . وأجاب عنه غير واحد بأن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراها على واجب ، وإلا فهو بمنزلة الاختيار ووجوب الطلاق لأنه أحد عدلي الواجب التخيري المستفاد وجوبه من قوله تعالى في سورة البقرة : (الطلاق مرتان ، فأمسك بمعروف ، أو تسريح بإحسان) وقوله تعالى منها : (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن منهن) وقوله تعالى في سورة الطلاق : (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن) لـسكن الظاهر من الآيتين الأخيرتين أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة ، لا الطلاق . وأما الآية الأولى فالظاهر منها ذلك أيضا لـسكن في موضح الحسن بن فضال ، المروي في الفقيه ، عن الرضا (ع) - في حديث - : « إن الله عز وجل أذن في الطلاق مرتين ، فقال : (الطلاق مرتان ، فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) ، يعني : في التولية الثالثة » وفي رواية العياشي ، عن أبي عبد الله : « إن الله تعالى يقول : (الطلاق مرتان ، فأمسك بمعروف ، أو تسريح بإحسان) ، والتسريح هو التولية الثالثة » ونحوها مارواه العياشي عن أبي بصير وسماعة بن مهران ، عن أبي عبد الله (ع) إلا أن ذلك خلاف ظاهر الآية المذكورة إلى تمامها وما بعدها ، وهو قوله تعالى : (ولا يحل

لكم أن تأخذوا مما آتيتكم من شئنا إلا أن يخاف ألا يقيها حدود الله . فان خفتم أن لا يقيها 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 يترابعا إن ظنا أن يقيها حدود الله . وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون . وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لمتعدوا .. فان الظاهر - بعد ملاحظة ما ذكر بهما - أن المراد من التمرج ترك الرجوع بها كما هو الظاهر من الآيتين الأخيرتين والطلاق الثالث ، يشار إليه 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 ، فدلل نفيها يقتضي نفي تلك الأحكام . لكن ليس بناء الفقهاء عليه ، فلا يجوز الزنا للحرج ولا يجوز أكل مال الغير للحرج ، ولا يجوز شرب الخمر للحرج فلا يكون الحرج مجوزا لفعل المحرمات عندهم وان كان مجوزا لترك الواجبات وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في ذلك غير ظاهر ، ومقتضى دليل نفيه في التحريم كني الوجوب ومقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الاختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعاً للحرج . لا وجوب الطلاق على الزوج . وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام ، وبين الضرر في المعاملة المشتعلة 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 : (فامسك بمعروف او تسريح باحسان) وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه ، وعدم اجباره ، وانه يعين بالقرعة (١) وقد يقال : ان الحاكم يفسخ نكاحها (٢) ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احدهما 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 لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الأنكحة التي تتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحریم ، والمحرمية . وفيه أن ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة . نعم ليس بناء الاصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالمشبهة المحصورة لكن ذلك اذا لم يلزم منه محذور ، والفروض لزومه . وقد ورد في نصوص القرعة ماتضمن مشروعيتهما فيمن نزا على شاة في قطيع غنم وقد اشتبهت بغيرها والمقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط . ومن ذلك يظهر توجه الاشكال على ما في القواعد ، بأنه اذا عمل بالقرعة لم يكن وجه لأمر من وقعت له بالنكاح ، وأمر من لم تقع له بالطلاق . فان ذلك خلاف مقتضى القرعة . المهم إلا أن تكون القرعة لتعيين من يؤمر بالطلاق أو النكاح ، لا لتعيين الزوجة . وهو كما ترى ، إذ لا دليل على هذا الأمر ، يستخرج موارده بالقرعة بل أمر كل منهما بالطلاق أولى من أمر أحدهما به ، وأمر الآخر بالنكاح .

(٢) هذا اختاره في القواعد في تزويج ولي المرأة من رجلين مع اشتباه السابق ، وتبعه في جامع المقاصد . لأن فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الاجبار في الطلاق . وفيه : أن هذا المقدار لا يقتضي ولاية الحاكم على ذلك بل الاولى من ذلك ولا يتها على الفسخ . نظير المعاملة الغبية .

وجوب الاتفاق عليهما (١) ما لم يطلق ، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما وان كان بعد الدخول فتمامه (٢) لسكن ذكر بعضهم انه لا يجب عليه الا نصف المهر لهما ، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول (٣) وتمام أحد

(١) لسكن لزوم الضرر المالي من الاحتياط يوجب ارتفاعه وحينئذ يتعين الرجوع الى الفرعة في تعيين المستحق للنفقة .

(٢) عملاً بالعلم الاجمالي لكن عرفت اشكاله .

(٣) قال في القواعد : « فان اشتبه السابق منع منهما . والا قرب الزامه بطلاقها ، فيثبت لهما ربع المهرين ، مع اتفاقها واختلافها على إشكال » ويحتمل أن قوله : « على إشكال .. » راجع الى أصل الحكم بقرينة قوله - بعد ذلك - : « ويحتمل الفرعة في مستحق المهر » ويحتمل أن يكون راجعاً الى صورة اختلاف المهرين لأنه مع اتفاق المهرين جنساً وقدرأً ووصفاً يكون ربع مجموع المهرين عين نصف أحدهما فيكون تقسيمه على الاختين عملاً بقاعدة العدل والانصاف أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما . وهو مخالف لربع مجموعها فإيجاب الربع عليه يوجب إسقاط الواجب وإيجاب غيره ، الأهم 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 لإعطاء غير الواجب أيضاً هذا ولأجل أن قاعدة العدل والانصاف لادليل ظاهر عليها إلا ما يترأى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك ، لعدم المرجح ، وقد يشير اليه التعبير عنها بقاعدة العدل والانصاف أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة ، المتضمنة للتصنيف والاول غير ظاهر ، فان عدم المرجح كما يقتضي جواز التصنيف ، يقتضي التخيير نظير مذكروه في مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة ، من أن التخيير

استمراري ، وأن حكم العقل بالتخير ابتداء بعينه يقتضي اتخير ثانياً ، وأنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة ، وبين القطع بالمخالفة المقرون بالقطع بالموافقة . ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية ، والتوزيع يوجب الموافقة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية . ولا فرق بينهما في نظر العقل والثاني أيضاً غير ظاهر لأن ما ورد (*) في الموارد الخاصة المذكورة في كتاب الصلح ، وفي كتاب القضاء ، وغيرها ، لا يمكن التعمد من مورده الى غيره . وليس فيه إشارة الى قاعدة كلية . مع ثبوت خلافها في بعض موارد ، وفي موارد أخرى . كما يظهر ذلك من ملاحظة مواردنا وباب ارث الفرقي والمهدوم عليهم . فالبناء عليها غير ظاهر . ولأجل ذلك يتعين الرجوع الى الفرقة - كما احتمله في القواعد ، وجعله في جامع المقاصد ، وكشف اللثام : أقوى . وفي الجواهر لعلمه الاقوى - عملاً بعموم أدلتها ثم إنه لو بني على التوزيع فلا بد من ملاحظة النسبة بين المهرين فإذا كان مهر إحداهما عشرة ، ومهر الثانية ثلاثين ، ونبي على توزيع ربع المهرين كان اللازم إعطاء الاولى اثنين ونصفاً وإعطاء الثانية سبعة ونصفاً لا توزيع ربع الاربعين بينهما بالسوية . يظهر ذلك بالتأمل

(*) مثل رواية عبد الله بن المنيرة ، عن غير واحد من اصحابنا ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجلين كان متهما درهان ، فقال أحدهما : الدرهان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك فقال : أما الذي قال : هما بيني وبينك ، فقد اقر بأن أحد الدرهمين ليس له ، وأنه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما » ورواية السكوني ، عن الصادق (ع) ، عن أبيه : « في رجل استودع رجلاً دينارين ، فاستودعه آخر دينار . فضاع دينار منهما فقال (ع) : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ، ويقسم الآخر بينهما نصفين » ورواية اسحاق بن عمار ، عن أبي 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 ، فأيها حلف ونكل الآخر جمعتهما للحائف . فان حلفا جميعاً جمعتهما بينهما نصفين » ورواية غياث بن ابراهيم : « لو لم تكن في يده جمعتهما بينهما نصفين » ونحوها رواية عيم 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 لما في صورة الدخول والمسألة محل اشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليات
 ﴿ مسألة ٤٤ ﴾ : لو اقترن عقد الاختين - بأن تزوجها بصيغة واحدة ،
 او عقد على احدهما ووكله 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
 أيضاً واختاره في الشرائع . لبطلان العقد بالنسبة إليهما معاً اتفاقاً فصحته بالنسبة
 الى إحدهما بعينها ترجيح بغير مرجح .

(٢) نسب في الجواهر ذلك الى الشيخ ، واتباعه ، وفي كشف اللثام الى
 النهاية . والمذهب 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 للارسلان . لأنها رواها عن جميل ، عن بعض اصحابه ، عن أحدهما
 (ع) وعلى رواية التهذيب ، لذلك أيضاً ، 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 الكوفي ، عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) : « في رجل أقر
 عند موته لفلان وفلان ، لاحدهما عندى ألف 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 تزوجها وشك في سبق والاقتران حكم بطلانها أيضا (١) .

﴿ مسألة ٤٥ ﴾ : لو كان عنده اختان مملوكتان فوطىء أحدهما حرمت عليه

الآخرى (٢) حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه (٣) يبيع أو يصاح أو هبته

الثام : « ان الخبر وإن كان صحيحا ، لكنه ليس نصا في المدعى . لا احتمال أن يراد بمسك أيتها شاء بتجديد العقد فينبذ لا يكون الخيار معنا « وهو كما ترى ، إذ لا يعتبر في المخصص أن يكون نصا بل يكفي في تخصيصه للقواعد أن يكون ظاهرا ، فان الظاهر حجة كالنص .

(١) لعدم إمكان إحراز سبق بالاصل ، وإن كان بمعنى عدم سبق العقد على الاخت ولا مقارنته . لأن الأصل المثبت لذلك متعارض فيها فان كل واحد منهما يصح أن يقال : العقد عليها لم يكن مسبوقا بالعقد على أختها ، ولا مقارنا له وأصله صحة العقد بالنسبة الى كل واحد منهما أيضا متعارضة . فيتعين الرجوع الى أصالة عدم ترتب الاثر فيها معا . هذا اذا كان الشك في سبق والاقتران بالنسبة الى كل منهما . أما اذا كان بالنسبة الى واحدة منهما بيمينها ، دون الآخرى ، بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقا ومقارنا ، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقا ومقارنا . فقد علم بطلان العقد على زينب ، إما لمقارنته ، أو لحقوقه 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 في المسألة التاسعة والثلاثين .

(٣) فتحل حينئذ بلا إشكال ، ولا خلاف . وبقتضيه 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 التملك الذي له فيه الخيار (١) وان كان الاحوط اعتبار لزومه ولا يكفي - على الاقوى - ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية (٢) كالزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ، ونحوها .

فتكح إحداها ، ثم بدا له في الثانية فنكحها ، فليس ينبغي له أن ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه ، يهبها ، أو يبيعها . قل وهبها لولده يحزبه « ونحوه مانقدم في خبر الطائي .

(١) لاطلاق الادلة . لكن في القواعد : « وفي اشتراط الزوم إشكال » وفي التذكرة : « ولو باع بشرط الخيار فشكل موضع يجوز للبائع الوطء لا تحل فيه الثانية » وكأن ذلك من جهة دعوى ظهور النص في الخروج عن الملك على وجه يستوجب حرمة الوطء ، ومع عدم الزوم يحل الوطء وفيه : أن الحل إنما يكون بالفسخ ، لا بلا واسطة . كما أنه مع الزوم أيضا يحل الوطء بالشراء ، والاستيهاب أو الاستحلال ، مع التمكن من ذلك بلا فرق بين المقامين ، فاللازم عدم الفرق بينهما في حل الثانية .

(٢) قال في القواعد : « وفي الاكتفاء بالزويج ، أو الرهن ، أو الكتابة إشكال » وفي التذكرة : « يكفي الزويج لأن التحريم يحصل به . فان رهنها لم تحل الاخت . لأن منعه من وطئها لحق المرتين لا لتحريمها ، ولهذا تحل باذن المرتين في وطئها . ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه . ولو حرم إحداها باليمين على نفسه لم تبسح الاخرى لأن هذا لا يحرمها ، وإنما هو يمين مكفر .. الى أن قال : ولو كاتب إحداها حلت له الاخرى - وهو قول الشافعية - لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه ، فاشبه الزويج » وفيه : أن الاستفادة من الادلة ان التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك وهو غير حاصل في الفروض المذكورة ، مع أن المناقشة في التعليقات المذكورة ظاهرة .

ولو ووطئها من غير اخراج للاولى لم يكن زنا (١) فلا يحد ويلحق به الولد (٢) نعم يعزر
﴿مسألة ٤٦﴾ : اذا وطئ 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 لسكن 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 جارتان أختان ، فوطئ إحدىهما
ثم بدا له في الاخرى . قال (ع) : يعتزل هذه ويطأ الاخرى . قلت : فإنه تذهب
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) - في حديث - قال : «سألته
عن رجل عنده أختان مملوكتان ، فوطئ إحدىهما ، ثم وطئ الاخرى فقال (ع) :
اذا وطئ الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى . قلت : أرايت إن
باعها فقال (ع) : إن كان إنما يبيعها لحاجة ، ولا يخطر على باله من الاخرى شيء
فلا أرى بذلك بأساً . وإن كان إنما يبيعها ليرجع الى الاولى ، فلا» ونحوه مصحح
الحلي 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 بشرط في حليلة الاولى أن يكون اخراجها لها لا بقصد الرجوع الى الاولى (٣) والا لم تحل . وأما في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً او حكماً فلا يبعد بقاء الاولى على حليتها والثانية على حرمتها (٤) وان كان الاحوط عدم حليلة

نفي صحيح الحلبي التصريح بحرمتها جميعاً بعد وطء الثانية عمداً .

(١) كما سبق في المسألة السابقة .

(٢) للاطلاق .

(٣) كما عرفت التقييد به من النصوص .

(٤) كما حكاه في الشرائع قولاً لبعض . أخذاً بظاهر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « قلت له : الرجل يشتري الاختين فيطأ إحداهما ، ثم يطأ الاخرى بجهالة قال (ع) : اذا وطئ الاخرى بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطئ الاخرى وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً » ولا يتنافى ذلك ما في خبر عبد الغفار الطائي فان ما فيه من قوله : « قلت : فان جهل ذلك حتى وطئها (يعني الثانية) قال (ع) : حرمتا عليه كلتاها » ظاهر في حرمة الاولى مع وطء الثانية جهلاً لامكان الجمع بالحل على المكراهة 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 فإنه في 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 أصلاً وإن حكي عن النهاية ، وتبعه عليه في المختلف وجامع المقاصد ، وغيرهما ، فلو فرض تعيين الجمع المذكور بينهما فاللازم إجراء حكم التعارض ، والترجيح للصحيح بل في حجية خبر الطائي في نفسه إشكال ، لضعفه ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره في

الشرائع ، ونسبه في المسالك الى 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 جهلاً فلا تحرم الاولى ، ووطئها عمداً فتحرم الاولى ، ولكن تحمل 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 بعدوطء الاولى خمسة الاول : حرمة الثانية دون الاولى . اختاره في الشرائع ، والقواعد وغيرها الثاني : حرمة الاولى دون الثانية على ما حكاه في الشرائع قولاً الثالث : حرمة الاولى مع العلم ، ولا تحمل إلا باخراج الثانية عن الملك ، لا بقصد العود الى الاولى . ومع الجهل لا تحرم الاولى كما حكاه في الشرائع قولاً ، وحكاه في كشف اللثام عن ابن حمزة ، وجعله أقوى من قول الشيخ ، وهو الذي اختاره في المتن . الرابع : القول المذكور بعينه ، لكن مع الجهل تحرم الاولى وتحل باخراج الثانية عن ملكه ، ولو بذية العود الى الاولى اختاره في النهاية ، وتبعه عليه جماعة ، منهم صاحب الجواهر . الخامس : أنه إن كان علماً حرمت عليه الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه مطلقاً . وإن كان جاهلاً لم تحرم وهذا القول حكاه في التهذيب قولاً ، ولم يعرف قائله ومن ذلك يظهر أن الاقوال في التفصيل بين العلم والجهل ثلاثة والمتحصل من الأدلة هو القول الثالث المختار في المتن أما القولان الاولان فهما منافيان لجميع النصوص المشتملة على التفصيل بين العلم والجهل والنصوص المتضمنة أنه إذا وطئ الثانية حرمتا جميعاً واما الرابع

الاولى الا باخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع الى الاولى (١) وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم (٢) .

﴿مسألة ٤٧﴾ : لو كانت الاختان كلتاهما او احدهما من الزنا فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما (٣) في النكاح والوطء اذا كانتا مملوكتين .

فإناف لنصوص التفصيل بين العلم والجهل والحرمة في الاول والحل في الثاني ، من دون وجه ظاهر ، غير خبر الطائي الذي هو مع ضعف سنده ، يمكن الجمع بينه وبينها بالحمل على الكراهة . وأما الخامس فأناف لخبر الكنفاني وما بمضمونه 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 لسكن هذا الاحتمال لا قائل به .

(٣) وان كان خلاف المتسالم عليه عندهم ، من نفي النسب بالزنا ، كما يقتضيه قوله (ص) : « الولد للفراس ، وللعاهر الحجر » فإن 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 ، فإنه لا يورث منه شيء فان رسول الله (ص) قال : الولد للفراس ، وللعاهر الحجر . ولا يورث ولد الزنا ، إلا رجل يدعي ابن وليدته » فإن قوله : « ولا يورث ولد الزنا » كالصرح في ولد الزنا الواقعي ، ونحوه غيره . لسكن 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 أخوانهم ، وأن تحريم النكاح من الاحكام الانسانية لا من الاحكام الشرعية تعبدآ .

﴿ مسألة ٤٨ ﴾ : إذا تزوج باحدى الاختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الاخرى الا بعد خروج الاولى عن العدة (١) ، واما اذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول او ثالثاً او كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب او بالخلع او المبراة 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 بمقدار الانقطاع وانقضت المدة لا يجوز 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 ويقضيه خبر أبي الصباح الكنعاني ، عن أبي عبد الله (ع) قال : « سألت عن رجل اختلت منه امرأته ، أيجل له أن يخطب أختها قبل أن تنقض عدها ؟ 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) : لا يتزوجها حتى يخلو أجلاها (بطنها خ ل) » بناء على حمله على الطلاق الرجعي ، جمعا بينه وبين ما قبله .

(٢) بلا خلاف ظاهر ، ويقضيه خبر الكنعاني المتقدم مضافاً 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 ، فإذا تعذر الثاني - نازوم الجمع بين الاختين أو نحو ذلك من موانع الرجوع - تعذر الاول أيضا .

(٤) وهو ما رواه في التهذيب ، بإسناده عن الحسين بن سعيد ، قال : « قرأت في كتاب رجل الى أبي الحسن الرضا (ع) : الرجل يتزوج المرأة متعة الى اجل

إذا وهب مدتها (١) وإن كان مورد النص انقضاء المدة .

﴿ مسألة ٤٩ ﴾ : إذا زنى بإحدى الاختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى ركناً إذا وطئها شبهة جاز له نكاح اختها في عدتها لأنها بائنة نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العدة (٢) خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الخبر (٣) الوارد في تدليس الاخت التي نامت في

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 ما رواه في الفقيه أيضاً 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 إليها ولا يجوز التعرّيج عليها » . ولأجل ذلك توقف في التبن عن الفتوى بمضمونها . بل إعراض الاصحاب عنها . موجب لسقوطها عن الحجية ، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضية للجواز .

(١) لأجل أن المفهوم عرفاً : 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 إليه اختها ، وكانت أكبر منها ، فادخات منزل زوجها ليلاً ، فعمدت الى ثياب امرأته فزعتها منها ، ولبستها ، ثم قعدت في حجلة أختها ونمت امرأته . وأطاعت 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 فأخذت
 ثيابي فلبستها ، وقعدت في الحجلة ، ونحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر
 فقال : أرى أن لامهر لتي دلست نفسها . وأرى أن عليها الحد لما فعلت حد
 الزاني غير محصن . ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضي عدة التي دلست
 نفسها ، فإذا انقضت عدتها ضم اليه امرأته . وهذا الصحيح نظير ما قبله ، 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 مانح
 فيه اللهم إلا أن يستفاد منه حكم مانح 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
 الحقائق : « هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام إلا في هذه الاعصار الاخيرة .
 وإلا فلكلام المتقدمين من أصحابنا رضوان الله عليهم والمتأخرين خال من ذكرها
 والتعرض لها وقد اختلف فيها الكلام وكثر النقص والابرام بين علماء عصرنا ، ومن
 تقديمه قليلا ، فما بين من جزم بالتحريم ، ومن جزم بالحل ، ومن توقف في ذلك .
 (٢) يظهر ذلك من الحقائق ، حيث قال : « والتحقيق : أن هذه المسألة
 مثل مسألة الجمع بين الاختين حذو النعل بالنعل وحينئذ فلخرج منها 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 اولاً (٣) كما ان الظاهر اختصاص الكراهة او الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الابوين او الاب فلا تجري في المنتسب اليها - صلوات الله عليها - من طرف الام (٤) . خصوصاً اذا كان انتسابها اليها باحدى الجدات العالميات وكيف كان فالافوى عدم الحرمة وان كان النص الوارد في المنع صحيحاً على ما رواه الصدوق في العمال باسناده

(١) يظهر ذلك من الشيخ جعفر بن كمال الدين ، ولم يتحقق لدي موافق له على ذلك . نعم نسب الى الشيخ سليمان البحراني ، فقد حي عنه أنه أمر رجلاً بطلاق إحدى نسائه ، وكانت عنده فاطميتان . ونسب اليه أيضاً 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 بادر 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 ، وجمله من جملة وجوه الاشكال في الخبر ، لأنه لا يخلو منه كثير من الناس ، بل أكثر الناس . ولعله لذلك خص المصنف (ره) الحكم بغيره .

عن حماد (١) قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لا يحل لاحد ان يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع) ان ذلك يبلعها فيشق عليها . قلت : يبلغها ؟ قال (ع) : إى والله » وذلك لاعراض المشهور عنه (٢) مع ان تعليله ظاهر في السكراهة . إذ لا نسلم ان مطلق كون ذلك شاقا عليها (٣) ايذاء لها حتى يدخل في قوله (ص) :

(١) رواه عن محمد بن علي ماجيلويه . عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد ، عن أبيه . عن ابن أبي عمير ، عن ابا 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 : لا يحل ... » .

(٢) بل في الجواهر « عن بعض الناس أنه من البدع » واحتمل كون الخبر المزبور من انتحال أبي الخطاب ، نظير انتحاله أن العلويات إذا حضن قضين الصوم والصلاة . وكفى في تحقق الاعراض أنه لم يتعرض للحكم المذكور في كلام المتقدمين والمتأخرين ، ومتأخريهم الى زمان المحدث البحراني وما قارب عصره ، ولم يتعرض له إلا جماعة من الاخباريين ، ولم يتضح البناء على الحرمة إلا من نادر منهم والباقيون ما بين رادله ، ومتردد فيه .

(٣) هذا الاشكال ذكره في الحقائق وأجاب عنه بان المشقة الثقل والشدّة والصعوبة . وذلك يستلزم الاذى ، فان الاذى هو الضرر ، وهو أقل مراتب المشقة . وفيه : أن إيذاءها (ع) المذهبي عنه يراد به الايلاء النفساني ، وهو غير لازم من المشقة ، فانه إذا نزل على الانسان ضيف عزيز يجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام في إكرامه وتهيته الطعام ولوازم الضيافة له ، مع التلذذ النفساني في ذلك ، والصلحاء من الناس يتحملون المشقة في صيام شهر رمضان في الصيف . مع التلذذ النفساني ، والمجاهدون في ميدان القتال والجلاد في أعظم مشقة ، مع التلذذ النفساني

« من اذا ما فقد آذني » .

(مسألة ٥١) الاحوط ترك تزويج الامة (١) دواما مع عدم الشرطين ،

وهكذا فالالام النفسانية لا تلازم المشقة نعم الحل على الكراهة بقريضة التعليل المذكور موقوف على إثبات ان إدخال الشاق عليها مكروه . وهو غير ظاهر ، لجواز كونه حراما ، كالأيذاء . فتأمل .

(١) بل هو المنسوب في كشف اللثام الى أكثر المتقدمين ، وحكاة في الحقائق عن المبسوط ، والخلاف ، والمفيد ، وابن السراج ، وابن الجنيد ، وابن أبي عقيل وفي محكي كلام الاخير نسبته الى آل الرسول بقوله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ، فما ملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات . والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن باذن أهلن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ، ولا متخذات أخدان . فاذا أحصن فان آتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب . ذلك لمن خشى العنت منكم . وأن تصبروا خير لكم . والله غفور رحيم) فان صدر الآية الشريفة ظاهر في اشتراط جواز نكاح الامة بأن لا يستطيع طولا . وظاهر ذيلها اشتراطه بخوف العنت . فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين وصحيح زرارة بن أعين ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سأله 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 إليها » وموثق محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يتزوج المملوكة . قال (ع) : إذا اضطر إليها فلا بأس » .

ونوقش في الاستدلال المذكور بالاية تارة . بمنع حججة مفهوم الشرط . ويدفعها : أن المحقق في الاصول الحججة . واخرى : بمنع حججة مفهوم الشرط في قبال عمومات التحليل . ويدفعها : أن المفهوم كالمندطوق ، فقد يكون مقتضى الجمع

العرفي تقديم المفهوم ، لسكونه أخص ، كما في المقام . وثالثة : بأن دلالة المفهوم على المنع بدون الشرط إذا لم يكن وارداً مورد الارشاد الى ما فيه مصلحة المكلف بل كان وارداً في مقام جعل الحكم الشرعي . ويدفعها : أن قرينة سياق الآية في سياق آيات التحليل والتجريم 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 ، فمع انتفاءه يذني 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 إعادة 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 ، فيتمين رفع اليد عن المفهوم . ويدفعها : أنه لا مانع من البناء على تخصيص المفهوم بغير العبد ، كما في كثير من الموارد وسابعة : بان من المحتمل أن يكون المراد مما ملكت أيما نكح السراري والجواري . وفيه . - مع أنه لا يناسب الشرط - مناف لقوله تعالى : (فانكحوهن باذن أهلهن ...) فإنه صريح في التزويج . ومثل هذه المناقشات مناقشات أخرى يظهر اندفاعها باقل تأمل . فاذا لاجمال إلا للاخذ بظاهر الآية .

وأما النصوص فتمكن المناقشة فيها بأن الضرورة أخص من الشرطين فيتمين حمل النهي على الكراهة للاجماع على عدم اشتراط الجواز بالاخص منها ، 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 ولمادل على أنه لا يجوز

من عدم التمكن من المهر للحرّة وخوف العنت بمعنى : المشقة او الوقوع (١) في الزنا

نكاح الامة على الحرّة بغير إذنها ، لاشعارها بالجواز في غير موردّها من وجهين كما في الرياض - أحدهما : تخصيص النهي بتزويجها على الحرّة ، فلو عمّ النهي خلا التقيد بالحرّة عن العائدة 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 للمانحين فيه . ووجود الحرّة مع الاذن لا يوجب فقد أحد الشرطين . ولخير يونس عنهم (ع) : « لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الامة إلا أن لا يجد حرّة » . وخبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله (ع) : « لا ينبغي للحر أن يتزوج الامة وهو يقدر على الحرّة » ونحوها مرسل ان بكير ، عن بعض اصحابنا ، عن أبي عبد الله (ع) . لكن ظهور « لا ينبغي » في الجواز ممنوع ولو سلم فليس بحيث يقوى على صرف الظواهر المتقدمة في المنع .

(١) جملة على المعنى الاول جماعة . وهو الاوفق بالمعنى اللغوي . وعلى الثاني جماعة أخرى ، بل في مجمع البيان نسبته الى اكثر المفسرين ، وفي كشف الغمام نسبته الى المشهور . وكأن الذي دعى الى هذا الحمل - مع مخالفته للمعنى اللغوي - قوله تعالى : (وأن تصبروا ...) إذ الصبر لا يكون إلا مع حصول المشقة ، ولا يكفي في تحقق مفهومه خوفها . فيتعين إرادة الثاني ، إذ لا ثالث لها . وعن بعض الفقهاء أنه المعنى الشرعي للعنت ، نقل اليه عن المعنى اللغوي . لكنه كما ترى ، غير ظاهر .

والامامة 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 مخوفاً يجب الاحتياط فيه . فيجب التزويج ، ولا يكون الصبر أفضل فيتعين حمله على القسم الثاني . اسكن 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 لحرمه 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 مقدسي لدفع المرض » ، فان الشراء إنما يوجب حل الشرب ، ولا يوجب دفع المرض ، وإنما الذي يدفع المرض شرب الدواء لا شراؤه فالفارق 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 . فاداً لامانع من كون ترك التزويج أفضل في المقامين . هذا بناء على أن الافضلية حكم حقيقي . أما اذا كان حكماً فرعياً ، فلا يجوز في المقامين ، كما لا يخفى . وسيجيء التعرض لذلك . فانتظر .

والذي يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقة الشديدة وحمل خوفها على خوف ما يترتب عليها من محذور شرعي أرعني . ودعوى : نقل العنت شرعا الى خصوص الزنا ، عرفت أنها لا دليل عليها . كما لا قرينة على إرادته بالخصوص . فاللازم الاخذ بالاطلاق ولا ينافيه قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) الدال على أن ترك التزويج أفضل ، وهو لا يتم إذا لم يحذور شرعي منه . لا يمكن 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 انهم ولمصحح البرنطي ، عن أبي الحسن الرضا (ع) : « لا يتمتع 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 التمتع 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) : « لا بأس بان يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها . فلأمة الرجل فلا يتمتع بها » .

الشرطين فلا اشكال في الجواز . لقوله تعالى : (ومن لم يستطع ..) الى آخر الآية (١) ومع ذلك الصبر أفضل (٢) في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا (٣)

إلا بامره » ونحوه خبر داود بن فرقد . ويشير الى ذلك صحيح البرنظي الثالث حيث تمسك فيه بالآية الشريفة . الدالة على أن التزويج متممة داخل في الآية ، الدالة على اعتبار إذنب المالك في تزويج الامة ، لدفع توهم خلاف ذلك فأذاً التفصيل المذكور ضعيف .

ومثله التفصيل بين من عنده الحرة فلا يجوز ، وبين غيره فيجوز ، ولو مع فقد الشرطين فمن الشيخ (ره) أنه حكاه عن قوم من أصحابنا . لكن بعضهم أنكروا وجود القول المذكور وكيف كان فلا دليل عليه في قبال ما عرفت من أدلة المنع ولذا كان الاولى إرجاعه الى القول بالمنع . واستدل له بمصحح 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 ، ولو مع فقد الشرطين خفية .

(١) قال قوله تعالى : (فانكحوهن ...) صريح في الجواز .

(٢) لما في ذيل الآية الشريفة ، من قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) ولا منافاة بين ذلك وبين اشتراط الجواز بخوف العنت . لا يمكن تخصيصه بصورة ما اذا لم يترتب عليه محذور شرعي ، كما سيأتي .

(٣) قال في المسالك : « أطلق الفائلون بجوازه بالشرطين أن الصبر له أفضل عملاً بظاهر قوله تعالى : (وان تصبروا خير لكم) . وفي الجمع بين خبريته 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 ما فيه ، 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 الحره أيضا .

وانما يترتب الزنا على حصول الشهوة . نظير ترك شراء الدواء ، الذي لا يترتب عليه المرض ، وانما يترتب على ترك استعمال الدواء . وحينئذ لا مانع من كون ترك تزويج الامة أفضل في نفسه ، وان كان يلزمه الوقوع في الزنا ، أو المرض ، أو نحوهما مما يحرم وقوعه اختياراً ، لعدم المقدمية ، ولا مانع من اختلاف المتلازمين في الاحكام .

اسكن الظاهر من قوله تعالى : (وأن تصبروا خير لكم) كونه حكماً فعلياً لا يصح مع تحريم ملازمه . فلا بد أن يختص بصورة ما إذا لم يلزم المحرم . سواء كان اختيارياً كالزنا ونحوه ، أم لا كالمرض ونحوه . بأن يلزم منه ما ليس بمحرم كتشويش باله ، ووقوف اعماله ومكاسبه ، ونحو ذلك . فإنه 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 فعلاً ، وأنه في مقام الحث عليه . وهو يتنافى مع تحريم ما يلزمه من الزنا ، كما عرفت .

(١) باتفاق المسلمين وفي الجواهر أنه لا ريب فيه .

(٢) بناء على التحقيق من أنه داخل في ملك اليمين ، وليس من قبيل التزويج . نعم بناء على الثاني يكون حكمه حكم الدائم ، كما في المسالك ، وغيرها .

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر ، وإن كانت الآية الشريفة لم يذكر فيها

﴿ مسألة ٥٢ ﴾ لو تزوجها مع عدم الشرطين فلا حوط طلاقها (١) ولو حصل بعد التزويج جدد نكاحها إن أراد (٢) على الا حوط .

﴿ مسألة ٥٣ ﴾ : لو تحقق الشرطان فتزوجها ، ثم زال أو زال أحدهما لم يبطل (٣) ولا يجب الطلاق .

﴿ مسألة ٥٤ ﴾ : لو لم يجد الطول أو خاف العنت ولكن أمكنه الوطء بالتحليل أو بملك اليمين بشكل جواز التزويج (٤) .

الامة وإنما ذكر فيها ما ملك أيانكم ، وهو أيضا لا يشمل 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 . فإذا تحقق وصح حين حدوثه ، جرى استصحاب صحته بعد ذلك ، وإن زال الشرطان ، بل لو فرض أنه طلقها رجماً جاز له الرجوع بها بعد فقد الشرطين ، لأنها بمنزلة الزوجة واستشكل فيه في الحائض ، خلط الفرض عن النص بنفي أو اثبات ، وعدم حجية الاستصحاب . وعن بعض العامة بطلان العقد . والجميع كما ترى ، خلاف الأصل . بل خلاف النصوص الدالة على جواز نكاح الحرة على الامة ، فإنها 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 نكح أمة فوجد طولاً الى حرة وكره أن يطلق الامة . قال (ع) : ينكح الحرة على الامة ، إن كانت الامة أولها عنده » .

(٤) بل في المسالك والجواهر لم يجوز له نكاح الامة . أفقد الشرط وهو خوف العنت وحكى فيها احتمال الجواز لأنه لا يستطيع طول حرة . وفيه : أن خوف

﴿مسألة ٥٥﴾ : اذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها ، لمرض أو رتق ، أو قرن أو صغر أو نحو ذلك ، فكالم يتمكن (١) وكذا لو كانت عنده (٢) واحدة من هذه أو 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 في أصل المسألة . نعم يشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين . وكأنه يريد خوف العنت لا من جهة المعجز عن النكاح ، فإنه لا ينافي التمكن من نكاح الامة . لظاهر الظاهر منه في الآية الشريفة الخوف الناشئ من المعجز الشرعي عن النكاح ، بحيث يكون المعجز عن النكاح داعياً إليه . 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 ، وفي الأخير نسبته الى تصريح الاصحاب . لصدق عدم الطول على نكاح الحرة . والظاهر عدم الاشكال فيه ، كما يقتضيه ما سيأتي من جواز نكاح الامة على الحرة باذنها نصاً ، وفتوى . نعم إذا تمكن من بعض الاستمتاع بها غير الوطء ، على وجه يزول خوف العنت ، لم يحوله نكاح الامة . لفقد الشرط الثاني .

(٣) نسبه في الحدائق إليهم . لاطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين ،

الشامل لمن لم يتزوج الامة ، ولم يتزوجها .

(٤) وتقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين .

﴿ مسألة ٥٧ ﴾ : إذا كان قادراً على مهر الحرة - لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه ، فكصورة عدم القدرة (١) لفائدة نفي الضرر .

(١) قال في المسالك : « لو وجدت الحرة ، وقدر على ما طلبته من المهر ، اسكن طلبت أزيد من مهر مثلاً ، بحيث تجحف بالزيادة . ففي وجوب بذله ، وتحريم نكاح الامة وجهان : من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول . ومن لزوم الضرر والمشقة بدفع الزيادة ، وحل القدرة على المتعارف . وهو قوى مع استلزام بذل الزيادة الاسراف عادة بحسب حاله ، أو الضرر . وإلا فالأقوى الاول » والمصنف (ره) فرض مجرد الضرر المالي ، واستدل له بقاعدة نفي الضرر . ويشكل أولاً : بأن قاعدة نفي الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية ، كباب المعاوضات المالية والنكاح ليس منها ، فإن المهر لم يلاحظ فيه المعاوضة المالية ، فإن الزوجة لا كلا ولا بعضها تكون ملصكا للزوج عوض المهر ، ولا حق له فيها أيضاً لوحظ عوضاً 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 ما تقتضيه القاعدة المذكورة نفي الحكم الذي يؤدي الى الضرر ، لا إثبات صحة تزويج الامة مع فقد شرطه ، ولا إثبات شرطه . نعم إذا توقف التخلص من الوقوع في الحرام على تزويج الحرة المذكورة ، وكان تزويجها ضرراً مالياً ، سقط وجوب تزويجها . لكن لا يشرع صحة تزويج الامة مع فقد شرطها ووجوب التخلص من الحرام لا يقتضي مشروعيتها . وكذلك رفع السهو والنسيان لا يقتضي صحة الصلاة التي وقع فيها السهو والنسيان ، ودليل نفي الحرج لا يقتضي صحة المركب الذي كان بعض اجزائه حرجياً فلم تحصل : أن قاعدة نفي الضرر تصلح لنفي الحكم الضرري ، ولا تصلح لتشريع الحكم الذي به يرتفع الضرر . ومن ذلك يظهر الاشكال في مقايضة 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) لا مطلقاً .

يبيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل ، أو شراء الراحلة أو الزاد بأكثر من ثمن المثل فان القاعدة هناك جارية على مقتضاها من نفي الحكم الضرري ، فينتفي وجوب الحج لأنه ضرري . وهنا يقصد اثبات صحة تزويج الامة بالقاعدة ، وهي لاتصلح لذلك مضافاً 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 عرفاً من نكاح الحرة . وليس من باب التمسك بقاعدة نفي الضرر .

(تنبيه)

حكى عن المفيد (ره) أنه قال : « ومن تزوج أمة وهو يجد طولاً لنكاح الحرائر خالف الله عز وجل وشرطه عليه . إلا أنه لا يفسخ بذلك نكاحه » ، وحكى مثله عن ابن البراج . وظاهره صحة العقد ولزوم الاثم . فتكون الحرمة تكليفية . وفيه : أن ذلك خلاف ظاهر الأدلة والآية وغيرها من الارشاد الى عدم حصول الزوجية ، كما في أمثال المقام .

فصل

الاقوى جواز نكاح الامة على الحرية مع اذنها (١) والاحوط اعتبار الشرطين (٢) من عدم الطول وخوف الغت ، وأما مع عدم اذنها فلا يجوز وان قلنا في المسألة المتقدمة (٣) بجواز عقد الامة مع عدم الشرطين بل هو باطل (٤)

فصل

(١) كما هو المعروف . نعم عن الشيخ أنه حكى عن قوم من أصحابنا عدم الجواز ، وإن أدت . ولعله أراد صورة عدم خوف الغت ، لوجود الحرية . وحينئذ يكون في محله . وإلا فلا ينبغي التأمل في بطلانه وفي الجواهر : « الاجماع بقسميه عليه » ويشهد له صحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع : « سألت أبا الحسن (ع) هل للرجل أن يتمتع من المملوكة بأذن أهلها وله امرأة حرة ؟ قال (ع) : نعم اذا رضيت الحرية . قلت : فإن أدت الحرية يتمتع منها ؟ قال (ع) : نعم » .

(٢) على ما تقدم . وتوقف المصنف هنا من أجل توقفه في أصل المسألة ، كما سبق .

(٣) يعني مسألة الاحدى والخمسين .

(٤) بلا خلاف ظاهر . لمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج الحرية على الامة . ولا تزوج الامة على الحرية . ومن تزوج امة على حرية فنكاحه باطل » . وخبر أبي بصير : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن نكاح الامة . فقال : تزوج الحرية على الامة ولا تزوج الامة على الحرية . ونكاح الامة على الحرية باطل » . وخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن (ع) : « قال لا يجوز نكاح الامة على الحرية ... » . وخبر الحسن بن زياد : « قال أبو عبد الله (ع) : تزوج الحرية

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى (١) بشرط تحقق الشرطين

على الامة . ولا تزوج الامة على الحرة . ونحوها غيرها . ودلالة الجميع على البطلان ما بين صريحة وظاهرة . ومقتضى إطلاقها البطلان مطلقاً وإن أذنت الحرة كما تقدمت حكاية ذلك عن قوم من أصحابنا . لكن عرفت لزوم تقييدها بصورة عدم إذن الحرة . لصحيح ابن بزيع المتقدم . وهو وإن كان مورده المتعة . إلا أنه لا قائل بالفرق بينها وبين الدوام . كما في الرياض ولا سيما بملاحظة دعوى الاجماع على الصحة مع الاذن ، كما عن التبيان ، والسرائر ، والتذكرة ، والمسالك . (١) كما في الجواهر ، والمسالك لإطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم ، الذي عرفت تقييد نصوص البطلان به . فيكون المتحصل من الجمع بين النصوص : هو البطلان ما لم تأذن سابقاً . أو لاحقاً . خلافاً لما في السرائر ، 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 قولاً بأن للحرة الخيار بين إجارة عقد الامة ، وفسخه . ونسبه في الرياض الى الشيخين وابني البراج وحمة فكيف يكون البطلان إجماعياً ؟ وكيف يعتمد على نقل الاجماع على البطلان مع العلم بالخلاف ؟ ! .

وحكى في المسالك عن الجماعة القول بالخيار للحرة بين فسخ عقد الامة 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 : فإن لم ترض بذلك وذهبت الى أهلها ، فله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام ؟ قال (ع) : لا سبيل له عليها إذا لم ترض حين تعلم قلت : فذهباها الى أهلها طلاقاً ؟ قال (ع) : نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ، ثم تزوج إن شاءت » قال في المسالك - بعد ذكر الموثق - :

« وهو يدل على جواز فسخها عقد نفسها . ويسهل بعده القول بجواز فسخ عقد الامة » . وفي المختلف حكى عن الشيخين ، وابن البراج ، وسائر ، وابن حمزة ، القول بتخيير الحرة في فسخ عقد الامة وامضائه . ثم قال : « هل للحرة أن تفسخ عقد نفسها لو دخلت الامة عليها ؟ قال الشيخان : نعم . وبه قال ابن البراج ، وسائر ، وابن حمزة » وقريب منه ما في كشف اللثام . فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين . خلافاً لما يظهر من مضمونهم من أن قول الشيخين هو تخيير الحرة في عقد نفسها لا غير ، ولما تقدم عن الرياض من أن المنسوب الى الشيخين واتباعهما ، هو تخيير الحرة بين عقد الامة وفسخه . وكيف كان لا مجال لدعوى الاجماع على البطلان بعد شهرة الخلاف من القدماء . وحينئذ يتعين الرجوع الى النصوص . وقد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقاً وصحيح ابن بزيع . وأما وثائق 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 . والظامن بالموثق بالضعف . كما في النافع ، والمسالك - ضعيف . وفي الحدائق اختار البطلان . وأجاب عن الموثق بأنه لا يقوى على معارضة نصوص البطلان . وكانه لأن الموثق ظاهر في صحة عقد الامة مطلقاً ، في قبيل نصوص البطلان مطلقاً ولم يتعرض للصحيح . وكانه بناء منه على عدم إطلاقه . وفيه : أنه غير ظاهر . فإذا 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 في المنع بين (٢) كون العقدين دواميين أو انقطاعيين
او مختلفين بل الاقوى عدم الفرق (٣) بين إمكان وطء الحرية وعدمه لمرض ،
او قرن او رتق إلا مع عدم الشرطين (٤)

تعلم الحرية أن له امرأة . قال : إن شاءت الحرية ... » . فلا يكون فيما نحن فيه .
وكانه لذلك لم يتعرض في الجواهر للاستدلال به على المسألة ، بل استدلل بما رواه
في الكافي للمسألة الثانية ، وفي تزويج الحرية على الامة واحتمال ان تكونا روايتين
في واقعيتين ، 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 لكانت اللازم
نقلها معا . لأنهما جميعاً روايا ذلك عن الحسن بن محبوب ، عن يحيى اللحام . عن سماعة
والظاهر أن ذلك كان في كتاب الحسن بن محبوب ، فما الذي دعى الى هذا
التبعض ؟! وإنه لبعيد جداً . والمظنون قويا أنها حديث واحد اختلف العقلاء في
موضوع سؤاله . ولا ينبغي التأمل في تقديم نقل الكليني مع معارضته لنقل الشيخ
ولم يتحقق استدلال الشيخين وانباؤها به على القول بالتخير في الفرض ، بل من
الجائز أن يكون دليلهم شيئاً آخر ، كما تقدم في تزويج بنت الاخ والاخت على
العمة والخالة . فراجع .

(١) على ما تقدم 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 ... »
اسكن نسخة الاصل كما هنا .

نعم لا يبعد الجواز (١) اذا لم تكن الحرية قابلة للاذن لصغر او جنون خصوصاً اذا كان عقدها انقطاعياً . ولكن الاحوط مع ذلك المنع وأما العكس - وهو نكاح الحرية على الامة - فهو جائز ولازم اذا كانت الحرية عاملة بالحال (٢) وأما مع جعلها فالاقوى خيارها (٣) في بقائها مع الامة وفسخها ورجوعها الى أهلها والظاهر عدم وجوب إعلامها بالحال (٤) . فعلى هذا لو اخفى عليها ذلك ابداً لم يفعل محرماً

(١) كما احتمل ذلك في الجواهر بناء على ظهور دليل اعتبار الاذن في القابلة فيبقى غيرها داخلاً تحت عمومات الحل . ثم احتمل العدم . لاطلاق النهي عن نكاح الامة على الحرية ، المقتصر في تقييده على صورة الاذن من القابلة ، ويبقى غيرها داخلاً 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 ، وال لزوم . وخصوص النصوص المتضمنة جواز تزويج الحرية على الامة ، كما تقدم بعضها .

(٣) كما هو المعروف وبشهادة 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 الحرية 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 للحرية الخيار في عقد الامة أيضاً ، كالخيار في عقد نفسها ودليله غير ظاهر في مقابل عمومات اللزوم . وعن المبسوط أنه رواية ولكنها لم تثبت .

(٤) كما في الجواهر للأصل ، ولما يستفاد من الخبرين المذكورين . وبمجرد كون الخيار من حقوقها ، لا يستلزم وجوب إعلامها به . على أن كون الخيار في المقام من الحقوق غير ظاهر ، حتى في حال العلم ، فضلاً عن حال الجهل . وحكى

﴿مسألة ١﴾ : لو نكح الحرية والامة في عقد واحد مع علم الحرية صح (١) ومع جهلها صح بالنسبة اليها (٢). وبطل بالنسبة الى الامة (٣) الا مع اجازتها (٤)

في الجواهر عن الرياض أنه قال : « ولو أدخل الحرية على الامة جاز ولزم علم الحرية بأن تحته أمة إجماعاً ونصوصاً » ثم قال في الجواهر : « ولم يتحقق ذلك ويمكن أن يريد الإجماع والنصوص على الحكم الأول ٠٠٠ » ولكن نسخة الرياض التي عندنا هكذا : « جاز ولزم مع علم الحرية ٠٠٠ » 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 الحرية فنكاحها جائز . وإن كان سمي لها مهرأ فهو لها . وأما المملوكتان فإن نكاحها في عقد مع الحرية باطل ، يفرق بينه وبينها » .

(٤) فيصح عقد الامة حينئذ ، كما في المسالك ، والجواهر ، وغيرها ، 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 موقوفاً ، أو باطلاً » لكن في الجواهر دعوى القطع بالصحة مع الاذن وكأنه مستفاد مما تقدم في عقد الامة على الحرية . وهو غير بعيد . وفي المختلف : « كان للحرية الخيار في فسخ عقد الامة وامضائه ، والخيار في عقد نفسها . لأن العقد واحد وقع منزلاً ولا أولوية » ويشبه أن يكون من الاجتهاد في قبال النص .

وكذا الحال لو تزوجها (١) بعقدين في زمان واحد على الأقوى .

﴿ مسألة ٢ ﴾ : لا اشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة (٢) وأما على الحرية ففيه اشكال (٣) وإن كان لا يبعد جوازه (٤) لأن الممنوع نكاح الامة على الحرية ولا يصدق الامة على المبعضة وإن كان لا يصدق أنها حرة أيضا .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : إذا تزوج الامة على الحرية فماتت الحرية او طلقها او وهب مدتها في المتعة او انقضت لم يثمر في الصحة (٥) بل لابد من العقد على الامة جديداً إذا أراد .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : إذا كان تحته حرة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الامة في عدتها (٦) وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال وإن كان لا يبعد الجواز . لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (٧) .

(١) فإنه وإن لم يدخل في عبارة النص صريحاً ، لكنه يدخل في مفهومه كما لا يخفى . لالغاء خصوصيته عرفاً .

(٢) فإنه لا يدخل في نصوص المنع ، فيرجع فيه الى عمومات الحل .

(٣) لاحتمال كون شرف الحرية هو الموجب للمنع عن التناكح 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 الحرية على صورة كونه عقد الامة على حرية ، وهو غير صادق في الفرض .

(٦) إذ ليس عنده حرة ، فلا يكون من تزويج الامة على الحرية ، الذي

هو موضوع المنع ، فعموم الحل بمحاله شامل له . اللهم إلا أن يرجع الى استصحاب

حال ما قبل 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 الحرية فلا مانع منه وعلى الكشف مشكل (١).
 ﴿مسألة ٦﴾: اذا عقد على حرة وعقد وكيله له على امة وشك في السابق منها لا يبعد صحتها (٢) وان لم تجز الحرية والاحوط طلاق الامة مع عدم اجازة الحرية

الزوجة كاف في ثبوت الحكم الاول ، المقدم على عموم الحل .

(١) أما على الكشف الحقيقي فلا ينبغي الاشكال في المنع ، لأنه بالاجازة ينكشف أن الحرية زوجة حين عقد الفضولي ، قبل عقد الامة ، فيكون العقد على الامة من تزويج الامة على الحرية . وأما على الكشف الانقلابي فعقد الامة حين وقوعه لم يكن من تزويج الامة على الحرية ، لكن بعد الاجازة وحكم الشارع بتحقيق الزوجية حين عقد الفضولي ينقلب العقد على الامة - بعد أن لم يكن من تزويج الامة على الحرية - فيكون من تزويج الامة على الحرية . نعم بشكل المنع بأن الادلة منصرفه عن مثل ذلك ، والظاهر منها تزويج الامة على الحرية حين حدوثه ، وليس الامر كذلك على هذا المبنى وأولى منه بالاشكال لو بني على الكشف الحكمي .
 (٢) أما عقد الحرية فمعلوم الصحة على كل حال ، سابقاً كان ، أو لاحقاً ، أو مقارناً . وأما عقد الامة فان كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا باذن الحرية ، وإن كان سابقاً فهو صحيح ومع الشك في الصحة يبنى على الصحة ، لقاعدة الصحة وأما الاصول الموضوعية فمقتضاها الصحة أيضاً إذا علم تاريخ عقد الامة ، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرية سابقاً ، ولا حين وقوع العقد على الامة ، فلا يكون عقد الامة لمن كانت عنده حرة لاسابقاً ولا مقارناً ، فيكون صحيحاً . وأما إذا علم تاريخ عقد الحرية فأصالة عدم وقوع العقد على الامة سابقاً ولا حين وقوع العقد على الحرية لا يقتضي صحة عقد الامة ، بل يلزم فساده ، كما هو ظاهر .
 وحينئذ لا يمكن إثبات صحة عقد الامة بالاصل الموضوعي في هذه الصورة ، ويتعين

(مسألة ٧) : لو شرط في عقد الحرية أن تأذن في نكاح الامة عليها صح
واسكن اذا لم تأذن لم يصح (١) بخلاف ما اذا شرط عليها أن يكون له نكاح الامة

فصل

في نكاح العبيد والاماء

(مسألة ١) : أمر تزويج العبد والامة بيد السيد فيجوز له تزويجها (٢)
ولو من غير رضاها او اجبارها على ذلك ولا يجوز لها العقد على نفسها من
غير اذنه (٣) كما لا يجوز

الرجوع الى أصالة الصحة . إلا أن يستشكل فيها ، لأن الشك ناشئ من الشك في
الامور الاتفاقية ، وجريانها في مثله محل إشكال وكلام .

(١) تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة التاسعة عشرة من فصل
المحررات بالمصاهرة فراجع .

فصل

في نكاح العبيد والاماء

(٢) بلا إشكال فيه ظاهر في الجملة . وسيأتي بيان التعرض لذلك في الفتاوى
والنصوص في المسألة السادسة عشرة . وتقتضيه قاعدة السلطنة بعد ثبوت قابلية المحل
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 أهلن) وبمض 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 حرمة لأنه ليس تصرفا في مال الغير عرفا (٣) كبيع الفضولي مال غيره وأما عقدهما لى نفسيهما (٤) من غير اذن المولى ، ومن غيرهما (٥) بتوقع الاجازة فقد يقال بحرمة (٦) (١) لما عرفت من غير فرق بين أن يكون العاقد أبا حرا ، وغيره . لعموم القاعدة للجميع .

(٢) لحكم العقل باستحقاق العقاب على ما يصدر من المكلف من فعل أو ترك بقصد التوصل الى الحرام فتكون الحرمة عقلية لاشريعة .

(٣) لاختصاص التصرف في مال غيره المحرم بما يكون تصرفا خارجيا ، وإيقاع التزويج - كإيقاع البيع الفضولي - من التصرف الاعتباري ، فلا يدخل في الدليل . (٤) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ، فان ما قبلها كان في عقدهما على أنفسهما ، وعقد غيرهما عليهما ، وفي هذه المسألة كذلك .

(٥) التصرف من غيرهما لا يناسب التعليل الآتي . فاللازم الضرب عليه والمظنون أن أصل العبارة غير موجود فيه قوله : « أو غيرهما » . كما أن أصل العبارة السابقة هكذا : « نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع الاجازة ... » فتكون العبارة السابقة في إيقاع الغير لا غير ، وهذه العبارة في إيقاعها لا غير . فحينئذ تختلف المسألتان وقد راجعت نسخة الاصل فوجدتها كما ذكرنا ، على ما هو الظاهر .

(٦) يظهر ذلك من الجواهر ، فإنه بعد قول ماته : « لا يجوز للعبد ولا الامه أن يعقدا لانفسهما نكاحا إلا باذن المالك » قال : « بل ولا يجوز - على الاصح - أن يعقدا لغيرهما أيضا ذلك ولا غيره من العقود . وإن كان لو وقع منهما ترتب الاثر وإن أنما » فحمل كلام الشرائع على نفي الجواز التكليفي وفي الرياض علل

لساب قدرتهما وان لم يكونا مساوي العبارة لـ سبب مشكل لانصراف ساب 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 بانها 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 ساب القدرة لـ كن في كون المقام منه غير ظاهر . ومن ذلك يشكل ما يأتي في قوله (ره) : « على الاقوى » .

(٢) تقدم ذلك عن الجواهر .

(٣) كما عن الاظهر ، أو الاكثر ، أو المشهور . وفي الشرائع أنه الاظهر . وفي المختصر النافع : انه أشبه . للتصريح بذلك في جملة من النصوص الواردة في العبد . كمصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) : « سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال (ع) : ذلك الى سيده إن شاء أجازة ، وإن شاء فرق بينهما قلت : أصلحك الله تعالى ، إن الحكم بن عبيدة ، وإبراهيم النخعي ، وأصحابهما ، يقولون : إن أصل النكاح فاسد ، ولا تحل إجازة السيد له . فقال أبو جعفر (ع) : إنه لم يعص الله سبحانه ، إنما عصى سيده ، فإذا أجازة 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 الإطاعة 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 ، ثم عصية السيد فعل مالم يأذن به السيد ، وعدم معصية الله تعالى عدم فعل مالم يأذن به الله تعالى ، بأن كان فعله مأذوناً فيه منه تعالى ، فإن عقد العبد لافصوره فيه في نفسه ، فهو مشروع ، ومأذون فيه من الله تعالى ، فلم يكن فعله معصية لله تعالى بهذا المعنى كما أنه لم يأذن فيه السيد ، فيكون فعله معصية للسيد بهذا المعنى . ويشير الى ما ذكرنا خبر زرارة ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه ، فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك مولاه قال (ع) : ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما ، وإن شاء أجاز نكاحهما . فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً . وإن أجاز نكاحه فها على نكاحهما الاول . فقلت لأبي جعفر (ع) : فإن أصل النكاح كان عاصياً ؟ فقال أبو جعفر (ع) : إنما أتى شيئاً حلالاً ، وليس بعاص لله . إنعاصي سيده . ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه . من نكاح في عدة ، وأشباهه » ومن النصوص الواردة في العبد صحيح معاوية بن وهب ، قال : « جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ، ثم أعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت ؟ فقال (ع) له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي قال : فقال : سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . اثبت على نكاحك الاول » ونحوها خبر الحسن بن زياد الطائي ، وغيره .

ومن التعليل في الصحيح يظهر عموم الحكم للامة مضافاً الى إطلاق النصوص الدالة على أنه لا يجوز تزويج الامة إلا بأذن مولاه . مثل خبر أبي العباس البقباق : « قلت لأبي عبد الله (ع) : يتزوج الرجل بالامة بغير علم أهلها . قال : هو زنا إن الله تعالى يقول : (فأنكحوهن بأذن أهلن) . وموثق أبي بصير ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن نكاح الامة قال (ع) : لا يصلح نكاح الامة

والاجازة كاشفة (١) ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها ، أو لا بل على
إلا باذن مولاهما » بناء على عمومها للاذن بعد العقد ، كما تحقق ذلك في مبحث
الفضولي. وقوله (ع) : « هو زنا » مختص بصورة عدم الاذن ، كما يظهر من
الاستشهاد بالآية الشريفة .

وقيل بالبطلان فيها ، وهو المحكي عن أكثر القائلين ببطلان نكاح الفضولي
وإن كان بعضهم بنى على الصحة في العبد ، كالشيخ في الخلاف ، والمبسوط ، فقد
حكى عنه أنه استثنى نكاح العبد بد ن إذن سيده وفيه : أن البناء على بطلان
الفضولي في النكاح ، لا يقتضي البناء عليه في المملوك ، للنصوص الخاصة به ، التي
عرفتها وقيل بالبطلان ، وأن الاجازة كالعقد المستأنف حكى عن النهاية ، والتهذيب
والمهذب . لكن في كشف اللثام - تبعاً للمختلف - حمل البطلان على التزلزل ،
فيرجع هذا القول الى المشهور . وقيل بالبطلان في الامة ، والصحة في العبد حكى
عن ابن حمزة ، واختاره في الحقائق . للنصوص الواردة في الامة ، المتضمنة أن
نكاحها بغير إذن مولاهما فاسد أو زنا بناء منه على عدم عمومها للاذن بعد العقد .
وأما الصحة في العبد فلما تقدم من النصوص وفيه : ما عرفت في وجه الاستشهاد
بنصوص الامة .

(١) قد تحقق في مبحث الفضولي أن الاجازة كاشفة ، على نحو الكشف
الانقلابي بمعنى : أن الشارع حين الاجازة يحكم بصحة العقد ، وثبت مضمونه . ومضمون
العقد وإن كان نفس الزوجية لا الزوجية حين العقد ، إلا أن المركز العرفي كون
الزوجية من قبيل المسبب عن العقد ، على نحو المسببات الحقيقية عن أسبابها ، بحيث
لا تنفك عنها . وهذا الارتكاز قرينة على حمل عمومات الصحة والنفوذ على النحو
المذكور من النفوذ ، أعني : النفوذ على نحو المقارنة . فلاحظ مبحث الفضولي من
كتابنا نهج الفقهائة .

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 في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد ، أولا ؟ وجهان اقواما الثاني (٣) .

(١) التحقيق : أن النهي في المعاملات سواء كان متعلقاً بأمر داخل ، أم خارج متحد مع المعاملة ، أو غير متحد ، لا يقتضي فساد المعاملة فإن النهي عن البيع وقت النداء نهى عن أمر داخل ، بل عن نفس مضمون العقد ، ولا يقتضي فساد العقد ، ولا عدم ترتب المضمون . نعم في العبادات يمكن التفصيل بين النهي عن العبادة نفسها ، أو عن أمر داخل فيها ، كالجزء ، وبين النهي عن أمر خارج ، فإن الاول يقتضي الفساد ، والثاني لا يقتضيه إذا لم يكن النهي عنه متحداً مع ذات العبادة ، ومع الاتحاد يقتضي الفساد ، إلا بناء على جواز اجتماع الأمر والنهي . ثم إنك عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الاجازة عقلية ، لاشريعة فالنهي إرشادي من باب لزوم دفع الضرر ، لاشرعي ، فاستحقاق العقاب علة للنهي ، لا معلول 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 ، فإنه مانع من ارتباط الايجاب بالقبول عرفاً .

(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 آناً ، فيكون الكراهة بمنزلة الرد . وفيه : أن الكراهة لا تكون رداً ، ولذا يصح عقد المكره إذا أجاز بعد ذلك . وبالجملة : عمومات الصحة لا فرق في شمولها للعقد

(مسألة ٣) : لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمرء لم يعين في عين يكون في ذمة المولى (١) ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه . وهل له ذلك قهراً عليه ؟ فيه اشكال (٢) كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه وأما لو اذن له في التزويج فإن عين كوف المهر في ذمته أو في ذمة العبد ، أو في عين معين تعين (٣) وإن أطلق ففي كونه في ذمته أو في ذمة العبد مع ضمانه له وتعهده أدائه عنه (٤) أو كونه في كسب العبد .

الفضولي بين سبق النهي وعدمه .

(١) الكلام تارة يكون في المهر المذكور في متن العقد . وأخرى في المهر المستحق بالوطء إذا لم يذكر المهر في العقد . والظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الأولى وحيث أن يكون الوجه فيه ظاهر ، لأن المهر المذكور لما لم يعين في ذمة ولا في عين انصرف إلى ذمة العاقد المباشر وعهده ، وفي صورة الإيجاب يكون الأمر بمنزلة المباشر . لكنه غير ظاهر . فالأولى إلحاق صورة الإيجاب بالصورة الآتية .

(٢) للاشكال في دخول الذمة تحت سلطان المالك ، لأن الملكية قائمة بالعبد لا بذمته ، فلا تكون ذمته مملوكة ، ولا تحت ولاية المالك . إلا أن يقال : إن 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 المجمول أن يكون عليه حال الرقية أن يدفعه حال الحرية ، فألحق المجمول عليه جعل عليه في حال الرقية ، لا في حال الحرية

(٣) لانه مقتضى سلطان المولى .

(٤) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالأداء ، لا الضمان الاصطلاحي ، بأن

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 ، وغيرها ، 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 . انتهى . 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 المحمول المأذون في جعله في ذمة المولى . ولكنه غير ظاهر ، بل خلاف المتسالم عليه . فقد ذكروا أنه إذا جعل المهر أكثر من مهر المثل كان الزائد على مهر المثل في ذمته . ومن ذلك يظهر الاشكال فيما في الجواهر من الاستدلال على المشهور بقوله : « ضرورة عدم ذمة للعبد صالحة للاشتغال ، وإلا لكان المهر جميعه فيها ، ولم يقل به أحد » وأما عدم كون المهر جميعه فيها إذا كان زائداً على مهر المثل فليس ذلك لعدم ذمة للعبد ، بل من الجائز أن يكون لدليل آخر ولأجل ما ذكرنا من الاشكال على التعليل فسرّه في المتن بأن المراد أن من لوازم الاذن في التزويج عرفاً أن يكون المهر على المولى ، لعدم قدرة العبد وكونه كلاً على مولاه . فالجعل في ذمة العبد وإن كان ممكناً ، ولكنه خلاف ظاهر الاذن عرفاً . فكأن مراد المسالك ذلك وكذا قبله في جامع المقاصد ، فقد ذكر فيه التعليل بعينه بزيادة ان النكاح يمتنع إخلاؤه عن المهر ، والعبد لا يملك شيئاً ، فلا يجب عليه شيء ، لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه ، لامتناع التكليف بما لا يطاق . فيكون وجوبه على المولى . انتهى . فلو لم يكن تعهد من المولى بالمهر كان الاذن صورياً ، لا جدياً . هذا بالنظر الى الغاب ولذلك كان الاذن دالاً على كون المولى متعهداً بالمهر بالدلالة العرفية . وليس من باب أن الاذن في الشيء اذن في لوازمه ، بل من باب أن لازم الاذن عرفاً التعهد بالمهر وكان الاولى لذلك اسقاط الجملة الاولى من

بعد عدم قدرة العبد على شيء، وكونه كلاً على مولاه - من لوازم الاذن في التزويج عرفوا كذا الكلام في النفقة . وبدل عليه أيضاً في المهر رواية علي ابن ابي حمزة (١) وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (٢) ولتزوج العبد من غير اذن مولاه ، ثم اجاز

التعليل ، والاقتصار على ما بعدها . وهو غير بعيد .

(١) رواه عنه الحسن بن محبوب ، عن أبي الحسن (ع) : « في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم . ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها . فقال (ع) يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها . إنما هو بمنزلة دين له استدان به 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 ، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد . فقال (ع) : ليس على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه . فإن إباق العبد طلاق امرأته ... » . فإن تعليل نفى النفقة على المولى بأنها بانت عصمتها يدل على ثبوتها على السيد مع عدم البيئونة .

وعن المبسوط، وابن البراج وسعيد ، أن المهر في كسب العبد، وفي كشف اللثام: « وهو عندي أقوى لأن الأصل براءة ذمة المولى . والاذن في النكاح لا يقتضي تعليق لازمه في الذمة ، وإنما يستلزم الاذن في لازمه ، وهو الكسب للمهر والنفقة » . وفيه: أنه لا مجال للأصل مع الدليل ، وقد عرفت أن من لوازم الاذن في النكاح عرفاً التمهيد بالمهر والنفقة ومنع استلزام الاذن في النكاح الاذن في الكسب والمهر ، بل لا بد في فعل الكسب من الاستئذان وكذلك صرف النماء في الوفاء : نعم إذا كانت قرينة خاصة على ذلك كان العمل عليها وأما الكلية فغير ظاهرة . بل لو كان العبد معتاداً للخدمة في المضيف ، أو المنزل فأذن له المولى في التزويج ، فذهب واشتغل

ففي كونه كالاذن السابق في كون المهر على المولى . او بتعديده ، 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 في ذلك ، كان شاذاً ومتمرداً على مولاه ولذا قال في الجواهر : « ليس في الاذن ما يقتضي اختصاص ذلك بخصوص الكسب من أموال السيد » والاشكال عليه - كما في رسالة شيخنا الاعظم - بأن مراد كاشف اللثام أنه لا تسلط عليه في إلزامه بالدفع من غير الكسب . ضعيف . كيف ولم يقل بذلك أحد ، وإنما القائلون بتعلقه في ذمة المولى يريدون بذلك أنه له الدفع من أي مال شاء من كسب 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 أدائه حالا ، أو عند حلول الاجل ولعل هذا هو المراد من قولهم في ذمة السيد ، وأنه في عهده أدائه عن العبد وإلا فلمهر على الزوج نصا ، وقتوى » وكأنه الى ذلك أشار في المتن بقوله : « أو في ذمة العبد ... » ، كما تقدم شرح المراد منه . وما ذكره (ره) غير بعيد عن الاذواق العرفية .

(١) أقر بهما الاول . لما ذكر فيما اذا كانت الاذن سابقة . وفي القواعد : « وإجازة عقد العبد كالاذن المبتدأة في النفقة . وفي المهر إشكال » وفي كشف اللثام - في وجه الاشكال - : « أن العقد لما وقع تبعه المهر ، ولم يلزم المولى حينئذ وأنها رضيت بكونه في ذمة العبد . وفيها منع ظاهر » .

(٢) قد عرفت أن عدم قدرة العبد على الاداء قرينة عرفية على إرادة تعهد

أو في مال معين من المولى أو في ذمته (١) فيكون كما عين أو اطلق فيكون على المولى ثم إن المولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهر وتارة يعمم وتارة يطلق فعلى الاولين لا اشكال وعلى الاخير ينصرف الى المتعارف (٢) وإذا تعدى وقف على اجازته (٣) وقيل : يكون الزائد في 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 في أن مقتضى الاجازة صحة تعيين المملوك .

(٢) قد تكرر بيان أن التعارف لا يوجب الانصراف المعتبر به ، ولو أوجب ذلك لزم تأسيس فقه جديد لسكن بناء الفقهاء في باب التوكيل في البيع والشراء والاجارة وأمثالها ، على الانصراف الى المتعارف ، وتقييد الاطلاق به ، فإذا تعدى الوكيل كان العقد فضوليا ، ولا يصح إلا باجازه المالك . ووجهه : أن الوكيل يجب عليه ملاحظة مصلحة الموكل ، فالتعدي عن مهر المثل خلاف مصلحته . وكأنه في المقام كذلك وعليه فلا بد من ملاحظة مصلحة المالك في تصرف العبد ، والتجاوز عن مهر المثل خلاف مصلحته وإذا كان المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق ، وقد أذن له المولى ، فلا بأس لو تجاوز المهر مهر المثل ، لأنه لا يرتبط بمصلحة المولى (٣) راجع الى الصورة الاولى ، والاخيرة ، التي يمكن فرض التعدي فيها .

(٤) كما لعلة المشهور ، والمصرح به في الشرائع ، والقواعد . وفي المسالك أن الفرق بينه وبين الشراء بأكثر من ثمن المثل - حيث يبطل البيع من أصله إلا باجازه المالك ، بخلاف المقام - : أن النكاح لا يتوقف على المهر ، ولا تلازم بينهما بخلاف البيع ، فإن 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 والضمعة (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 التمدي عن ذلك خلاف مصلحة المالك حينئذ ، فيحتاج الى الاجازة .

(٢) بلا خلاف - كما في الرياض - ، وبلا خلاف ، ولا إشكال - كما في الجواهر - ، واتفقا - كما في رسالة شيخنا الاعظم - . لأنه عوض منافعتها المستوفاة منها ، فهو كأجرة الامة المستأجرة . لسكن 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 فلا اتفاق المدعى كاف في استحقاق المولى للمهر . مضافا الى خبر أبي بصير عن أحدهما (ع) . « في رجل يزوج مملوكة له من رجل حر على أربعمائة درهم ، فمجل له مائتي درهم ، وأخرجته 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 قاذح في حجيته على المقام .

(٣) يعني منعاً تكوينياً بان حبسها ، أو تشريعياً وقداً تمتعت بمنعها . لسكن في الصورة الاولى لا موجب لسقوط النفقة ، لأنها معذورة في ترك التمكين ، ومعه لا تسقط النفقة . وكان الاولى استثناء صورة نشوزها ، بدل ما ذكر .

لزوجها او اشتراط كونها عليه (١) والمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج .
 والمشهور أن المولى أن يستخدمها نهاراً ويخلى بينها وبين الزوج ليلاً (٢) ولا بأس
 به . بل يستلزم من بعض الاخبار (٣) ولو اشترط 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 ليلاً » ، وفي جامع المقاصد : « لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلاً ونهاراً
 قطعاً . بل يستخدمها نهاراً ويسلمها الى الزوج ليلاً لأن السيد يملك من امته منفعة
 الاستخدام ، ومنفعة الاستمتاع ، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها ،
 وبقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفائها في وقتها ، وهو النهار كما لو أجز الامة .. »
 ونحوه في كشف الثام . ولم ينقل في ذلك خلاف ، ولذلك نسبته 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 ليلاً ونهاراً . نعم يجوز للسيد الانتفاع بها في كل منها ، ما لم يعارض حق
 الاستمتاع بها . وملك السيد لها لا يزيد على ملك الحره 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 ما رواه الراوندي في محكي نوادره ، باسناده عن موسى بن جعفر
 (ع) ، عن آبائه (ع) : « أن علياً (ع) قال اذا تزوج الحر أمة ، فانها تحدم
 أهلها نهاراً ، وتأتي زوجها ليلاً . وعليه النفقة اذا فعلوا ذلك » . لسكن الخبر

فهما على شرطهما (١) ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيد ؟ قد يقال : ليس له (٢) بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون إذن الزوج والافوى العكس لأن السيد اذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية ، والرجال قوامون على النساء . وأما العبد المأذون في التزويج فامر به بيد مولاه (٣) فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته . الا ما كان واجبا عليه من الوطء في كل أربعة اشهر ، ومن حق القسم .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : اذا أذن المولى للامة في التزويج وجعل المهر لها صح على الافوى من ملكية العبد والامة (٤) وان كان المولى ان يملك ما يملكه (٥)

ضعيف لم يثبت جبره بعمل ومورده الامة المعدة للخدمة ، ولعل إعدامها لذلك قرينة على اشتراط عدم منازعة حقوق الزوج لها .
(١) عملا بعموم نصوص الشروط .

(٢) الفائل العلامة في القواعد . وعلة في جامع المقاصد بأن السيد مالك للرقبة ، واحدى المنفعتين . وليس للزوج إلا المنفعة الاخرى ، فكان جانبه أقوى وفي كشف اللثام علة بسبق حقه ، وتعلقه بالرقبة ، وعدم منافاته لحق الزوج .
إنتهى . والاخير ممنوع . وما قبله لا يقتضى الجواز .

(٣) لأنه لا يقدر على شيء ومخالفته لمولاه تصرف في ملك الغير بغير إذنه
(٤) تعرضنا لتحقيق ذلك في أوائل كتاب الحج من هذا الشرح .

(٥) لعموم عدم قدرة العبد على شيء ، وعموم : « الناس مسيطرون على أموالهم » فان إخراج شيء عن ملكه - كادخال شيء في ملكه - داخل في العموم المذكور بل مقتضاه جواز تملك المالك مال العبد لشخص ثالث ، سواء كان فيه مصلحة للعبد ، أم مفسدة عليه . إذ لا يعتبر في عموم السلطنة وجود مصلحة للمملوك

بل الاقوى كونه مالـكـا لها ولما لها ملكية طولية (١) .

كما هو ظاهر . وعن المختلف : « لو ملك (يعني : العبد) لما جاز للمولى أخذه منه قهراً . والثاني باطل إجماعاً » وهو شامل لما نحن فيه .

(١) هذا لم يعرف قولاً لاحد مناه ، فان الاقوال المحكية في المسألة - على كثرتها - ليس هذا منها ، فقد حكاهما جماعة ، ومنهم الشيخ الكبير (قدس) في شرح القواعد ، ولم يذكر هذا القول منها . قال (ره) - بعد الاستدلال على عدم الملكية مطلقاً - : « فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً . فنسب الى الاكثر في رواية ، والى ظاهر الاكثر في أخرى . أو يملك فاضل الضربة فقط ، أو ارش الجناية كذلك . ونسبنا الى الشيخ واتباعه أو ما ملـسـكـه مولاه . ورباعده منه فاضل الضربة أو ما أذن له في ملـسـكـه . أو المركب منها ، على اختلاف أقسامه . أو يملك ملكاً غير تام . أو التصرف خاصة » . وكأن وجه هذا القول الاخبار الصحيحة - كما قيل - الدالة على أن العبد وماله لمولاه . ومنها صحيح محمد بن قيس ، عن أبي جعفر (ع) : « أنه قال في المملوك : مادام عبداً فإنه وماله لأهله . لا يجوز 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 ملاسة . والتصرف في إضافتها الى المالك ، بحملها على جواز التصرف فيه . وبين التصرف في موضوع ملكية المولى ، فيجعل موضوعها المال المضاف الى العبد ، حتى تكون ملكية المولى قائمة بغير ما تقوم به ملكية العبد فان ملكية العبد قائمة بذات 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 أو الامة لمالكين أو أكثر ، توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١) ولو كانا مبعضين توقف على إذنها وإذن المالك (٢) وليس له إجبارهما حينئذ (٣) .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤) وتستحق المهر

مترتبين . وفيه : أن هذا المعنى بعيد عن الأذواق العرفية . فيتمتع أحد التصرفين الأولين . وإذا دار الأمر بين التصرف في الصدر ، والتصرف في الذيل ، يتمتع الثاني ، لأن الأول يقع في موقعه من الذهن ، فيحمل الثاني عليه . لا العكس مضافاً إلى أن الظاهر تضاد المملكتين ولو كانتا طوليتين . واختلاف الرتبة لا يرفع التضاد بينهما ، ولا يسوغ اجتماعهما . وملكية الله سبحانه للعباد وما هو لهم ليس من باب اجتماع المملكتين الطوليتين ، فإن ملكية الله تعالى قائمة بذات مال العبد ، لا بما هو مضاف . بل من باب اجتماع مملكتين من سنخين ، فإن سنخ ملكية الله تعالى غير سنخ ملكية العبد ، والاضافة القائمة بين المال والعباد غير الاضافة القائمة بين المال وخالفه - جل شأنه ، وتقدمت أسماؤه نظير اختلاف الإضافتين في مثل قولنا : « المرج للدابة » و « المرج لزيد » فلاحظ وتأمل .

(١) على ما عرفت في المالك المتحد فإنه لا فرق بين اتحاد المالك وتمدده ، بلا إشكال ، ولا خلاف .

(٢) أما التوقف على ذلك فللقاعدة السلطنة . وأما الصحة حينئذ فلما عرفت سابقاً لعدم الفرق بين الفروض .

(٣) إذ لا دليل على ذلك ولا سلطنة المالك عليها . بعد أن كانت بمضاه خارجاً عن ملكه .

(٤) لأنه إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك ، وبطل النكاح ، إجماعاً بقسميه - كما في الجواهر - ويشهد له النصوص . منها خبر سعيد بن يسار ، قال :

إن كان ذلك بعد الدخول (١) وأما إن كان قبله ففي سقوط نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنية على أنه بطلان أو 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 الطارىء . لأن البطلان الطارىء لا يرفع الاستحقاق السابق . نعم لو كان البطلان من أول الأمر كان مقتضاه الرجوع إلى مهر المثل ، لا المسمى .

(٢) لا يظهر الفرق عرفاً بين البطلان والانفساخ ، فأنهما واحد . وكانت مراده من البطلان البطلان من أول الأمر ، ومن الانفساخ الانفساخ من حين السبب الطارىء . لكن لم يذكر في كلماتهم في مبنى المسألة ذلك . وإنما المذكور في المسألة احتمالان : التنصيف وسقوط المهر - كما سيأتي في عبارة القواعد - ومبناها الحاق المقام بالخلع . لأن الفسخ حصل من الزوجين ، كباب الخلع قبل الدخول . أو من الزوجة فقط ، كما لو أسلمت مع كفره ، أو ارتدت مع إسلامه ، قبل الدخول فأنها لا تستحق من المهر شيئاً . نعم إذا ملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول احتل التنصيف ، وتام المهر . قال في جامع المقاصد في الفرض الأول « ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان » ثم ذكر أن وجه الأول : أن الفراق حصل بصنع الزوجين ووجه الثاني : أن الفراق حصل بالزوجة والسيد لا إختيار للزوج فيها والسيد ونحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الأولى أول مبحث نكاح الاماء . ثم قال في جامع المقاصد : « ولو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول ففي وجوب نصف المهر ، أو جميعه ، الوجهان أيضاً » ووجه الأول : أن الفراق كان بفعل الزوجين ووجه الثاني : أن الفراق كان بفعل الزوج لا غير ثم قال : « لكن المتجه

هنا وجوب الجميع، وقد سبق نظائره في الرضاع، وتجدد الاسلام» والذي يتحصل من كلامه: أن الفراق إن كان بفعل الزوجين تعين التنصيف. وإن كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر وإن كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر قال في القواعد: «وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال. ولا مهر إن كان من المرأة. وإلا فالنصف. ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة». وفي كشف اللثام جعل الاحتمال الأخير قويا، إلحاقا للارتداد بالموت، الموجب لثبوت تمام المهر. وفي جامع المقاصد في شرح ذلك قال: «وقيده المصنف (ره) بما إذا كان الارتداد عن فطرة ولا وجه له. لأنه قد سبق في غير موضع من كلام المصنف (ره) احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الرجل، أو لا من قبل واحد من الزوجين. لأن المهر يجب جميعه بالعقد - على أصح الأقوال - ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فبقي وجوب جميعه ثابتا في غير الطلاق. إذ الحمل عليه قياس...» وفي رسالة شيخنا الاعظم (ره) فيما لو أسلمت قبل الدخول: أنه لا مهر لها. لأن الحدث جاء من قبلها. وفيما لو أسلم أحد الحريين: أن عليه نصف المهر، إن كان الاسلام منه وقيل عليه جميع المهر، لثبوته بالعقد، ولادابيل 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 التام، كما في فرض المسألة المذكورة في المتن. والفسخ من الزوج، فيكون المتجه فيه التام.

وكيف كان فالتحصل مما ذكرنا: أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التام، كالوت - بناء على المشهور - والتنصيف، كالطلاق. أو السقوط، كالفسخ من أحد الزوجين بعيب في صاحبه، زوجا كان الفاسخ، أو زوجة، إلا في العتق، ففيه التنصيف. للدليل.

والذي يقتضيه الذوق العرفي : أن الفراق إن كان لقصور في موضوع العقد ، لموت ، أو ارتداد ، أو رضاع موجب لسكون الزوجة من المحارم ، أو نحو ذلك ، لزم جميع المهر . لعدم خال 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 ، كاطلاق . لكنه للدليل ، لا لأنه مقتضى الاصل . فانه اذا كان العقد باقياً في موضوعه كان المهر باقياً أيضاً . وعلى هذا يتبين تمام المهر في جميع الصور المذكورة كما يتبين 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 ، أو أسلمت ، 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 بميب 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 معاً ، 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 ما ذكرنا يشكل الحكم فيما ذكره هنا ، وفي باب

الطلاق قبل الدخول ، أو لا وعلى السقوط كلا إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة السيد بطل الشراء ، للزوم (١) خلو البيع عن العوض . نعم لا بأس به إذا

إسلام أحد الزوجين ، وفي باب الرضاع المحرم .

(١) قال في القواعد : « ولو اشترته زوجته أو اتهمته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي ضمنه السيد ، أو جميعه . فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء ، إن أسقطنا الجميع . حذراً من الدور . إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء البيع عن العوض » . قال في جامع المقاصد في بيان ذلك : « أنه إذا صح البيع دخل في ملكها ، وانفسخ النكاح ، فيسقط المهر ، لأنه المقدّر . فيبقى البيع بغير عوض يقابله ، فيفسخ ، لامتناع صحة البيع بدون ثمن . فصحة البيع تستلزم بطلانه . وذلك دور عند الفقهاء . وبطلانه ظاهر . لأن كما يفضي صحته الى بطلانه يجب الحكم ببطلانه » . وفي حاشية بعض الاغاظم : « أجيب عنه بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد ، وفي رتبة الشراء يكون المهر ثابتاً . وهو كاف في صحة الشراء فلا يلزم خلو البيع عن العوض » وبشكل بأن سقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء في الرتبة اللاحقة ، ويلزم المحذور ، وهكذا كل ما يلزم من وجوده عدمه - الذي قيل انه محال - فانما يلزم من وجوده في رتبة عدمه في الرتبة اللاحقة .

نعم يمكن أن يقال : إن البناء على عدم صحة الشراء من جهة لزوم المحذور المذكور راجع الى تخصيص 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 لاعمومات 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 لا يجتمع

النكاح به ، ويكون أيضا بالبناء على صحة الشراء وبطلان النكاح به وعدم سقوط المهر ولأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها ، يتعين سقوط الأخير عن الحجية . للعالم 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 الثاني ، فالسقوط يقتضي ضمانه على الزوجة لتصرفها فيه ، ولا يقتضي بطلان البيع . كما لو اشترت به شيئا آخر ثم فسخ النكاح ، فانه يرجع عليها ببديل الصداق وقد تنبه لذلك في جامع المقاصد . ولكن لم يكنف 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 ، لا يكون تملك السيد للعبد موجبا لبراءة ذمة العبد ، فلا يلزم المحذور .

(٣) في جامع المقاصد : « لا متناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه مالا ، لأنه وذمته ملك له ، فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا ؟ ! » ونحوه في كشف اللثام

ملكيته له ولما في ذمته (١) بل ينتقل ما في ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال العبد اليها .

﴿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 أحدها ، بلا عقد او عن عقد معلوم الفساد عندها او عند أحدها 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 لا تجعل 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 والعوض . 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 . واذا تزوج الحر الامة فولده أحرار » . وخبره الآخر ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الحر يتزوج الامة ، أو عبد يتزوج حرة . قال :

إذا كان عن عقد صحيح (١) أو شبهة مع العقد أو مجردة (٢) حتى فيما لو دلست فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً . إنه يلحق بالحر منها أيها كان أباً أو أمّاً . ومصحح عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله (ع) : « في العبد تكون تحته الحرية . قال (ع) : ولده أحرار . فإن أعتق المملوك لحق بأبيه ونحوها غيرها .

وعن ابن الجنيد الالحاق بالأم ، كانت أمة ، أو حرة . ويشهد له جملة من النصوص ، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج أمته من رجل ، وشرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر ، فطلقها زوجها أو مات عنها ، فزوجها من رجل آخر . ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها . ما جعل ذلك إلا للاول وهو في الآخر بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك » وخبر الحسن بن زياد « قلت له أمة كان مولاهما يقم عليها ، ثم بدا له فزوجها . ما منزلة ولدها ؟ قال (ع) بمنزلاتها ، إلا أن يشترط زوجها » . وصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل زوج جاريته رجلاً ، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ، ثم تزوجت آخر ، فولدت . فقال (ع) : إن شاء أعتق ، وإن شاء لم يعتق » . ونحوها غيرها . لاسكنها لمخالفتها للأصحاب عداه لا مجال للاخذ بها ولا سيما في مقابل ما تقدم فيتعين طرحها أو حملها على التقية . ثم إنه ربما تقدم في المسألة الثانية من فصل ما يحرم بالمصاهرة مظاهره المنافاة لما هنا ، وتقدم الكلام في ذلك .

(١) كما هو مورد أكثر النصوص .

(٢) إجماعاً ظاهراً . ويقتضيه إطلاق قوله (ع) في خبر جميل : « ليس يسترق الولد إذا كان ... » فإنه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة ومورده وإن كان التزويج ، لاسكن المورد لا يخص الوارد .

الامة نفسها (١) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الاقوى . وان كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد الى مولاه وأما اذا كان عن عقد بلا اذن مع العلم من الحر بفساد العقد ، او عن زنا من الحر منها ، فالولد رق (٢) ثم اذا كان المملوك مملوكا واحدا فالولد له (٣) وان كان كل منهما مملوكا فالولد بين المالكين بالسوية (٤)

(١) سيأتي الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة .
(٢) الظاهر أنه لا إشكال فيه . ويقضي به أن الحر إذا كان زانيا ، أو عالماً بفساد العقد ، كان ذلك مانعاً من انتساب الولد اليه ، فيتمين انتسابه الى الآخر بل هو واضح اذا كان الحر هو الزوج ، فان لحوق الولد بالام حينئذ في 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 للحقوق بالحر فلا بد من تأويل الخبر . وإلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالاولوية . نعم يدل على الحكم في 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) بل لا ريب . لأنه نماء ملكه أياً منها كان . ويشهد به رواية أبي هريرة المكشوف .

(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 في الآدميين ، وهو تابع لهما . بخلاف غيره من الحيوانات ، فان النسب فيه

إلا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (١) هذا إذا كان العقد باذن المالكين أو مع عدم الاذن من واحد منهما (٢) وأما إذا كان بالاذن من أحدهما

غير معتبر ، والنمو والتبعية فيه لاحق بالام خاصة . وفي الفرق خفاء ، إن لم يكن هناك إجماع . ونحوه في الرياض وفي كشف اللثام : « الفرق ضعيف » وفي الحقائق : أنه مشكل . وفي جامع المقاصد : أن الفرق - وراء النص والاجماع - ثبوت النسب مقتضى التبعية . انتهى وكأنه يشير بالنص الى ما ورد في تزويج العبد حرة ، وبالعكس ، المتضمن أنه يلحق بالحر منها وفي الجواهر : أن هذه النصوص تسمى الى ذلك . ولكنه غير ظاهر فإن جهة الحرية غير جهة الملكية والمملوكة ومن الجائز غلبة الجهة الاولى على الثانية . فما ذكره أبو الصلاح أوفق بالقواعد ، لولا أن خلافه مظنة الاجماع .

(١) كائن على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وفي الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه . لعموم : المؤمنون عند شروطهم » . بناء على صحة شرط النتيجة في مثله ، كما ذكروا ذلك في كتاب الشركة .

(٢) في المسالك : « ظاهرهم الاتفاق عليه » . وفي الجواهر : « بلا خلاف ولا إشكال في صورتين » بناء على عدم المزية لأحدهما ، الموجبة لترجيح اللاحق به على اللاحق بالآخر . خلافاً لأبي الصلاح ، كما تقدم نعم بشكل بأنه مع الزنا بالامة يلحق الولد بالام عندهم ، والعقد بلا إذن بمنزلة العدم ، فالتكاح معه يكون من الزنا . ولأن ذلك خص بعض الحكم بالتشريك في المقام بصورة الجهل ، لئلا يكون من الزنا . وفي الجواهر دفعه بأن مقتضى النصوص الواردة في نكاح الامة من غير إذن مولاهما ، المتضمنة إلحاق الولد بها ، والنصوص الواردة في نكاح العبد من غير إذن مولاه ، المتضمنة إلحاق الولد به هو أن عدم الاذن موجب لللاحق وفي المقام حاصل في الابوين معا ، فيلحق الولد بهما معاً . لكن ما ذكر لا يخلو من خفاء

فالظاهر أنه كذلك . واسكن المشهور ان الولد حينئذ لم يأذن (١) ويمكن أن يكون مرادهم في 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) منها 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 مولاهما ، والخلاف في ذلك ، واختيار المصنف والجواهر حرية الولد ، خلافا لما نسب الى المشهور ولأجل ذلك يكون تخصيص الحكم المذكور بصورة جهلها ، والحاق صورة علمها بالزنا في اللاحق بالام ، عملا بقاعدة تبعية الماء للام ، أولى ، لو لم يكن إجماع على خلافه .

(١) وفي المسالك : ظاهرهم الاتفاق عليه ... الى أن قال : « علوه بأن الآذن لمعلوكه في التزويج مطلقاً مقدم على فوات الولد منه ، لأنه قد يتزوج من ليس برق ، فينقد الولد حرّاً . بخلاف من لم يأذن ، فيكون الولد له خاصة » .
(٢) قد عرفت تعليلهم له بذلك . لكنه غليل لأن إلقاء الولد بالمملوك حكم شرعي ، لا يقبل الاسقاط ، فضلا عن السقوط بالاقدام على خلافه ولا يمكن فرض اختصاص الاذن بتزويج المملوك ، مع أن الحكم عندهم فيه كذلك .

(٣) ذكر في الجواهر : أن الوجه فيه النصوص الواردة في تزويج العبد غير المأذون ، والواردة في تزويج الامة غير المأذونة ، المتضمنة تبعية الولد لغير المأذون المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونية اللاحق ، كما تقدم منه نظيره في غير المأذونين . لكن عرفت إجمالاً الاشكال في النصوص المذكورة . وسيأتي الكلام فيها في المسألة الثانية عشرة ، والثالثة عشرة .

(٤) لما تقدم في غير المأذونين .

الولد مشترك وأما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد للمالك الأمة (١) سواء كان من طرفها شبهة أو زنا .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (٢) لا يصح اشتراط رقيقته على الأقوى (٣) في ضمن عقد التزويج ، فضلاً 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 الأصحاب - كما في المسالك -

القول بالصحة ، وفي الشرائع نسبة إلى قول مشهور . وظاهره التردد فيه . وصرح بالتردد في المختصر النافع . وفي الجواهر : « لم أجد فيه تردداً - فضلاً عن الخلاف - قبل المصنف » ووجه المشهور عمومات نفوذ الشرط ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لو أن رجلاً دبر جارية ، ثم زوجها من رجل فوطئها ، كانت جاريته وولدها مديرين . كما لو أن رجلاً أتى قوماً فزوج إليهم مملوكاتهم كان ما ولد لهم ممالك » بناء على حملها على صورة شرط الرقية - كما عن الشيخ (ره) - جمعاً بينها وبين ما دل على حرية المتولد بين الحر والمملوك ، كما سبق ولكن الرواية - مع أنها غير واضحة السند ، لأن في سندها أبا سعيد ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف - غير واضحة الدلالة . والحمل على إرادة صورة شرط الرقية في مقام الجمع بينها وبين معارضها ، لا يقتضي حجيتها فيه ، كما لعله ظاهر . وأما عمومات نفوذ الشرط - مثل قوله (ص) : « المؤمنون عند شروطهم » فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للمكتاب ، والمحقق في محله أن المراد به شرط حكم على خلاف المقتضي الشرعي ، وظاهر نصوص حرية المتولد بين الحر والمملوك ، مثل : « ليس يسترق ولد حر » أن الاتساع إلى الحر مقتضى للحرية ، فشرط الرقية يكون

بالعقد اذا كان في ضمن عقد خارج (١) واما إن كان في ضمن عقد التزويج فبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والاقوى عدمه (٢) ويحتمل الفساد وان لم نقل به في سائر العقود ، اذا كان من له الشرط جاهلا بفساده ، لان في سائر مخالفات المقتضي الشرعي ، فلا يصح . ودعوى : أن الشرط راجع الى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركة في الولد ، فيختص الآخر بالنساء ، فبقيته في الملك ، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك ، لا بالشرط ، وليس مفاد الشرط ، إلا رفع المزاحم ، لا غير مندفعة بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضا فيرجع الاشكال . ولا تنفع الدعوى في حله ، وإن ذكرها في الجواهر ومثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الامة إذا كان زوجها حراً ، فان إطلاقها شامل لصورتى الشرط وعدمه ، فيعمل بها في صورة الشرط لعمل الاصحاب بها حينئذ . وفيه : أن النصوص المذكورة - ومنها خبر أبي بصير المتقدم - ظاهرة في الرقية بالتبعية ، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملاً بتلك النصوص . ومثلها في الاشكال مقايسته شرط الرقية بشرط الحرية ، مع ما بينهما من البون البعيد ، فانه لم يرد في الرقية : لا يتحرر الرق ، كما ورد في الحرية : لا يسترق الحر ولذا جاز شرط الحرية ، ولم يحز شرط الرقية وإن كانا من شرط النتيجة ، لا مكان صحته في بعض الموارد ، كما لا يخفى .

(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 فساداً موجباً لفساده ، وإن حكى 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 - سواء كان حكماً تعبدياً ، دل على ثبوته الاجماع كما يظهر من شيخنا الاعظم أم حكماً عرفياً للاشتراط ، دل على إيمضائه الاجماع وعدم الردع عنه أم خياراً جعالياً المعتاقدين من لوازم الاشتراط ، دل على لزومه عمومات نفوذ الشروط - لايجري في النكاح إجماعاً . ولعدم تمامية الاجماع على ثبوته ومثل صاحب الحلي عن أبي عبد الله (ع) : « أنه قال في الرجل يتزوج الى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يدينوا له قال (ع) : لا نرد . وقال : إنما يرد النكاح من البرص ، والجذام ، والجنون ، والعقل » بناء على أن خيار العيب من قبيل خيار الاشتراط ، لأن الصحة شرط في موضوع النكاح ، كما هي شرط في المبيع فإذا 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 لا يستوجب فساد بفساد الشرط لأن ذلك يتوقف على كون الانشاء بنحو وحدة المطلوب . وهو كما ترى ضرورة عدم الفرق بين النكاح وغيره في كيفية إنشائه مشروطاً ، فإذا كان غيره على نحو تعدد المطلوب كان هو كذلك . فيتمين البناء على الصحة من دون خيار . ولعل الوجه المميز بينه وبين غيره من العقود المالية : أن الملحوظ فيه الجهات الادبية ، وتخلف الشرط لا يقدح فيها ، ولذلك لا يرد بالعيوب . هما كانت غير العيوب المخصوصة فلاحظ . كما أن عدم ثبوت خيار الاشتراط في النكاح ليس على كليته ،

اذ لا خيار في سائر العقود أيضا (١) .

﴿مسألة ١٠﴾ : اذا تزوج حر امة من غير اذن مولاهما 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 نمسا 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 لا دليل يقتضي العموم . نعم ورد في صحيح محمد بن مسلم الخيار فيمن تزوجت مملوكا على أنه حر فتبين أنه رق وفي صحيح الحلبي بثبوته فيمن تزوجت رجلا على أنه من بني فلان فتبين أنه من غيرهم . ولكن التعدي عن موردهما 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 ، لا على عدم العمل به ، والذي يسقط الخيار الثاني ، لا الاول .
(٢) لأنها أجنبية .

(٣) إذ التوقع للاجازة غير الاجارة ، 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 وإن كان عالماً بالتحريم بل يعزّر (٢) وإن كان عالماً بلحق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضاً (٣) وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم (٤) ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى (٥) وعليه المهر بالدخول وإن كانت الأمة أيضاً عالمة على الأقوى (٦) وفي كونه المسمى أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكرًا الإجازة على الأول لا يجوز حده واقعا . وعلى الثاني يجوز حده واقعا . وإن كان يتبدل بالإجازة .

(١) يعني : المسمى . لصحة العقد . وكذا يكون الولد حراً ، لحرية الوالد ولا يلحق بالأمة ، لاختصاص ذلك بالزنا ، وهو منتف ، لأن المفروض صحة العقد واقعا ، ولذا لا يحد الواطئ حد الزنا ، وإن كان عالماً بجرمة 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 لا يكون العلم بلحق الإجازة موجبا للعلم بصحة العقد حين وقوعه ، ولا لخلية الوطء حين وقوعه ، بل العقد باطل حين وقوعه ، والوطء حرام حين وقوعه ، ويجوز حده الواطئ قبل تحقق الإجازة ، كما عرفت .

(٤) يعني : كان عالماً بجرمة 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 ، فإنه يكون الوطء شبهة ، ولا يستحق الحد به ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

(٦) قد تقدم من المصنف (ره) في المسألة الخامسة عشرة من (فصل : لا يجوز

(التزويج في عدة الغير) : أن الأقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الأمة بحرمة الوطء وقد تقدم في الشرح أن الذي يظهر من كلام بعضهم أن الكلام في هذه المسألة في مقامين . الاول : استحقاق السيد المهر . والثاني : استحقاق السيد الارش والمصنف فيما سبق ذكر أن الأقوى عدم استحقاق المهر . وهنا ذكر أن الأقوى استحقاقه ، وتردد في أنه المسمى ، أو مهر المثل ، أو العشر ونصفه . مع أن العشر ونصفه ليس من المهر ، بل هو من الارش وتبع في ذلك جماعة منهم صاحب المسالك والجواهر ، فإنه في الجواهر - بعد أن اختار ثبوت المهر للأمة - ذكر أن في وجوب المسمى عليه ، أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكرًا ونصفه إن كانت ثيبًا . وجوه ، بل أقوال ، لا يخلو الاخير منها من قوة ، وفاقا لمحكى عن أبي حمزة واختاره سيد المدارك ، والرياض ، على ما حكى عن أولها . إنتهى فجل العشر ونصفه من وجوه المهر مع أن المذكور في كلام بعضهم أنه في مقابل المهر ولعله هو المراد من المهر في كلام المصنف فيما سبق ، فلا ينافي كلامه هنا .

وكيف كان لادليل على ثبوت مهر المثل ، فضلا عن المسمى المعلوم فساد به فساد العقد . وأما الارش - وهو العشر أو نصفه - فيدل عليه صحيح الوليد بن صبيح ، عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلت نفسها له . قال (ع) : إن كان الذي زوجها إياه من غير موالها فالتكاح فاسد . قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال (ع) : إن وجد مما أعطاه شيئًا فليأخذه ، وإن لم يجد شيئًا فلا شيء له ، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه . ولموالها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها . قال : وتعتد منه عدة الأمة قلت : فإن جاءت منه بولد . قال (ع) : أولادها منه أحرار إذا كان التكاح بغير إذن المولي . وصحيح الفضيل بن يسار ، قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) :

ونصفه إن كانت ثيباً . وجوه بل أقوال أقواها الاخير ويكون الولد لمولى الامة (١)
وأما اذا كان جاهلاً بالحكم او مشتبهاً من جهة اخرى فلا يحد (٢) ويكون الولد
حرّاً . نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حياً (٣)

جملت فذاك إن بعض أصحابنا قد زوى عنك أنك قلت : إذا أحل الرجل لآخيه
فرج جاريته فهي له حلال . فقال (ع) : نعم يا فضيل . قلت : فما تقول في رجل
عنده جارية له نفيسة وهي بكر ، أحل لآخيه مادون فرجها . أله أن يفتضاها ؟ قال
(ع) : لا ليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبله لم يحل له ماسوى ذلك .
قلت أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضاها ؟ قال (ع) :
لا ينبغي له ذلك . قلت : فإن فعل أ يكون زانياً ؟ قال (ع) : لا ، ولكن يكون
خائناً . ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن لم تكن فنصف عشر
قيمتها . والروايتان وإن كانتا واردتين في موارد خاصة غير مانحن فيه ، ولا جله
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 - كما في الجواهر - وبغير إشكال - كما في المسالك - لماعرفت

في المسألة الثامنة .

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويكون الولد حرّاً لما تقدم في

المسألة الثامنة .

(٣) قال في الشرائع - فيما اذا تزوج الحرامة بغير إذن المولى - : « وإن

كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة ، فلا حد ووجب المهر وكان الولد حرّاً .
لكن يلزمه لمولى الامة قيمته يوم سقطه حياً » ، وتبعه عليه في القواعد ، والمسالك
وكشف اللثام . وقال في جامع المقاصد : « ولا شك أن على الاب قيمته للمولى » .

واسكن 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 وجه لقيمة
يوم النولد بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد (٣) لأنه انعقد حراً فيكون

(١) في جامع المقاصد جعله مما دلت عليه الرواية . يريد بها موثقه سماعة
الآنية في الامة التي دلت نفسها وصرح بذلك في كشف اللثام ، والرياض ،
والحدائق وفي دلائلها على المقام إشكال لاختلاف المورد ولعدم ظهور قوله (ع)
فيها : « وعلى مولاهما 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 بشمن 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 يزوجه امرأة منهم .

(٢) علله في التذكرة بأنه نماء مملوكه ، وقد حال بينه وبينه بالحرية . وفي
الجواهر بأنه كالمختلف مال غيره بغير إذنه . واشكال المصنف (ره) على ذلك ظاهر .
وفي بعض الحواشي أن الاستيلاء استيفاء لمنفعة أمة الغير ، فيكون مضمونا على
المستوفي ومقتضاء ضمان منفعة الامة هذه المدة لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى
(٣) قال في التذكرة : « ولا يقوم قبل سقوطه ، لأنه لا قيمة له حينئذ » .
وفي جامع المقاصد : « وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً ، لأنه وقت الجبلولة ،
وقت افراذه 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 يحجز 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) .

لعمالة ، 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 بالانقضاء . نعم اذا كان المستند في ضمان القيمة القاعدة كان مقتضاها ضمان قيمة زمان الانقضاء .

(١) وعلى تقدير الكشف نكون للمشتري من حين العقد ، فيلزم اجتماع ملكيتين في زمان العقد : ملكية المورث ، وملكبة 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 العضولي 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 المرض ونحوه يدور الامر بين البناء على البطلان وعدم الفائدة للاجازة ، والبناء على الصحة والقول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك لالحين العقد وحيث يدور الامر بينهما يكون البناء على أحد الاخيرين مما فيه العمل بالدليل في الجملة أولى من الاول الذي فيه طرح للدليل بالمرّة . كما أن هذا كله مبني على القول بالكشف الحقيقي اما بناء على الكشف الانقلابي أو الحسكي

﴿مسألة ١٢﴾ : اذا دلت أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر ودخل بها

ثم تبين الخلاف (١) وجب عليه المفاارقة . 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 في مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية ، فلا تنافي بين الكشف فيه وبين ثبوت الملكية للموروث . نعم بعض الاشكالات في تلك المسألة جارية هنا ، مثل ما يقال من أنه يلزم تهوؤ التصرف في ملك المالك بدون إجازته لا سابقاً ولا لاحقاً . ولعل ذلك مراد المصنف ، وإن بعد عن ظاهر كلامه .

(١) يعني : تبين أنها أمة غير مأذونة في التزويج ، لا سابقاً ولا لاحقاً .

(٢) في المسالك : « هكذا أطلق الجميع . بل ادعى عليه بعضهم إجماع المسلمين

ولم يفرقوا بين كونها عالة بالتحريم وجاهلة » . فإن كان المراد من المهر العشر ونصفه كان الاطلاق في محله ، لأنه مقتضى إطلاق الصحيح السابق الشامل للعالة والجاهلة وإن كان المراد المسمى فلا وجه له ، وإن نسبته في 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) : « لا مهر لبني » لما نحن فيه وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة عشرة من (فصل لا يجوز التزويج في عسدة الغير) أما بناء على عدم عمومه ففي محله . كما عن الشيخ في المبسوط ، ونقل عن ابن حمزة - لولا ورود الصحيح المذكور ، فإنه ظاهر في خلافه ، ولأجله يتعين البناء على ما في المتن ، كما اختاره في الجواهر ، وحكاه عن سيد المدارك ، والرياض وفي الشرائع جملة المروي ، ولعل ظاهره الميل اليه ، وإن كان لا يخلو من تأمل ، ونسب في كشف النام الى المنقح : 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 فني كونه حراً او رقاً لمولاه 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 الملتام عملاً بالقواعد العامة . لكن ذكر في الصحيح : « وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له » . وظاهره عدم اشتغال ذمتها بشيء من المهر مع التلف . وأهل المراءى به أنه لا شيء له فعلاً (٣) نسبه الى المشهور في الحدائق ، واختاره في الشرائع ، والقواعد ،

ونسبه في الجواهر الى الشيخ واتباعه لأنه نساء المملوك . وخبر محمد بن قيس ، عن أبي جعفر (ع) قال : « قضى على (ع) في امرأة أنت قوماً فخيرتهم أنها حرة ، فتزوجها أحدهم وأصدةها صداق الحرة ، ثم جاء سيدها . فقال (ع) : ترد اليه . وولدها عبيد » وموثق سماعة قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن مملوكة أنت قوماً وزعمت أنها حرة ، فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثم ان مولاهم أناهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة ، وأقرت الجارية بذلك . فقال (ع) : تدفع الى مولاهم هي وولدها . وعلى مولاهم أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير اليه . قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به . قال (ع) : يسمى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده . قلت : فإن أبي الاب أن يسمى في ثمن ابنه . قال (ع) : فعلى الامام أن يفتديه . ولا يملك ولد حر » . وحسن زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : أمة أبقت من موالها فأتت قبيلة غير قبيلتها فأدعت أنها حرة ، فوثب عليها رجل حينئذ فتزوجها ، فظفر بها مولاهم بعد ذلك وقد ولدت أولاداً . قال (ع) : إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة اعتق ولدها وذهب

واسكن 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 اسكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة ويقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم .

(٣) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها وأنكر في المختلف الاستسما ، وكذا وجوب الاخذ من بيت المال . لأنه دين يجب فيه الانتظار ، ولا يؤدي من بيت المال وفيه : أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به والظن 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 منها ، أنه لا يجوز الفك من المالين المذكورين . نعم لا بأس بصرف سهم سبيل الله في ذلك ، فكان أولى بالذكر في كلام الجماعة من ذكر المالين . ثم إنه بناء على الرقية فالقيمة ليست من الدين ، وإنما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك وكذلك بناء على الحرية ، فإنه لم يثبت أنه من باب الضمان ، ليكون ديناً بل من الجائز كونه تكليفاً تعديداً ، فأجراه 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 حكاة عن المبسوط ، ونكت النهاية ، والسرائر ، وفي

الجواهر أنه الاقوى للاصل . ولظهور الادلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في

لحوق النسب ، المقضي لحرية الولد على الوجه الذي عرفته سابقاً ولما في ذيل

صحيح الوليد المتقدم لصحيح 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

وبموتق 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 وبعضه صحيح الوليد بن صبيح » .

ويشكل بأن خبر محمد بن 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 الجائر له أخذها

وأخذ ولدها . إذ فيه : أنه اذا كان يجب أخذ قيمة الولد بناء على الرقية لا يجوز له

أخذ الولد . فلاحظ . وكذا الاستدلال بموتق سماعة الاول لضعف المبني الذي

ذكره في جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالاضافة ، أولاً : من جهة أن الحكم بأنه لا يملك يكون عقلياً لا شرعياً . وثانياً : بأن الحر الذي لا يملك لا يختص بالولد بل الوالد الحر أيضاً لا يملك ، فيكون التخصيص بلا مخصص ، بخلاف ما لو كان على الاضافة .

والتحقيق أن نصوص المقام في مقام الدلالة على أقسام (الاول) : مظاهره رقية الولد ، كموثق محمد بن قيس المذكور في أدلة الرقية (الثاني) : مظاهره حرية الولد ، كصحيح الوايد بن صبيح المتقدم في العشر ونصف العشر (الثالث) : مظاهره التفصيل بين أن يشهد الشاهدان بحرية الامة فيتزوجها الرجل ، وبين أن يتزوجها اعتماداً على قولها المعتضد باصالة الحرية : وهو موثق سماعة الاخير لسكن ظاهره التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع بين الزوج والسيد ، لا الحكم الواقعي في حرية الولد مع شهادة الشاهدين (الرابع) : مظاهره التفصيل بين أن يقيم بينة على أنه تزوجها على أنها حرة فالولد حر ، وأن لا يقيم بينة على ذلك فالولد رق وهو رواية زرارة وظاهرها أيضاً التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع والخصومة . (الخامس) : ما هو قاصر الدلالة على الحرية والرقية ، كموثق سماعة الاول ، فإن دفع الولد الى مولى الامة فيه أعم من كونه رقاً او حراً يتعلق به المال كالعين المرهونة . وكذلك قوله (ع) في ذيله : « ولا يملك ولد حر » . بناء على الاضافة - كما هو الظاهر ، كما عرفت - فإن ذكر ذلك علة للافتداء بالقيمة ربما كان قرينة على كون المراد أنه لا يبقى على الملكية . ومثله صحيح محمد بن قيس فإن 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 الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع ، يعني : اذا لم تكن حجة للزوج على كونه مشتبهاً بحكم برقية الولد . خلاف الظاهر جداً ، ولا سيما بملاحظة عطف

التزويج بالغاء على اخبارها بالحرية ، وقوله : «أصدقها صداق الحرية» ، فانه كالصریح في كون التزويج من باب الاشتباه ، وأن السؤال عن حكمه من حيث هو . كما أن الظاهر تأني 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 الوالي ، وليس الحكم كذلك كما تقدم . فيتعين التصرف فيه إما بحمل الكلام على الانكار - كما ذكره في الوسائل - أو على صورة رد الاب القيمة . أو صورة شهادة الشاهدين بحرية الامة - كما ذكر الشيخ (ره) - أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية - كما احتمله في الجواهر - أو غير ذلك من المحتملات . ومع الاحتمال لاجمال للاستدلال . وأما الثالث فدلالته على حرية الولد مع شهادة الشاهدين ، ورفيقته 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 لا يمكن الالتزام به وحينئذ يتعارضان في صورة شهادة الشاهدين ولا يبعد الاخذ بالموثق حينئذ ، لضعف الخبر ، لأن في سنده في الكافي عبد الله بن بحر ، وفي التهذيب وان كان

كما في سائر موارد اشتباه الحريث أنه لا إشكال في كون الولد حراً ولا خصوصية لهذه الصورة والاختبار الدالة على رقيته منزلة على ان المولى اخذه (١) ليتسلم القيمة جمماً 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 مولاهما اعتقها ، ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان فان الوطء حينئذ ايضا لا يجوز لاستصحاب بقائها

بدله عبد الله بن يحيى ، لكن الكافي أضبط ، بل جزم المجلسي (ره) بانه تصحيح ومن ذلك يظهر قوة ماعن الشيخ (ره) - في النهاية ، والتهذيب ، والاستبصار ، ونسب الى المذهب - 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 التدبير في نصوص الباب بعد ضم بعضها الى بعض . كما يظهر ضعف القول بالرقية مطلقاً ، والحرية كذلك ، وان كان أولهما أقرب من ثانيهما .

(١) قد عرفت أنه لا موجب 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 مولاهما لها في النكاح .

(٤) تقدم في آخر المسألة الثامنة وجه الحكم فيه .

على الرقية (١). نعم لولم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها لاصالة الحرية (٢)
فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية الولد (٣) وكذا مع سبقها مع قيام البيعة على دعواها (٤)
﴿ مسألة ١٣ ﴾ : اذا تزوج عبد بحرة من دون اذن مولاه ولا اجازته
كان النكاح باطلا فلا تستحق مهرراً ولا نفقة (٥)

(١) ويحتمل قبول خبرها لان إخبار الانسان عن نفسه وعمما 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
مسبوق بالرقية أو غير مسبوق .

(٢) لصحيح عبد الله بن سنان قال : « سمعت أبا عبد الله (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 » لسكن
على هذا يكون التعويل على الاصل لا على قولها .

(٣) على ما تقدم منه . وهو مورد نصوص الباب .

(٤) هذا يدخل في عموم موثق سماعة الاخير ، المتضمن لحرية الولد اذا
شهد شاهدان لها بالحرية .

(٥) أما البطالان فلما سبق من عدم سلطان الرق على نفسه . وأما نفي المهر
فلا نها بغني . وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : « قال رسول الله (ص)
أبما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير إذن مولاه فقد أباحت فرجها ، ولا صداق
لها » وأما نفي النفقة فلا تنفاء الزوجية والظاهر أنه لا إشكال في جميع ما ذكر .

بل الظاهر أنها تحدّد حدّ الزنا (١) إذا كانت عاملة بالحال ، وأنه لا يجوز لها ذلك . نعم لو كان ذلك لها بتوقع الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحدّد كما أنه كذلك اذا علمت بمجيء الاجازة (٢) واما اذا كان بتوقع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدّد مع عدم حصولها بخلاف ما اذا حصلت فانها تعزّر حينئذ لمسكان تجربها واذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً (٣)

(١) لعموم الادلة لسكن قال في كشف اللثام : قيل : ولا حد عليها ، لمسكان الشبهة . والفرق بينها وبين الحر إذا تزوج أمة كذلك : أنها لنقصان عقلها وعدم مخاطبتها لأهل الشرع يكفي العقْد 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 أزعّم أنه حرام ... » انتهى كلام كشف اللثام . وكانه 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 . واسكنه بشكل - كما في الحدائق ، وفي الجواهر - بأن الشبهة العرفية منتفية والشرعية لا دليل عليها ، والاخبار قد عرفت المراد منها في أول هذا البحث . فراجع ونقصان العقل غير كاف في تحقيق شبهة 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 لا انتفاء النسب بينه وبين الام بالزنا ، ولكنه كما ترى ، فانه شامل لما إذا كان العبد زانياً أيضاً مع انتفاء النسب بينه وبينه أيضاً ، فهو إما نماء

بل مع كونه زانيا ايضاً لقاعدة النائية بعد عدم لحوقه بالحرّة وأما اذا كانت جاهلة بالحال فلا حد والولد حر (١) وتستحق عليه المهر (٢) يتبع به بعد العتق (٣) .

لها ، أو اللام ، ولا وجه للاحققة بالاب بالخصوص مطلقاً . وقد يستدل له بخبر العلّاء ابن رزين عن أبي عبد الله (ع) قال : « في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فحصى 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 ولده لورثة الميت ... » لكن الاستدلال به يتوقف على إطلاقه وعدم ظهوره في الحرّة الجاهلة ولكنه غير ظاهر . وحينئذ ينحصر دليله بالفحوى إن امكن العمل بمورد الخبر وبالإجماع .

(١) أما الاول فلشبهة الدارئة للحد . وأما الثاني فلما تقدم من أن المتولد بين الحر والرق يلحق بأشرف الابوين . وعن مقنعة المفيد أن الولد رق كما لو كانت عالة ، ومثله ظاهر محكي التهذيب عملاً باطلاق النص المتقدم . لكن عرفت الاشكال في إطلاقه وأنه ظاهر في الجاهلة وحمله في الجواهر على صورة عدم قيام البيئة على كون الحرّة مشتبّهة ، 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 أبقي ، لا أنه لم يعلمهم أنه عبد ، لتكون الحرّة التي تزوجت مشتبّهة ولكن ما ذكره (قدّه) وإن جعله مقطوعاً به غير ظاهر ، بل خلاف الظاهر . وقد عرفت في المسألة الثامنة الاشكال فيما بني عليه غير مرة . فراجع . نعم قد يقال : إن الخبر المذكور لا يصلح لمعارضة ما دل على حرية الولد 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 ، وغيرها . لأنه مملوك لمولاه ،

﴿مسألة ١٤﴾ اذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر (١) وان كانت الحرة أيضاً 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 لمولاه (٣) وان كانت هي أيضاً زانية وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فان الولد لمولاه (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 ، فإنه في العقد المعلوم الفساد ألحق الولد بالعبد ، فيكون لمولاه لقاعدة النامية وهذه القاعدة بعينها جارية في الزنا بدون العقد .

(٣) كما في الجواهر . لقاعدة النماء في الام ، قال : « ولا يشكل ما ذكرنا بالحرّة التي تزوجت عبداً غير مأذون عالة بالتحريم ، لما عرفته من الدليل المخصوص في التكاح 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 لصحيفة علي بن يقطين ، عن أبي الحسن (ع) « أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ؟ قال (ع) : لا تحل له » . ولأنه نوع تمليك ، والعبد ليس أهلاً 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 ما ملكت أيمانكم) قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ، ثم يمسها ، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح » والصحيح عن فضيل مولى راشد قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : لمولاي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما اشتري من الجواري ، فقال : إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال . فقال (ع) : ان أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال وإن قال : اشتر منهن ما شئت ، فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما يأمرك إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال وإن كان لك مال فاشتر من مالك ما بدا لك » ولعل وجه الجمع حمل الصحيح الاول على صورة التحليل من غير تعيين . ولكن قال في الشرائع : « وفي تحليل أمته لمولاه روايتان احدهما : المنع ويؤيدها أنه نوع تملك والعبد بعيد عن التملك . والاخرى : الجواز اذا عين له الموطوءة ويؤيدها أنه نوع من الاباحة ، وللعملوك أهلية الاباحة والاخير أشبه » ومما ذكرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه وأوفق بالقواعد سواء قلنا بأن التحليل عقد نكاح ، أم تملك وأن العبد يملك ، أولاً يملك ، فانه لا مجال لطرح النصوص المذكورة بالمباني المزبورة . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما في القواعد حيث قال : « ولو أباح أمته لعبده ، فإن قلنا أنه عقد أو تملك 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 - كما عن المرتضى - ولا تملك منفعة - كما عن المشهور - ولا تملك انتفاع - كما قد يظهر من عبارة جامع المقاصد - بل هو إباحة وإذن في الانتفاع دل الدليل القطعي عليه ، فوجب القول به ، ويكون الدليل مخصصاً لقوله تعالى : (والذين

ينكحه إياها (١) والاقوى أنه حينئذ نكاح لتحليل (٢) كما أن الاقوى كفاية

هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غير ملومين
 فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (فيدل على جواز قسم ثالث في مقابل
 القسمين المذكورين ، اللهم إلا أن يقوم إجماع على الانحصار بالقسمين - كما يظهر
 من دعوى الاتفاق في كشف اللثام وغيره - فيتمين إرجاع التحليل الى أحد القسمين
 ولأجل انتفاء أحكام العقد من الطلاق إن كان دائماً ، ولزوم ذكر المهر إن كان
 متعة ، يتعين كونه من ملك اليمين ، كما قيل . ولما عرفت من أن العقد يقتضي ثبوت
 الزوجية ، وهي منتفية في التحليل ، وأنه لا ملكية للرقية فيه ، ولا للمنفعة ، يتعين
 أن يكون المراد من ملك اليمين ما يشمل تحليل الامة المملوكة ولا موجب للالتزام
 بأنه تملك منفعة ، أو انتفاع . كيف وهو خلاف المرتكز في اذهان المشرعة ،
 وكيف يمكن البناء على إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد النشئ ؟! كما لعله ظاهر .
 (١) بلا إشكال . وتشهد به النصوص ، كصحيحة علي بن يقطين المتقدمة
 في أول المسألة ، ونحوها غيرها مما هو كثير ، ويأتي بعضها .

(٢) كما هو المشهور . لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ،
 والموجب إنما يوقع هذه الزوجية . بخلاف التحليل فإنه إذن في الانتفاع من دون
 زوجية . وظاهر النصوص الواردة في المقام مشروعية التزويج وإيقاع الزوجية بين
 العبد والامة . وعن ابن إدريس أنه إباحة إما لجواز تفريق المولى بينهما بالامر
 بالاعتزال ، ولو كان عقد نكاح لم يفسخ إلا بالطلاق ، ونحوه من فواسخ النكاح
 وفيه : أن الطلاق ليس انفساخاً للعقد ، وإنما هو إيقاع الفراق ، ومن الجائز أن
 يكون الامر بالاعتزال يقتضي ذلك ، أو يقتضي الانفساخ كغيره من أسباب
 الانفساخ وإما لصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن
 الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال (ع) : يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة

أن يقول له « أنكحتك فلانة » ولا يحتاج إلى القبول منه أو 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 لا مجرد التحليل
فهو دليل على القول الاول ، ولا سيما بملاحظة الامر باعطاء شيء ، فإن الظاهر منه
أنه من باب المهر الذي لا يجب في التحليل ، كما ذكر ذلك في المسالك .

(١) كما اختاره في المختلف . لأن القبول إنما يشترط في حق من يملكه ،
والعبد هنا لا يملك القبول ، لأن للمولى إجباره على النكاح ، فله هنا ولاية طرفي
العقد وفي المسالك : « هو متجه لأن اعتبار قبول العبد ساقط ، وإيجاب المولى دال
على قبوله ، والمعتبر من القبول الدلالة على رضاه ، فهو متحقق فيه بما يصدر عنه
من اللفظ المفيد للنكاح » وظاهر صدر كلامه كظاهر المختلف عدم اعتبار القبول في المقام
وظاهر ذيل كلامه اعتبار القبول ، لكن من باب الدلالة على الرضا ، فإذا علم الرضا
من الإيجاب كفى . ويشكل الأخير بأن الرضا النفساني غير كاف في القبول ، وإنما
المعتبر الرضا الانشائي . وأما الاول فغير بعيد ، إذ ليس الفرق بين المعاني العقدية
والإيقاعية أن الاولى تتعلق بغير الموجب ، والثانية لا تتعلق 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
الإيقاعي لا يكون إلا تحت سلطان الموجب فقط ، وإنكاح المولى عبده لما لم يكن
تحت سلطان العبد ، بل هو تحت سلطان المولى فقط ، كان معنى إيقاعياً .

(٢) كصحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع) وخبره عن أبي
جعفر (ع) : « في المملوك يكون لمولاه أو لمولانته أمة فيريد أن يجمع بينهما ،
أنكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أو من

ولأن الامر بيده (١) فإجابه مغن عن القبول بل لا يبعد أن يكون الامر كذلك في سائر المقامات مثل المولى والوكيل (٢) عن الطرفين

قبل العبد ؟ قال (ع) : نعم ولو مدأ وقد رأيتہ يعطي الدراهم . ومصحح الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل كيف يشكح عبده أمته ؟ قال (ع) : يقول قد انكحتك فلانة ، ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه ولو مدأ من طعام أو درهما أو نحو ذلك » وفي الجواهر : « تبعاً لجامع المقاصد أن السؤال كان عن كيفية إنكاح المولى العبد أي ما يتعلق بالمولى من الإيجاب لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لامن العبد ولا من السيد الذي هو وليه بل لعل دلالة على القبول أوضح كما في كشف اللثام للفظ الانكاح واجتزأ به عن ذكر القبول لظهوره حينئذ 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 إباحة » . ويظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناء على أنه عقد وفي كشف اللثام التردد في ذلك والانصاف أن النصوص لا تخلو من دلالة على عدم اعتبار القبول وما في جامع المقاصد والجواهر وغيرها غير ظاهر .

(١) قد عرفت وجهه وفي الجواهر : « قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفي العقد وبين الاكتفاء في الإيجاب عن القبول فإن باقي الأولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد لكن لا بد من ذكر صورة العقد اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالاً كالا أنه قائم مقام المولى عليه وفيه أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد لمعلومية كون النكاح من العقود . ويظهر مافيه مما عرفت من منع كونه من العقود في الفرض بل هو من الإيقاع لانه تحت سلطنة سلطان واحد .

(٢) فإنه لما كان له سلطان على الإيجاب والقبول كان إجابته مغنياً عن القبول لانه في نفوذ إجابته لا ينتظر قبول قابل فيكون نافذاً بلا قبول القابل اللهم إلا أن يقال لما كان

وكذا اذا وكل غيره في التزويج (١) فيكفي قول الوكيل : « انكحتك أمة موكلي لعبد فلان » او « انكحتك عبد موكلي أمة » وأما لو أذن للعبد والامة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الايجاب والقبول (٢) .

كل من الموكل والمولى عليه ذالسلطان فالوكيل في إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لسلطنة القابل فلا يكون الايجاب نافذا إلا بعد اعمال سلطنة القابل وإنما يكون ذلك بالقبول عنه فلا ينفذ الايجاب بدون القبول لانهم إلا أن يقال هذا اذا كان ولياً أو وكيلاً على الايجاب وعلى القبول أما اذا كان ولياً أو وكيلاً عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد وهو جعل الزوجية بينهما فأيقاعه 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 الآخر أو وكلا ثالثاً ويكون المضمون حاصلًا 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 إيقاعاً كونه تحت سلطنة واحدة أو سلطنتين متقابلتين ولما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلًا بمجرد إيقاعه فإذا وقع من الاصيلين كان عقداً وإذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعاً وما في المسالك من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول والايجاب في عقد الولي على الطرفين 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 الاصيل .

(٢) لأن ظهور الاذن لها 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 ﴾ : إذا أراد المولى التفريق بينهما لاحاجة الى الطلاق ، بل يكفي أمره إياها بالمفارقة (١) ولا يبعد جواز الطلاق أيضا بأن يأمر عبده بطلاقها وإن كان لا يخلو من إشكال أيضا (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 مملوكاً لا يقدر على شيء) فليس للعبد شيء من الأمر . وإن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها » ومصحح عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله (ع) قال : « سمعته يقول : إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له : اعزلها ، فإذا طمئت وطئها ، ثم يردها عليه إن شاء » . وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) : « إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء » ونحوها غيرها ومنه صحيح محمد بن مسلم المتقدم في أول المسألة . وفي كشف اللثام - بعد الاستدلال به على المقام - قال : « ويشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع . للاحتياط وعدم نصوص الاخبار » لكن الاحتياط لا يجب مع وجود الحجة . وعدم نصوصيتها لا تقدم إذا كان لها ظهور ، فإن 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 إذا كانت أمة لمولاه فإن طلاقها وإزالة عقد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه . إجماعاً » . وفي الخدائق : « لا خلاف نصاً وفتوى - فيما أعلم - في أنه إذا زوج السيد عبده أمته فإن الطلاق بيد السيد ، وله أن

﴿ مسألة ١٨ ﴾: إذا زوج عبده امته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا . بل هو الاحوط (١) وتلك 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 إذا لم يكن وكيلاً عنه . وفيه أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه ، لأنه 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 للاصر باعطائها مداً من طعام ، أو درهماً ، أو نحو ذلك . لكن الأكثر - كما قيل - على الاستحباب . وفي كشف اللثام نسبة الى المفيد أيضاً . للاصل . وعدم التنصيص على الوجوب لكن الاصل لا مجال له مع الدليل . وعدم التنصيص لا يقدح في الحجية مع وجود الظاهر . وفي الجواهر استدلل 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 ، لا مكان وجوب تمكينها من المهر وإن لم يكن ملسكاً لها . ومثله الاشكال بعدم ظهور الخبرين في كون المدفوع مهرآ ، مع أن المدعى ذلك ، فالدليل لا يثبت الدعوى ، والدعوى لا دليل عليها إذ فيه أنه إن تم ذلك منع من القول بكون المدفوع مهرآ ، لا من القول بوجوب الدفع . ثم إن الظاهر عدم كون المدفوع مهرآ 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 وانتقل الى الورثة فلهم أيضا الامر

بالمفارقة بدون الطلاق (١) والظاهر كفايه أمر أحدهم في ذلك (٢) .

﴿ مسألة ٢٠ ﴾ : اذا زوج الامة غير مولاه (٣) من حر فأولدها جاهلا

بكونها لغيره عليه العشر او نصف العشر لمولاه وقيمة الولد ويرجع بها على ذلك

الغير لانه كان مغروراً من قبله (٤) كما أنه اذا غرته الامة بتدليسها ودعواها

وجوب الدفع تعبدآ .

(١) كما نص على ذلك في 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 في حرمة الوطء في محله ، لعدم جواز

التصرف بدون إذن المالك ، وإن كان مالمسكاً جزءاً مشاعاً . وإن كان المراد الخروج

عن الزوجية بذلك ، فلا يخلو من إشكال ، لان الخروج عن الزوجية كالدخل 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 في 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 » الممول عليها في جملة من الموارد اتفاقاً ويقتضيها أيضاً خبر محمد بن سنان ، عن

الحرية تضمن القيمة (١) وتتبع به بعد العتق وكذا اذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حرقتها (٢) .

﴿مسألة ٢١﴾ : لو تزوج امة بين شريكين باذنها ثم اشترى حصة أحدها أو بعضها أو بعضاً 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 أباه فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها ، فولدت منه ، فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال (ع) : ترد الوليدة على موالها . والولد للرجل . وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الوليد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه » وخبر رفاعه بن موسى قال : « سألت أبا عبد الله (ع) .. الى أن قال : وسألت 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 رجلاً تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذها منها » . وربما يستفاد أيضاً من غيرها . لكنه قاصر عن إفادة العموم ، وإنما يدل عليها في موارد خاصة والعمدة ما ذكرنا والاول يدل على الرجوع بقيمة الولد بالخصوص .

(١) كما مال اليه في الجواهر لما ذكر من القاعدة .

(٢) كما عن الحلبي في السرائر ، مدعيًا نفي الخلاف في ذلك وإن الاجماع منعقد عليه . وهو مقتضى قاعدة الغرور المتقدمة .

(٣) على المشهور ، بل إجماعاً إذا لم يرض الشريك الآخر . لعدم التبعض في أسباب النكاح ابتداء واستدامة ، كما يقتضيه ظاهر قوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) . وموثق سماعة : « سألت عن رجلين بينهما أمة فزواجهما من رجل ، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين . فقال (ع) : حرمت عليه باشرائه

وكذا لو كانت لواحد واشترى بهما (١) وهل يجوز له وطؤها اذا حلها الشريك؟
قولان أقواهما نعم . للنص (٢) وكذا لا يجوز وطء من بعضه حر اذا اشترى نصيب

إياها . وذلك أن بيعها طلاقها . إلا أن يشترىها من جميعهم » وعن النهاية جواز
الوطء إذا رضي الشريك بالعقد ، وتبعه عليه القاضي . ودليله غير ظاهر في قبال
ما عرفت . ولذا قال في الشرائع : « ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الاتباع لم
يصح . وقيل : يجوز له وطؤها بذلك وهو ضعيف » .

(١) لما ذكر ، فإن قوله (ع) : « وذلك أن بيعها طلاقها » بمنزلة العام

الشامل للمقام .

(٢) وهو صحيح محمد بن قيس المروي في الكافي والتهذيب ، عن أبي جعفر
(ع) قال : « سألت عن جارية بين رجلين دبراهما جميعاً ، ثم أحل أحدهما فرجها
لشريكه . قال (ع) : هو له حلال . وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً
من قبل الذي مات ونصفها مدبراً . قلت : أرأيت إن أراد الباقي منها أن يمسه ،
أله ذلك ؟ قال (ع) : لا ، إلا أن يثبت عتقها ، ويتزوجها برضا منها متى ما أراد
قلت له : أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتها ، والنصف الآخر
للباقي منها ؟ قال (ع) : بلى . قلت : فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها
وأحلت له ذلك . قال (ع) : لا يجوز له ذلك . قلت : لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت
للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال (ع) : إن الحرة لا تهب
فرجها ، ولا تميزه ، ولا تحلله . ولكن لها من نفسها يوم ولذي دبرها يوم ، فإن
أحب أن يتزوجها متممة بشيء في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل
أو أكثر . ورواه الشيخ بطريق فيه على بن فضال ، والصدوق في الصحيح عن
محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) . وما أقوا المصنف حكى عن ابن إدريس وجماعة
منهم الشهيد في اللمعة . وفي الشرائع : « ولو حلها قيل : تحل وهو مروي وقيل :

الرقية لا بالعقد ، ولا بالتحليل منها . نعم لو هياها فلاقوى جواز التمتع بها (١) في الزمان الذي لها عملاً بالنص الصحيح وان كان الاحوط خلافه .

فصل في الطوارئ

وهي العتق والبيع والطلاق . أما العتق : فإذا 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 ما ذكره أخيراً بأن التحليل نوع من الملك ، كما عرفت ، فلا تبعض ، كما أشار اليه في كشف اللثام ، بعد أن قوى الجواز مع أنه لا مجال لرد النص والاخذ بالقواعد العامة لو تمت فاذاً الجواز متعين . ومن الغريب نسبة الضعف الى الرواية في المسالك وغيرها ، مع أنها مروية في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) بطريق صحيح ، وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه (ع) بطريق صحيح أيضاً ، ورويت في 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 في 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 لا مجال لما في المسالك من أن منافع البضع لا تدخل في المهايأة وإلا لحل المتعة بغيره في أيامها وهو باطل اتفاقاً لا يمكن منع الملازمة بين الحكمين وجواز التفكيك بين الفرضين ، كما ذكر في الجواهر .

فصل في الطوارئ

(٢) بلا خلاف ، ولا إشكال ، بل في الرياض : « إذا كانت تحت عبد

على الاقوى (١) والظاهر عدم الفرق

إجماعاً من المسلمين ، كما حكاها جماعة « ويشهد به النصوص المستفيضة ، كما صحح الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله (ع) : عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الامة . قال (ع) : أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها ، وإن شاءت نزلت نفسها منه . قال : وذكر أن لبريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة ، فاشترتها عائشة فاعتقتها ، فخبرها 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 ، فإن شاءت أقامت على زوجها ، وإن شاءت فارقتة « . ونحوها غيرها .

(١) على المشهور ، ومنهم الشيخ في النهاية ، والمحقق في المختصر النافع .
 جملة 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) وإطلاق خبر الكناني : « أيما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت فارقتة » . 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 بوضعها » . وعن الشيخ في المبسوط والخلاف في الخيار . وفي الشرائع أنه أشبه . وعن شرح النافع أنه متعين لضعف النصوص المذكورة سنداً ، فلا تصلح لاثبات حكم مخالف للأصل ويشكل بأن ضعف النصوص بعبور بعمل المشهور بها واعتمادهم عليها . ولا سيما بملاحظة قول النبي (ص) لبريرة : « ملكتك بضعك فاختاري » فإنه بمنزلة التعليل الشامل لغير موارده لكن لم أعر على ذلك في رواياتنا .

بين النكاح الدائم والمنقطع (١) . نعم الحكم مخصوص بما اذا اعتق كلها فلا خيار 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 لمولاهها او لها ؟ تابع للعقل في العقد (٤) فان جعل لها فاهما وإلا فله : ولمولاهها في الصورة الاولى تملكه كما في 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 كالأجارة لا تنفسخ بالعتق . واسكنه كما ترى .

(٢) كما نص على ذلك في القواعد وغيرها . ويقتضيه الاصل وقصور النصوص والفتوى عن شمول الفرض ، كما ذكر ذلك في كشف اللثام وغيره . ويظهر من عبارة المصنف أنه محل خلاف . لكن نسبة الخلاف في كشف اللثام الى بعض الشافعية يدل على الاتفاق عليه عندنا ، كما هو ظاهر الجواهر أيضا .

(٣) كما يستفاد من قوله (ع) : « هي أملك ببيعها » وان كان مقتضى الجود عليها الاقتصار على صورة عتق الكل . لكن منصرفها صيرورتها بتمامها حرة ، ولو بالتدريج .

(٤) قد تقدم في المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الامة المزوجة لمولاهها ودعوى الاتفاق عليه من جماعة . فلا وجه ظاهر لهذا التردد في المقام والتفصيل ولذا قال في الجواهر : « وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاهها 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 لا يناسب عبارة المتن .

(٥) لانه تحت سلطانه مطلقاً .

ليكن هذا اذا كان قبل انعقادها (١) ، واما بعد انعقادها 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 ماله ، الموجبة لسلطنته عليه .

(٣) يعني : العتق والفسخ أيضا .

(٤) قال في المسالك : « إن كان (يعني : الخيار) قبله سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها » ، ونحوه في كشف الثام ، وفي الجواهر : « اذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه . لكون الفسخ منها قبل الدخول : ولأنه كمتلف المبيع قبل قبضه . ولكون النكاح كالمعاوضة المبنية على التسليم بالتسليم . » . ليكن 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 ما ذكره من ثبوت المهر بالعقد فإنه 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 في 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 ، وبالجمله : فبقاء المهر مع الفسخ الذي ذكره في الجواهر أو مع البطلان الذي ذكر في المتن ، غير ظاهر . نعم يمكن دعوى منع حصول الفسخ والبطلان باختيار الفراق ، واحتمال أن يكون نظير الطلاق . غاية الامر أن إيقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج وإيقاع هذا الفراق من الزوجة . ولا يأتى قوله (ع) في

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

﴿ مسألة ٢ ﴾ : اذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فان كان المهر
جمل لها فلها . وان جمل 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 بالنفويض ، فان كان بنفويض المهر (٣)
فالظاهر ان حاله حال ما اذا عين في العقد (٤)

الصحيح الاول : « وان شئت نزلت نفسها منه » وقوله (ع) في الصحيح الاخير : « وإن
شئت فارقته » أن يكون من قبيل الفراق المجهول ضد الزوجية ، لا نقض الزوجية
المجهولة . وحينئذ يكون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف (ره) . وحل الفراق
في المقام على الطلاق في تنصيف المهر ، لا وجه له . فالعمل بالاصل متعين .

(١) على الاصح ، كما في المسالك والتحقيق ، كما في الجواهر ، ونحوهما ما في
غيرها لوضوح أنه مذكور في العقد ، فإذا صح ثبت وقيل : يثبت بالدخول ، ولذا
يتنصف بالطلاق قبل الدخول . وفيه : أنه حكم على خلاف القاعدة قام عايه الدليل
على أن ثبوت النصف حينئذ يدل على عدم استقلال الدخول في ذلك .

(٢) فيكون مهرها ملولاً لها وإذا قلنا بان المهر يثبت بالدخول لا بالعقد اتجه
حينئذ ثبوت المهر لها . لأن الدخول كان في حال الحرية .

(٣) بأن يذكر المهر في العقد ويفوض تعيينه الى أحد الزوجين بعينه ، أو ولو
مطلقاً لا بعينه ، أو ولو اليها 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 التعمين ، فخاله حال ما اذا عين حين العقد (٢) وان كان قبل الدخول ، فالظاهر أن المهر لها (٣) لانه ثبت حينئذ بالدخول ، والمفروض حررتها 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 لا تعدد العدة بل يكفيها عدة واحدة (٥) ولكن عليها تميمها عدة الحرة (٦) وان كانت للعدة بائنة

فتجري فيه أحكام الصور الثلاث للمهر المعين في العقد .

- (١) بأن لا يذكر المهر في العقد أصلاً ، لا إجمالاً ، ولا تفصيلاً .
- (٢) لان التعمين اللاحق كالتعمين في العقد نافذ . وإن كان العتق بعد الدخول بلا تعيين معين 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) لأنها بحكم الزوجة . ولضرورة أولوليته من فسخ النكاح المستقر ، كما في كشف اللثام ، وغيره .

- (٥) نص على ذلك كله في القواعد وغيرها . ويتمتضيه إطلاق الأدلة . ولا مجال للرجوع الى أصالة عدم التداخل ، لأنها خلاف المرتكزات العرفية في المقام .
- (٦) لصيرورتها حرة . لسكن 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 ﴾ : لا يحتاج فسخها الى اذن الحاكم (٢) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : الخيار على الفور (٣) على الاحوط فوراً عرفياً . نعم

غير وجه ، والارتكاز إنما يساعد على التداخل ، لا على الغاء السببية بالمرة . نعم
ما في المتن مذكور في القواعد وغيرها ، ويظهر منهم الغروية عنه . فان كان إجماعاً
فهو ، وإلا فالمتمتعين 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 ، فإنها لا خيار لها حينئذ لخروجها عن الزوجية حقيقة وحكماً .
والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه ، وإن كان قول المصنف (ره) : « على
الاقوى » يشعر بوجود الخلاف ، لكنني لم أعثر عليه ، ولا على إشكال فيه .

(٢) كما نص على ذلك في القواعد . وفي كشف الثام : « للشافعية وجه
بالافتقار » وظاهره أنه لا خلاف فيه بيننا .
(٣) كما نص على ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وفي المسالك : « يظهر من
الجماعة الاتفاق عليه » وفي كشف الثام : « إتفاقاً كما هو الظاهر » وفي الحقائق :
« ظاهر الاصحاب الاتفاق عليه » ، وفي الرياض أنه متفق عليه عند الجماعة
كما حكاه طائفة .

واستدل له بلزوم الاقتصار على المتيقن في فسخ العقد اللازم ، ومرجعه الى
التمسك بعمومات اللزوم عند الشك فيه ، فان عمومات اللزوم كما لها عموم افرادي
لها عموم أزمني ، فإذا دل الدليل على عدم اللزوم في زمان وشك فيما بعده من
الازمنة فاللزوم وعدم تعين الرجوع الى عموم اللزوم الازمني في الزمان المشكوك
ويشكل بأن ذلك وإن سلم ، فأعما يصح اذا لم يكن لدليل الخيار إطلاق ، وإلا كان

لو كانت جاهلة بالعقد ، او بالخيار او بالفورية جاز لها الفسخ بعد العلم (١) ولا يضره التأخير حينئذ .

(مسألة ٧) : ان كانت صبية او مجنونة فالاقوى ان وليها يتولى خيارها (٢)

إطلاقها مقدما على العموم الازماني ، ففي الزمان المشكوك يرجع الى إطلاق الخيار لا الى إطلاق اللازم الازماني فلاحظ ، فان العمدة هو الاتفاق المسمى في المقام على الفورية .

(١) أما في الاول فمفتوح به - كما في 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 يضعها بمنزلة العقد بعده ، ولأن الجهل لو كان عذراً لكان النسيان كذلك . وفي الجميع منع ظاهر ، إذ دليل الخيار يقتضي الثبوت في غير مورد الاجماع على السقوط والمشابهة في الثاني ممنوعة والملازمة في الثالث كذلك ، مع أنه لا دليل على بطلان اللازم ، بل في المسالك إلحاق النسيان بالجهل . والعمدة في الحكم في الجميع عدم تمامية الاجماع على السقوط ، ومقتضى إطلاق الدليل ثبوته . ومنه يظهر الاشكال في احتمال الفرق بينهما . وتوجيهه بأنه مع العلم بالخيار إذا اُخترت الفسخ فقد رضيت بالاجازة ، ولا ندفع الضرر بآثبات الخيار لها مع العلم وان لم تعلم الفورية . كما ترى إذ الاول ممنوع ، والثاني مبني على ثبوت الخيار بالضرر ، وهو ممنوع ، لقياس الدليل عليه ، فيؤخذ باطلاقه ما لم يجماع 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 الحقائق : « قالوا ليس للولي هنا ... » ، وظاهره النسبة الى الاصحاب . لكن

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لا يجب 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 او آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها وليكن يمكن دعوى انصراف (٣) الاخبار الى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها .

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته (٤)

التعليل المذكور في القواعد كما ترى ، إذ الشهوة لاتزاحم المصلحة ، ولذا يصح تصرف الولي لزوجها بمن شاء اذا كان مصلحة لها ، كما لا يخفى . فالعمدة في الاشكال في ذلك عدم ثبوت العموم الدال على ولاية الولي بحيث يشمل المقام . ولأجل ذلك كان الاشكال في صحة هبة المدة من الولي في النكاح المنقطع ، إذ للعموم في دليل الولاية يقتضي ذلك فلاحظ .

(١) للأصل بعدم عدم الدليل على الوجوب وكذا لا يجب على المالك إعلامها بذلك ، لما ذكر .

(٢) كما يقتضيه إطلاق كلامهم .

(٣) ليكن الدعوى المذكورة ضعيفة ، والانصراف بدوي لا يعتد به في رفع اليد عن اطلاق النصوص .

(٤) قال في الشرائع في كتاب العتق : « لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزم الوفاء به » ونحوه في القواعد وغيرها والظاهر أنه لا اشكال فيه ولا خلاف ويقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة ، أو شرط المال أو غير ذلك مضافاً الى احتمال عموم السلطنة ، وان العبد تحت سلطان المولى حتى بالإضافة الى ذمته فله اشغالها بما شاء . ولأجل ذلك يظهر أنه لا حاجة الى قبول

﴿مسألة ١١﴾ : لو استق العبد لا خيار له (١) ولا لزوجه (٢) .

﴿مسألة ١٢﴾ : لو كان عند العبد حرة وأمتان فأعتقت إحدى الأمتين

العبد ، كما هو مذهب جماعة ، منهم المحقق في ظاهر كلامه . خلافاً 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 أيضاً تحت سلطان المولى أن كان موجوداً . نعم إذا لم يكن موجوداً فلاسلطنة 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 ، لأنها تحت سلطانه . فلاحظ .

(١) على المشهور شهرة عظيمة ، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا عن ابن الجنييد فأثبت له الخيار قياساً على الأمة وعن ابن حمزة فأثبت له الخيار إذا كان قدراً كرهه على النكاح ، وعن المختلف موافقته في ذلك لأنه كالحرم المكره والاشكال عليها ظاهر ، إذ القياس ليس بحجة والحرم المكره مسلط على نفسه ، فيمكن أن يكون الاكراه له مانعاً من نفوذ سلطانه على نفسه بخلاف العبد لأنه تحت سلطان المولى ، ولاسلطان 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) بالخلاف لأنها رضيت به عبداً فلولي أن ترضى به حراً ، كما ذكر في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبدالله (ع) : « في رجل زوج أم ولد له من عبد ، فأعتق العبد بعد ما دخل بها ، هل يكون لها الخيار ؟ قال (ع) : قد تزوجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به » ، ونحوه خبر أبي بصير .

فهل لها الخيار أولاً؟ وجهان (١) وعلى الأول ان اختارت البقاء فهل يثبت

(١) قد تقدم أنه لا يجوز للعبد أن يتزوج حرتين وأمة، وله أن يتزوج أمتين وحرّة. وفي المقام بعد عتق إحدى الامتين يكون العبد قد جمع بين حرتين وأمة، ولما لم يحز ذلك كان اللازم بطلان زوجية الجميع لعدم المرجح. لكن الظاهر إلحاق المقام بما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع، حيث ذكروا أنه يختار أربعاً ويترك الباقي. فإذا كان حكم الزوج الاختيار أشكل البناء على ثبوت الخيار للزوجة وإن كان مقتضى إطلاق الدليل ذلك، لكن تمكن دعوى انصرافه عن صورة تنزيل حال المرأة من جهة أن للزوج اختيار غيرها فيبطل نكاحها. وفيه: أن هذا المقدار من التزلزل لا يستوجب الانصراف المعتمد به، لا يمكن أن يكون الخيار لسكن من الزوج والزوجة، فثبوت الخيار للزوج لا يوجب قصور دليل الخيار للزوجة عن شمول الفرض. نظير ما لو كان العتق في أثناء العدة الرجعية. مضافاً إلى أن ذلك لو تم فأنما يقتضي نفي خيارها قبل اختيار الزوج، لا مطلقاً، فلو اختارها الزوج كان لها الخيار، لا تنفاه المانع المذكور.

ويحتمل بعيداً أن يكون تردد المصنف (ره) من جهة احتمال بطلان نكاحها بمجرد العتق، وعدم الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع. إذ لا دليل على هذا الإلحاق بعد كون الحكم هناك خلاف مقتضى القاعدة، لأن عقده عليهن إن كان في زمان واحد تعين بطلان الجميع، لعدم المرجح، وإن كان في زمانين تعين البناء على بطلان اللاحق وصحة السابق. فالبناء على اختيار الزوج مستند إما إلى الإجماع. أو إلى النص الوارد في المجوسي إذا أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه، كيف يصنع؟ قال (ع): يمسك أربعاً، ويطلق ثلاثاً. والظاهر أنه ليس في روايات أصحابنا سواء. والإجماع والنص لا يشملان المقام. فيتعين البناء على بطلان الجميع في المقام، لعدم المرجح. وحينئذ لا مجال لخيار

ج ١٢ ﴿ إذا تزوج العبد ثلاث إماء أو أربع فاعتقت إحداهن ﴾ ٣٠٥

للزواج التخيير أو يبطل نكاحها . وجهان (١) وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء (٢) فاعتقت إحداها ولو اعتق في هذا الفرض جميعهن دفعة ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات . أو التخيير من الأول للزوجات ، فإن اخترن البقاء فله التخيير أو يبطل نكاح الجميع وجوه (٣)

الزوجة ، لانتفاء موضوعه .

(١) لم يتضح وجه البطلان مع اختيارها للبقاء . نعم إذا قلنا بأن الممتنع أن يجمع العبد بين حرتين وأمة مع استقرار النكاح فما دامت الأمة الممتنعة لها الخيار لآمانع من الجمع ، فإذا استقر نكاحها باختيارها للبقاء امتنع الجمع ، فبطل نكاحها لكن لو تم اقتضى بطلان نكاح الجميع . فإذا التحقّق - بعد البناء على الحاق المقام بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع - هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجة والزوج في الفرض ، ولا يبطل نكاحها إلا إذا اختار الزوج غيرها .

(٢) إذا كان عند العبد ثلاث إماء فاعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها لانه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة وأمتين . وحينئذ فلا إشكال في ثبوت الخيار للمعتقة ، وليس هو مانع فيه . نعم إذا اعتق اثنان منها كان قد جمع بين حرتين وأمة . ولا يجوز للعبد ذلك ، فحينئذ يحل الإشكال السابق وكذا لو كانت أربع إماء فاعتقت واحدة ، فإنه لا يجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء وحرة ، فيجري فيه ماسبق .

(٣) قد عرفت أنه مقتضى القاعدة ، وأن اللاحق بصورة ما إذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر . ولو بني عليه لم يكن وجه لتقديم اختيار الزوج على اختيار الأمة ، أو تقديم اختيارها على اختياره ، فإن كون اختياره موضوعاً لاختيارها وكذا العكس مما لم يشهد به شاهد . والمتعين أن يكون لكل منهما الاختيار ، كما لو اعتقت في أثناء العدة الرجعية .

فصل في المقدم وأهمه

﴿ مسألة ١ ﴾ : يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين (١) فلا يكفي التراضي الباطني ولا الإيجاب والقبول الفعليين وان يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم (٢) وإن كان

فصل في المقدم وأهمه

(١) قال في الحقائق : « أجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين » وفي كلام شيخنا الاعظم (ره) : « أجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح ، لا بإباحة ، ولا بالمعاطاة » ، ونحوهما كلام غيرهما . ولأجل هذا الإجماع اختلف النكاح عن غيره من مضامين العقود ، فإنها يجوز أنشاؤها بالفعل ، بخلافه وأما الفارق بينه وبين السفاح فلا يرتبط بذلك ، إذ السفاح الوطء لابعنوان الزوجية ، وفي النكاح الوطء بعنوان الزوجية ، وإن لم يكن إنشاؤها باللفظ ، كما في نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة ، فإنه نكاح وليس بسفاح ، وإن كان بغير لفظ فلا حظ .

(٢) كما عن التذكرة ، والمختلف ، وفي كشف الثام نسبته الى الأكثر ، وعن ظاهر السيد في الطبريات الإجماع عليه . وفي المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الاثر عليه ، للشك في جوازه ، لأنه حقيقة في المنقطع ، مجاز في الدائم ، والعقود اللازمة لا تقع بالمجاز وفي كلنا المقدمتين منع . وأصالة عدم ترتب الاثر لا مجال لها في قبالة عمومات النفوذ والصحة ولذا اختار في الشرائع ، والمختصر النافع ، والقواعد ، والارشاد ، الجواز ، ويشهد له ماورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الاجل نسبياً .

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 الالسنه 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 لاجمالهما مع الاطلاق والانصراف الى العربية - لانه المتعارف - بدوي ، لا يعول عليه في رفع اليد عن الاطلاق مع أن كون المتعارف مطلقاً العربية ممنوع ، بل المتعارف عند أهل كل لغة ما هو بلفتهم . فلو بني على تقييد المطلق بالمعارف كان اللازم اعتبار كل لغة عند أهلها ، فلا يصح بالعربية لغیر العربي فالبناء على جواز غير العربي - كما عن ابن حمزة - 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 المأزوية (١) وان كان الاقوى عدمه (٢) فيكفي المستقبل ،
والجملية الخبرية (٣) كأن يقول : « أزوجك » 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 - كذا في المسالك -
واستدل له بأن الماضي دال على صريح الانشاء المطلوب في العقود ، بخلاف صيغة ،
المضارع والامر ، فانها ليسا موضوعين للانشاء . ولا احتمال الاول الوعد وللزوم
الاقتصار على المتيقن ، وغير الماضي مشكوك . ولان تمويز غيره يؤدي الى انتشار
الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة . والجميع كما نرى . فان الاول ممنوع . والماضي
يكون خبراً تارة ، وإنشاء اخرى ، كالمضارع ، بل لافرق بين الفعلين إلا في
الحكاية عن زمان التلبس ، واحتمال الوعد لا أثر له مع القرينة على إرادة الانشاء .
والاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل في المشكوك ، وكفى بالاطلاق
دليلاً مضافاً الى النصوص الواردة في بيان عقد الانقطاع ، 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 كالجملية 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 ؟ ١ .

(٤) كما نسب الى الأكثر ، والاشهر في مطلق العقود ويقتضيه مفهوم
القبول العقدي فان مفهوم القبول في نفسه وإن كان يتعلق بالامر الاستقبالي كما
يتعلق بالامر الماضي ، نظير الرضا والحب والبغض ونحوها ، بل لا يعتبر فيه وقوع
الايجاب لا في الماضي ولا في المستقبل ، لتعلقه بالوجود المحاطي ، إلا أن القبول
العقدي - أعني : ما يقابل الايجاب - يختص 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 جمل وأنشئ أما الرضا بما يجمل وينشأ فلا
 يكون قبولا بالمعنى المقابل للايجاب ، فلو تقدم القبول لم يكن قبولا بذلك المعنى . وأما
 ما ورد في الروايات الواردة في بيان كيفية المتعة المتضمنة أنه يقول لها : « أتزوجك على
 كتاب الله تعالى وسنة نبيه (ص) » ، فإذا 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 . لسكن 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 . ولأننا نقول بموجبه ، فإن القبول حقيقة ما وقع
 بلفظ : « قبلت » ولا إشكال في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ ، وإنما الكلام فيما
 وقع بلفظ : « تزوجت » أو « نكحت » فهو في معنى الايجاب ، وتسميته 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 يلتزم مع ما في المتن ، فإن جواز الايجاب من الزوج سيتعرض له
 بعد ذلك ، بل ولا يلتزم مع كلمات جماعة ممن قال بجواز تقديم القبول وأدلتهم
 عليه فلاحظ .

(١) لا يخفى أن الزوجية المجمولة في عقد النكاح مقابل الفردية ، فكان كل

وان كان الاقوى جواز العكس وأن يكون القبول بلفظ: « قبلت » (١) ولا يبعد كفاية « رضيت » ولا يشترط ذكر المتعلقات فيجوز الاختصار على لفظ: « قبلت » من دون أن يقول:

واحد من الرجل والمرأة فرد ، فإذا 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 تابعة ومتبوعة ، والرجل أولى بالمتبوعة ، كما أن الانثى أولى بالتابعة ، فلذلك تعارف بإيجاب المرأة بقولها للرجل : « زوجتك نفسي » ولم يتعارف بإيجاب الرجل بقوله للمرأة : « زوجتك نفسي » فإذا وقع الإيجاب من الرجل ، فتارة : يكون المعنى الذي يوجهه أن تنضم اليه المرأة ، فيقول : « تزوجتك » ، فتقول هي : « قبلت » ونحوه وأخرى : يكون المعنى الذي يوجهه معنى آخر غيره ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : « زوجتك نفسي » . أما الاول فلا ينبغي الاشكال في صحته ، كما يقتضيه إطلاق الأدلة . وما ورد في بيان كيفية المتعة . والاختصار فيه على ما مرده 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 ، لا يمكن أن يكون الزوجية فيها تبعية لا أصلية . نظير عوضية المبيع للثمن . نعم في مادة النكاح يجوز الإيجاب بـ « أنكحتك نفسي » من كل من الرجل والمرأة . لورود كل من الأمرين في الاستعمال الصحيح ، قال الله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) ، قال تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره) . (١) للاختصار عليه في كلام جماعة . وكأنه لا انصراف الى المتعارف . لكن المتعارف لا يوجب تقييد المطلق الدال على الاجتزاء بكل ما دل على القبول ، مثل: « رضيت » و « تزوجتك » ونحوها .

« قبلت النكاح لنفسي (١) او لموكلتي بالمهر المعلوم » والاقوى كفاية الاتيسان 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 أنت رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك ، وقامت قياماً طويلاً . فقام رجل وقال يا رسول الله : زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة . فقال رسول الله (ص) : هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال ما عندي إلا إزارى هذا . فقال رسول الله (ص) : إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك اجلس التمس ولو خائفاً 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 الاحمائي في غوالي اللثالي ، على ما حكى . نعم في صحيح محمد بن مسلم المروي في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر (ع) : « قال : جاءت امرأة الى النبي (ص) فقالت : زوجني فقال رسول الله (ص) : من لهذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله زوجنيها . فقال : ما أعطيتها ؟ 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 : أحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم . قال : قد زوجتكها على ما تحسن 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 . وتظهر 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 ما ذكر ، 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 ما تقدم في ذلك المبحث ، من أن الوكيل عن الطرفين يجزي إيجابه عن القبول ، فإن الرجل لما طلب تزويجه من النبي فقد جعله وكيلاً عنه أو مأذوناً منه في تزويجه ، فلا حاجة الى قبوله حتى لو كان المأذون غير النبي (ص) وليس ذلك مبنيّاً 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 - فإنه غير معقول لان الامر بالتزويج إنشاء لا يبقاه من مخاطب المأمور ، لا إنشاء لنفسه ، كما في « لا تزوج » 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 ما وقع من أجزاء العقد ، ولا في مقام الحكمية لجميع

كان الاحوط خلافه .

﴿مسألة ٢﴾ : الاخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة مع قصد الانشاء .

وان تمكن من التوكيل على الافوى (١) .

ما وقع في ذلك المجلس ، بل في مقام الحكاية لما جرى من المرأة مع النبي (ص)
لزم البناء عليه ، عملاً بالقاعدة ، لا بالرواية ولعله مراد جماعة ممن قال بهذا القول ،
لا ما يقتضيه ظاهر كلامهم من كون الامر قبولاً . نعم لا يتأتى هذا الحمل في
كلام الشرائع ، لتصريحه بكون الامر قبولاً اذا كان بقصد انشاء القبول ، وكذا
كلام القواعد ، وغيرها . فيكون الحكم على خلاف القاعدة من وجهين : تقدم
القبول على الايجاب ، وإنشاء القبول بلفظ الامر ، الذي هو من قبيل الانشاء
بالالفاظ المستنكرة عرفاً . 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 يعني عن القبول ، فيرتب
الانتر على الايجاب فقط ، فذلك مقتضى القاعدة ، ولا يحتاج في إثباته الى الرواية .
وإن كان هو أن الامر قبول تعبداً ، فذلك مما لا دليل عليه ، والرواية لا تثبته . وإن
كان هو أن الامر قبول اذا كان صادراً بعنوان انشاء القبول - كما يظهر من عبارة
الشرائع - فالرواية لا تدل عليه قطماً ، 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 لا خلاف في ذلك » ، وفي كشف الثام :

« وهو مما قطع به الاصحاب » . واستدل له بفحوى ما ورد في الطلاق . كصحيح
البرنطي عن الرضا (ع) : « في الاخرس الذي لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟
قال (ع) : بالذي يعرف به من أفعاله » وما ورد في قراءته وتلييته وأشهده .

﴿ مسألة ٣ ﴾ : لا يكتفي في الإيجاب والقبول الكتابة (١) .

﴿ مسألة ٤ ﴾ : لا يجب التطابق (٢) بين الإيجاب والقبول في ألفاظ المتعلقة

فلو قال : « انسحكتك فـلانة » ، فقال : « قبلت التزويج » أو بالعكس كفى .
وكذا لو قال : « على المهر المعلوم » فقال الآخر : « على الصداق المعلوم » وهكذا
في سائر المتعلقةات .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : يكتفي - على الأقوى - في الإيجاب (٣) لفظ : « نعم » بعد

الاستفهام كما إذا قال : « زوجتني فـلانة بكذا ؟ » فقال : « نعم » (٤) فقال

والعمدة فيه إطلاق 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 تكتفي في إيقاع عقد النكاح للمختار » . ويقتضيه ما تقدم من الاجماع على
اعتبار اللفظ . ويشكل ما في جامع المقاصد من تعليقه بأن الكتابة كناية ، ولا يقع
النكاح بالكنايات . انتهى فإن 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 الأدلة .

(٣) كما عن الشيخ وابن حمزة ، وتبعهما في النافع ، والارشاد وتردد فيه

في الشرائع ، واستشكل فيه في القواعد .

(٤) بقصد إعادة اللفظ للإنشاء ، لا بقصد جواب الاستفهام . وقد يشير إليه

ما في رواية ابان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : كيف أقول لها إذا
خلوت بها ؟ قال : نقول أتزوجك متمعة على كتاب الله وسنة نبيه ، لا وارثة ولا
مورثة ، كذا وكذا يوما .. الى أن قال (ع) : فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت
وهي امرأتك .. » الحديث .

الاول : « قبلت » لسكن الاحوط عدم الاكنفاء (١) .

﴿ مسألة ٦ ﴾ : اذا لحن في الصيغة فان كان مغيراً المعنى لم يكف (٢) وان لم يكن مغيراً فلا بأس به اذا كان في المتعلقة وان كان في نفس اللفظين كأن يقول : « جوزتك » بدل « زوجتك » فلاحوط عدم الاكنفاء (٣) به وكذا اللحن في الاعراب .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : يشترط قصد الانشاء (٤) في إجراء الصيغة .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : لا يشترط في المجري (٥) للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى

(١) لان الظاهر أنه من قبيل الايقاع بالمجازات المستتكرة عرفاً 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 » تقتضي الاخبار ، والجمع بينها وبين الجملة بقصد الانشاء يقتضي التنافي بين الكلامين ، كما لو قال : « اخبرك أنني قد زوجتك ابنتي » قاصداً الانشاء بالجملة ، كما أشار الى ذلك في الرياض ولا وجه لاستغرابه ، كما في الجواهر . وبالجملة : اذا كان الانشاء بنحو مستتكر عرفاً لا يصح ، لأن اطلاق الصحة منزل على العرف ، والمستتكر عرفاً 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 المستتكر عرفاً .

(٣) لسكن الظاهر أنه ليس من المستتكر عرفاً ، فيشملة اطلاق النفوذ .

(٤) لاشتراط ذلك في الايقاع ضرورة .

(٥) لاطلاق الأدلة ولا سيما وان أكثر غير العرب لا يعرف ذلك لو كان

الصيغة تفصيلاً ، بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول ، بل يكفي علمه اجمالاً بأن معنى هذه الصيغة انشاء النكاح والتزويج . لكن الاحوط العلم التفصيلي .

﴿ مسألة ٩ ﴾ : يشترط الموالاة بين الايجاب والقبول (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 وإن 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 لا دليل 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 افتنم ، فقال : « قبلت » صح عقداً . لكن الموالاة في المقام غير حاصلة ، لاحقية ولا عرفاً . فلهيئة الاتصالية المعتبرة في صدق العقد لا يعتبر فيها الموالاة الحقيقية ، ولا العرفية . نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول ، فإذا وقع القبول في ذلك الحال كان عقداً . وكان 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 : « لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه ، وفي غيره من العقود » ، وفي جامع المقاصد في شرح ما ذكره العلامة قال : « لان العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة ، بحيث يعد جواباً للايجاب » .

حيث هو . وعدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل ، أو عدم صدق المعاقدة والمعاودة ، لعدم التخطيب وإلا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح كما اذا خاطبه وهو في مكان آخر اسكنه يسمع صوته ويقول « قبلت » بلا فصل مضر فانه يصدق عليه المعاقدة .

(مسألة ١١) : ويشترط فيه التنجيز (١) كما في سائر العقود ، فلو علقه نلى شرط او مجبىء 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 حاصلًا بما ذكرنا ، فانه مادام الموجب منتظرًا للقبول فاذا حصل صدق العقد ، ولو مع الفصل الطويل ، كما عرفت .

(١) العمدة في اعتباره الاجماع المدعى في كلام الجماعة . وأما دعوى : أن الانشاء إيجاد المنشأ وكما أن الایجاد الحقيقي لا يقبل الاناطة والتعليق ، كذلك الانشاء ، لأنه إيجاد ادعائي . فمدفوعة بالفرق بينهما ، الناشئ 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 الاحاطية ، يمكن أن يناط أيضا بالامور الاحاطية فيكون موجوداً في ظرف لحاظ الشرط ، ومفقوداً في 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 ملحوظاً ، فلا يكون موضوعاً لاضافة الاناطة بالشرط ، بخلاف المنشأ فانه الملحوظ وانه المحمول طرفاً لاضافة الاناطة بالشرط . وحينئذ لا مجال للاشكال المذكور .

ودعوى: أنه إذا كان التعليق للمنشأ في الانشاء، يكون أيضاً التعليق المخبر به في الاخبار، فيكون الخبر مطلقاً والخبر به معلقاً. ولا زم ذلك الكذب في مثل قوله تعالى: (لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدنا) لتحقق الخبر بلا مخبر به. مندفعة بأن المخبر به الفساد على تقدير تعدد الآلهة، لا الفساد مطلقاً، فانتفاء الفساد في الجملة لا يستلزم الكذب، وإنما الذي يستلزمه انتفاء الفساد على تقدير تعدد الالهة لـكنه غير منتف. ولا مجال لقياس المقام على بقية قيود المخبر به، كما إذا قال: «يجيء زيد يوم الجمعة» فإنه يكون كذباً إذا لم يجيء زيد في يوم الجمعة، أو جاء لـكن في غير الجمعة. فإن القيود المأخوذة في المخبر به يقتضي الخبر حصولها، وفي قيد الشرط لا يكون الامر كذلك، فإن صدق الخبر لا يقتضي حصوله، بل يقتضي حصول الجزاء على تقدير تحقق الشرط. فصدق الشرطية في الآية الشريفة يقتضي تحقق الفساد على تقدير تحقق الشرط، لا تحقق الفساد والشرط معاً، كما في سائر القيود. ومن ذلك تعرف أن التحقيق أن التعليق في القضايا الشرطية التي يكون جزاؤها خبراً تارة، وانشاء أخرى، إنما هو المخبر به، والمنشأ، لا لنفس الاخبار به أو انشائه فإن قلت: إذا كان التعليق للمنشأ لا للانشاء يلزم التفكيك بين المنشأ والانشاء إذا كان المعلق عليه استقبالياً، لحصول الانشاء بالفعل، وعدم حصول المنشأ. وإلا كان خلفاً. والتفكيك بين الانشاء والمنشأ كالتفكيك بين الوجود والوجود ممتنع، لأن الانشاء عين المنشأ، كما أن الوجود عين الوجود، والاختلاف إنما هو بالاضافة لا غير، ويمتنع التفكيك بين الشيء ونفسه.

قلت: المنشأ حاصل حين الانشاء، لـكنه معلق لا مطلق، فإذا 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 ما ذكرنا لم يكن خلاف ولا إشكال في صحة الوصية التمليلية المعلقة

« ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة » مع علمه بأنه يوم الجمعة صح (١) واما مع عدم علمه فمشكل (٢) .

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : اذا أوفعا 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 في معقد الاجماع ، بل المنسوب الى الفاضلين ، والشهيدين والمحقق الثاني ، وغيرهم هو القول بالصحة .

(٢) لاحتمال عدم انعقاد الاجماع على البطلان فيه . لسكن ظاهر شيخنا الاعظم في مكاسبه وصرح غيره ثبوت الاجماع على البطلان فيه . وإن كان مقتضى بعض الادلة التي سبقت لا بطلان 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 لأحكام لزومية ، مثل حرمة الاستمتاع . فإذا ترددت المرأة بين الزوجية وغيرها فقد تردد المكلف بين أحكام إلزامية . قد يمكن التخلص منها بالاحتياط وقد لا يمكن . فإذا أراد ترتيب أحكام الزوجية لايكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية لعدم الزوجية ، واذا أراد ترتيب أحكام غير الزوجية لايكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية للزوجية . فلا بد له في الصورة الاولى من تجديد العقد على الوجه المعلوم بالصحة 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 السكال 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 لا بد 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) استدلل 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 السبب ، ولا يرفع الا لزام المؤدي اليها ، فلا يشمل ما نحن 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 ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع اليها ما لها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع قال : والفلان لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم ، أو يشعر ، أو يذبت ، قبل ذلك » وفيه : أن الظاهر من الجواز ما كان على نحو الاستقلال في مقابل الجواز الثابت حال البلوغ يظهر ذلك جـداً 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 التزويل بملاحظه ، فيختص بالجناية العمدية . ولا يشمل ما نحن فيه مما لم يكن الحكم فيه إلا للعمد ، ويكون حكم الخطأ انتفاء حكم العمد لا انتفاء موضوعه . بل التعبير بالعمد والخطأ اللذين تعارف التعبير بهما عن الجناية العمدية والخطئية ، تبعاً للقرآن المجيد ، ومافى بعض تلك النصوص من التعرض للعاقلة - كالصرح في الاختصاص بالجنايات العمدية ، فيكون أجنبياً ، عما نحن فيه .

وقد يستدل على جواز تصرفه باذن الولي بأمر : الاول : قوله تعالى : (وابتلوا يتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فان الظاهر من ابتلائهم ابتلاؤهم بالمعاملة بالأموال ، لاختبار رشدهم وحملها على الابتلاء بمقدمات العقد ، خلاف الظاهر . والمراد من قوله تعالى : (فادفعوا) ادفخوا ببقية أموالهم ، فلا ينافي دفع بعض أموالهم لأجل الابتلاء والاختبار . الثاني : رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) : « نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ، فانها إن لم تجد زنت ، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد . ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده ، فانه إن لم يجد سرق » فان التقييد والتعميل ظاهران في نفوذ كسبه في الجملة . واذا حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر . وحمله على المكسب بنحو الالتقاط والاحتطاب ، أو العمل بأمر الغير - مع أنه خلاف الاطلاق - بعيد . ورواية ابراهيم بن أبي يحيى عن أبي عبد الله (ع) : « قال تزوج رسول الله (ص) أم سلمة ، زوجها إياه عمر بن أبي سلمة ، وهو صغير لم يبلغ الحلم » .

الثالث : السيرة التي ادعاها غير واحد من الاعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ في بلاد الاسلام ، وفي جميع الاعصار . وحملها على كونها

هو بعد بلوغه أو إفاقته ، على المشهور ، بل لا خلاف فيه لسكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل . لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفا بالعربية ، وعلم قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا . وكذا إذا كان لنفسه باذن الولي ، أو إجازته ، أو إجاز هو بعد البلوغ وكذا لا اعتبار بعقد السكران فلا يصح ولو مع الإجازة (١) بعد الإفاقة وأما عقد السكرى إذا إجازت بعد

صادرة من غير المباليين في الدين . كما ترى ، خلاف المقطوع به ، فإن الظاهر استقرار سيرة العقلاء على المعاملة مع المميزين مع رشدهم كالبالغين . ولأجل عدم الردع عنها من الشارع المقدس جرى عليها المشرعة . نعم تحقق الردع عن الاستقلال كما عرفت ، لاعتن المعاملة كلية . فلاحظ .

فإذا لا يبعد القول بجواز تصرف الصبي باذن الولي ، كما عن جماعة ، منهم الارديلي ، وقبله الفخر في الايضاح . وقبله المحقق في عارية الشرائع ، قال : « ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة » وفي كتاب الإجازة قال : « لو أجز المجنون لم تنعقد إجارته . وكذا الصبي غير المميز وكذا المميز إلا باذن وليه . وفيه تردد » وظاهره الميل الى الجواز .

وإذا شك في حصول الاذن حمل تصرفه على الصحة وإذا أخبر بها صدق خبره ، من باب إخبار ذي اليد ، أو عن النفس .

(١) كما هو المشهور . لانتفاء القصد المقوم للإيقاع والانشاء ، فلا عقد حيفئذ فلا زوجية ، ولا نكاح . كذا قبل . لسكن الظاهر تحقق القصد من السكران ، بل والنائم ، بل والحيوان إذ القصد الارادة والحيوان فصله المميز له عن مطلق الجماد كونه متحركا بالارادة . فالعمدة في عدم صحة عقد السكران والنائم ونحوهما وإيقاعهم ، خروجه عن منصرف أدلة النفوذ والصحة ، لعدم الاعتداد به عند

الأفاقة 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 شرعاً ، لما عرفت من أن مقتضى الاطلاقات المقامية الرجوع الى العرف في تشخيص الاسباب (١) ظاهر المتن اختصاص الخلاف في عقد السكرى فقط للرواية الآتية . وظاهر الشرائع التردد في عقد السكران مطلقاً وفي الجواهر انه محل الخلاف ، وأنه لا يختص الخلاف بعقد السكرى .

(٢) قال الشيخ في النهاية : « واذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى كان العقد باطلا . فان أفأقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضياً فان دخل بها الرجل في حال السكر ثم أفأقت 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 رجلاً في سكرها . ثم أفأقت فانكرت ذلك ، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه ، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟ فقال (ع) : اذا أفأقت بمد ما أفأقت 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 بضمونها . ولعل الاول أولى انتهى لكن الاولية 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 السفه (٤) اذا كان وكيلاً عن الغير في
اجراء الصيغة ، او أصيلاً مع اجازة الولي . وكذا لا بأس بعقد المكره (٥)

(١) قد عرفت أن هذا الجمل ذكره في المختلف ، وهو الظاهر من قول
السائل : « فزوجت نفسها » . ولا ينافيه قوله : « فأنكرت ذلك » ، لاحتمال أن
يكون الانكار بلحاظ كونه على خلاف مصلحتها ، لا بمنى أنها لم تكن شاعرة
بوقوعه منها وحينئذ يكون الخروج بها عن القاعدة من جهة اعتبار الرضا بعد
الافاقة في ترتب الاثر على العقد الصحيح عرفاً . لامن جهة ترتب الاثر على ما ليس
بصحيح عرفاً ، كما يظهر من الشيخ في النهاية ، وغيره .

(٢) هذا هو المائز بين المقام وبين مثل عقد النائم والمجنون والسكران اذا
كان الجنون والسكر غالباً على نحو يعد العقد منها من قبيل الهذيان .

(٣) حملها في كشف اللثام على ما اذا كان الزوج جاهلاً بسكرها ، فانه لا يسمع
في حقه قول المرأة ، وتجري عليها أحكام الزوجية ظاهراً ، وان لم يكن لها زوجية
واقماً . وبعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها ، أي : ماضية قهراً ، وان
وجب عليها الامتناع على التمكين منها ما أمكنها . فتكون الرواية واردة في مقام
بيان الحكم في مقام الاثبات ، لا الثبوت . وهذا الجمل في غاية البعد ولم أقف على
من حملها على غيره والمتحصل مما ذكرنا : أن الرواية ظاهرة في السكر الذي لا ينافي
الايقاع ، ودالة على اعتبار الرضا بعد الافاقة ولا بأس بالعمل بها بعد صحتها ،
وعمل الجماعة بها .

(٤) إجماعاً . ويقتضيه إطلاق الادلة .

(٥) إجماعاً . ويقتضيه إطلاق الادلة وحديث رفع الاكراه لا يقتضي البطلان

على اجراء الصيغة للغير ، او لنفسه اذا اجاز بعد ذلك .

﴿مسألة ١٥﴾ : لا يشترط الذكورة في العاقد (١) فيجوز للمرأة الوكالة

عن الغير في اجراء الصيغة كما يجوز اجرائها لنفسها .

﴿مسألة ١٦﴾ : يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية الى تمام العقد . فلو أوجب

ثم جن او اغني عليه قبل مجيء القبول ، لم يصح (٢) وكذا لو اوجب ثم نام ، بل

في الصورة الاولى ، لعدم الامتنان على المنكره في الرفع وكذا في الصورة الثانية ، بل الرفع خلاف الامتنان .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . وفي الجواهر : « بلا خلاف ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه » وفي كشف اللثام أنه كذلك عندنا . خلافاً للاشافعية والوجه فيه إطلاق الأدلة من دون مقيد . وفي نصوص كيفية عقد المنة دلالة واضحة عليه .

(٢) قال في الشرائع : « اذا أوجب ثم جن أو اغني عليه بطل حكم الإيجاب » وفي الجواهر قال في شرح ذلك : « بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به بمضهم » ومقتضى إطلاق كلامهم عدم الفرق بين استمرار ذلك الى حين القبول ، وبين ارتفاعه قبل القبول ومثله ما لو كان القابل حال الإيجاب غير قابل للقبول . ومرجع ما ذكره الى شرطين ، أحدهما : أن يكون كل من الموجب والقابل قابلاً للإيقاع حال إيقاع الآخر والثاني : أن يكون ذلك موجوداً فيما بين الإيجاب والقبول ، فلو أوجب ثم نام ثم افاق قبل قبول الآخر فقبل حال إفاقة لم يصح العقد .

واستدل عليه شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه بتوقف معنى المعاقدة والمعاودة على ذلك . وفي الجواهر استدلل عليه بأن ظاهر أدلة شرطية القصد والرضا ونحوها في العقد اعتبار ذلك في تمام العقد المركب من الإيجاب والقبول ، لا اعتبار قصد الموجب في الإيجاب فقط ، وقصد القابل في القبول فقط ، فإذا ارتفعت القابلية بعد

الايجاب قبل القبول لم يحصل الشرط في تمام العقد . لسكن في المسالك قال :
 « وجهه أن العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز ، يجوز لسكن منها فسخه
 ويبطل بما يبطل به الجائز ، ومن جملة الجنون ، والاعفاء . ولا فرق بين النكاح ،
 والبيع ، وغيرها 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 ما ذكره في الجواهر من الاستدلال فقيه : أن ظاهر أدلة اعتبار
 الرضا في العقد اعتباره ولو بعد العقد ، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي . وظاهر
 أدلة اعتبار القصد اعتبار قصد الموجب في الايجاب فقط ، وقصد القابل في القبول
 فقط ولا تدل على اعتبار أكثر من ذلك . وأما ما ذكره في المسالك فالظاهر أنه
 تبع فيه ما في التذكرة . فقد ذكر فيها أنه لو زال عقله بعد الايجاب بنوم ثم استيقظ
 لم يبطل حكم الايجاب ، إن لم يحصل الفصل بطول الزمان ، لأنه 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
 منها حال انشاء الآخر تارة يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون والاعفاء
 ونحوها . والاخرى لوجود ما يمنع من السلطنة على التصرف ، كالصبا ، والسفه ،
 والتفليس ، ونحوها . أما الاول فالظاهر البطلان فيه لان التخاطب بين المتعاقدين

شرط في صدق المعاقدة والمعاودة . ودعوى : أن النفوذ لا يختص بذلك ، بل التجارة والبيع والنكاح ونحوها . اخذت موضوعاً للصحة ، وهي لا تتوقف على التخاطب مدفوعة بأن صيغها وإن لم يؤخذ فيها التخاطب ، لكنه مأخوذ في حاق معناها فإنها معاقدات ومعاهدات بين طرفين ، ولا تكون المعاهدة بين الاثنين إلا إذا كان أحدهما يوحى الى الآخر ويعاهده ، وإذا لم يكن أحدهما قابلاً للتخاطب لا يكون قابلاً للعهد معه . نعم يظهر من التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب والقابل ، قال في الفرع الثالث : « لو قال المتوسط : « زوجت ابنتك من فلان » ، فقال : « زوجت » ، ثم أقبل على الزوج فقال : « قبلت نكاحها » ، فقال : « قبلت » فالأقرب صحة العقد . وهو أصح وجهي الشافعي . لوجود ركني العقد الإيجاب والقبول . والثاني لا يصح لعدم التخاطب بين المتعاقدين « والظاهر ما ذكرناه ، إذ لا أقل من الشك في اعتبار ذلك عرفاً في مفهوم العقد ، والأصل عدم ترتب الأثر وأما ما لا يمنع من صحة التخاطب ولكنه يمنع من صحة الانشاء ونفوضه فالظاهر عدم اعتباره إلا في حال الانشاء ، فإذا كان القابل صبيّاً وبلغ بعد الإيجاب حال القبول صح . وكذا إذا كان محجوراً عليه للسفه أو الفيلس أو غيرها فارتفع الحجر عنه بعد الإيجاب حال القبول . وإذا صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الإيجاب قبل القبول لم يضر ذلك في صحة العقد ، وإن بقي حال القبول ، فضلاً عما إذا زال قبل القبول . ولا مجال لمقايضة ذلك بما إذا رد الموجب الإيجاب قبل القبول ، فإن لغوية الإيجاب حينئذ لا تقتضي لغويته في الطوارئ المذكورة ، لأن الرد مانع من تحقق المعاهدة بينهما ، بخلاف طرو الحجر عليه ، فإنه لا دخل له في المعاهدة بين الطرفين بوجه مع أنه لو تمت المقايضة اختص الحكم بطرو الحجر بعد الإيجاب ، ولا تصلح لاثبات اعتبار وجدان القابل للقابلية حال الإيجاب فلاحظ .

او غفل عن العقد بالمرة. وكذا الحال في سائر العقود . والوجه عدم صدق المعاودة والمعاودة . 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 وعدم اشتراط ذلك عرفا ، فلانصراف بدوي لا يعتد به .

(٣) إجماعا - كما في التذكرة - واتفاقا - كما في كشف اللثام - ، وفي الجواهر حكاه عن غيره ايضا وفي الحدايق نسبتبه اليهم . فان كان المراد ما يقابل المردود فوجهه ظاهر لأن المردد لا مطابق له في الخارج ولا مصداق ، فلا يكون موضوعا للاحكام وان كان المراد ما يقابل الكلّي أيضا فوجهه غير ظاهر ، لجواز بيع الكلّي وإجارته المعتبر فيهما العلم بالعوضين ، ففي المقام الذي لا يعتبر فيه ذلك أولى . وعلمه في التذكرة وغيرها بأن الاستمتاع يقتضي فاعلا ومنفعلا معيّنين لتعيينه انتهى . لكنه لا يقتضي التعيين من أول الامر ، ولذا تصح اجازة الكلّي ، مع أن الانتفاع المقصود من الاجارة يتوقف على التعيين والتعيين أن يكون الوجه فيه : أن الزوجية من الاضافات التي لا تقوم بغير المتيّمين ، 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 لمركزات العرف . وكيف كان فلا جاع المدعى كاف في اثبات المدعى .

(٤) بأن كان الاسم أو الوصف مختصاً .

« زوجتك إحدى بناتي » بطل (١) وكذا لو قال : « زوجت بنتي أحد ابنيك » او « أحد هذين » وكذا لو عين كل منهما غير ماعينه الآخر (٢) بل وكذا لو عيننا معينا من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ماقصده أحدهما عين ماقصده الآخر . وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لسكن 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 التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك كما اذا قال : « زوجتك بنتي الكبرى » ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين لسكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم . نعم اذا

- (١) قال في التذكرة : « فلو قال : زوجتك إحدى ابنتي ، أو زوجت بنتي من أحدهما ، أو من أحد ابنيك ، لم يصح العقد بلا خلاف » .
- (٢) لانقضاء التطابق بين الإيجاب والقبول ، الذي قد عرفت اعتباره في مفهوم العقد . ولأنجل ذلك كان المناسب أن يجعل هذا من فروعه ، لا من فروع اعتبار التعيين . وكذا الكلام في الفرع الآتي . بل الحكم فيه أظهر .
- (٣) وفي الجواهر : « الظاهر القطع بصحة ذلك ، كما صرح به في كشف اللثام ، والمسالك . وتعذر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غير قادح » . وفي القواعد : « لو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فإن لم يقصد معينة بطل ، وإن قصد صح » . وفي التذكرة : « لو كان له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي فلائنة ، لم يصح العقد ، لكثرة الفواطم . ولو نواها صح عندنا . وهو قول الشافعية . وليس بحيد على رأيهم ، لأن النكاح عقد يفتقر الى الشهادة ، والشهود انما يشهدون على اللفظ ، دون النية »
- (٤) لاطلاق الأدلة ، 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 ، فالأقوى البطالان (١) لانصراف الأدلة (٢) عن مثله فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف .

﴿ مسألة ١٨ ﴾ : لو اختلف الاسم والوصف . او احدهما مع الاشارة ، أخذ بما هو المقصود (٣) والغني ما وقع غلطاً ، مثلاً لو قال : « زوجتك الكبرى

(١) وفي الجواهر : « لعله لا يخلو من قوة » .

(٢) هذا غير ظاهر وقد اترف في الجواهر بأن الصحة تقتضي اطلاق الأدلة ، المقتصر في الخروج عنه على المتيقن - وهو العقد على غير المتميز في الواقع - وهو ظاهر القواعد ، وكشف اللثام أيضاً . 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 ، فالأقوى الصحة . وهو أصح وجهي الشافعية . لأن البنية صفة لازمة ، فيتعين ، ويلقي الاسم المذكور بعده . والثاني : لا يصح 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 المكاتب » ، 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 ما ذكرنا 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 » أو « وهي الكبرى » فتبين أن اسمها خديجة ، أو أنها صغرى ، فإن المقصود تزويج المثار إليها وتسميتها بفاطمة ، أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى .

﴿ مسألة ١٩ ﴾ : إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدعي الصحة (١) كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها وكما في سائر العقود وإن اتفقا الزوج وولي الزوجة على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة ، فمع عدم البيينة المرجع التحالف (٢)

الجواهر - قدس سره - الجزم بالصحة . لا ذكر الوجوه والاحتمالات ، وترجيح الصحة . فلاحظ .

(١) قد عرفت أن التعيين المعتبر في صحة العقد ما يقابل العقد على المردد أو الكلبي ، فمدعى التعيين يدعي وقوع العقد على المعين ، وخصمه يدعي وقوع العقد على الكلبي أو على المردد ، فالنزاع يكون حينئذ في موضوع العقد . لكن في كون أصالة الصحة تصالح لاثبات موضوع العقد تأمل ، فإذا اختلف البائع والمشتري في أن البيع وقع على عبد البائع أو على ولده ، فأثبت 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 ، فإن أقام أحدهما البيينة عمل بها ، لأن البيينة على المدعي ، وإن

لم يكن لأحدهما بيعة كان على كل منهما اليمين التي هي وظيفة المنكر ، فأن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم للحالف ، وإن حلفا معا تبطل الدعويان معا . ومقتضى ذلك الانقاسخ . وكذا لو أقام كل منهما البيعة 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 . فإن دعوى الزوج أن العقد كان على فاطمة مثلاً خلاف الأصل ، فيكون بذلك مدعياً ، وكذا دعوى الولي أن العقد كان على خديجة مثلاً . أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود من الدعوى ، فقد يكون كل واحد منهما مدعياً ، بأن كان لكل واحد منهما غرض يقصد تحصيله ، فالزوج يدعي أنها فاطمة يقصد تمكينه من استمتاعه بها ، والولي يدعي أنها خديجة يطلب الاتفاق عليها ، فيكون كل واحد منهما مدعياً ومنكراً لما يدعيه الآخر أما إذا كان الغرض لأحدهما دون الآخر - كما إذا كانت فاطمة غائبة لا يمكن الاستمتاع بها - فالمدعي يكون هو الولي ، لا غير . وكذلك إذا كانت خديجة ناشراً أو غائبة على نحو لا تستحق نفقة مثلاً ، فالمدعي يكون هو الزوج لا غير . فالتداعي يتوقف على أن يكون الغرض من الدعوى من كل منهما المطالبة بحق .

الثاني : أن جعل الولي طرف الدعوى يتوقف على كونه ولياً في جميع الجهات وعلى جميع الحثيات . أما إذا كان ولياً على العقد لا غير - كما هو الغالب - فهو لا يطالب بحق ولا يطالب بحق وعلى التقدير الاول يكون من التداعي بالعرض ، لا بالأصل ، فإن الزوج يدعي الحق على فاطمة ، وخديجة تدعي الحق عليه ، فهناك خصومتان ، إحداهما بين الزوج وفاطمة ، والاخرى بينه وبين خديجة ، والزواج في الاولى مدع ، وفي الثانية منكر ، والولي كالوكيل للزوجتين ، ينكر دعوى الزوج على فاطمة ويدعي حقاً لخديجة عليه كما لو ادعى شخص على زيد ديناً ، 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 لئلا يفسدها 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 الخاصة مع ذلك الشخص ، وليس هو من التداعي في شيء .

الثالث : ان الزوج نارة : يوكل الامر الى الولي ، فيزوجه الولي ، ثم يقع النزاع بينهما في تعيين الزوجة . وأخرى : يشترك معه في العقد ، فتارة : يوجب الولي ويقبل الزوج . وأخرى : يوجب الزوج ويقبل الولي . ففي الصورة الاولى لا ينبغي التأمل في أن القول قول الولي يمينه ، لأنه وكيل على العمل ، فيقبل قوله ، ويكون خصمه مدعيًا . وأما في الصورة الثانية ، ففي كونه كالصورة الاولى اكون الموجب هو المنشئ والقابل تابع له ، وعليه يكون الحكم في الصورة الثانية أن القول قول الزوج . أولاً ، لعدم الاستقلال للموجب في الايقاع ، لكونه متوقفاً على القبول ، فيكون الفعل مشتركاً بينهما . وجهان ، أقواهما الثاني .

(١) مما ذكرنا تعرف عدم اطراد الحكم المذكور في سائر العقود أيضاً .
وأشرنا الى ذلك في فصل التنازع من كتاب الاجارة من هذا الشرح فراجع .
(٢) لم أقف على من نسب ذلك الى المشهور . نعم حكى عن الحلبي ، 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 وإن كانت صحيحة إلا أن 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 يزوجه إياه عند عقد النكاح . وإن كان الزوج لم يرهن كلهن ، ولم يسم له واحدة منهن عند عقد النكاح ، فأنكاح باطل » ورواه الصدوق بإسناده 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 وإن كان في المسالك - بعد ما حكى عن الحلي الرد - قال : « ولعله أجود ... الى أن قال بعد ذلك : وحينئذ يقوى الاشكال في رد هذه الرواية ، نظراً الى صحتها وللتوقف في ذلك مجال » . وفي جامع المقاصد جعل ما عن الحلي أقوى ، ومثله عن شرح النافع وأما المحقق ، والعلامة ، وأكثر الاصحاب على ما تقدم في المسالك ، فقد عملوا بها . لكن بعد تحريرها وحملها على ما لا ينافي القواعد . فلم يكن منهم عمل واعتقاد ، 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 لا يخلو ولا انحطاطاً عن مقام الحجية .

(١) قال في الشرائع : « إذا كان للرجل عدة بنات ، فزوج واحدة ، ولم يسمها عند العقد ، اسكن قصدها بالنية ، واختلفا في المقود 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 باطلاً » ونحوه في الفوائد وغيرها اسكن في المسالك : « دعوى أن رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الاب ، وعدمها على عدمه في موضع النع ، لأن كل واحدة من الحاليتين أهم من الرضا بتعيين الاب وعدمه . وليس في الرواية على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك . بل في هذا التنزيل تخصيص لها في الحالين وحينئذ فالإلزام إما العمل بالرواية من غير حمل - كما فعله الشيخ - أو ردها رأساً والحكم بالبطلان في الحالين - كما فعل ابن ادريس - 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 ، فإذا لم ير الزوج البنات لا يصح منه تفويض الامر الى الاب ، وإذا 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 لا يمكن القول به . وإن أراد ذلك في مورد الرواية بالخصوص - وهو من كان له بنات فأراد انسان تزويج واحدة منهن ، فانه لا يجوز له تفويض الامر

عن قوة ومع ذلك الاحوط مراعاة الاحتياط وكيف كان لا يتعدى عن موردها .
﴿ مسألة ٢٠ ﴾ : لا يصح نكاح الحمل وانكاحه (١) وان علم ذكوريته

اليه ، إلا اذا رآهن كلهن - فذلك إن تم لا يجدي في توجيه الرواية وتطبيقها على
على القواعد ، لأن مورد الرواية النزاع في التفويض وعدمه ، فلو سلمنا أنه لا يصح
التفويض إلا مع رؤية الجميع لم يجد ذلك في تقديم قول الاب ، إلا اذا ثبت التلازم
بين الرؤية والتفويض ، ولا يكفي في تقديم قول الاب شرطية الرؤية للتفويض ، كما
لعله ظاهر بأقل تأمل . وكاشف اللثام (قدّه) لم يدع هذه الملازمة ، ليصح منه
توجيه الرواية وتخرجها على وجه لا يخالف القواعد ، المانعة من تقديم قول الاب
المدعي للتفويض بلا بينة . بل ظاهرها تقديم قوله بلا يمين أيضا . وهذا الاشكال
مشترك بين ما ذكره 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 ما ذكره 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
لا يقبل قوله بلا يمين . أما بناء على تخريج كاشف اللثام فالاب يكون مدعياً ، فقبول
قوله بلا يمين ولا بينة أبعد عن العمل بالقواعد . ولأجل ما ذكرنا يشكل التوجيهان
معاً . وحينئذ يدور الامر في الرواية بين الاخذ بظاهرها ، وطرحها . لكن
الاول متعين لصحتها ، وعدم ما يقتضي 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 لا خلاف فيه . بل في المسالك

أو أنوثيته وذلك لانصراف الادلة كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولي وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية (١) بل أو تمليلية أيضا .

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 في مقابل التريد أو جعله كليا تقدم في المسألة السابعة عشرة . وأما التعيين في مقابل الجهالة بالوحدة والتعدد ، والذكورة والانوثة ، فلا دليل عليه . فلو قال له : « زوجتك من في الحجرة من الجواري واحدة كانت أو متعددة » أو « زوجتكها ان كانت أنثى » فلا دليل على بطلانه ، ومقتضى الاطلاقات الصحة . لكن ظاهر الاصحاب المنع من نكاح الحمل وإنكاحه وان علم أنه واحد ، أو أنثى أو ذكر . وحيث فلا يكون المنع من جهة فقد التعيين ، بل خصوصية فيه . ولعله إجماع منهم . وفي الجواهر أن العمدة فيه الاجماع إن تم انتهى وكأنه متوقف في تحقق الاجماع على المنع .

والمصنف (ره) علل الحكم بالانصراف . وكأن منشأ الانصراف كون الحمل ناقص البشرية ، فلا ينصرف اليه الدليل . لكن 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 فإنه يجوز للوصي بيع التركة ، وإن كان بعض الورثة حملا ، وإذا عزت حصه الحمل خفيف عليها جاز لاحكام الشرعي أو غيره ييمها بما لا يخاف عليه . فلاحظ . ومن ذلك تعرف الاشكال في قوله « كما لا يصح ... » .

(١) لا إشكال في أنه لا تصح الوصية العهدية الى الصبي منفردا ، فضلا

﴿ مسألة ٢١ ﴾ : لا يشترط في النكاح علم كل (١) من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر مما يخلف به الرغبات ونكون موجبة لزيادة المهر أو قلته . فلا يضر بعد تعيين شخصها الجمل بأوصافها . فلا تجري قاعدة الغرر (٢) هنا .

فصل في مسائل متفرقة

« الأولى : لا يجوز في النكاح دواما أو ممتعة اشترط الخيار في نفس العقد (٣) »

عن الحمل . وأما منضما الى البالغ - بمعنى كونه وصيا حين الايضاء وان كان لا يصح تصرفه - فالظاهر الصحة أيضا . لعموم الأدلة ، ولا يحتاج فيها الى القبول ، كي يدعى عدم الدلالة عليه ، فلا تصح ، وأما التملكية فإنه لو توقفت على القبول - كما هو المشهور - كفى القبول بعد الولاية منه بعد البلوغ ، أو من وليه قبله .
(١) في الجواهر ادعى الضرورة على ذلك ويقضيه السيرة القطعية . نعم يظهر من كشف اللثام في المسألة السابقة قدح كثرة الجهالة ولمكنه غير ظاهر .

(٢) فإن 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 المعاولات غير البيع . ولو ثبت فالسيرة القطعية توجب الخروج عنه . والله سبحانه ولي السداد .

فصل في 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 »

وعله في جامع المقاصد ، والمسالك ، وغيرها ، بأنه ليس معاوضة محضة . ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه . ولأن فيه شائبة العبادة والعبادات لا يدخلها الخيار . ولأن اشتراط الخيار يفضي الى فسخه بعد 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 بالافكر وروية . ولما في خبر أبان من قول الصادق (ع) : « انك إن لم تشتط (يعني : تشتط الايام) كان تزويج مقام (وفي خبر آخر) تزويج البتة » ، فإن ذلك يشعر بالاستقرار وعدم التزلزل . لسكن 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 في الرد من غير المذكورات من العيوب ، لاني الرد مطلقاً .

ومثله دعوى أن الزوم في عقد النكاح من الاحكام ، لا من الحقوق ، فإذا كان من الاحكام كان منافياً لشرط الخيار ، والشرط المتنافي لمقتضى العقد باطل . فانها لا تخلو من مصادرة إذ لا يظهر الفرق في سر تكيزات 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 لمقتضاء ، اللهم إلا أن يناقش في ذلك بدعوى كون ذلك مقتضى اطلاقه ، لا مقتضى ذاته .

فإذا العمدة فيه الاجماع المدعى ، وإن كان ظاهر الحقائق وجود القائل بالجواز لأنه نسب المنع الى المشهور . ولكن لم يعرف بذلك قائل ، ولا من نسب ذلك الى قائل . وفي جامع المقاصد أنه قطعي . وقد عرفت حكاية الاجماع عليه عن جماعة .

فلو شرطه بطل . وفي بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل (١) وعن ابن إدريس أنه لا يبطل (٢) يبطلان الشرط المذكور . ولا يخلو قوله عن قوة ، إذ لا فرق 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 لا يقولون بكونها مفسدة . كما ترى (٤) وأما اشتراط

(١) نسب البطلان الى المشهور في كلام جماعة ، منهم المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر .

(٢) قال فيما حكى عنه : « لا دليل على بطلان العقد من كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع بل الإجماع 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 في الجواهر ، وجعلها الوجه في بطلان العقد ببطلان الشرط في المقام ، وإن قلنا بان فساد الشرط بالخالف للكتاب والسنة لا يبطل النكاح . ووجه منافاة الشرط لمقتضى العقد : أن مقتضى العقد لزوم ، فالخيار مناف له .

(٤) لأن بطلان العقد بالشرط المنافي إنما يكون في الشرط المنافي لمفهوم العقد كما في « بعتك بلا ثمن » أو « اجرتك بلا أجر » ، أو المنافي 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 في المقام فلا مانع من القصد الى المضمونين معاً ، إما لعدم الالتفات الى مقتضى العقد شرعاً ، أو مع الالتفات اليه وقصد خلافه تشريعاً . ودعوى : كون اللزوم من ذاتيات النكاح ، لامن احكامه الشرعية ، ولامن حقوق المتعاقدين . كما ترى مما لا يساعدها عرف ، ولا شرع ، فان ثبوت الخيار لأحد الزوجين في العيوب إذا كانت في الآخر مما

الخيار في المهر فلا مانع منه (١) ولا يمكن لا بد من تعيين مدته (٢) . وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع الى مهر المثل . هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر . وأما في المتعة حيث أنها لا تصح بلا مهر ، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٣) .

لاريب فيه ، ولا يعد منافياً لمفهومه . هذا مضافاً 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 ، فإذا ثبت عدم المنافاة في الاول ، فعدم المنافاة في الثاني أولى ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الشرائع من التردد ، وجعل منشأ الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار ، والالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط . انتهى فإن وجه الثاني إن تم لم يكن وجه للصحة . وإلا فلا موجب للبطلان .

(١) كما هو المعروف بينهم ، المصرح به في كلام جماعة ، كاشتراط ، والقواعد والمسالك ، وكشف اللثام ، وغيرها ، مرسلين له إرسال المسلمات ، من دون تعرض فيه لخلاف ، أو إشكال معللين له بأن الصداق ليس ركناً في العقد ، بل عقد في ضمن العقد ، فلا مانع من الخيار فيه ، ويتفق أصل النكاح بحاله ، كما لو خلى من أول الامر عن الصداق .

(٢) كما صرح بذلك في المسالك ، والجواهر ، وكشف اللثام أيضاً . لكن احتمل فيه العدم لاطلاق العبارات . وفي الجواهر : « ربما احتمل فيه عدم اعتبار ضبطه ، لذلك (يعني : إطلاق الاصحاب) ولأنه يغفر فيه من الجهالة ما لا يغفر في غيره . لكن المذهب الاول » ، ولم يظهر وجهه في قبال إطلاق الادلة . اللهم إلا أن يكون ترك التعيين موجباً للابهام من كل وجه ، بحيث لا يقدم عليه العقلاء .

(٣) لانه بفسخ المهر يفسخ العقد ، لاعتبار المهر في عقد المتعة حدوثاً ،

﴿ الثانية ﴾ : اذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته او ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها ، حكم لهما بذلك (١) في ظاهر الشرع ، ويرتب جميع اثار الزوجية بينهما . لأن الحق لا يعد وهما (٢) ولقاعدة الاقرار (٣) واذا مات أحدهما وبقاءه ، فيرجع اشتراط الخيار فيه الى اشتراطه في عقد النكاح ، الذي عرفت الاجماع على عدم صحته . اللهم إلا ان لا يشمل المقام لسكنه كما ترى ، بل المقطوع به أن حكمهم بصحة اشتراطه في الصداق مختص بالدائم . يظهر ذلك بأقل تأمل في كلامهم . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، بلا خلاف في ذلك ظاهر ، وفي الحدائق أنه لا ريب في الحكم المذكور .

(٢) قال في المسالك : « لان الحق ينحصر فيها ، وقد أقرا به ، فيدخلان في عموم : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » لانه الغرض » . ونحوه ما في كشف اللثام ، والحدائق ، والجواهر . والمصنف جعله في مقابل قاعدة الاقرار . وهو بناء على ذلك غير ظاهر ، اللهم إلا أن يرجع الى الدعوى بلا معارض . لكن دليله من النص - إن تم - لا يشمل المقام . أو يرجع الى الاخبار عن نفسه أو ماتحت يده ، كما لو أخبر بطهارة بدنه ونجاسته ونحوها . لكن عمومها للمقام 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 صفريات قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، فيكون الاجماع عليه دليلاً على القاعدة ، كسائر الموارد التي كان الاجماع عليها دليلاً على القاعدة المذكورة . والظاهر أن هذه القاعدة كما هي معقد إجماع قولي ، معقد إجماع عملي وسيرة المشرعة . بل الظاهر أنها قاعدة عقلائية أيضاً .

ورثه الآخر . ولا فرق في ذلك بين كونها بلدين معروفين او غريبين (١) واما اذا ادعى احدهما الزوجية وانكر الآخر ، فيجري عليها قواعد الدعوى (٢) فان كان المدعي بينة (٣) وإلا فيعلف المنكر او يرد اليمين ، فيعالف المدعي ويحكم له بالزوجية . وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر (٤) لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع (٥) وبين الله واذا حالف المنكر حكم بعدم الزوجية

(١) خلافا لبعض العامة، فمنع من قبول الاقرار في البلدين بناء منه على اعتبار الاشهاد في النكاح ، وسهولة اقامة البينة في البلدين وضعف المبنى والابناء ظاهر ، ضرورة عدم اعتبار الاشهاد عندنا . ولو سلم فانما يعتبر في مقام الثبوت ، لا الاثبات ولو سلم فلا فرق بين البلدين والغريبين ، لا يمكن اشهاد البلدين غريبين ، فيصعب الاشهاد ، وبالعكس ، فيسهل الاشهاد مضافا الى أن قبول الاقرار لا يختص بالبلد . (٢) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، مرسلين له إرسال المسلمات .
ويقتضيه عموم الأدلة .

(٣) يعني تسمع البينة ، ويحكم بثبوت الزوجية .

(٤) يعني : آثار الحكم بالزوجية في الظاهر . عملا بأدلة وجوب العمل بالحكم ، وحرمة رده .

(٥) كما صرح به في المسالك ، وكشف اللثام ، وغيرها ، ويظهر منهم أنه إجماعي . فان الحكم عندنا طريق ، لا موضوع لتبديل الواقع . ففي صحيح هشام ابن الحكم ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال : قال رسول (ص) : إنما أقضي بينكم بالبينات والايان ، وبمضكم الحن بحجته من بعض ، فأبى رجل قطعت له من مال أخيه شيئا 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 لـكن المدعي مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه ، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا أم المنكرة ، ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها أو اختها إلا برضاها ويجب عليه إيصال المهر إليها . نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار (١) وإن كانت هي المدعية لا يجوز لها التزويج (٢) بغيره إلا إذا طلقها ولو بأن يقول : « هي طالق إن كانت زوجتي » ولا يجوز لها السفر من دون إذنه وكذا كل ما يتوقف على إذنه ولو رجع المنكر إلى الإقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجة بينهما ؟ (٣)

(١) قال في المسالك : « وأما النفقة فلا تجب عليه لعدم التمكين الذي هو شرط وجوبها » ونحوه في كشف اللثام ، والجواهر ، وفي الخدائق نسبة إلى الأصحاب وهو يتوقف على أن الشرط في النفقة التمكين ، فإذا فات ولو لعذر لم تجب ولا أجل أنت التحقيق أن التمكين ليس شرطاً في وجوب النفقة ، بل عدم النشوز ، والنشوز مانع من وجوبها ، عدل المصنف عن التعليل المذكور في كلامهم إلى التعليل بما ذكر . لـكن 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 . لـكن لا مطلقاً ، بل إذا لم يكن عن عذر فإن الحائض يحرم عليها التمكين ، فإذا امتنعت منه لم تكن ناشزاً ، والمستطاعة يجب عليها السفر ، فإذا سافرت بغير إذن الزوج لم تكن ناشزاً ، إذ لا دليل على ذلك ، مع أن الظاهر أنه لا إشكال فيه . فإذا 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 . والا فوى السماع ، اذا أظهر عذراً لا نكاره ، ولم يكن متهماً (١) ،
وان كان ذلك بعد الجلف (٢) وكذا المدعي

من أول الامر ولم أقف على وجود قولين في المسألة . والذي ينبغي أن يقال : إن
الحكم بالزوجة 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
والافرار ، فلا يسمع أحدهما . اللهم إلا أن يقال : إنه يملك الافرار بكل منهما ،
كما يملك الخدش فيها ، فإذا 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 الافرار ، ولا يعتد بالانكار السابق عملاً
باطلاق دليل القاعدة . وكأن احتمال عدم السماع في المقام مبني على انصراف
القاعدتين الى غير الفرض . واخرى : بلحاظ جهات آخر يأتي الكلام فيها .
(١) اقتصاراً على القدر المتيقن من معقد الاجماع في قاعدة من ملك
شيئاً ملك الافرار به .

(٢) فان الحلف وحكم الحاكم به لا يوجبان تبدل الواقع ، إذ لا موضوعية
لها في ذلك عندنا . نعم في مسألة اختلاف الزوجين في وقوع العقد حال الاحرام
إذا كان المدعي لذلك الزوج ، وكانت المرأة منكراً ، فخلعت ، وحكم لها الحاكم ،
فمن 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 لهذا 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 بالوازم الشرعية ، بمعنى : ان الاقرار مانع من الزامه بلوازم الانكار من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو الظاهر ، لأنه يكفي في سقوط ذلك الالتزام احتمال الصحة . اذ لا دليل على وجوب الامر بالمعروف إذا لم تكن حجة على الاصرار على المنكر ، فإدام 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 ، فإنه يسمع إنكاره وان كان انكاراً بعد الاقرار . والسماع هنا إن كان بالنسبة الى نفي الزوجية فهو في محله ، لما عرفت في الفرض السابق بمينه . وإن كان بالنسبة الى إزماء بأحكام الزوجية التي أقر بها فقليل يؤخذ باقراره ، قال في الجواهر : « وفي المسالك لافرق في ثبوت هذه الاحكام بين حلف الآخر وعدمه ، لأنها مترتبة على نفس دعوى الزوجية . بل قيل : ولا بين تكذيب المدعي دعواه بعد ذلك وعدمه قلت : هو كذلك . لكن قد يقال : إن ذلك كله جائز المدعي إذا اعترف بعد ذلك بأنه قد كان مبطلا في الدعوى . لانه شيء لا يعلم إلا من قبله . مع احتمال الالتزام 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 لاقاراره . وقيل : يقبل ، لانه ادعى ما هو معتاد . وهو أشبه . وفي المسالك نسبة الاخير الى الأكثر . وفي الجواهر : « لم تحقق 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 الإنكار بعد الإقرار . ويندفع بأن الدليل عليه ليس إلا ما دل على نفوذ الإقرار ، فإذا كان الدليل قاصراً عن شمول الإقرار الصادر لغير بيان الواقع ، بل اسبب من الاسباب ، لم يكن دليل على عدم قبول الإنكار في المقام ، فتكون دعوى المواطاة مسموعة ، لعدم الأدلة ، كدعوى فسق الشاهد .

نعم لما كانت دعوى المواطاة خلاف الاصل في الخبر كان مدعيها مدعياً . ومنكرها منكرأ ، عليه اليمين فإذا حلف المنكر المشتري على عدم المواطاة بطلت دعوى المواطاة من البائع . ومن ذلك يظهر أن اليمين من المنكر في المقام على عدم المواطاة لا على عدم القبض . كما عن الكفاية - ، ولا على أحدهما - كما عن جامع المقاصد ، والروضة - لأن الدعوى لم تكن على القبض ، وإنما كانت على المواطاة لغير فاليمين على القبض خارجة عن محط الدعوى .

ومن ذلك يتحصل أمور ﴿ الاول ﴾ : ان الإقرار في قاعدة : إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وقاعدة : من ملك شيئاً ملك الإقرار به ، يختص بالإقرار الصادر لبيان الاعلام ، ولا يشمل ما كان صادراً لفرض آخر أو غلطاً . ﴿ الثاني ﴾ : ان الإقرار في قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به لا يختص بالإقرار بالوجود ، بل يعم الإقرار بالعدم ، والإقرار بالخذش في إقراره بالوجود أو العدم . فإذا أقر الحاكم الشرعي بالحكم بالهلال قبل ، وإذا أقر بعدم الحكم قبل ، وإذا أقر بأن

نعم يشكل السماع منه (١) اذا كان ذلك بعد إقامة البيئة منه على دعواه. الا اذا كذبت البيئة أيضا نفسها .

﴿ الثالثة ﴾ : اذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر ، لم تسمع دعواه ، إلا بالبيئة (٢) . نعم له مع عدمها على كل منها

اقراره بالحكم كان سهواً أو غلطاً قبل ، وكذا في اقراره بالعدم . ﴿ الثالث ﴾ : أنه لا يختص الاقرار الخارج عن عموم القاعدتين بما كان خلافه عادياً - 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 وجهها 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 أولاً من باب الامر بالمعروف ، فلا يلزم به ﴿ الخامس ﴾ : أن الوجه في السماع في الاول قاعدة : من ملك .. والوجه في السماع في الثاني اختصاص قاعدة : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز بغير المورد . فالسماع في المقامين ليس بلحاظ واحد ، ولا دليله في المقامين واحد .

(١) لان تكذيبه البيئة لا يسقطها عن الحجية ، وإنما يوجب سقوط حقه عند الحكم ، فيجب العمل بالبيئة ويكون الحال كما اذا انكر بعد الاقرار من دون بيان خلل في الاقرار . وعليه فاذا كان مقتضاها الزامه بأحكام الاقرار من عدم تزويج الخامسة ، أو تزويج أمها ، أو أختها ، أو بنتها ، ونحو ذلك ، لزم العمل به (٢) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ونسب الى جمع من الاصحاب ، وإلى الأكثر ، واستدل له بخبر يونس قال : « سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان ، فسألها لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوجها . ثم إن رجلاً أتاه ، فقال : هي امرأتي ، فأنكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج ؟ فقال (ع) : هي امرأته

إلا أن يقيم البينة» ونحوه مكاتبة الحسين بن سعيد . وفي خبر عبد العزيز بن المهدي قال : « سألت الرضا (ع) قلت : جعلت فداك إن أخي مات وتزوجت امرأته ، فجاه عمي ، فادعى أنه كان تزوجها سرّاً ، فسألتها عن ذلك ، فانكرت أشد الانكار وقالت : ما بيني وبينه شيء قط . فقال (ع) : يلزمك إقرارها ، ويلزمه انكارها» وكأن عدم التعرض فيه للبينة من جهة فرض السر في السؤال . واستدل له أيضاً في المسالك وغيرها بأن اليمين إنماتوجه 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 ، فإنه لا تصلح حجة في منع الزوج عن حقه الثابت شرعاً ونحوه ، يقرر فيما لووجه الدعوى على الزوج .

سكن في المسالك : «ذهب جماعة من الاصحاب الى قبول الدعوى ، وتوجه اليمين والرد هنا ، وإن لم تسمع في حق الزوج وفأثبته على تقدير الاقرار بثبوت 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 . عملاً بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من أنكر » .

ويمكن أن يقال - كما في الجواهر وغيرها - بسماع الدعوى وإن لم تقل 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 أيضاً فينكحان هو والزوجة ، فنثبت دعوى الاول ، أو يراد بها اليمين عليه ، فيحلف فنثبت ايضاً . اذ يكفي في صحة السماع ترتب الثمرة العملية في الجملة فإنه

اليمين فإن وجه الدعوى على المرأة فانكرت وحلفت سقط دعواه عليها وإن نكلت أو ردت اليمين عاياه خلف لا يكون خلفه حجة على الزوج ، وتبقى على زوجية الزوج مع عدها (١) سواء كان عالماً بكذب المدعي أولاً وإن أخبر ثقة واحد بصدق المدعي وإن كان الاحوط حينئذ طلاقها (٢) فيبقى النزاع بينه وبين

إذا اختلف المالك والمستأجر في مدة الاجارة ، فقال المالك : عشر سنين ، وقال المستأجر : عشرين سنة ، سمعت دعوى المستأجر ، وإن لم يكن لها أثر فعلي . وكذلك لو باع عبداً في يده على آخر ، فأدعى ثالث أنها له ، لم تسمع دعواه ، وإن كان البائع عاجزاً عن دفع الغرامة ، فيكفي في سماع الدعوى ترتب الاستحقاق إذا كان في معرض أن يترتب عليه فعلية الاستيفاء . نعم إذا لم تكن هذه المعرضية لأجل السماع . والظاهر أنه إجماع ثم إنك عرفت في بعض المباحث السابقة أن منافع البضع غير مضمونة ، فإذا صح الابتناء كما في المسالك - فاللزام القول بعدم السماع . لكن الابتناء غير ظاهر ، كما تقدم . وهو العمدة فيما ذكره في الشرائع وغيرها .

وأما النصوص فظاهرها بيان تكليف الزوج ، وما يلزمه حين ما يدعي الرجل الزوجية ، قبل مراجعة القاضى والتحاكم عنده ، لبيان كيفية حسم النزاع والخصام . فإذا لأجل الاستدلال بها على عدم انقطاع الدعوى إلا بالبينة ، أخذاً بالاطلاق .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف (ر ه) بقوله : « نعم له مع عدها ... » ، وكان المناسب أن يقيد عبارته الاولى بما إذا كان التداعي بينهم في غير مجلس القضاء ، وهذه العبارة بما إذا كان التداعي في مجلس القضاء . (١) يعني : عدم البينة .

(٢) لموثق سماعه ، قال : « سأنته عن رجل تزوج أمة (جارية . خ ل)

الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبة اليه أيضا وان نكل او رد اليمين عليه خلف حكم له بالزوجية اذا كان ذلك بعد أن حلف في 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 او رد اليمين عليه خلف ثبت مدعاه وان حلف أحدهما دون الآخر فلم يكل حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعي او نكلت ورد الحاكم عليه خلف وان كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج الا أنه لو طلقها او مات عنها ردت اليه سواء قلنا (١) ان اليمين المردودة بمنزلة لافرار او بمنزلة البينة او قسم ثالث (٢) نعم في استحقاقها النفقة

أو تمتع بها ، خذته 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 الافرار تكون طريقا الى اثبات الحق على الممكرفقط فلا يعمد الى غيره ، كما هو حال الافرار . واذا كانت بمنزلة البينة تكون طريقا الى اثبات المدعى ولوازمه ، كما هو حال البينة . واذا كانت على وجه آخر فيمكن أن يثبت بعض الوازم دون بعض . وقد ذكروا فروعا تتفرع على الخلاف المذكور منها : ما لو أقام المدعى عليه بينة على اداء الدين أو البراء 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 منكراً لدعوى المدعي . وأما اذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة الى حق الزوج لانكبتها مأخوذة باقرارها ، فلانستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى ، بل ولا مهر المثل اذا دخل بها . لأنها بغية بمقتضى إقرارها إلا أن تظهر عندها (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 تزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها جعلناها كالاقرار منه لم تسمع ، لكونه باقراره (٥) مكذب لبينته . والذي حكاه في الجواهر عن بعض متأخري المتأخرين أنها قسم ثالث ، فقد يجري عليها حكم الاقرار ، وقد يجري عليها حكم البينة ، وقد لا يجري عليها حكم أحدهما . وجعله في الجواهر هو المتجه ، وكذلك المصنف في كتاب القضاء .

(١) لأن النفقة والمهر المسمى من حقوق الزوجة الثابتة لها لأجل زوجيتها ، فإذا ثبتت زوجيتها المدعي باليمين المردودة فقد سقطت حقوق زوجيتها للآخر ، وثبتت لها بالاضافة الى المدعي لولا إقرارها بنفي الزوجية له ، فلا وجه لمطالبة الزوج بها . وبالحمل : 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 فإنها حجة على نفي الاستحقاق .

(٣) على ما تقدم في المسألة الثانية .

(٤) عملاً بحكم الحاكم .

(٥) كما ذكر الجماعة لكونه لا ينطبق على الفرض لكون الحائض غير المقيم للبينة (منه مدظله)

اولا إلا بعد فراغها من المدعي ؟ وجهان : (١)

(١) قال في المسالك : « وما 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 . لسكن العقد الثاني فيفقد 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 عايتها ، ويتوجه عليها الضرر بترك التزويج ، فيكون وسيلة الى الرجوع اليه ، وهو يستلزم الحرج والاضرار المتفيين بالآية والرواية . وإن قلنا بعدم سماع الدعوى على المعقود عليها أصلاً - كما ذهب اليه المصنف - اتجه عدم جواز تزويجها الى أن تخرج من حقه بانتهاء الدعوى . ويشكل الامر حينئذ لوماطل بها وقصد ما ذكرناه ولعل الجواز حينئذ مطلقاً أقوى » .

والتحقيق جواز التزويج على كل من القولين . إذ ليس ما يحتمل المانعية على القول الاول إلا عدم تسلط المدعي على البضع على تقدير اليمين المردودة من المرأة أو نكولها . وعلى القول الثاني إلا سقوط حق الدعوى لسكنها لا يصلحان للمانعية اذ لا دليل على قصر سلطنة المرأة على نفسها بمجرد ذلك . وسقوط حق الدعوى بالتزويج لا يقتضي حرمة التزويج ، ولا المنع من السلطنة عليه ، لأنه ليس تصرفاً في الحق ، بل من قبيل رفع موضوعه ، فيسقط . على أن جواز الادعاء من الاحكام ، ولم يثبت أنه من الحقوق ، فانه لا يسقط بالاستقاط . وبالجمله : بناء على عدم سماع الدعوى من المدعي على المزوجة ، يكون الشرط في سماع الدعوى كونها خلية ، فيكون من قبيل شرط الوجوب ، وشرط الوجوب لا يجب بالوجوب ، فلا مانع من

من انها (١) قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها . ومن تعاق حق المدعي (٢) بها وكونها في 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 . والظاهر الوجه الاول وحينئذ فان أقام المدعي بيعة ، وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها (٦) وان لم يكن له بيعة 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 المכול أو اليمين المردودة ، إذ هو محتمل الثبوت بعد ذلك ، ولا يصلح العلم بثبوتة لقصر السلطنة ، فضلاً عن احتمال ثبوتة . وفي كونه من الحقوق اشكال ظاهر ، فانه أيضاً لا يسقط بالاسقاط والى بعض ما ذكرنا أشار في الجواهر .

- (١) هذا وجه الجواز ومرجهه الى قاعدة السلطنة على النفس .
- (٢) ان كان المراد به حق الدعوى ، فقد عرفت أن حق الدعوى ومشروط بكونها خلية مضافاً الى أنه لم يثبت كونه من الحقوق .
- (٣) المعرضية لاتزاحم قاعدة السلطنة على النفس .
- (٤) الحق المذكور استقبالي ، فلا يمنع من قاعدة السلطنة إذا كان معلوماً ، فضلاً عما اذا كان محتملاً كما عرفت .
- (٥) قد احتمله في المسالك .
- (٦) لأن البيعة حجة في المداليل الالتزامية .

لحق الغير ، وهو الزوج وهذا هو الاوجه (١) فيشمر فيما اذا طلقها الزوج أو مات 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 لا يصح شرعا زوجيتها لذلك الرجل مع المرأة الاولى كما اذا كانت اخت الاولى او امها او بنتها فهناك دعويان احدهما من الرجل على المرأة والثانية من المرأة الاخرى على ذلك الرجل وحينئذ فاما ان لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين ، او يكون لاحدهما دون الآخر او اسكليهما فعلى الاول يتوجه اليمين

(١) الذي تقتضيه القواعد العامة ، فانه لم يثبت ان اليمين المردودة تصلح لاثبات نفى 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 نفى زوجية الآخر اللهم إلا أن يقال : انها لا تصلح لاثبات زوجية الرجل المدعي مطلقاً ، بل تثبتها من وجه دون آخر . نظير أصالة صحة الصلاة مع الشك في الطهارة ، فانها لا تثبت الطهارة مطلقاً ، وإنما تثبتها بلحاظ الصلاة لا غير نظير الاقرار .

(٢) كما اذا آجر الانسان مافي يده ، فادعاه آخر فان كانت له بيعة 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 ما ذكر في المسألة الثالثة وهل يجوز له ايجاره بعد الدعوى على الولي ، أولا فينتظر حتى تنتهي الدعوى ؟ .

على المنكر في كلتا الدعويين ، فان حلها سقطت الدعويان ، وكذا ان نكلا وحلف (١) كل من المدعين اليمين المردودة . وان حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردودة ، سقطت دعوى الاول وثبت مدعى الثاني (٢) . وعلى الثاني - وهو ما اذا كان لاحدهما بيعة - ثبت مدعى من له البيعة وهل تسقط دعوى الآخر ، او يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر او رده ؟ قد يدعى القطع بالثاني ، لان كل دعوى لا بد فيها من البيعة او الحلف والى لا يبعد تقوية الوجه الاول . لان البيعة حجة شرعية واذا ثبت بها زوجية احدى الامراتين لا يمكن معه زوجية الاخرى لان المفروض عدم امكان الجمع بين الامراتين فلازم ثبوت زوجية احدهما بالامارة الشرعية عدم زوجية الاخرى (٣)

(١) يعني : تسقط الدعويان ، مع أنه حينئذ تثبت الدعويان باليمين المردودة على المدعي ، اسكن لما كانت الدعويان منكاذبتين ومتعلقتين بشخص واحد لم يمكن الحكم بثبوتها معاً ، ولأجل ذلك قد يشكل جواز رد اليمين من أحدهما بعد أن رد عليه اليمين من الآخر ، لأن نتيجة الرد التساقط . ولذا قال في الجواهر : « ولو ردت الاولى عليه اليمين مثلاً خلف 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) يمين المنكر . وثبتت دعوى الثاني باليمين المردودة عليه .

(٣) هذا يتم بناء على قبول بيعة المنكر ، وتكون بدلا عن يمينه ، كما عليه جماعة ، ومنهم المصنف (ره) أما على المشهور من عدم قبولها فلا بد من الرجوع الى يمين المنكر ، أو اليمين المردودة على المدعي . مضافا الى ان بيعة أحدهما على الزوجية لا تكون بيعة على نفى 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 تنساقطان (٢) ويكون كما لو لم
يكن بينة اصلا وعلى الثالث ترجح الأسبق (٣) اذا كانت تشهد بالزوجية من

بزوجية احدها لا تكون شهادة بنفى 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 لا بد له من اليمين على نفي مادعته الاخت ، وفاقا
للشهيد . ضرورة كونه منكراً بالنسبة الى دعواها . والبينة على زوجية اختها لا تقتضي
العلم بكذبها ، ضرورة إمكان صدق البينة مع تقدم العقد عليها . انتهى وفيه : أن
ذلك يتم إن كان مستند البينة وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة ، أما اذا كان
المستند العلم فالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلاً ، 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 بيئته ، واخرى يتقدم تاريخ بيئتها ،
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 ، فإن الاولى على هذا تكون رافعة لمستند
الثانية ، فتبطل . أما اذا كانت الثانية أيضاً تشهد اعتماداً على العلم فهما حينئذ
متعارضتان ولا وجه لترجيح الأسبق تاريخاً . 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 الامراتان الام والبنت مع تقدم تاريخ البنت بخلاف الاختين والام والبنت مع تقدم تاريخ الام لا يمكن صحة العقدين ، بأن طلق الاولى وعقد على الثانية في الاختين ، وطلق الام مع عدم الدخول بها وحينئذ في ترجيح الثانية او التساقط وجهان (٢) هذا ولا يمكن وردت رواية (٣) تدل على تقديم بينة الرجل ، الامع

مستند الثانية أصالة الصحة ، فانها أيضا مقدمة على الاستصحاب .

(١) يعني : ترجيح الاسبق . لتعارض والتكاذب الواقع بينهما الناشئ 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) أقربهما الاول ، سواء كان مستند الثانية العلم ، أم وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة . إذ بقاء العقد الاول إنما يكون بالاستصحاب ، وهو لا يجري مع الشهادة بمنافيه ، لتقدم البينة على الاستصحاب . وبالجمل : 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 ، فقامت اخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود ، ولم يوقنا وقتاً . فكتب :

سبق بينة المرأة المدعية او الدخول بها في الاختين وقد عمل بها المشهور (١) في 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 الثقي عن أبي عبد الله (ع) .

(١) في جامع المقاصد : « كان هذا الحكم يجمع عليه بين الاصحاب » ، وفي المسالك : « لا يظهر فيه خلاف بينهم وأنه ربما ادعى عليه الاجماع » ، وفي كشف اللثام : « الاصحاب عملوا به من غير خلاف يظهر ، إلا من المحقق في النكت » وفي الكفاية : أن بعضهم نقل الاجماع عليه انتهى وفي الجواهر : « من غير خلاف يعرف على ما اعترف به غير واحد ، وعن بعض دعوى الاجماع عليه » وفي المسالك : « هو مخالف للقواعد الشرعية في تقديم بينة الرجل مع اطلاق البينتين أو تساوي التاريخين ، لأنه منكر ، ويقدم قوله مع عدم البينة ، ومن كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه » ، ونحوه في جامع المقاصد وفيه : أنه منكر بالنسبة الى دعوى الاخت لا بالنسبة الى دعواه على أختها ، فإنه حينئذ مدع إلا أن يقال : إن النص دل على تقديم بينته حتى بالاضافة الى دعوى الاخت عليه ، التي يكون فيها منكرآ . 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 ، فإن وجه التقديم غير ظاهر بالنظر الى القواعد .

وقد تصدى في كشف اللثام لتطبيقها على القواعد فقال : « إن الوجه في ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ما هو فعله ، ولعله عقد على الاولى قبل العقد عليها وهي لا تعلم ، ولا يعلم فعله إلا من قبله » . وقد أطال شيخنا الاعظام في تقريره

خصوص الاخيتين . ومنهم من تعدى الى الام (١) والبنت ايضا ولكن العمل

وحاصله : « إن كلا من بينة الرجل والاخت إنما يكون مستندهما العقد فهما تتساويان في الاستناد والاعتماد ، لكن الرجل والاخت يختلفان في الاعتماد ، فان اعتماد الاخت في دعواها على ظاهر العقد كينيتها ، لكن اعتماد الرجل في دعواه على العلم بصحة ما يدعيه وفساد ماتدعيه الاخت ، لأن مناط صحة ماتدعيه الاخت من زوجية نفسها وتكره 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 أو فعل أو أخبار وكيل ، وكذا اعتماد بينته ، فلا وجه حينئذ لاطلاق الترجيح ، ولا سيما وأن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الترجيح . فإذا ما ذكره ممنوع صغرى وكبرى . وبالجملة : يتعين الرجوع في الترجيح الى ما سبق من أنه اذا تساوى مستند البنتين تساقطتا ، واذا اختلف بأن كان مستند إحداها العلم ومستند الاخرى حجة غيره فالبينة الاولى مقدمة ، لأنها دالة على بطلان مستند الثانية ، وان كان مستند إحداها 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 المدخلة للاخوة فيه ، بل إنما هو لتحريمه ، وهو مشترك بين الجميع . مضافا الى ما عرفته من موافقة الحكم للقواعد الشرعية في الجملة . التي لا فرق فيها بين الجميع كما يرمى اليه التعليل في الخبر » وفي القواعد : « وفي انسحاب الحكم في مثل الام والبنت إشكال » وفي جامع المقاصد الجزم بعدم التجاوز عن . ورد النص ونحوه في المسالك .

بها حتى في موردها مشكل لمخالفتها لقواعد (١) وامكان حملها على بعض الحامل (٢)

(١) قد تقدم في المسالك أن الوجه في المخالفة للقواعد الاخذ ببينة المنكر، وفي غيرها الوجه تقديم إحدى البينتين على الأخرى من غير مرجح . وكيف كان فقد عرفت أن هذا لا يصلح مانعاً من العمل بها ، فأكثر الروايات الدالة على الوجوب والحرمة ونحوها مخالفة للقواعد العامة .

(٢) ذكر في الحقائق 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 لسكن يناهيه جداً التفصيل المذكور . ويحتمل أن يكون مراده أن التعليل المذكور يشهد بأن السؤال في الرواية كان مشتملاً على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بينة الرجل وصحة دعواه ، وأن ما كان من الاخت كان مناصرة منها لأختها . وربما تشير الى ذلك في الجملة فاء الترتيب في قول السائل : « فافامت ... » وعلى هذا تكون الرواية مجملة للجهل بالقيود المأخوذة في السؤال ، ولا مجال حينئذ للعمل بالرواية في الاحتين ، فضلاً عن غيرها ممن لا يمكن الجمع بينهما في الزوجية .

﴿ تنبيه ﴾ قال في القواعد : « والاقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين إلا مع سبق » 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 علة بأنه مع التعارض بتساوي التاريخ أو إطلاقه يتساقط البينتان ، فلا بد من مرجح للحكم بأحدهما . وفيه : أنه لا وجه له بعد الاعتراف بأنه خلاف ظاهر النص .

التي لا تخالف القواعد .

﴿ السادسة ﴾ : اذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها باذن المولى فان اشتراها المولى بقی نکاحها على حاله (١) ولا اشكال في جواز وطئها (٢) وان اشتراها لنفسه بطل نکاحها (٣) وحلت له بالملك (٤) على الافوى من ملكية العبد وهل يقتصر وطؤها حينئذ الى الاذن من المولى . اولا ؟ وجهان أفواهما 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 يَحْتَمِلُ إبطاله العقد إلا الانتقال من ملك الى آخر ، ولم يَقم على ابطاله دليل ، فيتمين 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) بلا خلاف ظاهر ، وفي الجواهر - في 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 ما ملكت أيمانهم) بناء على ظهوره في منع الجمع بينهما . لكنه لو تم توقف على اثبات صحة البيع ، وإلا فالبناء على بطلان البيع وبقاء الزوجية أولى ، عملاً بالاستصحاب . فإذا العمدة فيه الاجماع .

(٤) عملاً بعموم الادلة .

(٥) كما في الجواهر . للحجج عليه في النصرف ، وان قلنا بملكيتها 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 أو المولى ، فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له (١) وتبقى الزوجية (٢) وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية وكذا إن اشتراها في 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) واسكن أن يقال : الزوجية ليست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفا فزوالها لا يوجب تبديل 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 ما بعده .

(٣) بلا اشكال ظاهر . ويقتضيه خبر ميسر ، قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) ألقى المرأة بالقلاة التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : ألك زوج ؟ فتقول : لا فأتزوجها ؟ قال (ع) : نعم هي المصدقة على نفسها » وخبر أبان بن تغلب : « قلت لأبي عبد الله (ع) : إني أكون في بعض الطرقات ، فأرى المرأة الحسنة ، ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر . قال (ع) : ليس هذا عليك . إنما عليك أن تصدقها في نفسها » ونحوها خبر يونس وخبر عبد العزيز بن المهدي المتقدمان في المسألة الثالثة . وأما خبر عمر بن حفظة قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : إني تزوجت امرأة فسأت عنها ، فقليل فيها فقال : وأنت لم سأت أيضا ؟! ليس عليكم التفطيش » 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 في دعواها فلا حوط الفحص (٢) عن حالها . ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب قال : « قلت إني تزجت امرأة متعة ، فوقع في نفسي أن لها زوجاً فسألته . فقال أبو عبد الله (ع) . ولم سألته ؟ » وخبر محمد بن عبد الله الأشعري قال : « قلت للرضا (ع) الرجل تزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً فقال (ع) : وما عليه أرايت 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 في الثاني يشعر بعموم الحكم لما قبل التزويج .

(١) لا طلاق النصوص .

(٢) كما يقتضيه صحيح أبي مرزوم 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 في الشرائع في 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 الأشعري 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 زوجاً . ومثله في الاشكال حمل التصرف على الصحة ، فإنه غير ظاهر الشمول لما نحن فيه مما كان التصرف حلالاً أو حراماً ، لا صحيحاً أو فاسداً مع أن ذلك لا يصلح لمعارضة الصحيح السابق . فالعمدة هو خبر الأشعري ونحوه الممول عليه عندهم على نحو يتعين الخروج به عن ظاهر الصحيح . ومن ذلك

غنية منقطعة ولم يعلم موته وحياته ، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن ، او باخبار المخبرين وان لم يحصل العلم بقولها ويجوز للوكيل ان يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم . ولكن الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهممة .

﴿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 وبينه (٢) وان لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الاجمال ﴿التاسعة﴾ : اذا وكلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز 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 متهممة واذا كانت متهممة.

- (١) اذ لا دليل على سماعها . والنصوص المتقدمة لا تشملها .
- (٢) عملاً بحجية البينة بل يجب على الزوج فراقها لذلك . واخبارها السابق لا يصلح 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 لا يصلح لمعارضة ما دل 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 - بناء على كون المقام من صغرياته ، كما هو

فصل في أولياء المقم

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 في أولياء المقم

(١) نبوت الولاية لها 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

والحكم ولا ولاية الام 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 الجنيّد
ثبوت الولاية الام وآبائها ، مستدلاً على ذلك بأن رسول الله (ص) أسر نعيم بن
النخاع أن يستأمر أم ابنته في أمرها ، وقال : وأتمروهن في بناتهن . انتهى وقد
يستدل له أيضاً بموثق إبراهيم بن ميمون ، عن أبي عبد الله (ع) . قال (ع) « إذا كانت
الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر ، وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلا
برضا منها » لكن لا مجال لذلك بعد دعوى الاجماع على خلافه ولا سيما بملاحظة
اختصاص ذلك بالام ، ولا يعم آباؤها ومن الغريب ما في التذكرة : « الوجه أن
جد أم الاب لا ولاية له مع جد أب الاب ومع انفراد نظر » فانه غير ظاهر المأخذ
ولاسيما بملاحظة صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج
الصبية ، يتوارثان ؟ فقال : إذا كان أبواها اللذان زوجها فعم » لظهوره في عموم
نفي الولاية عن غير الاب .

(١) إجماعاً 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 ، أو مطروح .
(٢) إجماعاً ، نصاً ، وفتوى فقد روى محمد بن الحسن الاشعري قال :
« كتب بعض بني عمي إلي أبي جعفر الثاني (ع) : ما تقول في صبية زوجها عمها
فهلما كبرت أبت التزويج ؟ قال : فكتب (ع) إلي : لا نكره على ذلك ،
والامر أمرها » .

(٣) إجماعاً . يقتضيه 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 . لا يمنع 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 لعود
حقيقة ، لأن ولايتها ذاتية منوطة باشفاقها وتضررها بما يتضرر به الولد » . وفي
الجواهر قوة ذلك ، لأن المنشأ في ولايتها الشفقة والرأفة ونحوها مما لا فرق فيه بين
المتصل والمنفصل . انتهى ولا يخفى أن التعليل المذكور في كلامهم تخمين لا يعول
عليه في اثبات حكم شرعي . وما في الجواهر من ان المتجه على تقدير التفصيل أنه
لو كان الجنون ادواريا فاتفق دوره متصلا بالبلوغ كانت الولاية لها ، وبعد انتهائه
ترفع ، فإذا جاء الدور الثاني كانت الولاية للحاكم ، وهو كما ترى . انتهى مجرد
استبعاد ، لا يعول عليه في رفع اليد عن الدليل نعم الاشكال في دليل ولاية الحاكم
والنبوي : « السلطان ولي من لا ولي له » 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 ما في المتن بخبر زرارة عن ابي جعفر (ع) : « قال : اذا كانت المرأة
مالكة أمرها تبع وتشتري وتعق وتشهد ، وتعطي من مالها ماشاءت ، فان أمرها
جائز ، تزوج إن شاءت بغير اذن وايعا وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا
بأمر وليها » إذ لا ريب أن المتبادر من وليها أبوها وجدها ، واردة الحاكم منه

ولا ولاية لها 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 أولاً بضمف السند وثانياً باجمال الولي ولا قرينة على تعيينه وبعد إرادة الحاكم منه ، ليس مستنداً الى دلالة ، ليكون حجة .

(١) بلا إشكال ولا خلاف وفي كشف اللثام : « إجماعنا ومن العامة » .
ويقتضيه عموم السلطنة . وبعض النصوص الواردة في تزويج الابن مع حضور الاب .
(٢) في جامع المقاصد : « اتفاق علمائنا عليه » وفي المسالك أنه لا خلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها إلا ما نقل 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 شئت اذا كانت كفواً بعد أن كانت قد نكحت رجلاً 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) : « وروايانا خاصة خاصة . وهي مقدمة عند التعارض » السك النعارض فرع الحجية ، وهي غير ثابتة .

(٣) حكي عن الشيخ في أكثر كتبه . وعن الصدوق ، وابن أبي عقيل ، وظاهر القاضي ، وكشف 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 : « سألت عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ، ألها مع أبيها أمر ؟ فقال (ع) : ليس لها مع أبيها أمر ما لم نثيب » وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : « لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبيها ، ليس لها مع الاب أمر » .

واستقلالها (١) والتفصيل بين الدرام 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 لا يجوز 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 ، والناصرات ، والاجماع عليه . لمعوم السلطنة على النفس الذي يجب الخروج عنه بما سبق . وللإجماع المدعى في الناصرات والانتصار ، الممنوع في مورد ظهور الخلاف . وللإجماع على زوال الولاية في المال فكذا في النكاح ، الموقوف على عدم الفصل ، وهو ممنوع بعد وضوح الخلاف في السكاح . وللإجماع على زوال الولاية عنها في المنقطع ، فكذا في الدائم ، الممنوع في نفسه ، كمنع عدم الفصل بين الدائم والمنقطع . ولصحيح الفضلاء الفضيل بن يسار ، ومحمد بن مسلم ، ووزارة وريد بن معاوية كاهم عن أبي جعفر (ع) : « قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة 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 ضرورياً ، فيكون عقلياً لا شرعياً . نعم يمكن تخصيص الصحيح بالروايات السابقة ، فيحمل على غير الاب جماعاً . 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 - كما في كشف اللثام -
ضعيف ، لأنه يوجب عدم انسجام الكلام ، ولا يصح في غير البكر ، لما عرفت من
حكم الثيب . نعم لا يدل على الاستقلال لان الاستئثار أعم منه بل يمكن تخصيصه
بما سبق جمعاً وخبر زرارة المتقدم عن أبي جعفر (ع) : « قال : إذا كانت المرأة
مالكة أمرها ، تباع ، وتشترى ، وتعتق ، وتشهد ، وتعطي من مالها ما شئت ،
فإن أمرها جائز ، تزوج إن شئت بغير إذن وليها وإن لم تكن كذلك فلا يجوز
تزوجها إلا بأمر وليها » ويشكل بأنه يمكن تخصيصه بالروايات السابقة ، فيحمل
على غير الأب جمعاً . وخبر سعدان بن مسلم : « قال أبو عبد الله (ع) : لا بأس
بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها » ويشكل بأنه يمكن تخصيصه بما سبق .
وخبر أبي مریم عن أبي عبد الله (ع) : « قال : الجارية البكر التي لها أب لا تزوج
إلا بأذن أبيها . وقال : إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شئت » . 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) : « تزوج المرأة من شئت إذا كانت مالكة لأمرها ،
وإن شئت جعلت ولياً » . ولمرسله سعدان بن مسلم عن رجل عن أبي عبد الله (ع) :
« لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها » وخبر ابن عباس : « إن
جارية بكر آجأت الى النبي (ص) فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع
خسيسه ، وأنا له كارهة فقال (ص) : أجزئي ما صنع أبوك فقالت : لارغبة لي
فيما صنع أبي قال (ص) : فاذهي فانكحي من شئت . فقالت : لارغبة لي عما صنع
أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء في امور بناتهم شيء » . لكن

في الاول دون الثاني (١)

الروایتین ضعيفتان لم يثبت انخبارهما بعمل المشهور ، لاحتمال استنادهم في فتواعم الى غيرهما من الروايات .

ثم انك عرفت أن مقتضى الجمع بين الطائفة المذكورة دليلاً لهذا القول ، وبين الطائفة السابقة المذكورة دليلاً للقول الاول ، هو التقييد بحمل الولي فيها على غير الاب وشيخنا الاعظم (ره) في رسالة النكاح جعل الجمع بينهما كما يكون بالتقييد يكون أيضاً 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 رسالة سعدان ، وخبر ابن عباس المتقدمين ، والأخبار الواردة في جواز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها ، الآتية في أدلة القول الثالث . تعين الجمع بحمل المقيد على الاستحباب . أقول : أما أخبار التمتع بالبكر فسيجيء الكلام فيها ، وأنها متعارضة وعدم القول بالفصل لم يثبت مع وجود الخلاف . وأما الخبران الآخريان فإن صلحا للحجية كانا معارضين ، لامرجحين للحمل على الاستحباب وإلا - كما هو الظاهر ، لضعف سندهما ، وعدم الجابر لهما - لا يصلحان لترجيح المذكور .

(١) حكاه في الشرائع ، والتذكرة ، وغيرهما ، قولاً ولم يعرف قائله - كما في جامع المقاصد ، وغيره - وكان وجه دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم . وصحيح البرنطبي عن الرضا (ع) : « قال : البكر لا تزوج متعة إلا باذن أبيها . وصحيح أبي مریم عن أبي عبد الله (ع) قال : « العذراء التي لها أب لا تزوج متعة إلا باذن أبيها » لكن عرفت أن الاول معارض بغيره كما أن الصحيحين أيضاً معارضان بغيرهما . كخبر الحلبي قال : « سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها . قال (ع) : لا بأس ما لم يفتض

والعكس (١) والتشريك ، بمعنى : اعتبار اذنها معا (٢) والمسألة مشككة 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 الافشاب » . 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) حكى عن المفيد ، والحليين ، وظاهر الوسائل للحر العاملي . جمعا بين ما دل على اعتبار الاذن من الاب في تزويج البكر - مثل صحيح العللاء بن رزين عن أبي عبد الله (ع) : « قال : لا تزوج 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 تزوج 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 اذنها 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 نصيبا قال : واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته علي بن جعفر ، فقال (ع) : إفعل ، ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها حظا » لكن ينافي ذلك ما دل على استقلالها . كما ينافيه أيضا ما دل 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 على بن جعفر ، المتقدمة ، ونحوها غيرها . الثانية : ما دل على اعتبار إذن الولي ورضاه ، كصحيح زرارة ، ومحمد بن مسلم ، والعلاء ، وابن أبي يعفور المتقدمة في أدلة القول الخامس . الثالثة : ما دل على استقلال البكر ، كصحيح الفصاة ، ورواية زرارة ، ورواية عبد الرحمن ، ورواية أبي مريم ، ورواية سعدان الرابعة : ما دل على اعتبار إذن البكر ورضاه ، كصحيح منصور بن حارم ، 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 ، فإذا تصرف أحدهما نفذ إلا أنه تأباه الطائفة الاولى جداً ، فإن قوله (ع) : « ليس طامع ايها 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 الثانية بغير الاب ، لاختصاص الاولى بالاب وعموم الثالثة لغيره . نعم مرسله 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 والجدي يستقل الاول معها دونها بلا استقلال ولا تشريك وتستقل هي مع الثاني دونه بلا استقلال ولا تشريك ايضاً . اسكن يخدش فيه رواية سعدان على ما في نسخ التهذيب المعتمدة 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 الثمام ، 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 ما عرفت من وجه الجمع . بل يتعين حينئذ البناء على ولايتها مستقلاً ، فإن الرواية المذكورة نص في ذلك . ويتعين الجمع بينها وبين الطائفة الأولى باستقلال كل منها ومن أبيها ، فإنه وإن بعد بالاضافة الى الجمع بالتقييد لكنه أقرب بعد تعذره . ويكون الجمع بينها وبين الطائفة الثانية الحمل على استحباب استدذان الاب ، فإنه واضح بالاضافة الى مثل صحيح العلاء المتقدم . وأما مثل صحيح زرارة « لا ينقض ... » فلا يخلو من خفاء . لكن يهون الامر فيه أنه لا يعرف مورده ولم يتضح المراد منه ، فإن النقص إنما يكون بعد الابرام ، فيختص بالفسخ ، وهو غير المدعى . نعم لا بأس بالالتزام بمضمونه . فيكون اللاب فسخ عقده البنت وإن كان صحيحاً بغير إذنه ، فإن فسخته انفسخ ، وإن لم يفسخه بقي على صحته . ولعل قوله (ع) في صحيح الحلبي : « ليس لها مع أبيها أمر » يراد به هذا المعنى بمعنى له فسخ عقدها وحله نظير قوله (ع) : « لا يمين 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 ، فإن ملاحظة أحواله المستورة في كتب الرجال تستوجب الوثوق به واعتبار حديثه . وكذا الطعن فيها بأنها عين الرسالة ، فلا تكون حجة . إذ فيه أنه خلاف الاصل بعد أن رواها الشيخ في التهذيب معاً .

مع اختلاف في التين من جهة أفراد الاب في المستند وتثنيته في الرسالة .

مراعاة الاحتياط بالاستئذان منها ولو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها
الأب من دون إذنهما وجب إما اجازة (١) الأخر أو الفراق بالطلاق . نعم إذا
فضلها الولي أي منعها من التزويج بالسكنى مع ميلها سقط اعتبار إذنه (١)

والذي يتحصل من جميع ما ذكرنا : نفوذ عقد الأب بدون إذن البنت اعتماداً
على صحيح محمد بن مسلم ، وخبر علي بن جعفر ، ونحوهما . ونفوذ عقد البنت
بدون إذن الأب اعتماداً على خبر سعدان المعتضد بالنصوص الواردة في المتعة المتقدمة
وأن الأفضل أن يكون باذنها معاً حملاً لما دل على اعتبار إذن الأب - كصحيح
العلاء - واعتبار إذن البنت - كصحيح صفوان - على الاستحباب . جماعاً بين هاتين
الطائفتين والطائفتين السابقتين . وأنه إذا عقدت البنت صح عقددها ، لسكى يجوز
للأب نقضه ، فإذا نقضه انتقض . اعتماداً على صحيح زرارة : « لا ينقض النكاح
إلا الأب » ، ونحوه صحيح محمد بن مسلم ، وصحيح الحلبي ، على ما عرفت فالتصوص
خمسة أصناف صنف يدل على استقلال الأب وآخر يدل على استقلال البنت . وثالث
يدل على جواز فسخ الأب عقد البنت . ورابع يدل على اعتبار إذن الأب . وخامس
يدل على اعتبار إذن البنت فيعمل بالأصناف الثلاثة الأول ويحمل الآخران على
الاستحباب جماعاً . هذا كله بالإضافة إلى الأب وأما الجد فلا ولاية له على البكر
لامنضاه ، ولا مستقلاً . اعتماداً على الطائفة الثالثة من غير معارض . هذا والقول
بالولاية على النهج المذكور وإن لم ينسب لأحد لأبأس به إذا دلت عليه الأدلة وما
توفقي إلا بالله ، عليه توكلت ، واليه أنيب ، وهو حسبنا ، ونعم الوكيل .

(١) هذا الوجوب من باب الاحتياط الذي ذكره .

(٢) إجماعاً كما في الشرائع ، والتذكرة ، والقواعد ، وجامع المقاصد . والمسالك

وكشف الثام وفي الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه » وهو العمدة في الخروج
عن عموم الولاية . مضافاً إلى عموم نفي الحرج في بعض الموارد . لسكته إنما

وأما اذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلاً (١) بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفاً (٢) ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم 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 نفى 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 لا يدل على سقوط الولاية ، لان تحريم العضل لا يدل على ذلك .

(١) افساد العقد ، فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها .

(٢) كأنه لاطلاق الكفو في كلامهم بل لعل الظاهر منه الكفو عرفاً .

(٣) كأنه لا انصراف المستثنى عن ذلك . فيرجع الى عموم أدلة المستثنى منه

لا أقل من أنه خارج عن القدر المتيقن من معقد الاجماع ، فيرجع الى عموم أدلة الولاية .

(٤) قال في الخلاف : « وإن غالباً جميعاً (يعني الاب والجد) كان لها أن

تعقد على نفسها ، أو توكل من شاءت من باقي الاولياء » وفي الحقائق : « وفي حكم العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذان الولي » ونحوه ما في الرياض ورسالة شيخنا الاعظم (ره) . والاول حكمي ارتضاؤه عن كثير من الاصحاب ويظهر من الجميع عدم الخلاف في ذلك . بل في كلام بعض أنه بلا خلاف ظاهر . وكأنه لما استفاد من دليل السقوط بالعضل .

(٥) كما نص على ذلك في المسالك ، والجواهر ، وغيرها . لأن النصوص

أو الشبهة ففيه اشكال (١) ولا يبعد الالحاق بدعوى ان المتبادر (٢)

المتقدمة في استثناء الثيب ، ومثلاها خبر ابن جعفر ، المتقدم في أدلة استقلال الولي مختصة بمن نكحت رجلا فلا تشمل الموردة ، بل يرجع فيه الى عموم الولاية . نعم قد يشكل ذلك بأن بعض النصوص 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 الأدلة قال : « وما في بعض النصوص من ظهور اعتبار النكاح في الثيب محمول على الغالب ونحوه ، بعد قصوره عن تقييد غيره من المطلق لاشبهة » أقول : لا ينبغي التأمل في أن الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطء أو غيره . وحينئذ فإن أخذ باطلاق الثيب والبكر كان اللازم إلحاق زوال البكارة بالوثبة ونحوها بالثيبوبة ، لصديقها حقيقة . وإن بني على تقييد الاطلاق بالنصوص المتقدمة فهي مختصة بالمتزوجة . وحملها على الغالب في هذه الجهة دون غيرها ، تفكيك لا يساعد عليه العرف . فاذأ 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 ، لا مطلق التزويج . والمتحصل مما ذكرنا : ان المحتمل في الثيب أربعة معان . المعنى العرفي ، وهو زوال البكارة . وزوال البكارة بالوطء . وزوال البكارة بوطء الزوج . وبمجرد كونها متزوجة وإن كانت باكرآ . 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 تزوج 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 - كما اختاره جماعة - (٢) ضعيف . وأضعف منه القول بتوقفها على موته ، كما اختاره بعض العامة .

(١) يعني : فيلحقها حكم الثيب . وهو كما ترى .

(٢) حكاه في الشرائع قولاً ونسبه في كشف اللثام إلى الصدوق ، والشيخ ، والمقي ، وسالار ، وبني الجنيد والبراج وزهرة وحزمة . واستدل له بموثق الفضل ابن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع) : « قال : إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكانت أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز » لدلالة مفهومه على عدم الجواز مع فقد الأب . وأشكل بضعف سند الرواية ، ودالاتها . لكن الرواية من الموثق ، وهو حجة ، والدلالة المفهوم ، وهو أيضاً حجة . وحمله - كما في المسالك - على أنه من مفهوم الوصف ، الذي ليس بحجة غير ظاهر . نعم يحتمل في القيد المذكور أنه ذكر تمهيداً للحكم المذكور في ذيل الرواية من التشاح بين الجد والأب ، الذي لا يمكن فرضه إلا في حال وجود الأب ، فتكون الشرطية من قبيل الشرطية لتحقيق الموضوع . فتأمل . ولذلك اختار هذا القول في الوسائل .

لكن في كشف اللثام مال إليه للأصل ، الا فيما أجمع عليه ، وهو صورة حياة الأب بعد ضعف أدلة الطرفين . وفيه أنه لا قصور في دليل القول المذكور بعد أن كان السند من الموثق ، والدلالة لمفهوم الشرط ، فيقيد به إطلاق ما دل على ولاية الجد ، على تقدير تماميته . مع أنها لا تخلو من تأمل إذ لم تقف على دليل لولاية الجد ، إلا ما تضمن أولويته من الأب ، مثل موثق عبيد بن زرارة : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الجارية يريد أبوها ان يزوجه من رجل ، ويريد

جدهما ان يزوجها من رجل آخر . فقال (ع) : الجدة 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 للجدة 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 الجدة . لا قرينة عليه ، وإن ذكر في المسالك وغيرها . ومثله صحيح أبي بصير ، ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « سألت عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى إياه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى . فأبي هؤلاء عفا فمفوه جائز في المهر إذا عفا عنه » . ودعوى : أن الجدة يجوز أمره في مال المرأة حتى مع فقد الأب ، فيكون ممن بيده عقدة النكاح . مدفوعة بأن ظاهر الآية الشريفة الاختصاص بالباقيات ، بقرينة نفوذ عفوهم ، فالروايات الواردة في تفسيرها قاصرة عن شمول غيرهن . ولذا ذكر الأخ في الصحيح المتقدم . ومن ذلك يظهر الوجه فيما ذكره كاشف الغمام من ضعف أدلة الطرف الآخر . نعم بشكل ما ذكره من أن قول الجماعة مطابق للأصل . وجه الاشكال أن أصالة عدم ترتب الأثر بحكومة لاستصحاب الولاية الثابتة للجدة حال حياة الأب . نعم لا تجري إذا كان الأب قد مات في حال كون الصغير حملاً ، فيكون مقتضى الأصل عدم . ثم إنه يمكن المناقشة في مفهوم الموثق باحتمال كون الشرط مساقاً لتحقيق الموضوع بلحاظ ما في ذيله من قوله (ع) فان هوى ٠٠٠ 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 . انتهى ، وعن غيرها الاجماع عليه . ويشهد له صحيح عبد الله بن الصلت قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجه 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 يزوجه أبوها ، ثم يموت وهي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها ، يجوز عليها التزويج ، أو الأمر إليها ؟ قال (ع) : يجوز عليها تزويج أبيها » . ونحوها صحيح علي بن يقطين وغيره . لكن في صحيح محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يتزوج الصبية . قال (ع) : إن كان أبواها اللذان زوجها فنعيم جائز ، ولكن لها 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 أن يزوجه ابنته ولا يستأمرها ؟ قال (ع) : إذا جازت تسع سنين فإن 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 صفره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ فقال (ع) : أما التزويج فصحيح . وأما طلاقه فيبغى أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك » . بذلك استدلل في الحقائق . لكن دلالة على نفي الخيار غير ظاهرة ، لأن صحة العقد لا تنافي الخيار ، بل هي موضوع للخيار . ومثله ما دل على توارثها إذا زوجها الأبوان ، فإن التوارث إنما يدل على الصحة لا غير ، وهي لا تنافي الخيار . وعلى هذا ينحصر دليل نفي الخيار في الصغير بما دل على لزوم .

والقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف . وكذا لا خيار المجنون بعد إفاقته (٢) .

﴿ مسألة ٥ ﴾ : يشترط في صحة تزويج الأب والجد ونفوذه عدم الفسدة (٣)

(١) نسب إلى الشيخ في النهاية ، وبني البراج وحمة وإدريس .
لصحيح ابن مسلم المتقدم . ولتطرق الضرر إليه من جهة إثبات المهر في ذمته والنفقة من غير ضرورة ، وبذلك افترق عن الصبية ، فإن العقد عليها يثبت لها المهر والنفقة ، لا عليها . وخبر يزيد الكناسي : « إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة ، أو يشعر في وجهه ، أو ينبت في عاتقه » . لكن الصحيح بعد عدم العامل به في الصبية يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره ، لتعذر التفكيك في معنى الخيار في الصبي والصبية . والضرر المذكور إن تم كونه ضرراً منغياً كان موجباً لقصور الولاية ، وعدم صحة العقد كالمفضولي . وإلا كما هو المعروض في كلامهم - فلا يصح لاثبات الخيار ، ولا لاثبات غيره . وأما خبر الكناسي فلا إشكال فيه كالأشكال في الصحيح ، فقد ذكر في صدره الخيار للصغيرة ، ولا جبه يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره مضافاً إلى أنه غير ظاهر الحجية ، لعدم ثبوت وثاقة يزيد الكناسي . نعم في السند أحمد بن محمد بن عيسى ، والحسن بن محبوب ، وأبو أيوب الخزاز . وقد يشعر ذلك بالوثاقة .

(٢) إجماعاً ، كما في المسالك ، وفي كشف اللثام لا يعرف فيه خلاف .

ويقتضيه ما دل على لزوم المقود .

(٣) يظهر من المسالك الاتفاق عليه ، حيث جعل الفارق بين ولاية الأب وولاية الحاكم الاجتزاء بعدم الفسدة في الأولى ، واعتبار المصلحة في الثانية . فكأن ولاية الأب في النكاح غير ولايته في المال ، فإن المشهور بين القدماء ، المدعي عليه الإجماع ، والمصرح به في كلام جماعة من المتأخرين ، اعتبار المصلحة فيها .

وإلا يكون العقد فضولياً ، كالأجنبي ويحتمل عدم الصحة بالاجازة أيضاً (١) .
 بل الاحوط مراعاة المصلحة (٢) بل يشكل الصحة اذا كان هناك خاطبان أحدهما
 أصالح من الآخر بحسب الشرف ، أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة الى
 الصغير (٣) فاختار الأب غير الأصالح 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 لا بد منه ، معللاً بأن الله لا يحب
 الفساد فورده 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 المحيز أن يكون جائز التصرف حال العقد ، وإلا
 لم تصح اجازته ، كما سيئنه 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 حجب التذكرة دعوى نفي الخلاف
 فيه بين المسلمين ، وقد صرح به جماعة كثيرة ، فيتعدي منه الى المقام ، فيلحق
 المقام به . لكنه - مع عدم ثبوت ذلك في الملقق به - 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) لا يخلو هذا المثال من الاشكال . لأن الصغير إذا زوج بهر كثير كان

(مسألة ٦) لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه فان كان هناك مصلحة تفضي ذلك صح العقد والمهر ولزم (١) ، وإلا ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع الى مهر المثل ، أو بطلان العقد أيضا قولان (٢) ، ذلك الزوجي ضرراً عليه ، لا خلاف الأصلح . بخلاف الصغيرة إذا زوجت بالمهر القليل ، فإنه خلاف الأصلح لا غير .

(١) لعموم دليل الولاية . وعن جامع المقاصد أنه المعتمد في الفتوى .
 (٢) وعن الشيخ (ره) قول ثالث ، وهو صحة العقد والمهر ولزومها ، عملاً باطلاق أدلة الولاية ، المعترض بما دل على جواز عفو عن المهر بعد ثبوته . وفيه أن التعدي عن العفو الى المقام غير ظاهر ، فان نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة ، وليس العفو كذلك وأدلة نفي الضرر مقدمة على إطلاق أدلة الولاية 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 يعترض 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 ، فلما أن يكون صحيحاً بلا إجازة ، أو موقوفاً عليها . ولا مجال للتفكيك فيه بين ذات العقد فيصح وبين المهر فيتوقف على الإجازة . ولذا لو عقد فضولاً بمهر خاص لم يحز للاصيل إجازة العقد دون المهر وفي المسالك اختار الاول ، لان العقد صحيح ، وإنما المانع من قبل المهر ، ويمكن جبره بنفسه خاصة ، والرجوع الى مهر المثل . ولا نسلم أنها واحد ، بل اثنان لا تلازم بينهما . وأوضحه شيخنا الاعظم (ره) في رسالة النكاح بأن دليل صحة تصرف الولي شامل لنفس العقد ، فلا وجه لتوقفه على الإجازة . غاية الأمر أن الضرر في الصداق اقتضى خروجه عن دليل الولاية .

أقواها الثاني . والمراد من البطلان عدم النفوذ ، بمعنى توقفه على اجازتها بعد البلوغ ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناء على اعتبار وجود المحيز في الحال (١) .

﴿ مسألة ٧ ﴾ : لا يصح نكاح السفية (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 ، لا يجوز التفكيك فيه بين أبعاض العقد الواحد . وليس منه المقام ، لما عرفت من أن العقد في نفسه لا يحتاج الى الاجازة ، وأن المحتاج اليها خصوص المهر لاغير وقد أطال قدس سره في توضيح ذلك . فراجع ويشكل بأن الضرر ليس في جعل المهر نفسه ، وإنما هو بالنكاح على المهر المذكور ، فالضرر يكون بالنكاح المقيد بالمهر وانتفاؤه بدليل نفي الضرر عين البطلان وبالجملة لو كان الضرر حاصلًا من جعل المهر نفسه أمكن أن يقال بصحة العقد عملاً بعموم الولاية ، ويبطلان المهر ، عملاً 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 ما تقدم في مبحث الرياء في الصلاة فإنه إذا صلى جماعة رياء ، فالرياء يكون بالصلاة فتحرم ، لا بالجماعة فتحرم هي دون الصلاة ، فتبطل الجماعة وتصح الصلاة .

(١) قد عرفت أن هذا خلاف إطلاق أدلة الصحة .

(٢) قال في الشرائع : « والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر ، ولو أوقع كان العقد فاسداً . وإن اضطر الى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له سواء عين الزوجة أو أطلق » . ونحوه ما في القواعد . ووجه عدم نفوذ نكاحه أن النكاح تصرف في المال ، لما يترتب عليه من المهر والنفقة . والسفيه محجور عن ذلك إجماعاً . وهذا مما لا إشكال فيه . إنما الاشكال في لزوم الاقتصار في الاذن على حال الضرورة ، فإذا تزوج مع عدم الضرورة الى ذلك لم يصح وإن أذن له

وعليه أن يعين المهر والمرأة (١) ولو تزوج بدون إذنه وقف على إجازته فإن رأى المصاحبة وأجاز صح ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة لأنه ليس كالمجنون والصبي (٢) مسلوب العبارة ولذا يصح وكالته عن الغير في إجراء الصيغة ومباشرة لنفسه بعد إذن الولي .

﴿ مسألة ٨ ﴾ : إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المالبات لـكن لا رشد

الولي ، فإن الظاهر أنه لا خلاف عندهم فيه ، مع أنه لا يظهر الفرق بين النكاح وغيره إذ في غير النكاح يصح تصرفه إذا أذن له الولي وكان التصرف عقلاً ثانياً وإن لم تكن ضرورة تدعو إليه ، فما الذي يميز النكاح عن غيره ؟ ! اللهم إلا أن تحمل الضرورة في كلامهم على الحاجة المتعارفة ، كما هو غير بعيد عن مذاقهم ، وإن كان بعيداً عن عباراتهم . ولأجل ما ذكرنا 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 إذا كان تعيينه يؤدي إلى ضياع المال لم يقبل ، لـسكون الفروض 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 ، فإنه يقبل منه التعيين ، إلا إذا كان موجباً لضياع المال بحسب حاله . وبالجملـة : إذا اعتبرت الضرورة في جواز تزويجه وجب الاقتصاد على الضرورة في الزوجة والمكان والزمان وغيرهما من الجهات التي تختلف في زيادة المال ، ولا يقبل تعيين السغيه في واحدة من الجهات إذا كان يوجب اختلاف المال . وإن اكتفى بكون التصرف متعارفاً وإن لم تدع الضرورة إليه قبل تعيينه ، إلا إذا لم يكن لا تنقاً بحاله ، وكان موجباً لزيادة المال .

(٢) هذا مما لا إشكال فيه . ويقتضيه عموم الأدلة ، 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 كاسفيه في المايات 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 فايها سبق مع مراعاة مايجب مراعاته لم يبق محل للآخر (٣) ولو زوج كل منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدم

(١) لكن ظاهر حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه في المال وأن الحجر يرتفع بالرشد في المال : أن السفه في غير المايات لا أثر له في الحجر . ويقتضيه عموم السلطنة ، وليس السفه في التزويج إلا كاسفه في المأكل ، والسكن ، والملبس والركب ، ومعاشرة الاخوان ، وغير ذلك من الامور المتعلقة بالانسان مما لا يستوجب اتلاف المال وتبذيره . فان من الضروري أنه لا ولاية على السفه فيها وليس هو ممنوعاً 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 سفياً أو ضعيفاً » بناء على إطلاق السفه ، الشامل لما نحن فيه . اسكنه غير ظاهر .

(٢) بلا اشكال ظاهر . ويقتضيه إطلاق النصوص . وظاهر الجواهر التوقف في ذلك ، حيث أنه في شرح قول ماته : « فمن سبق عقده صح » ذكر أنه بناء على استقلال كل منهما بالولاية انتهى .

(٣) يعني : يصح السابق كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، وفي الجواهر : « لم نعرف فيه خلافاً بينهم ، بل يمكن دعوى الاجماع عليه » والظاهر أنه كذلك . ويقتضيه إطلاق الأدلة . ويشهد له

ولغني الآخر . وان علم التقارن قدم عقد الجدة (١) وكذا اذا جهل التاريخان (٢)
واما ان علم تاريخ أحدهما دون الآخر فان كان المعلوم تاريخ عقد الجدة

صحيح هشام بن مسلم ، ومحمد بن حكيم ، عن أبي عبد الله (ع) : « قال اذا
زوج الاب والجدة كان التزويج للاول . فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجدة أولى
وموثق عبيد بن زرارة : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الجارية يريد أبوها أن
يزوجها من رجل ويريد جدها أن يزوجها من رجل آخر . فقال : الجدة أولى بذلك
ما لم يكن مضاراً ، إن لم يكن الاب زوجها قبله ويمجوز عليها تزويج الاب والجدة
(١) اتفاقاً ، كما عن السرائر ، والغنية . ويشهد به الصحيح والموثق
المتقدمان . وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) : ! إذا زوج الرجل ابنة ابنه
فهو جائز على ابنه . ولابنه أيضاً أن يزوجها فقالت : فان هوى أبوها رجلاً وجدها
رجلاً . فقال (ع) : الجدة 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 الجدة أن لا يسبقه عقد الاب ، وهذا الشرط يمكن إحرازه بالاصل في الفرض .
إذا الاصل يقتضي عدم سبق عقد الاب على عقد الجدة ، فيصح . اسكن يعارضه
أصالة عدم سبق عقد الجدة على عقد الاب ، المقتضى لصحة عقد الاب ، لما سبق من
استقلال كل منهما بالولاية فإذا 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 ذاتاً فلا مجال لإحراز الشرط المذكور بالنسبة الى كل منهما . وحينئذ
يعلم بصحة أحد العقدين وفساد الآخر من دون تعيين ، فيتمين الرجوع الى القرعة
أو غيرها ، على ما تقدم في مبحث تزويج الاختين وغيره .

قدم ايضاً (١) وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتمال تقدمه (٢) لسكن 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 يمارضه أصالة عدم عقد الجد الى زمان عقد الاب ، الموجب لصحته ، لانه مجهول التاريخ . نعم بناء على جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ يكون الاصل متعارضاً في الطرفين ، ويكون الحكم كما في صورة الجهل بالتاريخين معا .

(٢) بل المتعين ذلك بناء على عدم جريان الاصل بالنسبة الى مجهول التاريخ ذاتاً ، 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 متعارضاً ، ويكون الحكم كما في مجهولي التاريخ .

(٣) ان كان المراد من كونه سابقاً أن لا يتقدمه عقد الجد ولا يقارنه ، فهو مما يمكن إثباته بالاصل ، لأصالة عدم عقد الجد الى ما بعد انتهاء عقد الاب وإن كان المراد من كونه سابقاً أن يكون بحيث يلحقه عقد الجد ، بأن يكون عنوان السبق بنفسه ملحوظاً شرطاً ، فهذا غير مفهوم من أدلة الولاية الاب ، 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 لاعدمي . 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 اكمل أمر مشكل . مع احتمال تقدم عقد الجد ، لاطلاق ما دل 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 بالمقدّم 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 لا يسبقه عقد الجد ، والشرط في نفوذ عقد الجد أن لا يسبقه عقد الاب . فع الجدل 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 منها . 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 منهوجة ، 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 في الجواهر من احتمال تقديم عقد الجد مع الجهل بالتاريخين ، لاطلاق ما دل عليه اذا لم يسبقه عقد الاب ، فتمى لم يعلم يحكم بتقدم عقده . انتهى . فان ذلك خلاف الظاهر والمتعين الرجوع الى القرعة بعد أن كان الاصل لا يصلح 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 اعتماداً على الاصل ، حسب ما اختاره المصنف . ولا وجه للفرق بين صورة الجهل بالتاريخين والجهل بتاريخ أحدهما . فلاحظ .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها وفي كشف اللثام حكاية الاجماع عليه عن الانتصار ، والخلاف ، والمبسوط ، والسرائر . ويشهد له النصوص ، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) ، وموثق عبيد بن زرارة المتقدمة في 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 في الجواهر : « قد يقال ببطالان 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 عليها حكم الاب والجد اولا ؟ وجهان اوجهها الثاني لانها ليسا اباً وجداً بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الاب (١)

ابن مسلم وغيره على التكليفية استجابة أو وجوبية ، لا الوضعية . وعلى هذا لا يظهر وجود قائل بالاول . فقول المصنف (ره) : « قولان » ان اراد بالاول ما في الجواهر ، فليس هو إلا إشكالا على الدليل . وإن كان غيره فلم أعثر عليه .

(١) سكن 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 : أصلىح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير إذني . فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فقال : نكاحه باطل قال (ع) : ثم أقبل علي فقال : ما تقول يا أبا عبد الله . فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله (ص) : أنت ومالك لا يليك ؟ قالوا : بلى فقلت لهم : فكيف يكون هذا وهو وماله لا يبه ولا يجوز نكاحه ؟ قال (ع) : فأخذ بقولهم وترك قولي » . وقد يظهر من التعليل أولوية الجد باعتبار ولايته على الاب ، كما في الجواهر . سكن التعليل المذكور عل 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 ، معللاً بذلك . إلا أن يقال : عموم التعليل شامل للعقام وان كان التعليل في مورد خاص اللهم إلا أن يشكل التعليل في الاول بمعارضته بغيره ، كما تقدم في مسألة أنه لا يجوز للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً ، ويحجج به فراجع هذا المبحث من الشرح . فتأمل جيداً . كما

﴿ مسألة ١٠ ﴾ : لا يجوز للمولى تزويج المولى عليه (١)

يشكل التعليل في الثاني بأنه لاعامل به على ظاهر ومؤله بمحمل لا يمكن الاستدلال به فلاحظ .

(١) قال في الشرائع: «إذا زوجها الولي بالجنون والخصي صح ، ولها الخيار وكذا لو زوج الطفل عن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ » وفي المسالك استدل على الصحة بأن العيوب المذكورة لا تنافي الكفاة التي هي شرط الصحة . واستدل على الخيار بالادلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة . ومقتضى ذلك أنه إذا زوج الولي عن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً ولا خيار . ثم حكى في المسالك عن الشيخ في الخلاف القول بالصحة ولم يذكر الخيار ، وعن الشافعية قولاً بعدم الصحة ، من حيث أنه لاحظ للمولى عليه في تزويج المعيب سواء علم الولي أم لم يعلم ، ووجه الثالث بالتفصيل بين علم الولي بالمعيب فيبطل ، كالمو اشتري له المعيب مع علمه بالمعيب ، والجهل فيصح ويثبت الخيار للمولى على أحد الوجهين ، وأنها عند البلوغ . قال : « وهذا الوجه الأخير موجه » واختاره المصنف ، وعلمه 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 : « لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً ، ولم تحصل مصالح تقتضي الفعل أو مرجحات بحيث ترتفع المرجوحية معها ، حينئذ ينفذ ويلزم على المولى عليه » . والوجه في الحكم الثاني أيضاً اطلاق أدلة الولاية . وما ذكرنا يظهر أن المراد بالمعيب في كلام المصنف لا بد وأن يكون خصوص ما كان وجوده موجباً للضرر عرفاً ، فلا يشمل العيب الذي لا يكون وجوده ضرراً على الزوجة ولا مهانة عليها ، مثل كونه ناقصاً بعض الاصابع أو زائدها . وإلا كان الوجه الصحة ، عملاً باطلاق الادلة .

يمن به عيب سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا . لأنه خلاف المصلحة .
نعم لو كان هناك مصلحة لازمة مراعاة جاز وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه (١)
ان لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه
بعد بلوغه أو إفاقته وعدمه لان المفروض إقدام الولي مع علمه به . وجهان أوجههما
الاول لا إطلاق أدلة تلك العيوب (٢) وقصوره بمنزلة جهله (٣) وعلم الولي والحاضه
المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه . وغاية ما تنفيده المصلحة إنما هو صحة
العقد فتبقى أدلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضا (٤) من باب

(١) إذ لا دليل على هذا الخيار ، والاصل الزوم .

(٢) كما في المسالك ، وتبعه في الجواهر في توجيه الخيار الذي ذكره المحقق
لكن هذا الاطلاق غير ظاهر ، فان تلك الأدلة كما لا تشمل صورة علم الزوج لا تشمل
صورة علم وليه أو وكيله مع إقدامها على العيب لافتضاء المصلحة ذلك ، كما هو الحال
في سائر المعاملات التي يوقعها الولي أو الوكيل على المعيب .

(٣) يعني : حتى لو فرض أن الصغير كان عالماً بالعيب . ولكن لا دليل على
هذه المنزلة وان ادعيها في المسالك والجواهر . ولو سلمت لم تجد في ثبوت الخيار ،
لأن علم الولي بمنزلة علم المولى عليه ، كما أن علم الوكيل بمنزلة علم الموكل في خروجه
عن منصرف أدلة الخيار ، كما سبق .

(٤) في الجواهر : « لا يبعد ثبوته للولي أيضا باعتبار نيابته عن المولى عليه
المفروض عدم اسقاط اقامه مع علمه إياه » . وهو في محله . لكن عرفت عدم
تمامية المبنى ووجه التوقف في ذلك ما ذكره في المسالك من ان الخيار هنا أمر يتعلق
بشهوة الزوجين ، ولا حظ فيه لغيرهما ، فينشط بنظرهما والى ذلك أشار في 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 ملازمة لذلك . وأما اذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به الا بعد العقد فان كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا إشكال 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 ممنوعاً .
- (٢) ثبوته للولي لا بد أن يكون من حيث كونه ولياً ونائباً عن المولى عليه فاختيار للمولى عليه لا غير ، 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 في المسالك ، وأنه أحد الوجهين نعم لا إشكال في ثبوت الخيار للمولى عليه لاطلاق أدلته . هذا بعد البناء على صحة العقد أما إذا بني على فساده ، للمفسدة ، كما يأتي في غير العيوب المجوزة للفسخ ، وكما سبق في حال علم الولي ، لأن كونه مصلحة وغير مصلحة تابع للواقع لا للعلم وعدمه ، فالعقد باطل من أصله . نعم لو فرض أن فيه مصلحة يتدارك بها نقص العيب ، وكان الولي جاهلاً بذلك ، كان العقد صحيحاً حينئذ ، وبثبت الخيار لاطلاق أدلته . ولا مجال للاشكال المتقدم للفرق بين المقامين . وكذا الحكم في سائر المعاملات التي يوقعها الولي مع الجهل بالعيب .
- (٣) لأصالة الزوم بعد أن لم يكن دليل على الخيار . هذا لو كان المراد نفي الخيار للولي في مقابل المولى عليه . وإن كان المراد نفيه للولي من حيث كونه ولياً فلا وجه له بعد أن بني على ثبوت الخيار للمولى عليه ، فإنه إذا ثبت له ثبت للولي من حيث كونه ولياً .

وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان ، أوجهها ذلك (١) لانه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج بل يمكن ان يقال : ان العقد فضولي حينئذ لا انه صحيح وله الخيار .

﴿ مسألة ١١ ﴾ : مملوك المملوك كالمملوك في كون امر تزويجه بيد المولى (٢)

﴿ مسألة ١٢ ﴾ : لو وصي ان يزوج الخننون المحتاج الى الزواج (٣)

(١) الخيار هنا خلاف ما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب الخاصة وأما التعليل الذي ذكره في المتن ، فان كان المراد به المفسدة - كما هو الظاهر - اقتضى بطلان العقد من أصله ، إذ لا ولاية للمولى حينئذ ، فيتعين كون العقد فضولياً فتوقف صحته على الاجازة . وبالجملة : إن دل على صحة العقد هنا دليل فلا وجه للخيار للمولى ولا للمولى عليه ، لمادل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب الخاصة . وإن لم يدل على الصحة دليل كان اللازم القول بالبطلان . والمتحصل من جميع ما ذكرناه : أنه اذا زوج المولى بمن فيه العيب الموجب للمنفقة بطل العقد من دون فرق بين العالم والجاهل ، والعيب الموجب للخيار وغيره . وأنه إذا كان المولى قد لاحظ مصلحة يتدارك بها النقص صح العقد ، ولا خيار للمولى عليه ، كما هو ظاهر المسالك ، والجواهر . وأما ما ذكره المصنف (ره) فيتوجه عليه الاشكال من وجوه . احدها : التفصيل بين المولى 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 للملوك كلها تحت سلطان المولى ، لما في الصحيح من أن العبد وماله لأهله ، لا يجوز له تحرير ، ولا كثير عطاء ، ولا وصية ، إلا أن يشاء سيده ، ونحوه غيره .

(٣) قال في الشرائع : « لو وصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح » ، ونحوه في القواعد وفي المسالك يظهر منها عدم الخلاف

بل الصغير ايضا (١)

في هذه الصورة . يعني : صورة ما اذا بلغ فاسد العقل . وفي الجواهر : « نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك ، بل عن ظاهر الكفاية الاجماع عليه ، بل عن القطبي دعواه صريحا » . وهو عجيب بعد تصريح المسالك بأن غيرها أطلق الخلاف في تصرف الوصي فيه ، وأنه هو الوجه . وكيف كان فإن قلنا بعدم الولاية للوصي على الصغير ، فاللازم القول بذلك في المجنون ، لعدم الدليل على هذه الولاية . والاستدلال عليها بثبوت الضرورة ، وعجز المحتاج عن المباشرة ، فاشبه ذلك الاتفاق عليه - كما حكاه في المسالك ، وغيرها - غير ظاهر ، اذ لو اقتضى ذلك لزوم التزويج فلما أتى 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 ما بعد البلوغ اذا بلغ فاسد العقل . وبالجمله : لما لم يكن دليل على ولاية الوصي على تزويج المجنون كان المرجع فيها القواعد العامة ومقتضاها ما ذكرنا . ومن ذلك يظهر الاشكال في إطلاق المجنون في المتن ، وكان اللازم الاقتصار على من بلغ مجنونا ، كما هو المذكور في كلام الاصحاب . ومثله ما في بعض الحواشي من تقييده بالمجنون المتصل بالصغر ، مع الاشكال منه في ولاية الوصي على الصبي فلاحظ (١) كما جمعه 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 في المقام في القدرة على هذا الاصلاح ، والآية الشريفة ليست في مقام تشريع القدرة ، بل في مقام الحث على المقدور . مع أنها لو تمت لم تختص بالوصي ، بل تعم غيره من الاقارب والاجانب . ولقوله تعالى : (فمن بدله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه) ودعوى انسباق خصوص الايصاء بالمعروف للوالدين

بقريئة كون ما قبلها قوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين) مدفوعة بأن الاستدلال به في النصوص الكثيرة على وجوب العمل بالوصية يدل على عدم الاختصاص بالموارد ولو سلم كعت تلك النصوص في الدلالة على لزوم العمل بالوصية . اللهم إلا أن يقال المنصرف من الآية الإيصال بما ترك ، لا بما يتعلق بغيره نفساً أو مالا ، فإنه خارج عن منصرف الآية . وكذلك الروايات المستدل فيها بالآية على وجوب العمل بالوصية كلها واردة في خصوص الوصية بماله . مضافاً إلى إمكان دعوى كونه من الجنف المتعلق بالغير ، إذ لافرق بين الإيصال بتزويج صغيره وتزويج غيره من الأجانب في دخوله تحت قوله تعالى : (فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فلا إثم عليه) ، ففي صحيح أبي أيوب عن محمد بن سوقيه ، قال : « سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تبارك وتعالى : (فمن بدله) .. إلى أن قال : قال (ع) : نسختها الآية التي بعدها قوله عز وجل : (فمن خاف من موص) .. إلى أن قال : يعني : الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به إليه مما لا يرضي الله عز ذكره من خلاف الحق فلا إثم عليه ... » الحديث . وكما لا تصح الوصية بالتزويج بالنسبة إلى أخيه وابن أخيه لا تصح بالنسبة إلى صغيره ، لصدق الجنف ، وهو العدوان .

ولصحيح أبي بصير ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن الذي بيده عقدة النكاح . قال : هو الأب ، والأخ ، والرجل يوصى إليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى ، فأبي هؤلاء عفا فقد جاز » ونحوه ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن ، وما رواه في الكافي والنفية 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 أيضاً عن أبي بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر (ع) . لكن ذكر

الاخ في تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة ، لاحتمال إرادة الوكيل من الاخ والموصى اليه ، لامطلقاً ، فيختص بالكبيرة . وما في الجواهر من أن الاشتغال على ذكر الاخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره . غير ظاهر في مثل المقام مما يكون بين الطرفين نحو ارتباط في الدلالة . نعم يتم مع الاستقلال في الدلالة في كل من الطرفين لا أقل من وجوب الحمل على غير الظاهر بقريئة صحيح ابن بزيع : « سأل 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 وللأخ الاول ابن اكبر من ابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري أيها أحب اليك الزوج الاول أو الزوج الآخر . فقال (ع) : الرواية فيها أنها للزوج الاخير . وذلك أنها قد كانت أدركت حين زوجها ، وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها ونسبة الصحيح الى الآية الثانية نسبة العامين من وجه ، يرجع في مورد المعارضة - وهو محل الكلام - الى أصالة العدم . وما في الجواهر من كون الصحيح مضمرأ لا يقدح في الحجية وكذلك النسبة الى الرواية ، المشعرة بالتقية مع أن الاشعار بموضوع ولو سلم فلا يظهر أن تكون التقية في خلاف الرواية ، لا في مضمون الرواية . وما في الجواهر أيضاً من أن التعليل غليل . غير ظاهر ، فإن المفهوم من عقده أن العقد كان بامضاءها ، كما يشير قولها الاخير بعد أن سئلت عنها . وكأنه حمله على كون العقد فضولياً ، فلا يميز بينه وبين ما كان حال الصغير ولا مرجح له عليه . ومثله صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : اذا كان أبواهما الذان زوجاهما فنعم » فإن مفهومه نفي التوارث اذا كان المتولي للزوج غير الاب وان كان هو الوصي . وليست الدلالة من باب دلالة المفهوم فقط

لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء عين الزوجة أو الزوج أو اطلق ولا فرق بين ان يكون وصياً من قبل الاب أو 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 إجماعاً لا لنفي الولاية عن غير الاب .

(١) قد عرفت أن الأدلة المتقدمة على ولاية الوصي مختلفة المفاد فالآية الاولى عامة لغیر الوصي من جميع المكلفين والروايات مختصة بالوصي ، لكنها عامة للوصي في غير الانكاح والمختص بالوصي في الانكاح خصوص الآية الثانية . فكانت الجماعة اعتمدوا عليها لا غير . وعن جماعة القول بالولاية للوصي مطلقاً . وكانهم اعتمدوا على النصوص الذي قد عرفت إشكالها . والافوى بالنفي 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 . وفي رسالة شيخنا الاعظم (ره) أنه لا يبعد كونه إجماعياً . وعلل بالاصل ، وعدم الحاجة اليه . والاول لا يعارض عموم الولاية ، المستفاد من قوله (ع) في رواية أبي خديجة : « فاني قد جعلته قاضياً » . بناء على أن التزويج مع الحاجة من مناصب القضاء ووظائفهم . وما عن النبي (ص) : « السلطان ولي من لا ولي له » وفي الجواهر أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد . والثاني ممنوع بنحو البكالية 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
إجماعاً » . وفي كشف اللثام قال : « ولا ولاية له (يعني : للحاكم) على الصغيرين
للأصل ، وعدم الحاجة فيهما . وفيه نظر ظاهر . فان استند الفرق إلى الإجماع صح ،
وإلا أشكل » . ولأجل أنه لم يتضح الإجماع على العدم يتعين البناء على الثبوت مع
الضرورة والحاجة الشديدة ، من باب ولاية الحسبة ، التي مرجعها إلى العلم بان
الشارع المقدس يريد التصرف في الجملة ، والقدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم
أو بأذنه مع الامكان ، وإلا فمن غيره . والظاهر أنها من مناصب القضاة . كما أنها
المقصودة من ولاية السلطان ، يعني : أن السلطان ولي في المورد الذي لا بد فيه
من نصب الولي وتصرفه . ولعل تعليل الأصحاب المنع في الصبي بعدم الحاجة
يقضي البناء منهم على الولاية مع الحاجة ، وليس الفرق بين الصبي والمجنون إلا
عدم الحاجة في الأول غالباً والحاجة في الثاني غالباً ، لا أمر آخر تعديدي . نعم
قد يشكل الحكم بملاحظة مثل صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي جعفر (ع) :
« في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ . . . » ونحوه صحيح الخذاء .
وقد تقدم الاشكال في ذلك . وإلا فمن أبعد البعيد عدم صحة العقد للصبي مع
الضرورة ، ويكون مستثنى من ولاية الحسبة . بل لا تبعاً نسبة الجواز إلى الأصحاب
مع الحاجة الشديدة .

وأما المجنون فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في ولاية الحاكم على تزويجه ، وفي
الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل الظاهر كونه مجماً عليه » ، وفي الحقائق
- بعد أن ذكر ذلك - قال : « من غير إشكال عندهم ولا خلاف » وقد نص على
ذلك في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها ، 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 للمراعاة .

(مسألة ١٤) يستحب للمرأة المالككة أمرها أن تستأذن أبها أو جدها (١)

وإن لم يكونا فتוכל أخاها (٢) وإن تعدد اختارت الأكبر (٣) .

مورد ولاية الحسبة ، على ما عرفت . وأما مع الحاجة في الجملة . فلا دليل على ثبوت ولاية الحاكم في تزويجه . وقد عرفت أن القدر المتيقن من النبوي صورة لزوم التصرف والحاجة الى الولي ، لا مطلقاً . وأما رواية أبي خديجة ، فلا استدلال 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 تزويجها فالحكم الشرعي وليها في ذلك . وإلا فلا ولاية له على أحدهما . ولا يكفي مجرد الحاجة في الجملة في ثبوت الولاية في المقامين .

(١) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . لما تقدم من نصوص ولايتها فإنه بعد البناء على استقلالها بالولاية على نفسها يمتنع حمل الأخبار المذكورة على الاستعجاب (٢) كما في الشرائع ، والقواعد ، وغيرها . لما تقدم من النصوص الدالة على أن الأخ من يده عقدة النكاح ، المحمولة على التوكيل . وكان المناسب حينئذ ذكر الوصي وغيره ممن ذكر في الأخبار مع الأخ ، للاشتراك في الدليل .

(٣) كما في القواعد . لأن الأخ الأكبر بمنزلة الأب ، كما في مرسل الحسن ابن علي عن الرضا (ع) . ويقتضيه خبر الوليد بن يباع الاسقاط ، قال : « سئل أبو عبد الله (ع) - وأنا عنده - عن جارية كان لها أخوان ، زوجها الأكبر بالكوفة ، وزوجها الأصغر بأرض أخرى . قال (ع) : الأول بها أولى ، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز » بناء على أن الأكبر أولى بمضاء عقده ، واستثناء دخول الثاني من جهة أن تمكين الثاني من الدخول إمضاء لعقد الأصغر ، 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 لحياثها عن النطق بذلك .

(مسألة ١٦) : يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاسلام إذا كان المولى عليه مسلماً . فلا ولاية للصغير والصغيرة

(١) في صحيح البيهقي قال : « قال أبو الحسن (ع) في المرأة البكر : إذنها صلاتها ، والثيب أمرها إليها » . وفي صحيح داود بن مرحان عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يريد أن يزوج أخته قال (ع) ، يؤامرهما ، فإن سكنت فهو إقرارها ، وإن آبت 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) . . . إلى أن قال : فقام (يعني : رسول الله « ص ») وهو يقول : الله أكبر ، سكوتها إقرارها » .

(٢) بل هو المشهور بين الأصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس ، طرحاً منه للأخبار ، بناء على أصله في أخبار الآحاد . نعم عن المبسوط أنه احتياط في استنطاقها .

(٣) قال في الجواهر : « لا إشكال في الاكتفاء بالسكوت الدال قطعاً على الرضا ، وكذا السكوت المقرون بقرائن ولو ظنية ، بل والسكوت من حيث كونه سكوت بكر وإن لم تكن نعمة قرائن خارجية . كما أنه لا إشكال في عدم الاكتفاء به مع افترائه 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 مملوكها (١) ، من عبد أو أمة ، بل الولاية حينئذ لوليها (٢) . وكذا مع فساد عقلها ، بجنون ، أو إغماء ، أو نحوه (٣) وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونها ونحوه (٤) .

القول بحجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً ، تمسكاً 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 . فما 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 مبعوضاً (٣) على ولده ، حرّاً كان أو عبداً . بل الولاية في الأول للعالم (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 في الانغماء ، فانه يشبه النوم في انه يقتضي القصور في العمل ، لا في الرأي . فاذا العمدية 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 في الجواهر . ويقتضيه ما دل على نفيمها عن نفسه ، مثل قوله تعالى : (لا يقدر على شيء) . لكن يظهر من عبارة المختلف ثبوت ولايته ، قال : « وأما العبد فلا قوى صحة ولايته ، لانه بالغ رشيد ، فاشبهه الحر . وكونه مولى عليه لا ينافي ولايته » . وضعفه مما ذكرنا ظاهر .

(٣) بلا خلاف ولا إشكال ، كما في الجواهر ، وظاهر غيره . وهو العمدية وإلا فدليل نفي قدرة العبد على شيء ، لا يشمل المبعوض .

(٤) لما سبق من أنه ولي من لا ولي له .

(٥) لما سبق من قاعدة السلطنة .

(٦) إجماعاً ، كما في المسالك ، وكشف اللثام ، والجواهر ، وفي الحقائق : « الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فيه » ، ثم ادعى الاجماع على ذلك بالنسبة الى الولد المسلم . وقد استدلل بقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) . وقوله (ص) : « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » . وقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) . ولا يخلو الاستدلال من المناقشة ، فان الولاية في الآية الثانية يراد بها غير ما نحن فيه ، بقرينة العموم للكبير والصغير

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١) وللاحكام إذا كان كافراً أيضاً (٢) . والاقوى 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 الملو في النبوي يراد منه الظهور ، فهو نظير قوله تعالى : (ليظهره على الدين كله) . وأما الآية الاولى فبقريئة سياق ما قبلها ، وهو قوله تعالى : (فآله 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 الأدلة . انكن مقتضى اطلاق ما في الشرائع قوله : « اذا كان الولي كافراً فلا ولاية له » انتفاء ولاية الكافر حتى على الولد الكافر ، ونحوه حكى 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 غبروجه ظاهر . وما أبعد ما بينه وبين ما عن 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 بمباشرة ، أو بالتوكيل (٢) .
نعم لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوقع العقد بعد الإحلال (٣) .

(١) بلا خلاف ولا إشكال فيه وفيما بعده . فإن المحرم لا يصح العقد منه له ولا لغيره . وفي الجواهر : « الإجماع بقسميه عليه بل المحكى منها مستفيض إن لم يكن متواتراً » . وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « قال ليس للمحرم أن يتزوج ولا يزوج . وإن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل » . ونحوه غيره .

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر في الفرع الثاني من مبحث تحريم النساء على المحرم ، ويظهر منه أنه مفروغ عنه عندهم . لا إطلاق النص الشامل لثاني ثمنه الأول ، لأن الوكيل نائب عن الموكل ، ففعله فعله . فإذا وكل الولي وهو محرم محلاً على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، صدق أنه زوج المولى عليه وهو محرم ، وكذا لو وكل الولي حال إحلاله محلاً على تزويج المولى عليه المحل ، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي ، فإنه يصدق أنه زوجه وهو محرم . لأن فعل الوكيل إذا كان فعلاً للموكل صدق أن الموكل المحرم زوج المولى عليه ، وإن كان التوكيل سابقاً على الإحرام . اللهم إلا أن يقال : إن الظاهر من قولهم (ع) إن المحرم لا يزوج المنع من أن يصدر منه حال الإحرام ما يوجب التزويج ، والتزويج في الغرض ليس صادراً من الولي حال الإحرام . وبمجرد صحة النسبة إليه أعم من ذلك . ولا يجبي ذلك فيما لو وكل في تزويج نفسه ، ثم أحرم فزوجه الوكيل حال الإحرام ، للفرق بين المصدر وحاصل المصدر . فلاحظ . فالمنع في الولي يختص بما إذا كان التوكيل حال الإحرام والعقد كذلك . إلا أن يقوم إجماع على خلافه .

(٣) لا إطلاق الأدلة من غير معارض .

(مسألة ١٧) : يجب على الوكيل في الزواج 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 بصير فضولياً (٣) . ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من نفسه (٤) . للانصراف عنه . نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم ، أو الاطلاق (٥) جاز . ومع النصريح

(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 . ويقضي منه منصرف التوكيل ، الذي هو استئابة في التصرف لمصلحة الموكل .

(٣) لعدم الاذن في التصرف ، فلا يصح بدون الاجازة ، كما تقدم .

(٤) كما نص على ذلك في الشرائع ، والفقهاء ، وغيرهما ، وفي المسالك أنه لا خلاف في أنه لا يجوز له تزويجها من نفسه مع تعيين الزوج ، ومع الاطلاق ، وحكى عن التذكرة احتمال جواز أن يزوجه من نفسه مع الاطلاق ، معللاً باطلاق الاذن . وعمل المصنف المنع - تبعاً للمشهور - بالانصراف .

(٥) يعني : كان الاطلاق مقروناً بما يمنع الانصراف عن نفسه . وإلا فلا انصراف 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 : اعطه الفقير ، أو اكس الفقير ، أو اشبع الفقير ، أو نحو ذلك

فاولي 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 : به ، ومملكه ، وزوجه ، وأمثال ذلك . فلا انصراف 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 قابلاً . 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 ، أحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها ، تقول له : قد وكلتك فأشهد على تزويجي ؟ قال (ع) : لا . قلت : جعلت فداك وإن كانت أيماً ؟ قال : وإن كانت أيماً . قلت : فإن وكلت غيره بتزويجها منه . قال (ع) : نعم » .

(٣) قال في المسالك : « والرواية ضعيفة السند ، قاصرة الدلالة ، لجواز كون المنفي هو قولها : « وكلتك فأشهد » فإن مجرد الاشهاد غير كاف . فلجواز أقوى » . والمراد من قصور السند عدم الصحة . لكنهما 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 . وبالجمله : لا قصور

(مسألة ١٨) : الأقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الاجازة (١) ، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين ، أو كليهما ، كان العقود له صغيراً ،

في سند الرواية ، ولا في دلالتها . نعم هي مخالفة للقواعد . لكنها غير قاذبة ضرورة (١) على الاظهر ، كما في الشرائع ، وفي الجواهر : « الاشهر ، بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين ، بل في 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 - مضافاً الى ذلك - دعوى تواتر الاخبار به . بل من أنكر الفضولي في غير المكاح أثبتته هذا ، للاجماع ، والنصوص » .

ويشهد له العمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها ، مثل قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، فإن العقد المجاز داخل في عموم العقود ، فيجب الوفاء به . وتقريب ذلك : أن العقود في الآية الشريفة يحتمل بدو أموراً ثلاثة (الاول) : مطلق العقود ، ويكون عقد غير من له السلطنة على العقد بدون الاذن من السلطان والاجازة خارجاً بالاجماع . وهذا الاحتمال يظهر من كلام شيخنا الاعظم (ره) في مكاسبه . وفيه : أن الوفاء المذكور في الآية الشريفة يتوقف على تحقق الالتزام بالعقد ، فإذا لم يكن إذن من المالك سابقاً ولا لاحقاً ، 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 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 دالاً 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 كمصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده . فقال (ع) : ذلك الى سيده ان شاء أجازة ، وان شاء فرق بينهما . قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابها يقولون : ان أصل النكاح فاسد ، ولا تحل اجازة السيد له . فقال ابو جعفر (ع) : انه لم يعص الله تعالى ، انما عصى سيده ، فاذا أجازة 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 موالي ، ثم اعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عني ولم يغيروا علي . فقال (ع) : سكتوهم عنك بعد علمهم اقرار منهم . اثبت على نكاحك الاول » ، ونحوها غيرها .

وعن الشيخ في اختلاف والمبسوط البطلان ، وعن نحر الاسلام موافقته . واستدل له بحملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير اذن الولي أو المولى ، كرواية أبي العباس البقباق : « قلت لأبي 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 نحر 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 ، حرّاً أو عبداً . والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير الولي والوكيل (١) سواء كان قريباً ، كالاخ ، والعم ، والحال ، 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 ، فإن دعوى نفي الادلة على الصحة مصادرة . مضافاً الى ما عرفت من الادلة . ومثله ما ذكره أو لا نخر الاسلام وأما ما ذكره أخيراً ففيه أن كون الشرط متقدماً لا يقتضي البطلان ، فإن المشروط هو الحكم بالصحة ، وهو متأخر . ومثله القبض في الصرف والسلم ، والهبة .

(١) الفضولي هو العاقد الذي لا سلطان له على العقد حين العقد ، كما 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 الجدة مع عدم الاب ، وعقد الاخ والام والعم على صديقه ، وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذن سيده ، وتزويجه من نفسه بغير اذن سيده . لان هذه التسعة مورد الادلة ، والتمدي 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 التمدي عرفاً 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 ، فيتمدى 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 في الضرر ، بتشريع الفسخ ، بناء على صلاحية القاعدة لذلك ، على ما ذكره في مبحث خيار الغبن . ولا ينافي ذلك ما دل على نفي الخيار في النكاح . فان قاعدة الضرر 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 يقدر رد القابل قبل القبول في صدق العقد كذلك الرد قبل الاجازة . وبأن مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علاقة الطرف الآخر عن ماله . وفي كل من الوجهين تأمل ونظر . اما في الاول فلمدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه ، فضلاً عن المقاس مع وضوح الفرق بين المقامين بتمامية العقد في الثاني ، غاية الاسم انه

كما لا يجوز الرد بعد الاجازة (١) ، فمعا يلزم العقد (٢) .

(مسألة ١٩) : لا يشترط في الاجازة لفظ خاص ، بل تقع بكل ما دل على إنشاء الرضا بذلك العقد (٣) ، بل تقع بالفعل الدال عليه (٤) .

محتاج الى اضافته الى المالك ، وهي حاصلة بالاجازة وان كانت بعد الرد ، بخلاف الأول ، لا مكان دعوى كون الرد المتدخل بين الايجاب والقبول مانعاً عن الائتئام 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 علة لغير من له السلطان . ولو أوجب ذلك فرضاً على خلاف قاعدة السلطنة ، فلا تصاح قاعدة السلطنة لقطعها ، للشك في مشروعية ذلك ، وقاعدة السلطنة لا تصاح للتشريع . وبالحكمة : 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 ، الرجوع الى بطلان عقد الفضولي ، لا رفع الصحة التأهلية بعد ثبوتها . ولذا كان من الواضح أن مقتضاها عدم صحة تصرف غير السلطان ، لا ابطال التصرف بعدم صحته من غير السلطان . فإذا العمدة الاجماع المتقدم . ويعضده الاجماع على صحة إنشاء الرد بقول : «فسخت» ، فان ذلك إجماع منهم على انحلال العقد به ، كانهل العقد الجائز به ، إذ لولا ذلك لا معنى لإنشاء الفسخ به .

(١) إجماعاً . لصحة العقد بالاجازة ، ولا دليل على بطلانه بالرد .

(٢) لاصالة لزوم .

(٣) كما يقتضيه اطلاق أدلة الصحة .

(٤) وعن صريح جماعة وظاهر آخزين اعتبار اللفظ في اجازة عقد الفضولي

في البيع . لأن الاجازة كالبيع في استقرار الملك . ولأن الاستقرار في النوازل

(مسألة ٢٠) : يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد ، فلو اعتد لزوم العقد عليه ، فرضي به ، لم يكف في الإجازة (١) . نعم لو اعتد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد ، فجاز ، فإن كان على وجه التقييد لم يكف (٢) . وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً .

الاختيارية اللازمة ، كالبيع وشبهه ، يقتضي اعتبار اللفظ . وهذان الوجهان يمكن إجراؤهما في المقام ، فيقال : الإجازة كمقد المكاح الذي لا يصح بالفعل . ولأن الاستقراء في العقود اللازمة ، كالبيع والزويج ونحوهما ، يقتضي اعتبار اللفظ . لكن الأول مصادرة . والاستقراء ليس بحجة ، ولا سيما في مقابل العمومات الدالة على الصحة حتى بالإجازة الفعلية . وخصوص صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة في أدلة صحة الفضولي . فالعمل بها متعين . ولذا حكى 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 إرادة عدم صدق الإجازة . لأن مجرد الرضا بالعقد على الحال المذكورة لا يكون إجازة . وفيه : أنه يمكن فرض الإجازة منه وإن علم بعدم الحاجة إليها لترتب الأثر كما لو قال : « أجزت ما وقع ورضيت به » . فالعمدة حينئذ أن مثل هذه الإجازة ليس مما تقتضيه قاعدة السلطنة ، لأنها تقتضي السلطنة على الوجود بعد العدم ، والمفروض أن المجيز يرى تحقق الوجود بعد العدم ، فليس في مقام أعمال قدرته وسلطنته على ذلك . نظير الرضا بما قسم الله تعالى له ، فإنه غير إيجاد ما قسم له . وربما يكون في صحيحة ابن بزيع المتقدمة في عقد السكرى ما يناق ذلك . لكن العمل بالرواية محل تأمل ، كما تقدم . فراجع .

(٢) لعدم تحقق القصد إلى 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 في البيع في أن الاجازة ناقله - بمعنى : أنها تقتضي ترتيب الاثر من حينها - أو كاشفة عن ترتيب الاثر من حين العقد . اما لكون العقد تمام السبب المؤثر - كما يقتضيه ما عن جامع المقاصد وغيره من الاستدلال على الكشف بأن العقد سبب تام في الملك . لعموم قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) - أو لكون شرط تأثير العقد هو الرضا التقديري الحاصل حال العقد - كما هو ظاهر بعض المحققين في اجارته - أو لكون الشرط هو الوصف الانزاعي ، وهو تعقب الاجازة للعقد - كما نسبته شيخنا الاعظم الى جماعة من معاصريه - أو لأن الشرط هو نفس الاجازة المتأخرة ، ولا مانع من تأخر الشرط في العمل الشرعية - كما اختاره في الجواهر - لأن الشرط في العمل الشرعية يراد منه ما يكون قيداً لموضوع الحكم ، لا ماله دخل في سبب الحكم وعلته . فان الحكم لما كان تعيلاً اختيارياً للحاكم ، كانت علته الارادة لا غير ، والشرط الشرعي لا دخل له في تأثير العلة ، وانما دخله باعتبار أن وجوده العملي وتصوره دخیل في ترجيح الوجود على عدمه ، الموجب لتعاقب الارادة به ، وليس لوجوده الخارجي دخل في الحكم أصلاً . فشرطية الاجازة في المقام بهذا المعنى ، لا بمعنى أن لها الدخل في الوجود ، وفي ترتيب العلول على العلة ، كما هو معنى الشرط في العمل 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 تحقیقاته . 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 وإن كان هو نفوذ العقد وترتب مضمونه حين الحكم بالصحة ، وهو بعد الاجازة ، فإن زمان العقد لم يؤخذ قيداً للمضمون ، حتى يتعين ثبوت المضمون فيه . لكن المراكز العرفية تستوجب حل 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 سببته ، فالبناء على أنه كائن في زمان الاجازة المتأخرة خلاف الارتكاز المذكور . فيكون خلاف الظاهر .

وأما الوجه الأول من وجوه الكشف الحقيقي فيشكل بأنه خلاف ، ومخالف لما دل على اعتبار الاجازة ، الممول عليه تقدم ، فكيف يكون مقتضى العموم أن يكون العقد سبباً تاماً ؟ ! إذ لا موجب حينئذ لاعتبار الاجازة .

وأما الوجه الثاني فيشكل بأن الرضا التقديرى لا دليل على الاجتزاء به ، كما سيأتي في المسألة الآتية . بل سيأتي أن الرضا القملي من الاصيل لا يكفي في صحة العقد من الفضولي ، فضلاً عن الرضا التقديرى ، لانه غير كاف في صحة نسبة العقد الى الاصيل . مع أن البناء على حصول الرضا التقديرى غير ظاهر ، لا يمكن انتفائه ، ويكون حصول الاجازة بعد ذلك لتبديل الطوارئ والمناصب ، كما لا يخفى ولا سيما اذا كان الاصل قد توقف عن الاجازة برهة من الزمن ، ثم أجاز ، فإن مثل هذه الاجازة لا تدل على الرضا التقديرى ، الذي يراد منه الرضا على تقدير الانتفات ، يعني : الرضا بمجرد الانتفات ، إذ المفروض أنه غير حاصل بمجرد الانتفات

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 ، فإلبناء 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 .

وأما 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 المراتكرات العرفية يكون زمان المضمون هو زمان العقد ، كما في الاسباب العقلية ، وان لم يكن زمان المضمون مقيداً بزمان العقد .

ومن ذلك يدفع 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 إنما تنتزع من التكليف ، والتكليف إنما يكون بالاجازة ، فيمتنع اعتبارها قبلها حين العقد . ففيه : أن ذلك إنما يقتضي كون اعتبار الملكية حين الاجازة ، لا كون الملكية المعتبرة حين الاجازة ، لجواز تأخر الاعتبار عن الاجازة ، وتكون الملكية المعتبرة حين العقد سابقة على الاعتبار . مع أن دعوى كون الملكية منتزعة من التكليف بوجوب الوفاء . ممنوعة . كيف ؟ ! والملكية موضوع لوجوب الوفاء ، فان الوفاء الواجب هو العمل بمضمون العقد ، الذي هو الملكية في عقد البيع مثلاً ، والزوجية في عقد النكاح . . . وهكذا ، فالملكية والزوجية موضوع للوجوب ، لا منتزعة منه .

وقد أشكل ثالثاً على هذا القول بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الاجازة ، 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 حكماً ، لا حقيقة . ولأجل هذا الاشكال جعل - قدس سره - الانسب بالقواعد - بعد البناء على بطلان النقل - هو هذا المعنى من الكشف ، وسماه الكشف الحكمي . وفيه أن ذلك يختص بما إذا كان الاثر حقيقياً . أما اذا كان اعتبارياً ، مثل الملكية ، والزوجية ، ونحوها ، فلا مانع من ذلك ، لجواز انتفاء سبب الاعتبار في الزمان الاول ، ووجوده في الزمان الثاني . مثلاً إذا شككنا في طهارة ماء يوم الخميس ، حكم بطهارته ظاهراً ، وجاز استعماله في الطهارة من الحدث والخبث ، فلذا 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 بسببته الملكية في وقت قبل الاجازة ، ومحكوم بسببته 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) : أن الكشف الحقيقي هو المشهور . وقد اختلفت كلماتهم في تقريبه . فالذي يظهر من جامع المقاصد وغيره ، أن العقد هو السبب التام ، والاجازة لادخل لها في سببته ، وانما لها الدخل في الكشف عن ثبوت الاثر حينه . واختار 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 الاتراعي ، 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 الغفوى ، المراد منها الرضا التقديري لكنه يختص كلامهم بالتصرف
الخارجي ، ولا يشمل التصرف الاعتباري الحاصل بالعقود والابقاعات .

(٢) كما نسبته 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) ، فلا بد من كون العقد مضافاً 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 . فلا بد أن يحمل القيد على نفي عقد المكره ، وإلا كان مؤكداً ، وهو خلاف الظاهر .

ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال على ذلك بقوله (ع) : « لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » . مضافاً الى أن السياق يقتضي اختصاصه بالتكليف ، فلا يشمل ما نحن فيه . وأما ما دل على أن علم المولى بشكاح 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 للأضيحية ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداها 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 بمثل لا يدل على أحد الأمرين بعينه .

(مسألة ٢٣) : إذا كان كراهها حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد له ، فالظاهر صحته بالاجازة (١) . نعم لو استؤذن فنهي 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 للأبحاث التي ذكروها فيها ، بل كان اللازم أن يكون العنوان الرضا .

والظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا بين العبد الذي عقد بغير إذن سيده ، وبين غيره . وما في كلام شيخنا 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 ، وإنما عصى سيده » . فيه : أن المراد من معصية السيد عقده بغير إذنه ، لا العقد مع الكراهة ، كما هو معنى المعصية عرفاً ، حتى يكون الرضا كافياً في رفع المعصية ، إذ لازم ذلك صحة عقده مع غفلة السيد ، لعدم الكراهة حينئذ ، مع أنه لا ريب في عدم صحة عقده حينئذ . ويشهد لذلك قوله (ع) : « فإذا أجاز جاز » ، ولم يقل : « فإذا رضي جاز » ، أو « إذا 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 الفزق 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 وكيلًا ، وأوقع العقد ، فتبين خلافه ، يكون من الفضولي ، ويصح بالاجازة .

(مسألة ٢٥) : لو قال في مقام إجراء الصيغة : « زوجت موكتي فلانة » مثلاً ، مع أنه لم يكن وكيلًا عنها . فهل يصح ويقبل الاجازة ، أم لا ؟ الظاهر الصحة (٥) . نعم لو لم يذكر لفظ : « فلانة » ونحوه ، كأن يقول : « زوجت موكتي » وكان من قصده امرأة معينة ، مع عدم كونه وكيلًا عنها ،

(١) هذه المتزلة 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 فيه ، وفي الجواهر القطع به لاطلاق الأدلة . 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) عملاً بعمومات الصحة من دون مفيد . وقد سبق في المسألة السابقة .

يشكل صحته بالاجازة (١) .

(مسألة ٢٦) : لو وقع الفضولي العقد 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 الشروط 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 . ولاجل ذلك قد يدعى جواز إجازة العقد دون المهر ، لأن المهر بمنزلة الشرط . لكن ظاهر الجواهر - فيما لو زوجها الولي بدون مهر المثل - التسالم على عدم جواز إجازة العقد دون المهر .

(٣) صورتان تشتركان في عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ، وتختلفان في أن الأولى خالية 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 جزؤه ببطلان الاجازة مع الغاء ما ذكر في العقد من الشرط - كما ذكر في آخر المسألة - فإنه 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 الإيجاب والقبول (نارة) : يكون للاختلاف في موضوع العقد ، وركنه ، كما إذا زوجه زينب فضولا ، فأجاز في هند ، أو بابه الفرس ، فأجاز 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 ، فأجاز في زينب دون هند ، أو بابه الفرس والحمار ، فأجاز 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 بابه الفرس بدينار ، فأجاز في نصف الفرس بنصف دينار لكن فرضه في باب النكاح غير ممكن (ورابعة) : يكون للاختلاف في الشرط . وله صور ، لأن الشرط (نارة) : 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 فيها ، 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 فبين كونه وكيلاً ، فالظاهر صحته (١) ، ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً . 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 الأحكام عرفاً ، لا على الحقيقة ، كما أشرنا إلى ذلك في بعض مباحث الاجازة 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 فضولاً ، 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 البعض جاز في المشروط والشرط بطريق أولى .

قلت : القبول من بعض دون بعض في الصورة الاولى ليس قبولا لبعض الايجاب ، بل هو قبول لتام الايجاب . وكذلك اجازة بعض الشركاء في الصورة الثانية اجازة لنفس العقد ، وإن كان لا يترتب الاثر بالنسبة الى الجميع إلا مع قبول الجميع ، أو اجازة الجميع . فليس ذلك من التفكيك . ولذلك لم يصح القبول من واحد إذا كان مبنيًا 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 بالانتفاع الى الوكالة انتفت مع الغفلة عنها . امكنه 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 الإجازة ، أو لا يصح ؟ وجوه ، أقواها عدم الصحة . لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً (٣) . فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الامر بيده في الابقاء

(١) لكنّه ضعيف . لاطلاق الاذن - كما عرفت - 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 الإجازة منه . لكن هذا الاحتمال ضعيف ، لان ذلك خلاف إطلاق الاذن إذا كانت عرفية ، كما في الوصي ، والوكيل ، وخلاف إطلاق 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 جائزاً شرعاً ، أو راجع الى اشتراط الخيار بالفسخ والامضاء . والأول شرط باطل ، لعدم كونه مقدوراً ، والثاني شرط صحيح . وعلى كلا التقديرين لا موجب لبطلان العقد في نفسه ، لأن الشرط الفاسد غير مفسد ، وشرط الخيار لا مانع منه في العقود اللازمة . وعدم صحته في عقد النكاح ، لا يقتضي بطلانه ، كما تقدم في المتن .

وإن أريد من الجواز ما يقابل الصحة والنفوذ - فكأنه اشتراط أن لا ينفذ إلا بالاجازة ، كما في عقد الفضولي - فهذا الشرط وإن كان لا يصح ، لأنه غير مقدور . لكنه لا يقتضي البطلان ، لما عرفت من أن الشرط الفاسد لا يفسد . اللهم إلا أن يرجع الى التعليق ، فكأنه قال : « زوجت فلانة من فلان إذا أجزت ، أو أجازت العقد » ، 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 . وبالحكمة : فالمصنف (ره) لم يتضح مراده من الجواز مع كونه بصدد التوضيح بتكرار العبارة والمتمثيل ، كما لم يتضح وجه ما قواه من البطلان .

والتحقيق : أن إنشاء من له السلطنة على العقد لكونه ولياً ، أو وكيلاً ، أو أصيلاً ، إذا كان بعنوان الفضولية (فتارة) : لا يكون منه إلا قصد العنوان الذي لا واقع له ، مثل أن يقصد كونه عربياً وهو عجمي ، أو هاشمياً وهو غير هاشمي ولا ينبغي التأمل في كون القصد المذكور لا أثر له (وأخرى) : يكون قصده إنشاء أمر زائد على عنوان العقد ، مثل أن يقصد أن لا يترتب أثر على العقد إلا بعد الاجازة ، أو يقصد أن يكون له الخيار في العقد ، أو نحو ذلك . وهذا على قسمين . أحدهما : أن يختص القصد بأحد المتعاقدين ، بأن يكون من الموجب

والعدم . وبعبارة أخرى : أوقع العقد متزلزلاً .

(مسألة ٢٩) : إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (١) ولا يجوز لها بعد البلوغ رده ، أو فسخه . وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٢) . وأما إذا زوجها الفضوليان ، فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ (٣) ، أو إجازة وليهما قبله (٤) . فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ، وترتب عليها أحكامها من حين العقد ، لما مر من كون الإجازة كاشفة (٥) . وإن ردا ، أو رد أحدهما ، أو ماتا ، أو مات أحدهما ، قبل الإجازة ، 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 الإيجاب والقبول . ففي الأول يبطل العقد ، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول . وفي الثاني يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) تقدم ذلك في المسألة الرابعة .

(٢) وفي الجواهر : « حتى على القول بالخيار ، كما حكى عنه التصريح به . ضرورة عدم منافاته لتحقيق موجب الارث ، الذي هو الزوجية » . وكأن ذلك إذا لم يختر الفسخ . وإلا فلا موجب للارث ، لانقضاء الزوجية .

(٣) إذ لا ولاية لها على نفسها قبل ذلك .

(٤) إذ لا ولاية له بعده .

(٥) تقدم ذلك في المسألة الواحدة والعشرين .

(٦) هذا لا كلام فيه - كما في المسالك - لانه مقتضى الاصول ، والقواعد ،

والصحيحة الآتية .

يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية (١) ، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الارث ، فإن حلف يدفع إليه . وإن لم يحز ، 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 . فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا . قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال (ع) : يجوز ذلك عليه إن هو أمضى . قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ، ثم مات قبل أن تدرك الجارية ، أثره ؟ قال (ع) : يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ، ثم يدفع إليها الميراث ، ونصف المهر . قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت ، أيرثها الزوج المدرك ؟ قال (ع) : لا ، لأن لها الخيار إذا أدركت . قلت : فإن 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 . يدفع 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 وليكن 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 متها بأن إجازته للرغبة في الارث . وأما إذا لم يكن متها 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 متها ،

(١) كما يقتضيه الصحيح المتضمن اشتراط الميراث بالحلف

(٢) قال في القواعد : « فان مات بعد الاجازة وقبل التحمين فاشكال » ، وفي المسالك : « وربما احتتمل مع موته قبل التحمين ثبوت الارث من حيث أنه دائر مع العقد الكامل » ثم قال : « وليس بشيء » ، لأنه لو كان كذلك لم يتوقف على التحمين ابتداءً ، وفي كشف الثام : « انه أقوى » ، وفانا لفخر الاسلام ، لمنع تمام الزوجية ، فانه بالاجازة الخالية عن التهمة .

(٣) وفي المسالك جمل الاقوى اعتبار التحمين وإن لم تحصل التهمة ، لانها ليست علة تامة في اعتباره ، بل هي حكمة لا يجب اطرادها ، عملاً باطلاق النص والفتوى . ووافقه على ذلك في الحدائق . لكن الظاهر من النص أن التحمين طريق الى نفي التهمة ، فإذا انتفت التهمة لم يحتج اليها .

(٤) هذا مما لا إشكال فيه . 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 الأحكام .

(مسألة ٣٩) : 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 بالعين

الزوجين بين العقد والاجازة لا يوجب ارتفاع موضوع الاجازة ، بناء على التحقيق من الكشف الانقلابي . إذ لا مانع من أن يحكم بتحقيق الزوجية حال العقد ، وإن كان زمان الحكم بها بعد الاجازة وبعد موت أحد الزوجين بعد إجازته . ودعوى : أن الموت مانع من ثبوت الزوجية . مندفعه 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 لا غير .

نعم ما تضمنه الصحيح من عدم استحقاق المهر والميراث إذا لم تخالف على أن إجازتها لم تكن طعماً 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 طعماً في المهر والميراث ، فترتب تلك الأحكام بمجرد الاجازة وإن علم أنها كانت طعماً في المهر والميراث ، فضلاً عن صورة التهمة . لكن يظهر من المسالك وغيرها خلاف ذلك ، كما يأتي .

(١) قال في المسالك : « النص ورد في تزويج الأجنبي للصغيرين . فلو كانا كاملين فزوجهم 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 ما هو خلاف الأصل ، فيقتصر على مورده . وهذا أقوى . وحيدئذ فيحكم ببطالان العقد إذا مات أحد العقود 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 إليه ، لعدم الحاجة الى الاجازة ، أو لاجازته بعد بلوغه أو رشده ، وبقي الآخر ، فإنه يعزل حصة الباقي من الميراث الى أن يرد ، أو يجيز . بل الظاهر عدم الحاجة الى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين

سواء قلنا أن الاجازة جزء انساب ، 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 فلا أن الاجازة وحدها لا تكفي في 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 ما عن شرح النافع . وفي القواعد : « وفي انسحاب الحكم في البالغين إذا زوجها الفضولي ، إشكال . أقرب به البطلان » . وفي جامع المقاصد ذكر في وجه القرب ماسبق عن المسالك ، ثم قال : « انه المفتى به » . وفي الحدائق : « الظاهر أنه المشهور بينهم . وهو الانسب بقواعدهم » .

أقول : مقايضة المقام بموت الموجب قبل القبول لا تتم بناء على كون الاجازة كاشفة ، سواء كان الكشف حقيقياً ، أم حكيمياً ، أم انقلابياً . إذ هي مع الفارق ، فإن موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد وتاممته ، فلا يمكن أن يترتب مضمونه بخلاف المقام ، لتاممية العقد ، وإنما المنتظر هو الاجازة ، فإذا حصلت ترتب الأثر . نعم مضمون العقد في المقام - وهو الزوجية - لما امتنع أن يقوم بالمعدوم ، تعذر ترتب الأثر على العقد بناء على النقل ، لانعدام أحد الزوجين . أما بناء على الكشف - على أحد وجوهه - فلا مانع من ترتب الأثر قبل الموت بتوسط الاجازة اللاحقة ، أو مع اليمين . فالاجازة وإن كانت جزء السبب ، لسكن 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 أيضاً .
(مسألة ٣٢) : إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين ، من حيث كونه
أصيلاً ، أو مجزئاً ، والطرف الآخر فضولياً ، ولم يتحقق إجازة ولا رد ، فهل
الميراث والمهر .

والذي يتحصل أن الفرق بين الإجازة والقبول من وجهين . الأول : أن
القبول جزء مقوم للعقد ، والإجازة ليست كذلك . الثاني : أن القبول نافل ،
يترتب مضمون العقد من حينه ، والإجازة كاشفة على ما عرفت .
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 مات من عقد له الولي أولاً :
أنه يجري الحكم المذكور ، للأولوية لأن الجائز من الطرفين أضعف حكماً من
اللازم من أحدهما ، فإذا ثبت الحكم في الأضعف ثبت في الأقوى بطريق أولى .
وكذا إذا كانا بالغين ، فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة ، والآخر زوجه
الفضولي ، فإنه أيضاً يجري الحكم فيه للأولوية . بل قال : « يظهر منهم الجزم
بالحكم في هذا أيضاً . وهو متجه » . لسكن الأولوية غير ظاهرة .

(١) قد عرفت اختصاص الصحيح بصورة موت الزوج بعد بلوغه وإجازته ،
وبقاء الزوجة . لسكن 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 . فيتمين فيها الرجوع الى القواعد المقتضية
لترتيب جميع الآثار بمجرد الإجازة 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 ، أولاً ؟ قولان ، (١) أقواهما الثاني ، إلا مع فرض العلم بحصول الاجازة بعد

(١) قال في القواعد في فصل الاولياء : « ولو تولى الفصولي 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 المارة ، بعد قوله (ره) : « الخامسة والأخت » قال : « بلا إشكال . لصدق الجمع بين الأختين ، ونكاح أربع بالنسبة اليه . ولا يجدي الزلزل » . لكن في القواعد في مبحث المصاهرة : « وهل يشترط في التحريم لزومه مطلقاً ، أو من طرفه ، أو عدمه مطلقاً ؟ انظر . فلو عقد عليه الفصولي عن الزوجة الصغيرة في تحريم الأم قبل الاجازة ، أو بعد فسخها مع البلوغ ، انظر » فان هذا النظر لا يتناسب مع نفي الاشكال في كلام كاشف اللثام . وشيخنا الأعظم (ره) في مسألة ما لو كان العقد بين الأصيل والفصولي قال : « إن الذي يستفاد من كلام جماعة وظاهر آخرين عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه » واختاره بناء على المنهور 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 فإن الاجازة شرط لتأثيره ، لا لوجوب 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 وتكاح ونحوهما ، ولا هو بلحاظ ترتيب 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 . مضافاً الى النظر والاشكال فيما ذكره من الفرق بين النقل والكشف ، وأنه على النقل تكون الاجازة دخيلة في نفس العقد شرطاً أو شرطاً ، وتكون على الكشف شرطاً في تأثير العقد لافى 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 (قدس) في المقام على قول المصنف : « أفواها الثاني » قال : « بل الأول » ، وذكر في درسه في تقريب عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه ، أنه قد ملك التزامه ، وانقطعت إضافته عن ماله ، فيتمين عليه العمل على طبق التزامه . وفيه : أنه لم يتحصل لنا أن العقد بين الاثنين يقتضي تملك كل واحد منهما التزامه لصاحبه زائد على إنشاء مضمون العقد الذي هو الملتزم به ، بل ليس مفاده إلا إنشاء مضمونه والملتزم به فقط . مضافاً الى أن الممتلك لهذا الالتزام إن كان هو الطرف الأصيل ، فلا مجال لهذا التملك قبل الاجازة ، لعدم قبوله لهذا التملك إلا بالاجازة . وإن كان هو الطرف الآخر الفضولي ، فمقتضاه جواز التقايل بينهما ولو بعد اجازة المالك بلا رضا منه بذلك التقايل لأن لزوم العقد على هذا المبنى من آثار تملك الالتزام المذكور . بل مقتضاه أيضاً عدم جواز التقايل بين الأصيلين بعد الاجازة إلا برضا الفضولي ، لأنه الذي ملك الالتزام . وهو كما ترى . ولأجل ذلك كان مقتضى التحقيق هو القول الثاني ، وعدم الفرق بين الأصيل المباشر والأصيل الذي ناب عنه الفضولي في عدم ترتيب آثار العقد الصحيح بالنسبة اليهما معاً قبل تحقق الاجازة من الثاني

ذلك (١) الكشف عن تحققها من حين العقد . نعم الأحوط الأول ، (لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة . نعم إذا تزوج الأم أو البنت مثلاً ، ثم حصلت الاجازة ، كشفت عن بطلان ذلك .

(مسألة ٣٣) : إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد ولم يحجزه ، لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة ، سواء أجاز الطرف الآخر ، أو كان أصيلاً ، أم لا . لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز ، وتبين كونه كأن لم

فيجوز للباشر 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 بتحقيق 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 ، لصاله 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 لا فرق بينه وبين نكاح البنت . وكون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول ، بخلاف الثاني . لا ينفع في الفرق (٢) .

(مسألة ٣٤) : إذا زوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد ، فتزوجت من آخر ، ثم علمت بذلك العقد ليس لها أن تنجز ، افوات محل الاجازة (٣) وكذا إذا زوج رجل فضولا بامرأة ، وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها ،

(١) تقدم هذا الاستشكل في عبارة القواعد المحكية في شرح المسألة السابقة . وكان وجه الاشكال - كما في كشف اللثام - أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه . ثم قال : في كشف اللثام « والأول أصح ، فإن الأصح أن الاجازة إما جزء ، أو شرط » وفي الجواهر : « من الغريب ما سمعته من احتمال تحريم الأب ، والابن ، والأم ، بمجرد صدور العقد فضولا ، الذي تعقبه عدم الاجازة ولو من طرف واحد ، لاحتمال كون الفسخ من حينه . فإنه لا يقتضيه أصل ، ولا قاعدة ، ولا فتوى . بل يمكن تحصيل الاجماع ، بل الضرورة بخلافه » . وما ذكره في غاية من القوة .

(٢) يعني : فيبني على صحة العقد على البنت قبل الاجازة ، كي يؤدي ذلك الى حرمة 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 ببطالان عقدها الذي علمت 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 ، فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح (١) . وإن علم الاقتران
بطلاً معاً . (٢) وإن شك في سبق والاقتان فكذلك . لعدم العلم بتحقيق عقد

المرأة المذكورة في المثال بعد أن صارت ذات بعل حرم عليها الزواج ولم يصح منها .
والاجازة للعقد الفضولي تزويج ، فلا يجوز لها ، ولا يصح منها . وكذلك الحكم
في مثال الرجل الذي زوج فضولاً ، فإنه إذا تزوج مباشرة أم الزوجة التي عقد
عليها فضولاً ، فإذا أجاز العقد الفضولي ، فقد تزوج بنت زوجته ، ولا يصح منه
ذلك . وبالجملة : الاجازة لا تصح إلا إذا كان المميز له سلطان عليها ، وفي المثالين
بعد وقوع التصرف المباشر من المرأة والرجل ، خرجت إجازة العقد الفضولي
عن سلطة المميز ، فإنه لا يصح لذات البعل أن تزوج ، ولا يصح لمن تزوج الأم
أن يزوج بنتها ، وإطلاق ذلك يقتضي المنع حتى من هذا الزواج الحاصل بالاجازة .
ودعوى اختصاص ذلك بالزواج اللاحق ، ولا يشمل السابق ، فإن السابق يمنع
اللاحق ، والاجازة في المقام ليست تزويجاً لاحقاً ، بل تزويج سابق ،
بناء على الكشف على أي وجوهه كان . مدفوعة بأن الممنوع عنه الزواج اللاحق
انشاءً ، لا منشاءً ، والاجازة لاحقة انشاء وإن كان المجاز هو الزواج السابق .
فلمدار في سبق واللاحق على الانشاء ، لا على المنشاء .

(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 منها . (١) وإن علم السبق واللاحق ، ولم يعلم السابق من اللاحق ، فإن 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 يتمين الحكم بصحته ، لاستصحاب كونها خلية الى ما بعده الذي هو شرط صحته ، ويتمين الحكم بصحة تزويجها بمورده ، وهو حاكم على اصاله عدم ترتب الأثر ، كما تقرر ذلك في الصورة الآتية بعينها . وحيث لا فرق بين صورتين في ذلك . وبجهد الفرق بينهما بالعلم بصحة أحدهما إجمالاً في الصورة الآتية بخلاف هذه الصورة ، لاحتمال الاقتران ، الموجب لاحتمال إبطالها معاً . لا توجد 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 ، فيتمين جعل صورتين بحكم واحد .

(٢) لما عرفت من جريان اصاله 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 . ووجه العمل بالقواعد الأولية .

(٤) لم أقف عاجلاً على قائل به . وكأن وجهه لزوم الضرر من هذه الزوجية ، فيتدارك بالخيار ، كما في المعاملة الغبنية . لكن الضرر يلزم من ترتيب أحكام الزوجية ، لا من 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 ، لا يمكن الجمع بينهما . ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لها سبق ، وقال الآخر : لا أدري من السابق ، وصدفت المرأة المدعي للسبق ، حكم بالزوجية بينهما ، لتصادقهما عليها (٤) .

(١) جملة في القواعد الأقوى . لأن فيه دفع الضرر . وقد عرفت اشكاله بأن الضرر لازم من أحكام الزوجية ، لا من نفسها . ولو سلم كان الأولى كون الفسخ للزوجة ، كما في المعاملة الغبية ، للاحكام .

(٢) احتتمل ذلك في القواعد ، والتذكرة .

(٣) لعموم ما دل على أن القرعة لكل أمر مشكل . لكن في جامع المقاصد ان القرعة لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام ، وهي الانكحة التي يتعلق بها الانساب ، والارث ، والتحرير . وفيه أن ذلك يتم إذا لم يلزم محذور به يكون الأمر مشكلا ، وبدونه لإشكال . ولذا ورد الرجوع الى القرعة فيما لو نزا انسان على واحد من قطيع الفم واشتبه . ولزوم المحذور في المقام ظاهر ، لتزاحم الحقوق من الطرفين ، فيجب على الزوج الانفاق والوطء في كل أربعة أشهر ، ويجب عليها بذل نفسها لزوجها . وحينئذ يكون الأقوى ما ذكره المصنف . وقد تقدم في المسألة الثالثة والأربعين من فصل المحرمات بالمصاهرة ما يمكن استفادة حكم المقام منه . ولأجل ذلك لم نتعرض هنا لتفصيل هذه الوجوه .

(٤) قال في القواعد : « ولو ادعى كل منهما الزوجية ، فصدقه الآخر ،

حكم بالعقد ، وتوارثا « وفي كشف اللثام : « ولزمهما أحكام الزوجية ظاهراً .
 لا يحصر الحق فيهما ، وقد اعترف 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 وارثها ، أو على أجنبي عنها ،
 ومن المعلوم أن العموم المذكور لا يصلح لاثبات ذلك . فإذا العمدة في الحكم
 المذكور الاجماع ، المعتضد بالسيرة القطعية . والله سبحانه وتعالى العالم العاصم ،
 وهو حسبنا ونعم الوكيل .

إلى هنا انتهى الكلام في تنقيح وإصلاح شرح كتاب النكاح من كتاب
 العروة الوثقى . في النجف الاشرف ، في جوار الحضرة المتدسة 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 إلى أن هذه الرسالة الشريفة تشتمل على مسألة ذات بال ، كثيرة الابتلاء ولم تحرر قبل هذا على هذا الشكل أمر سيدنا - مد ظله العالی - بنشرها ملاحقة 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 في العالمين السيد محسن الحسكیم دام ظله العالی ، في رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقاً غير جامع للشرائط عندنا ، وجامعاً للشرائط عندهم ، ثم استبصر ، وكذا إذا اطلقها ثلاثاً بانشاء واحد ، فهل له الرجوع بزوجه بعد الاستبصار ، أولاً ؟ افتونا مأجورين ، مع بيان الدليل على المسألة .

بسم الله الرحمن الرحيم وله الحمد

الظاهر في مفروض السؤال جواز الرجوع بزوجه 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 الالتزام . 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): الزموم من ذلك ما الزموه أنفسهم، وتزوجوهن، فلا بأس بذلك. ومن المعلوم أن جواز الإلزام أو وجوبه لا يدل على صحة الطلاق المذكور، وإنما يدل على مشروعية الإلزام بما ألزم به نفسه. ومن الواضح أن الإلزام بذلك إنما يصح مع بقاءه 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 لغير زوج». ومكتوبة إبراهيم بن محمد الهمداني إلى أبي 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 أبي 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 الأخرى: «خذ بحقك في أحكامهم وسنتهم، كما يأخذون منكم فيه».

فإن 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، وحياسة المباح الموجبة للملكية المباح قبل الحياسة، واسترقاق زوجة الكافر، فتكون أم 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 الأدلة الأولية ، وبين هذه النصوص ، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) : « سألته عن الأحكام . قال (ع) : يجوز على أهل كل ذوي دين ما يستحلون » . فان المقصود ليس نفوذ ذلك لهم ، وإنما هو نفوذ ذلك لغيرهم ، يعني : إذا كان يستحل تزويج المطلقة ثلاثاً يجري ذلك الاستحلال عليه لغيره ، فيجوز تزويج مطلقة ثلاثاً ، وإذا كان يستحل الأخذ بالتعصيب يجري ذلك لغيره ، فيجوز لغيره الأخذ بالتعصيب . فالمقصود هو الحلية لغيره عليه ، لا الحلية له على غيره . ولذلك عبر (ع) بقوله : « على أهل ... » ولم يقل : « لأهل ... » ، فالجواز والحل يكون لغيرهم عليهم ، لا لهم على غيرهم . فليس فيه تنفيذ دين كل أهل دين ، بل الإلزام لهم ، والأحلال لغيرهم عليهم . فالصحيح نظير : « الزموم ... » .

الطائفة الثانية : ما تضمنت الزوم دون الإلزام . مثل ما في رواية عبدالله بن طاووس المتقدمة : « قلت : أليس قد روي عن أبي عبدالله (ع) انه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس ، فانهن ذوات الأزواج ؟ فقال : ذلك من اخوانكم لا من هؤلاء . إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » . ورواية عبد الأعلى 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 الروایتين . ودلالتهما على صحة الطلاق أيضاً غير ظاهرة ، فان الزوم

أعم . ولا سيما بملاحظة لزوم التعارض بين تطبيقي الحديث فيما لو كان أحد الزوجين مخالفاً ، والآخر مستبصراً ، فإن المستبصر يدين بفساد الطلاق ، والمخالف يدين بصحته ، ولا يمكن الجمع بين الحكمين ، لأن الطلاق لا يقبل الوصف بالصحة والفساد من جهتين ، فلا بد أن يكون المراد بمجرد الحكم على من دان منها بما دان ، فإذا تبصر المخالف وصاراً معاً متبصرين ، كان مقتضى الحديث جواز ترتيب احكام الزوجية منهما ، لانهما معاً يدينان بذلك .

الطائفة الثالثة : ما تضمن تحريم المطلقه 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 هي امرأته ؟ قال (ع) : لانه قد طلقها . قلت : كيف طلقها ؟ قال (ع) : طلقها وذلك دينه ، فخرمت عليه » . فان التحريم يقتضي نفوذ طلاقه .
 وهذه الرواية - مع ضعف سندها ، وقصور دلالتها ، لعدم تعرضه أن طلاقها كان على خلاف المشروع - 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 الأمرين لا يقتضيان التحريم في مورد السؤال المذكور . نعم في صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع : « سألت الرضا (ع) عن ميت ترك أمه ، وأخوة ، وأخوات ، فقسم هؤلاء ميراثه ، فاعطوا الأم السدس ، وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقي . فمات بعض الأخوات ، فاصابني من ميراثه . فأحييت 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 في هذا الأمر ، أعني الدين . فسكت قليلا ثم قال (ع) : خذه . » فقد يتوهم منها أن الاستبصار لا يوجب تغير الحكم . وفيه أنه لا ريب في أن مقتضى قاعدة الالتزام جواز أخذ الأخوات من الأم إلزاما لها بما تدين . وبعد الأخذ والتملك لا يستوجب الاستبصار تبدل الحكم ، فإن من تزوج المطلقة ثلاثا على غير السنة كان تزويجه صحيحا ، وتخرج به عن الزوجية للطلاق ، فإذا استبصر لا يبطل التزويج الثاني . وكذا إذا أخذ الأخ بالعصبة ، فاستبصرت البنت ، أو الأم ، أو الأخوات ، لا يوجب استبصارهن رجوع المال إلى ملكهن . غاية الأمر أن مفاد الرواية عموم القاعدة لازام المخالف المخالف الآخر ، ولا تختص بالزام الموافق للمخالف ، لا غير . ولا مانع من الالتزام بعموم الالتزام ، 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 الأزواج المطلقات على غير السنة . قال : قلت له : فرجل

طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة . قال : فيلقاه بعد ما طلقها وانقضت عدتها عند صاحبها ، فيقول له : أطلقت فلانة ؟ فإذا قال : نعم فقد صارت تطليقة على طهر . فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوجها وقد صارت تطليقة بائنة » ، ونحو ذلك رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) . وظاهرهما عدم جواز الالتزام 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 اقضى الزامهم به بما أنه مذهبهم ، فإذا تبصر اخرج عن كونه مذهبهم ، فلا موجب للالتزام به . وقد يستدل على ذلك برواية علي بن سويد عن أبي 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 أمهات الاولاد ، وعن نكاحهم وطلاقهم . فأما أمهات الاولاد فهن عواهر الى يوم القيامة ، نكاح بغير ولي ، وطلاق في غير عدة . فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله ، ويقينه شكه » . بناء على أن المراد منه أن الاستبصار يهدم ما قبله . فالتحريم الثابت للعطاق ثلاثاً يتبدل بالتحليل . لكن لا يخلو عن اشكال وغموض ، لعدم وضوح رجوع هذه الفقرة الى ما ذكر ، بل من المحتمل رجوعها الى مسألة أخرى غير هذه المسألة ، فلا تنفع فيما نحن فيه . وبعضه ظاهر النصوص المذكورة ما هو ظاهر الفقهاء - قدس سرهم - من الاجماع على عدم توارث المسلمين بالسبب الفاسد ، وإن كان صحيحاً بنظر المتوارثين . فمن تزوج امه من الرضاة لا يرثها ، وإن كان

مذهبه صحة التزويج . نعم اختلفوا في توارث المحوص ، والمنسوب الى أكثر 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 ١؟ . والموثق : « لكل قوم نكاح » لا بد أن يكون محمولا على صحة النسب ، لأن المتولد من وطء الشبهة كالتولد 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 انفق 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 ، عملاً بقولهم (ع) : « الزموم ... » . ولولم ترض الزوجة بالرجوع إلا بعقد جديد فالحكم كذلك . ومما يشهد لما ذكرنا ما ورد في المحوسي إذا اسلم على سبع أنه يمكك 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 الثمانى عشر

من مستمسك العروة الوثقى

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
الشبهة والطلاق الرجعي		كتاب النكاح	
ما يستثنى من عدم جواز النظر	٢٨	استحباب النكاح	٣
النظر إلى الصبي والصبية	٣١	ما يستحب لمن يريد النكاح	٥
حكم تقبيل الصبية	٣٣	ما يكره لمن يريد النكاح	٦
نظر المملوك إلى مالكنه	٣٤	ما يستحب اختياره من النساء وما يكره	٦
نظر الخصى إلى المرأة	٣٦	مستحبات الدخول على الزوجة	٧
حكم الغنين والمجبوب والكبير الذي سقطت شهوته	٣٨	ما يستحب عند الجماع وما يكره	٨
الأنعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه	٣٨	بعض أحكام التزويج	٩
سماع صوت الأجنبية والأجنبي	٣٩	يجوز النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها	١٠
مصافحة الأجنبية ولمسها	٤٠	يجوز النظر إلى الجارية التي يريد شراءها	١١
حكم ابتداء الرجل المرأة بالسلام	٤١	حكم النظر إلى نساء أهل الذمة والبوادي	١٥
يكره الجلوس في مجلس المرأة قبل برده	٤١	جواز النظر إلى المائل عدا العورة	١٨
استئذان الولد إذا دخل على أبيه	٤٢	يجوز نظر الزوج إلى الزوجة وبالعكس	١٩
وعدم استئذان الوالد إذا دخل على ابنه	٤٢	حكم الحثي مع الذكر والأنثى	٢٠
الحُد الذي يفرق فيه بين الأطفال	٤٢	حكم النظر إلى الأجنبية والأجنبي	٢٠
في المضاجع		يجوز النظر إلى المحارم عدا العورة	٢٦
النظر إلى المتوضو المقطوع	٤٢	المملوك كالزوجة إلا ما استثنى	٢٧
		النظر إلى الزوجة الممتدة من وطء	٢٧

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
تحديد الوطء الواجب	٦٠	حكم وصل المرأة شعر غيرها بشعرها	٤٣
موارد جواز ترك الوطء	٦١	لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس	٤٤
حكم ما لو كانت المرأة شبهة	٦٢	يكره اختلاط النساء بالرجال إلا العجائز	٤٤
حكم قضاء الوطء لو تركه عند تمام	٦٢	صور الشك فيمن يجوز النظر اليه	٤٤
الأربعة أشهر		ما ذكره بعض الأعاظم (ره) في توجيه	٤٦
		حرمة النظر، ومناقشته	
		يجب على النساء التستر كما يحرم على	٤٨
		الرجال النظر، وحكم العكس	
		تحديد النظر المحرم	٤٩
		(فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة)	
لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمالها	٦٣	حكم الوطء في الدبر	٥٠
تسع سنين		هل يتحقق الذشوز بعدم تمكن	٥٢
حكم وطء المملوكة قبل إكمالها تسع سنين	٦٤	الزوجة من وطئها دبراً	
لو وطأ الصغيرة فأفضاها	٦٥	ما يشترك فيه الوطء في الدبر مع الوطء	٥٣
وجوب دية الافضاء	٦٧	في القبل من الأحكام وما يختلفان فيه	
وجوب النفقة على المفضاة مادامت حية	٦٨	إذا حلف على ترك الوطء يحنت	٥٤
تفسير الافضاء	٦٩	بالوطء دبراً	
إفضاء غير الزوجة	٧٠	حكم العزل عند الوطء	٥٥
إفضاء الزوجة بعد إكمالها تسع سنين	٧١	حكم الدية لو تحقق العزل	٥٧
إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً فهل	٧٢	يحرم ترك وطء الزوجة أكثر من	٥٨
الدية عليه أو على العاقلة؟		أربعة أشهر	
إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب	٧٢		
آخر ضمنه			
لو شك في إكمالها تسع سنين	٧٣		

(فصل)

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
لو كانت العدة لغير الطلاق	٩٢	يجري عليها مع الافضاء جميع	٧٤
(فصل)		أحكام الزوجة	
لا يجوز التزويج في عدة الغير	٩٣	حكم النفقة عليها لو نشزت ، وبعض	٧٤
تحريم المراجعة في العدة مؤبداً مع العلم أو الدخول بها	٩٤	أحكام نفقتها	
لا يلحق استبراء الأمة بالعدة	٩٧	(فصل)	
جواز الاستمتاع بالأمة قبل الاستبراء بما دون الوطء	٩٧	لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على أربع	٧٦
لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل	٩٨	جواز الزيادة على الأربع في غير العقد الدائم	٧٧
لا يلحق بالتزويج الوطء شبهة ، بل ولا زناء إلا أن تكون العدة رجعية	٩٨	لا يجوز للحر أن يجمع بين أكثر من أمتين	٧٨
لو عقد على المعتدة بعقد فأسد من جهة أخرى	٩٩	لا يجوز للعبد أن يجمع بين أكثر من حرتين	٧٩
المدار على علم الزوج لا الوكيل أو الولي	١٠٠	حكم العبد والأمة المبعوضين	٨٠
لا مانع من تزويج المعتدة بصاحب العدة	١٠١	إذا أعتق العبد وعنده أكثر من أمتين . أو أعتقت الأمة وهي عند العبد	٨٢
هل الموجب للتحريم هو الوطء في العدة ، أو العقد فيها ؟	١٠٢	تحقيق حال الفرقة دليلاً ومورداً	٨٣
لو شك في أنها في العدة	١٠٣	من كان عند أربع واحتمل أن بعضها بالعقد المنقطع فهل يتزوج الخامسة ؟	٨٧
لو علم بتحقيق العقد في العدة جاهلاً	١٠٤	حكم تزوج الخامسة في عدة طلاق الرابة	٩٠
		لو كانت الخامسة أخت المطلقة	٩٢

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
حكم تزويج الزانية للزاني وغيره	١٢٤	وشك في الدخول . أو علم بعدم	
حكم استبراء الزانية قبل التزويج	١٢٥	الدخول وشك في عامه بكونها معتدة	
لا تحرم الزوجة على زوجها زناها	١٢٧	حكم العلم الاجمالي بكون إحدى	١٠٥
الزنا بذات البعل	١٢٨	الامراتين في العدة	
الزنا بذات العدة الرجعية	١٢٩	لو علم أن المرأة في العدة وشك في	١٠٦
من لا ط بفسلام حرمت عليه أمه	١٣٠	أنها عدة لنفسه أو لغيره	
وبنته وأخته		تزوج ذات البعل كتزويج المعتدة	١٠٦
لا تحرم على الموطوء أم الواطيء	١٣٢	تزوج أمة الغير بدون إذنه	١٠٩
وبنته وأخته		لو تزوج امرأة عليها عدة لم تبدأ بها	١٠٩
لو كان الموطوء خنثى	١٣٢	لو تزوج المعتدة ودخل بها ثم	١١٠
﴿ فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الاحرام ﴾		ولدت ولداً	
حرمة الزواج على المحرم	١٣٥	لو اجتمعت عدد مختلفة هل تتداخل	١١١
بطلان نكاح المحرم	١٣٧	أو تتعدد ، مع بعض الأحكام على	
نكاح المحرم موجب للحرمة الأبدية	١٣٧	القول بتعدددها	
مع العلم منه بحرمة		لو كانت العدتان لشخص واحد	١١٩
لو كان الزوج محلاً وكانت الزوجة محرمة	١٣٨	حكم المهر للموطوءة أو المازوجة في العدة	١١٩
وطء الزوجة في حال الاحرام	١٤٠	مبدأ العدة في وطء الشبهة المصاحب	١٢٠
لو تزوج في حال الاحرام بعقد فاسد	١٤٠	للعقد والمجرد عنه	
لو شك في وقوع التزويج حال الاحرام	١٤١	حكم المهر لو كانت الموطوءة شبهة	١٢١
بعض الكلام في أصالة الصحة	١٤٢	عامة ، وحكم الأرش لو كانت أمة	
		لا يتعدد المهر بتعدد الوطء	١٢٣

الموضوع	الصحيحة	الموضوع	الصحيحة
مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل		١٤٣ لو انكشف فساد الاحرام	
١٥٦ يجوز للأب تقويم مملوكة ابنه الصغير		١٤٣ لو أفسد إحرامه ثم تزوج	
على نفسه		١٤٤ يجوز للمحرم الرجوع في العدة	
١٥٧ إلحاق الجد بالأب ، ومملوكة البنت		الرجعية وتملك الاماء	
بمملوكة الابن		١٤٤ لو زوجه الفضولي في حال الاحرام	
١٥٨ إذا زنى الابن بمملوكة الأب حدّ ،		(فصل في المحرمات بالمصاهرة)	
وحكم الأب لو زنى بمملوكة الابن		١٤٥ تحديد مفهوم المصاهرة	
١٥٩ إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة		١٤٦ تحريم زوجة كل من الأب والابن	
لم يحد ، وحكم الولد		على الآخر	
١٦٠ لا يجوز نكاح المرأة على عمتها أو		١٤٦ لا تحرم مملوكة أحدهما على الآخر	
خالتها إلا باذنها		إذا لم تكن مدخولا بها ولا منظورة	
١٦١ يجوز نكاح العمة على بنت أخيها		ولامعوسة بشهوة ، وتحرم مع شي	
والخاله على بنت أختها وإن لم تأذنا		من ذلك . وكذا المحللة	
ولا يعتبر علم العمة والخاله حينئذ بالخال		١٤٩ تحرم أم الزوجة حتى مع عدم	
١٦٣ لو اقترن العقدان على العمة وبنت		الدخول بالزوجة	
أخيها ، أو الخالة وبنت أختها		١٥٣ تحرم بنت الزوجة بشرط الدخول	
١٦٤ هل يكفي الرضا من العمة والخاله أو		بالأم ، ولا يعتبر كونها في حجره	
يعتبر الاذن ؟ مع بقية فروع المسألة		١٥٤ تحرم أم المملوكة الموطوءة وبنتها	
١٦٦ لو اشترط على العمة أو الخالة الاذن		على الواطئ .	
في تزويج بنت الاخ أو الأخت		١٥٥ تحديد الدخول المحرم	
١٦٧ إذا تزوج من غير إذنها ثم أجازنا		١٥٦ لا يجوز الأب ولا لابن وطئ	

الصحيفة	الموضوع	الصحيفة	الموضوع
١٦٨	إذا ادعت عدم الاذن وادعى هو الاذن	١٩٢	تحريم منظورة الأب وماموستة بشهوة
١٦٩	إذا تزوج امرأة ثم صارت بنت أخ لامراته أو بنت أخت بالرضاع .	١٩٢	على الابن ، وكذا العكس بخلاف ما إذا لم يكن النظر أو اللبس عن شهوة
١٧٠	وكذا لو جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم حكم تزوج بنت الأخ أو الأخت في العدة لعمتها أو خالتها	١٩٢	هل تحل أم الماموسة أو المنظورة وبنتها للامس والناظر ؟
١٧١	الزنا بعد العقد لا يوجب حرمة المعقوة	١٩٤	هل يقوم النظر واللبس مقام الوطء في التحريم ؟
١٧٣	الزنا بالعمة والحالة يحرم نكاح بنتيها	١٩٥	يحرم الجمع بين الأختين في النكاح
١٧٤	حكم الزنا بغير العمة والحالة في تحريم بنتها وعدمه	١٩٦	يحرم الجمع بين الأختين في الملك مع الوطء
١٧٨	حكم وطء الشبهة	١٩٧	حكم الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء
١٨٠	إذا زنى بمملوكة آتية هل تحرم على الأب ؟	١٩٨	يحرم الجمع بين الأختين بتزويج إحداهما ووطء الأخرى بالملك
١٨٢	بعض فروع الشك في الزنا	١٩٩	لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى
١٨٣	الفرق بين الزنا ووطء الشبهة	٢٠٠	لو تزوج إحدى الأختين ثم تزوج الأخرى بطل عقد الثانية
١٩٠	الزنا بالمينة	٢٠١	لو تزوج بالأختين واشتبه العقد السابق
١٩١	إذا كان الزنا بعد العقد ثم طلقت لم يمنع من الرجوع بها في العدة ، ومنع من تجديد العقد عليها	٢٠٢	هل يجوز على طلاقها احتياطاً ، لآية التصرح بالاحسان ، أو القاعدة نفى
١٩١	إذا وقع العقد فضولاً ثم حصل الزنا قبل الاجازة		

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٢٢٦ لو تزوجها مع الشرطين ثم فقدها .		الضرر والخرج . مع تنبيه مهم في القاعدة	
مع فروع للمسألة		٢٠٤ الرجوع إلى القرعة . واحتمال فسخ الحاكم	
٢٢٨ لو طلبت الحرة أكثر من مهر المثل		٢٠٥ حكم المهر مع الطلاق	
وكان قادراً عليه . وفيه تحقيق في		٢٠٥ قاعدة العدل والانصاف في الماليات	
مورد قاعدة نفى الضرر		٢٠٧ لو اقترن عقد الأختين	
٢٢٩ (تنبيه) في أن الحرمة وضعية لا تكليفية		٢٠٨ لو كان عنده أختان مملوكتان فوطئ .	
		إحداها حرمت عليه الأخرى	
(فصل)		٢١٠ إذا وطئ الثانية حرمت عليه	
٢٣٠ في نكاح الأمة على الحرة		الموطوءة الأولى . وفروع ذلك	
٢٣٠ بطلان نكاح الأمة مع عدم إذن الحرة		٢١٣ حكم الجمع بين الأختين من الزنا .	
٢٣١ إذا رضيت الحرة بالعقد على الأمة		٢١٤ حكم الزوج باحدى الأختين في	
بعد وقوعه		عدة أختها	
٢٣٤ لو لم تكن الحرة قابلة للاذن		٢١٥ حكم تزوج إحدى الأختين مع	
٢٣٤ نكاح الحرة على الأمة		الزنا بالأخرى أو وطئها شبهة	
٢٣٥ لو تزوج الحرة والأمة في عقد واحد		٢١٦ حكم الجمع بين فاطميتين	
مع بعض فروع المسألة		٢١٩ حكم تزويج الأمة مع عدم الشرطين :	
٢٣٧ لو زوج الحرة فضولاً ، ثم تزوج		عدم الطول ، وخوف العنت	
الأمة ، ثم أجاز عقد الحرة		٢٢١ تحقيق الإراد بخوف العنت	
٢٣٧ لو عقد على الحرة والأمة واشتبه		٢٢٣ التمتع بالأمة مع عدم الشرطين	
السابق من العقدين		٢٢٤ أفضلية الصبر عن نكاح الأمة حتى	
٢٣٨ لو شرط على الحرة أن تأذن في عقد الأمة		مع الشرطين	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٢٥٧ إذا اشترت العبد زوجته بالمهر الذي لها في ذمة السيد أو العبد	٢٥٩ الولد بين المملوكين رق	﴿ فصل في نكاح العبيد والاماء ﴾	٢٣٨ أمر تزويج المملوك راجع إلى مالكة
٢٥٩ إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر	٢٦١ إذا كان الحر زانياً فالولد رق	٢٤٠ لو تزوج العبد أو الأمة بدون إذن المولى وقف على إجازته	٢٤٢ الاجازة كاشفة
٢٦١ بيان مالك الولد إذا كان بين مملوكين في الصور المختلفة	٢٦٤ لا يصح اشتراط رقية الولد إذا كان أحد أبويه حراً	٢٤٣ حكم الاجازة بعد الرد	٢٤٤ حكم المهر والنفقة ، وأنها على العبد أو على المولى على اختلاف صور المسألة
٢٦٥ فساد الشرط هل يوجب فساد العقد؟ وخصوصية النكاح في ذلك	٢٦٧ لو تزوج الحر الأمة من غير إذن مولاه ، وبيان حكم الولد ، والمهر ، والأرض	٢٤٨ إذا أطلق المولى الاذن حملت على المتعارف من حيث الزوجة والمهر . مع الاشارة إلى أنف التعارف في الماليات ونحوها يوجب تقييد الاطلاق ، دون سائر المقامات ، وإلى وجه ذلك	٢٤٩ مهر الأمة المزوجة للمولى . ونفقته على زوجها
٢٧٢ لو لم يحجز المولى حتى مات فهل يصح العقد باجازه وارثه ؟	٢٧٣ إذا دلست الأمة فادعت الحرية وتزوجت	٢٥٠ حكم استخدام الأمة من قبل المولى	٢٥١ هل يملك العبد والأمة ، أو لا ؟
٢٧٩ لو ادعت الحرية فهل تقبل دعواها ؟	٢٨٠ إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه	٢٥٣ إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وحكم المهر . مع التعرض إلى الضابط الذي يرجع اليه في سقوط المهر وبقائه	
٢٨٣ إذا زنى العبد بحرة			

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٢٩١ لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى بعضها	٢٨٣ إذا زنى الحر بأمة	٢٨٣ يجوز للمولى تحليل أمته لعبده	٢٨٣
٢٩٣ حكم المبعضة وكيفية استمتاع مالك بعضها بها	٢٨٤ هل يدخل التحليل في عقد النكاح ، أو ملك الممين ، أو هو قسم ثالث ؟	٢٨٥ يجوز للمولى أن ينكح عبده أمته ، وأن ذلك لا يرجع الى التحليل	٢٨٤
﴿ فصل في الطواريء ﴾	٢٨٦ هل يحتاج إنكاح المولى عبده أمته الى القبول ؟ وتحقيق الفرق بين العقد والابقاع	٢٨٧ حكم الولي والوكيل عن الطرفين من حيث الحاجة إلى القبول وعدمها	٢٨٦
٢٩٤ إذا أعتقت الأمة كان لها فسخ نكاحها	٢٨٨ لو أذن لعبده وأمته في التزويج فهل يحتاج إلى القبول ؟	٢٨٩ كيفية تفريق المولى بين عبده وأمته المتزوجين	٢٨٨
٢٩٦ حكم المهر لو أعتقت الأمة . مع بعض فروع المسألة	٢٩٠ هل يجب على المولى أن يدفع لأمرته شيئاً لو زوجها من عبده ؟	٢٩١ إذا مات المولى فلورثته الأمر بالمفارقة وحكم ما لو تعدد الورثة	٢٩٠
٢٩٩ إذا كان العتق في العدة الرجعية ، أو البائنة	٢٩١ إذا زوج الأمة غير مولاها بغير إذنه مع جهل الزوج بذلك		٢٩١
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 لزوجه			
٣٠٤ لو كان عند العبد حرة وأماتان وأعتقت إحدى الأمتين ، ونحو ذلك			
﴿ فصل في العقد وأحكامه ﴾			
٣٠٦ يعتبر في العقد الإيجاب والقبول اللفظيان			

الموضوع	الصحيحة	الموضوع	الصحيحة
وتحقيق حال صحيحة ابن بزيع		٣٠٦ في ألفاظ الايجاب	
٣٢٤ عقد السفية ، والمكره إذا أجاز		٣٠٧ هل يعتبر في العقد العربية ؟	
٣٢٥ يعتبر بقاء المتعاقدين على الأهلية		٣٠٨ هل يعتبر في العقد الماضوية ؟	
في تمام العقد		٣٠٨ هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول ؟	
٣٢٨ اعتبار تعيين الزوج والزوجة		٣٠٩ هل يعتبر كون الايجاب من الزوجة	
٣٣١ إذا تنازعا في التعيين وعدمه		والقبول من الزوج ؟	
٣٣١ إذا تنازع الزوج وولي الزوجة في		٣١٠ في ألفاظ القبول	
المرأة التي عينها		٣١١ هل يجزي القبول بلفظ الأمر ،	
٣٣٢ (تنبيه) في بيان اختلاف المسألة		ورواية سهل الساعدي	
باختلاف المباني ، مع تحقيق المدعي		٣١٣ عقد الأخرس	
من المنكر على بعض صور المسألة		٣١٤ لا يكفي العقد بالكتابة	
٣٣٣ من كان له عدة بنات فزوج واحدة		٣١٤ حكم الايجاب بلفظ (نعم) وبعض	
ولم يسمها عند العقد		فروع العقد	
٣٣٤ صحيحة أبي عبيدة الحذاء وتوجيه		٣١٦ هل يعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول ؟	
الأصحاب لها		٣١٧ هل يعتبر في العقد التنجيز	
٣٣٦ لا يصح تزويج الحمل		٣١٧ تحقيق في مفاد التعليق في الانشاء	
﴿ فصل في مسائل متفرقة ﴾		٣١٩ ما يلزم مراعاته عند العقد على وجه	
		مخالف للاحتياط اللزومي	
٣٣٨ الأولى : لا يصح اشتراط الخيار		٣٢٠ في عقد الصبي	
في النكاح		٣٢٢ عقد السكران إذا أجاز بعد إفاقته	
٣٤٠ هل يبطل العقد باشتراط الخيار فيه ؟		٣٢٢ عقد السكرى إذا أجازت بعد الافاقة	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٣٦٢ المسألة السادسة : إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها		٣٤١ يصح اشتراط الخيار في المهر في العقد الدائم دون المنقطع	
٣٦٣ المسألة السابعة : يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية		٣٤٢ المسألة الثانية : إذا تصادق الرجل والمرأة على الزوجية حكم لهما بها	
٣٦٤ إذا كانت منهمة في دعواها أنها خلية		٣٤٣ إذا ادعى أحدهما الزوجية وانكرا الآخر	
٣٦٥ المسألة الثامنة : إذا ادعت أنها خلية فتزوجت ثم ادعت أنها كانت مزوجة		٣٤٤ إذا رجع النكر إلى الاقرار أو المقر إلى الانكار	
٣٦٥ المسألة التاسعة : إذا وكلا في إيقاع عقد النكاح لا يجوز لهما ترتيب أحكامه إلا إذا علما بوقوعه ، وحجية قول الوكيل في ذلك		٣٤٦ تحقيق في قاعدة الاقرار ، وسماع دعوى المواطأة في الاقرار	
﴿ فصل في أولياء العقد ﴾		٣٤٨ المسألة الثالثة : إذا تزوج امرأة ثم ادعى رجل آخر سبق زوجيتها	
٣٦٦ ولاية الأب والجد للأب		٣٤٩ سماع الدعوى وإن لم يكن لها أثر فعلي	
٣٦٦ عدم ولاية الأم ، ولا الجد من جهة الأمهات		٣٥١ إذا صدقت المرأة المزوجة المدعي لزوجيتها	
٣٦٧ عدم ولاية الأخ والعم والخال وأولادهم		٣٥٢ المسألة الرابعة : إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز أن تزوج قبل تمامية الدعوى ؟	
٣٦٨ ولاية الأب والجد على الصغيرين ، والمجنون المتصل جنونه بالصغر		٣٥٥ المسألة الخامسة : لو ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت ، وادعت زوجيته امرأة لا يجوز نكاحها مع الأولى	
٣٦٨ هل تثبت ولايتهما على المجنون المتفصل		٣٥٨ رواية الزهري وتحقيق الكلام فيها	

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
---------	---------	---------	---------

جنونه عن الصغر ؟

٣٦٩ لا ولاية لها على البالغ الرشيد ،

والبالغة الرشيدة الثيب

٣٦٩ في ولايتها على البالغة الرشيدة البكر

مع التعرض للأقوال الكثيرة ،

وأدلتها ، والجمع بين الأدلة بوجه

لم يسبق إليه

٣٧٦ لا ولاية الولي إذا عضل المرأة

٣٧٧ سقوط ولاية الأب والجد إذا غابا

مع حاجتها الى التزويج

٣٧٧ إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء ، أو

بالزنا ، أو بوطء الشبهة ، أو تزوجت

ومات زوجها أو طلقها قبل أن

يدخل بها

٣٧٩ هل يشترط في ولاية الجد حياة

الأب ، أو موته ؟ أو لا يشترط

٣٨١ لا خيار للصغيرين بعد كمالها في فسخ

تزوج الولي لها

٣٨٢ يشترط في صحة تزويج الولي

عدم الإفسدة

٣٨٣ هل يشترط ملاحظة المصلحة ،

أو الأصلح ؟

٣٨٤ إذا زوجها الولي بدون مهر المثل

٣٨٤ إذا زوجها الولي بدون مهر المثل فهل

يكون موضوع الضرر هو المهر فقط

أو هو التزويج بذلك المهر ؟

٣٨٥ لا يصح نكاح السفية المبذر إلا

بإذن الولي

٣٨٦ حكم السفية في أمر النكاح مع الرشد

في الماليات

٣٨٧ استقلال كل من الأب والجد في

الولاية فإذا سبق أحدهما لم يبق

موضوع للآخر

٣٨٨ لو عقدا معاً وجعل السابق

٣٩١ إذا تشاح الأب والجد قدم اختيار

الجد ، وحكم ما لو بادر الأب فعقد

٣٩٢ لو تشاح الجد الأسفل والأعلى

٣٩٣ حكم تزويج الولي للمولى عليه بمن به عيب

٣٩٦ مملوك المملوك كالمملوك يتولى

تزوج المولى

٣٩٦ في ثبوت الولاية للموصي على المجنون

والصغير ، وعدمه

الموضوع	الصحيفة	الموضوع	الصحيفة
٤١٠ الكاح الفضولي يصح بالاجازة		٣٩٧ في أن آية الوصية لا تشمل الوصية	
٤١٢ بيان المراد بالفضولي		بشؤون الغير	
٤١٣ لا يعتبر في الاجازة الفورية		٤٠٠ لا ولاية لوصي الأب مع حضور	
٤١٣ لا تصح الاجازة بعد الرد		الجد ، وبالعكس	
٤١٤ تقع الاجازة بكل ما يدل على		٤٠٠ ولاية الحاكم الشرعي	
انشاء الرضا		٤٠١ توجبه ولاية الحسبة	
٤١٥ حكم اجازة من يرى لزوم العقد أو		٤٠٢ يستحب المرأة أن تستأذن أبها أو	
الاجازة عليه		جدها أو أخاها الأكبر	
٤١٦ الاجازة كاشفة . مع بيان وجه النقل		٤٠٣ في أن اذن البكر سكوتها	
ورجوه الكشف الحقيقي والحكمي		٤٠٣ شرائط الأولياء : البلوغ ، والعقل ،	
والانقلابي . وتوجيه الكشف		والحرية ، والاسلام اذا كان	
الانقلابي بماوافق الارتكاز والفوائد		المولى عليه مسلماً	
٤٢١ الرضا التقديري لا يكفي في الخروج		٤٠٧ لا يجوز تزويج الولي في حال الاحرام	
عن الفضولية		٤٠٨ يجب على الوكيل أن لا يتعدى عما	
٤٢١ حكم الرضا الفعلي غير المقرون بما		عنه الموكل . ومع الاطلاق يراعي	
يدل عليه		المصلحة	
٤٢٣ اذا كان كارهاً حال وقوع عقد		٤٠٨ اذا وكلت المرأة رجلاً في تزويجها	
الفضولي فهل يصح بالاجازة ؟		فهل له أن يزوجه من نفسه ؟	
٤٢٤ اذا اعتقد الفضولي أنه ولي أو وكيل		٤٠٩ اذا وكلت المرأة رجلاً في تزويجها	
٤٢٤ اذا قال : « زوجت موكلي » ولم		من نفسه فهل يجوز ذلك ؟ ومواقفة	
تكن وكلمته		عمار في المسألة	

الموضوع	الموضوع	المصحفة	المصحفة
٤٣٩ هل تصح اجازة الفضولي اذا أوقع الحيز عقداً ينافيه	٤٢٥ هل يجوز اجازة العقد في بعض مضمونه دون بعض ؟ وفيه تحقيق مهم وتنبيه على أن انحلال العقد في تبعيض الصفقة ونحوه ليس حقيقياً بل ادعائياً عرفياً	٤٤٠ اذا زوجها الوكيلان من رجلين واشتبه السابق . مع يسان أن في المسألة وجوه خمسة . وتقريب الرجوع الى القرعة	٤٢٧ اذا أوقع العقد بعنوان الفضولية ولم يكن فضولياً
٤٤٢ اذا تصادقا على الزوجية حكم لهما بها	٤٣٠ اذا زوج الصغيران فضولاً ، فمات أحدهما بعد بلوغه واجازته قبل اجازة الآخر	٤٤٣ نهاية الكتاب	٤٣٥ اذا كان العقد فضولياً من أحد الطرفين ، فهل تترتب أحكامه في
٤٤٤ رسالة فيما لو طلق المخالف على طبق مذهبه ثم استبصر فهل له الرجوع اذا لم يكن الطلاق صحيحاً عندنا			

6194 70

66

Library of



Princeton University.

Princeton University Library



32101 077680187