



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

مُسَمَّكَ

الْحُرُوفُ الْوَقِيَّةُ

تأليف

السيد محمد بن الطباطبائي الحكيم

موسسة دار الفکر

قم تلخس ١٤١٦

١٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مستمسك العروة الوثقى

كاتب:

محسن الحكيم

نشرت في الطباعة:

دارالتفسير

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

- ٥ الفهرس
- ٢٠ مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٤
- ٢٠ اشارة
- ٢٠ [كتاب النكاح]
- ٢٠ اشارة
- ٢٠ [فصل النكاح مستحب]
- ٢٠ اشارة
- ٢١ [(مسألة ١): يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة]
- ٢١ [(مسألة ٢): الاستحباب لا يزول بالواحدة]
- ٢٢ [(مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة أعم من أن يقصد به القرية أو لا]
- ٢٢ [(مسألة ٤): استحباب النكاح إنما هو بالنظر الى نفسه و طبيعته]
- ٢٢ [(مسألة ٥): يستحب عند إرادة التزويج أمور]
- ٢٣ [(مسألة ٦): يكره عند التزويج أمور]
- ٢٣ [(مسألة ٧): يستحب اختيار امرأة تجمع صفات]
- ٢٣ [(مسألة ٨): مستحبات الدخول على الزوجة أمور]
- ٢٤ [(مسألة ٩): يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال]
- ٢٤ [(مسألة ١٠): يستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذة و التسمية]
- ٢٥ [(مسألة ١١): يكره الجماع ليلة خسوف القمر، و يوم كسوف الشمس]
- ٢٥ [(مسألة ١٢): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً]
- ٢٥ [(مسألة ١٣): يستحب السعى فى التزويج]
- ٢٥ [(مسألة ١٤): يستحب تعجيل تزويج البنت]
- ٢٦ [(مسألة ١٥): يستحب حبس المرأة فى البيت فلا تخرج إلا للضرورة]
- ٢٦ [(مسألة ١٦): يكره تزويج الصغار]

- [(مسألة ١٧): يستحب تخفيف مئونة التزويج] ٢٦
- [(مسألة ١٨): يستحب ملاعبة الزوجة] ٢٦
- [(مسألة ١٩): يجوز للرجل تقبيل أى جزء من جسد زوجته] ٢٦
- [(مسألة ٢٠): يستحب اللبث و ترك التعجيل عند الجماع] ٢٦
- [(مسألة ٢١): تكره المجامعة تحت السماء] ٢٦
- [(مسألة ٢٢): يستحب إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج] ٢٦
- [(مسألة ٢٣): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت] ٢٦
- [(مسألة ٢٤): يستحب منع العروس فى أسبوع العرس من الألبان و الخل و الكزبرة] ٢٦
- [(مسألة ٢٥): يكره اتحاد خرقه الزوج و الزوجة عند الفراغ من الجماع] ٢٧
- [(مسألة ٢٦): يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر الى وجهها] ٢٧
- [(مسألة ٢٧): يجوز النظر الى نساء أهل الذمة] ٣٠
- [(مسألة ٢٨): يجوز لكل من الرجل و المرأة النظر الى ما عدا العورة من مماثله] ٣٣
- [(مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج و الزوجة النظر الى جسد الآخر] ٣٤
- [(مسألة ٣٠): الخنثى مع الأنثى كالذكر] ٣٤
- [(مسألة ٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية و الأجنبية] ٣٥
- [(مسألة ٣٢): يجوز النظر الى المحارم التى يحرم عليه نكاحهن] ٣٩
- [(مسألة ٣٣): المملوكه كالزوجة بالنسبة إلى السيد] ٤٠
- [(مسألة ٣٤): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة] ٤١
- [(مسألة ٣٥): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبية و الأجنبية مواضع] ٤١
- [(مسألة ٣٦): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية] ٤٥
- [(مسألة ٣٧): لا يجوز للمملوك النظر الى مالكنه] ٤٦
- [(مسألة ٣٨): الأعمى كالبصير فى حرمة نظر المرأة إليه] ٥٠
- [(مسألة ٣٩): لا بأس بسماع صوت الأجنبية] ٥٠
- [(مسألة ٤٠): لا يجوز مصافحة الأجنبية] ٥١

- ٥٢ [مسألة ٤١]: يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام
- ٥٢ [مسألة ٤٢]: يكره الجلوس في مجلس المرأة
- ٥٣ [مسألة ٤٣]: لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان
- ٥٣ [مسألة ٤٤]: يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين
- ٥٣ [مسألة ٤٥]: لا يجوز النظر الى العضو المبان من الأجنبي
- ٥٤ [مسألة ٤٦]: يجوز وصل شعر الغير بشعرها
- ٥٥ [مسألة ٤٧]: لا تلازم بين جواز النظر و جواز المس
- ٥٥ [مسألة ٤٨]: إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس
- ٥٥ [مسألة ٤٩]: يكره اختلاط النساء بالرجال
- ٥٦ [مسألة ٥٠]: إذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة و جب الاجتناب عن الجميع
- ٥٨ [مسألة ٥١]: يجب على النساء التستر
- ٥٨ [مسألة ٥٢]: هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل و المرأة
- ٥٩ [فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة]
- ٥٩ اشارة
- ٥٩ [مسألة ١]: الأقوى- وفاقاً للمشهور- جواز وطء الزوجة و المملوكة دبراً
- ٦١ [مسألة ٢]: قد مر في باب الحيض الإشكال في وطء الحائض دبراً
- ٦١ [مسألة ٣]: ذكر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً
- ٦٢ [مسألة ٤]: الوطاء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل
- ٦٤ [مسألة ٥]: إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقق الحنث بوطئها دبراً
- ٦٤ [مسألة ٦]: يجوز العزل
- ٦٧ [مسألة ٧]: لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر
- ٦٩ [مسألة ٨]: إذا كانت الزوجة من جهة كثره ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر
- ٧٠ [مسألة ٩]: إذا ترك موافقتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع
- ٧١ [فصل في أحكام الدخول]

- ٧١ اشارة
- ٧١ [(مسألة ١): لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين]
- ٧٢ [(مسألة ٢): إذا تزوج صغيره دوماً أو متعاً]
- ٧٥ [(مسألة ٣): لا فرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر]
- ٧٦ [(مسألة ٤): لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبدية]
- ٧٧ [(مسألة ٥): إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها]
- ٧٧ [(مسألة ٦): إذا كان المفضى صغيراً أو مجنوناً]
- ٧٨ [(مسألة ٧): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشه]
- ٧٨ [(مسألة ٨): إذا شك في إكمالها تسع سنين]
- ٧٩ [(مسألة ٩): يجري عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة]
- ٧٩ [(مسألة ١٠): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال]
- ٨٠ [فصل لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع]
- ٨٠ اشارة
- ٨٤ [(مسألة ١): إذا كان العبد مبعضاً أو الأمة مبعضة]
- ٨٦ [(مسألة ٢): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً]
- ٩٠ [(مسألة ٣): إذا كان عنده أربع و شك في أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض]
- ٩٢ [(مسألة ٤): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نكاح الخامسة]
- ٩٥ [فصل لا يجوز التزويج في عدة الغير]
- ٩٥ اشارة
- ٩٩ [(مسألة ١): لا يلحق بالتزويج في العدة وطء المعتدة شبهة]
- ١٠٠ [(مسألة ٢): إذا زوجه الولي في عدة الغير مع علمه بالحكم]
- ١٠١ [(مسألة ٣): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه]
- ١٠٢ [(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية في صورة الجهل أن يكون في العدة]
- ١٠٢ [(مسألة ٥): لو شك في أنها في العدة أم لا]

- [(مسألة ٦): إذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً] ١٠٤
- [(مسألة ٧): إذا علم إجمالاً يكون إحدى امرأتين المعينتين في العدة] ١٠٤
- [(مسألة ٨): إذا علم أن هذه المرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره] ١٠٤
- [(مسألة ٩): يلحق بالتزويج في العدة في إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل] ١٠٤
- [(مسألة ١٠): إذا تزوج امرأة عليها عدة و لم تشرع فيها] ١٠٦
- [(مسألة ١١): إذا تزوج امرأة في عدتها و دخل بها مع الجهل] ١٠٧
- [(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج أو لا معه] ١٠٩
- [(مسألة ١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطاء بالشبهة المجردة عن التزويج] ١١٤
- [(مسألة ١٤): مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج] ١١٥
- [(مسألة ١٥): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة] ١١٦
- [(مسألة ١٦): لا يتعدد المهر بتعدد الوطاء مع استمرار الاشتباه] ١١٨
- [(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل] ١١٨
- [(مسألة ١٨): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها] ١٢١
- [(مسألة ١٩): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعةً حرمت عليه أبداً] ١٢٢
- [(مسألة ٢٠): إذا زنا بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه أبداً] ١٢٣
- [(مسألة ٢١): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة حرمت عليه أمه أبداً] ١٢٤
- [فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام] ١٢٧
- إشارة ١٢٧
- [(مسألة ١): لو تزوج في حال الإحرام مع العلم بالحكم] ١٣١
- [(مسألة ٢): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج في التحريم الأبدى] ١٣١
- [(مسألة ٣): لو تزوج في حال الإحرام و لكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام] ١٣١
- [(مسألة ٤): لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله] ١٣٢
- [(مسألة ٥): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحكم و الموضوع] ١٣٣
- [(مسألة ٦): يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق] ١٣٣

- [(مسألة ٧): يجوز للمحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد إحلاله] ١٣٣
- [(مسألة ٨): لو زوجه فضولى فى حال إحرامه لم يجر له إجازته فى حال إحرامه] ١٣٤
- أفصل فى المحرمات بالمصاهرة] ١٣٤
- إشارة ١٣٤
- [(مسألة ١): تحرم زوجة كل من الأب و الابن على الآخر] ١٣٥
- [(مسألة ٢): لا تحرم مملوكة الأب على الابن و بالعكس] ١٣٥
- [(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً، مطلقاً] ١٣٨
- [(مسألة ٤): لا فرق فى الدخول بين القبل و الدبر] ١٤٣
- [(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب و الابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد و لا تحليل] ١٤٤
- [(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه و وطؤها] ١٤٤
- [(مسألة ٧): إذا زنا الابن بمملوكة الأب حد] ١٤٦
- [(مسألة ٨): إذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد] ١٤٦
- [(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العممة و الخالة إلا بإذنهما] ١٤٧
- [(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق (١) بين الصغيرتين و الكبيرتين و المختلفتين] ١٥٠
- [(مسألة ١١): الظاهر أن حكم اقتران العقدتين حكم سيق العممة و الخالة] ١٥٠
- [(مسألة ١٢): لا فرق بين المسلمتين و الكافرتين و المختلفتين] ١٥٠
- [(مسألة ١٣): لا فرق فى العممة و الخالة بين الدنيا منهما و العليا] ١٥٠
- [(مسألة ١٤): فى كفاية الرضا الباطنى منهما من دون إظهاره] ١٥١
- [(مسألة ١٥): إذا أذنت ثم رجعت و لم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق] ١٥١
- [(مسألة ١٦): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر فى البطلان] ١٥١
- [(مسألة ١٧): الظاهر كفاية إذنهما و إن كان عن غرور] ١٥١
- [(مسألة ١٨): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى] ١٥١
- [(مسألة ١٩): إذا اشترط فى عقد العممة أو الخالة إذنهما فى تزويج بنت الأخ أو الأخت] ١٥٢
- [(مسألة ٢٠): إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى] ١٥٢

- [(مسألة ٢١): إذا تزوج العممة و ابنه الأخ، و شك فى سبق عقد العممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة] ١٥٣
- [(مسألة ٢٢): إذا ادعت العممة أو الخالة عدم الاذن و ادعى هو الاذن منهما قدم قولهما] ١٥٤
- [(مسألة ٢٣): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت، و شك فى أنه هل كان عن إذن من العممة أو الخالة أو لا؟] ١٥٥
- [(مسألة ٢٤): إذا حصل بنتية الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل] ١٥٥
- [(مسألة ٢٥): إذا طلق العممة أو الخالة طلاقاً رجعيماً لم يجز تزويج إحدى البنتين] ١٥٥
- [(مسألة ٢٦): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت] ١٥٥
- [(مسألة ٢٧): هل يجرى الحكم فى المملوكتين و المختلفتين وجهان] ١٥٥
- [(مسألة ٢٨): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة] ١٥٦
- [(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكة أبيه] ١٦٣
- [(مسألة ٣٠): لا فرق فى الحكم بين الزنا فى القبل أو الدبر] ١٦٥
- [(مسألة ٣١): إذا شك فى تحقق الزنا و عدمه بنى على عدم] ١٦٥
- [(مسألة ٣٢): إذا علم أنه زنى بإحدى الامراتين و لم يدر أيتها هي؟] ١٦٦
- [(مسألة ٣٣): لا فرق فى الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً] ١٦٦
- [(مسألة ٣٤): إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعيماً ثم رجع الزوج فى أثناء العدة] ١٧١
- [(مسألة ٣٥): إذا زوجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأمرها أو بنتها] ١٧١
- [(مسألة ٣٦): إذا كان للأب مملوكة منظورة أو مملوسة له بشهوة حرمت على ابنه] ١٧٢
- [(مسألة ٣٧): لا تحرم أم المملوكة المملوسة و المنظورة على اللامس و الناظر على الأقوى] ١٧٢
- [(مسألة ٣٨): فى إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه و الكفين إذا كان بشهوة نظراً] ١٧٤
- [(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين فى النكاح] ١٧٥
- [(مسألة ٤٠): لو تزوج بإحدى الأختين و تملك الأخرى] ١٧٧
- [(مسألة ٤١): لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى] ١٧٨
- [(مسألة ٤٢): لو تزوج بإحدى الأختين، ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية] ١٧٩
- [(مسألة ٤٣): لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق] ١٧٩
- [(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغة واحدة] ١٨٤

- ١٨٥ [مسألة ٤٥]: لو كان عنده اختان مملوكتان فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى]
- ١٨٧ [مسألة ٤٦]: إذا وطئ الثانية بعد وطء الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم]
- ١٨٩ [مسألة ٤٧]: لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا]
- ١٨٩ [مسألة ٤٨]: إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعيّاً لا يجوز له نكاح الأخرى]
- ١٩١ [مسألة ٤٩]: إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى]
- ١٩١ [مسألة ٥٠]: الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين]
- ١٩٤ [مسألة ٥١]: الأحوط ترك تزويج الأمة دواماً مع عدم الشرطين]
- ١٩٩ [مسألة ٥٢]: لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها]
- ١٩٩ [مسألة ٥٣]: لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زال أو زال أحدهما لم يبطل]
- ١٩٩ [مسألة ٥٤]: لو لم يجد الطول أو خاف العنت]
- ٢٠٠ [مسألة ٥٥]: إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها]
- ٢٠٠ [مسألة ٥٦]: إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة]
- ٢٠٠ [مسألة ٥٧]: إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها]
- ٢٠١ [فصل الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها]
- ٢٠١ إشارة
- ٢٠٥ [مسألة ١]: لو نكح الحرة و الأمة في عقد واحد مع علم الحرة صح]
- ٢٠٦ [مسألة ٢]: لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة]
- ٢٠٦ [مسألة ٣]: إذا تزوج الأمة على الحرة فماتت الحرة]
- ٢٠٦ [مسألة ٤]: إذا كان تحته حرة فطلقها طلاقاً بائناً]
- ٢٠٦ [مسألة ٥]: إذا زوجه فضولى حرة فتزوج أمة]
- ٢٠٧ [مسألة ٦]: إذا عقد على حرة و عقد وكيله له على أمة و شك في السابق منهما]
- ٢٠٧ [مسألة ٧]: لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صح]
- ٢٠٧ [فصل في نكاح العبيد و الإماء]
- ٢٠٨ إشارة

- [(مسألة ١): أمر تزويج العبد و الأمة بيد السيد] ٢٠٨
- [(مسألة ٢): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته] ٢٠٩
- [(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج] ٢١١
- [(مسألة ٤): مهر الأمة المزوجة للمولى] ٢١٤
- [(مسألة ٥): إذا أذن المولى للأمة فى التزويج و جعل المهر لها] ٢١٦
- [(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر] ٢١٧
- [(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح] ٢١٨
- [(مسألة ٨): الولد بين المملوكين رق] ٢٢١
- [(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حراً] ٢٢٥
- [(مسألة ١٠): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاه] ٢٢٧
- [(مسألة ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمتة و لم يرده أيضا حتى مات] ٢٣٠
- [(مسألة ١٢): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حراً] ٢٣١
- [(مسألة ١٣): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته] ٢٣٦
- [(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حراً] ٢٣٨
- [(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاه] ٢٣٩
- [(مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمتة لعبده] ٢٣٩
- [(مسألة ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق] ٢٤٣
- [(مسألة ١٨): إذا زوج عبده أمتة يستحب أن يعطيها شيئاً] ٢٤٤
- [(مسألة ١٩): إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة] ٢٤٤
- [(مسألة ٢٠): إذا زوج الأمة غير مولاه من حراً] ٢٤٥
- [(مسألة ٢١): لو تزوج أمة بين شريكين بإذنها ثم اشترى حصه أحدهما] ٢٤٥
- [فصل فى الطوارئ] ٢٤٧
- إشارة ٢٤٨
- [(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر] ٢٤٩

- ٢٥٠ [(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]
- ٢٥١ [(مسألة ٣): لو كان نكاحها بالتفويض]
- ٢٥١ [(مسألة ٤): إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق]
- ٢٥٢ [(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]
- ٢٥٢ [(مسألة ٦): الخيار على الفور]
- ٢٥٣ [(مسألة ٧): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها]
- ٢٥٣ [(مسألة ٨): لا يجب على الزوج إعلانها بالعتق أو بالخيار إذا لم يعلم]
- ٢٥٣ [(مسألة ٩): ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو آذنها]
- ٢٥٣ [(مسألة ١٠): لو شرط مولها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته]
- ٢٥٤ [(مسألة ١١): لو أعتق العبد لا خيار له، و لا لزوجته]
- ٢٥٤ [(مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدى الأمتين]
- ٢٥٤ [فصل في العقد و أحكام]
- ٢٥٤ إشارة
- ٢٥٤ [(مسألة ١): يشترط في النكاح الصيغة]
- ٢٦١ [(مسألة ٢): الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشارة]
- ٢٦١ [(مسألة ٣): لا يكفي في الإيجاب و القبول الكتابة]
- ٢٦١ [(مسألة ٤): لا يجب التطابق بين الإيجاب و القبول في ألفاظ المتعلقة]
- ٢٦٢ [(مسألة ٥): يكفي - على الأقوى - في الإيجاب لفظ «نعم» (١) بعد الاستفهام]
- ٢٦٣ [(مسألة ٦): إذا لحن في الصيغة]
- ٢٦٣ [(مسألة ٧): يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة]
- ٢٦٣ [(مسألة ٨): لا يشترط في المجرى للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً]
- ٢٦٣ [(مسألة ٩): يشترط الموالاة بين الإيجاب و القبول]
- ٢٦٣ [(مسألة ١٠): ذكر بعضهم: أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول]
- ٢٦٤ [(مسألة ١١): و يشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود]

- [(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته] ٢٦٥
- [(مسألة ١٣): يشترط في العاقد المجرى للصيغة الكمال بالبلوغ، و العقل] ٢٦٦
- [(مسألة ١٤): لا بأس بعقد السفهه إذا كان وكيلا عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلا مع إجازة الولي] ٢٦٩
- [(مسألة ١٥): لا يشترط الذكور في العاقد] ٢٦٩
- [(مسألة ١٦): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد] ٢٦٩
- [(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج و الزوجة] ٢٧١
- [(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما] ٢٧٢
- [(مسألة ١٩): إذا تنازع الزوج و الزوجة في التعيين و عدمه] ٢٧٣
- [(مسألة ٢٠): لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه] ٢٧٦
- [(مسألة ٢١): لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر] ٢٧٧
- [فصل في مسائل متفرقة] ٢٧٨
- اشارة ٢٧٨
- [(الأولى): لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد] ٢٧٨
- [(الثانية): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها] ٢٨٠
- [(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر] ٢٨٤
- [(الرابعة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة و أنكرت] ٢٨٧
- [(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة أخرى] ٢٨٨
- [(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى] ٢٩٢
- [(السابعة): يجوز تزويج امرأة تدعى أنها خلية من الزوج من غير فحص] ٢٩٣
- [(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل] ٢٩٥
- [(التاسعة): إذا وكلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان] ٢٩٥
- [فصل في أولياء العقد] ٢٩٥
- اشارة ٢٩٥
- [(مسألة ١): تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ] ٢٩٧

- [(مسألة ٢): إذا ذهب بكارتها بغير الوطاء- من وثبة و نحوها] ٣٠٦
- [(مسألة ٣): لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب، و لا موته] ٣٠٧
- [(مسألة ٤): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها] ٣٠٨
- [(مسألة ٥): يشترط في صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة] ٣١٠
- [(مسألة ٦): لو زوجها الولي بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه] ٣١١
- [(مسألة ٧): لا يصح نكاح السفية المبذر إلا بإذن الولي] ٣١٢
- [(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته] ٣١٣
- [(مسألة ٩): كل من الأب و الجد مستقل في الولاية] ٣١٣
- [(مسألة ١٠): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب] ٣١٧
- [(مسألة ١١): مملوك المملوك كالمملوك] ٣١٩
- [(مسألة ١٢): للوصي أن يزوج المجنون المحتاج الى الزواج] ٣١٩
- [(مسألة ١٣): للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له] ٣٢٢
- [(مسألة ١٤): يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدها] ٣٢٤
- [(مسألة ١٥): ورد في الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها] ٣٢٤
- [(مسألة ١٦): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، و العقل، و الحرية، و الإسلام] ٣٢٥
- [(مسألة ١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل] ٣٢٨
- [(مسألة ١٨): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة] ٣٢٩
- [(مسألة ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص] ٣٣٣
- [(مسألة ٢٠): يشترط في المجيز علمه] ٣٣٣
- [(مسألة ٢١): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه] ٣٣٤
- [(مسألة ٢٢): الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية] ٣٣٧
- [(مسألة ٢٣): إذا كان كارها حال العقد] ٣٣٨
- [(مسألة ٢٤): لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية] ٣٣٩
- [(مسألة ٢٥): لو قال في مقام إجراء الصيغة: «زوجت موكلتي فلانة» مثلاً] ٣٤٠

- [(مسألة ٢٦): لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين] ٣٤٠
- [(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلًا فالظاهر صحته] ٣٤١
- [(مسألة ٢٨): إذا كان عالمًا بأنه وكيل أو ولي و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية] ٣٤٢
- [(مسألة ٢٩): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما] ٣٤٣
- [(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية] ٣٤٤
- [(مسألة ٣١): الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين] ٣٤٥
- [(مسألة ٣٢): إذا كان العقد لازمًا على أحد الطرفين] ٣٤٦
- [(مسألة ٣٣): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد] ٣٤٨
- [(مسألة ٣٤): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر] ٣٤٨
- [(مسألة ٣٥): إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل، و زوجها الوكيل الآخر من آخر] ٣٤٩
- [كتاب الوصية] ٣٥٦
- إشارة ٣٥٦
- [فصل في أحكام الوصية] ٣٥٦
- إشارة ٣٥٦
- [(مسألة ١): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول و كذا الوصية بالفك، كالعتق] ٣٥٩
- [(مسألة ٢): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاة الموصى بلا إشكال] ٣٦٠
- [(مسألة ٣): تنضييق الواجبات الموسعة بظهور أمارات] ٣٦١
- [(مسألة ٤): رد الموصى له للوصية مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية] ٣٦٣
- [(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد] ٣٦٥
- [(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين] ٣٦٧
- [(مسألة ٧): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك] ٣٦٧
- إشارة ٣٦٧
- [بقي هنا أمور] ٣٧٣
- إشارة ٣٧٣

- ٣٧٣ [أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟]
- ٣٧٤ [الثاني: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم]
- ٣٧٤ [الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه]
- ٣٧٤ [الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى]
- ٣٧٤ [الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول]
- ٣٧٧ [السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له]
- ٣٧٩ [السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التملكية و العهدية]
- ٣٨٠ [(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتملكية]
- ٣٨١ [(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ]
- ٣٨٢ [(مسألة ١٠): يشترط في الموصى أمور]
- ٣٨٢ اشارة
- ٣٨٣ [(الأول): البلوغ]
- ٣٨٥ [(الثاني): العقل]
- ٣٨٥ [(الثالث): الاختيار]
- ٣٨٥ [(الرابع): الرشد]
- ٣٨٦ [(الخامس): الحرية]
- ٣٨٨ [(السادس): ان لا يكون قاتل نفسه]
- ٣٩٠ [(مسألة ١١): يصح لكل من الأب و الجد الوصية بالولاية على الأطفال]
- ٣٩٢ [فصل في الموصى به]
- ٣٩٢ اشارة
- ٣٩٣ [(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه]
- ٣٩٥ [(مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله الشارع له]
- ٣٩٥ [(مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته]
- ٣٩٨ [(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصى فلا إشكال في نفوذها]

٤٠٠ [(مسألة ٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله]

٤٠٢ [(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصى]

٤٠٤ [(مسألة ٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلى]

٤٠٤ [(مسألة ٨): إذا حصل للموصى مال بعد الموت]

٤٠٧ تعريف مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

مستمسك العروة الوثقى المجلد ١٤

اشارة

سرشناسه : حكيم، محسن، ١٣٤٨ - ١٢٦٧. شارح
 عنوان و نام پديد آور : مستمسك العروة الوثقى / تاليف محسن الطباطبائي الحكيم
 مشخصات نشر : قم: موسسه دار التفسير، ١٤١٦ق = - ١٣٧٤.
 مشخصات ظاهري : ج ١٤
 شابك : ٩٠٠٠٠ريال (دوره ١٤جلدي)
 يادداشت : اين كتاب در سالهاي مختلف توسط ناشرين مختلف منتشر شده است
 يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس
 عنوان ديگر : العروة الوثقى. شرح
 موضوع : يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروة الوثقى — نقد و تفسير
 موضوع : فقه جعفري — قرن ١٤
 شناسه افزوده : يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ١٢٤٧؟ - ١٣٣٧ق. العروة الوثقى. شرح
 رده بندي كنگره : BP١٨٣/٥ ي٤٤٠٢١٣٥ ٤٠٢١٣٥
 رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٤٢
 شماره كتابشناسي ملي : ٧٤-٦٤٨١

[كتاب النكاح]

اشارة

كتاب النكاح

[فصل النكاح مستحب]

اشارة

النكاح مستحب في حد نفسه بالإجماع، و الكتاب، و السنه المستفيضة بل المتواترة. قال الله تعالى (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ، وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ، إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) «١». و

في النبوي المروي بين الفريقين: «النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني» «٢»

و،

عن الصادق (ع) عن أمير المؤمنين (ع) قال: «تزوجوا فان رسول الله (ص) قال: من أحب أن يتبع سنتي فإن من سنتي التزويج» «٣»

و،

في النبوي: «ما بنى بناء أحب الى الله تعالى من التزويج» «٤»

و ،

عن النبي (ص): «من تزوج أحرز نصف دينه فليترك الله في النصف الآخر» (٥) □

(١) النور: ٣٢.

(٢) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١٥. و كثر العمال الجزء: ٨. حديث: ٣٧٢٠.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١٤.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٥) الوسائل باب: ١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤

بل يستفاد من جملة من الاخبار: استحباب حب النساء،

ففي الخبر عن الصادق (ع): «من أخلاق الأنبياء حب النساء» (١) □

و ،

في آخر عنه (ع): «ما أظن رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلا ازداد حباً للنساء» (٢).

و المستفاد من الآية و بعض الاخبار: أنه موجب لسعة الرزق،

ففي خبر إسحاق بن عمار: «قلت لأبي عبد الله (ع): الحديث الذي يرويه الناس حق؟ إن رجلاً أتى النبي (ص) فشكى إليه الحاجة

فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات. قال أبو عبد الله (ع): نعم هو حق. ثم قال (ع): الرزق مع النساء و العيال» (٣).

[مسألة ١: يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة]

(مسألة ١): يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة

فعن النبي (ص): «رذال موتاكم العزاب» (٤).

و لا- فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه و من لم تشتق، لإطلاق الاخبار، و لأن فائدته لا تنحصر في كسر

الشهوة، بل له فوائد، منها زيادة النسل و كثرة قائل: (لا اله إلا الله)،

فعن الباقر (ع): «قال رسول الله (ص) ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله» (٥) □ □

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

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

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥

[مسألة ٢: الاستحباب لا يزول بالواحدة]

(مسألة ٢): الاستحباب لا يزول بالواحدة بل التعدد مستحب أيضاً، قال الله تعالى (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا) «١». و الظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع بل المستحب أعم منهما و من التسرى بالإيماء.

[مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة أعم من أن يقصد به القرية أو لا]

(مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة أعم من أن يقصد به القرية أو لا. نعم عباديته و ترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القرية.

[مسألة ٤): استحباب النكاح إنما هو بالنظر الى نفسه و طبيعته]

(مسألة ٤): استحباب النكاح إنما هو بالنظر الى نفسه و طبيعته، و أما بالنظر الى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة، فقد يجب بالنذر أو العهد أو الحلف و فيما إذا كان مقدمه لواجب مطلق، أو كان في تركه مظنة الضرر، أو الوقوع في الزنا أو محرم آخر. و قد يحرم كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب أو ترك حق من الحقوق الواجبة، و كالزيادة على الأربع. و قد يكره كما إذا كان فعلة موجبا للوقوع في مكروه. و قد يكون مباحاً كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها. و بالنسبة إلى المنكوحه أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسة، فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها، أو يبتلى بالزنا معها لو لا تزويجها و المحرم نكاح المحرمات عيناً أو جمعاً، و المستحب المستجمع

(١) النساء: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦

للصفات المحمودة في النساء، و المكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء، و نكاح القابلة المريية و نحوها، و المباح ما عدا ذلك.

[مسألة ٥): يستحب عند إرادة التزويج أمور]

(مسألة ٥): يستحب عند إرادة التزويج أمور: منها: الخطبة. و منها: صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة و خطبتها، و الدعاء بعدها بالمأثور، و هو:

«اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا و أحفظهن لي في نفسها و مالي و أوسعهن رزقا و أعظمن بركة و قدر لي ولدا طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي و بعد موتي».

و يستحب أيضاً أن يقول:

«أقررت الذي أخذ الله إمساكاً بمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ».

و منها: الوليمة يوماً أو يومين لا يزيد فإنه مكروه، و دعاء المؤمنين، و الأولى كونهم فقراء، و لا بأس بالأغنياء خصوصاً عشيرته و جيرانه و أهل حرفته، و يستحب إجابتهم و أكلهم، و وقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً، و

عن النبي (ص): «لا وليمة إلا في خمس عرس أو خرس أو عذار أو وكار أو ركاز» «١»

العرس: للتزويج و الخرس: النفاس، و العذار: الختان، و الوكار: شراء الدار و الركاز: العود من مكة. و منها: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد و الشهادتين و الصلاة على النبي (ص) و الأئمة (ع) و الوصية بالتقوى، و الدعاء للزوجين، و الظاهر كفاية اشتمالها

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧

على الحمد و الصلاة على النبي و آله (ص)، و لا- يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضا. و منها: الاشهاد فى الدائم و الإعلان به، و لا يشترط فى صحة العقد عندنا. و منها: إيقاع العقد ليلا.

[مسألة ٦: يكره عند التزويج أمور]

(مسألة ٦): يكره عند التزويج أمور: منها: إيقاع العقد و القمر فى العقرب أى فى برجها لا المنازل المنسوبة إليها و هى القلب و الإكليل و الزبانا و الشولة. و منها: إيقاعه يوم الأربعاء. و منها: إيقاعه فى أحد الأيام المنحوسة فى الشهر، و هى الثالث، و الخامس، و الثالث عشر، و السادس عشر، و الحادى و العشرون، و الرابع و العشرون، و الخامس و العشرون و منها: إيقاعه فى محاق الشهر و هو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

[مسألة ٧: يستحب اختيار امرأة تجمع صفات]

(مسألة ٧): يستحب اختيار امرأة تجمع صفات، بأن تكون بكرًا، ولودًا، ودودًا، عفيفة، كريمة الأصل - بأن لا تكون من زنا أو حيض أو شبهة أو ممن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها أو مسهم رق أو كفر أو فسق معروف- و أن تكون سمراء، عيناء، عجزاء، مربوعة، طيبة الريح، ورمة الكعب، جميلة، ذات شعر، صالحة، تعين زوجها على الدنيا و الآخرة، عزيزة فى أهلها ذليلة مع بلعها، متبرجة مع زوجها حصانًا مع غيره

فعن النبي (ص): «إن خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة فى أهلها الذليلة مع بلعها المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره التى تسمع قوله و تطيع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨

أمره و إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها و لم تبذل كتبذل الرجل «١».

ثم

قال (ص): ألا أخبركم بشرار نسائكم:

الذليلة فى أهلها العزيزة مع بلعها العقيم الحقود التى لا تدرع من قبيح، المتبرجة إذا غاب عنها بلعها، الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله و لا تطيع أمره و إذا خلا بها بلعها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عذرا و لا تغفر له ذنبا «٢».

و يكره اختيار العقيم و من تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التى يجمعها عدم كونها نجية، و يكره الاقتصار على الجمال و الثروة، و يكره تزويج جملة أخرى. منها: القابلة و ابنتها للمولود. و منها: تزويج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه. و منها: أن يتزوج أخت أخيه و منها: المتولدة من الزنا. و منها الزانية. و منها: المجنونة.

و منها: المرأة الحمقاء أو العجوز. و بالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سىء الخلق، و المخنث، و الزنج، و الأكراد، و الخزر، و الأعرابي، و الفاسق و شارب الخمر.

[مسألة ٨: مستحبات الدخول على الزوجة أمور]

(مسألة ٨): مستحبات الدخول على الزوجة أمور:

منها: الوليمة قبله أو بعده. و منها: أن يكون ليلاً لأنه أوفق بالستر والحياء، و

لقوله (ص): «زفوا عرائسكم ليلاً و أطعموا ضحى» «٣».

بل لا يبعد استحباب الستر المكانى أيضاً.

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٣٧ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩

و منها: أن يكون على وضوء. و منها: أن يصلى ركعتين و الدعاء بعد الصلاة بعد الحمد و الصلاة على محمد و آله بالالفه و حسن الاجتماع بينهما. و الأولى المأثور، و هو:

«اللهم ارزقنى إلفتها و ودها و رضاها بى و أرضنى بها و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و أنفس ايتلاف فإنك تحب الحلال و تكره

الحرام»

: و منها:

أمرها بالوضوء و الصلاة أو أمر من يأمرها بهما. و منها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه و دعائها. و منها: أن يضع يده على

ناصيتها مستقبل القبلة و يقول:

«اللهم بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحللتها فان قضيت لى منها ولدا فاجعله مباركاً تقياً من شيعه آل محمد (ص) و لا تجعل

للشيطان فيه شركا و لا نصيباً»

، أو يقول:

«اللهم على كتابك تزوجتها و فى أمانتك أخذتها و بكلماتك استحللت فرجها فان قضيت فى رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً و لا

تجعله شرك شيطان»

. و يكره الدخول ليلاً الأربعة.

[مسألة ٩): يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال]

(مسألة ٩): يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال، إن كان عاماً للعموم و إن كان خاصاً فللمخصوصين. و كذا

يجوز تملكه مع الاذن فيه، أو بعد الاعراض عنه فيملك، و ليس لمالكه الرجوع فيه و إن كان عينه موجوداً، و لكن الأحوط لهما

مراعاة الاحتياط.

[مسألة ١٠): يستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذه و التسمية]

(مسألة ١٠): يستحب عند الجماع الوضوء و الاستعاذه و التسمية و طلب الولد الصالح السوى و الدعاء بالمأثور و هو أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠

يقول:

«بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ اللَّهُمَّ جَنِّبْنِي الشَّيْطَانَ وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنِي»

، أو يقول:

«اللهم بأمانتك أخذتها..»

إلى آخر الدعاء السابق، أو يقول:

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ بَدِيعُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ * اللَّهُمَّ إِنْ قَضَيْتَ مِنِّي فِي هَذِهِ اللَّيْلَةِ خَلِيفَةً فَلَا تَجْعَلْ لِلشَّيْطَانِ فِيهِ شَرَكًا وَلَا نَصِيبًا وَلَا حِظًّا وَاجْعَلْهُ مُؤْمِنًا مُخْلِصًا مَصْفَى مِنَ الشَّيْطَانِ وَرَجْزِهِ جَلِ ثَنَاؤُكَ.»
وَأَنْ يَكُونَ فِي مَكَانٍ مُسْتَوْرٍ.

[(مسألة ١١): يكره الجماع ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس]

(مسألة ١١): يكره الجماع ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزلة. بل في كل يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة، وكذا يكره عند الزوال، وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق، وفي المحاق وبعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا في الليلة الأولى من شهر رمضان فإنه يستحب فيها وفي النصف من كل شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليلة الأضحى، ويكره في السفينة، ومستقبل القبلة ومستدبرها، وعلى ظهر الطريق والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائما، وتحت الشجرة المثمرة، وعلى سقوف البنیان، وفي وجه الشمس إلا مع الستر، ويكره أن يجامع وعنده من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١

ينظر اليه ولو الصبي غير المميز، وأن 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 إليه.

[(مسألة ١٢): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً]

(مسألة ١٢): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح.

[(مسألة ١٣): يستحب السعى في التزويج]

(مسألة ١٣): يستحب السعى في التزويج، والشفاعة فيه بإرضاء الطرفين.

[(مسألة ١٤): يستحب تعجيل تزويج البنت]

(مسألة ١٤): يستحب تعجيل تزويج البنت وتحسينها بالزوج عند بلوغها

فعن أبي عبد الله (ع): «من سعادة المرء أن لا تطمئنت ابنته في بيته» (١).

[مسألة ١٥): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة]

(مسألة ١٥): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة، ولا يدخل عليها أحد من الرجال.

[مسألة ١٦): يكره تزويج الصغار]

(مسألة ١٦): يكره تزويج الصغار و قبل البلوغ.

[مسألة ١٧): يستحب تخفيف مؤنة التزويج]

(مسألة ١٧): يستحب تخفيف مؤنة التزويج و تقليل المهر

[مسألة ١٨): يستحب ملاعبة الزوجة]

(مسألة ١٨): يستحب ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

[مسألة ١٩): يجوز للرجل تقييل أي جزء من جسد زوجته]

(مسألة ١٩): يجوز للرجل تقييل أي جزء من جسد زوجته، و مس أي جزء من بدنه ببدنها.

(١) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢

[مسألة ٢٠): يستحب اللبث و ترك التعجيل عند الجماع]

(مسألة ٢٠): يستحب اللبث و ترك التعجيل عند الجماع.

[مسألة ٢١): تكره المجامعة تحت السماء]

(مسألة ٢١): تكره المجامعة تحت السماء.

[مسألة ٢٢): يستحب إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج]

(مسألة ٢٢): يستحب إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله و عدم طوله.

[مسألة ٢٣): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت]

(مسألة ٢٣): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت، و غسل رجليها، و صب الماء من باب الدار الى آخرها.

[مسألة ٢٤): يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان و الخل و الكزبرة]

(مسألة ٢٤): يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان و الخل و الكزبرة و التفاح الحامض.

[مسألة ٢٥]: يكره اتحاد خرقه الزوج و الزوجه عند الفراغ من الجماع]

(مسألة ٢٥): يكره اتحاد خرقه الزوج و الزوجه عند الفراغ من الجماع.

[مسألة ٢٦]: يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر الى وجهها]

(مسألة ٢٦): يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر الى وجهها و كفيها و شعرها و محاسنها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* و له الحمد، و الصلاة و السلام على رسوله الأكرم، و آله الطاهرين.

(١) في كشف اللثام: اتفاق الأصحاب عليه في الجملة. و في الجواهر:

نفي الخلاف فيه بين المسلمين، و دعوى الإجماع بقسميه عليه. و يشهد له النصوص، منها

مصحح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أ ينظر إليها؟ قال (ع): نعم، إنما يشتريها بأغلى

الثمن» (١)

و ،

مصحح هشام بن سالم و حماد بن عثمان و حفص بن البختري، كلهم عن أبي عبد الله (ع): «قال (ع):

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣

ينظر الى وجهها و كفيها و شعرها و محاسنها (١)، بل لا يبعد

لا بأس بأن ينظر الى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوجها» (١)

و ،

صحيح الحسن بن السرى قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها و ينظر الى خلفها، و الى وجهها، قال (ع):

نعم، لا بأس أن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها. ينظر الى خلفها و الى وجهها» (٢)

الى غير ذلك من النصوص.

(١) أما الأولان: فلا إشكال فيهما. و الأول منهما صريح النصوص السابقة. و أما الثاني: فلاستفادته من ذكر المعاصم في مصحح

الفضلاء.

و أما الأخيران: فنسب الجواز فيهما الى المشايخ الثلاثة، و جمع من الأصحاب و يشهد لأولهما

صحيح عبد الله بن سنان «قلت لأبي عبد الله (ع):

الرجل يريد أن يتزوج المرأة أ ينظر الى شعرها؟ فقال (ع): نعم، إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» (٣)

و يشهد لثانيهما

خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع): «في رجل ينظر الى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال (ع): لا بأس،

إنما هو مستام فان يقض أمر يكن» (٤).

و نحوه خبر مسعدة بن اليسع الباهلي عن أبي عبد الله (ع)

«٥». و

في مرسل عبد الله بن الفضل عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله (ع) قال: «قلت أ ينظر الرجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها؟ قال (ع): لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً» «٦».

- (١) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.
- (٢) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.
- (٣) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٧.
- (٤) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٨.
- (٥) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١٢.
- (٦) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤

.....

و في الشرائع والإرشاد والقواعد وغيرها: تخصيص الجواز بالوجه والكفين. بل ربما نسب إلى المشهور. و كأنه لحمل المعاصم في الصحيح السابق على الكفين، و عدم الاعتداد بالنصوص الأخيرة. و ضعفه ظاهر، إذ المعصم غير الكف. و النصوص لا مانع من العمل بها بعد اعتماد الجماعة عليها، بل إطلاق جواز النظر إلى المرأة في مصحح ابن مسلم

يقتضى ذلك، و لا سيما بملاحظة التعليل فيه و في غيره بأنه يشتريها بأغلى الثمن، فإنه يقتضى ذلك، و أوضح منه

موثق يونس المروى عن علل الصدوق: «قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها قال (ع): نعم، و ترقق له الثياب، لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» «١»

، فان ترقيق الثياب ليس إلا من جهة التمكّن من النظر إلى ما خلف الثياب من سائر البدن، و لذلك قال في الجواهر «فلا محيص للفقهاء الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص و كثرتها- و فيها الصحيح، و الموثق، و غيرهما- الدالة بأنواع الدلالة على ذلك».

لكن شيخنا الأعظم (ره) في رسالة النكاح استشكل في الإطلاق المذكور في مصحح ابن مسلم

تارة: من جهة أن المتبادر من النظر إلى المرأة بحكم العرف هو النظر إلى الوجه و اليدين لأنهما موقع النظر غالباً، و غيرهما مستور غالباً بالثياب. و أخرى: من جهة أن تخصيص النظر في مصحح الفضلاء

بالوجه و المعاصم لا يظهر له وجه إلا اختصاصهما بجواز النظر، و أوضح منه في ذلك ما في صحيح السرى

«٢» فإنه (ع) بعد أن قال: «ينظر إليها» قال:

«ينظر إلى خلفها و إلى وجهها»

- (١) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١١.

(٢) تقدم في أول المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥

جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها (١)، و إن كان الأحوط خلافه، و لا يشترط أن يكون ذلك بإذنها و رضاها (٢)

أقول: يشكل ما ذكره أولاً: بأن الغلبة لا توجب الانصراف المعتد به. مع أنها ممنوعة في نفسها، فان الغالب عدم ستر مقدار من الشعر، و الرقبة، و الصدر و الساقين، و مقتضى ذلك عدم الاختصاص بالوجه و الكفين، لا الاختصاص بهما. و ثانياً: 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. و ثالثاً: بأن التخصيص بالخلف و الوجه في صحيح السرى إنما كان لذكره في السؤال لا لبيان المراد من الإطلاق. مع أنه لو سلم فلا يقتضى إلا سقوط الإطلاق المذكور فيه لا سقوط إطلاق غيره.

و مثله في الاشكال مناقشته (قده) في التعليل بأن المراد به تجويز النظر الى ما يندفع به معظم الغرر، الحاصل من جهة حسن الخلقة و اللون و قبحهما، و ان ذلك يندفع بالنظر الى الوجه و الكفين، إذ يستدل بهما غالباً على حسن سائر الأعضاء، و قبحها من حيث الخلقة و اللون. إذ فيه:

أنه لا- وجه للتخصيص بالمعظم من الغرر، فإنه خلاف الإطلاق. مع أن الاستدلال بالوجه على غيره غير ظاهر. و من ذلك يظهر لك الوجه في قول المصنف: «بل لا يبعد جواز النظر الى ..» كما تقدم من الجواهر.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر. و كأن الوجه فيه الإجماع، فإن أحداً لم يقل بالجواز فيها، كما في كلام شيخنا الأعظم، و إلا فإطلاق النص و التعليل شامل لها كغيرها.

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع و القواعد و غيرها. و الظاهر عدم الخلاف فيه منا، و لذا نسب في كشف اللثام الخلاف فيه الى مالك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦

نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ (١) و إن علم أنه يحصل بنظرها قهراً (٢). و يجوز تكرار النظر (٣) إذا لم يحصل الغرض- و هو الاطلاع على حالها- بالنظر الأول. و يشترط أيضاً أن لا يكون مسبوقاً بحالها (٤)، و أن يحتمل اختيارها (٥) و إلا فلا يجوز. و لا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص، أو كان قاصداً لمطلق التزويج (٦) و كان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار، و إن كان الأحوط الاقتصار على

و يقتضيه عموم النصوص. و ليس النظر من حقوق الزوجة، كى يحل بإذنها، بل هو من الأحكام.

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

(٢) كما في كلام شيخنا الأعظم (ره). و يقتضيه عموم النصوص، و لا سيما كونه الغالب.

(٣) كما في كلام شيخنا الأعظم (ره) بشرط أن يحتمل أن يفيد الثانية ما لا يفيد الأولى، لإطلاق النصوص، و التعليل.

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

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

(٦) لإطلاق النصوص مورداً و تعليلاً. و احتمال أن مورد النصوص من يريد أن يتزوجها بالخصوص بعيد.

(١) راجع أول المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧

الأول. و أيضا لا- فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر- من توكيل امرأة تنظر إليها و تخبره- أولا (١)، و ان كان الأحوط الاقتصار على الثانى. و لا يبعد جواز نظر المرأة أيضا الى الرجل الذى يريد تزويجها (٢). و لكن لا يترك الاحتياط بالترك. و كذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها (٣)، و إن

(١) كما فى رسالة شيخنا الأعظم (ره)، لإطلاق الأدلة، و لا سيما بملاحظة ما اشتهر من أنه ليس الخبر كالعيان.

(٢) كما فى القواعد و غيرها، و قواه شيخنا الأعظم (ره) فى الرسالة.

لما يستفاد من التعليل فى أخبار المسألة، فإن الرجل إذا جاز له النظر لثلا يضيع ماله الذى يعطيه على جهة الصداق و غيره، فلأن يجوز للمرأة لثلا يضيع بضعها أولى. و يشكل بخفاء المقايسة بين البضع و المال. مع أنها لو تمت فإنما تقتضى لزوم معرفتها بالمال الذى هو عوض البضع لا بالرجل.

و مثله فى الاشكال الاستدلال عليه بما

ورد فى بعض النصوص أنه (ص) قال لرجل من أصحابه و قد خطب امرأة: «لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» (١).

فان الخبر ضعيف لا- مجال للاعتماد عليه فيما نحن فيه، و لذلك اختار فى الجواهر المنع. بل فى كشف اللثام: «لم أعرف من الأصحاب من قال به غيره (يعنى: غير مصنفه)، و الحلبي، و ابن سعيد. و إنما ذكرته العامة، و روته عن عمر».

(٣) نسب إلى الأصحاب. و فى المسالك: أن جواز النظر الى وجهها و كفيها و محاسنها و شعرها موضع وفاق. و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». و يشهد له نصوص المقام المشتملة على التعليل بأنه يشتريها بأعلى الثمن. مضافاً الى النصوص الواردة فيها بالخصوص، كخبر أبي بصير.

(١) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١٣

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨

كان بغير إذن سيدها. و الظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل الوكيل و الولي و الفضولي (١). و أما فى الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

[مسألة ٢٧: يجوز النظر الى نساء أهل الذمة]

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

قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها.

قال (ع): لا بأس أن ينظر الى محاسنها، و يمسه ما لم ينظر الى ما لا ينبغى النظر اليه» (١)

و نحوه غيره. و تحقيق المسألة فى كتاب البيع.

(١) فى الجواهر: منع جواز ذلك لغير مريد التزويج و لو ولياً، لقصور الأدلة عن إخراجها عن مقتضى الحرمة، بخلافه فى شراء الأمة الشامل له و لغيره، عدا الفضولى على الظاهر. انتهى. و كأن عدم الشمول للفضولى من جهة عدم تحقق الشراء حقيقة منه، بخلاف

الوكيل و الولي.

لكن الفرق بينهما في شراء الأمة و بينهما في التزويج غير ظاهر، بعد اشتمال النصوص على الشراء، و صدق المشتري على الوكيل و الولي كصدقه على الأصيل. اللهم الا- أن يقال الملحوظ في شراء الأمة المالية، و لا- مانع من شمول المشتري للولي و الوكيل، و الملحوظ في التزويج مناسبات خاصة لا تقوم بغير من يريد التزويج لنفسه، فيصرف المشتري عنه.

(٢) على المشهور، كما في الحدائق، و عن المسالك. قال في الشرائع:

«و يجوز النظر الى نساء أهل الذمة و شعورهن لأنهن بمنزلة الإمام».

و نحوه ما عن المقنعة و الخلاف و النهاية. فيحتمل أن يكون المراد أنهن بمنزلة الإمام للمسلمين، لأن الكفار فيء المسلمين، و إنما يحرمهم الذمة، فتكون نساء أهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد. لكن إثبات هذا المعنى غير ظاهر، بل ممنوع، و إنما يكون الملك بالاسترقاق. مع أنه يتوقف.

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب بيع الحيوان حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩

.....

على جواز النظر إلى الأمة المشتركة. و يحتمل أن يكون المراد أنهن ملك للإمام، لما

في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «إن أهل الكتاب مماليك الامام» [١]

و ،

خير زارة عنه (ع): «إن أهل الكتاب مماليك للإمام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة إلى موالئهم» (١)

و ،

في صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله (ع): «و هم مماليك للإمام، فمن أسلم منهم فهو حر» (٢).

لكن الاستدلال بها متوقف على ثبوت كلية جواز النظر الى أمة غيره، و هو غير ظاهر. و الاستدلال عليه بالسيره، ليس بأولى من

الاستدلال بها على المقام. نعم يمكن الاستدلال على الحكم

بخبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: «قال رسول الله (ص): لا حرمة لساء أهل الذمة أن ينظر الى شعورهن و أيديهن» (٣).

فإنه لا- بأس بالعمل به بعد اعتماد المشهور عليه. و إن كان ظاهر من علل بأنها بمنزلة الإمام عدم الاعتماد عليه. و لكن اعتماد غيره

كاف في جبر ضعفه لو كان. و يؤيده

خير أبي البختری عن جعفر (ع) عن أبيه عن علي بن أبي طالب (ع): «لا بأس بالنظر الى رؤوس النساء من أهل الذمة» (٤).

و من ذلك يظهر ضعف ما عن ابن إدريس من المنع من النظر إليهن عملاً بعموم الآية المحرمة للنظر، التي لا- يجوز تقييدها بخبر

الواحد. و تبعه على ذلك في المختلف، و كشف اللثام.

[١] الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٢. لكن وردت روايته عن ابى بصير كما في الكافي الجزء: ٥ صفحة

٣٥٨ و التهذيب الجزء: ٧ صفحة ٤٤٩ و يأتي من الشارح (قده) في فصل ما يحرم باستيفاء العدد.

(١) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب العدد حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب العاقلة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١١٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ١١٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠

بل مطلق الكفار، مع عدم التلذذ والريبة (١)، أى: خوف الوقوع فى الحرام (٢). والأحوط الاقتصار على المقدار الذى جرت عادتهن على عدم ستره (٣). وقد يلحق بهم نساء أهل

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

(٢) قال فى المسالك: «ينبغى أن يكون المراد بها خوف الوقوع معها فى المحرم، وهو المعبر عنه بخوف الفتنة» وفى كشف اللثام: «هى ما يخطر بالبال من النظر، دون التلذذ به، أو خوف افتتان. والفرق بينه وبين الريبة ظاهر مما عرفت، ولذا ذكر الثلاثة فى التذكرة، ويمكن تعميم الريبة للافتتان، لأنها من (راب) إذا وقع فى الاضطراب، فيمكن أن يكون ترك التعرض له هنا، وفى التحرير، وغيرهما لذلك». والمراد مما يخطر بالبال من النظر: الميل الى الوقوع فى الحرام مع المنظور اليه، وإن كان عالماً بعدم وقوعه. فنقول: بناء على ذلك يكون المراد من الريبة مردداً بين الأمرين: الخطور الخاص، وخوف الوقوع فى الحرام. ويظهر من التذكرة: حرمة الجميع، كما يظهر منها ومن كشف اللثام: حرمة الوقوع فى الافتتان، فإن تم إجماع عليه - كما هو الظاهر وفى المستند:

«أنه متحقق فى الحقيقة، ومحكى فى بعض المواضع حكايه مستفيضة» - فهو، وإلا فيشكل تحريم أحدهما، لعدم وضوح دليل على ذلك. وظاهر شيخنا فى الرسالة: وضوح حرمة النظر مع خوف الوقوع فى الحرام، وأما حرمة مع أحد الأمرين، فلأن فيهما الفساد المنهى عنه. والاشكال عليه ظاهر.

(٣) إذا كان المستند فى الحل التعليل فهو يقتضى جواز جميع البدن.

وإذا كان المستند خبر السكونى لزم الاقتصار على خصوص الشعور والأيدى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١

البوادرى والقري من الاعراب وغيرهم (١)، وهو مشكل (٢) نعم الظاهر عدم حرمة التردد فى الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهن، ولا يجب غض البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان.

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

(١)

لخبر عباد بن صهيب: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: لا بأس بالنظر الى رؤوس نساء أهل تهامة، والأعراب، وأهل السواد، والعلاج، لأنهم إذا نهوا لا ينتهون» (١).

وعن الفقيه أنه رواه مكان

«أهل السواد والعلاج»

: «أهل البوادرى من أهل الذمة»

[١].

(٢) لضعف عباد. لكن رواه فى الكافي هكذا: «عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن عباد بن

صهيب» و أحمد بن محمد بن عيسى أخرج البرقى من قم لأنه يروى عن الضعفاء، و يعتمد المراسيل. و ابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع، و ممن لا يروى إلا عن ثقة. و لا يبعد أن يكون ذلك كافياً فى جبر ضعف السند. و احتمال فى الجواهر أن يكون المراد من التعليل عدم وجوب غض النظر و ترك التردد فى الأسواق و الأزقة من أجلهن، لأنهن لا ينتهين بالنهى، فيلزم من ترك ذلك العسر و الحرج. لكنه خلاف الظاهر. فلا يبعد إذاً العمل بالحديث، لو لا ما قد يظهر من المشهور من عدم العمل به، لعدم

[١] من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة ٣٠٠ طبعه النجف الحديثه. لكن الموجود فيه هكذا: «لا بأس بالنظر الى شعور أهل تهماء و الاعراب و أهل البوادي من أهل الذمة و العلوج لأنهن إذا نهين لا ينتهين».

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢

[مسألة ٢٨): يجوز لكل من الرجل و المرأة النظر الى ما عدا العورة من مماثله]

(مسألة ٢٨): يجوز لكل من الرجل و المرأة (١) النظر الى ما عدا العورة من مماثله شيخاً أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها، ما لم يكن بتلذذ أو ريبه (٢). نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية و النصرانية (٣)، بل مطلق الكافرة (٤)، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن. و القول بالحرمة

تعرضهم لمضمونه. نعم لا بأس بالعمل به بالمقدار الذى عليه السيرة، و هو ما أشار إليه المصنف (ره) بقوله: «نعم الظاهر ..».

(١) بلا إشكال و لا خلاف، بل لعله من ضروريات الدين المعلومة باستمرار عمل المسلمين عليه فى جميع الأعصار و الأمصار. كذا فى الجواهر، و يشهد له النصوص الواردة فى آداب الحمام
«١». (٢) لما سبق.

(٣) لما

فى صحيح حفص بن البختري عن أبى عبد الله (ع): «لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية و النصرانية، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن» (٢).

و قوله (ع):

«لا ينبغي»

لا يدل على أكثر من الكراهة، كما أن التعليل يقتضى اختصاص الكراهة بالمزوجة التى هى مظنة الوصف للزوج، فلا تشمل من لا زوج لها، أو كان مفقوداً، أو كانت مأمونة من جهة التوصيف، كما لا تشمل المرأة التى لا صفات لها حسنة لا يحسن نقلها، كما أن مقتضى التعليل التعدى الى غير اليهودية و النصرانية إذا كانت تصف لزوجها من تراه من النساء.
(٤) كأنه لعموم التعليل.

(١) راجع الوسائل باب: ٣، ٤، ٥، ١٨ من أبواب آداب الحمام.

(٢) الوسائل باب: ٩٨ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣

للآية (١) حيث قال تعالى (أَوْ نِسَائِهِنَّ) فخص بالمسلمات ضعيف لاحتمال كون المراد من (نِسَائِهِنَّ) (٢) الجوارى و الخدم لهن من الحرائر.

[مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج و الزوجة النظر الى جسد الآخر]

(مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج و الزوجة النظر الى جسد الآخر (٣)، حتى العورة (٤)، مع التلذذ و بدونه،

(١) قال فى كشف اللثام: «و الشيخ، و الطبرسى فى تفسيرهما، و الراوندى فى فقه القرآن، على المنع من نظر المشتركة الى المسلمة. قال الشيخ و الراوندى: إلا- أن تكون أمه، و فسروا (نِسَائِهِنَّ) بالمؤمنات و هو قوى» و فى الحدائق: موافقتهم، لأن «لا- ينبغى» فى الصحيح بمعنى:

لا يجوز، و لأن النهى فى الآية للتحريم.

(٢) هذا الاحتمال نسبه فى المسالك الى المشهور، و عن الكشاف:

«المراد من (نِسَائِهِنَّ) من فى صحبتهن من الحرائر». و يحتمل أن يكون المراد منه ما يعم الأمرين معا. و يحتمل أن يكون المراد منه مطلق النساء سواء كن فى صحبتهن أو خدمتهن، أم لم يكن كذلك، كما احتمله فى الجواهر. و يحتمل أن يكون المراد النساء اللاتى من الأرحام كالعمه و الخاله و الأخت. و لعل قرينه السياق تقتضى ذلك، فيكون أقرب.

و بالجملة: يكفى فى الإضافة أدنى ملابس، و الملابس المصححة للإضافة فى المقام مجهولة مرددة بين وجوه لا قرينه على واحد منها، و الحمل على جهة الاشتراك فى الدين ليس أولى من غيره، و مع الاجمال لا مجال للاستدلال. و أقرب الاحتمالات الأخير، و أبعداها ما فى الجواهر.

(٣) إجماعاً، نصاً

«١» و فتوى، بل هو من الضروريات.

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

(١) راجع الوسائل باب: ٥٩ من أبواب مقدمات النكاح

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤

بل يجوز لكل منهما مس الآخر بكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ و بدونه (١).

[مسألة ٣٠): الخشى مع الأنثى كالذكر]

(مسألة ٣٠): الخشى مع الأنثى كالذكر (٢)، و مع الذكر كالأنثى.

نعم عن ابن حمزة حرمة النظر الى فرج المرأة حال الجماع. لما

فى خبر أبى سعيد الخدرى فى وصية النبى (ص) لعلى (ع): «و لا ينظر الرجل الى فرج امرأته. و ليغض بصره عند الجماع، فان النظر الى الفرج يورث العمى فى الولد» «١».

لكن

فى موثق سماعه قال: «سألته عن الرجل ينظر فى فرج المرأة و هو يجامعها. قال (ع): لا بأس به إلا أنه يورث العمى» (٢).

(١) هذا كما قبله من القطعيات.

(٢) قال فى جامع المقاصد: «الخنى المشكل بالنسبة الى الرجل كالمراة، و بالنسبة إلى المراة كالرجل، لتوقف يقين امتثال الأمر بغض البصر و الستر على ذلك». و عن صاحب المدارك: الاتفاق عليه.

أقول: الخنى مع ابتلائه بكل من الرجل و المراة يعلم إجمالاً بحرمة النظر الى أحد الصنفين فيجب عليه الاجتناب عنهما معا. و أما مع عدم الابتلاء إلا بأحدهما، فيشكل وجوب الاحتياط عليه للشبهة الموضوعية، كما أشار الى ذلك فى الجواهر. و مثله الأثنى مع الخنى فإنه لما لم يحرز ذكوره، لم يجب التستر عنه، و لم يحرم النظر اليه. و كذا الكلام فى الذكر مع الخنى. و سيأتى فى المسألة الخمسين ما له تعلق بالمقام.

(١) الوسائل باب: ٥٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٥٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥

[مسألة (٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية و الأجنبي]

(مسألة ٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية (١)، و لا للمراة النظر إلى الأجنبي (٢) من غير ضرورة.

(١) إجماعاً، بل ضرورة من المذهب. كذا فى الجواهر. و يشهد له قوله تعالى (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ، وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ، ذَلِكَ أَرْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ. وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ، وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ، وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا، وَ لِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ، أَوْ آبَائِهِنَّ، أَوْ أَبْنَائِهِنَّ، أَوْ بُعُولَتِهِنَّ، أَوْ إِخْوَانِهِنَّ، أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ، أَوْ نِسَائِهِنَّ، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْتِيَةِ مِنَ الرِّجَالِ، أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ. وَ لَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ، وَ تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ، لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) «١». و إن كانت دلالة لا تخلو من تأمل. فإن غض الابصار غير ترك النظر. مع أنه من المحتمل أن يكون المراد الفروج بقرينه السياق،

لا العموم. مع أن إرادة العموم تقتضى الحمل على الحكم الأولى، و هو غض النظر عن كل شىء. و حمله على الغض عن المؤمنات لا قرينه عليه. اللهم الا أن يكون المستند فى تعيين المراد الإجماع.

(٢) كما هو المعروف، لعموم الأمر بغضهن من أبصارهن، بناء على ما عرفت من الإجماع، و يؤيده ما ورد من

قول النبى (ص) لعائشة و حفصة، حين دخل ابن أم مكتوم: «أدخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى.

فقال: إن لم يركما فإنكما تريانه» (٢).

لكن فى التذكرة: «حكى عن بعض الجواز. مستدلاً على ذلك بأنه لو استويا لأمر الرجل بالاحتجاب

(١) النور: ٣٠، ٣١.

(٢) الوسائل باب: ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦

و استثنى جماعة الوجه و الكفين فقالوا بالجواز فيهما (١)

كالنساء». و هو كما ترى.

و الذى يظهر من كلماتهم مساواة المرأة للرجل فى المستثنى منه و المستثنى.

فإن الحكم فى المستثنى بالنسبة إلى نظر الرجل كان مستنداً الى قوله تعالى:

(إِنَّمَا ظَهَرَ مِنْهَا) و ليس مثله ثابتاً فى نظر المرأة، فلا مستند فى المساواة كلبه إلا الإجماع، كما ادعاه بعضهم، فى الرياض: «تتحد المرأة مع الرجل، فتمنع فى محل المنع، و لا تمنع فى غيره، إجماعاً»، و نحوه كلام شيخنا الأعظم (ره) فى الرسالة. لكن الاعتماد على الإجماع المخالف للسيرة القطعية الفارقة بين الرجل و المرأة فى ستر الوجه و الكفين، كما ترى.

(١) نسب هذا القول الى الشيخ و جماعة، و اختاره فى الحدائق و المستند و شيخنا الأعظم فى رسالته النكاح، مستنديين فى ذلك الى صحيح الفضيل قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الذراعين من المرأة، هما من الزينة التى قال الله تعالى (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ)؟ قال: نعم، و ما دون الخمار من الزينة، و ما دون السوارين» (١)

و ظاهر أن ما يستره الخمار هو الرأس و الرقبة، و الوجه خارج عنه، و ان الكف فوق السوار لا دونه، فيكونان خارجين عن الزينة. و فى موثق زارة عن أبى عبد الله (ع) فى قول الله عز و جل (إِنَّمَا ظَهَرَ مِنْهَا) قال: «الزينة الظاهرة: الكحل و الخاتم» (٢)

، و هما فى الوجه و الكف، و
رواية أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن قول الله عز و جل:

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

(٢) الوسائل باب: ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧

.....

(وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) قال (ع): الخاتم و المسكة، و هى القلب (١)

و القلب - بالضم - السوار، و

خير مسعدة بن زياد: «سمعت جعفر (ع) و سئل عما تظهر المرأة من زينتها، قال (ع): الوجه و الكفين» (٢)

و ،

خير أبى الجارود المروى عن تفسير على بن إبراهيم عن أبى جعفر (ع): «فى قوله تعالى (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا)، فهى الثياب، و الكحل، و الخاتم، و خضاب الكف، و السوار. و الزينة ثلاثة: زينة للناس، و زينة للمحرم، و زينة للزوج. فاما زينة الناس فقد ذكرنا. و أما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها، و الدمليج فما دونه، و الخلخال و ما سفلى منه. و أما زينة الزوج فالجسد كله» (٣).

الى غير ذلك من النصوص التى يستفاد منها صراحة، أو ظهوراً، أو إشعاراً: الجواز. و منها: ما ورد فى المرأة تموت و ليس معها الا الرجال، و فى الرجل يموت و ليس معه الا النساء. و منها:

صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء فى جسدها، إما كسر، و إما جرح، فى مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل أرقق بعلاجه من النساء، أ يصلح له النظر إليها؟ قال (ع): إذا اضطرت فليعالجها إن شاءت» (٤).

، فإن الرواية كالصريحة فى أن من جسد المرأة ما يصلح النظر إليه، و ما لا يصلح.

بل يمكن الاستدلال بالآية الشريفة (وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا لِيُضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ)، فان استثناء ما ظهر من الزينة يدل على أن من الزينة

(١) الوسائل باب: ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

(٣) مستدرك الوسائل باب: ٨٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨

.....

ما هو ظاهر، ولا يكون إلا بظهور موضعها، فيدل على أن بعض جسد المرأة ما يجوز إظهاره ولا يحرم كشفه. لا أقل من استفادة ذلك من قوله تعالى (وَلِيُضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ)، فان تخصيص الجيوب بوجوب الستر يدل على عدم وجوب ستر الوجه، وإلا كان أولى بالذكر من الجيب، لأن الخمار يستر الجيب غالباً ولا يستر الوجه.

وقيل: لا يجوز. واختاره العلامة في التذكرة والإرشاد، وتبعه عليه جماعة، منهم كاشف اللثام، وشيخنا في الجواهر، لعموم ما دل على غض البصر، وقوله تعالى (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ)، وما في كثر العرفان من إطباق الفقهاء على أن بدن المرأة عورة إلا على الزوج و المحارم، و لسيرة المتدينين من الستر، و لما في الروايات المتضمنة أن النظر سهم من سهام إبليس ، و أن زنا العين النظر

، و أنه رب نظرة أوجبت حسرة يوم القيامة

«١» و

مكاتبة الصفار الى أبي محمد (ع): «في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم، هل يجوز له أن يشهد عليها و هو من وراء الستر يسمع كلامها، إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التي تشهدك، و هذا كلامها، أو لا يجوز له الشهادة حتى تبرز و يثبتها بعينها؟

فوقع (ع): تتنقب و تظهر للشهود» «٢»

، و لما ورد من أن المرأة الخثعمية أتت رسول الله (ص) بمنى فى حجة الوداع تستفتيه، و كان الفضل بن العباس رديف رسول الله (ص)، فأخذ ينظر إليها و تنظر إليه فصرف رسول الله (ص) وجه الفضل عنها، و قال: «رجل شاب و امرأة شابة. أخاف أن يدخل الشيطان بينهما» «٣».

(١) راجع الوسائل باب: ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١، ٢، ٥.

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

(٣) مستدرك الوسائل باب: ٨٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٧، كثر العمال:

ج: ٣ حديث: ٧٩٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩

مع عدم الريبة و التلذذ (١).

و المناقشة في جميع ذلك ممكنة، فإن عموم ما دل على لزوم غض البصر مقيد بما سبق، مع أن غض البصر أعم من ترك النظر. و قوله تعالى:

(وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ) قد استثنى منه ما ظهر منها. و حمله على زينة الثياب - كما حكاها في كشف اللثام عن ابن مسعود - مع أنه خلاف الظاهر في نفسه، مخالف لقريته السياق مع قوله تعالى (وَلْيُضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ). و أما إطباق الفقهاء المحكى عن كثر العرفان: فلا مجال للاعتماد عليه مع وضوح الخلاف و شهرته، و أما السيرة: فأعم من الوجوب. و أما ما في الروايات من أن النظر سهم من سهام إبليس: فالظاهر أنه بملاحظة ما يترتب على النظر من الأثر المحرم، فإن ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم، فيكون مختصاً بالنظر بشهوة. و أظهر منه في ذلك هو المناسب للتعبير بالسهم، فيكون مختصاً بالنظر بشهوة. و أظهر منه في ذلك ما ورد من أن زنا العين النظر، و أنه رب نظرة أوجبت حسرة

. على أن الأخير إيجاب جزئي، و هو لا يدل على عموم التحريم. و أما الأمر بالتنقب في المكاتب: فلا يظهر أنه للوجوب التعبدى، و من الجائز أن يكون للمحافظة على خفارة المرأة و منع ما يوجب الاستحياء. مع أنها تدل على جواز النظر الى بعض الوجه. و أما رواية الخنعية: فتدل على الجواز، كما في المسالك، لأنه (ص) لم ينههما عن النظر، و إنما صرف وجه الفضل عن المرأة، معللاً بخوف دخول الشيطان، الناشئ من التلذذ، الحاصل من وقوع النظر المؤدى إلى الافتتان. هذا مضافاً الى ما يظهر من الرواية من أن المرأة كانت مكشوفة الوجه، و أن النبي (ص) كان ينظر إليها، فرآها تنظر الى الفضل. و هناك وجوه أخرى للجواز، و التحريم، لا- بهم ذكرها لوضوح المناقشة فيها.

(١) قد عرفت أن الريبة مفسرة في كلامهم بأحد أمور: خوف الوقوع في الحرام، و ما يخطر في البال عند النظر من الميل الى الوقوع مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠

.....

في الحرام مع المنظور اليه من تقييل و نحوه. و خوف الافتتان. و يظهر من كلماتهم حرمة النظر في جميع ذلك، و أن العمدة فيه الإجماع و ارتكاز المتشعبة. و كذا النظر مع التلذذ.

و هل يختص التحريم بقصد التلذذ - كما قد يظهر من عبارة الشرائع، و القواعد، و غيرها، حيث ذكر فيها أنه لا يجوز النظر لتلذذ أو ريبة - أو يعم ما إذا حصل التلذذ، في حال النظر و إن لم يكن واقعاً بقصد التلذذ، فيجب عليه الكف مع التلذذ؟ وجهان. و في رسالة شيخنا الأعظم:

الظاهر الأول، لإطلاق الأدلة، و لأن النظر الى حسان الوجوه من الذكور و الإناث لا ينفك عن التلذذ غالباً بمقتضى الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة الحسان، فلو حرم النظر مع حصول التلذذ لوجب استثناء النظر الى حسان الوجوه، مع أنه لا قائل بالفصل بينهم و بين غيرهم.

و أيده (قده)

بصحيح على بن سويد: «قلت لأبي الحسن (ع): إنى مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر إليها، فقال (ع): لا بأس يا على إذا عرف الله من نيتك الصدق، و إياك و الزنا، فإنه يذهب بالبركة، و يذهب بالدين» (١)

، فان مراد السائل أنه كثيراً ما يتفق له الابتلاء بالنظر الى المرأة الجميلة، و أنه حين النظر إليها يتلذذ لمكان حسنها. و فيه: أن الظاهر من المرتكزات الشرعية حرمة النظر مع التلذذ، فيقيد به الإطلاق. و أما ما ذكره ثانياً، ففيه: أن التلذذ الذى هو محل الكلام التلذذ الشهوى، و ما تقتضيه الطبيعة البشرية المجبولة على ملائمة الحسان هو التلذذ غير الشهوى، كالتلذذ الحاصل بالنظر الى

المناظر الحسنه، كالحداثق النظره، و العمارات الجميله، و الاشعه الكهربائيه المنظمه على نهج معجب، و نحو ذلك، و كل ذلك ليس مما نحن فيه. و أما صحيح.

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب النكاح المحرم حديث: ٣

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١

و قيل بالجواز فيهما مرة (١)، و لا يجوز تكرار النظر. و الأحوط المنع مطلقاً.

على بن سويد فالظاهر منه الاضطرار الى النظر لعلاج و نحوه، بقريته

قوله (ع): «إذا عرف الله من نيتك الصدق»

يعنى: الصدق فى أن نظرك للغايه اللازمه، لا- ما ذكره (قده) و لا- ما ذكر فى كشف اللثام و الجواهر من النظر الاتفاقي، إذ النظر الاتفاقي لا نيه فيه.

(١) اختار هذا القول فى الشرائع، و القواعد. للجمع بين أدله القولين، كما يشهد به

النبوى: «لا تتبع النظره النظره، فإن الأولى لك، و الثانية عليك، و الثالثه فيها الهلاك» (١)

و عن العيون روايته بدل:

«فان ..»

: «فليس لك يا على إلا أول نظرة» (٢)

و ،

خير الكاهلى عن الصادق (ع): «النظره بعد النظره تزرع فى القلب الشهوه، و كفى بها لصاحبها فتنه» (٣).

وفيه: أن من أدله القولين ما أبى هذا الجمع جدا. مع أنه بلا شاهد. و النبوى لا يصلح لذلك، لقصوره سنداً، بل دلالة أيضاً، لقرب كون المراد من أن النظره الثانيه عليه: أنها توجب الريبه و اللذه، بقريته جعل المراتب ثلاثه. و بالجملة: القول المذكور أضعف الأقوال دليلاً. و أقواها القول الأول، لو لا ما عليه مرتكزات المتشرع من المنع، على وجه يعد ارتكاب النظر عندهم من المنكرات التى لا تقبل الشك و التردد، و لا يقبل فيها عذر و لا اعتذار. و احتمال أن يكون ذلك من جهه الغيره، بعيد. و لذلك لا يستنكرون النظر الى

(١) لم نعث على هذا النص، نعم يوجد هذا المضمون متفرقاً فى أحاديث الباب: ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح من الوسائل.

(٢) الوسائل باب: ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١١.

(٣) الوسائل باب: ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢

[مسألة (٣٢): يجوز النظر الى المحارم التى يحرم عليه نكاحهن]

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

القواعد من النساء استنكاراً دينياً، و إن كانوا يستنكرونه من جهه الغيره و لا يرونه حراماً. نعم يختص هذا الاستنكار فى النساء التى يكون النظر إليها مظنه التلذذ، و إن لم يكن بقصد التلذذ، و لا مقروناً معه. و لأجل ذلك لا مجال للإقدام على الفتوى بالجواز فيهن، و

إن قام عليه دليل. اللهم إلا أن يكون الاستنكار من جهة ما يترتب عليه من التلذذ غالباً. والمسألة محتاجة إلى تأمل.

(١) إجماعاً، صريحاً و ظاهراً. فى كلام جماعة. و فى الجواهر: عده من الضروريات. و يشهد له فى الجملة قوله تعالى (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ..) «١». و ما ورد فى تغسيل المحارم مجردات و يلقى على عورتهم خرقة

«٢». لكن فى القواعد فى آخر حد المحارب: «ليس للمحرم التطلع على العورة، و الجسد عارياً»، و نسب الى ظاهر التحرير هناك، و عن التذكرة: حكايته عن الشافعية فى وجهه، و عن التنقيح:

استثناء الشدى حال الرضاع. و لكنه كما ترى مخالف لإطلاق الكتاب، و معاهد الإجماع. و إن كان قد يشهد له خبر أبى الجارود المتقدم

«٣». لكنه لا يصلح لمعارضه 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 فى أولاد صاحب اللبن

«٤»

(١) النور: ٣١.

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب غسل الميت.

(٣) راجع صفحة: ٢٧.

(٤) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣

أو مصاهرة (١)، ما عدا العورة، مع عدم تلذذ و ريبه (٢).

و كذا نظرهن إليه (٣).

[مسألة ٣٣: المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيد]

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

أو فى أولاد المرضعة

«١»، فإن دليل التحريم فى مثل ذلك لا يقتضى الخروج عن عموم حرمة النظر و عموم وجوب التستر.

(١) بالمعنى الآتى بيانه، و هو المختص بعلاقة الزوجية، لا غير، فإنه الذى تقتضيه الأدلة الموجبة للخروج عن عموم حرمة النظر. فلا يشمل التحريم الحاصل من الزنا، أو اللواط، أو نحو ذلك.

(٢) إجماعاً على ما عرفت.

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

(٤) الذى يظهر من جماعة التلازم فى الأمة بين جواز النكاح ذاتا و النظر، فإذا جاز نكاح الأمة ذاتاً جاز النظر إليها، و الا فلا. و إذا حرم نكاحها عرضاً لحيض و نحوه، لم يحرم النظر إليها. و لأجل ذلك استثنى فى المتن - تبعاً للتذكرة، و غيرها - المشتركة و ما بعدها، لعدم جواز نكاحهن.

(٥)

في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أ تقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعى أن أزوج بعض خدمي غلامى لذلك» (٢) ، و نحوه غيره. لكن في دلالة على الحرمة تأمل. و لذا مال أو قال بالجواز فيها جماعةً.

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث: ١، ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب نكاح العبيد حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤

[مسألة (٣٤): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة]

(مسألة ٣٤): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة (١)، و إن حرم وطؤها. و كذا الأُمَّ كذلك. و كذا إلى المطلقة الرجعية (٢) ما دامت في العدة، و لو لم يكن بقصد الرجوع (٣).

[مسألة (٣٥): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع]

(مسألة ٣٥): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع. (منها): مقام المعالجة (٤)، و ما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق، و الكسر، و الجرح، و الفصد

(١) لعموم ما دل على جواز الاستمتاع بالزوجة. و عليه كما يجوز النظر يجوز غيره من أنواع الاستمتاع، عدا الوطء، فإنه لا ريب عندهم في حرمة، و كونه القدر المتيقن من اعتداد الزوجة للوطء شبهة. لكن في القواعد و المسالك: المنع من الاستمتاع بها الى أن تنقضى العدة. و فى الجواهر: «لا دليل عليه يصلح لمعارضة ما دل على الاستمتاع بالزوجة».

(٢) لما تضمن النص من أنها زوجة فتترتب عليها أحكامها، و منها جواز النظر.

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

(٤) لا إشكال فى ذلك و لا خلاف، و فى المسالك: الإجماع على جواز النظر مع الحاجة اليه. و يشهد له صحيح الثمالى المتقدم فى أدلة جواز النظر الى الوجه و الكفين

«١»، و عموم نفى الضرر

«٢». و مقتضى عبارات الأكثر جواز النظر لمطلق الحاجة. و لكنه غير ظاهر. إذ صحيح

(١) راجع صفحة: ٢٧.

(٢) راجع الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيار فى كتاب البيع، و باب: من كتاب الشفعة، و باب: ٧، ١٢ من كتاب احياء الموات.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥

و الحجامه، و نحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل (١)، بل يجوز المس و اللمس حينئذ (٢). (و منها): مقام الضرورة، كما إذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه، أو على المس (٣). (و منها): معارضة كل ما هو أهم فى نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس (٤).

(و منها): مقام الشهادة تحملاً أو أداء مع دعاء الضرورة (٥) و ليس منها ما عن العلامة من جواز النظر الى الزانيين لتحمل الشهادة (٦).

فالأقوى عدم الجواز. وكذا ليس منها النظر

الشمالي مختص بالضرورة. و العمومات لا تقتضى الجواز إلا معها. فالبناء على تسويغ النظر بمجرد الحاجة ضعيف.

(١) كما فى المسالك، و كشف اللثام، و غيرهما. لعدم الضرورة أو الحاجة حينئذ. فالمرجع عموم المنع.

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

«لا ضرر و لا ضرار»

. و أما

□

قوله (ع): «ما من شىء إلا و قد أحله الله تعالى لمن اضطر اليه» (١).

فيختص بالمضطر، و لا يشمل الطبيب. نعم يمكن دخول ذلك فى عموم صحيح الشمالى المتقدم

. فلاحظ.

(٣) فان مزاحمة تحريم النظر بما هو أهم منه- من وجوب حفظ النفس المحترمة من الهلاك- يقتضى سقوطه، و تقدم الأهم، و العمل عليه.

(٤) لما عرفت. بل ما سبق من بعض موارد و صغرياته، فكان الأولى الاقتصار على هذا و ترك ما قبله.

(٥) لما سبق.

(٦) ذكر ذلك فى القواعد. و علله فى المسالك: بأنه وسيلة إلى إقامة

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب القيام حديث: ٦، ٧. مع اختلاف يسير عما فى المتن.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦

الى الفرج للشهادة على الولادة، أو الثدى للشهادة على الرضاع و إن لم يمكن إثباتها بالنساء، و إن استجوده الشهيد الثانى (١)

□

حدود الله تعالى، و لما فى المنع من عموم الفساد، و اجترأ النفوس على هذا المحرم، و انسداد باب ركن من أركان الشرع، و لم

تسمع الشهادة بالزنا، لتوقف تحملها على الاقدام على النظر المحرم، و إدامته لاستعلاء الحال، بحيث يشاهد الميل فى المكحلة، و

يقاف الشهادة على التوبة يحتاج الى زمان يعلم منه العزم على عدم المعاودة، فيعود المحذور السابق. ثم قال:

«و هذا القول ليس بذلك البعيد». لكن عن العلامة فى قضاء القواعد و التذكرة: أنه استقرب المنع. و فى كشف اللثام: أنه الأقرب. و

فى الجواهر: أنه الأقوى. لعدم ثبوت جواز النظر فيه. و ما ذكره فى المسالك لا يقتضيه، إذ من الجائز أن لا يتعلق الغرض بإثباته بنحو

يقتضى تحليل النظر. و يشير اليه عدم الاجترأ بشهادة العدلين، بل لا بد فى إثباته من شهادة الأربعة، فإن ذلك يناسب عدم الاهتمام به

فى مقام الإثبات. غير أن استقرار السيرة على عدم استنكار ذلك على الشاهد يقتضى الجواز. اللهم إلا أن يقال: إن السيرة مجملة، لا

يمكن أن يستفاد منها الجواز، لاحتمال الحمل على الصحة، للغفلة أو نحوها.

(١) فى المسالك: «و أما نظر الفرج للشهادة على الولادة، و الثدى للشهادة على الرضاع، فإن أمكن إثباتها بالنساء لم يجز للرجال. و إلا

فوجهان، أجودهما: الجواز، لدعاء الضرورة اليه، و كونه من مهام الدين و أتم الحاجات، خصوصاً أمر الثدى، و يكفى فى دعاء

الضرورة إلى الرجال المشقة فى تحصيل أهل العدالة من النساء على وجه يثبت به الفعل». و فيه: المنع من حصول الضرورة الى ذلك

كلية. و كونه من مهام الدين و أتم الحاجات لا يقتضيه إلا مع وجود جهة تقتضى وجوب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧

(و منها): الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ (١) اللَّاتِي لَا يَزُجُونَ نِكَاحًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا هُوَ الْمَعْتَادُ لَهُ (٢) مِنْ كَشْفِ بَعْضِ الشَّعْرِ وَالذَّرَاعِ

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

(١) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى (وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَزُجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ، وَأَنْ يَسْتَغْفِنَ خَيْرٌ لَهُنَّ، وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) «١».

(٢)

ففى مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع). «أنه قرأ (أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ) قال: الخمار والجلباب. قلت: بين يدي من كان؟

قال (ع): بين يدي من كان، غير متبرجة بزينة» «٢»
، ونحوه مصحح حرير بن عبد الله عن أبي عبد الله (ع)

«٣». لكن

ففى صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «ما الذى يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن؟ قال: الجلباب» «٤»

و،

ففى خبر محمد بن أبي حمزة عنه (ع): «الجلباب وحده» «٥».

و

ففى خبر الكنانى عنه (ع): «الجلباب إلا أن تكون أمه فليس عليها جناح أن تضع خمارها» «٦».

و الجمع بينها

(١) النور: ٦٠.

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

(٣) الوسائل باب: ١١٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ١١٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٥) الوسائل باب: ١١٠ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨

و نحو ذلك، لا مثل الثدي و البطن (١) و نحوهما مما يعتاد سترهن له. (و منها): غير المميز من الصبي و الصبية (٢)، فإنه

يقتضى حمل الأخير على الاستحباب. و مقتضى ذلك جواز كشف ما يستر الخمار من الشعر و الرقبة و بعض الصدر، و كشف ما يستره الجلباب و هو الذراع. و منه يشكل ما فى المتن من تخصيص الكشف ببعض الشعر.

و لا سيما بملاحظة

صحيح البنزنى المروى فى قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن الرجل يحل له أن ينظر إلى شعر أخت امرأته؟

فقال (ع): لا، إلا أن تكون من القواعد. قلت له: أخت امرأته و الغريبة سواء؟ قال (ع): نعم. قلت: فما لى من النظر إليه منها؟

فقال (ع): شعرها و ذراعها» «١».

و منه يفهم عموم الحكم لعموم الذراع و إن لم يكن الجلباب ساتراً له بتمامه. كما أن الاقتصار على الشعر و الذراع لا بد أن يكون لمزيد الاهتمام بهما، و إلا فوضع الجلباب و الخمار يقتضى جواز كشف غير ذلك، و يتعين العمل به.

(١) لخروجه عن مفاد النصوص المذكورة، فيرجع فيه الى عموم حرمة النظر و عموم الحجاب. و إن كان ظاهر عبارة التذكرة ارتفاع حكم العورة عن جميع أجسادهن. و حكاها في الجواهر عن ظاهر عبارة الشهيد و غيرها. و كأنه اعتماداً على ظاهر الآية. لكنه ضعيف، لما ذكر.

(٢) هذا في الجملة من القطعيات. و يقتضيه قوله تعالى (أَوِ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «٢». فان المتيقن منه غير المميز. كما تقتضيه أيضا السيرة، و ما ورد في موارد متفرقة، مثل ما ورد في تغسيل الرجل الصغيرة، و المرأة الطفل الصغير «٣»، و غير

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

(٢) النور: ٣١.

(٣) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب غسل الميت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩

يجوز النظر إليهما، بل للمس. و لا يجب التستر منهما. بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ (١)،

ذلك. و كذلك الحكم في للمس، و عدم وجوب التستر منهما.

(١) كما صرح به جماعة.

لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها أن تغطي رأسها ممن ليس بينها و بينه محرم؟ و متى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاة؟ قال (ع): لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة» «١».

و هو و إن كان وارداً في الصبي، لكن يتعدى منها إلى الصبي بالأولوية فيجوز نظر المرأة إليه قبل البلوغ. كما يتعدى الى غير الشعر بعدم القول بالفصل. و الرواية و إن كانت ظاهرة في جواز تكشف الصبي للبالغ، لكنها تدل بالملازمة العرفية على جواز نظره إليها. و

أما نظرهما الى غير المماثل البالغ، فيدل على

صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر البنزطي عن الرضا (ع): «قال: يؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنين، و لا تغطي المرأة و شعرها منه حتى يحتلم» «٢»

، و نحوه صحيحه الآخر المروى عن قرب الاسناد

«٣». و دلالتها على جواز الكشف له ظاهرة. و لا يحتاج في إثبات جواز نظره الى دعوى الملازمة العرفية، إذ لا إشكال في حلية نظره، لحديث رفع القلم عن الصبي

«٤»، بل مقتضاه جواز النظر إلى عورة غير المماثل، و إن وجب على المنظور التستر عنه.

و قد يظهر من المستند أنه يحرم عليه النظر إلى العورة، تخصيصاً منه

(١) الوسائل باب: ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠

.....

لحديث رفع القلم عن الصبي بالآية الشريفة و هي قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسِيَ تَأْذِنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، مِنْ قَبْلِ صِدْمَةِ الْفَجْرِ، وَحِينَ تَضَعُونَ لِيَابِكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ، وَمِنْ بَعْدِ صِدْمَةِ الْعِشَاءِ، ثَلَاثَ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ، كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ، وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ. وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ، كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ، وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (١). وفيه أن الآية الشريفة ليست وارده في تحريم نظر الصبي إلى العورة، و إنما وارده في تحريم التطلع على بعض الافعال و الأحوال التي يستتبع التطلع عليها و يستتحي منه، التي يغلب وقوعها في الأوقات الثلاثة. و الخطاب فيه للبالغين، لا لغير البالغين، يعنى: يلزم البالغين أن يكلفوهم بالاستئذان على وجه يتحقق ذلك منهم، فالآية الاولى ليست وارده في النظر إلى العورة الحرام، و لا- في تحريم ذلك على غير البالغ. نعم الآية الثانية ظاهرة في تحريم التطلع على البالغين و الخطاب فيها لهم. يظهر هذا الاختلاف في المخاطب من اختلاف سياق الآيتين الشريفتين. و كما تختلف الآيات في المخاطب تختلفان في زمان الخطاب، فان مورد الآية الأولى يختص بالأوقات الثلاثة و مورد الآية الثانية عام لجميع الأزمنة. و لعل هذا الاختلاف موجب للاختلاف في موضوع التطلع بأن تختص الاولى بما يقبح و الثانية شاملة له و لغيره. و كيف كان لا مجال للاستدلال بالآية على تحريم النظر إلى العورة على غير البالغ بنحو يخصص بها حديث رفع القلم. و إن بناء الفقهاء بل المسلمين على عدم تكليف الصبي مطلقاً حتى وقع الكلام في وجه عقابه على ترك الإسلام.

(١) النور: ٥٨، ٥٩

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١

إذا لم يبلغ مبلغاً يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة (١).

[مسألة (٣٦): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية]

(مسألة ٣٦): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية (٢).

(١) أما مع بلوغ الصبي ذلك ففي الجواهر: «ظاهر غير واحد من الأصحاب المفروغية عن وجوب التستر عنه، و منع الولي إياه، بل في جامع المقاصد: نفي الخلاف فيه بين أهل الإسلام. كما أن فيه الإجماع على عدم جواز نظر البالغ إلى الأجنبية التي بلغت مبلغاً صارت به مظنة الشهوة، من غير حاجة الى نظرها. فان تم ذلك، كان هو الحجة، و إلا كان محل البحث». و هو كما ذكر. لكن الظاهر أن الإجماع المدعى عليه لا طريق اليه إلا ارتكازيات المتشعبة، التي لا ريب فيها و لا إشكال.

(٢) هذا في الجملة لا إشكال فيه. و تقتضيه السيرة العملية القطعية.

مضافا الى أصل البراءة و النصوص،

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 فأحملها و أقبلها.

قال (ع): إذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك» (١)

و ،

خبر زرارة عن أبي عبد الله (ع): «إذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها» (٢)

و ،

مرفوع زكريا المؤمن: «قال أبو عبد الله (ع): إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام. والغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين» (٣).

و نحوها غيرها. و لم يتعرض المصنف لحكم التقييل بعد ست سنين، و المستفاد من النصوص المذكورة هو الكراهة دون الحرمة، كما يشير الى ذلك الصحيح الأول الذي اقتصر

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

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

(٣) الوسائل باب: ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢

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

[مسألة (٣٧): لا يجوز للمملوك النظر الى مالكنه]

(مسألة ٣٧): لا يجوز للمملوك النظر الى مالكنه (٢)

فيه على النهي عن الوضع في الحجر مع أن السؤال كان فيه عنه و عن التقييل. و بعض النصوص و إن كان ظاهراً في الحرمة، لكنه قاصر السند. فلاحظ.

(١) أما إذا كان عن شهوة فلما عرفت من الإجماع الارتكازي على الحرمة.

(٢) على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً. و إن كان ظاهر المسالك: الميل إلى الجواز، بل نسبة التردد في ذلك إلى الشيخ في المبسوط حيث قال: «مع أن الشيخ ذكر في المبسوط ما يدل على ميله إلى جواز نظر المملوك مطلقاً، و إن كان قد رجع عنه أخيراً و هذه عبارته: «إذا ملكت المرأة فحلاً- أو خصياً فهل يكون محرماً لها حتى يجوز له أن يخلو بها و يسافر معها؟ قيل: فيه وجهان» أحدهما- و هو الظاهر:- أنه يكون محرماً، لقوله تعالى: (وَلَا يُؤْدِبِينَ رَبِّتَهُنَّ إِذَا بُعُوْلَتِهِنَّ .. إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى أَوْ لِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ). و الثاني:- و هو الأشبه بالمذهب:-

أنه لا- يكون محرماً، و هو الذي يقوى في نفسى». و هذا الكلام يدل على تردده، و إن كان ميله أخيراً إلى التحريم. و المقصود أن الحكم بتحريم نظر المملوك الفحل ليس بإجماعى. فيمكن الاستدلال عليه بعموم الآية. و

قد روى الشيخ في المبسوط و غيره: أن النبي (ص) أتى فاطمة (ع) بعبد قد وهبه لها، و على فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها، و إذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى رسول الله (ص) ما تلقى قال: (إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك و غلامك) (١).

(١) الصفحة: ٤ من كتاب النكاح الطبعة الأولى. لكن فيه «و خادمك» بدل قوله: «و غلامك».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣

.....

و روى الكليني أخباراً كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق (ع): أن المراد بقوله تعالى (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ) شامل للمملوك مطلقاً، و روى في الصحيح عن معاوية بن عمار قال: (قلت لأبي عبد الله (ع): المملوك يرى شعر مولاته و ساقها. قال (ع): لا بأس) «١».

انتهى ما في المسالك.

و يشهد للقول بالجواز الصحيح

عن يونس بن عمار و يونس بن يعقوب جميعاً عن أبي عبد الله (ع): «لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها، غير متعمد لذلك» «٢».

قال في الكافي: «و في رواية أخرى: لا بأس بأن ينظر إلى شعرها إذا كان مأموماً» «٣»

، و صحيح معاوية بن عمار

«٤» المتقدم في كلام المسالك، و

خير معاوية بن عمار قال: «كنا عند أبي عبد الله (ع) نحواً من ثلاثين رجلاً إذ دخل أبي فرحب به. إلى أن قال: هذا ابنك؟ قال: نعم، و هو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً ما لا يحل لهم. قال (ع): و ما هو؟ قال:

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٤٣

المرأة القرشية و الهاشمية تركب و تضع يدها على رأس الأسود و ذراعها على عنقه. فقال أبو عبد الله (ع): يا بني أ ما تقرأ القرآن؟ قلت: بلى.

قال: اقرأ هذه الآية: (لَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِي آبَائِهِنَّ وَ لِأَبْنَائِهِنَّ. حَتَّىٰ بَلَغَ وَأَلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ)، ثم قال: يا بني لا بأس أن يرى المملوك الشعر و الساق» «٥»

، و

مصحيح إسحاق بن عمار: «قلت لأبي

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

(٢) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤

و لا للخصى النظر إلى مالكته، أو غيرها (١)،

عبد الله (ع): أ ينظر المملوك الى شعر مولاته؟ قال (ع): نعم، و إلى ساقها» (١)

و ،

خبر القاسم الصيقل قال: « كتبت إليه أم على تسأل عن كشف الرأس بين يدي الخادم، و قالت له: إن شيعتك اختلفوا على فقال بعضهم: لا بأس. و قال بعضهم: لا يحل. فكتب (ع): سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم، لا تكشفى رأسك بين يديه، فان ذلك مكروه» (٢).

و لا يخفى أن مقتضى العمل بالنصوص الأخذ بما دل على الجواز.

لكن لا- مجال له بعد إعراض الأصحاب عنها. فيتعين حملها على التقيّة، أو الضرورة، أو النظر الاتفاقي. و إن كان الأخيران في غاية البعد و لا سيما بملاحظة ما فيها من التفصيل بين الشعر و الساق و غيرهما. و يشير إلى الأول ما في خبر معاوية الحاكي دخول أبيه على أبي عبد الله (ع)

. و أما الآية: فلا مجال للأخذ بإطلاقها بعد ورود مرسله الشيخ في الخلاف:

«روى أصحابنا في قوله تعالى (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ) أن المراد به الإماء، دون العبيد الذكران»

«٣». و نحوها في المبسوط «٤». و في الشرائع: «و ملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الإماء». و معارضها قد عرفت إشكاله.

(١) على المشهور شهرة عظيمة. و في الشرائع: «قيل: نعم، و قيل: لا». لكن في الجواهر: «لم نعرف القائل بالأول سابقاً على

(١) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٩.

(٤) آخر مقدمه كتاب النكاح الصفحة: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥

.....

زمن المصنف (ره). نعم عن الفاضل في المختلف جوازه في المملوك بالنسبة إلى مالكته». قال في المختلف: «و الحق عندي أن الفحل لا- يجوز له النظر الى مالكته. أما الخصى ففيه احتمال، أقربه الجواز على كراهية، للآية. و التخصيص بالإماء لا- وجه له، لا اشتراك الإماء و الحرائر في الجواز». و عن المحقق الثاني: متابعتة، و في التحرير استشكل فيه.

و يشهد له بعض النصوص،

ففي صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن قناع الحرائر من الخصيان. فقال:

كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن (ع) و لا يتقنعن. قلت: فكانوا أحراراً؟ قال (ع): لا. قلت: فالأحرار يتقنع منهم؟ قال (ع):

لا» (١)

و ،

روى الشيخ (ره) مرسلًا قال: «و روى في خبر آخر: أنه سئل عن ذلك فقال (ع): أمسك عن هذا، و لم يجبه» (٢)

، و لعله أراد بذلك ما

رواه في قرب الاسناد عن صالح بن عبد الله الخنعمي عن أبي الحسن (ع) قال: «كتبت إليه أسأله عن خصى لى في سن رجل مدرک

يحل للمرأة أن يراها و تنكشف بين يديه؟ قال: فلم يجبنى» (٣).

و لعل في هذا الخبر دلالة على كون الصحيح وارداً للتقية. لكن العمدة في وهنه إعراض الأصحاب عنه، مع صحة سنده و صراحة دلالاته. فليحمل على التقية أو يطرح.

و قد يستدل على الجواز بقوله تعالى (أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَابِ مِنَ الرِّجَالِ) «٤» و فيه: أن المذكور في صحيح زرارة قال: «سألت

- (١) الوسائل باب: ١٢٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.
 (٢) الوسائل باب: ١٢٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٦.
 (٣) الوسائل باب: ١٢٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٨.
 (٤) النور: ٣١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦

كما لا يجوز للعنين و المجهوب بلا إشكال (١). بل و لا لكبير

أبا جعفر (ع) عن قوله عز و جل (أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَابِ مِنَ الرِّجَالِ ..) الى آخر الآية قال (ع): الأحق الذي لا يأتي النساء «١» و نحوه غيره. و هو لا ينطبق على الخصى.

و من ذلك تعرف ضعف القول بجواز نظره مطلقاً، حراً كان الخصى أو مملوكاً، الى مالته و غيرها، كما نسب الى ابن الجنيد، و طائفة من المتأخرين، منهم السبزواري في الكفاية، و إن كان في النسبة إلى الأول تأمل. مع أنه قد ورد المنع في بعض النصوص من نظره الى غير مالته،

ففي خبر عبد الملك بن عتبة النخعي قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن أم الولد، هل يصلح أن ينظر إليها خصى مولاهما و هي تغتسل؟ قال (ع):

لا يحل ذلك» «٢»

،

خبر محمد بن إسحاق قال: «سألت أبا الحسن موسى (ع) قلت: يكون الرجل خصى يدخل على نسائه، فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن. قال (ع): لا» «٣».

و إن كان مقتضى الجمع العرفي بينهما و بين الصحيح المتقدم الحمل على الكراهة. فالعمدة عمومات المنع من النظر و وهن الصحيح المتقدم باعراض المشهور.

(١) لخروجهما عن الخصى الذي هو محل الخلاف و الأشكال، فيرجع فيهما الى عمومات المنع. و عن الشافعي: تفسير (غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَابِ) بالخصى، و المجهوب. و لم يعرف ذلك لغيره. و كأنه حمل الآية على معنى من لم يكن له حاجة في النساء. لكن على هذا لا يختص بما ذكر. و كيف كان لا مجال للأخذ بالآية الشريفة في غير ما فسرت به في النصوص المتقدمة.

- (١) الوسائل باب: ١١١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.
 (٢) الوسائل باب: ١٢٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.
 (٣) الوسائل باب: ١٢٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧

السن الذي هو شبه القواعد من النساء، على الأحوط (١).

[مسألة (٣٨): الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه]

(مسألة ٣٨): الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه (٢)

(١) فإن المقداد في كنز العرفان في تفسير (غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ) قال:

«قيل: المراد بهم الشيوخ الذين سقطت شهوتهم وليس لهم حاجة الى النساء. وهو مروى عن الكاظم (ع). و الإربة: الحاجة» و فيه: أنه مرسل ضعيف في نفسه. فضلا عن صلاحية معارضته لما عرفت. و لذا قال في محكي جامع المقاصد: «و لو كان شيخاً كبيراً جداً هراً ففى جواز نظره احتمال. و مثله العنين و المخنث، و هو المشبه بالنساء.

و اختار في التذكرة أنهم كالفتح، لعموم الآية. و هو قوى». لكن في الجواهر: «أن المراد بغير اولى الإربة من لا يشتهي النكاح، لكبر سن و نحوه، شبه القواعد من النساء التي لا ترجو نكاحا و لا تطمع فيه». و ضعفه ظاهر مما سبق.

(٢) نص على ذلك في الشرائع و القواعد و غيرهما. و يظهر من كلمات بعض: أنه من المسلمات، لعمومات المنع من النظر، و في مرفوع أحمد ابن أبي عبد الله قال: «استأذن ابن أم مكتوم على النبي (ص) و عنده عائشة و حفصة، فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى.

فقال (ص): إن لم يركما فإنكما تريانه» (١)

و ،

المرسل عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول الله (ص) و عنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم- و ذلك بعد أن أمر بالحجاب- فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول الله: أليس أعمى لا يبصرنا؟ قال: أفعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه؟!» (٢).

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

(٢) الوسائل باب: ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨

[مسألة (٣٩): لا بأس بسماع صوت الأجنبية]

(مسألة ٣٩): لا بأس بسماع صوت الأجنبية (١)، ما لم يكن تلذذ و لا ريبه (٢)، من غير فرق بين الأعمى و البصير (٣)

(١) و فى الشرائع و القواعد و الإرشاد و التحرير و التلخيص: القول بالحرمة، بل نسب الى المشهور. لما ورد من أن صوتها عورة. و لموثق مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله (ع): «قال: قال أمير المؤمنين (ع): لا تبدأوا النساء بالسلام، و لا تدعوهن الى الطعام، فإن النبي (ص) قال:

النساء عى، و عورة، فاستروا عيهن بالسكوت، و استروا عورتهن بالبيوت» (١)

و ،

□
في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله (ع) أنه قال: «لا تسلم على المرأة» (٢).

لكن الأول لا مأخذ له يعتد به، فقد قال في كشف اللثام:

«لا يحضرني الخبر بكون صوتها عورة مسنداً، وإنما رواه المصنف في المدنيات الأولى مرسلًا، و نفقات المبسوط تعطى العدم». و الآخرا قاصرا للدلالة، كما يظهر من التأمل فيهما. و لو سلمت فالسيرة القطعية على خلافهما، كما صرح بذلك جمع من الأعظم. و لذا اختار الجواز العلامة في التذكرة، و الكركي، و غيرهما - على ما حكى. و اختاره في الجواهر، و شيخنا الأعظم (ره)، و غيرهما من أكابر علماء الأعصار الأخيرة، بل كاد يكون من الواضحات التي لا يحسن الكلام فيها و الاستدلال عليها.

(٢) قطعاً كما في الجواهر، بإضافة خوف الفتنة، و هو كذلك، لما سبق.

(٣) كما نص على ذلك في الجواهر، بل قال: «لا فرق بينهما نصاً، و فتوى». و هو كذلك. و كأن الاقتصار في الشرائع و القواعد على ذكر

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩

□
و إن كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة. و يحرم عليها إسماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع بتحسينه و ترفيقه. قال تعالى (فلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ) (١).

[مسألة (٤٠): لا يجوز مصافحة الأجنبية]

(مسألة ٤٠): لا يجوز مصافحة الأجنبية (٢).

الأعمى لأن ابتلاء النساء إنما يكون به. و أما سماع المرأة صوت الأجنبية فلم يعرف في جوازه كلام أو إشكال. نعم قال في المستند: «و من الغريب فتوى اللعة بحرمة مع أنها تقرب مما يخالف الضرورة، فإن تكلم النبي (ص) و الأئمة و أصحابهم مع النساء مما بلغ حداً لا يكاد يشك في» (١)

(١) صدر الآية الشريفة (يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسَيْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ) إِن تَفِيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقَلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا) (٢)، و ظاهر صدرها أنه حكم يختص بنساء النبي (ص)، فالبناء على التحريم في غيرهن غير ظاهر. و لذا قال في الجواهر: «ينبغي للمتدينه منهن اجتناب إسماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع، و تحسينه، و ترفيقه، كما أومى إليه الله تعالى شأنه بقوله: (فلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ ..) كما أنه ينبغي للمتدين ترك سماع صوت الشابة الذي هو مثار الفتنة ..». نعم ارتكاز المتشريع يقتضى 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 الثوب» (٣)

و ،

□
موثق سماعه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة. قال (ع): لا يحل للرجل

(١) المظنون وقوع الغلط في نسخه اللمعة: منه قدس سره.

(٢) الأحزاب: ٣٢.

(٣) الوسائل باب: ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠

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

[مسألة (٤١): يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام]

(مسألة ٤١): يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام،

أن يصافح المرأة. إلا امرأة يحرم عليه أن يتزوجها: أخت أو بنت، أو عمه أو خاله. أو بنت أخت، أو نحوها. و أما المرأة التي يحل له أن يتزوجها فلا يصافحها إلا من وراء الثوب، ولا يغمز كفها» (١).

وقد يستفاد منهما حرمة لمس الأجنبية و لو بغير المصافحة، كما نص عليه جماعة.

وفي الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً، بل كأنه ضروري على وجه يكون محرماً لنفسه». و في كلام شيخنا الأعظم (ره): «إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً. بل لا إشكال في حرمة اللمس و إن جاز النظر، للأخبار الكثيرة. و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه». و كأنه يريد بالأخبار:

أخبار المصافحة المتقدمة، و ما ورد في كيفية بيعه النساء للنبي (ص)

«٢». و مورد الجميع المماسه في الكفين، فالتعدى عنه لا دليل عليه إلا ظهور الإجماع.

(١) من غير خلاف يعتد به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه و لو بملاحظة السيرة القطعية. لكن

في مرسل محمد بن سالم عن بعض أصحابنا عن الحكم بن مسكين قال: «حدثني سعيده و منه 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 ..» (٣)

و لا بد أن يكون محمولاً على الاستحباب.

(١) الوسائل باب: ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣، ٤، ٥ و باب: ١١٧ حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ١١٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١

و دعائهن الى الطعام (١). و تتأكد الكراهة في الشابة.

[مسألة (٤٢): يكره الجلوس في مجلس المرأة]

(مسألة ٤٢): يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلا بعد برده (٢).

[مسألة ٤٣: لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان]

(مسألة ٤٣): لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان. و لا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه (٣).

(١) لموثق مسعدة بن صدقة المتقدم

«١» المحمول على الكراهة بقريته

مصحيح ربيع عن أبي عبد الله (ع): «كان رسول الله (ص) يسلم على النساء و يرددن عليه. و كان أمير المؤمنين (ع) يسلم على النساء. و كان يكره أن يسلم على الشابة منهن و يقول: أتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل على أكثر مما طلبت من الأجر» (٢).
لكن لظهور المصحح في الاستمرار الظاهر في الاستحباب يشكل القول بالكراهة، لتعارض النصوص في ذلك.
و حمل المصحح على أنه من خواصه (ص)، خلاف الظاهر. و المصحح أرجح سنداً، فأولى بالعمل به. إلا أن يحمل الموثق على الشابة.

(٢)

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

(٣)

في صحيح أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله (ع): «قال: يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه، و لا يستأذن الأب على الابن» (٤).

(١) راجع المسألة: ٣٩ من هذا الفصل.

(٢) الوسائل باب: ١٣١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ١١٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١

مستمك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢

[مسألة ٤٤: يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين]

(مسألة ٤٤): يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين. و في رواية: إذا بلغوا ست سنين (١).

[مسألة ٤٥: لا يجوز النظر الى العضو المبان من الأجنبي]

(مسألة ٤٥): لا يجوز النظر الى العضو المبان من الأجنبي (٢)

و

في خبر محمد بن علي الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يستأذن على أبيه؟ فقال: نعم. قد كنت أستأذن على أبي و ليست أمي عنده إنما هي امرأة أبي، توفيت أمي و أنا غلام، و قد يكون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما عليه و لا يجبان ذلك مني، و

السلام أحسن و أصوب» (١) و ظاهره الاستحباب. لكنه ضعيف بأبى جميلة، فلا- يكون قرينه على صرف غيره عن ظهوره فى الوجود. ثم إن ظاهر الصحيح الاستئذان بالدخول على الأب و إن لم تكن معه زوجة، فالتخصيص بذلك غير ظاهر.

(١)

□
فى مصحح عبد الله بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه:

«قال: قال رسول الله (ص): الصبى و الصبى و الصبى، و الصبى، و الصبى، و الصبى، يفرق بينهم فى المضاجع لعشر سنين» (٢).
قال فى الفقيه:

«و روى أنه يفرق بين الصبيان فى المضاجع لست سنين» (٣).

و ظاهر الجملة الوجود. لكن الظاهر بناء الأصحاب على خلافه.

(٢) كما نص على ذلك غير واحد. و فى القواعد: «و العضو المبان كالمتمصل على إشكال». و وجهه: قصور الأدلة عن شمول حال الانفصال و ان مقتضى الاستصحاب المنع. و قد يشكل الاستصحاب بتعدد الموضوع، لأن موضوع المنع المرأة مثلا، و هو غير صادق فى الجزء المنفصل، فالمرجع أصل البراءة كما فى كلام شيخنا الأعظم (ره). و فيه: أنه يتم إذا كان المرجع فى.

(١) الوسائل باب: ١١٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٢٨ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٢٨ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣

مثل اليد، و الأنف، و اللسان، و نحوها، لا مثل السن، و الظفر و الشعر، و نحوها (١).

[مسألة ٤٦: يجوز وصل شعر الغير بشعرها]

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

بقاء الموضوع و ارتفاعه الدليل، لأن موضوع الحكم فى الدليل هو المرأة مثلا- أما إذا كان المرجع فى بقاء الموضوع العرف فالموضوع باق، فان الاتصال و الانفصال من الحالات الطارئة على الاجزاء عرفا، لا مقومة للموضوع. و لذا جاز استصحاب النجاسة للجزء المقطوع من الكلب، و الملكية للجزء المقطوع من المملوك. بل لا ينبغى التأمل فى حرمة النظر للاجزاء المجتمعة بعد تقطيعها. و قد يستدل على الجواز بما ورد من جواز وصل الشعر. و فيه:

أنه ناظر الى حكم الوصل، لا الى حكم النظر، و ليس هو من لوازمه كى يكون الاذن فيه إذناً فيه. اللهم إلا أن يكون منصرف نصوص الوصل التزين للزوج، فىكون حكم النظر مسؤولا عنه و لو ضمناً.

(١) فى كلام شيخنا الأعظم (ره): «لا- ينبغى الإشكال فى جواز النظر الى مثل الظفر و السن، بل و كذا الشعر»، و قريب منه ما فى الجواهر. و كأنه لأن مثل هذه الأمور من قبيل النابت فى الجسم لا جزء منه و تحريمها فى حال الاتصال بالتبعية، و يحتمل أن يكون لأجل أنها يسيرة لا يعتد بها فى بقاء الموضوع. و مثلها قشور الجلد. بل الأجزاء اليسيرة منه و من العظم مما يشك فى بقاء الموضوع فيه.

(٢) للأصل. و

لخبر ثابت بن سعيد قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن النساء تجعل في رؤوسهن القرامل، قال (ع): يصلح الصوف و ما كان من شعر امرأة لنفسها. و كره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤ و يجوز لزوجها النظر إليه (١) على كراهة، بل الأحوط الترك.

[مسألة (٤٧): لا تلازم بين جواز النظر و جواز المس]

(مسألة ٤٧): لا- تلازم بين جواز النظر و جواز المس (٢)، فلو قلنا بجواز النظر الى الوجه و الكفين من الأجنبية لا يجوز مسها إلا من وراء الثوب.

[مسألة (٤٨): إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس]

(مسألة ٤٨): إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس، أو اللمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطر اليه (٣)، فلا يجوز الآخر بجوازه.

[مسألة (٤٩): يكره اختلاط النساء بالرجال]

(مسألة ٤٩): يكره اختلاط النساء بالرجال، إلا للعجائز، و لهن حضور الجمعة و الجماعات (٤).

غيرها، فان وصلت شعرها بصوف أو شعر نفسها فلا يضرها» (١).

و نحوه خبر سليمان بن خالد

«٢». (١) لما عرفت. و العمدة الأصل بعد قصور أدلة الحرمة عن شموله.

و لا مجال للاستصحاب لتبدل الموضوع، فإن حرمة النظر الى الشعر في حال الاتصال من باب النظر إلى المرأة بتوابعها، لا على نحو الاستقلال.

(٢) نص على ذلك في الجواهر، و كذلك شيخنا الأعظم. و هو كذلك. لكن عرفت الإشكال في عموم الدليل. فالعمدة فيه الإجماع.

(٣) لما عرفت من عدم التلازم في الجواز، و حينئذ تقدر الضرورة بقدرها

(٤)

في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله (ع): «قال: قال أمير المؤمنين (ع): يا أهل العراق نبئت أن نساءكم يدافعن الرجال في الطريق أما تستحيون؟!» (٣)

و ،

مرسل الكليني (ره): «ان

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

(٢) الوسائل باب: ١٠١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١٣٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥

[مسألة ٥٠: إذا اشبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع]

(مسألة ٥٠): إذا اشبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع (١).
و كذا بالنسبة الى من يجب التستر عنه و من لا يجب، و إن كانت الشبهة غير محصورة أو بدوية: فإن شك في كونه مماثلاً أو لا، أو شك في كونه من المحارم النسبية أو لا- فالظاهر وجوب الاجتناب، لأن الظاهر من آية وجوب الغض: أن جواز النظر مشروط بأمور وجودي و هو كونه مماثلاً أو من المحارم، فمع الشك يعمل بمقتضى العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية، بل لاستفادة شرطية الجواز (٢)

أمير المؤمنين (ع) قال: أما تستحيون و لا تغارون على نساء كم يخرجن إلى الأسواق و يزاحمن العلوج؟! «١»

و ،

خبر محمد بن شريح قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن خروج النساء في العيدين فقال (ع): لا.

إلا العجوز عليها منقلاها. يعني: الخفين» «٢»

و ،

موثق يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن خروج النساء في العيدين و الجمعة، فقال (ع): لا إلا امرأة مسنة» «٣».
و المستفاد منها كراهة مزاحمة النساء للرجال في الطرق و الأسواق و نحوها مطلقاً حتى للعجائز، و كراهة خروج النساء للعيدين و الجمعة إلا للعجائز. و هو مخالف لما في المتن.

(١) للعلم الإجمالي الموجب للاحتياط عقلاً. و كذا فيما بعده.

(٢) هذا يتم لو كان دليل حرمة النظر عاماً و قد خرج عنه المماثل بدليل خاص. لكنه غير ظاهر، فان قوله تعالى. (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا.

(١) الوسائل باب: ١٣٢ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦

بالمماثلة، أو المحرمة، أو نحو ذلك. فليس التخصيص في المقام من قبيل التنوع، حتى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل المقتضى و المانع (١). و إذا شك في كونه زوجة أو لا

مِنْ أَنْبَارِهِمْ .. «١»، غير مراد منه العموم للمماثل، بل المفهوم غير المماثل، فموضوع الحرمة خاص، فتكون حرمة النظر مشروطة بأمور وجودي، و هو المخالف. و بالجملة: إذا لوحظ الأمر بالغض بنفسه فمقتضاه العموم حتى لغير الإنسان، و إذا لوحظ مناسبة الحكم و الموضوع و قرينة السياق اختص بغير المماثل. اللهم إلا أن يقال: قوله تعالى:

(أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ) يدل على العموم للمماثل و إلا كان الاستثناء منقطعاً. اللهم إلا أن يقال إن الاستثناء كان في إبداء الزينة لا في الغض. فتأمل.

(١) يعني: أن النظر فيه مقتضى الحرمة، و المماثلة من قبيل المانع، فمع الشك في المانع يرجع الى أصله عدمه، فيبني على ثبوت أثر

المقتضى.

أقول: فيه المنع صغرى، و كبرى. إذ من الجائز أن يكون النظر الى المخالف هو الذى يكون فيه مقتضى الحرمة، لا مطلق النظر. و لو سلم فأصالة عدم المانع إن كان المراد بها قاعدة غير الاستصحاب، فلا أصل لها، و قد تحقق فى محله عدم صحة قاعدة الاقتضاء. و إن كان المراد بها استصحاب عدم المانع، يعنى: استصحاب عدم المماثلة، فحجته مبنية على جريان الأصل فى العدم الأزلى. بل لو قلنا به فلا نقول به فى المقام مما كان مورده عرفا من الذاتيات، مثل الأنوثة و الذكورة. فلا يصح أن يقال: الأصل عدم ذكورية ما يشك فى ذكوريته و أنوثيته، و لا أصالة عدم أنوثيته، فان الذكورة و الأنوثة معدودة عرفا من الذاتيات الثابتة للذكر و الأنثى.

(١) النور: ٣٠

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧

.....

مع قطع النظر عن وجودهما، مثل إنسانية الإنسان، و حجرية الحجر.

و ما عن الشهيد (ره) من جريان أصالة عدم كون الخنثى امرأة، خلاف ما تقرر من الرجوع الى العرف فى جريان الاستصحاب. و إن بعض الأعظم (ره) فى حاشيته على الكتاب سلك فى المقام مسلكا آخر، فإنه قال: «يدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة و الجواز بإحراز ذلك الأمر، و عدم جواز الاقتحام عند الشك فيه، و يكون من المداليل الالتزامية العرفية». و فيه: أنه إن كان المراد أن إناطة الرخصة بالأمر الوجودى مرجعها إلى إناطة الرخصة الواقعية بذلك الأمر الواقعي، و إناطة الرخصة الظاهرية بالعلم بوجوده، فيكون المجعول حكيمين:

واقعيًا منوطاً بوجود ذلك الأمر واقعاً، و ظاهرياً منوطاً بالشك فى وجوده و الأول مدلول مطابقى، و الثانى مدلول التزامى عرفى. فهو ممنوع، و ليست إناطة الرخصة بشيء إلا كاناطة المنع بشيء ليس المقصود منها إلا جعل حكم واقعى لموضوع واقعى، بل استفادة الحكم الظاهرى من دليل الحكم الواقعى غريبة. و إن كان المراد أن هنا قاعدة عقلائية ظاهريه، نظير أصالة العموم، و أصالة الظهور، نحوهما. فهو أيضا غير ثابت، بل ممنوع.

و لأجله يشكل أيضا ما ذكره بعض الأعظم (ره) فى حاشيته من أنه عليه يبتنى انقلاب الأصل فى النفوس، و الأموال، و الفروج. فان ما ذكره من الوجه ليس له فى كلام الجماعة عين و لا- أثر، بل المذكور فى كلامهم الرجوع الى عموم المنع تمسكا بالعام فى الشبهة المصدقية، لبناء المشهور منهم على جواز ذلك. و من لا يجوز الرجوع منهم الى العموم فى الشبهة المصدقية يرجع فى إثبات المنع إلى الأصول الموضوعية، مثل أصالة عدم الزوجية، و أصالة عدم إذن المالك، و أصالة عدم السبب الموجب لهدر الدم، و نحو ذلك. و بالجملة: فليس مستند الجماعة فى الأصول المذكورة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨

.....

ما ذكره طاب ثراه، بل إما الرجوع الى العام فى الشبهة المصدقية، و إما الأصول النافية موضوعية أو حكمية. لكن الأصول المذكورة ليست ثابتة بنحو العموم، ضرورة جواز الرجوع الى استصحاب الزوجية الموجب لحلية الفروج، و كذا أصالة عدم الرضاع المحرم، و نحو ذلك. كما يجوز الرجوع الى استصحاب الملك، أو إذن المالك، أو نحوهما من الأصول المحللة للتصرف فى المال. و يجوز الرجوع الى استصحاب بقاء الكفر، أو عدم الذمة، أو نحو ذلك مما يجوز قتل الشخص. فالأصول غالبية. و المستند فيها أحد الأمرين

المذكورين فلا ابتناء لها عندهم على ما ذكر في الحاشية.

و المتحصل: أن البناء على تحريم النظر في الفرض لا يتوجه بهذه الوجوه المذكورة في المتن، ولا في الحاشية. والذى يظهر بالتأمل في كلامهم: أن الوجه فيه هو الرجوع الى العام في الشبهة المصدقية. قال في التذكرة: «الخنثى المشكل إن كان حراً لم يجز للرجل النظر اليه، ولا للخنثى النظر إليه، ولا يجوز للمرأة النظر إليها، وبالعكس. عملاً بالاحتياط. و هو قول بعض الشافعية. وقال آخرون منهم بالجواز للرجل، والمرأة، ولها بالنسبة إليهما. استصحاباً لما كان في الصغر حتى يعلموا خلافه. وليس بجيد. لعموم الآية»، ونحوه كلام غيره و شيخنا الأعظم (ره) في رسائله قال: «قد يقال: بجواز نظر كل من الرجل والمرأة إليها (يعنى: الخنثى). لكونها شبهة في الموضوع، والأصل الإباحة. 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 حرمة النظر الى الخنثى، قال: «ولهذا لا- يحرم النظر الى البعيد المردد بين الرجل والمرأة». و ظاهره المفروغية عن جواز النظر في مفروض المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩

فيجربى- مضافا الى ما ذكر من رجوعه الى الشك في الشرط- أصالة عدم حدوث الزوجية. و كذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع. نعم لو شك في كون المنظور اليه أو للناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب الاحتياط. لانصراف عموم وجوب الغض الى خصوص الإنسان (١). و إن كان الشك في كونه بالغاً أو صيباً، أو طفلاً- مميزاً أو غير مميز، ففي وجوب الاحتياط وجهان. من العموم على الوجه الذى ذكرنا. و من إمكان دعوى الانصراف. و الأظهر: الأول (٢).

[مسألة (٥١): يجب على النساء التستر]

(مسألة ٥١): يجب على النساء التستر (٣) كما يحرم على الرجال النظر. و لا يجب على الرجال التستر (٤) و إن كان يحرم على النساء النظر. نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة

(١) قد عرفت إشكاله.

(٢) هذا خلاف مقتضى الأصل الموضوعى، أعنى: استصحاب الصبا، و عدم التمييز، فإنه لو سلم الرجوع الى العام فى مثل هذه الشبهة الموضوعية، فإنما هو حيث لا يكون أصل موضوعى يثبت عنوان الخاص. و لذا لو شك فى بقاء زوجية المرأة يرجع الى استصحاب زوجيتها، و ترتيب أحكامها، و منها جواز النظر.

(٣) بلا إشكال، و لا خلاف. و يقتضيه قوله تعالى: (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ..) «١».

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

(١) النور: ٣١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠

حال النساء (١). و يجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء فى النظر من باب حرمة الإعانة على الإثم (٢).

[مسألة (٥٢): هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل والمرأة]

(مسألة ٥٢): هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل والمرأة. و أنه العضو الفلاني أو غيره، أو مطلقه؟ فلو رأى الأجنبية من بعيد، بحيث لا يمكنه تمييزها و تمييز أعضائها، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً

(١) للأمر بسترها في النصوص الواردة في آداب التخلي

«١» و الحمام

«٢». و قد ورد في تفسير قوله تعالى (وَ يَحْفَظُوا أَرْجُلَهُمْ) «٣» أن المراد حفظها من أن ينظر إليها

. (٢) التحقيق: أن الإعانة 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 الإعانة على الإثم. مع أن مورد السيرة على عدم التستر من ذلك قطعاً. و من ذلك يشكل البناء على تحريمه من باب وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر بناء على عمومته للمقام.

بحيث يقتضى ترك المقدمة، كى لا يقع غيره فى الحرام. و إن كان الظاهر عدم عمومته له، إذ النهي عن المنكر يراد منه الزجر عن المنكر تشريعاً، بمعنى: إحداث الداعى إلى الترك، فلا يقتضى وجوب ترك بعض المقدمات لئلا يقع المنكر، كما لا يقتضى الأمر بالمعروف فعل بعض المقدمات ليتحقق المعروف. فلاحظ.

(١) راجع الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام الخلوّة.

(٢) راجع الوسائل باب: ٣ من أبواب آداب الحمام.

(٣) الوسائل باب: ١ من آداب الخلوّة حديث: ٣، ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١

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

[فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة]

إشارة

فصل فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة، و فيه مسائل:

[مسألة ١): الأقوى - وفقاً للمشهور - جواز وطء الزوجة و المملوكة دبراً]

(مسألة ١): الأقوى - وفقاً للمشهور - جواز وطء الزوجة و المملوكة دبراً (٢)، على كراهة شديدة

(١) كما يقتضيتها إطلاق حرمة النظر و وجه الجواز: دعوى انصرافه الى غير ذلك. و فى مباحث التخلي قد يظهر من المصنف ترجيح الجواز بقوله: «و الواجب ستر لون البشرة دون الحجم». اللهم إلا - أن يكون مراده من لون البشرة نفس البشرة، و من الحجم الهيئة الخاصة عند ما تستر بالنورة و نحوها، كما تقدم هناك. و كيف كان فالإطلاق محكم، و الانصراف لا يعتد به.

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة

(٢) عن الانتصار، و الخلاف، و الغنية، و السرائر: الإجماع عليه و في التذكرة: «ذهب علمائنا إلى كراهة إتيان النساء في أدبارهن، و أنه ليس بمحرم». و يشهد 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 و استحي منك أن يسألك عنها.

قال (ع): ما هي؟ قال: قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها قال:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٢

.....

نعم، ذلك له. قلت: و أنت تفعل ذلك. قال (ع): إنا لا نفعل ذلك» (١)

و ،

خبر عبد الله بن أبي يعفور: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال (ع): لا بأس إذا رضيت. قلت:

فأين قول الله عز و جل (فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ؟) قال (ع):

هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله عز و جل يقول (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) (٢)

و ،

خبر حماد بن عثمان: «سألت أبا عبد الله (ع) - و أخبرني من سأله - عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع - و في البيت جماعة - فقال لي - و رفع صوته - قال رسول الله (ص): من كلف مملوكه ما لا يطيق فليعنه.

ثم نظر في وجه أهل البيت ثم أصغى الي فقال (ع): لا بأس به» (٣).

و نحوها غيرها.

و في كشف اللثام، و عن القميين، و ابن حمزة و الشيخ أبي الفتوح الرازي، و الراوندي في اللباب، و السيد أبي المكارم صاحب بلابل القلاقل:

الحرمة، و عن كشف الرموز لتلميذ المحقق: «و كان فاضل منا شريف يذهب إليه (يعني: التحريم) و يدعى أنه سمع ذلك مشافهة عن قوله حجة». و قد يشهد لهم

مصصح معمر بن خلاد، قال: «قال لي أبو الحسن (ع): أي شيء يقولون في إتيان النساء في أعجازهن؟ قلت:

إنه بلغني أن أهل المدينة لا يرون به بأساً. فقال: إن اليهود كانت تقول:

إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول، فأنزل الله عز و جل:

(نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) من خلف أو قدام، خلافاً

(١) الوسائل باب: ٧٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٧٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٧٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

.....

لليهود، و لم يعن في أدبارهن» (١)

و ،

خبر سدير قال: «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: قال رسول الله (ص): محاش النساء على أمتي حرام» (٢)

و ،

مرسل الصدوق في الفقيه: «قال رسول الله (ص): محاش نساء أمتي على رجال أمتي حرام» (٣).

و نحوها غيرها. لكن الأول إنما يدل على قصور الآية عن الدلالة على الجواز، و لعل أهل المدينة يستدلون بها عليه، فأراد (ع) بيان بطلان استدلالهم، فلا يدل على الحرمة. و أما الثاني: فضعيف السند. و أما غيره من النصوص:

فهو قاصر السند، بل بعضها قاصر الدلالة. و لو سلمت الدلالة في الجميع، فلا تصلح لمعارضه ما هو نص في الجواز مما عرفت، بل الجمع بينها يقضى بالحمل على الكراهة.

هذا كله الكلام في النصوص. و أما في الآيات: فقد استدلت القائلون بالجواز بقوله تعالى (فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنِّي شِدَّائِكُمْ) «٤»، كما أشير إلى ذلك في مصحح معمر

. و القائلون بالمنع بقوله تعالى «فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ» «٥» كما أشير إليه في صحيح علي بن الحكم المتقدم

. و في كلا الاستدلاليين إشكال، لخفاء الدلالة في المقامين، و عدم وضوح المقصود بنحو يعول عليه في إثبات الحكم الشرعي، فإن (أنتي) في الآية الأولى لا يظهر أن المراد منها المكان، بمعنى الموضوع من المرأة، حتى يشمل الدبر، و المنصرف من المكان مكان الفعل، لا الموضوع من المرأة.

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

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

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

(٤) البقرة: ٢٢٣.

(٥) البقرة: ٢٢٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٤

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

[مسألة (٢): قدم في باب الحيض الإشكال في وطء الحائض دبراً]

(مسألة ٢): قدم في باب الحيض الإشكال في وطء الحائض دبراً (٢) و إن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

[مسألة (٣): ذكر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً]

(مسألة ٣): ذكر بعض الفقهاء (٣) ممن قال بالجواز:

أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً.

و هو مشكل (٤)

و (مِنْ حَيْثُ أَمَرَ كُمْ) في الآية الثانية لا يظهر المراد منها على وجه تختص بالقبل، فالاستدلال بالآيتين محل تأمل وإشكال بالنظر إليهما. وأما بالنظر الى النصوص فهي متعارضة في تفسيرها و الجمع العرفي بينها مشكل. لأن خبر ابن أبي يعفور

ظاهر في تفسير الآية الأولى مما يقتضى جواز الوطء في الدبر. و مصحح معمر بن خلاد ظاهر في تفسيرها بغير ذلك. و لعل الجمع بينها يقتضى أن الاستدلال بالآية الأولى من باب المجازاة و الإقناع، لا من باب بيان الحقيقة و الواقع. فلاحظ.

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

(٢) و تقدم أن ظاهر النصوص الدالة على تحليل ما عدا القبل، أو موضع الدم، أو ذلك الموضع: تحليل الوطء في الدبر. فراجع. (٣) المراد به صاحب الجواهر في مبحث النفقات.

(٤) يكفي في الاشكال ما في رواية عبد الله بن أبي يعفور المتقدمة، فإن اعتبار رضاها في جوازه دليل على أنه ليس من حقوق الزوجية. و ما دل من النصوص على وجوب إطاعتها الزوج

«٢» لا يخلو من إجمال.

إذ لا يمكن الأخذ به في كل فعل ضروره. و ما ورد من كونها لعبة

(١) راجع أول الفصل.

(٢) راجع الوسائل باب: ٩١ من أبواب مقدمات النكاح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٥

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

[مسألة ٤: الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل]

(مسألة ٤): الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل (١)، و العدة، و استقرار المهر، و بطلان الصوم و ثبوت حد الزنا إذا كانت أجنبية، و ثبوت مهر المثل إذا وطأها شبهة، و كون المناط فيه دخول الحشفة أو مقدارها، و في حرمة البنت و الأم، و غير ذلك من أحكام المصاهرة المعلقة على الدخول. نعم في كفايته في حصول تحليل المطلقة

الرجل

«١»، أو ريحانته

«٢»، أو نحو ذلك، غير ظاهر فيما نحن فيه.

و مثله ما ورد من أن من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه في حاجته و لو كان على ظهر قتب

«٣». (١) قال في القواعد: «و هو كالقبل في جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب و تقرير المسمى، و الحد، و مهر المثل مع فساد العقد، و العدة، و تحريم المصاهرة، إلا في التحليل، و الإحصان، و استنطاقها في النكاح»، و في كشف اللثام: نسب ذلك الى الشيخ و كثير. و الوجه فيه: صدق الوطء، و المس، و الدخول، و الإيتاء، و نحوها من العناوين التي أخذت موضوعاً للأحكام المذكورة.

(١) راجع الوسائل باب: ٨٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢، باب: ٧٢ حديث: ٤، ١٠.

(٢) راجع الوسائل باب: ٨٧ من أبواب مقدمات النكاح.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٦

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

(١) بل منع، كما تقدم عن القواعد، بل عن المبسوط: نفى 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 تذوق عسيلته و يذوق عسيلتك» (١).

(٢) قال في الجواهر: «ظاهرهم الاتفاق على الاكتفاء بذلك (يعنى الوطاء) وإن لم يحصل تكرار منه، ولا إنزال. فإن تم إجماع كان

هو الوجه. وإلا فهو محل للنظر، لظهور نصوص ذوق العسيلة في خلافه، حتى على تفسيره بلذة الجماع». والمراد من النصوص المشار

إليها

موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) في حديث قال: «فاذا طلقها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فاذا تزوجها غيره، و لم يدخل بها و

طلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الأول حتى يذوق الآخر عسيلتها» (٢)

و نحوه رواية أبي حاتم عن أبي عبد الله (ع)

«٣». و

في موثق زرعة عن سماعة قال: (سألته عن رجل طلق امرأته فتزوجها رجل آخر، و لم يصل إليها حتى طلقها تحل للأول؟ قال (ع): لا،

حتى يذوق عسيلتها» (٤)

و هي خالية من التعرض لأن تذوق عسيلته. نعم هو مذكور في رواية المخالفين، فقد

ذكر في الحدائق أنه روى غير واحد منهم: «أنه جاءت

(١) مستدرک الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق ملحق حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٧

ذوق عسيلته و عسيلتها فيه. و كذا في كفايته في الوطاء الواجب في أربعة أشهر (١). و كذا في كفايته في حصول الفنة و الرجوع في

الإيلاء (٢) أيضاً.

امرأة رفاعه القرطى إلى النبي (ص) فقالت: كنت عند رفاعه فبت طلاقى فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فطلقني قبل أن يمسنى،

و في رواية:

و أنا معه مثل هدية الثوب، فتبسم النبي (ص) و قال: أ تريد أن ترجعي الى رفاعه؟ لا، حتى تذوق عسيلته، و يذوق عسيلتك» (١).

ولعل هذه الرواية هي مرسله المبسوط المتقدمة. لكن الاستدلال بها على اعتبار تلذذ المرأة كما ترى.

(١) فقد جزم في المسالك بعدم كفايته. و كأنه لأن دليل وجوبه ظاهر في كونه إرفاقاً بالزوجة، بل هو صريحه، و الإرفاق إنما يحصل بالوطء في القبل، و عليه فاللازم اعتبار كونه على نحو خاص، لأنه الذي لا تصبر عنه، كما تعرضت له النصوص الآتية.

(٢) و في كشف اللثام: «من جهة أن الإيلاء لا يقع إلا به (يعنى:

بالقبل) دون الوطء دبراً. فلا حاجة الى استثنائه». و الوجه في عدم وقوع الإيلاء بالوطء في الدبر: أن المعتبر فيه وقوعه على وجه الإضرار بالزوجة، و لا يحصل الإضرار بها بترك وطئها دبراً، و لذا لو حلف على أن لا يطاء في دبرها لم يكن مولياً. اللهم إلا أن يقال: ترك الوطء دبراً و إن لم يوجب إضرار بالزوجة من جهة التلذذ، و لكنه إضرار بها من جهة الهجران، فاذا وطأها دبراً فقد انتفى الهجران و الإضرار المقصود منه.

(١) راجع مستدرک الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٥. مع اختلاف يسير عما في المتن، كنز العمال الجزء: ٥ حديث ٣٢٣١، سنن البيهقي الجزء: ٧ الصفحة ٣٣٣ صحيح البخارى باب: ٣ من كتاب الطلاق حديث: ٢. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٨

[مسألة ٥): إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقق الحنث بوطئها دبراً]

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

[مسألة ٦): يجوز العزل]

(مسألة ٦): يجوز العزل بمعنى: إخراج الآلة عند الانزال و إفراغ المنى خارج الفرج (٢)، في الأمة (٣)

(١) لأنه نوع من الوطء المنذور تركه.

(٢) بذلك فسر في المسالك، و غيرها. و هو ظاهر النصوص الآتية.

(٣) إجماعاً حكاه غير واحد كما في الجواهر. و في الحدائق: «ظاهرهم الاتفاق عليه» و في المستند: «الظاهر انه لا خلاف فيه». و يشهد له

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن العزل فقال:

أما الأمة فلا بأس. فأما الحره فإنى أكره ذلك. إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها» (١).

و

في صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع) مثل ذلك، و قال في حديثه: «إلا أن ترضى، أو يشترط ذلك عليها» (٢)

و

صحيحه الثالث عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية؟ فقال: لا. و لكن إن كان له أمة مجوسية فلا بأس أن يطاءها و يعزل عنها، و لا يطلب ولدها» (٣)

و

خير يعقوب الجعفي قال:

«سمعت أبا الحسن (ع) يقول: لا بأس بالعزل في ستته وجوه: المرأة التي تيقنت أنها لا تلد. و المسنة، و المرأة السليطة، و البذية، و المرأة التي لا ترضع ولدها و الأمة» (٤).

- (١) الوسائل باب: ٧٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.
 - (٢) الوسائل باب: ٧٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.
 - (٣) الوسائل باب: ٧٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.
 - (٤) الوسائل باب: ٧٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٩

و إن كانت منكوحه بعقد الدوام (١)، و الحره المتمتع بها (٢) و مع إذنها و إن كانت دائمة (٣)، و مع اشتراط ذلك عليها في العقد (٤) و في الدبر (٥)، و في حال الاضطرار (٦)، من ضرر، أو نحوه. و في جوازه في الحره المنكوحه بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان، الأقوى ما هو المشهور (٧) من الجواز

- (١) لإطلاق النص. و في الجواهر: إطلاق النص، و الفتوى، و معقد الإجماع.
 - (٢) قولاً واحداً- كما عن جامع المقاصد- و إجماعاً- كما عن غيره- و ليس في النصوص تعرض لها بالخصوص، فلو قيل بالحرمة يكون المعتمد في التخصيص: الإجماع.
 - (٣) كما هو المعروف. و يشهد به صحيح ابن مسلم المتقدم الثاني، بل الثالث أيضاً. لظهوره في كونه من حقوق الزوجه، فيجوز برضاها.
 - (٤) هذا مما لا إشكال فيه. و يقتضيه الصحيحان السابقان.
 - (٥) عن الفخر: أن محل الخلاف ما إذا كان الوطء في الفرج، دون الدبر. و يقتضيه بعض أدلة المنع الآتية. بل قد يستفاد من خبر الجعفي
 - (٦) لعموم ما دل على حليه ما اضطر اليه
 - «١» أو نفى ما اضطرروا اليه
 - «٢». (٧) للنصوص الدالة على الجواز، مثل □
- صحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل، فقال: ذاك الى الرجل يصرفه

- (١) راجع الوسائل باب: ١ من أبواب القيام حديث: ٦، ٧، باب: ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث: ١٨، مستدرک الوسائل باب: ٢٤ من أبواب الأمر بالمعروف حديث: ٣
 - (٢) راجع الوسائل باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٠

.....

حيث شاء» (١)

و ،

موتق عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن العزل، فقال: ذاك الى الرجل» (٢)

، و الصحيح

عن عبد الرحمن الحذاء عن أبي عبد الله (ع): «قال: كان على بن الحسين (ع) لا يرى بالعزل بأساً. يقرأ هذه الآية (وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ) (٣) فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج، و إن كان على صخرة صماء» (٤)

و

موتق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال: «لا- بأس بالعزل عن المرأة الحرة إن أحب صاحبها و إن كرهت، و ليس لها من الأمر شيء» (٥)

، و

صحيحه: «قلت لأبي جعفر (ع): الرجل يكون تحته الحرة أ يعزل عنها؟ قال: ذاك إليه إن شاء عزل و إن شاء لم يعزل» (٦).
و عن المقنعة و المبسوط و الخلاف: الحرمة. بل في الأخير: الإجماع عليها. و مستنده الإجماع المذكور. و صحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة

«٧». و لما روى أن النبي (ص) نهى أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها

«٨». و ما روى عنه (ص) أنه قال: «ذلك الوأد الخفي»

[١]. و مفهوم رواية الجعفي المتقدمة

«٩». مضافاً الى ما فيه من تضييع النسل الذي لأجله

[١] كنز العمال الجزء: ٨ حديث: ٤٢٤٥، و ينقله عن علي (ع) في الجزء: ٨ حديث:

٥٢٠٩ الا أنه قال (ذاك ..).

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

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

(٣) الأعراف: ١٧٢.

(٤) الوسائل باب: ٧٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ٧٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٦) الوسائل باب: ٧٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٥.

(٧) راجع أول المسألة.

(٨) مستدرک الوسائل باب: ٥٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

(٩) راجع أول المسألة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧١

مع الكراهة (١). بل يمكن أن يقال: بعدمها، أو أخفيها في العجوزة (٢)، و العقيمة، و السليطة، و البذية و التي لا ترضع ولدها. و الأقوى عدم وجوب دية النطفة عليه (٣) و ان قلنا بالحرمة. و قيل بوجوبها عليه (٤) للزوجة و هي عشرة دنانير، للخبر للوارد (٥) فيمن أفرع رجلا عن عرسه، فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة: عشرة دنانير، عليه. لكنه في

شرع النكاح، ولذا حرم الاستمنااء. وفيه: منع الإجماع مع شهرة الخلاف. و منع ظهور الكراهة في الحرمة. و عدم حجية النبويين. و مفهوم رواية الجعفي ليس بحجة. و تضييع النسل لا دليل على حرمة كليه، و لذا يجوز ترك التزويج، و ترك الوطء، و كذا الاحتلام. و حرمة الاستمنااء لدليل خاص به، فلا يتعدى الى غيره.

(١) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم في الأمة

. (٢) لرواية الجعفي المتقدمة

. و ظاهرها عدم الكراهة في الموارد المذكورة، و منها الأمة. و تركها في المتن لأن كلامه في الحرمة.

(٣) كما عن المعظم، و المصرح به في كلام غير واحد من الأعظم، كالمحقق و الشهيد الثانيين، و غيرهم. للأصل مع عدم الدليل عليه. بل ظاهر نصوص جواز العزل عدمه.

(٤) كما عن الشيخ، و القاضي، و أبي الصلاح، و ابني حمزة و زهرة، و الكيدري، و العلامة في القواعد، و الإرشاد، و كاشف اللثام. و لعله ظاهر، الشرائع هنا. لكن نفاه في كتاب الديات.

(٥) في جامع المقاصد:

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٢

غير ما نحن فيه، و لا- وجه للقياس عليه، مع أنه مع الفارق (١) و أما عزل المرأة- بمعنى: منعها من الإنزال في فرجها- فالظاهر حرمة بدون رضا الزوج (٢)، فإنه مناف للتمكين الواجب عليها. بل يمكن وجوب دية النطفة عليها (٣). هذا و لا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب و غيره، حتى فيما يجب في كل أربعة أشهر (٤).

[مسألة (٧): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر]

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

فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائة: عشرة دنانير « ١ »

، و

روى في الكافي بأسانيده عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين (ع) قال: «و أفتى (ع) في منى رجل يفزع عن عرسه، فيعزل عنها الماء، و لم يرد ذلك، نصف خمس المائة: عشرة دنانير» « ٢ ».

(١) لأن الجنائية في الخبر من الأجنبي، و في المورد من الوالد، و من المعلوم أن جنائية الوالد لا يلحقها حكم جنائية الأجنبي.

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

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

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

(٥) في المسالك: أنه موضع وفاق. و يشهد له

مصصح صفوان بن

(١) راجع الوسائل باب: ١٩ من أبواب ديات الأعضاء ملحق حديث: ١، التهذيب الجزء ١٠ الصفحة: ٢٨٥ طبعه النجف الحديثه.

(٢) الوسائل باب: ١٩ من أبواب ديات الأعضاء حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٣

من غير فرق بين الدائمة و المتمتع بها (١)، و لا الشابة و الشائبة على الأظهر (٢)،

يحيى عن الرضا (ع): «أنه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الأشهر و السنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك آثماً؟ قال (ع): إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك» (١).

كذا رواه الصدوق، و الشيخ. و

رواه الشيخ بطريق فيه على بن أحمد بن أشيم بزيادة: «إلا أن يكون ياذنها» (٢).

(١) لإطلاق النص. و في الجواهر: «المتيقن هو الدائم» فلا يجب ذلك في المنقطع الساقط فيه الإيلاء، و أحكام الزوجية من النفقة و غيرها.

لأنهن مستأجرات» و في رساله شيخنا الأعظم (ره): فيه وجهان. لكن ذلك لا يوجب و هنا في الإطلاق، فالعمل به لازم. و عدم جريان أحكام الإيلاء لا يقتضى العدم في المقام، لأنه حكم خاص، و لو كان مبنياً على ما نحن فيه لم يكن وجه للكفارة، لبطلان اليمين، كما لا يخفى.

(٢) لإطلاق الفتاوى و معقد الاتفاق. و في كشف اللثام: «و لم يفرقوا بين الشابة و غيرها»، و عن الرياض: الإجماع على التعميم، و نسب في الجواهر التخصيص الى بعض القاصرين. و كأنه يريد به الكاشاني في مفاتيحه، و البحراني في حقائقه، و الحر في وسائله، و ظاهر كشف اللثام: التوقف فيه. و هو في محله. لعدم ثبوت الإجماع المعتد به، لاحتمال أن يكون المستند فيه الصحيح القاصر عن التعميم، كما عرفت. و الإجماع في الرياض إنما كان على التعميم في الإيلاء، لا فيما نحن فيه. و أما

حسن حفص عن أبي عبد الله (ع): «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين

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

(٢) الوسائل باب: ٧١ من أبواب مقدمات النكاح ملحق حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٤

و الأمة و الحرة (١)، لإطلاق الخبر. كما أن مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر و المسافر (٢)، في غير سفر الواجب. و في كفاية الوطاء في الدبر إشكال كما مر (٣).

أربعة أشهر استعدت عليه، فاما أن يفى و إما أن يطلق، فان كان من غير مغاضبة أو يمين فليس بمؤل» (١)

، و ظاهره أن الاستعداد إنما هو ترك الوطاء. لكن مورده المغاضبة، و ظاهره إلحاق المغاضبة بالإيلاء في الحكم، فلا يكون مما نحن فيه.

(١) في الجواهر: «أما الدائمة الأمة فلم أجد فيها تصريحاً من الأصحاب». لكن لا معدل عن العمل بإطلاق النص، المؤيد بإطلاق 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

روى عن عمر: أنه سأل نساء أهل المدينة لما أخرج أزواجهن إلى الجهاد، وسمع امرأة تنشد أبياتاً من جملتها:

فو الله لو لا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

عن أكثر ما تصبر المرأة عن الجماع، فقيل له: أربعة أشهر، فجعل المدة المضروبة للغيبة أربعة أشهر «٢».

لكنه ليس بحجة سنداً، ولا مسنداً إليه، ولا دلالة، إذ من الجائز أن يكون ضرب المدة من الأحكام السياسية، لا الشرعية.

(٣) يعنى: فى المسألة الرابعة.

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الإيلاء حديث: ٢.

(٢) راجع كتر العمال الجزء: ٨ حديث: ٥٢٢٧، ٥٢٣٤. مع اختلاف يسير.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٥

و كذا فى الإدخال بدون الانزال (١)، لانصراف الخبر الى اللوطة المتعارف (٢) و هو مع الانزال و الظاهر عدم توقف الوجوب على

مطالبتها ذلك (٣). و يجوز تركه مع رضاها، أو اشتراط ذلك حين العقد عليها، و مع عدم التمكن منه (٤)

(١) فى المسالك: «المعتبر من الوطء الواجب ما أوجب الغسل و إن لم ينزل، فى المحل المعهود، فلا يكفى الدبر».

(٢) التعارف لا يوجب وهن الإطلاق، كما هو محرر فى محله. و العمدة فى الانصراف أن الظاهر أن الحكم المذكور إرفاقى بالزوجة،

و هو لا يحصل بمجرد الوطء مطلقاً.

(٣) لإطلاق النص و الفتوى لكن الظاهر من النصوص أنه من حقوق الزوجة، بل صريح بعض متون الصحيح المتقدم، و حينئذ يتوقف

أداؤه على المطالبة كسائر الحقوق. إلا أن يقال: إن الأصل يقتضى وجوب أداء الحق إلا مع الرضا بالتأخر، لا جواز ترك الأداء إلا مع

المطالبة، لأن إبقاء الحق بدون إذن من له الحق تصرف فيه، و هو خلاف السلطنة على الحقوق و الأموال. و لذا نقول: بأن الدائن إذا

جهل الدين أو نسيه لا يجوز للمديون تأخيره، فكذا فى المقام إذا كانت الزوجة لا تدرى أن لها حق الوطء، أو جهلت ذلك فلم

تطالب، لم يجز للزوج ترك أدائه.

و على هذا يكون عدم توقف الوجوب على مطالبتها من مقتضيات الأصل فيه و فى عموم الحقوق مع قطع النظر عن إطلاق النص. و

من ذلك يظهر الوجه فى جواز تركه مع رضاها. و كذا مع اشتراط ذلك عند العقد.

(٤) فان العجز عذر عقلى فى مخالفة التكليف. و كذلك الضرر لحديث نفى الضرر، أو ما دل على حرمة الضرر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٦

لعدم انتشار العضو، و مع خوف الضرر عليه أو عليها، و مع غيبتها (١) باختيارها، و مع نشوزها (٢). و لا- يجب أزيد من الإدخال و

الانزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات (٣) من الاستمتاع. و لا يجرى الحكم فى المملوكة غير المزوجة (٤) فيجوز ترك وطئها

مطلقاً.

[مسألة ٨: إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها و سبقتها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر]

(مسألة ٨): إذا كانت الزوجة من جهة كثيرة ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها. فالأحوط المبادرة إلى موافقتها قبل تمام الأربعة (٥)، أو طلاقها و تخلية سبيلها.

(١) لا يتضح الفرق بين غيبتها و غيبته، فان كان يصدق عليه أنه عنده زوجة في حال سفره، كان الصدق كذلك في حال سفرها، و إن لم يصدق في الثاني لم يصدق في الأول.

(٢) هذا خلاف إطلاق النصوص المتقدم. إلا أن يفهم من الأدلة أن النشوز مسقط لجميع حقوق الزوجة. و يظهر من كلماتهم في مبحث القسم التسالم عليه.

(٣) للأصل، و قصور النص المتقدم عن إثباته.

(٤) لخروجها عن مورد النص المتقدم. و يتعين الرجوع فيها الى الأصل.

(٥)

□
للمرسل عن أبي عبد الله (ع): «من جمع من النساء ما لا ينكح فزنى منهن شيء فالإثم عليه» (١).
لكن الاعتماد عليه غير ظاهر.

و لا سيما بملاحظة التحديد في الصحيح السابق. و لا يجب الأمر بالمعروف على نحو يقتضى وجوب ما يوجب رفع المقتضى لداعى المعصية، فلا يجب أن

(١) الوسائل باب: ٧١ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٧

[مسألة ٩: إذا ترك موافقتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع]

(مسألة ٩): إذا ترك موافقتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع من حيض أو نحوه، أو عصياناً لا- يجب عليه القضاء (١) نعم الأحوط ارضائها بوجه من الوجوه، لأن الظاهر أن ذلك حق لها عليه (٢) و قد فوته عليها. ثم اللزم عدم التأخير

يتزوج المرأة التي لو لم يتزوجها زنت، و لا تزويج الرجل الذي لو لا تزوجه زنى، و لا نحو ذلك.

(١) للأصل. فان قلت: الأصل يقتضى وجوب الوطء، لأن الوجوب كان سابقاً فيستصحب. قلت: لا إشكال في وجوب الوطء بعد تمام الأربعة أشهر إذا لم يكن وطأ فيها. و إنما الكلام في وجوبه ثانياً بعنوان القضاء عما فات، و الأصل فيه البراءة، و استصحاب عدمه.

(٢) كأنه يشير إلى قاعدة كلية، و هى: من فوت حق غيره وجب عليه استحلاله. و قد استدل عليها شيخنا الأعظم في مكاسبه بالأصل، و النصوص، منها ما

□
رواه الكراجكى عن على بن الحسين (ع) عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «قال رسول الله (ص): للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو.. الى أن قال: سمعت رسول الله (ص) يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة و يقضى له عليه» (١).

و نحوه غيره. لكن يشكل الأصل المذكور: بأنه بعد التصرف في الحق يسقط بذهاب موضوعه، فلا يحتاج في سقوطه إلى عفو و إرضاء. مثلاً إذا كان لأحد حق على آخر أن لا يأكل من طعام، فأكل، عصى و جرى على خلاف الحق، فبطل الحق و سقط.

و لا مجال لأصالة بقاءه. نعم إذا احتمل دخله في رفع العقاب وجب عقلاً تحصيله، لكن إطلاق أن التوبة ماحية للذنب. رافع للاحتمال

المذكور.

(١) الوسائل باب: ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة حديث: ٢٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٨

من وطء الى وطء أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنما هو الوطء المتقدم (١)، لا حين انقضاء الأربعة المتقدمة.

[فصل فى أحكام الدخول]

إشارة

فصل

[مسألة ١]: لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين

(مسألة ١): لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين (٢)

و أما النصوص المشار إليها فلا يخلو سندها من إشكال. بل دلالتها أيضاً، لاشتمالها على أمور لا قائل بوجود البراءة منها، كما اعترف بذلك شيخنا الأعظم (ره) فى مكاسبه فى مباحث حرمة الغيبة. مضافاً الى أن النصوص مرمية بالهجر و الاعراض، لعدم ذكر مضمونها فى كتاب الكفارات. فلاحظ.

و كأنه لذلك توقف المصنف عن الفتوى فى المقام.

(١) لأن ظاهر النص إرادة المدّة المساوية للأربعة أشهر من حين الوطء، لا الأربعة أشهر المتعينة.

فصل فى أحكام الدخول

(٢) بالنص، و الإجماع كما فى كشف اللثام، و إجماعاً بقسميه، و نصوصاً، كما فى الجواهر. و

فى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «قال (ع): إذا تزوج الرجل الجارية و هى صغيرة، فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين» «١» و ،

فى خبر زرارة عن أبي جعفر (ع): «قال: لا يدخل

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٧٩

جرة كانت أو أمه، دواماً كان النكاح أو متعته (١). بل لا يجوز وطء المملوكة (٢) و المحللة كذلك. و أما الاستمتاع بما

بالجارية حتى يأتى لها تسع سنين، أو عشر سنين» «١»

، و نحوه خبر أبي بصير عن أبي جعفر (ع)

«٢». و التخيير فيهما بين الأقل و الأكثر يستوجب حمل الأكثر عرفاً على الاستحباب. و أما

خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع): «قال: لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين، فان فعل فعبيت فقد ضمن»

«٣».

فشاذ مهجور، يجب حمل صدره على الاستحباب، بقرينه ما سبق، إن أمكن، وإلا طرح.

(١) إجماعاً - أيضاً - بقسميه، كما فى الجواهر. و يقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة.

(٢) كما صرح به جماعة. و فى الجواهر: حكاية الإجماع عليه عن التنقيح و محكى النهاية و الكفاية و ظاهر المجمع. و يقتضيه إطلاق

الخبرين الأخيرين المتقدمين. و أما ما

فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «أنه قال فى رجل ابتاع جارية و لم تطمث، قال (ع): إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل

فليس عليها عدة، و ليطأها إن شاء. و إن كانت قد بلغت و لم تطمث فإن عليها العدة» «٤»

، و

صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله (ع): «فى الجارية التى لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال (ع): ليس عليها عدة،

يقع عليها» «٥»

، و نحوهما

(١) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٧.

(٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب نكاح العبيد حديث: ١.

(٥) الوسائل باب: ٣ من أبواب نكاح العبيد حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٠

عدا الوطء من النظر و اللمس بشهوة و الضم و التفخيذ، فجائز فى الجميع (١)، و لو فى الرضيعة.

[(مسألة ٢): إذا تزوج صغيرة دواماً أو متعة]

(مسألة ٢): إذا تزوج صغيرة دواماً أو متعة، و دخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها. حرمت عليه أبداً على المشهور (٢).

غيرهما و هى و إن كانت واردة فى الجواز من حيث الاستبراء و عدمه، لكنها ظاهرة فى المفروغية عن الجواز فى الصغيرة، فيقيد بها إطلاق ما سبق.

لكن من القريب حمل الصغيرة فيها على معنى: ما لا - يتخوف عليها الحبل، جمعاً بينها و بين الإطلاق المتقدم. و إن كان الإنصاف

يقتضى البناء على المعارضة بين الإطلاقين، فيرجع الى الأصل فى مورد المعارضة. و لا وجه لتعين إطلاق هذه النصوص للتصرف، و لا

سيما بعد ملاحظة

رواية محمد بن إسماعيل بن بزيع المروية فى عيون الاخبار. عن الرضا (ع): «فى حد الجارية الصغيرة السن الذى إذا لم تبلغه لم يكن

على الرجل استبرأؤها.

قال (ع): إذا لم تبلغ استبرأت بشهر، قلت: و إن كانت ابنة سبع سنين أو نحوها مما لا تحمل. فقال: هى صغيرة، و لا يضررك أن لا

تستبرأها، فقلت: ما بينها و بين تسع، فقال (ع): نعم تسع سنين» «١».

اللهم إلا أن يقال: لا مجال للعمل بها بعد ما عرفت من حكاية الإجماع على خلافها.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٨٠

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

(٢) بل إجماعاً محكياً صريحاً عن الإيضاح والتنقيح و كثر الفوائد، و غاية المرام، و ظاهراً في المسالك و محكى كشف الرموز و المقتصر و المهذب البارع بل و السرائر إن لم يكن محصلاً. كذا في الجواهر. و استدل له.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب نكاح العبيد حديث: ١١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨١

.....

□

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، و لم تحل له أبداً» (١).

و فيه: أنه لا مجال للاعتماد عليه مع ضعف سنده، و شموله لصورة عدم الإفضاء، و دلالة على انتفاء الزوجية بمجرد الوطء، مع صراحة النصوص ببقاء الزوجية مع الإفضاء، فضلا عن صورة عدمه،

كخبر يزيد بن معاوية عن أبي جعفر (ع): «في رجل افتض جارياً - يعنى: امرأته - فأفضاها، قال (ع): عليه الديه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين. قال: و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه. و إن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه، إن شاء أمسك، و ان شاء طنق» (٢).

و ،

□

صحيح حمران عن أبي عبد الله (ع) قال: «سئل عن رجل تزوج جارياً بكرراً لم تدرك، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضها فإنه قد أفسدها و عطلها على الأرواح، فعلى الامام أن يغرمه ديته، و ان أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه» (٣).

و لأجل ذلك قال في كشف اللثام: «و لم نظفر بخبر يدل على التحريم بالإفضاء. و ما دل على التحريم بالدخول قبل التسع ضعيف مرسل. فالأقرب - وفاقاً للزهة - الحل». و في الجواهر: أنه لا يخلو من قوة. اللهم إلا أن يقال: ضعف السند منجبر بعمل الأصحاب به. و النصوص الدالة على بقاء الزوجية مع الإفضاء ربما تنافى فتوى المشهور بالتحريم، فقد قيل: إن التحريم المؤبد

(١) الوسائل باب: ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٢

و هو الأحوط و إن لم تخرج عن زوجيته (١). و قيل بخروجها عن الزوجية أيضا (٢). بل الأحوط حرمتها عليه بمجرد الدخول (٣) و إن لم يفرضها. و لكن الأقوى بقاؤها على الزوجية و إن كانت مفضاة (٤) و عدم حرمتها عليه أيضا، خصوصاً

ينافى مقتضى النكاح. أو هي مخالفة للمشهور من ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها. فإذا لا مجال للاعتماد عليها. فلم يبق إلا عموم المرسل، ويمكن تقييده بصورة الإفضاء، لظهور الإجماع على عدم التحريم بدونه. لكن يشكل ذلك: بأن الفتوى هي أن التحريم يستند إلى الإفضاء، والمرسل ظاهر في أنه يستند إلى الدخول، فتكون الفتوى أجنبية عن المرسل، لا- مقيدة له، لأن الإفضاء من مقارنات الدخول، لا من حالاته. فحمل المرسل على مضمون الفتوى تصرف فيه بنحو آخر غير التقييد بعيداً 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 لصحيحة حرمان

و رواية يزيد

المتقدمتين، المصرحتين بذلك.

(٢) لأن التحريم المؤبد ينافى مقتضى النكاح، إذ ثمرته حل الاستمتاع.

ولما تقدم من مرسل يعقوب بن يزيد

، الصريح في انتفاء الزوجية بمجرد الدخول، فضلاً عن الإفضاء، أو بعد حمله على الإفضاء. ولكن المرسل قد عرفت إشكاله، فلا معدل عن العمل بغيره.

(٣) فقد نسب ذلك إلى الشيخين في المقنعة والنهاية والى ابن إدريس.

و يشهد له المرسل المتقدم. لكن في صلاحيته لذلك تأمل، لعدم ثبوت الفتوى المذكورة، فضلاً عن صلاحيتها لجبر المرسل

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٣

إذا كان جاهلاً (١) بالموضوع أو الحكم، أو كان صغيراً، أو مجنوناً، أو كان بعد اندمال جرحها (٢)، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً. نعم يجب عليه دية الإفضاء وهي دية النفس (٣) ففي الحرة نصف دية الرجل وفي الأمة أقل الأمرين من قيمتها و دية الحرة. و ظاهر المشهور: ثبوت الدية مطلقاً وإن أمسكها

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

(١) فقد حكى في الجواهر عن تصريح بعضهم، و ظاهر كثير: عدم التحريم في ذلك، حيث رتبوا الحكم على الوطاء المحرم، و لما في كلام جماعة من تعليل التحريم بأنه عقوبة، وهي إنما تترتب على الحرام دون المباح.

لكن إطلاق الدليل على التحريم - لو تم - لا يخل به مثل ذلك. و الانصراف و التعليل ممنوعان.

(٢) اقتصاراً في التحريم على المتيقن، و هو غير هذا الفرد. و لكن ظاهر فتوى الأصحاب العموم له، عملاً بالاستصحاب. و لذلك حكى القطع به عن الصيمري في غاية المرام، و عن السيوري: أنه أولى الوجهين.

و أما ما ذكر من الاقتصار على القدر المتيقن فلا- يجدي في الحل بعد جريان استصحاب التحريم. اللهم إلا- أن يشك في ثبوت التحريم من أول الأمر، فيبنى على الحل من الأول. و لكنه غير محل الكلام كما لا يخفى.

و كذا الكلام بناء على البيونة. فالعمدة حينئذ ملاحظة دليل الحرمة. فإن كان هو المرسل فمقتضاه بقاء الحرمة، و لو بالاستصحاب. و مثله الكلام فيما لو طلقها ثم عقد عليها جديداً. فان مقتضى الاستصحاب أيضاً بطلان العقد، إلا أن يكون الشك في الحرمة من أول

الأمر.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٤

و لم يطلقها. الا أن مقتضى حسنة حمران

و خبر بريد

المثبتين لها (١) عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها. و الأحوط ما ذكره المشهور. و يجب عليه أيضا نفقتها ما دامت حية (٢) و إن (١) المتقدمين آنفأً. و عن ابن الجنيد: الفتوى بمضمونهما و لعله اعتماداً منه عليهما. لكن في الجواهر: «يجب حملهما على سقوطها صلحاً، بأن تختار المقام معه بدلا عن الدية، فإن الدية قد لزمته بالإفشاء بدلالة النص و الفتوى، فلا تسقط مجاناً من غير عوض. لأنه لو لم يحمل على الصلح فاما أن يكون المراد سقوط الدية بالعزم على الإمساك، أو بنفس الإمساك المستمر الى الموت بأن تسقط الدية به، أو يبقى الحكم بالسقوط مراعى بالموت فإن أمسكها حتى مات تبين السقوط من حين الإمساك، أو عدم ثبوت الدية بالإفشاء. و اللوازم- خصوصاً بعضها- في غاية البعد».

و الاشكال عليه ظاهر، فإنه أشبه بالاجتهاد في مقابل النص. نعم يمكن الإشكال: بأن النصوص مهجورة عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها.

و الدية و إن لم يصرح بلفظها في غير الخبرين، لكن دل عليها جملة من الروايات، منها خبر غياث المتقدم في أول الفصل

، و منها

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «من دخل بامرأة قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب، فهو ضامن» (١).

و نحوهما غيرهما.

(٢) بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل قد حكى الإجماع عليه جماعة، كما في الجواهر: و يشهد له

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «سألته عن رجل تزوج جارية فوقع عليها فأفضاها، قال (ع): عليه الاجراء عليها ما دامت حية» (٢).

و عن الإسكافي: سقوطها بالطلاق. و وجهه غير

(١) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٥

طلقها، بل و ان تزوجت بعد الطلاق (١) على الأحوط.

[مسألة ٣: لا فرق في الدخول الموجب للإفشاء بين أن يكون في القبل أو الدبر]

(مسألة ٣): لا فرق في الدخول الموجب للإفشاء بين أن يكون في القبل أو الدبر (٢). و الإفشاء أعم من أن يكون (٣) باتحاد مسلكي

البول و الحيض، أو مسلكي الحيض

ظاهر في مقابل الإطلاق، و لا سيما مع دعوى الإجماع على خلافه.

(١) كما هو المشهور. و عن ابن فهد و الصيمري و ابن قطان و الإيضاح و الروضة: تقييد الحكم بما إذا لم تتزوج بغيره. و في القواعد:

«على إشكال» لزوال الزوجية التي هي علة الوجوب. و لزوال التعليل على الأزواج.

و لأنها واجبة على الثاني، فلا تجب على الأول. وفيه: أن ظاهر صحيح الحلبي

أن علة الوجوب الإفضاء، لا الزوجية و منه يظهر الإشكال في الأخير. و أما التعطيل على الأزواج فإنما ذكر في صحيح حمران (١). علة للدية، لا للنفقة، فلا يكون انتفاؤه موجبا لانتفائها.

(٢) لإطلاق النص، و الفتوى.

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

«و هو - يعنى: الإفضاء - صيرورة مسلك البول و الحيض واحداً. أو مسلك الحيض و الغائط واحداً، على رأى». و ظاهر مجمع البحرين: أنه جعل مسلك البول و الغائط واحداً. و نحوه عن كشف الرموز، فيكون قولاً ثالثاً. و فى الشرائع فى مبحث العيوب و غيرها تفسيره بجعل مسلكها مسلكاً واحداً. و الظاهر منه القول الثانى. هذا و لا ريب فى أن الأقوال المذكورة متقابلة مفهوماً. إنما الإشكال فى أن الاحكام السابقة هل تختص بأحد هذه المعانى؟ و حينئذ يحتاج فى تعيينه الى دليل. أو أنها عامة للجميع. ظاهر المشهور أن موضوع الاحكام المعنى الأول. و عن

(١) تقدم فى أول المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٦

و الغائط، أو اتحاد الجميع. و إن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأول.

[مسألة ٤): لا يلحق بالزوجة فى الحرمة الأبدية]

(مسألة ٤): لا يلحق بالزوجة فى الحرمة الأبدية (١)

صريح كلام العلامة فى جملة من كتبه، و غيره أن موضوع الاحكام الجامع بين المعنيين. قال فى الجواهر بعد نقل كلمات الفقهاء و أهل اللغة فى تفسير الإفضاء: «و كيف كان فكلام الفقهاء و أهل اللغة متفق على أن إفضاء المرأة شىء خاص. لا أن المراد به مطلق الوصل، أو التوسعة، أو الشق، أو الخلط، كى تترتب أحكامه على كل فرد من أفراد ذلك، كما هو مبنى كلام العلامة و من تابعه. و وجود معنى المطلق فى ذلك الخاص لا يقتضى كون المراد المطلق و أن ذكر الخاص من باب المثال .. الى أن قال:

نعم يبقى الكلام فى تعيينه من بين الافراد التى سمعتها أقوالاً، أو احتمالاً.

و لا- ريب فى أن المظنون منها ما هو المشهور، للشهرة، و الإجماع المنقول، و تعارف الوقوع، و غير ذلك ..». و ما ذكره (ره) فى محله، لأن الجامع بين الافراد ليس من معانى الإفضاء، كى يحمل عليه الكلام. و حمله على المعنى اللغوى يقتضى ثبوت الاحكام له و إن كان بنحو آخر غير الأنحاء المذكورة، و لا يظن القول به من أحد. و عليه يتعين حمله على المشهور.

لحصول الوثوق بصحته، الموجب للترجيح، كما تحقق ذلك فى مبحث الأخذ بقول اللغوى.

(١) لخروجها عن مورد النصوص، و هو الزوجة الصغيرة المفوضة بالوطء. كما نص على ذلك فى الجواهر. و حينئذ يتعين الرجوع فى غيرها الى القواعد المقتضية للعدم. و عن العلامة و ولده: تحريم الأجنبية. و عن غيرهما: تحريم الأجنبية و الأمة. و كأن الوجه فى الأخير استفادة عدم الخصوصية من مورد النص. و فى الأول الأولوية، لأن الإثم فى الأجنبية أشد. أو لأن الزوجية ليست سبباً فى الحرمة، لأنها سبب الحل، فلا تكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٧

- على القول بها- و وجوب النفقة المملوكة و المحللة و الموطوءة بشبهة أو زنا و لا الزوجة الكبيرة. نعم تثبت الدية في الجميع (١)-
 عدا الزوجة الكبيرة (٢)- إذا أفضاها بالدخول بها (٣)، حتى في الزنا، و إن كانت عالمة مطوعة (٤) و كانت كبيرة.
 و كذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع (٥) و نحوه، فلا

سبباً لظده، بل السبب الصغر و الإفضاء، و المفروض حصولهما في الأجنبية.
 و هو كما ترى.

(١) كما في الجواهر حاكياً عن بعضهم التصريح به،
 لصحيح سليمان ابن خالد قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كسر بعصوه، فلم يملك استه، ما فيه من الدية؟ فقال (ع): دية
 كاملة. و سألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد، فقال (ع):
 الدية كاملة» «١»

، و لما
 رواه في الفقيه بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين (ع): أنه (ع) قضى في امرأة أفضيت بالدية «٢».
 (٢) لما سبق من صحيح حرمان

و خبر بريد
 «٣»، المعتضد بإجماع الخلاف. و عن الحلبيين: إطلاق لزوم الدية في الإفضاء. و هو ضعيف.
 (٣) قيد للمستثنى منه.

(٤) لإطلاق الصحيح
 ، كما نص على ذلك كله في الجواهر.
 (٥) كما نص عليه في الجواهر، و يظهر منه التسالم عليه. لخروجه عن مورد النص.

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

(٢) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٤ صفحة: ١١١ طبعه النجف الحديث، الوسائل باب: ٢٦ من أبواب ديات الأعضاء حديث: ١.
 (٣) راجع أول المسألة: ٢ من هذا الفصل.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٨
 تحرم عليه مؤبداً. نعم تثبت فيه الدية (١).

[مسألة ٥: إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها]

(مسألة ٥): إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه و لا تثبت الدية كما مر. و لكن الأحوط الإنفاق عليها ما دامت
 حية (٢).

[مسألة ٦: إذا كان المفضى صغيراً أو مجنوناً]

(مسألة ٦): إذا كان المفضى صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال (٣)، و ان كان الوجه الثاني لا يخلو عن
 قوة.

[مسألة ٧: إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشه]

(مسألة ٧): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشه. وكذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية ضمنه مع دية الإفضاء.

(١) لأنها من أحكام الجنائية.

(٢) كما قد يستظهر من محكى الخلاف، لإطلاق صحيح الحلبي المتقدم

«١» في الإنفاق على المفوضة. لكن في الجواهر: «المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً على اختصاص الصغيرة بذلك».

بل ظاهر الخلاف الإجماع على ذلك. ولعل وجه إطلاق ما في صحيح حمران و خبر بريد من قوله (ع): «لا شيء عليه»

، فإنه شامل للنفقة و الدية معاً. لكن يشكل ذلك بمعارضتهما بصحيح الحلبي، فإنه كما يمكن تقييده بالصغيرة يمكن تقييدهما بالدية. بل الثاني هو المتعين لثبوت النفقة في الكبيرة ما دامت في حباله. و حينئذ لا يكونان متعرضين لها، فلا مانع حينئذ من الأخذ بإطلاق صحيح الحلبي

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

(١) راجع آخر المسألة: ٢ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٨٩

[مسألة ٨: إذا شك في إكمالها تسع سنين]

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

على أن عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة

«١». لكن العمل على الثاني متعين، لحكومته على الأول. نعم في الشرائع في كتاب الدييات: «أن دية الإفضاء في مال المفضى، لأن الجنائية إما عمد أو شبه عمد». و مثله ما عن المبسوط، بل قال في محكيه: «و أحال بعضهم أن يتصور في الإفضاء خطأ محض».

لكن قال في الجواهر بعد حكاية ذلك: «قد يتصور في الصغير، و المجنون، و النائم، بل و فيما لو كان له زوجة قد وطأها و يعلم أن وطأها لا يفضيها، فأصاب على فراشه امرأة فأفضاها، و يعتقد أنها زوجته، فإنه أيضاً خطأ محض»، و الفرض الأخير حكاها في كشف اللثام عن بعض المتأخرين. و كأن الوجه في تأمل المصنف في الحكم المذكور: أن الظاهر من

قوله (ع): «عمد الصبي و خطؤه واحد» «٢»

الاختصاص بما إذا كان المورد موضوع حكمين، أحدهما في حال العمد، و الآخر في حال الخطأ، مثل ما ورد في قتل العمد و قتل الخطأ، و لا يشمل المورد الذي كان الدليل فيه للجامع بين العمد و الخطأ، مثل المقام، و نحو قاعدة من أتلّف مال غيره فهو له ضامن،

و كذا الضمان باليد مما لم يكن العمد فيه قد أخذ موضوعاً للضمان. و فيه: 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» «٣».

نعم لم أقف على مثل ذلك في الصبي.

و بالجمله: فالإشكال يتم إذا لم يستفد من الأدلة ما يقضى بالتفصيل بين العمد و الخطأ.

(١) مستدرک الوسائل باب: ٨ من أبواب العاقله حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب العاقله حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب العاقله حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٠

له وطؤها، لاستصحاب الحرمة السابقة (١). فإن وطأها مع ذلك فأفضاها و لم يعلم بعد ذلك أيضا كونها حال الوطء بالغه أو لا لم تحرم أبداً و لو على القول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع (٢) و الأصل لا يثبت ذلك. نعم يجب عليه الدية (٣)

(١) أو لاستصحاب الموضوع، و هو عدم البلوغ، لأن موضوع الحرمة ما لم يأت لها تسع سنين، و هو عدمى.

(٢) فإن الرواية الدالة على الحرمة الأبدية قد جعل موضوعها الوطء قبل التسع، و القبليه صفة وجودية لا يمكن إحرازها بالأصل، بل الأصل عدمها، فينتفى به كونها قبل التسع، و لذلك تنتفى الحرمة الأبدية، لأن موضوعها الموطوءة قبل التسع و هو منتف. و فيه: أن المراد من كونها قبل التسع: أنها لم تبلغ التسع، لا أن يكون بعدها تسع، كى يكون وجودياً. و إلا جاز وطؤها قبل التسع مع الشك فى بلوغها التسع بعد ذلك، لعدم إحراز القيد الوجودى المذكور. و هو كما ترى. و بالجمله:

لا ينبغى التأمل فى كون القيد المذكور عدمياً فيثبت بالأصل.

(٣) لأن موضوعها فى صحيح حمران المتقدم

«١» من لم تبلغ التسع، فيمكن إثباته بالأصل. و يشكل بأن المذكور فى خبر بريد

: أن موضوع الدية أن يدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين. فاذا كان الوصف المذكور وجودياً- حسبما ذكره سابقاً- كان مقيداً لإطلاق

صحيح حمران

. فاذا لم يمكن إثباته بالأصل كان المرجع أصل البراءة من وجوب الدية.

(١) راجع أول المسألة: ٢ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩١

و النفقة عليها ما دامت حية (١).

[مسألة ٩:] يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة

(مسألة ٩): يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة (٢) من حرمة الخامسة، و حرمة الأخت و اعتبار الاذن فى نكاح بنت الأخ و الأخت، و سائر الاحكام، و لو على القول بالحرمة الأبدية، بل يلحق به الولد (٣) و إن قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض.

[مسألة ١٠:] فى سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال

(مسألة ١٠): فى سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز إشكال لاحتمال كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة (٤)، و

لذا تثبت بعد الطلاق، بل بعد التزويج بالغير. و كذا فى تقدمها على نفقة الأقارب (٥).

- (١) كأنه لعموم صحيح الحلبي المتقدم
- «١»، والكبيرة- على تقدير خروجها عنه- يكون خروجها بالإجماع، و هو مخصص لبي. فمع الشك من جهة الشبهة الموضوعية يرجع الى العموم.
- (٢) كما نص على ذلك و على أنه لا- إشكال في التوارث بينهما في الجواهر، بناء على بقائها على الزوجية، كما تقدم. و الوجه فيه عموم أدلة الأحكام المذكورة.
- (٣) كما في الجواهر، لقاعدة الفراش.
- (٤) الذي يقتضيه إطلاق النص هو ثبوت النفقة في حال النشوز، و إن كانت من قبيل نفقة الزوجية، فإنه لا مانع من أن يكون الإفضاء موجبا لاستمرارها حتى في حال النشوز. فيتعين العمل بإطلاق النص
- (٥) يعنى: أنه أيضاً محل إشكال. لأن الوجه في تقديم نفقة الزوجة

(١) راجع آخر المسألة: ٢ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٢

و ظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج (١) أيضا. لكن يحتمل بعيداً عدم سقوطها بموته. و الظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه، فتصير ديناً عليه. و يحتمل بعيداً سقوطها. و كذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكنه، إذ كونها حكماً تكليفاً صرفاً بعيد. هذا بالنسبة الى ما بعد الطلاق، و إلا فما دامت في حباله الظاهر أن حكمها حكم الزوجة.

الإجماع، و هو غير حاصل في المقام. و أما مجرد كونها ديناً مالياً فلا يكفي في وجوب التقديم، و لذا لا يقدم الدين على نفقة الأقارب، بل نفقة الزوجة إذا صارت ديناً بالفوات لا تقدم على نفقة الأقارب.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر، و قال: «كما هو واضح»، و لم يستدل عليه بشيء. و كأن وجهه: أن التعبير بالإجراء في الصحيح ظاهر في أن اشتغال الذمة به تدريجي، فيختص بحال الحياة، لا أنه تشتغل الذمة بتمام النفقة مدة العمر كي تكون كسائر الديون تتعلق بتركته.

و إلا لزم ثبوت أمرين عليه: نفقة الزوجية تدريجاً، و نفقة الإفضاء دفعة، و لا يظن الالتزام به، فان ظاهر الصحيح تشريع استمرار الإنفاق ما دامت حية، لا تشريع أصل الإنفاق مضافاً الى تشريع نفقة الزوجية بحيث تكون عليه نفقتان. و لذلك جعل المصنف (ره) احتمال عدم السقوط بموته بعيداً. و بالجملة: الظاهر من الصحيح الحكم باستمرار نفقة الزوجية ما دامت حية، فيكون لها ما لنفقة الزوجية من الأحكام، و منها السقوط بالموت، و عدم السقوط بعدم التمكن، و تكون ديناً عليه. و كذا إذا امتنع من أدائها مع عجزه أو قدرته. نعم السقوط بالنشوز و إن كان من أحكام نفقة الزوجية لا يثبت في المقام، لظهور الصحيح في الاستمرار المنافي

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٣

[فصل لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع]

إشارة

فصل لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع (١) للسقوط. و السقوط بالموت من باب عدم الثبوت، لا من باب السقوط، فلا يقاس

على السقوط بالنشوز. و من ذلك يظهر الوجه في قول المصنف:

«إذ كونها حكماً تكليفاً صرفاً بعيداً». و كذا ما ذكره بقوله: «الظاهر أن حكمها حكم الزوجة».

فصل

(١) إجماعاً، بل حكى غير واحد عليه إجماع المسلمين. قال في المسالك: «لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام». و في الجواهر: دعوى الضرورة من الدين عليه. و ما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع، لم يثبت، بل المحكى عن مشايخهم البراءة من ذلك. انتهى. و قد وردنا في هذه الأيام من العلويين في اللاذقية سؤال عن ميت مات عن ثمان. و لعله لم يكن عن اعتقاد المشروعية. و تشهد به النصوص،

كمصحح زرارة بن أعين و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «قال: إذا جمع الرجل أربعاً و طلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة المرأة التي طلق. و قال (ع): لا يجمع ماءه في خمس» (١). و نحوه غيره. و يستفاد مما ورد فيمن تزوج خمساً بعقد واحد (٢)، و فيمن كان عنده ثلاث نسوة فتزوج اثنتين في عقد (٣)،

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ١.
(٢) راجع الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد.
(٣) راجع الوسائل باب: ٥ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٤
حراً كان أو عبداً، و الزوجة حرة أو أمة (١). و أما في الملك و التحليل: فيجوز و لو ألى ألف (٢).

و في الكافر إذا أسلم و عنده أكثر من أربع (١)، و مما ورد فيمن كانت عنده أربع زوجات فماتت إحداهن (٢). فتأمل.

ثم في جملة من النصوص المشار إليها ذكر الماء، فيختص بحرمة الوطء و الإنزال في أكثر من أربع، و لا يمنع من أصل التزويج بالأكثر.

لكن الظاهر أن المراد الكناية عن حلية الوطء فتأمل. و في المسالك: «الأصل فيه قوله تعالى (فَمَا تَكُونُوا إِلَّا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلِي وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ)» (٣). و تبعه عليه في الجواهر، بقريته أن الأمر فيها للإباحة، و مقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحاً لما خص الجواز بها، لمنافاته للامتنان، و قصد التوسع في العيال، و لأذن مفهوم إباحة الأربع حظر ما دون الأربع، أو ما زاد عليها، و الأول باطل بتجويز الثلاث فيها صريحاً، فيتعين الثاني. ثم قال: «فمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم ما زاد». و الاشكال عليه ظاهر. إذ ليس هو إلا تمسك بمفهوم العدد، و التحقيق خلافه.

(١) كل ذلك لإطلاق الأدلة.

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

«اتفاقاً من المسلمين». و في المسالك: «هو موضع وفاق من جميع المسلمين». و يقتضيه إطلاق الأدلة. مضافاً الى
خبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن المتعة، فقال: الق عبد الملك

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

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٥.

(٣) النساء: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٥

و كذا في العقد الانقطاعي (١).

ابن جريح

.. الى أن قال:

و كان فيما روى لي فيها ابن جريح أنه ليس فيها وقت و لا عدد، إنما هي بمنزلة الإمام يتزوج منهن كم شاء» (١)

و ،

صحيح ابن أذينة عن أبي عبد الله (ع): قلت له: كم يحل من المتعة؟

قال: فقال: هن بمنزلة الإمام» (٢).

و نحوهما غيرهما. و الى ما ورد في العبد المأذون من مولاه، و أنه يتسرى ما شاء إذا كان أذن له مولاه

«٣». (١) على المشهور بين أصحابنا، كما في المسالك. و في الجواهر:

«بلا خلاف معتد به فيه بيننا» و عن الحلبي: الإجماع عليه. و يشهد له كثير من النصوص، منها ما تقدم في الإمام، و

في موثق زرارة عن أبي عبد الله (ع): «ذكرت له المتعة أهي من الأربع؟ فقال: تزوج منهن ألفاً، فإنهن مستأجرات» (٤)

و ،

صحيحه: «قلت: ما يحل من المتعة؟ قال (ع): كم شئت» (٥).

و نحوها غيرها.

نعم

في موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله (ع): «عن المتعة.

فقال: هي أحد الأربع» (٦)

و في المسالك: أنها حملت على الاستحباب، جمعاً بينها و بين ما سبق. و عن ابن البراج: العمل به. و في المسالك: «عن المختلف أنه

اقتصر على حكاية الشهرة، و لم يصرح بمختاره. و عذره

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٦.

(٣) راجع الوسائل باب: ٢٢ من أبواب نكاح العبيد و باب: ٩ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد.

(٤) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٢.

(٥) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٣.

(٦) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٦

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

واضح». و لكنه غير ظاهر، فإنه حكى عن المشهور عدم انحصار المتعة في عدد. ثم حكى عن ابن البراج ما سبق. ثم قال: «لنا الأصل، و ما رواه زرارة في الصحيح

»، ثم ذكر غيره من النصوص الدالة على المشهور، ثم استدل لابن البراج بما سبق. ثم ذكر جواب الشيخ عنه بأنه ورد احتياطاً، لا حظراً. و ظاهره موافقة المشهور، لا التوقف.

و كيف كان فلا مجال للأخذ بالموثق بعد إمكان الجمع العرفي بينه و بين ما سبق بالحمل على الاستحباب، أو على التقيّة، كما يظهر من

صحيح البنزلي عن الرضا (ع): «قال أبو جعفر: اجعلوها من الأربع.

فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط فقال (ع): نعم» (١)

و ،

صحيحه الآخر المروى عن قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن المتعة.

الى أن قال:

و سألته من الأربع هي؟ فقال (ع): اجعلوها من الأربع على الاحتياط. قال: و قلت له: إن زرارة حكى عن أبي جعفر (ع):

إنما هن مثل الإماء يتزوج منهن ما شاء، فقال (ع): هي من الأربع» (٢).

فإن الظاهر من الاحتياط: الاحتياط في المحافظة على نفسه و ماله، لأن التزويج بالخمس لا- يصح دواماً، و المتعة ممنوعة عند المخالفين. و يحتمل أن يكون المراد: الاحتياط في المحافظة على ملاكات الاحكام. لكنه بعيد.

و على كل حال فالصحيح المذكورة بمنزلة الحاكم على الموثق، فلا مجال للعمل بظاهره. على أنه مهجور، و معارض بما هو أصح سنداً، و أكثر عدداً، و أوضح دلالة. فلا مجال لتقديمه على غيره.

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

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٩.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ١٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٧

و لا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرتين (١). و على هذا فيجوز للحر أن يجمع بين أربع حرائر (٢)، أو ثلاث و أمة أو حرتين و أمتين.

و للعبد أن يجمع بين الأربع إماء، أو حرة و أمتين، أو حرتين. و لا يجوز له أن يجمع بين أمتين و حرتين (٣)

الجواهر. و في الرياض: «بإجماعنا، حكاه جماعة من أصحابنا» و استدل له

بمصحح أبي بصير عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال: إن أهل الكتاب مما ليك للإمام، و ذلك موسع منا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج. قلت:

فإنه يتزوج عليهما أمة؟ قال (ع): لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء» (١).

لكن في دلالة:

«لا يصلح»

على المنع نظر.

(١) بلا خلاف ظاهر.

لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال (ع): لا، ولكن يتزوج حرتين، وإن شاء أربع إماء» (٢)

و،

خير الحسن بن زياد عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن المملوك ما يحل له من النساء؟ فقال (ع): حرتان، أو أربع إماء» (٣)

و،

خير زرارة عن أبي جعفر (ع): «قال: لا يجمع العبد المملوك من النساء أكثر من حرتين» (٤)

و نحوها.

(٢) تقتضى الأدلة الأولية جواز ذلك. وكذا الفرضان اللذان بعده.

وكذا الصور المذكورة للعبد.

(٣) فان الجمع بينها مخالفة لصحيح محمد بن مسلم

. وكذا مرسل.

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

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٨

أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر (١)، أو ثلاث إماء و حره (٢) كما لا يجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء و حره (٣).

[مسألة ١: إذا كان العبد مبعوضاً أو الأمة مبعوضاً]

(مسألة ١): إذا كان العبد مبعوضاً أو الأمة مبعوضاً ففي لحوقهما بالحر أو القن إشكال، و مقتضى الاحتياط: أن يكون العبد المبعوض

كالحر بالنسبة إلى الإماء فلا يجوز له الزيادة على أمتين، و كالعبد القن بالنسبة إلى الحرائر، فلا يجوز له الزيادة على حرتين و أن

تكون الأمة المبعوضة كالحره بالنسبة إلى العبد، و كالأمة بالنسبة إلى الحر (٤). بل يمكن أن يقال:

إنه بمقتضى القاعدة. بدعوى أن المبعوض حر و عبد، فمن حيث حرته لا يجوز له أزيد من أمتين، و من حيث عبديته

الفقيه: «يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين و حره» (١).

و منهما يظهر: أنه لا يجوز أن يجمع بين حرتين و أمة. قال في الشرائع:

«إذا استكمل العبد أربعاً من الإماء، أو حرتين، أو حره و أمتين، حرم عليه ما زاد». و مثله كلام غيره. و ادعى عليه الإجماع في كلام

جماعة كثيرة.

(١) لما سبق.

(٢) للمرسل السابق

. و صحيح محمد بن مسلم

لا يدل على المنع فيه.

(٣) لمصحح أبي بصير السابق

(٤) قال فى القواعد: «و المعتق بعضها كالأمه فى حق الحر، و كالحرة فى حق العبد، و المعتق بعضه كالحر فى حق الإمام، و كالعبد فى حق الحرائر» و نحوه كلام غيره. و علوه بالاحتياط، و تغليب جانب الحرمة. و لكن قال فى الجواهر: «لا ريب فى أنه أحوط، و إن كان لا يخلو من بحث، إن

(١) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب نكاح العبيد حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٩٩

لا يجوز له أزيد من حرتين (١). و كذا بالنسبة إلى الأمة المبعضة. إلا أن يقال: إن الاخبار الدالة على أن الحر لا يزيد على أمتين و العبد لا يزيد على حرتين منصرفاً إلى الحر و العبد

لم يكن إجماعاً خصوصاً فى التبعض اللاحق للتزويج، الذى قد يتعارض فيه الاحتياط، و فى الرياض: «لعل ذلك تغليب للحرمة، كما يستفاد من

بعض المعبرة: (ما اجتمع الحلال و الحرام إلا و غلب الحرام الحلال) «١».

فتأمل». و قاعدة التغليب غير ثابتة. و الرواية إما محمولة على الشبهة المحصورة، أو على صورة المزج بين الحرام و الحلال. و لو لا ذلك لأشكل الحكم فى كثير من الموارد، كما لا يخفى.

(١) لا يقال: إنه يقع التزاحم بين الحرية المقتضية لعدم جواز أزيد من أمتين، و بين العبدية المقتضية لجواز أربع إماء. و كذا بالنسبة إلى الحرائر، فإن العبدية تقتضى المنع من أزيد من حرتين، و الحرية مقتضية لجواز أزيد من حرتين.

فإنه يقال: التزاحم بينهما من قبيل التزاحم بين المقتضى و اللامقتضى، فإن اقتضاء الحرية لجواز أربع حرائر بمعنى عدم اقتضاها للمنع من أزيد من حرتين و كذلك اقتضاء العبدية لجواز أربع إماء بمعنى عدم المقتضى للمنع عن ذلك. و مع تزاحم المقتضى و اللامقتضى يكون العمل و الأثر للمقتضى.

ثم إن هذا التوجيه مبنى على أن يكون المراد من الحر و العبد الطبيعاً و لو فى جزء الفرد. فيكون المراد من العبد ما هو أعم مما كان بعضه عبداً.

و المراد من الحر ما هو أعم مما كان بعضه حراً. و سيأتى الكلام فيه.

(١) مستدرک الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٠

الخالصين (١). و كذا فى الأمة. فالمبعض قسم ثالث خارج عن الاخبار، فالمرجع عمومات الأدلة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر، أو أربع إماء. لكنه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحر الخالص (٢)، و حينئذ فلا يبعد أن يقال: إن المرجع الاستصحاب. و مقتضاه إجراء حكم العبد و الأمة عليهما (٣) و دعوى: تغير الموضوع. كما ترى (٤).

فتحصل: أن الاولى

(١) لا- ينبغي التأمل في أن صفة الحرية و الرقية من الصفات القائمة بتمام الموضوع، فالحر من يكون تمامه حراً، و العبد من يكون تمامه عبداً.

و هو المعنى الحقيقي للفظ. فمن يكون بعضه حراً و بعضه عبداً خارج عن موضوع الحر و العبد، فلا يجرى 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، و كذلك من يكون بعضه عبداً إنما العبد بعضه لا- كله، و من المعلوم أن موضوع الأحكام في الأدلة الإنسان الحر أو العبد، و المبعوض لا حر و لا عبد، بل بعضه حر و بعضه عبد.

(٢) لم يتضح بطلان اللازم المذكور، إذ من الجائز أن يكون الوجه في عدم تزويج الحر بأربع إماء كرامته و هي مفقودة في المبعوض. و أن يكون الوجه في عدم تزويج العبد بأربع حرائر ناقصه، و هو مفقود في المبعوض أيضاً.

(٣) فله أن يتزوج بأربع إماء، و للعبد أن يتزوج أربعاً منها.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠١

الاحتياط الذي ذكرنا أولاً، و الأقوى العمل بالاستصحاب و إجراء حكم العيب و الإماء عليهما.

[مسألة ٢: لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً]

(مسألة ٢): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حراً، لم يجز إبقاء الجميع، لأن الاستدانة كالاتداء (١)، فلا بد من طلاق الواحدة أو الاثنتين. و الظاهر

تكون القضية المشكوكة غير القضية المتيقنة عرفاً، و من المعلوم أن تحرير بعض القن لا يستوجب ذلك. نعم يمكن الإشكال في الاستصحاب بأنه تعليلي، لأن معنى جواز عقده على أربع إماء حال الرقية: أنه لو عقد ترتب أثر الزوجية عليه، فاستصحاب ذلك الى حال حرية بعضه معارض - على التحقيق - بالاستصحاب التنجيزي، و هو أصالة عدم ترتب الأثر.

فالمرجع لا بد أن يكون دليلاً آخر، و هو إما أصالة حرمة الوطء بناء على أصالة الحرمة في الفروج، أو أصالة إباحة الوطء، فيتحد مفاد الأصل مع مفاد الاستصحاب في الأثر المذكور. و إن كان يختلف معه بالنسبة إلى الآثار الأخرى، فإن مقتضى الاستصحاب وجوب الإنفاق على الإماء الأربع لو عقد عليهن، و مقتضى أصل البراءة العدم. و كذلك بالنسبة إلى التوارث. هذا بالنسبة إلى التزويج بأربع إماء الذي كان جائزاً له قبل التبعض. و أما بالنسبة الى عدم جواز تزويج أربع حرائر، فالأصل المذكور يتحد مع أصالة عدم ترتب الأثر، فلا بأس بالرجوع اليه و يحكم حينئذ بحرمة التزويج بأربع حرائر. و بالجملة: فالاستصحاب المذكور إن أشكل جريانه فهو من هذه الجهة. لكن عرفت أن النوبة لا تنتهي إليه بعد إمكان الرجوع الى عمومات الحل.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٢

كونه مخيراً بينهما كما في إسلام الكافر (١) عن أزيد من أربع.

و يحتمل القرعة (٢). و الأحوط أن يختار هو القرعة بينهما.

(١) فإنه لا إشكال عندهم في ثبوته فيه. و يشهد له

خير عقبه بن خالد عن أبي عبد الله (ع): «في مجوسى أسلم و له سبع نسوة، و أسلمن معه، كيف يصنع؟ قال (ع): يمسك أربعاً و يطلق ثلاثاً» (١)

و يؤيده أو يعضده ما ورد فيمن تزوج خمساً بعقد واحد، و فيمن تزوج الأختين بعقد واحد، كصحيح جميل عن أبي عبد الله (ع): «في رجل تزوج أختين فى عقده واحدة، قال (ع) يمسك أيتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى. و قال فى رجل تزوج خمساً فى عقده واحدة. قال (ع): يخلى سبيل أيتهن شاء» (٢). و الأخير وارد فى الابتداء، و جريانه فى الاستدامة أولى، بل الأول أيضاً وارد فى الاستدامة بلحاظ إقرار الزوج على ما يراه فى مذهبه، و لكنه فى الحقيقة وارد فى الابتداء لأن الإقرار لا يقتضى أكثر من المعاملة معه معاملة الصحيح، من دون حصول الصحة واقعاً. (٢) هذا الاحتمال ذكره جماعة فيما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع و مات قبل الاختيار. و أشكل عليه بأن القرعة إنما تكون طريقاً الى تعيين الواقع المتعين فى نفسه، و المفروض عدمه. و لذا اختار بعضهم فى تلك المسألة التوقف حتى يصطلح الورثة. و بعضهم اختار القسمة بالسوية، نظير ما لو تداعيا مالاً معيناً. و الأشكال على الأخير ظاهر، لاختصاص الدليل بصورة التداعى، و المفروض عدمه. و يشكل ما قبله بأن تصالح الورثة تابع لاستحقاقهم، و هو غير ظاهر. و من هنا قوى فى الجواهر القرعة، مانعاً اختصاصها بصورة تعيين الواقع المتعين فى نفسه،

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٣

.....

لإطلاق أدلتها من الآيه، و الرواية.

أقول: المراد من الآيه قوله تعالى فى سورة آل عمران (وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُنْفِقُونَ أَقْدَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ، وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ) (١)، أو قوله تعالى فى سورة الصافات (فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) (٢). و أما الرواية: فمنها رواية محمد بن حكيم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن شىء، فقال لى: كل مجهول فيه القرعة. قلت له: إن القرعة تخطى و تصيب، قال (ع): كلما حكم الله به فليس بمخطئ» (٣)

، و

عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين (ع) و أبى جعفر عليه السلام و أبى عبد الله (ع): أنهم أوجبوا القرعة فيما أشكل (٤)

، و

قال أبو عبد الله (ع): «و أى حكم فى الملبس أثبت من القرعة؟! أ ليس هو التفويض الى الله جل ذكره؟ ..» (٥)

، و

خير عبد الرحيم المروى فى كتاب الاختصاص للمفيد (ره): «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: إن علياً (ع) كان إذا ورد عليه أمر لم يجىء فيه كتاب و لا سنه رجم فيه، يعنى: ساهم فأصاب، ثم قال: يا عبد الرحيم و تلك من المعضلات» (٦).

و قريب منه خبره الآخر

(٧). و

صحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل يكون له المملوك فى وصى بعق ثلثهم، قال (ع): كان على (ع) يسهم

بينهم» (٨)

، و صحيح

(١) الآية: ٤٤.

(٢) الآية: ١٤١.

(٣) الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١١.

(٤) مستدرک الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

(٥) مستدرک الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٢.

(٦) مستدرک الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١٤.

(٧) مستدرک الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية القضاء ملحق حديث: ١٤.

(٨) الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٤

.....

الحلبى عن أبى عبد الله (ع): «فى رجل قال أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعاً، قال (ع): يقرع بينهم، و يعتق الذى خرج اسمه (١)».

و نحوها غيرها، ذكرها فى الوسائل فى أواخر مباحث القضاء. و قد ذكر فى ذلك الباب أخباراً كثيرة متضمنة لجريان القرعة أيضاً فيما له تعيين واقعاً. فلاحظه.

لكن يشكل الاستدلال بالآيتين الشريفتين على جريانها فيما لم يكن له تعيين واقعاً أولاً: لاحتمال أنه من باب التراضى و الاتفاق منهم على ذلك، لا من باب أنه حجة شرعية يرجع إليها على كل حال، كما لو اتفقوا على ترجيح الأكبر سناً، أو الأقوى بدنًا، أو نحو ذلك. و ثانياً: أنه يتوقف على أن النزاع فى موردهما لم يكن فى تعيين الأولى، و هو غير ظاهر، بل يظهر من بعض الأخبار الواردة فى تفسير الآية الثانية: أن الراكبين فى السفينة علموا أن الخطر الوارد على السفينة كان من جهة أن فيها عبداً أبقاً، و اختلفوا فى تعيينه [١]. نعم المذكور فى الروايات أن النزاع فى كفيل مريم (ع) كان بين أنبياء

«٢»، و يمتنع أن يكون نزاعهم فى أمر مجهول، بل يكون حالهم حال المتسابقين الى الخير. لكن لا عموم فى الآية، لورودها فى مورد خاص، و التعدى منه غير ظاهر.

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

[١] قال فى مجمع البيان الجزء: ٨ الصفحة: ٤٥٨ «و قيل: ان السفينة احتبست فقال الملاحون: ان هاهنا عبداً أبقاً..» و فى تفسير القمى الجزء: ١ الصفحة: ٣١٨ طبعة النجف الحديثة: «فخرج أهل السفينة فقالوا فينا عاص..».

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

(٢) الوسائل باب: ٤١ من أبواب الحيض حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٥

.....

النصوص المتقدمة مثل: إن القرعة في كل مجهول، الذي يظهر من محكى الخلاف، و قواعد الشهيد الإجماع عليه، أو: أنها لكل أمر مشكل، كما هو المذكور في كلام الفقهاء، و إن لم أقف على نص فيه غير ما تقدم عن الدعائم، و إنما حكى عن رواية المخالفين. نعم نسبة في جامع المقاصد الى قولهم (ع). و مثله: «القرعة لكل أمر مشتبّه». لكن قول الراوى فى الرواية الأولى:

«قلت له: إن القرعة تخطى و تصيب»

ظاهر فى وروده فيما له تعين واقعى، لأنه الذى يتصور فيه الخطأ و الصواب.

و لا ينافيه قوله (ع) فى الجواب:

«كلما حكم الله تعالى به فليس بمخطئ»

□
لأن الظاهر منه أنه ليس بمخطئ باعتبار أنه حكم الله، و لو ظاهراً.

بل لعل منصرف «المجهول» ماله تعين واقعى و جهل 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 مجملاً. و كذلك «المشكل» و «الملتبس» المذكوران فى رواية الدعائم

، فإنهما و إن كانا شاملين لما نحن فيه، لكن الأخذ بعموم مفهومهما مشكل، و لا سيما بملاحظة ما رواه المفيد فى كتاب الاختصاص. فيتعين حملهما على ما لا مخرج فيه، بنحو لا تفى الأدلة فيه، بل لعله المنصرف اليه منهما، فلا تشمل ما نحن فيه، لأنه إذا فهم من أدلة الاختيار الواردة فى الموارد المتقدمة العموم لما نحن فيه، فلا إشكال و لا التباس، و إن لم يمكن استفادة حكم ما نحن فيه منها. كان المرجع قاعدة امتناع الترجيح بلا مرجح، و مقتضاها البطلان فى الجميع. نعم لو أمكن البناء على بطلان العقد فى أمتين و صحته فى أمتين على وجه الترديد. كان الرجوع الى القرعة فى محله، للإشكال الذى لا يمكن التخلص فيه إلا بالرجوع إلى القرعة. لكن ذلك ممتنع، لامتناع قيام الزوجية فى الفرد المبهم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٦

.....

نعم لا يبعد صدق المشكل فيما إذا اشتبهت المطلقة أو المعقود عليها بين اثنتين أو أكثر، فإن الرجوع الى القواعد فى حرمة الوطاء أو النظر لا- يوجب إشكالا، لكن الرجوع إليها فى بقية الاحكام من النفقات، و حق القسم، و التوارث، و نحوها، مما يوجب الاشكال، فيرجع فيه الى القرعة. و كذا إذا تردد مالك العين بين الشخصين، لتعذر الرجوع الى القواعد فيه. و لعل منه مصحح محمد بن عيسى عن الرجل (ع) فى الشاة الموطوءة إذا اشتبهت فى قطع غنم، من أنه إن عرفها ذبحها و أحرقها، و إن لم يعرفها قسم القطيع نصفين، و أقرع بينهما، ثم لا يزال يقرع حتى يقع السهم على واحدة

«١». فإن وجوب الاحتياط بترك جميع الغنم و إن كان ممكناً، لكن لزوم الضرر المنفى فى الشريعة يستوجب الدوران بين محذورين، فيكون من المشكل الذى يرجع فيه الى القرعة أيضاً.

□
لكن ظاهر الفقهاء أن الفتوى بذلك اعتماداً على الخبرين

«٢» الواردين فيه، لا- لعمومات القرعة. بل ظاهرهم عدم الرجوع الى القرعة عند تراحم حقوق الله تعالى، مثل تراحم الواجبات، أو المحرمات، أو الواجب و الحرام، حتى فيما لو كان هناك تعين فى الواقع، كما فى صورة الدوران بين الوجوب و الحرمة، فإن الجميع-

و إن كان من المشكل - لا يرجع فيه الى القرعة. و إنما يرجع إليها عند تراحم حقوق الناس، مثل المال المردد بين المالكين، و الحق المردد بين شخصين، كالأمثلة التي سبقت. و كذلك النصوص، فان الوارد منها في الموارد الخاصة - على كثرتها - واردة في تراحم حقوق الناس. و كذا مورد الآيتين الشريفتين.

نعم مورد المصحح الوارد في الشاة الموطوءة من قبيل تراحم حق الله و حق

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الأتعمة المحرمة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الأتعمة المحرمة حديث: ١، ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٧

و لو أعتقت أمه أو أمتان فإن اختارت الفسخ - حيث أن العتق موجب لخيرها بين الفسخ و البقاء - فهو (١)، و إن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً. و الأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى.

[مسألة (٣): إذا كان عنده أربع و شك في أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض]

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

الناس. فالبناء على اختصاصها بمورد تراحم حقوق الناس متعين.

و من ذلك يظهر الإشكال في جريانها في المسألة لأنه إذا كان مقتضى القاعدة البطلان لا حقوق لها، و لا تراحم، فلا يكون المورد من المشكل.

فلاحظ، و كذا الحكم لو عقد الوكيلان عن امرأة و اقترن العقدان.

(١) يعنى: تتعين هي للخروج عن الزوجية، و يتعين غيرها للبقاء عليها. و يشكل بأن أدلة التخيير مطلقة، و انصرافها إلى صورة بقاء الجميع على الزوجية غير ظاهر.

(٢) للإشكال في أن الزوجية المنقطعة هي الزوجية الدائمة، و الاختلاف بينهما في الدوام و الانقطاع. أو أنها غيرها. الذي ذكره في الجواهر: الأول. و استدلل له بظهور بعض النصوص فيه. و لأن شرط الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح، فمع عدم ذكر الشرط لا أثر له، بناء على أن الشرط المقدر لا يجرى عليه حكم الشرط المذكور، فقصد النكاح حينئذ بحاله. و أورد عليه شيخنا الأعظم (ره) بأن الذي يظهر من النصوص و الفتاوى أن الدائم و المنقطع حقيقتان مختلفتان، و ليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق و المشروط، كما يشهد به تعبير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٨

.....

الفقهاء بقولهم: «إذا أخل بالأجل انقلب دائماً»، فإن التعبير بالانقلاب يدل على أن الإنشاء الصادر من أول الأمر لم يكن مقتضياً للدوام. و يشهد له أيضاً اتفاق النص

«١» و الفتوى على أن المهر ركن هنا للعقد، دون الدائم، فإنه يدل على أن المنقطع بمنزلة المعاوضة على التسليط على البضع و تمليك الانتفاع به، كالإجارة كما ورد من أنهن مستأجرات

«٢». و بأنه لازم القول الأول أنه إذا أخل بالأجل و المهر معا انقلب دائماً أيضاً، مع أن ظاهر المسالك الاتفاق فيه على البطلان، و أن الخلاف يختص بما إذا ذكر المهر و ترك ذكر الأجل. و بأنه لو لا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر بعدم تمكين الزوجة فى الانقطاع و عدم سقوطه بذلك فى الدوام.

أقول: الوجه المذكورة لا تدل على الاختلاف فى الحقيقة بين الدوام و الانقطاع. فان تعبير الفقهاء بالانقلاب - مع أنه معارض بتعبير غير واحد بالانعقاد قال فى الشرائع: «و لو لم يذكره - يعنى: الأجل - انعقد دائماً» - يكفى فى صحته الاختلاف فى بعض الأحوال، كما يظهر ذلك من تعبيرهم بالانقلاب فى باب المطهرات، فقد ذكروا أن الانقلاب مطهر لخصوص الخمر، و فرقوا بينه و بين الاستحالة بأن الانقلاب لا يقتضى اختلافاً فى الحقيقة، بخلاف الاستحالة، و لذا اقتصروا فى مطهريه الانقلاب على خصوص الخمر، بخلاف الاستحالة، فإنها مطهرة فى جميع الموارد من غير استثناء. و أما كون المهر ركناً فى المنقطع دون الدائم، فلا يدل على كونه من قبيل المعاوضة. إذ من الجائز أن يكون لأجل الاختلاف بينهما و لو فى التأجيل، فإن القبض شرط فى السلم، مع أنه لا يختلف مع بقيه أنواع البيع فى الحقيقة. و ما فى بعض النصوص

(١) راجع الوسائل باب: ١٧، ١٨ من أبواب المتعة.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٠٩

.....

من

قوله (ع): «إنهن مستأجرات»

، مبنى على نوع من المسامحة، كما ورد فى جواز النظر الى من يريد تزويجها: أنه مستام
«١»، و أنه يشتريها بأعلى الثمن

«٢». و الاتفاق المذكور فى المسالك إن تمّ كان هو الموجب للخروج عن القواعد. و إلا- كان اللازم البناء على الانقلاب أيضاً فى صورة عدم ذكر الأجل و المهر معاً. و أما سقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة: فمن الجائز أن يكون حكماً للمنقطع ثبت لبعض الجهات الخارجيه، لا لاختلاف الحقيقة.

و لو كان المنقطع من قبيل المعاوضة لزم بطلانه من أصله بالموت، و لزم تبعضه فى الحيض أيضاً بالنسبة إلى سائر الاستمتاع، و لزم أيضاً استحقاق تمام المهر لو وهبها المدة قبل الدخول، مع اتفاق النص و الفتوى على التنصيف حينئذ.

فالعمدة فى مبنى القولين هو أن مفاد عقد الدوام جعل الزوجية دائماً، و مفاد عقد الانقطاع جعل الزوجية إلى الأجل. أو أن مفاد عقد الدوام جعل نفس الزوجية حدوداً، و الدوام يكون لذاتها، و مفاد عقد الانقطاع جعل الراجع لدوام الزوجية. فعلى الأول يكون عدم التعرض للأجل موجباً لبطلان العقد انقطاعاً، و دواماً، أما الأول فلعدم ذكر الأجل، و أما الثانى فلعدم جعل الدوام. و على الثانى يكون عدم التعرض للأجل موجباً لعدم صحة الانقطاع، و لصحة الدوام، أما الأول فلما ذكر، و أما الثانى فلعدم جعل الراجع، و المفروض أن الدوام يكون لذاتها، لا بجعل جاعل.

و التحقيق هو الأول، فإن الزوجية و أمثالها من الملكية، و الحرية،

(١) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٠

[مسألة (٤): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نكاح الخامسة]

(مسألة ٤): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن و أراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعياً لا يجوز له ذلك إلا بعد خروجها عن العدة (١). و إن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان، المشهور على الجواز، لانقطاع

و الرقية، و البيعة، و غيرها من مضامين العقود و الإيقاعات، إنما يكون العقد موجباً لحدوثها، و هو المقصود من إنشائها، و البقاء إنما يكون باستعداد ذاتها، فبقاؤها عند العقلاء لا يكون منشأ العقد، بل استعداد ذاتها، و ليس العقد الا متضمناً لجعل الحدوث لا غير. فالاختلاف بين الانقطاع و الدوام يرجع الى الاختلاف في أن الأول قد جعل فيه الانقطاع زائداً على جعل الحدوث، بخلاف الثاني، فإنه لم يجعل فيه إلا الحدوث. فاذا شك في الدوام و الانقطاع فقد شك في جعل الانقطاع زائداً على جعل الحدوث و عدمه، فيرجع فيه الى أصالة العدم. فالمقام نظير ما لو شك في شرط الانفساخ و عدمه، فيكون الانقطاع على خلاف الأصل و الدوام على وفقه. كيف و لو كان الدوام مجعولاً في الدائم كان الطلاق مخالفةً لوجوب الوفاء بالعقد. و هو كما ترى. و مقتضى ما ذكرنا جواز اشتراط الطلاق في عقد النكاح، كجواز اشتراط الإقالة فيه. لكن عن الشيخ: بطلان الشرط في الأول، بل عن المسالك: الاتفاق عليه. و هو غير ظاهر.

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه. لأنها بحكم الزوجة نصاً و فتوى كذا في الجواهر.

أقول: قد استفاضت النصوص في ذلك،

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١١

العصمة بينه و بينها (١). و ربما قيل بوجوب الصبر الى انقضاء

بأهلها حتى تستكمل المطلقة أجلها ..» (١)

و ،

موثق على بن أبي حمزة.

قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلق إحداهن، أ يتزوج مكانها أخرى؟ قال (ع): لا حتى تنقضى عدتها» (٢)

و ،

مصحح زرارة و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عده المرأة التي طلقته، و قال: لا يجمع ماءه في خمس» (٣).

و نحوها غيرها.

(١) هذا التعليل مذکور في كلام جماعة، و إجماله كاشكاله ظاهر، إذ المراد منه إن كان ارتفاع الزوجية، فهو حاصل في الطلاق الرجعي، و لا يجوز التزويج معه. و إن كان ارتفاع جميع العلائق، فهو غير حاصل في البائن، كما يشهد به عدم جواز تزويجها. نعم هو

مذكور

□
 فى حسنة الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «فى رجل طلق امرأته، أو اختلعت منه، أو بانته، أ له أن يتزوج أختها؟ فقال (ع): إذا برئت عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها» «٤».

و نحوها صحيحة أبى بصير

«٥»، و خبر الكنانى

«٦». و قد فسر بأن لا يكون له عليها رجعة. لكن موردها الجمع بين الأختين، و استفادة ما نحن فيه منها لا تخلو من تأمل. و أولى منه فى الدلالة القواعد العامة المقتضية للجواز، لأن

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب العدد حديث: ٢.

(٥) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب العدد حديث: ١.

(٦) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٢

عدتها، عملاً بإطلاق جملة من الأخبار (١). و الأقوى المشهور. و الأخبار محمولة على الكراهة (٢). هذا و لو كانت

الحرام تزويج الخمس، و مع الطلاق تخرج المطلقة عن الزوجية، فلا يكون إلا تزويج الأربع. نعم يعارضها إطلاق النصوص المتقدمة و غيرها المتضمنة أنه لا يجوز تزويج الخامسة بعد طلاق أحد الأربع إلا بعد خروجها عن العدة، الذى لا فرق فيه بين الرجعى و غيره. و لذلك قال فى كشف اللثام:

«و ظاهر التهذيب الحرمة قبل الانقضاء. و هو ظاهر الاخبار».

(١) إشارة الى ما تقدم فى كشف اللثام. و ظاهر المتن التوقف من نسبة القول بالتحريم إلى قائل.

(٢) عند المشهور. و فى المسالك: «فى الحمل نظر من حيث عدم المعارض». و فى الجواهر جعل ما فى حسنة الحلبي المتقدمة قرينة على تقييد النصوص بالرجعى. و لكنه غير ظاهر. و كذا ما فى الجواهر أيضاً من أن فى النصوص ما يتضمن أنه لا يجوز له تزويج الخامسة حتى يعتد هو مثل عدة المطلقة، و ما يتضمن من أنه إذا ماتت إحدى الأربع لم يجر له أن يتزوج حتى يعتد أربعة أشهر و عشرًا، بل فيه أنه يعتد و إن كانت متعة.

كما سيأتى بعضها. لكن قرينة ذلك غير ظاهرة، فان ثبوت الاعتداد على وجه الاستحباب فى بعض الموارد لا يقتضى مقايسته غيره عليه، و إلا كان اللازم الحمل على الاستحباب حتى فى الطلاق الرجعى.

و بالجملة: إطلاق النصوص يقتضى عدم الفرق بين الطلاق الرجعى و البائن، و لا قرينة على تقييدها بالرجعى. و وحدة السياق فى موثق عمار الآتى

لا تكون قرينة على التصرف فيه فضلاً عن غيره.

فان قلت: المنع عن تزويج الخامسة بعد طلاق إحدى الأربع إنما هو من باب حرمة الجمع بين الخمس. فاذا كان الطلاق بائناً لا جمع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٣

الخامسة أخت المطلقة فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة، لورود النص فيه (١)، معللا بانقطاع العصمة. كما أنه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغير الطلاق (٢) كالفسخ بعيب أو نحوه. وكذا إذا ماتت الرابعة، فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهر و عشر (٣). و النص الوارد بوجود الصبر (٤)

قلت: هذا المقدار لا يوجب حمل النصوص على الكراهة، لاحتمال كون وجود بعض العلائق كاف في المنع. كما في الطلاق الرجعي. فالعمدة تسالم الأصحاب عليه من دون مخالف صريح فيه، و يكون هو المقيد لإطلاق النصوص.

(١) يشير به الى حسنة الحلبي المتقدمة

، و نحوها

صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعة؟ قال: نعم، قد برأت عصمتها منه و لم يكن له عليها رجعة» (١).

و نحوها خبر الكناني

. لكن النصوص المذكورة إنما اقتضت نفي الاشكال في الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا- من حيث الجمع بين الخمس، فاذا اتفق كون الخامسة أختاً للمطلقة فالإشكال في المسألة السابقة بحاله.

(٢) كما هو مقتضى القواعد العامة، فإن الفسخ يوجب انتفاء الزوجية.

فلا يكون جمع بين خمس نساء. و النصوص الدالة على الانتظار مختصة بالطلاق.

(٣) بلا اشكال ظاهر.

(٤) هو

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

(١) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب العدد حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٤

معارض بغيره (١)، و محمول على الكراهة. و أما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عده حتى يجب الصبر أو لا يجب (٢).

مكانها؟ قال (ع): لا حتى تأتي عليها أربعة أشهر و عشر، سئل فإن طلق واحدة هل يحل له أن يتزوج؟ قال (ع): لا حتى تأتي عليها عده المطلقة» (١).

(١)

ففي خبر علي بن جعفر (ع) عن أخيه موسى (ع) قال: «سألته عن رجل كانت له أربع نسوة فماتت إحداهن، هل يصلح له أن يتزوج في عدتها أخرى قبل أن تنقضى عده المتوفاه؟ قال (ع):

إذا ماتت فليتزوج متى أحب» (٢).

(٢)

في 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 أمه و يتزوجها، فقال: إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك» (٣).

- (١) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٥.
 (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٧.
 (٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث: ٦.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٥

[فصل لا يجوز التزويج في عدة الغير]

إشارة

فصل لا يجوز التزويج في عدة الغير (١) دواماً أو متعاً، سواء كانت عدة الطلاق بانه أو رجعية، أو عدة الوفاة، أو عدة وطء الشبهة، حره كانت المعتدة أو أمة. و لو تزوجها حرمت عليه أبداً (٢)

فصل لا يجوز التزويج في عدة الغير

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر. و استدل عليه بقوله تعالى (وَلَا تَزَوِّجُوا عُمَّدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ) «١» بناء على أن المراد من عزم العقدة: نفس العقدة، لا العزم نفسه، لظهور تحليله كما يظهر من سياق الآيات. و المراد من بلوغ الكتاب أجله: انتهاء العدة، بلا خلاف، كما في مجمع البيان. و لكن مورد الآية عدة الوفاة، فالتعدى عنها لا بد أن يكون بالإجماع
 (٢) بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه. و تدل عليه النصوص بعد ضم بعضها الى بعض، فان بعضها مطلق في الحرمة الأبدية، كخبر محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها. قال (ع): يفرق بينهما و لا تحل له

(١) البقرة: ٢٣٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٦

.....

أبداً» (١).

و بعضها مطلق في نفي الحرمة الأبدية،

كخبر علي بن جعفر عن أخيه (ع) قال: «سألته عن امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها.

قال (ع): يفرق بينها و بينه، و يكون خاطباً من الخطاب» (٢)

، و بعضها يفصل فيه في الحرمة الأبدية بين الدخول و عدمه،

كمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن المرأة الحبلية يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر و عشر. فقال: إن كان دخل بها فرق بينهما و لم تحل له أبداً، و أعتدت ما بقي عليها من الأول، و استقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء. و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما، و أعتدت بما بقي عليها من الأول و هو خاطب من الخطاب» (٣).

و نحوه موثق محمد بن مسلم

[١]، و خبر قرب الاسناد

«٤». و قريب منه مصحح سليمان بن خالد

«٥»، و موثق أبى بصير

«٦». و بعضها يفصل فيه بين الجهل و العلم،

كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى إبراهيم (ع) قال: «سألته عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها بجهالة، أهى ممن لا تحل

[١] الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٩ لكنه وارد فى مطلق المعتدة لا- خصوص الحبلى. و الذى ورد فى خصوص الحبلى هو صحيح محمد بن مسلم و هو الحديث الثانى المروى فى الوسائل فى نفس الباب. و الذى سيأتى من الشارح (قده) التعرض له فى المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل.

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢٢.

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٩.

(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

(٤) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢٠.

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٧

.....

له أبدأ؟ فقال (ع): لا، أما إذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها، و قد يعذر الناس فى الجهالة بما هو أعظم من ذلك. قلت: بأى الجهالتين يعذر، بجهالته إن لم يعلم أن ذلك محرم عليه، أم بجهالته أنها فى عدة؟ فقال (ع): إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهالة بأن الله تعالى حرم ذلك عليه، و ذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها، فقلت:

فهو فى الأخرى معذور؟ قال (ع): نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور فى أن يتزوجها، فقلت: فان كان أحدهما متعمدا و الآخر يجهل؟ فقال (ع) الذى تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبدأ» (١)

و ،

مصحيح إسحاق بن عمار قال: «قلت لأبى إبراهيم (ع): بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة فى عدتها لم تحل له أبدأ. فقال (ع): هذا إذا كان عالماً، فإذا كان جاهلاً فارقها و تعمد، ثم يتزوجها نكاحاً جديداً» (٢)

و بعضها يفصل فيه بين كل من الدخول و الجهل،

كمصحيح الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «قال: إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها و دخل بها لم تحل له أبدأ عالماً كان أو جاهلاً، و إن لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر» (٣).

و الجمع العرفى يقتضى حمل النصوص السابقة على الأخير جمعاً بين المطلق و المقيد. مع أن الجمع العرفى بين الطوائف مع غض النظر عن المصحح الأخير يقتضى ما ذكره الأصحاب. أما بالنسبة إلى الجمع بين الطائفتين الأولتين و الأخيرتين فظاهر، لأنه من الجمع

بين المطلق و المقيد.

و أما بالنسبة إلى الجمع بين إحدى الطائفتين إلى الأخرى، فالجمع العرفي

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

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٠.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٨

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

يقتضى كون سبب الحرمة الأبدية كل من العلم و الدخول، نظير الجمع بين القضايا الشرطية حيث يتعدد الشرط و يتحد الجزاء غاية الأمر في الفرق أن المفهوم هنا مصرح به، فيحمل على كونه لعدم المقتضى.

(١) كما هو المصرح به في كلام جماعة، و منصرف إطلاق كلام غيرهم. و الظاهر أنه لا إشكال فيه. و يقتضيه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم

. مضافا الى انصراف إطلاق العلم إلى ذلك بأن كان عالماً ان فعله في غير محله.

(٢) أما في علم الزوج. فيقتضيه إطلاق مصحح إسحاق بن عمار المتقدم

، و نحوه، و صحيح ابن الحجاج

. و منه يستفاد الاجتزاء بعلم الزوجة و في الجواهر: استدلل على التحريم مع علم أحدهما

بصحيحه على بن رباب عن حمران قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها بجهالة بذلك، فقال (ع): لا أرى عليها شيئاً، و يفرق بينها و بين الذي تزوج بها، و لا تحل له أبداً. قلت: فان 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، فان كانت تزوجته في عدة ليس لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة، فإني أرى أن عليها حد الزاني، و يفرق بينها و بين الذي تزوجها، و لا تحل له أبداً» (١) و الدلالة غير ظاهرة، لأن المفروض في الرواية الدخول بقريئة التعرض للحد. مع أنه حكم فيها بالحرمة الأبدية في كل من صورتى العلم و الجهل. فلا حظ.

هذا و لا ينبغي الإشكال في أنه مع علم أحدهما يبطل العقد حتى

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١١٩

لكن بشرط الدخول بها. و لا فرق في التزويج بين الدوام

بالإضافة إلى الجاهل، و إن اختلفا في الحكم الظاهري. و لعله المراد مما في القواعد: «و لو كانت هي العالمة لم يحل لها العود إليه أبداً». و لو كان المراد منه الحكم الوضعي لم يكن وجه للاختصاص بها، فإن الزوجية لا تقبل التبعض، بحيث تكون الزوجية ثابتة من طرف و غير ثابتة من طرف آخر. و مثلها الأخوة، و الأبوة، و البنوة، و الفوقية و التحتية، و التقدم و التأخر، و أمثالها من الإضافات القائمة بين اثنين، فإنها لا تصح بالنسبة إلى أحدهما إلا مع صحتها بالنسبة إلى الآخر، فاذا لم تصح في أحدهما لم تصح في الآخر. و

كذا المراد مما

في صحيح ابن الحجاج المتقدم من قول السائل: «قلت: فان كان أحدهما متعمداً و الآخر يجهل فقال (ع): الذي تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبداً»

، فان الظاهر منه الحكم التكليفي الظاهري، و هو يختص بالجهل، فاذا علم الزوج بعد العقد و الدخول أن ذلك كان في العدة، و ان الزوجة كانت عالمة، فقد انكشف له عدم صحة عقده عليها بعد ذلك، فاذا عقد كان العقد باطلا بالنسبة إليه أيضا. و قد أشار الى ما ذكرنا في المسالك و غيرها.

قال في الأول: «و إن جهل أحدهما و علم الآخر اختص كل واحد بحكمه و إن حرم على الآخر التزويج به، من حيث مساعدته على الإثم و العدوان و يمكن التخلص من ذلك بأن يجهل التحريم أو شخص المحرم عليه، و متى تجدد علمه تبين فساد العقد، إذ لا يمكن الحكم بصحة العقد من جهة دون أخرى في نفس الأمر، و إن أمكن في ظاهر الحال، كالمختلفين في صحة العقد و فساده». و إن كان يشكك بأنه مع جهل أحدهما لا يحرم العقد منه. و المساعدة على الإثم و العدوان غير ثابتة مع جهله بالبطلان. نعم هي مساعدة على التجري. و لعله المراد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٠

و المتعة (١). كما لا فرق في الدخول بين القبل، و الدبر (٢).

و لا يلحق بالعدة أيام استبراء الأمة (٣)، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبدية، و لو مع العلم و الدخول. بل لا يبعد جواز تزويجها فيها و إن حرم الوطء قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطء (٤) دون سائر الاستمتاع. و كذا لا يلحق بالتزويج

(١) كما صرح به في المسالك. و جعله في الجواهر معقد الإجماع.

و يقتضيه إطلاق النصوص.

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

(٣) قال في القواعد: «هل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة؟ إشكال». و في المسالك: «و في إلحاق مدة الاستبراء بالعدة و جهان. و عدمها أقوى، و قوفاً على موضع النص، و استصحاباً للحل في غيره». و في الجواهر: جزم بذلك لذلك. و في كشف اللثام: أنه الأقوى لعدم التبادر الى الفهم من العدة، لاختصاصها باسم آخر.

(٤) كما هو المشهور. و عن الخلاف: الإجماع عليه. و يقتضيه صريح جملة من النصوص،

كصحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أ يجزى ذلك، أم لا بد من استبرائها؟ قال: يستبرؤها بحيضتين. قلت:

يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها» (١)

و ،

موثق عمار الساباطي: «قال أبو عبد الله (ع): الاستبراء على الذي يبيع الجارية واجب إن كان يطؤها. و على الذي يشتريها الاستبراء أيضا. قلت:

فيحل له أن يأتيها دون الفرج؟ قال (ع): نعم قبل أن يستبرئها» (٢).

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢١

الوطء بالملك أو التحليل (١). فلو كانت مزوجة فمات زوجها أو طلقها و إن كان لا يجوز لمالكها وطؤها و لا الاستمتاع بها في أيام عدتها، و لا- تحليلها للغير، لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطئها لم تحرم أبداً عليه، أو على ذلك الغير، و لو مع العلم بالحكم و الموضوع.

و

في خبر عبد الله بن محمد أنه قال له أبو عبد الله (ع): «لا بأس بالتفخيز لها حتى تستبرئها، و إن صبرت فهو خير لك» (١).

و عن المبسوط: اعتبار ترك باقي الاستمتاع فيه أيضا. و هو صريح محكم السرائر. و ليس له دليل ظاهر. نعم في خبر إبراهيم بن عبد الحميد قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطؤها قال (ع): لا. قلت: فدون الفرج، قال: لا يقربها» (٢).

و فيه- مع أنه وارد في الحبلى التى لا استبراء فيها-: أنه معارض

بصحيح رفاعه قال: «سألت أبا الحسن موسى (ع) فقلت: اشترى الجارية

.. (الى أن قال):

قلت: فان كانت حبلى فما لى منها إذا أردت؟ قال (ع):

لك ما دون الفرج» (٣).

و نحوه موثق زرارة

«٤»، و خبر أبى بصير

«٥» فالمتعين حمل الرواية على الكراهة.

(١) كما نص على ذلك فى الجواهر، و حكى عن الكركى: أنه استشكل فيه و لم يرجح، ثم قال: «لكن وجه الترجيح فيه واضح. ضرورة

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث: ٤.

(٥) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث: ٣.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسۀ دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ١٢٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٢

[مسألة ١: لا يلحق بالتزويج فى العدة وطء المعتدة شبهة]

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

عدم الاندراج في الأدلة، والحكم مخالف للأصول، والقياس محرم عندنا.

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

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

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

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٣

والأحوط الإلحاق في التحريم الأبدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، ومع الدخول في صورة الجهل.

[مسألة ٢: إذا زوجه الولي في عدة الغير مع علمه بالحكم]

(مسألة ٢): إذا زوجه الولي في عدة الغير مع علمه بالحكم (١)

به في الشهادات، وفي الإقرارات، والوصايا، والندور، وغيرها. وكون لفظ التزويج كغيره من ألفاظ المعاملات والعبادات موضوعاً للأعم لا للصحيح لا ينافي ظهوره في مقام الاستعمال في خصوص الصحيح. ولذا قال في الجواهر في مبحث عقد المحرم: «نعم قد يقال: إن المنساق من نصوص المقام وفتاواه العقد الصحيح في نفسه، خصوصاً خبر ابن قيس

«١». فلا عبرة بالفساد كنكاح الشغار بل ولا بالفساد لفقده شرط من شرائط الصحة، كالعربية ونحوها. بخلاف ما لو كان فساداً بالعدة، والبلع، ونحوهما مما هو كالإحرام في الإفساد. 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 الأشكال ما ذكره في التحرير أخيراً حيث قال: «أما العقد الفاسد، فإن كان العاقد يعلم فساداً، فلا اعتبار به.

وإن لم يعلم فساداً - كمن اعتقد تسويغ نكاح الشغار لشبهته - ففي الاعتداد به إشكال، أقرب أنه كالصحيح». فإنه أيضاً تفصيل بلا فاصل ظاهر.

و أما

خبر الحكم بن عيينة: «سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة في عدتها، قال (ع): يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً» (٢).

فمع ضعفه في نفسه، محمول على خصوص مورد، فإن التعدي عنه إلى غيره غير ظاهر في مقابل ما عرفت من الظهور.

(١) يعني: علم الولي.

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٣.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٤

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

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٥

[مسألة ٣: لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه]

(مسألة ٣): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه (١)، سواء كانت عدة الطلاق، أو الوطاء شبهه، أو عدة المتعة، أو الفسخ بأحد الموجبات (٢) أو المجوزات له.

و العقد صحيح، إلا في العدة الرجعية، فإن التزويج فيها باطل لكونها بمنزلة الزوجة (٣). وإلا في الطلاق الثالث الذى يحتاج الى المحلل، فإنه أيضا باطل، بل حرام (٤) ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية، وإلا في عدة الطلاق التاسع فى الصورة التى تحرم أبداً، وإلا فى العدة لوطئه زوجة الغير

(١) لأن العدة إنما شرعت للمنع عن التزويج من غير ذى العدة احتراماً لذى العدة، فلا تمنع من تزويجه.

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

(٣) هذا غير كاف فى المنع. لأن التنزيل يختص بالأحكام الشرعية، ولا يشمل غيرها. والمنع من تزويج الزوجة إنما هو لأجل أن الزوجية لا تقبل التأكد ولا التكرار، فيمتنع أن يترتب أثر على العقد على الزوجة.

فإذا كان الطلاق الرجعى يوجب زوال علقه الزوجية و صيرورة المرأة أجنبية، فلا مانع من حدوث الزوجية لها بالعقد. والزوجية التنزيلية - بمعنى:

ثبوت أحكام الزوجة- لا يمنع من الزوجية الحقيقية. و يترتب على صحة العقد ثبوت المهر، و استحقاقه بالدخول، و غير ذلك من أحكام الزوجية الحديثة، و إلا فهي ليست بذات بعل، و لا معتدة.

(٤) لم أقف على ما يدل على هذه الحرمة، إذ المذكور في الكتاب [١]

[١] و هو قوله تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ..) البقرة: ٢٣٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٦

شبهة، لكن لا من حيث كونها في العدة، بل لكونها ذات بعل. و كذا في العدة لوطئه في العدة شبهة إذا حملت منه، بناء على عدم تداخل العدتين، فان عدة وطء الشبهة حينئذ مقدمة على العدة السابقة التي هي عدة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، و بعد وضعه تأتي بتمتة العدة السابقة، فلا يجوز له تزويجها في هذه العدة- أعنى: عدة وطء الشبهة- و إن كانت لنفسه، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل (١)، و لكن في إيجابه التحريم الأبدى إشكال (٢).

[مسألة (٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية في صورة الجهل أن يكون في العدة]

(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية في صورة الجهل أن يكون في العدة، أو يكفي كون التزويج في العدة مع الدخول بعد انقضائها؟

قولان (٣). الأحوط الثاني، بل لا يخلو عن قوة، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف الى الدخول في العدة.

و السنة

«١»: أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، و ذلك إنما يدل على بطلان العقد و عدم ترتب أثر عليه، لا حرمة العقد تكليفاً.

(١) العمدة فيه: أنه معلوم من مذاق الشارع، و أن جعل العدة يقتضى عدم جواز التزويج إلا بعد انتهائها. و سيأتي نظير ذلك في المسألة العاشرة.

(٢) و سيأتي منه في نظيره في المسألة العاشرة أن التحريم الأبدى لا يخلو من قوة. و لكنه غير ظاهر، كما سيأتي. فانتظر.

(٣) اختار أولهما في المسالك، قال فيها: «وطء الجاهل بالتحريم بعد العدة لا يؤثر في التحريم و إن تجدد له العلم، و إنما المحرم الوطاء فيها،

(١) راجع الوسائل باب: ٧ من أبواب أقسام الطلاق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٧

[مسألة (٥): لو شك في أنها في العدة أم لا]

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

أو العلم بالتحريم حالة العقد». و تبعه عليه في الجواهر، و غيرها. و لا يخفى أن نصوص الباب مختلفة، فبعضها وارد في صورة الدخول في العدة، كمصحح الحلبي الأول

. و نحوه مصصح ابن مسلم

، و حسن حمران

، و غيرهما. و بعضها مطلق، كمصحح الحلبي الأخير

«١». و لا- يخفى أن الأول لا يقوى على تقييد الثاني، لعدم التنافي في الحكم بينهما. و حينئذ يتعين العمل بإطلاق الثاني. إلا أن يمنع إطلاقه، لاقتران المطلق بما يصلح للقرينية من جهة المناسبات الكلامية، إذ المقام نظير ما إذا تعقب المخصص جملاً متعددة، فإن المخصص قرينه على تخصيص الأخير، و يصلح للقرينية على تخصيص ما قبل الأخير. و كذا في المقام، فإنه لا فرق بين قولنا: «إذا جاءك زيد و أكرمك يوم الجمعة»، و قولنا: «إذا جاءك زيد يوم الجمعة و أكرمك» في احتمال رجوع القيد إلى الجملة الأولى في المثال الأول، و إلى الجملة الثانية في المثال الثاني. و لعل مثلها ما إذا تقدم الظرف على الجميع، مثل: «إذا جاء يوم الجمعة و جاء زيد و أكرمك فاخلع عليه»، فان ذكر القيد صالح للقرينية على تقييد ما بعده فيسقط المطلق عن الإطلاق، و الصور الثلاث من باب واحد، و إن اختلفت في الوضوح و الخفاء. و حينئذ يتعين الرجوع في المقام إلى عمومات الحل. و من ذلك تعرف الإشكال في القول بالتحريم و إن كان الدخول في خارج العدة لإطلاق الفتاوى كالنصوص، كما في الرياض.

(١) لأصالة عدم كونها في العدة.

(٢)

ففي مصصح زرارة عن أبي جعفر (ع): «قال (ع):

(١) تقدم التعرض لهذه النصوص في أول الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٨

و كذا إذا علم كونها في العدة سابقاً و شك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. و أما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها. و هل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك (١). و إذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العدة، أو من غير التفات إليها ثم أخبرت بأنها كانت في العدة فالظاهر قبول قولها (٢)، و إجراء حكم التزويج في العدة، فمع الدخول بها تحرم أبداً (٣).

العدة و الحيض للنساء، إذا ادعت صدقت «١».

و مقتضى الجمود على عبارة النص و إن كان تصديق المرأة في دعوى وجود العدة و الحيض، فلا- عموم فيه لعدم العدة و عدم الحيض، لكن المنسب منه العموم، و لا- سيما بملاحظة كون الابتلاء بالثاني أكثر، فيكون بيان حكمه أولى. مضافاً إلى ما دل على حجية قول ذي اليد على ما في يده، فضلاً عن نفسه، فإذا أخبر بطهارة بدنه أو نجاسته و نحوهما صدق، كما عليه سيرة العقلاء و المتشرعة.

فلاحظ مباحث الطهارة من هذا الشرح «٢». و من ذلك يظهر الوجه في قوله (ره): «إذا أخبرت بالانقضاء».

(١) لأن الاستصحاب يقوم مقام العلم الموضوعي إذا أخذ موضوعاً على نحو الطريقة، كما فيما نحن فيه. و تحقيق ذلك في محله من الأصول.

(٢) للمصحح و غيره مما تقدم. بل هو المتيقن من المصحح كما عرفت.

(٣) لأن إطلاق دليل الحجية يقتضى ثبوت جميع الأحكام الثابتة للعدة، و لو بتوسط وقوع الدخول فيها. و ما في بعض الحواشي من أنه أحوط، كأنه مبني على عدم وضوح الإطلاق المذكور، لاحتمال اختصاص

(١) الوسائل باب: ٤٧ من أبواب الحيض حديث: ١.

(٢) راجع الجزء: ١ المسألة: ٦ من فصل ماء البئر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٢٩

[مسألة ٦: إذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً]

(مسألة ٦): إذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، و لكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً، أو لا؟ يبنى على عدم الدخول (١). و كذا إذا علم بعدم الدخول بها و شك في أنها كانت عالمة أو جاهلة فإنه يبنى على عدم علمها (٢)، فلا يحكم بالحرمة الأبدية.

[مسألة ٧: إذا علم إجمالاً بكون إحدى امرأتين المعينتين في العدة]

(مسألة ٧): إذا علم إجمالاً بكون إحدى امرأتين المعينتين في العدة، و لم يعلمها بعينها، و جب عليه ترك تزويجهما (٣) و لو تزوج إحداهما بطل (٤). و لكن لا يوجب الحرمة الأبدية

حجية قولها بما إذا لم يعارض أصل الصحة. و لذا ذكر في الشرائع: أنه لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة فالقول قول الزوج. إذ الأصل صحة الرجوع. انتهى. و نحوه ما في غيرها.

و فيه: أن الاحتمال المذكور خلاف الإطلاق. نعم لو كان تاريخ انقضاء العدة معلوماً و تاريخ العقد مجهولاً، فأخبرت بأن العقد كان في العدة، لم يسمع قولها، لأنه إخبار عن العقد، لا عن العدة. و يحتمل أن يكون وجه الإشكال في الفرض: أن قبول العقد منها إخبار منها بانتهاء العدة، فيكون إخبارها بالعدة منافياً له. و فيه: - مع أن الفعل لا يدل على شيء من ذلك، إلا من باب الحمل على الصحة، و هو لا- يعارض الخبر اللاحق- أنه لو سلم التعارض يكون المرجع استصحاب العدة إلى حين وقوع العقد فيبطل، و يقتضى التحريم الأبدى مع الدخول.

(١) لأصالة عدمه.

(٢) لأصالة عدم علمها.

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

(٤) لأصالة عدم ترتب الأثر عليه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٠

لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدة (١). نعم لو تزوجها معا حرمتا عليه في الظاهر (٢)، عملاً بالعلم الإجمالي.

[مسألة ٨: إذا علم أن هذه المرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره]

(مسألة ٨): إذا علم أن هذه المرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره، جاز له تزويجها، لأصالة عدم كونها في عدة الغير (٣)، فحاله حال الشك البدوي.

[مسألة ٩: يلحق بالتزويج في العدة في إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل]

(مسألة ٩): يلحق بالتزويج في العدة في إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل (٤)، فلو تزوجها مع العلم

(١) المقام نظير ما لو توضع بأحد الإنائين المعلوم نجاسة أحدهما، فإنه يبنى فيه على عدم ترتب الأثر، عملاً باستصحاب الحدث، ولا يبنى على نجاسة أعضاء الوضوء، لعدم إحراز نجاسة الماء، إلا إذا كانت الحالة السابقة نجاسة الإنائين معاً، بناء على صحة استصحاب النجاسة، لعدم منافاته للعلم الإجمالي بطهارة أحدهما عملاً. وهنا أيضاً لا يبنى على الحرمة الأبدية، لعدم إحراز كون العقد في العدة، إلا إذا كانت الحال السابقة في المرأتين معاً أنهما في العدة، و علم خروج إحداهما عنها و بقاء الأخرى فيها، فان التحقيق جواز جريان الاستصحاب فيهما معاً لما لم ينفيا العلم عملاً.

(٢) لأصالة عدم ترتب الأثر، و لا تجرى أدلة الصحة، للعلم الإجمالي بالطلاق في إحداهما.

(٣) و لا يعارضها أصالة عدم كونها في عدة نفسه، لعدم الأثر له.

(٤) قال في القواعد: «و لو تزوج بذات البعل، ففي إلحاقه بالمعتدة إشكال، ينشأ من عدم التنصيص، و من أولوية التحريم». و قد ذكر غير واحد ممن تأخر عنه أن في كل من الوجهين إشكالا. إذ الأولوية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣١

.....

غير ظاهرة، لما عرفت من احتمال أن يكون التحريم الأبدى، الذى هو حكم تعبدى، من آثار العدة بالخصوص، و إن كان لعلقة الزوجية دخل فيه فى الجملة، لكن لا على الاستقلال، و حينئذ لا مجال للقطع بالأولوية.

على أنه لو ثبتت الأولوية كان العمل عليها، و عدم التنصيص لا يعارضها فإنها مقدمة على أصالة الحل، أو عموم الحل. و أما عدم التنصيص فإشكاله أظهر، لورود النصوص المتضمنة للتحريم المؤبد،

ففى موثق أديم بن الحر قال: «قال أبو عبد الله (ع). التى تتزوج و لها زوج يفرق بينهما، ثم لا يتعاودان أبداً» (١)

و ،

موثق زرارة عن أبى جعفر (ع): «فى مرأة فقد زوجها أو نعى إليها فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال (ع): تعتد منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة، و ليس للآخر أن يتزوجها أبداً» (٢)

و ،

موثقه الآخر عن أبى جعفر (ع): «قال (ع) إذا نعى الرجل إلى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها، فاعتدت، و تزوجت فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أو لم يدخل بها. و ليس للآخر أن يتزوجها أبداً. و لها المهر بما استحل من فرجها»

«٣»

و ،

مرفوع أحمد بن محمد: «إن الرجل إذا تزوج امرأة و علم أن لها زوجاً فرق بينهما، و لم تحل له أبداً» (٤).

نعم يعارضها

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عن رجل تزوج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم، فطلقها الأول، أو مات عنها، ثم علم الأخير، أيراجعها؟ قال (ع): لا حتى تنقضى

- (٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.
 (٣) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.
 (٤) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٠.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٢
 بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً مطلقاً، سواء دخل بها أم

عدتها» (١).

فإنه أخص من الموثق الأول، لاختصاصه بصورة الجهل فيقيد به الموثق ، و يحمل على صورة العلم. كما أن بينه و بين الموثقين الآخرين عموماً من وجه، لاختصاصهما بصورة الدخول، بقرينة الاعتداد من الأخير في أحدهما، و استحقاق المهر في ثانيهما، و الصحيح لا- يختص بها، كما أن الصحيح يختص بصورة عدم العلم، و هما لا يختصان بها.

و في مورد المعارضة و هي صورة الجهل و الدخول يرجع الى أصالة الحل. و فيه: أن الموثقين كما يختصان بصورة الدخول يختصان بصورة الجهل، فيكونان أخص مطلقاً من الصحيح، فيتعين حمله على صورة عدم الدخول. و حينئذ يكون أخص مطلقاً من الموثق الأول فيقيد به، و تكون نتيجة الجمع عدم الحرمة في صورة الجهل و عدم الدخول، و الحرمة فيما عداها.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره كاشف اللثام من أنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً، مع الجهل و العلم، و مع الدخول و بدونه، لإطلاقها.

نعم

□
 في صحيحه الآخر قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة، ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجاً غائباً، فتركها. ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها، أ يتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها و لم يعلم أن لها زوجاً؟ قال (ع): ما أحب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره» (٢).

و لعل المراد من الدخول فيه الخلوة بها، كما في الوسائل، و إن كان بعيداً، فإنه أولى من التصرف في النصوص السابقة. فتأمل. و من الغريب ما وقع في هذه المسألة، فقد عرفت ما في القواعد-

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٣

لا. و لو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلا مع الدخول بها، من غير فرق بين (١) كونها حرة أو أمه مزوجة، و بين الدوام و المتعة في العقد السابق و اللاحق. و أما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجة، فلا يوجب الحرمة الأبدية (٢) و إن كان مع الدخول و العلم.

[مسألة ١٠: إذا تزوج امرأة عليها عدة و لم تشرع فيها]

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

و نحوه فى الروضة، و عن الإيضاح- من نفى النص فيها. و فى كشف اللثام أن مقتضى إطلاق الاخبار عموم التحريم. و فى الجواهر، و الرياض، و الحدائق، و غيرها لم يتعرض لهذا الصحيح و كيفية الجمع بينه و بين النصوص.

هذا كله فى حكم الدخول مع الجهل. أما صورة عدم الدخول مع الجهل: ففى المسالك: أنه لا إشكال فى الحل، و فى الرياض: دعوى الإجماع عليه، و فى الحدائق: «ليس فيه خلاف يعرف». أما صورة العلم و الدخول: فالظاهر أنه لا إشكال فى التحريم الأبدى فيها- كما فى المسالك. و فى الرياض: «لا خلاف فيه». و نحوه كلام غيره- لأنه زنا بذات بعل، فيدخل فى المسألة الآتية. ثم إن الذى يظهر من صحيح ابن الحجاج

أن جهل الزوج مانع من الحرمة الأبدية، و إن كانت المرأة عالمة. فالبناء على الحرمة الأبدية مع علم الزوجة لا يكون إلا من طريق الأولوية التى قد عرفت الاشكال فيها، أو بقاعدة الاشتراك، بناء على جريانها فى المقام. و سيأتى الكلام فيه فى حكم التزويج حال الإحرام.

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

(٢) للأصل، بعد خروجه عن مورد النصوص.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٤

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

[مسألة (١١): إذا تزوج امرأة فى عدتها و دخل بها مع الجهل]

(مسألة ١١): إذا تزوج امرأة فى عدتها و دخل بها مع الجهل، فحملت مع كونها مدخولة للزوج الأول، فجاءت بولد، فان مضى من وطء الثانى أقل من ستة أشهر، و لم

(١) قال فى القواعد: «و لو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد». و نحوه فى المسالك. و علله فى كشف اللثام و الجواهر: بأنها ليست زوجة، و لا معتدة، لعدم الاعتداد عليها قبل العلم بالوفاة، فيرجع فيها إلى أصالة الحل. لكن فى الرياض: «لو تزوجها بعد هذا الزمان فى زمان العدة لاقتضى التحريم البتة، ففيه أولى، لأنه أقرب الى زمان الزوجية. و المناقشة فى هذه الأولوية ممنوعة. فالتحريم لا يخلو من قوة». و فيه: أنه لا- وجه للمنع عن المناقشة فى الأولوية، حيث لا- دليل عليها، إذ لم يثبت أن التحريم المؤبد مع التزويج فى العدة من جهة نفس علقه الزوجية. إذ من الجائز أن يكون للعدة خصوصية اقتضت ذلك، و ان كان لعلقه الزوجية أيضاً دخل فى ذلك.

نعم لا ينبغى التأمل فى بطلان العقد، فان المفهوم من الأدلة أن ذات العدة لا يصح تزويجها إلا بعد انقضاء العدة، فما دامت العدة غير منتهية فعلاقة الزوجة للأول باقية، و هى تنافى التزويج للآخر. و لأجل ذلك افترق المقام عما قبله، فان ما قبله لما كان حكماً تعبدياً احتمل أن يكون للعدة دخل فيه. و أما المقام- و هو عدم صحة التزويج- فالذى تساعد عليه الأذواق العرفية أنه من أحكام نفس الزوجية للتمانع عندهم بين الزوجتين.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٥

يمض من وطء الزوج الأول أقصى مدة الحمل لحق الولد بالأول (١). و إن مضى من وطء الأول أقصى المدة و من وطء الثانى ستة أشهر أو يزيد الى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثانى (٢). و إن مضى من الأول أقصى المدة و من الثانى أقل من ستة أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما (٣). و إن مضى من الأول ستة فما فوق، و كذا من الثانى، فهل يلحق بالأول،

(١) قطعاً، كما في المسالك و الجواهر. و قد صرح به الجماعة على نحو يظهر التسالم عليه. و يقتضيه مرسل جميل بن صالح [١] عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «في المرأة تزوج في عدتها، قال (ع): يفرق بينهما و تعدد عدة واحدة منهما جميعاً، و إذا جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول» ، و تقتضيه قاعدة الفراش، فان الزوج الأول حال انعقاد النطفة هو الفراش، فيكون الولد له.

(٢) قطعاً، كما في المسالك و الجواهر. و بلا إشكال، كما في الرياض، و يظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه. لقاعدة الفراش، بناء على أن الواطئ شبهة فراش، لأن المراد به ما يقابل العاهر، و الواطئ شبهة غير عاهر. مضافاً الى مرسل جميل المتقدم .

(٣) بلا إشكال فيه عندهم. للعلم بانتفائه عنهما، لتولده في خارج الحد.

[١] في هامش النسخة الخطية: «كذا ذكر في جامع الروات و الوسائل» و قد روى الحديث هكذا في الوسائل في باب: ١٧ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ١٣. و في باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٤ رواه عن جميل من دون نسبه إلى أبيه. لكن نقل عن الصدوق في الموضوعين روايته عن جميل بن دراج.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٦

أو الثاني، أو يقرع؟ وجوه أو أقوال (١)، و الأقوى لحوقه بالثاني، لجملة من الاخبار. و كذا إذا تزوجها الثاني بعد تمام العدة للأول، و اشتبه حال الولد.

(١) حكى الأخير عن المبسوط. و فخر الإسلام. لأن كلا منهما فراش، فتعارض قاعدة الفراش فيهما، و لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيكون المقام من المشكل، فيرجع فيه الى القرعة لأنها لكل أمر مشكل. و في الشرائع- في بعض فروع السبب الأول من أسباب التحريم- اختار الإلحاق بالثاني، و اختاره في القواعد، و المسالك، و كشف اللثام، و غيرها. و نسبة في المسالك إلى الأكثر.

للنصوص، منها مرسل جميل المتقدم

، كما يقتضيه إطلاقه. و منها □

صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (ع): «قال: إذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت و نكحت، فان وضعت لخمسة أشهر فإنه لمولها الذي أعتقها، و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير» (١).

و

صحيح البنزطي عن مرواه عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت و قد أعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول، و إن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلأمه و لأبيه الأول، و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخير» (٢)

و ،

موثق أبي العباس قال: «قال: إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير، و إن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأول» (٣).

و إن كان الأخير لا- يخلو من إجمال المورد. و ما قبله ليس مما نحن فيه، عدا المرسل. و كأنه لذلك و لضعف المرسل لم يعتد بالأخبار في المسالك، و إنما اعتمد على قاعدة

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ١١.

(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٧

[مسألة (١٢): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج أو لا معه]

(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج (١) أو لا- معه، و عدة الطلاق أو الوفاء أو نحوهما فهل تتداخل العدتان، أو يجب التعدد؟ قولان، المشهور على الثاني (٢).

و هو الأحوط. و إن كان الأول لا يخلو عن قوة (٣)، حملاً للأخبار الدالة على التعدد (٤) على التقية. بشهادة خبر زرارة

، الفراش بناء منه على ترجيح تطبيقها على الثاني على تطبيقها على الأول، لأن الثابت أولى من الزائل. وفيه: أن المراد بالفراش: الفراش حال الانعقاد، و نسبه إليهما متساوية، و الاحتمال بالنسبة الى كل منهما على السواء. لكن مرسل جميل بن صالح رواه الصدوق في الفقيه. عن جميل بن دراج

«١». و ظاهره أنه بلا إرسال. على أن الظاهر بناء الأصحاب على عدم الفصل بين الموارد.

(١) يعنى: التزويج الباطل، و لذا كان الوطء شبهة.

(٢) و فى الجواهر: «يمكن دعوى الإجماع عليه، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه».

(٣) كما عن الصدوق، و ابن الجنيد، و نسب فى الجواهر الميل إليه إلى جماعة من متأخري المتأخرين.

(٤) يريد بها

صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «المرأة الحبلية يتوفى عنها زوجها، فتضع و تتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر و عشرًا، فقال: إن كان الذى تزوجها دخل بها فرق بينهما، و لم تحل له أبداً، و أعتدت بما بقى عليها من عدة الأول، و استقبلت عدة أخرى من الآخر

(١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة ٣٠١ طبعه النجف الحديثه، الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ملحق حديث: ١٣، باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ١٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٨

و خبر يونس (١).

ثلاثة قروء. و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما، و أتمت ما بقى من عدتها، و هو خاطب من الخطاب» (١).

و نحوه مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

، و خبر على بن جعفر عن أخيه»

«٢». و كلها واردة فى الحامل و قد مات عنها زوجها فوضعت و تزوجت قبل تمام الأربعة أشهر و عشرة أيام، و موثق محمد بن مسلم

عن أبي جعفر (ع) فى الرجل يتزوج المرأة فى عدتها

«٣». و نحوه صحيح على بن رئاب عن على بن بشير النبال عن أبي عبد الله (ع)

«٤». و دلالتها على وجوب الاعتداد للثانى بعد إتمام الاعتداد للأول ظاهرة.

(١) أما الأول:

فرواه الشيخ بإسناده عن على بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن امرأة نعى إليها زوجها

فاعتدت و تزوجت، فجاء زوجها الأول ففارقتها الآخر كم تعتد للثاني؟ قال (ع): ثلاثة قروء، و إنما يستبرئ رحمها بثلاثة قروء، و تحل للناس كلهم. قال زرارة: و ذلك أن أناساً قالوا: تعتد عدتين من كل واحد عدة، فأبى أبو جعفر عليه السلام (ع) و قال: تعتد ثلاثة قروء، و تحل للرجال «٥».

و كأن السؤال فيه عن صورة مفارقة الزوج لها أيضاً بالطلاق. و أما خبر يونس: فهو ما رواه في الكافي عن يونس عن بعض أصحابه: «في امرأة

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦، ٢٠.

(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٩.

(٤) الوسائل باب: ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٨.

(٥) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٣٩

.....

نعى إليها زوجها فتزوجت، ثم قدم الزوج الأول فطلقها، و طلقها الآخر قال: فقال إبراهيم النخعي: عليها أن تعتد عدتين. فحملها زرارة الى أبي جعفر (ع)، فقال: عليها عدة واحدة «١».

و الخبران المذكوران واردان في ذات البعل. و شهادتهما بحمل نصوص التعدد الواردة في المعتدة على التقيّة، و الأخذ بنصوص التداخل - كما استظهره في الحدائق - مبنية على كون المسألتين من باب واحد. و المراد بنصوص التداخل

صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع): «في امرأة تزوجت قبل أن تنقضى عدتها قال (ع):

يفرق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما جميعاً» «٢».

و نحوه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله (ع)

«٣»، و مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع)

«٤». و نحوها موثق زرارة عن أبي جعفر (ع) المتقدم في ذات البعل

«٥». هذه نصوص التداخل، مضافا الى الخبرين المذكورين في المتن.

و عن الشيخ: حمل نصوص التداخل على عدم دخول الثاني، لعدم صراحتها في الدخول، و صراحة نصوص التعدد فيه. و ضعفه ظاهر، كما ذكر جماعة، إذ لا معنى للاعتداد من الثاني إذا لم يكن دخول منه. و حملها جماعة آخرون على التقيّة. و هو غير ظاهر، لما عرفت، و لما

حكى من أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها البتة، فنكحت في آخر عدتها، ففرق عمر بينهما، و ضربها بالمخفقة و زوجها ضربات، ثم قال: «أيما رجل تزوج امرأة في عدتها، فان لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما

(١) الوسائل باب: ٣٨ من أبواب العدد حديث: ٢.

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

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

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

(٥) راجع أول المسألة: ٩ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٠

.....

و تأتي ببقية عدة الأول، فإن شاء تزوجها. وإن كان دخل بها فرق بينهما، و تأتي ببقية عدة الأول، ثم تستأنف عدة الثاني، ثم لا تحل له أبداً» (١)

و قد ترجح نصوص التعدد بموافقته لأصالة عدم التداخل. و فيه:

أن الغرض من الاعتداد استبراء الرحم من الولد، وهذا المعنى لا يحتاج الى التعدد. مع أن ظاهر الأدلة اعتدادها متصلاً بالسبب الموجب له، وهذا المعنى لا يقبل التعدد. فمقتضى ظاهر الأدلة الأولى هو التداخل، فتكون نصوص التعدد معارضة لها معارضتها لنصوص التداخل.

فالعدة حينئذ هو ثبوت صلاحية نصوص التداخل للمعارضة و عدمه، فعلى الثاني: تسقط عن الحجية، و لا حاجة الى توجيهها بالحمل على التقية، أو عدم دخول الثاني، أو نحو ذلك. و على الأول: يمكن الجمع العرفي بينها و بين نصوص التعدد، بحمل الثانية على الاستحباب، لأنه أبرأ للرحم و أحفظ للحقوق. و الانصاف يقتضى البناء على ذلك، لأن إعراض المشهور عنها لم يعلم أنه كان لاطلاعهم على خلل في الدلالة، أو الصدور، أو لبنائهم على ترجيح نصوص التعدد بموافقته لأصالة عدم التداخل عندهم، أو للاحتياط، أو لأنها أشهر الروايتين، كما فى الشرائع. فلم يثبت ما يوجب سقوطها عن الحجية، و لا سيما بملاحظة أنهم اعتنوا بها فوجهها بما عرفت الذى قد عرفت إشكاله، و لم يطعنوا بها بما يوجب خروجها عن الحجية.

و من الغريب أن الصدوق الذى نسب اليه القول بالتداخل فى كتاب المقنع - حيث قال فى آخر كتاب الإيلاء منه: «فإن نعى إلى المرأة زوجها فاعتدت و تزوجت، ثم قدم زوجها فطلقها، و طلقها الأخير، فإنها تعتد

(١) كنز العمال الجزء: ٨ حديث: ٤٩٤٩، سنن البيهقي الجزء: ٧ باب اجتماع العديتين صفحة: ٤٤١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤١

و على التعدد يقدم ما تقدم سببه (١)، إلا إذا كان إحدى العديتين بوضع الحمل فتقدم و ان كان سببها متأخراً (٢)، لعدم إمكان التأخير حينئذ. و لو كان المتقدم عدة و طء الشبه

عدة واحدة ثلاثة قروء» و هو مضمون موثق زرارة الوارد فى ذات البعل - قال فى كتاب النكاح منه: «و إذا تزوج الرجل امرأة فى عدتها و لم يعلم، و كانت هى قد علمت أنه قد بقى من عدتها، ثم قذفها بعد علمه بذلك، فإن كانت علمت أن الذى عملت محرم عليها، فندمت على ذلك، فإن عليها الحد حد الزانى، و لا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً. فإن فعلت بجهالة منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحد، و فرق بينهما، و تعتد عدتها الأولى، و تعتد بعد ذلك عدة كاملة». و هو مضمون رواية على بن بشير المشار إليها فى أخبار التعدد

. فنسبة القول بالتداخل اليه غير ظاهرة. و لو أمكن التفكيك بين المسألتين، كان اللازم نسبة التداخل إليه فى تزويج ذات البعل، و التعدد إليه فى تزويج ذات العدة. لكن عرفت التسالم على عدم الفرق. فالكلامان متنافيان مع قرب ما بينهما.

(١) بلا خلاف فيه فى الجملة، و لا إشكال. للأصل، و النصوص.

نعم إذا كانت معتدة للشبهة فمات زوجها، فقد احتل في المسالك تقديم عدة الوفاة، لكونها للزوج، و هي مستندة الى العقد اللازم. و كذا لو كانت معتدة للشبهة فطلقها زوجها، فقد احتل تقديم عدة الطلاق، لكونها أقوى سبباً. و لكنه - كما ترى - خلاف الأصل. هذا و إذا اقترن السببان فبناء على التعدد يكون لها الخيار في التقديم و التأخير، لعدم المرجح.

(٢) كما صرح بذلك في الشرائع، و القواعد، و غيرهما. و في غير موضع من الجواهر نفى الخلاف و الاشكال فيه، لما ذكر في المتن. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٢

و المتأخرة عدة الطلاق الرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدته (١)؟ و هل ترث الزوج إذا مات قبله في زمان

(١) كما اختاره في كشف اللثام. لأن الرجعة استدامة، و هي لا تنافي الاعتداد من الغير. و تبعه عليه في الجواهر. و الأصل في ذلك ما في المبسوط، قال: «إن مذهبنا أن له الرجعة في زمان الحمل».

قال: «لأن الرجعة تثبت بالطلاق فلم تنقطع حتى تنقضى العدة، و هذه ما لم تضع الحمل و تكمل العدة الأولى، فعدتها لم تنقض، فتثبت الرجعة عليها. و له الرجعة ما دامت حاملا، و بعد أن تضع مدة النفاس و الى أن تنقضى عدتها بالأقراء». قال: «و إذا قلنا لا رجعة له عليها في حال الحمل ما دامت حاملا، فإذا وضعت ثبت له عليها الرجعة، و إن كانت في عدة النفاس لم تشرع في عدتها منه، لأن عدة الأول قد انقضت، فتثبت له الرجعة و إن لم تكن معتدة منه في تلك الحال، كحال الحيض في العدة». و في القواعد: «إن له الرجعة في الإكمال دون زمان الحمل».

و في المسالك: «له الرجعة في زمان إكمالها بعد الحمل، لا زمان الحمل، لأنها حينئذ ليست في عدة رجعية».

أقول: العدة في الوجهين ثبوت إطلاق يقتضى صحة الرجوع ما دامت لم تخرج من العدة و عدمه. و الظاهر الأول، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع). قال: «سألته عن رجل طلق امرأته واحدة، قال (ع): هو أملك برجعته ما لم تنقض العدة» (١)

و

في صحيحه الآخر عن أبي جعفر (ع): «و إذا أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضى أقرؤها» (٢)

و

في خبره عن أبي جعفر (ع): «هي

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٣

عدة و طء الشبهة؟ (١) و جهان، بل قولان، لا- يخلو الأول منهما من قوة. و لو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها في زمان عدة الوطء قبل مجيء زمان

امراته ما لم تنقض العدة» (١)

و

في موثق ابن بكير و غيره عن أبي جعفر (ع) «و هو أحق برجعته ما لم تنقض ثلاثة قروء» (٢)

و

في موثق عبد الله بن سنان عن عبد الله (ع): «فان طلقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ينقضى أجلها، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين» (٣)

.. الى غير ذلك من النصوص التي لا تحصى لكثرتها. وإطلاقها يقتضى جواز الرجوع له في المدة التي تكون بين الطلاق و عدته. و لم أقف عاجلاً على ما يدل على اعتبار كون الرجوع في العدة، و لو فرض أمكن حمله على إرادة نفي الرجوع بعد العدة جمعاً، و يقتضيه ما

في صحيح علي بن رثاب عن يزيد الكناسي عن أبي جعفر (ع): «قال (ع): لا- ترث المختلعة و الخيرة، و المبارأة، و المستأمرة في طلاقها، هؤلاء لا- يرثن من أزواجهن شيئاً في عدتهن، لأن العصمة قد انقطعت فيما بينهن و بين أزواجهن من ساعتها، فلا رجعة لأزواجهن و لا ميراث بينهم» (٤).

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

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٧.

(٤) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٤

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

فإذا رآته فقد انقطع» (١)

و ،

في موثقه: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يطلق المرأة، فقال (ع): يرثها و ترثه ما دام له عليها رجعة» (٢)

و ،

في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «و إن ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها و ورثته» (٣)

و ،

في موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): «أما امرأة طلق فمات عنها زوجها قبل أن تنقضى عدتها فإنها ترثه ثم تعد عدة المتوفى عنها زوجها، و إن توفيت في عدتها ورثها» (٤).

نعم ظاهر ذيله اعتبار الوفاة في العدة.

و نحو غيره،

ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع): «إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدة، فإذا طلقها التليقة الثالثة فليس له عليها رجعة و لا ميراث بينهما» (٥).

و نحوه غيره. و لا يبعد أن يكون الجمع بينهما بحمل الثانية على كونه في مقابل الموت بعد العدة، فإنه مقتضى مناسبة الحكم، كما فيما سبق.

(١) قد تقدم من المصنف (ره): أنه لا يجوز التزويج بذات العدة و إن كانت عدة و طء الشبهة، و حكى في كشف اللثام: الاتفاق على

أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة في عدة شبيهة. 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 يجز تجديد العقد في

- (١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٣.
 (٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٤.
 (٣) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٥.
 (٤) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٨.
 (٥) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٥

في عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها لا سائر الاستمتاع بها كما هو الأظهر (١). و لو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق فيحتمل كونه موجبا للحرمة الأبدية أيضاً، لصدق التزويج

عدة الوطاء اللاحقة فعدم الجواز قبلها أولى. ولأن تجديد العقد يوجب انتهاء عدة الطلاق و دخول عدة الوطاء، فيمتنع عليه الاستمتاع فلا يكون للعقد أثر، فيبطل. و المصنف فرض المسألة فيما لو تقدم الوطاء على الطلاق، و جواز تجديد العقد بعد الطلاق البائن في تنمة عدة الوطاء، لأنه لا مانع من العقد إلا دعوى أنه لا أثر للعقد، لحرمة الاستمتاع بالمعتدة مطلقاً وطأ كان أو غيره. و قد قال في القواعد: «و كل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً»، فإذا بنينا على جواز سائر الاستمتاع غير الوطاء لم يكن مانع من العقد. (١) و استوجهه في الجواهر، لعدم الدليل عليه يصلح لمعارضته ما دل على الاستمتاع بالزوجة. و فيه: أن الظاهر من الاعتداد الامتناع عن ذلك، و بذلك افتقرت العدة عن مدة الاستبراء. و لأجل ذلك لا يصح العقد عليها، فإنه أيضاً مفهوم من الأمر بالاعتداد، و لو لا ذلك لم يكن حرمة الوطاء و سائر الاستمتاع مانعاً من صحة العقد. و دعوى: أنه لا أثر له غير ظاهرة، فإن اعتبار الزوجة يكفي فيه الآثار الأخرى، مثل وجوب النفقة و التوارث، و حرمة الزوجة على أب الزوج و ولده، و حرمة أمها على الزوج، و غير ذلك من الآثار. و لذا لو فرض عدم التمكّن من الاستمتاع بالزوجة لم تبطل زوجيتها، و لم يمتنع تزويجها. و كذا لو فرض حرمة الاستمتاع بها بنذر و نحوه، فإن ذلك لا يمنع من صحة التزويج بها، و لا يبطل زوجيتها.

فإذاً الأقوى حرمة جميع الاستمتاع بالموطوءة شبيهة، و عدم جواز

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٦

في عدة الغير. لكنه بعيد. لانصراف أخبار التحريم المؤيد عن هذه الصورة (١).

هذا و لو كانت العدتان لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شبيهة في أثناء العدة، فلا ينبغي الإشكال في التداخل (٢)، و إن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء (٣) التعدد في هذه الصورة أيضاً.

[مسألة (١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطاء بالشبهة المجردة عن التزويج]

(مسألة ١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل (٤) في الوطاء بالشبهة المجردة عن التزويج

التزويج بها، لأنه الظاهر من الأمر بالاعتداد ذلك، فإن الاعتداد من المفاهيم المجملة التي أو كل 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 أو كل بيانها الى البيان الصادر في بعض الموارد، كما أشرنا الى ذلك في جملة من المباحث من هذا الشرح.

(١) يعنى: الانصراف إلى صورة سبق العدة بزوجة العاقد. لكن دعوى هذا الانصراف غير ظاهرة، وإن وافقه عليها شيخنا الأعظم (ره) في رسالة النكاح. وإطلاق الفتوى يمنعه جداً، 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.

(٢) كما استوجهه في الجواهر وفاقاً للفاضلين.

(٣) بل الأكثر، كما في الجواهر.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٧

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

[مسألة ١٤]: مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج

(مسألة ١٤): مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج حين الفراغ من الوطء (٤). وأما إذا كان مع التزويج

(١) إذ لو كانت عالمة كانت بغياً، «و لا مهر لبغى»

(٢) حكى أولهما عن الشيخ في المبسوط، لأن العقد هو السبب في ثبوت المهر، لأنه الوجه في الشبهة، فكان كالصحيح المقتضى ضمان ما وقع عليه التراضي. وفيه: أن استحقاق المسمى إنما يكون بالعقد، فإذا فرض بطلانه لم يكن وجه لاستحقاقه. و كونه سبب الشبهة، لا يقتضى سبب 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): «فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» (١).

و نحوه ما في موثق سليمان بن خالد

(٢). و لا يبعد أن يكون المراد منه جنس المهر، كما يشير اليه التعليل، لا المسمى، فان التعليل لا يقتضيه.

(٣) للأصل مع عدم المقتضى له، إذ هو إما العقد، وإما الوطء، وكلاهما منتف.

(٤) كما في الجواهر. لأنه السبب في العدة، و ظاهر الأدلة كونها متصله بالسبب،

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٨

فهل هو كذلك، أو من حين تبين الحال؟ وجهان (١).

و الأحوط الثاني، بل لعله الظاهر من الاخبار.

[مسألة ١٥]: إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة

(مسألة ١٥): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط - فلا مهر لها إذا كانت حرة، إذ لا مهر لبغى. و لو كانت أمه ففي كون الحكم كذلك

عن رجلين نكحا امرأتين، فأتى هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا، قال (ع):
تعتد هذه من هذا، وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها «١».
و نحوه غيره.

(١) للأول: ما سبق. و للثاني: أنه ظاهر النصوص المتضمنة للأمر بالاعتداد بعد التفريق، كما أشار إلى ذلك في المتن،
ففي مصحح إبراهيم ابن عبد الحميد المروى في الفقيه: أن أبا عبد الله (ع) قال في شاهدين شهدا عند امرأة بأن زوجها طلقها،
فتزوجت، ثم جاء زوجها، قال (ع):

«يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج ثم تعتد و ترجع إلى زوجها الأول» «٢».

و قريب منه غيره. و الجميع ينسب إلى الذهن منه أن الاعتداد بعد التفريق، و هو وقت تبين الحال. و لذلك مال في الجواهر إلى ذلك.
و علله بعض: بأن الشبهة بمنزلة النكاح الصحيح، فزوال الشبهة بمنزلة الطلاق، فيكون الاعتداد منه. و هو - 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
و كان الاشتباه في وقوعه لاعتقاد وقوعه، أو للاشتباه في المعقود له أو عليه، و أن المدّة

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب العيوب حديث: ٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة: ٣٥٥ طبعة النجف الحديثية، الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٤٩

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

التي تكون فيها الموطوءة تحت سلطان الواطئ و في حباله يستمتع بها و يضاجعها ليست جزءاً من العدة، فيكون مبدأ العدة في جميع
الصور ارتفاع الاشتباه، لا حين الوطء.

(١) كما اختاره في الشرائع في مباحث نكاح الإماء، قال (ره):

«إذا تزوج الحر أمه من غير إذن المالك، ثم وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم كان زانياً، و عليه الحد، و لا مهر لها إذا كانت عالمة
مطوعة». و في كتاب الرهن قال: «و لو وطأ المرتهن الأمه مكرها لها كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر. و قيل: عليه مهر أمثالها. و
لو طاعته لم يكن عليه شيء»، و في باب بيع الحيوان قال: «من أولد جارية ثم ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك، و يجب على الواطئ
عشر قيمتها إن كانت بكرًا و نصف العشر إن كانت ثيبًا. و قيل: يجب مهر أمثالها. و الأول مروى».

و كلامه الثاني يدل على نفى المهر و الأرش للمطوعة، فيحمل عليه كلامه الأخير، فيحمل على غير المطوعة، بناء على اتحاد
المسألتين حكماً. و أما كلامه الأول فلا تعرض فيه للأرش و إنما يتعرض لنفى المهر.

و قد يظهر من ذلك أن الكلام في مقامين. الأول: لزوم المهر للسيد في وطء الأمه مع علمها بعدم حلية الوطء و عدم لزومه، الثاني:
أنه على تقدير عدم لزوم المهر للأرش للسيد أو لا يلزم.

أما الكلام فى الأول: فهو أنك عرفت ما ذكره المحقق. و تبعه عليه جماعة من نفى المهر. و وجهه: أما النبوى المشهور: «لا مهر لبغى».

و إما لأن الانتفاع بالبضع مما لا يضمن كسائر الاستمتاع، فكما لا يضمن الاستمتاع بالتقيل و نحوه لا يضمن الاستمتاع بالوطء. لكن ناقش فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٠

.....

المسالک فى شمول الخبر للإماء، بقريته ذكر المهر الذى يكون للحرائر المتعارف إطلاقه على الصداق، بخلاف عوض بضع الأمة فإنه يسمى بالعقر، و لأجل ذلك سميت الحره مهيره، دون الأمة. و بقريته اللام أيضا، فإنها ظاهرة فى الملك، و هو لا يكون إلا فى الحره، فإن الأمة مهرها لسيدها.

و حمل اللام على الاختصاص خلاف الظاهر. و ناقش أيضا فيما بعده- و كذا فى الجواهر- بأنه لا وجه لقياس الوطاء على غيره من الاستمتاع، لو سلم الحكم فى المقيس عليه، باعتبار عدم عده مالا- فى الشرع و العرف، بخلاف الوطاء المقابل به عرفاً و شرعاً. و يشكل: بأن عد الانتفاع بالبضع مالا شرعاً مصادرة، و مالا عرفاً غير ظاهر، إذ لا مجال لمقايسه ذلك باستخدام الرجل و المرأة، فإنه مضمون إذا كانت له قيمة عندهم، لكونه مالا- و يعاوض عليه عند العرف، بخلاف الاستمتاع الواقعة بين الرجل و المرأة، فإن استمتع كل منهما بالآخر لا يعد مالا- و لا يقابل بالمال، و ليس بضع المرأة أولى من بضع الرجل فى انتفاع الطرف الآخر، فكما لا يصح للرجل مطالبه المرأة بقيمة انتفاعها ببضعه، لا يصح للمرأة مطالبه الرجل، فإن الاستفادة من الطرفين على نحو واحد، و فى الطرفين لا يعد عرفاً من المنافع المقصودة المعاوض عنها. و لعله يظهر ذلك بأقل تأمل. فالقواعد العامة لا تقتضى ضمان المهر. و ما دل على ضمان المهر باستحلال الفرج مختص بالحرائر، كما سبق. و من ذلك يظهر ضعف ما عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس من لزوم المهر للسيد.

و أما الكلام فى المقام الثانى: فهو أن الذى يظهر من كلام الشرائع فى كتاب الرهن المتقدم عدم استحقاق الأرش على الواطئ. و عن جماعة استحقاقه. و اختاره فى الرياض حاكياً له عن المقنع و النهاية و القاضى و ابن حمزه. و اختاره فى الجواهر، و حكاها عن السيد فى المدارك، بل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥١

.....

نسبه الى فتوى المشهور فيمن اشترى أمه و وطأها ثم ظهر أنها مستحقة لغير البائع، لصحيح الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله (ع): «فى رجل تزوج امرأة حرة فوجدها قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذى زوجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد .. (الى أن قال):

و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها» (١)

، و

صحيح الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله (ع): «فيمن أحل جاريتة لأخيه، قلت: رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها،

قال (ع): لا ينبغي له ذلك. قلت: فان فعل أ يكون زانياً؟ قال (ع): لا، و لكن يكون خائناً، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها» (٢).

و إطلاقهما يقتضى عدم الفرق بين العالمه و الجاهله. بل نسب الى ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم الفرق بينهما فيما لو تزوجها لدعواها الحرية فتيين أنها أمة. بل فى المسالك عن بعضهم: دعوى إجماع المسلمين عليه. فإذا لا- مجال للتوقف فيه بعد ورود الصحيحين المذكورين به.

ثم إنه قد ادعى اختصاص الصحيح الأول بصورة علم الأمة. لكنه ضعيف، لأن تدليسها كونها أمة لا يستلزم العلم بحرمه الوطء. و كذلك الصحيح الثانى، لإمكان عدم اطلاع المحللة على ما وقع بين مالكةا و المحلل له، فإطلاقهما بالنسبة إلى حالتى علم الأمة و جهلها محكم، نعم يختص الأول بصورة الشبهة فى الواطء، و الثانى بصورة علمه، فتعميم الحكم لهما فى محله. كما أنهما يختصان بمورد هما. فالتعدى إلى غيرهما غير ظاهر، إلا من

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣٥ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٢

[مسألة ١٦: لا يتعدد المهر بتعدد الوطء مع استمرار الاشتباه]

(مسألة ١٦): لا يتعدد المهر بتعدد الوطء (١) مع استمرار الاشتباه. نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد.

[مسألة ١٧: لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل]

(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل للزاني (٢)،

جهة التعليل بالاستحلال. و لا يخلو من تأمل، و إن كان هو الأظهر.

(١) كما استظهره فى الجواهر فى مبحث بيع الحيوان، لأنه ظاهر الصحيح الأول.

(٢) كما هو المشهور. و عن الخلاف: الإجماع عليه. لعمومات الحل، و لعموم:

«الحرام لا يحرم الحلال» (١)

، و خصوص

صحيح عبيد الله ابن على الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «أىما رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً، قال (ع) أوله سفاح و آخره

نكاح، و مثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً» (٢)

، و

صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة ثم بدا له أن يتزوجها، فقال (ع): حلال، أوله سفاح و آخره

نكاح، أوله حرام و آخره حلال» (٣).

و نحوهما غيرهما.

و عن الشيخين و جماعة: المنع إلا مع التوبة. و يشهد لهم جملة من النصوص،

كموثق عمار بن موسى عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل يحل له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها؟ قال (ع): إن أنس منها

رشداً فنعم، وإلا فليرادها على الحرام، فان تابعته فهي عليه حرام،

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤، ٥، ٥ و باب: ٦ حديث: ٦، ٩، ١١، ١٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٣

و غيره (١). و الأحوط الأولى أن يكون بعد استبراء رحمها

و إن أبت فليتزوجها» (١).

و نحوه غيره. و فيه - كما فى الجواهر -:

أنها قاصرة عن ذلك بالشهرة على خلافها. و بموافقتها لابن حنبل، و قتادة.

و يشكل: بأن مخالفتها المشهور فى المقام لا يسقطها عن الحجية. و كذلك موافقتها لابن حنبل، مع أنها مروية عن أبى جعفر و أبى عبد الله (ع)، و زمانهما متقدم على زمان ابن حنبل، فلا مجال للاتقاء منه. فالجمع بين هذه النصوص و ما قبلها بالتقييد متعين، لو لا ما تقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع، و ما فى صحيح الحلبي المتقدم من التمثيل، و ما ورد من جواز تزويج الزانية - كما سيأتى - من الحمل على التنزيه مخافة اختلاط المياه و اشتباه الأنساب.

(١) على المشهور شهرة عظيمة، للنصوص الكثيرة، منها

صحيح على بن رثاب المروى فى قرب الاسناد، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم؟ قال (ع): نعم، و ما يمنعه؟! و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد» (٢)

،

خبر زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: «سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا الثناء عليها فى شىء من الفجور، فقال (ع): لا بأس بأن يتزوجها و يحصنها» (٣)

، و نحوهما غيرهما.

و عن الحلبي، و ظاهر المقنع: الحرمة. للآية الشريفة: (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ) (٤)، بدعوى ظهورها فى حرمة تزويج الزانية لغير

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٤) النور: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٤

بحيضة من مائه أو ماء غيره (١) إن لم تكن حاملا. و أما

الزاني و المشرك، و حرمة التزويج من الزاني لغير الزانية و المشركة. و فيه:

عدم ظهور كون الآية الشريفة في مقام تشريع التحليل و التحريم، بل من الجائز كونها في مقام الاخبار، و يكون المراد من النكاح الوطء إذ لو حمل على تشريع التحليل و التحريم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزاني المشرك، و جواز تزويج المشرك الزانية المسلمة، و لم يقل به أحد، فلا بد من تنزيلها على غير هذا المعنى، و لا مجال حينئذ للاستدلال بها على ما نحن فيه. و النصوص الآتية ربما تشير الى ذلك.

(١) كما

□
في موثق إسحاق بن جرير، عن أبي عبد الله (ع)، قال: «قلت له الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال (ع): نعم: إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، و إنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها» (١)

و فيما

رواه الحسن بن علي بن شعبة في تحف العقول عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد (ع): «أنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا أ يحل له أن يتزوجها؟ فقال: يدعها حتى يستبرئها من نطفته و نطفة غيره، إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه، ثم يتزوج بها إن أراد، فإنما مثلها مثل نخلة أكل منها رجل حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالاً» (٢).
و في المسالك عن التحرير: لزوم العدة على الزانية مع عدم الحمل، ثم قال: «و لا بأس به حذراً من اختلاط المياه و تشويش الأنساب»، و اختاره

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤. لكنه رواه عن إسحاق ابن حريز.

(٢) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب العدد حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٥

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

في الوسائل، و الحقائق، للروايتين المذكورتين، المعترضتين بعموم ما دل على لزوم العدة بالدخول
(١)، و

قولهم (ع): «العدة من الماء» (٢).

و في الجواهر لم يستبعد حمل الخبرين على ضرب من الندب. و العمومات لا مجال للأخذ بها في بعض الموارد إجماعاً. و الاشكال عليه ظاهر، إذ الأول: لا قرينة عليه و الثاني: لا يمنع من الأخذ بالعموم في غير مورد الإجماع. و كان الأولى الإشكال على العمومات بأنها واردة في العدة لغير صاحب الماء، و قد تقدم أنه يجوز التزويج في عدة نفسه. و أما الخبران:

فمخالفتان للمشهور، فلا مجال للعمل بهما. على أن الثاني منهما مرسل.

فتأمل. و أما إطلاق ما دل على جواز تزويج الزانية فلا نظر فيه الى المقام.

و لو فرض فهو مقيد بما ذكر.

(١) بلا إشكال ظاهر فيه، و لا خلاف، لعدم الدليل على لزوم العدة فيها. و النصوص المتقدمة لا تشملها، بل ظاهرها عدمها.

(٢) فقد ورد في جملة من النصوص تفسير الآية الشريفة بها،

ففي صحيح زرارة قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز و جل:

(الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ) «٣»، قال (ع): هن نساء مشهورات بالزنا، ورجال مشهورون

(١) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب العدد حديث: ٣. و باب ٥٤ من أبواب المهور حديث: ٣-٤-٨.

(٢) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب العدد حديث: ٤. و باب: ١ حديث: ١ و باب: ٥٤ من أبواب المهور حديث: ١.

(٣) النور: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٦

إلا بعد ظهور توبتها. بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزانى بها و أحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلا بعد توبتها. و يظهر ذلك بدعائها إلى الفجور، فإن أبت ظهر توبتها (١).

[مسألة ١٨): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها]

(مسألة ١٨): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها (٢)

بالزنا، قد شهروا بالزنا و عرفوا به، و الناس اليوم بذلك المنزل، فمن أقيم عليه حد الزنا، أو شهر منهم بالزنا، لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته» (١)

، و نحوه خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام

«٢» و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع)

«٣»، و

خبر حكم ابن حكيم عن أبي عبد الله (ع): «في قول الله عز و جل (وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ) قال: إنما ذلك فى الجهر، ثم قال: لو أن إنساناً زنا ثم تاب تزوج حيث شاء» «٤».

و

فى رسالة المحكم و المشابه عن تفسير النعمانى: «نزلت هذه الآية فى نساء كن بمكة معروفات بالزنا، منهن سارة، و خيثمة، و رباب، حرم الله نكاحهن، فالآية جارية فى كل من كان من النساء مثلهن» «٥».

و عن المفيد، و تلميذه سلاز:

الحرمة اعتماداً على ما ذكر. لكن عرفت سابقاً أن الآية لا يراد منها التشريع.

و الاخبار المذكورة تشير الى ذلك، و أن المقصود منها التبيكيت و الدم لنساء و رجال مشهورين بالزنا مواظبين عليه.

(١) كما تقدم فى النصوص.

(٢) على المشهور، للأصل، و لما ورد من أن الحرام لا يحرم

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

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

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

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

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٧
و إن كانت مصرة على ذلك. و لا يجب عليه أن يطلقها (١).

[مسألة ١٩]: إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعةً حرمت عليه أبداً

(مسألة ١٩): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعةً حرمت عليه أبداً (٢)، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها

الحلال

«١»، و

لرواية عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد (عليهما السلام):

«قال: لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني و إن لم يرقم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء» (٢).

و عن المفيد و سلار: الحرمة.

و كأنه للاية الشريفة، التي قد عرفت الإشكال في دلالتها على التحريم ابتداءً، فضلاً عن الاستدامة. أو لجملة من النصوص الدالة على

حرمتها إذا زنت قبل الدخول،

كخبر الفضل بن يونس: «سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت، قال (ع):

يفرق بينهما، و تحد الحد، و لا صداق لها» (٣)

و نحوه غيره

«٤». لكنها أخص من المدعى. و لما لم يقل بمضمونها أحد فلا مجال للعمل بها.

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

(٢) في كشف اللثام: «قطع به الأصحاب إلا المحقق في الشرائع».

و عن الانتصار. و الغنية، و الحلبي، و فخر المحققين: الإجماع عليه، و في الرياض: حكاية الإجماع عليه عن جماعة، و في الحدائق:

حكايته عن غير واحد و في الشرائع: نسبتة الى قول مشهور. و ظاهره التوقف فيه.

و حكى ذلك عن بعض المتأخرين، لعدم ثبوت الإجماع. و في المسالك: عدم تحقق الإجماع على وجه يكون حجة. ثم استدلل له

بالأولوية، لأن العقد

(١) راجع الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦، ٩، ١١، ١٢.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب العيوب حديث: ٢.

(٤) راجع الوسائل باب: ٦، ١٧ من أبواب العيوب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٨

أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعة. و لا فرق على الظاهر (١) بين كونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعل أو لا. كما لا فرق بين

كونها حرة أو أمه، و زوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً، و لا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا، و لا بين أن يكون ذلك بإجراء

العقد عليها و عدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد، و لا بين أن تكون الزوجة مشتبهةً أو زانيةً أو مكرهه. نعم لو كانت هي الزانية و

كان الواطئ مشتبهاً فالأقوى عدم الحرمة الأبدية (٢). و لا

على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً فالزنا أولى، وإذا كان الدخول مع العقد محرماً فالزنا أولى. و تبعه على ذلك غيره. لكن القطع بالأولوية غير حاصل. فالعمدة ظهور الإجماع. و توقف المحقق لا يدل على انتفائه، وإنما يدل على عدم ثبوته عنده. و قد يستدل بما

في الرضوى: «و من زنا بذات بعل محصناً كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذي زنا بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً» (١).

لكن الرضوى غير حجة. و مجرد الموافقة للشهرة غير جابرة. و نحوه ما عن بعض المتأخرين من أنه قال: «روى أن من زنا بامرأة لها بعل، أو في عدة رجعية حرمت عليه، و لم تحل له أبداً».

(١) لإطلاق معقد الإجماع، كما نص على ذلك في الجواهر.

(٢) و في الجواهر: «في الحرمة أبداً إشكال، و إن كان ظاهر العبارات عدم شموله، لاختصاص كلامهم بالزنا، فلا يشمل الشبهة. لكن يمكن

(١) مستدرك الوسائل باب: ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٥٩

يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة و لا المحللة (١). نعم لو كانت الأمة مزوجة فوطئها سيدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه (٢) و إن كان لا يخلو عن إشكال (٣). و لو كان الواطئ مكرهاً على الزنا فالظاهر لحوق الحكم (٤)، و إن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً.

[مسألة ٢٠: إذا زنا بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه أبداً]

(مسألة ٢٠): إذا زنا بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه أبداً (٥)، دون البائنة، و عدة الوفاة (٦)، و عدة المتعة و الوطء بالشبهة، و الفسخ. و لو شك في كونها في العدة أو لا

استفادته من حكم العقد على ذات البعل، بناء على الأولوية المزبورة، و أن حكمها الحرمة أبداً مع علمها دونه بمجرد العقد. و فيه: ما عرفت من الإشكال في الأولوية بأنها غير قطعية.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر، و غيرها، لخروجها عن معقد الإجماع، بل في الجواهر: «لم نجد فيه خلافاً».

(٢) لأنه زنا بذات بعل، فيدخل في معقد الإجماع على الحرمة.

(٣) كأنه من جهة احتمال الانصراف.

(٤) لإطلاق معقد الإجماع، و إن كان يحتمل انصرافه الى الوطء المحرم بالفعل، الموجب للعقاب، و هو منتف مع الإكراه. لكن الانصراف ممنوع.

(٥) لما تقدم في المسألة السابقة من الإجماع، و المرسل. و توقف فيه في الشرائع. لكن لا مجال للتوقف، كما سبق بعينه.

(٦) لخروجها عن معقد الإجماع. لكن في الرياض: «فيه نظر، لجريان بعض ما تقدم هنا، كالأولوية الواضحة للدلالة في ذات العدة، بناء على ما يأتي من حصول التحريم بالعقد عليها فيها مع العلم، و مع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٠

أو في العدة الرجعية أو البائنة فلا حرمة ما دام باقياً على الشك (١). نعم لو علم كونها في عدة رجعية و شك في انقضائها و عدمه

فالظاهر الحرمة (٢)، و خصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء (٣). ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر (٤). و كذا في المسألة السابقة.

[مسألة (٢١): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة حرمت عليه أمه أبداً]

(مسألة ٢١): من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة (٥) حرمت عليه (٦) أمه أبداً و إن علت،

الدخول في حال الجهل». لكن عرفت الإشكال في الأولوية.

(١) للأصل المقتضى للبناء ظاهراً على الحل.

(٢) لاستصحاب كونها في العدة.

(٣) لأن اخبارها حجة، كما سبق.

(٤) للإطلاق.

(٥) كما نص على ذلك في القواعد، و المسالك، و جامع المقاصد، و الروضة و غيرها. و في الرياض: «الاتفاق في الظاهر واقع عليه».

لصدق الإيقاب، و تقييده بتمام الحشفة في وجوب الغسل لدليله - مثل:

«إذا التقى الختانان وجب الغسل» (١)

- لا يقتضى التقييد بذلك هنا، لحرمة القياس. و دعوى الانسباق الى ما يحصل به حرمة المصاهرة في غير المقام، ممنوعة بنحو يعتد به.

(٦) إجماعاً، كما عن الانتصار، و الخلاف. و في المسالك: «أنه متفق عليه بين الأصحاب». و في الرياض: حكايته عن الغنية، و

التذكرة، و شرح النافع للسيد و غيرهم. و في الجواهر: «هو في أعلى درجات الاستفاضة أو التواتر». و يشهد له النصوص، منها

صحيح ابن عمير عن بعض

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الجنابة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦١

و بنته و إن نزلت (١)، و أخته، من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين (٢). و لا تحرم على الموطوء

أصحابنا عن أبي عبد الله (ع): «في رجل يعبث بالغلام، قال (ع):

إذا أوقب حرمت عليه بنته و أخته» (١)

و ،

موتق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله (ع): «في رجل لعب بغلام هل تحل له أمه؟ قال (ع):

إن كان ثقب فلا» (٢).

و نحوهما غيرهما.

(١) نص على ذلك في القواعد، و حكى عن ابن إدريس. و تنظر فيه في كشف اللثام، لعدم وضوح عموم الأم للجدة و البنت لبنت البنت.

و الأصل يقتضى الحل لو لا دعوى الاتفاق عليه، المحكية عن جماعة.

(٢) أما إذا كان الواطئ صغيراً: فقد استشكل فيه في القواعد وغيرها، لاختصاص النصوص بالرجل الذى لا يشمل الصغير، ولا إجماع على عدم الفصل بينه وبين الكبير، فيتعين الرجوع فيه الى أصالة الحل. خلافاً للمحقق والشهيد الثانيين وغيرهما، فالأقوى عندهم عدم الفرق، لعدم الفرق فى حكم المصاهرة بين البالغ وغيره، ولصدق عنوان الرجل عليه بعد البلوغ، فيقال: «إنه رجل أوقب» وإن كان إيقابه سابقاً. ولأن التحريم فى النص خارج مخرج الغالب. ولكن الجميع غير ظاهر. بل الثانى خلاف الظاهر، فان الظاهر من قول القائل: «رجل أوقب» أنه أوقب حال كونه رجلاً، وكذا كل عنوان أخذ موضوعاً للحكم، فان الظاهر منه المقارنة بين الحكم وبين العنوان، مثل قولنا: «مسافر صلى قصراً» وحاضر صلى تماماً»، ونحو ذلك. ومن العجيب ما فى كشف اللثام فإنه استدل على الحكم بالصحيح والموثق المتقدمين، ثم ذكر

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٢

أم الواطئ و بنته و أخته على الأقوى (١). ولو كان الموطوء خنثى (٢) حرمت أمها و بنتها على الواطئ، لأنه إما لواط

فى وجه الإشكال الذى ذكره فى القواعد فقال: «من عموم الخبر الثانى و هو خيرة التحرير و الأصل و اختصاص الخبر الأول..» مع أن الخبر الثانى أيضاً خاص كالأول.

و أما عدم الفرق فى الموطوء بين الصغير وغيره: فهو المصرح به فى القواعد وغيرها، بل قد استظهر من عبارة جامع المقاصد: أنه من معقد إطباق الأصحاب، و من عبارة الروضة: أنه إجماع. و إن كان لا يخلو من نظر، لاحتمال رجوع الإجماع فى الثانى إلى النسب مقابل الرضاع، و رجوع الإطباق فى الأول إلى أصل الحكم. و كيف كان فالعمدة فى وجه الاشكال: أن المذكور فى النصوص هو الغلام، و هو لا يشمل الشيخ و الكهل.

فالتعدى الى الرجل يحتاج إما الى فهم المثالية من الغلام، و المراد مطلق الذكر، أو الإجماع على عدم الفصل. لكن كلا من الأمرين معا غير ظاهر. و إن كان غير بعيد.

(١) للأصل. و فى كشف اللثام وغيره عن الشيخ أنه حكى عن بعض الأصحاب التحريم عليه أيضاً. و مأخذه غير ظاهر غير احتمال رجوع الضمير فى الاخبار لكل من الفاعل و المفعول. و فيه: أن المسئول عن حكمه الواطئ، فالحكم - و هو التحريم - يكون عليه، و ضمير المخاطب بالحكم راجع اليه. نعم الضمير الآخر راجع الى الموطوء. فالقول المذكور ضعيف. و لا سيما بعد دعوى الإجماع على العدم، كما عن صريح التذكرة و ظاهر الروضة.

(٢) قال فى القواعد: «و لو أوقب خنثى مشكل، أو أوقب، فالأقرب عدم التحريم». و علله فى كشف اللثام بالأصل مع الشك فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٣

أو زنا (١)، و هو محرم إذا كان سابقاً كما مر (٢). و الأحوط حرمة المذكورات على الواطئ و إن كان ذلك بعد التزويج (٣)

السبب، و وجه الخلاف الاحتياط، و تغليب جانب الحرمة، ثم قال:

«نعم إن كان مفعولاً و كان الإيقاب بإدخال تمام الحشفة لم يشكل تحريم الأم و البنت على القول بنشر الزنا الحرمة. و إن كان فاعلاً حرمت عليه النساء قاطبة، كما حرم على الرجال، للإشكال فى الذكورية و الأنوثة.

على أن كلامهم فى إرث الخنثى المشكل إذا كان زوجاً أو زوجة يدل على الإباحة». لكن قد يدفع الإشكال الأول: بأن الكلام بالنظر

الى الإيقاب، و المقصود نفى الحرمة من جهته، لا من جهة الزنا.

(١) لكن المحرم باللواط بنته التي تتولد من مائه، و المحرم بالزنا بنت الموطوءة التي تتولد منها، فاختلف المفهوم و المصداق، و حينئذ لا يحصل العلم بالتحريم إلا مع الابتلاء بالطرفين، من جهة العلم الإجمالى، و يكون التحريم فى كل منهما عقلياً لا شرعياً.

(٢) بل يأتى فى المسألة الثامنة و العشرين من الفصل الآتى.

(٣) كما عن ابن سعيد فى الجامع، بل هو ظاهر جماعة ممن أطلق التحريم للمذكورات،

لمرسل ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل يأتى أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت عليه المرأة» (١)

، المعتضد بإطلاق نصوص الباب. و المشهور الحل فى الفرض، بل هو المذكور فى كلام جماعة مرسلين له إرسال المسلمات، بل فى كلام شيخنا أنه اتفانى لا مخالف فيه فتوى و رواية، إلا ما يظهر من المرسل المذكور. و يتعين حمله على كونها امرأته فى الحال دون زمان الإتيان، و إن كان خلاف الظاهر. و العمدة: أن المرسل المذكور فى نفسه

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٤

خصوصاً إذا طلقها و أراد تزويجها جديداً (١).

لا دليل على حجيته، و إن كان المرسل ابن أبى عمير، كما أشرنا الى ذلك فى مبحث النجاسات من هذا الشرح، فضلاً عن ملاحظة دعوى الاتفاق أو الشهرة العظيمة على خلافه.

(١) أما إذا كان الطلاق بعد وقوع الإيقاب: فقد نسب فى الجواهر الميل الى عدم الجواز الى بعض الأفاضل، و لعله السيد فى الرياض، فقد جعل احتمال التحريم أقوى، للإطلاقات المخصص بها الأصل و العموم.

لكن فى كشف اللثام: الأقرب عدم التحريم. و فى الجواهر: «يقوى الجواز، للاستصحاب». و فيه: أن استصحاب الحل الفعلى لا مجال له، للحرمة بالطلاق. و الاستصحاب التعليقى لا يقين سابق بمؤداه، بل مقتضى استصحاب عدم ترتب الأثر على العقد هو الحرمة. مع أن الاستصحاب لا مجال له مع إطلاق الأدلة. و الخروج عنها بالنسبة الى من سبق العقد عليها بعموم:

«الحرام لا يحرم الحلال» (١)

، يختص بحال العقد، و لا يشمل ما بعد الطلاق. فالإطلاق بالنسبة إليه محكم. كما ذكر فى الرياض.

أما إذا كان الطلاق قبل وقوع الإيقاب: فالحكم بالعدم فيه أظهر لعدم الحل حال الإيقاب، فلا يشمل

قوله (ع): «الحرام لا يحرم الحلال»

، فيبقى داخلا تحت الإطلاق. و لم أجد من تعرض لهذا الفرض إلا شيخنا فى رسالة النكاح، و قد استظهر فيه الحرمة، لما ذكر. و لم يتعرض للفرض السابق. و بالجملة: المستفاد من النصوص المتضمنة أن الحرام لا يحرم الحلال، أو لا يفسده، بعد ضم بعضها الى بعض و ملاحظة مواردها:

أن الحرام لا يرفع الحلية، و لا تدل على أنه لا يدفع الحلية. و الفرضان المذكوران من الثانى، فالمرجع فيهما غير النصوص المذكورة.

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦، ٩، ١١، ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٥

و الأم الرضاعية كالنسيبة (١). و كذلك الأخت و البنت. و الظاهر عدم الفرق (٢) في الوطاء بين أن يكون عن علم و عمد و اختيار أو مع الاشتباه، كما إذا تخيله امرأته، أو كان مكرهاً، أو كان المباشر للفعل هو المفعول (٣). و لو كان الموطوء ميتاً ففي التحريم إشكال (٤). و لو شك في تحقق الإيقاب و عدمه بنى على العدم (٥). و لا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة (٦)، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء

(١) كما عن التحرير. و قواه في الروضة و الرياض. و قربه في كشف اللثام. و استظهره في الجواهر. لعموم:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١)

، الموجب لثبوت حكم النسب للرضاع. و من ذلك يظهر ضعف الإشكال في القواعد، للأصل و الخروج عن ظاهر نصوص الباب، لاختصاصها بالنسيبة لا غير. فان الدليل على الحرمة ليس أدلة الباب، وإنما هو عموم تنزيل الرضاع منزلة النسب. (٢) للإطلاق، المعتضد بإطلاق الفتاوى.

(٣) يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبة الفعل الى الفاعل، و إنما تصح نسبتها الى المفعول، فيخرج عن ظاهر النصوص.

(٤) كما في القواعد. و في جامع المقاصد: «لم يبعد التحريم، لعموم النص». و فيه: أن الغلام حقيقة في الحي، و إطلاقه على الميت مجاز.

فعموم النص ممنوع. و عموم الحل يقتضى الجواز.

(٥) لأصالة العدم.

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

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٦

أو أخته أو أمه، و إن كان الأولى الترك في ابنته (١).

[فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام]

إشارة

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ١٦٦

فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام لا يجوز للمحرم أن يتزوج (٢) امرأة محرمة

(١)

لمرسل موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال: «كنت عند أبي عبد الله (ع) فقال له رجل: ما ترى في شابين كانا مصطحبين، فولد لهذا غلام و للآخر جارية أ يتزوج ابن هذا ابنة هذا؟ فقال (ع):

نعم، سبحان الله، لم لا يحل؟! فقال: إنه كان صديقاً له، قال:

و إن كان فلا- بأس، قال: فإنه كان يفعل به، قال: فأعرض بوجهه، ثم أجابه و هو متستر بذراعه، فقال: إن كان الذى كان منه دون الإيقاب فلا بأس أن يتزوج، و إن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج «١».

و لأجل إرساله، و عدم معرفة القائل به، لا مجال للاعتماد عليه.

فصل من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام

(٢) بلا خلاف و لا إشكال، و فى الجواهر: أن الإجماع يقسميه عليه. و يشهد له غير واحد من النصوص، منها ما رواه زرارة بن أعين، و داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع)- فى حديث:- «قال: و المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً» «٢».

و نحوه ما رواه

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٧

أو محله (١)، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام (٢)، سواء كان الوكيل محرماً أو محلاً، و كانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله (٣). و كذا لو كان بإجازة عقد الفضولى الواقع حال الإحرام، أو قبله مع كونها حاله بناء على النقل (٤)، بل على الكشف الحكيمى (٥)

أديم بياع الهروى عن أبي عبد الله (ع)

«١». و فى كشف اللثام:

«الخبر و إن كان ضعيفاً لكن الأصحاب قطعوا بمضمونه، و حكى عليه الإجماع فى الانتصار، و الخلاف، و الغنية».

(١) للإطلاق. و كذا ما بعده.

(٢) يعنى: إحرام الموكل.

(٣) للإطلاق.

(٤) لتحقق التزويج حالها، و هو حال الإحرام.

(٥) الكشف الحكيمى بمعنى أنه حال الإجازة يثبت مضمون العقد، و يجب ترتيب أحكام ثبوته من حين العقد، فالمضمون لما كان على هذا القول ثابتاً حال الإجازة، و هو حال الإحرام، كان التزويج حال الإحرام، فيبطل و إن كانت أحكام المضمون ثابتة من حين العقد. نعم لا مانع من صحة الإجازة بناء على الكشف الانقلابى، الراجع الى أن زمان الإجازة هو زمان جعل المضمون من حين العقد فالمجوع هو المضمون من حين العقد و إن كان جعله حين الإجازة، فإذا كان العقد المجاز واقعاً حال الإحلال يكون التزويج واقعاً حينئذ، فلا- مانع منه. اللهم الا- أن يدعى أن الاستفادة من الأدلة حرمة جعل التزويج حال الإحرام و إن كان زمان المجوع حال الإحلال. و لأجل ذلك قال المصنف (ره): «بل الأحوط مطلقاً» يعنى:

(١) أشار الى هذا الحديث فى الوسائل باب: ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٨

بل الأحوط مطلقاً. ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة (١).

حتى على الكشف الحقيقي أو الكشف الانقلابي. واحتمله في الجواهر، بناء على أنه نوع تعلق بالنكاح ممنوع منه، كما يشير إليه مرسل أبي شجرة: «في المحرم يشهد على نكاح المحلين؟ قال (ع): لا يشهد. ثم قال: يجوز للمحرم أن يشير بصيد على محل؟» (١).

ثم قال: «و يحتمل الجواز، لأنه ليس تزويجاً حال الإحرام بناء على الكشف. والأحوط الأول، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة». و كأنه لضعف المرسل المانع من الخروج به عن عموم الصحة أو أصل البراءة. و أما ما سبق من احتمال أن يكون الممنوع جعل الزوجية، كنفس الزوجية. فغير بعيد من النصوص الآتية، المتضمنة أنه لا يتزوج و لا يزوج غيره، فإذا منع من أن يزوج غيره فأولى أن يمنع من أن يزوج نفسه.

(١) ادعى عليه الإجماع غير واحد، و تشهد له النصوص كصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله (ع): «ليس للمحرم أن يتزوج، و لا يزوج. و إن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل» (٢).

و، صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «قال أبو عبد الله (ع): إن رجلاً من الأنصار تزوج و هو محرم فأبطل رسول الله (ص) نكاحه» (٣).

و، مصحح معاوية ابن عمار: «قال: المحرم لا يتزوج، و لا يزوج، فان فعل فنكاحه باطل» (٤).

و، صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: قضى

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب تروك الإحرام حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٤ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ١٤ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٦٩

و إن كان مع العلم بالحرمه حرمت الزوجه عليه أبداً (١)، سواء دخل بها أو لا (٢). و ان كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى (٣).

أمير المؤمنين (ع) في رجل ملك بضع امرأة و هو محرم قبل أن يحل فقضى أن يخلى سبيلها، و لم يجعل نكاحه شيئاً حتى يحل. فإذا أحل خطبها إن شاء، و إن شاء أهلها زوجوه، و إن شاءوا لم يزوجه» (١) إلى غير ذلك مما يأتي بعضه.

(١) إجماعاً محكياً عن الانتصار و الخلاف و الغنية. و عن التذكرة، و المنتهى: نسبه إلى علمائنا. و يشهد له ما تقدم من روايات زرارة، و داود ابن سرحان، و أديم بياع الهروي، المعتضدة بإطلاق

خير أديم بن الحر الخزاعي عن أبي عبد الله (ع) قال: «إن المحرم إذا تزوج و هو محرم فرق بينهما، و لا يتعاودان أبداً» (٢).

(٢) لإطلاق النص و الفتوى.

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما يقتضيه الجمع بين مثل صحيح محمد بن قيس المتقدم

، و بين خبر أديم بن الحر الخزاعي المتقدم □

و نحوه، كخبر إبراهيم بن الحسن عن أبي عبد الله (ع)

«٣»، فيحمل الأول على صورة الجهل، و الأخيرة على صورة العلم، بشهادة روايات زرارة، و داود ابن سرحان، و أديم بياع الهروي . و من ذلك يظهر ضعف القول بالتحريم الأبدى كما عن الصدوق و سلار، اعتماداً على إطلاق نصوص التحريم الأبدى، لما عرفت من كونها محمولة على صورة العلم جمعاً.

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب تروك الإحرام حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٥ من أبواب تروك الإحرام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٠

دخل بها أو لم يدخل (١)، لكن العقد باطل على أي حال (٢) بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل و إن كان من له العقد محلاً (٣). و لو كان الزوج محلاً و كانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد (٤). لكن هل يوجب الحرمة الأبدية فيه قولان. الأحوط الحرمة (٥)، بل لا يخلو عن قوة.

(١) كما يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس

. و عن الخلاف و الكافي و الغنية و السرائر و الوسيلة: الحرمة أبداً مع الدخول، و عن الأول: الإجماع عليه. و دليله غير ظاهر بعد ما عرفت. و الإلحاق بذات العدة لا مجال له، لأنه قياس باطل. و الإجماع الذي ادعاه في الخلاف موهون بمخالفة الأكثر: (٢) لما عرفت.

(٣) لما عرفت من النصوص الصريحة فيه.

(٤) و في المنتهى: أنه ذهب إليه علماؤنا أجمع، لدخوله في النصوص المتقدمة، بناء على أن المراد من المحرم الجنس الشامل للمرأة، أو لقاعدة الاشتراك

(٥) كما عن الخلاف، مستدلاً عليه بالإجماع، و الاحتياط، و الأخبار، و أشكل عليه في محكى الرياض بأن الأخبار لم نقف عليها. و دعوى الوفاق غير واضحة. و الاحتياط ليس بحجة.

و في الجواهر: «قلت: يمكن إثباته بقاعدة الاشتراك. أو بإرادة الجنس من الألف و اللام في بعض النصوص السابقة». ثم استشكل في الأول: بأن قاعدة الاشتراك تختص بما يصلح وقوعه منهما، و النصوص السابقة دلت على تحريم تزويج المحرم، بمعنى: اتخاذه زوجة، و هذا المعنى يختص بالرجال، فلا- تشمله قاعدة الاشتراك. و في الثاني: بأن الجنسية المرادة من الالف و اللام بمعنى الجنسية في المدخول، و المدخول هو المحرم المختص بالذكر، و الجنس منه لا يشمل الأنثى، و إنما الذي يشملها الجنس من الجامع بين

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧١

الذكر و الأنثى، و هو غير المدخول.

و حاصل الإشكال الأول: أن مفاد قاعدة الاشتراك تعميم الخطاب المتوجه للرجال الى النساء مع المحافظة على جميع قيوده، فإذا امتنعت المحافظة على القيود امتنعت قاعدة الاشتراك، فإذا ورد خطاب: «يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة» المختص بالرجال و جب تعميمه الى النساء، فكأنه قيل أيضاً: «يا أيها النساء أقم الصلاة». و إذا ورد: «يا أيها الرجال أنفقوا على زوجاتكم» لم يصح تعميمه الى النساء بحيث يحكم بمضمون «يا أيها النساء أنفقن على أزواجكن» لاختلاف قيود الموضوع. و كذلك فى المقام، فان مفاد نصوص المقام أنه يحرم على الرجال المحرمين أن يتزوجوا النساء، فإذا بنى على تعميمه الى النساء فلا بد من اختلاف قيود الموضوع، إذ الموضوع حينئذ يحرم على النساء المحرمات أن يتزوجن الرجال. و حاصل الإشكال الثانى: أن المراد من الجنس إن كان جنس المدخول فهو مختص بالجنس الذكري، و إن أريد الشامل للذكر و الأنثى فهو خلاف الظاهر محتاج إلى قرينة.

و دفع الإشكال الأول: بأن حرمة التزويج من أحكام نفس الإحرام المشترك بين الرجال و النساء، راجع الى التمسك بإطلاق الدليل، لا عمل بقاعدة الاشتراك. مع أنه غير ظاهر من عبارة النص بعد البناء على ظهور المحرم فى الذكر، لأنه يكون من أحكام إحرام الذكر، لا مطلقاً. نعم يندفع بأن التزويج بالمعنى المضاف الى الذكر مضاف إلى الأنثى، و ليس هو بمعنى آخر. و حينئذ فإذا كان مطلق التزويج محرماً على الذكر كان ذلك المعنى محرماً على الأنثى بقاعدة الاشتراك، و لا مانع من جريانها حينئذ، نظير: «يا أيها الذين آمنوا أقيموا الصلاة»، فإن قاعدة الاشتراك تقتضى وجوب الصلاة على الإناث و إن كانت صلاة الإناث تخالف صلاة الذكور، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٢

و لا فرق فى البطلان (١) و التحريم الأبدى بين أن يكون الإحرام لحج واجب، أو مندوب، أو لعمرة واجبة أو مندوبة، و لا فى النكاح بين الدوام و المتعة.

[مسألة ١: لو تزوج فى حال الإحرام مع العلم بالحكم]

(مسألة ١): لو تزوج فى حال الإحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه محرماً أو ناسياً له فلا إشكال فى بطلانه (٢)، لكن فى كونه محرماً أبداً إشكال (٣).
و الأحوط ذلك.

[مسألة ٢: لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج فى التحريم الأبدى]

(مسألة ٢): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج فى التحريم الأبدى، فلا يوجب به إن كان مع العلم بالحرمة و العمد (٤).

[مسألة ٣: لو تزوج فى حال الإحرام و لكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام]

(مسألة ٣): لو تزوج فى حال الإحرام و لكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام كتزويج أخت الزوجة أو الخامسة - هل يوجب التحريم أو لا؟ الظاهر ذلك (٥)،

لأن الواجب على الذكور طيبة الصلاة، فكذا فى المقام.

(١) كما صرح به غير واحد. لإطلاق النصوص و الفتاوى. و كذا لا فرق بين كون الإحرام لنفسه أو غيره.

(٢) لإطلاق النصوص.

(٣) لمنافاة الغفلة و النسيان للعلم بكونه حراماً عليه.

(٤) كما نص على ذلك في الجواهر. و حكى عن بعض الإجماع عليه.

للأصل من غير معارض، لاختصاص الأدلة المتقدمة بغيره. مضافاً الى عموم عدم تحريم الحرام الحلال.

(٥) تقدم في المسألة الاولى من الفصل السابق الكلام في نظير المسألة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٣

لصدق التزويج، فيشملة الاخبار. نعم لو كان بطلانه لفقده بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

[مسألة ٤: لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله]

(مسألة ٤): لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله بنى على عدم كونه فيه (١)، بل و كذا لو شك في أنه كان في حال الإحرام أو بعده، على إشكال (٢). و حينئذ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله، أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً. قدم قول من يدعى الصحة (٣)، من غير

و قد تقدم منه (ره) التوقف. و تقدم أن الظاهر عدم التحريم، لأن الظاهر من التزويج: التزويج الصحيح، كما يظهر ذلك من ملاحظة باب الشهادة، و الإقرار، و الوصية و النذر، و الوقف، و نحوها، فان التزويج في جميع ذلك و غيره يراد منه الصحيح. و أما خبير الحكم بن عيينة: «سألت أبا جعفر (ع) عن محرم تزوج امرأة في عدتها قال: يفرق بينهما، و لا تحل له أبداً» (١)، فضيف. مع أنه مجمل من حيث أن السبب في التحريم الأبدى التزويج في حال الإحرام، أو كونه في العدة، أو هما. و وارد في مورد خاص لا يمكن استفادة قاعدة منه. فراجع ما سبق.

(١) لأصالة صحة العقد، المعتضد بأصالة عدم الإحرام في صورة ما إذا كان تاريخ العقد معلوماً و تاريخ الإحرام مجهولاً.
(٢) كأنه لأصالة بقاء الإحرام إلى حين العقد. و فيه: أنه لا يطرد في صورة ما إذا كان تاريخ الإحرام معلوماً و تاريخ العقد مجهولاً. مع أن أصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب.

(٣) كما في الشرائع و غيرها، بل هو المعروف بينهم. لأصالة الصحة

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٤

فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما (١). نعم لو كان محرماً و شك في أنه أحل من إحرامه أم لا، لا يجوز له

في كل فعل يحتمل فيه الصحة و الفساد، بمعنى لزوم ترتيب آثار الصحة.

فإنها من القواعد العقلائية، و لا فرق فيها بين فعل نفسه و فعل غيره، و لا بين فعل المسلم و غيره. و تشير إليها بعض النصوص. و هي غير حمل فعل المسلم على الصحة التي هي من الأحكام الأدبية الاجتماعية الاستجابية، المختصة بفعل المسلم أو المؤمن، و فعل الغير، الملحوظ فيها الحمل النفساني فقط، أعنى: الحمل في نفسه على ما لا يكون معصية. و يشهد بها جملة من النصوص. و من ذلك يظهر ما بين القاعدتين من الاختلاف مفهوماً، و مورداً، و دليلاً. و حكماً.

و لأجل ذلك يشكل ما ذكر في المدارك من النظر أولاً، بأنها إنما تتم إذا كان المدعى لوقوع الفعل في حال الإحرام عالماً بفساد ذلك، أما مع اعترافهما بالجهل فلا وجه للحمل على الصحة. و ثانياً: بأن كلا منهما يدعى وصفاً ينكره الآخر، فتقديم أحدهما يحتاج

الى دليل. فان ما ذكره مبنى على أن المراد بأصالة الصحة المعنى النفساني، الذي لا يجرى مع الجهل و العذر، و لا يكون من يوافقه منكراً و خصمه مدعياً.

(١) فإنه إذا جهل تاريخ الإحرام و علم تاريخ العقد صح جريان أصالة عدم الإحرام إلى حين العقد، فيثبت كون العقد في حال عدم الإحرام، فيصح و لو لم تجر أصالة الصحة. و إذا انعكس الأمر فأصالة عدم العقد الى حين الإحرام لا- يثبت بها وقوع العقد حال الإحرام، فيتعين الرجوع الى أصالة الصحة. و إذا جهل التاريخان فالمرجع أصالة الصحة، سواء قلنا بأن مجهولى التاريخ لا يجرى الأصل فيهما ذاتاً، أم قلنا بأنه يجرى لكن يسقط فيهما للمعارضة، فإن المرجع أصل الصحة على كل من القولين.

مستمك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٥

التزويج، فان تزويج مع ذلك بطل، و حرمت عليه أبداً، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الإحرام (١).

[مسألة ٥: إذا تزوج حال الإحرام عالمياً بالحكم و الموضوع]

(مسألة ٥): إذا تزوج حال الإحرام عالمياً بالحكم و الموضوع، ثم انكشف فساد إحرامه، صح العقد و لم يوجب الحرمة (٢). نعم لو كان إحرامه صحيحاً فأفسده ثم تزوج ففيه وجهان (٣): من أنه قد فسد. و من معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

[مسألة ٦: يجوز للمحرم الرجوع فى الطلاق]

(مسألة ٦): يجوز للمحرم الرجوع فى الطلاق (٤)

(١) و لا يجرى أصل الصحة. لاختصاص جريانه بصورة حدوث الشك بعد العمل، و المفروض فى المقام الشك حال العمل.

(٢) لتبين انتفاء موضوع البطلان و التحريم.

(٣) فى الجواهر عن غير واحد التصريح بإلحاق الإحرام بعد إفساده بالصحيح. و لعله لمعاملته معاملة الصحيح فى جميع الأحكام، انتهى. أقول:

المذكور فى كلامهم أن من جامع امرأته فى إحرام العمرة قبل السعى فسدت عمرته، و حكى عليه الاتفاق، و النصوص به وافرة. و مقتضاه عدم ترتب آثار الإحرام مطلقاً. لكن المصرح به فى كلام جماعة و جوب الإنتمام.

و ذلك يدل على عدم البطلان بالمره. و لعله لبنائهم على استصحاب بقاء الإحرام، لكنه خلاف ظاهر النصوص المتضمنة للفساد. أو للأمر بإتمام الحج و العمره، لكنه غير ظاهر، لاختصاصه بالصحيحين، فلا يشمل الفاسدين. نعم تشعر بعض النصوص بأن الفساد يراد به الفساد فى الجملة.

و الكلام فى ذلك موكول الى محله.

(٤) بلا إشكال و لا خلاف، كما فى الجواهر، لخروجه عن موضوع

مستمك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٦

فى العدة الرجعية. و كذا تملك الإمام (١).

[مسألة ٧: يجوز للمحرم أن يوكل محلاً فى أن يزوجه بعد إحلاله]

(مسألة ٧): يجوز للمحرم أن يوكل محلاً فى أن يزوجه بعد إحلاله (٢). و كذا يجوز له أن يوكل محرماً فى أن يزوجه بعد إحلالهما

(٣).

[مسألة ٨: لو زوجه فضولى فى حال إحراره لم يجز له إجازته فى حال إحراره]

(مسألة ٨): لو زوجه فضولى (٤) فى حال إحراره لم يجز له إجازته فى حال إحراره. و هل له ذلك بعد إحلالة الأحوط العدم، و لو على القول بالنقل (٥). هذا إذا كان

نصوص التحريم، فيبقى داخلا تحت أصالة الحل و عمومه، مثل قوله تعالى: (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ) «١».

(١) بلا خلاف أيضا، لما ذكر فيما قبله. و يشهد له

صحيح سعد ابن سعد الأشعري القمى عن أبى الحسن الرضا (ع): «سألته عن المحرم يشتري الجوارى و يبيعهها؟ قال (ع): نعم» «٢».

(٢) بلا إشكال و لا خلاف أيضا، لما سبق. و قد صرح به الأصحاب من دون تعرض لشبهة فيه و تأمل.

(٣) لما عرفت. لكن استثنائها بعض من الجواز. و لعله لعدم قابلية المحرم لإيقاع الموكل فيه حال التوكيل، الموجب للمنع من صحة الوكالة.

وفيه: أنه لا دليل على منع ذلك، و ليس المنع الشرعى بأقوى من المنع العقلى، مع أنه غير مانع عن صحة الوكالة.

(٤) تقدم الكلام فيه فى أول الفصل.

(٥) هذا الاحتياط ضعيف إذ على هذا القول يكون التزويج حال الإحلال إنشاء و منشأ، و لا يرتبط بالإحرام. نعم على القول بالكشف

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب تروك الإحرام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٧

الفضولى محلا، و الالفقده باطل (١) لا يقبل الإجازة و لو كان المعقود له محلا.

[فصل فى المحرمات بالمصاهرة]

إشارة

فصل فى المحرمات بالمصاهرة و هى علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجة أو الملك عيناً أو انتفاعاً (٢)، بالتحليل، أو الوطء شبهة أو زنا، أو النظر و اللمس فى صورة مخصوصة.

الحقيقى يكون التزويج حال الإحرام إنشاء و منشأ. و على الكشف الانقلابى يكون التزويج حال الإحرام منشأ، لا- إنشاء. و على الكشف الحكمى لا يكون التزويج حال الإحرام لا إنشاء، و لا منشأ، و إنما محض جعل الاحكام. و تحريم ذلك غير ظاهر.

(١) لما عرفت من النصوص المتضمنة أنه لا يتزوج و لا يزوج. لكن الظاهر جريان أحكام الصور المتقدمة هنا بعينها، فيصح بناء على النقل و الكشف الحكمى، و لا يصح بناء على الكشف الحقيقى و الكشف الانقلابى.

و لا فرق بين المسألتين، كما يظهر بالتأمل.

فصل فى المحرمات بالمصاهرة

(٢) الذى يظهر من المصاهرة لغة و عرفا اختصاصها بالزوجة، كما اعترف به فى الجواهر، و شيخنا الأعظم. و يشير اليه قوله تعالى: (وَ

هُوَ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٨

[مسألة ١: تحريم زوجة كل من الأب والابن على الآخر]

(مسألة ١): تحريم زوجة كل من الأب والابن على الآخر (١)، فصاعداً في الأول ونازلاً في الثاني (٢)، نسباً

اللَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا» (١). لكن في المسالك عممها لما يحدث بالنظر، واللمس، والوطء، على وجه مخصوص. وأخرج وطء الأمه، والشبهه، والزنا، وأنكر أن تكون الحرمة فيها من باب المصاهرة. وفي الشرائع: «وهي تتحقق مع الوطء الصحيح، وتشكل مع الزنا، والوطء بالشبهه، والنظر، واللمس». وكان مراده بالوطء الصحيح الوطء الناشئ عن عقد ولو تحليلًا، وإلا فالوطء بالشبهه 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، جرياً على ما بنى عليه الأصحاب من ذكر الحرمة في جميع ذلك في باب أحكام المصاهرة. وإلا فقد عرفت معناها لغه و عرفاً.

ومن ذلك يظهر أن التفصيل بين الأسباب المذكورة غير ظاهر.

(١) إجماعاً بل لعله ضروري من ضروريات الإسلام. ويشهد به قوله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ)، وقوله تعالى:

(وَحَلَائِلُ أَبْتَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) «٢».

(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 (مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنكِحُوا أَرْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا) حرم على الحسن والحسين بقول الله عز وجل (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ)، ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة

(١) الفرقان: ٥٤.

(٢) النساء: ٢٢، ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٧٩

أو رضاعاً (١)، دواماً أو متعاً (٢)، بمجرد العقد وإن لم يكن دخل (٣). ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحر والمملوك (٤).

[مسألة ٢: لا تحرم مملوكة الأب على الابن وبالعكس]

(مسألة ٢): لا تحرم مملوكة الأب على الابن وبالعكس (٥) مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر. وتحريم مع الدخول (٦)

جده» (١).

و أما قوله تعالى (الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) فالمراد به النسبي، في مقابل المتبني، الذي جرت عادة العرب على تسميته ابناً.

(١) لعموم:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» «٢».

(٢) للإطلاق.

(٣) إجماعاً. و هو العمدة فيه، لاحتمال أن يكون المراد من النكاح في قوله تعالى ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ الوطاء. نعم حلائل الأبناء تشمل المدخول بها وغيرها.

(٤) لإطلاق الأدلة.

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

و كذا في الرياض. وفي الحدائق نفى الخلاف فيه. و يقتضيه الأصل بعد ظهور حصر المحرمات في غيرهما، و للنصوص الآتية نحوها. و لاحتمال ظهور ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ و قوله تعالى ﴿حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ في الزوجات.

(٦) إجماعاً من المسلمين، كما قيل. و قد استدل له بالكتاب، و السنة. و فيه تأمل، لما عرفت من التأمل في عموم ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ (و حلائل

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٠

أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة (١)

أَبْنَائِكُمْ) لغير الزوجات [١]. نعم

في خبر موسى بن بكر عن زرارة قال:

«قال أبو جعفر (ع) في حديث: إذا أتى الجارية و هي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه و لا لأبيه» (١).

(١) كما هو المشهور. و حكى عن الصدوق، و الشيخ، و القاضي، و ابني حمزة و زهرة، و غيرهم. و يشهد له

صحيح محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟

قال: بشهوة؟ قلت: نعم. قال ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة. ثم قال ابتداء منه: إن جردها و نظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه. قلت:

إذا نظر الى جسدها، قال: إذا نظر الى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه» (٢)

و،

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل تكون عنده جارية يجردها و ينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه؟ و

إن فعل أبوه هل تحل لابنه؟ قال (ع): إذا نظر إليها نظر شهوة و نظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه، و إن فعل ذلك الابن لم

تحل للأب» (٣)

و

في صحيحه الآخر عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها و يجردها لا يزيد على ذلك، قال (ع): لا تحل

لابنه إذا رأى فرجها» (٤)

و

في صحيح محمد بن مسلم

[١] سيأتى فى شرح المسألة الإحدى و الأربعين تقريب دلالة الآية على عموم الحرمة الزوجة و ملك اليمين. منه قدس سره.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

(٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨١

.....

□
عن أبى عبد الله (ع): «قال: إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحل لابنه» (١)

و ،

□
مصحح عبد الرحمن بن الحجاج و حفص بن البختري، و على بن يقطين قالوا: «سمعنا أبا عبد الله (ع) يقول فى الرجل تكون له

الجارية أ فتحل لابنه؟ فقال (ع): ما لم يكن جماع أو مباشرة كالجماع فلا بأس» (٢)

، و نحوها غيرها.

و فى الشرائع، و عن الحلبي، و العلامة فى أكثر كتبه، و غيرهم:

الجواز.

لموثق على بن يقطين عن العبد الصالح: «عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أ تحل لابنه أو لأبيه؟ قال (ع):

لا بأس» (٣)

و ،

□
□
خبر عبد الله بن يحيى الكاهلى عن أبى عبد الله (ع) فى 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» (٤).

بناء على أن الجمع بينهما و بين ما سبق بحمله على الكراهة. أو لأجل أن الخبر ظاهر فيها، و فيه: أن الموثق نسبته الى الصحيحين الأولين نسبة المطلق الى المقيد، فيقيد بهما. مضافاً الى أن الموثق و الصحيح الثالث من قبيل المتعارضين، و الجمع بينهما بالتفصيل بين الشهوة و غيرها أقرب الى الجمع العرفى من الحمل على الكراهة. و أما خبر الكاهلى فالأمر فيه أهون، لأنه إن كان ظاهراً فى الحل جرى فيه ما جرى فى الموثق، و إن كان قاصر الدلالة فلا يصلح للحجية على الجواز. مع أن مورده صورة كون النظر أو اللمس من غير المالك، و هو غير ما نحن فيه.

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٧٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٢

.....

و هذا هو العمدة في القول بالتحريم، لا ما قيل من أن النظر و اللمس أقوى من العقد، فاذا حصل التحريم به حصل بهما، فإن الأولوية غير قطعية، بل و لا ظنية.

هذا، و عن المفيد، و الشهيد في اللمعة: حل منظورة الابن على الأب خاصة، و ربما ينسب الى أبي الصلاح و سلالر، حيث اقتصر في التحريم على منظورة الأب خاصة. و ليس له وجه ظاهر غير اقتصار بعض نصوص التحريم على منظورة الأب كما تقدم. و هو كما ترى لا يصلح لمعارضه نصوص التحريم فيهما معا، كما هو ظاهر.

ثم إنه لا- إشكال في عدم نشر الحرمة على الأب و الابن بالنظر الى الوجه و الكفين بغير شهوة، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر.

و في القواعد نفى الخلاف فيه، و لا يبعد ذلك بالنظر إليهما بشهوة، و إن حرم على غير المالك. لظهور التجريد و الكشف و نحوهما مما ذكر في النصوص في غير ذلك، كما اعترف به في المسالك و الجواهر. بل لا يبعد لذلك عدم شمول التحريم للنظر الى ما يبدو غالباً من الجوارى مثل بعض الرقبه، و بعض الذراع، و بعض الساق، و نحو ذلك، فلا يكون النظر إليه بشهوة موجباً للتحريم على أب الناظر و ابنه، و إن كان مع التلذذ، كما مال إليه في الجواهر. و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون التجريد و الكشف بداعى التلذذ أو بداع آخر، فحصل به التلذذ، لعموم النصوص. و دعوى الانصراف إلى الأول غير ظاهرة. ثم إن النصوص المذكورة موردها الجارية المملوكة للناظر و اللامس، و لا يبعد شمول بعضها للمحللة، فشمول الحكم لهما معا غير بعيد، و إن كان ظاهر كلام المصنف و غيره الاختصاص بالأولى.

□

لكن التعميم أقوى. و المعروف كما في الجواهر قصر الحكم على المملوكة، و لعله يأتي التعرض لغيرها فيما يأتي إن شاء الله.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٣

و كذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة (١)

[(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً، مطلقاً]

(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجة و إن علت نسباً أو رضاعاً (٢)، مطلقاً (٣).

(١) يعنى: بمجرد التحليل، بشبهة أن التحليل بمنزلة العقد، فإنها ممنوعة. و النصوص المقتضية للتحريم لا تشملها، فيتعين الرجوع فيه الى عموماً الحل.

(٢) لعموم:

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «١».

و توضيحه يطلب من محله.

(٣) كما هو المشهور شهرة عظيمة، و فى الروضة: «كاد يكون إجماعاً». بل عن الغنية و الناصريات: الإجماع عليه. لعموم قوله تعالى:

﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ «٢»، و للنصوص،

ففى رواية إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه (ع) عن علي (ع) فى حديث: «قال: و الأمهات مبهمات، دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرموا و أبهموا ما حرم الله تعالى» «٣»

في خبر أبي حمزة المروى عن تفسير العياشى 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 (وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) «٤»، و لو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها. قال: قلت: أليس

(١) راجع الوسائل باب: ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٤) النساء: ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٤

.....

هما سواء؟ قال: فقال لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله تعالى يقول:

«وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»، و لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك، هذه هنا مبهمه ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط «١»

و ،

خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر (ع) عن أبيه (ع): «أن علياً (ع) قال: إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة. فإذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل بها فقد حرمت عليه الام، و قال: الربائب عليكم حرام كن في الحجر أو لم يكن» «٢»

و ،

موتق أبي بصير قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فقال: يحل له ابنتها، و لا تحل له أمها» «٣».

و عن ابن أبي عقيل: اشترط الدخول بالبنت في تحريم الأم.

للإشكال في عموم الآيه، لأن الآيه هكذا (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ، وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) و من المحتمل رجوع القيد الى الجملتين معا. و فيه:

أنه خلاف الظاهر، بل عن بعض: دعوى جمهور العلماء على خلافه، لأن أهل العريه ذهبوا الى أن الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الاسمان بوصف واحد، فلا يجوز «قام زيد و قعد عمرو الظريفان». مع أن القيد المدعى إرجاعه إلى الجملتين إن كان المراد به (مِنْ نِسَائِكُمْ)، فهو ممتنع، لأنه إذا رجع الى الربائب كانت (من) ابتدائية، و إن رجع الى (نِسَائِكُمْ) كانت (من) بيانية، فإرجاعه إليهما يوجب استعمال كلمة (من) في معنيين، كما ذكره جماعة من المحققين، و منهم الزمخشري في

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٥

.....

الكشاف. و إن كان المراد به (اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ)، فإرجاعه إلى الجملتين و إن لم يلزم منه المحذور المذكور، لكن يلزم من إرجاعه إلى الأولى الفصل بين الصفة و الموصوف بالأجنبي، كما ذكر في كشف اللثام، بل هو لازم على الأول أيضاً، و هو غير جائز. و العمدة في الاشكال على رجوع القيد إلى الأول: أنه خلاف الظاهر، و إلا فاللوازم المذكورة ليست محذوراً، و لا سيما ما ذكر من لزوم استعمال كلمة (من) في معنيين، فإنه مبني على كونها من قبيل المشترك اللفظي، و هو بعيد جداً.

و استدل لهذا القول بالنصوص، منها

صحيح جميل بن دراج و حماد ابن عثمان عن أبي عبد الله (ع): «قال (ع): الام و البنت سواء إذا لم يدخل بها يعني إذا تزوج المرأة ثم طلقها فإنه إن شاء تزوج أمها و إن شاء ابنتها» (١).

و

في الفقيه هكذا: «عن جميل بن دراج: أنه سئل أبو عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: الأم و البنت في هذا سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلت له الأخرى» (٢).

و ،

صحيح منصور بن حازم، قال: «كنت عند أبي عبد الله (ع) فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أ يتزوج بأمرها؟ فقال أبو عبد الله (ع) قد فعله رجل منا فلم ير به بأساً. فقلت له: جعلت فداك: ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي (ع) في هذه الشمخية (السجية خ ل) التي أفتاها «٣» ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً فقال له علي (ع) من أين أخذتها؟ فقال: من قول الله عز و جل:

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

(٣) هكذا في الوسائل الطبعة الحديثة، و الثابت بقلم الشارح (قده): «أفتى بها».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٦

.....

و رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ). فقال علي (ع): إن هذه مستثناة و هذه مرسله (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ)، فقال أبو عبد الله (ع) أما تسمع ما يروى هذا عن علي (ع)؟ فلما قلت ندمت و قلت: أي شيء صنعت؟ يقول هو: قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً، و أقول أنا: قضى علي (ع)، فلقيته بعد ذلك فقلت: جعلت فداك مسألة الرجل، إنما كان الذي كنت تقول كان زله مني فما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني أن علياً قضى فيها و تسألني ما تقول فيها!! [١]

و ،

خبر محمد بن إسحاق ابن عمار قال: «قلت له: رجل تزوج امرأة و دخل بها ثم ماتت، أ يحل له أن يتزوج أمها؟ قال (ع): سبحان الله كيف يحل له أن يتزوج أمها و قد دخل بها؟! قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها؟ قال: و ما الذي يحرم عليه منها و لم يدخل بها؟!» (١).

و أشكل على الصحيح الأول: بأن قوله: «يعنى ..» لم يعلم أنه من كلام الامام (ع). و ما 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 الأبدي. مع أن المتن الذي رواه الصدوق كافٍ في الحجية. وعن الشيخ أنه أشكل على الصحيح المذكور: بأن الأصل فيه جميل وحماد، و هما تارة يرويانه عن أبي عبد الله (ع) بلا واسطة، و أخرى يرويانه عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع)، ثم إن جميلا تارة يرويه مرسلا

[١] الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١. و لم يثبت الحديث بتمامه المذكور و انما ذكر تتمته المعلق عليها في الطبعة الحديثة. و قد ذكره في الكافي الجزء: ٥ صفحة: ٤٢٢ الطبعة الحديثة، و في التهذيب الجزء: ٧ صفحة- ٢٧٤ الطبعة الحديثة، و في الاستبصار الجزء: ٣ صفحة: ١٥٧ الطبعة الحديثة.

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٧

و كذا بنتها (١) و إن نزلت (٢)

عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع). و هذا الاضطراب في الحديث مما يضعف الاحتجاج به. و هذا الاشكال غير ظاهر، و من الجائز وقوع ذلك كله، و لا محذور فيه. و مثله إشكاله على جميع النصوص المذكورة بأنها مخالفة لكتاب الله تعالى، و الاخبار المخالفة لها موافقة له، فتكون أرجح.

فإن ذلك إنما يتم بعد تعذر الجمع العرفي بين النصوص، و هو ممكن بحمل المنع مع عدم الدخول على الكراهة، و نتيجة ذلك تقييد إطلاق الكتاب بالحمل على صورة الدخول. و مثل ذلك حمل نصوص الجواز على التقييد.

فإنه إنما يكون بعد تعذر الجمع العرفي. مضافا الى أن المشهور بين علماء المخالفين عدم اعتبار الدخول في المنع. و في المسالك حكاية ذلك عن أكثر علماء الإسلام. فتأمل.

فإذا العمدة في وجه الأخذ بنصوص المنع مطلقاً التسالم عليه بيننا، بنحو لا يقدر في حجته خلاف ابن أبي عقيل ممن تفرد بمخالفة المشهور و المسلمات، الموجب لسقوط النصوص عن الحجية.

(١) بلا خلاف، بل هو ضروري، للآية الشريفة، و هي قوله تعالى (وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) «١».

(٢) كما صرح بذلك في مجمع البيان، و القواعد، و التحرير، و كثر العرفان، و اللمعة، و الروضة، و كشف اللثام، و آيات الأحكام للجزائري، و الجواهر، و غيرها. و في بعضها التصريح بعدم الفرق بين بنت الابن و بنت البنت، قال في المستند: «فروع: الأول: حكم بنت البنت و بنت الابن فنازلا حكم البنت بالإجماع، و إن لم يستنبط من الاخبار». لكن في آيات

(١) النساء: ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٨

بشرط الدخول بالأم (١)، سواء كانت في حجره أم لا (٢) و إن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته. و كذا تحرم أم

الأحكام: «يعلم الحكم من النصوص و الإجماع». بل في التذكرة استدلال بعموم الآية. و لا يخلو من إشكال أو منع. نعم لا تبعد دعوى دلالة النصوص المشتبهة على التعبير بالبنت، لقرب عمومها للبنت بواسطة. و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في المستند.

(١) إجماعاً. و يقتضيه نص الكتاب، و صريح السنة. و سيأتي في المسألة السابعة و الثلاثين الكلام في تحريم البنت بالنظر الى أمها و لمسها.

(٢) بلا- خلاف فيه. و في التذكرة: «سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره عند جميع العلماء. و قال داود: إنما تحرم عليه إذا كانت في حجره و كفاله، فاما إذا لم تكن في حجره و كفاله فإنها لا تحرم و إن دخل بأمها. و هو رواية عن مالك»، و في المسالك: «أجمع علماء الإسلام إلا من شذ منهم على أن هذا الوصف غير معتبر، و إنما جرى على الغالب» و في الحدائق: «وقع الاتفاق نصاً و فتوى على أن هذا الوصف غير معتبر».

و يشهد لما ذكر

خير إسحاق بن عمار عن جعفر (ع) عن أبيه: «ان عليا كان يقول: الربائب عليكم حرام من الأمهات اللاتي قد دخل بهن، هن في الحجور و غير الحجور سواء. و الأمهات مبهمات» (١)

و نحوه خبر غياث بن إبراهيم

«٢»، و مرسل الفقيه

«٣». نعم

□

في خبر محمد بن عبد الله بن جعفر المروى في الاحتجاج عن صاحب الزمان (ع): «انه

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٨٩

المملوكة الموطوءة على الواطئ و إن علت مطلقاً، و بنتها (١).

كتب اليه: هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فقال (ع): إن كانت ربيبت في حجره فلا- يجوز. و إن لم تكن ربيبت في حجره و كانت أمها في غير حباله فقد روى أنه جائز» (١).

و لكن لا مجال للأخذ به مع ما هو عليه من ضعف السند، و الدلالة، و المخالفة لما عليه الأصحاب.

(١) إجماعاً محققاً. و النصوص به وافية،

ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «سألته عن رجل كانت له جارية و كان يأتيها، فباعها، فأعتقت، و تزوجت فولدت ابنة، هل تصلح ابنتها لمولاها الأول؟ قال:

هي عليه حرام، و هي ابنته. و الحرة و المملوكة في هذا سواء» (٢)

و ،

صحيح الحسين بن سعيد قال: «كتبت الى أبي الحسن (ع): رجل له أمة يطؤها، فماتت أو باعها، ثم أصاب بعد ذلك أمها، هل له أن ينكحها؟ فكتب (ع): لا تحل له» (٣)

و ،

مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «في رجل كانت له جارية فوطئها، ثم اشترى أمها أو بنتها، قال (ع): لا تحل له» (٤)

و ،

في رواية رزين يبيع الأنماط عن أبي جعفر (ع): «في رجل كانت له جارية فوطئها، ثم اشترى أمها و بنتها، قال (ع): لا تحل له الأم و البنت» (٥)

و نحوها غيرها.

نعم يعارضها جملة أخرى، منها

خبر رزين يبيع الأنماط عن أبي جعفر (ع) قال: «قلت له: تكون عندى الأمة فأطأها، ثم تموت أو

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢. مع اختلاف في متن الرواية

(٣) الوسائل باب: ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

(٤) الوسائل باب: ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٨.

(٥) الوسائل باب: ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٠

[مسألة (٤): لا فرق في الدخول بين القبل و الدبر]

(مسألة ٤): لا فرق في الدخول بين القبل و الدبر (١) و يكفى الحشفة أو مقدارها (٢).

تخرج عن ملكي فأصيب ابنتها، أي يحل لى أن أطأها؟ قال (ع): نعم لا بأس به، إنما حرم ذلك من الحرائر، فأما الإمام فلا بأس به» (١)

و ،

خبر الفضيل بن يسار و ربيع بن عبد الله قال: «سألنا أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت له مملوكة يطؤها فماتت، ثم أصاب بعد أمها، قال (ع):

لا بأس، ليست بمنزلة الحرة» (٢).

لكن لا مجال للعمل بها بعد دعوى الإجماع على خلافها.

(١) كما نص عليه غير واحد على نحو يظهر أنه من المسلمات. نعم في القواعد: «و الأقرب مساواة الوطء في الفرجين» و في كشف اللثام:

«و يحتمل العدم. لتبادر القبل، و انتفاء الإحصان في الدبر. و فيه: منع التبادر. و أن الإحصان ليس منوطاً بالدخول». و بالجملة: ليس ما يوجب رفع اليد عن الإطلاق.

(٢) لا إشكال في ذلك، و لا خلاف. و يقتضيه إطلاق الأدلة.

بل مقتضاه الاجتزاء ببعض الحشفة، لصدق الدخول معه، كما تقدم في حكم من لاط بغلام. لكن ظاهرهم الإجماع على عدم الاكتفاء به هنا.

و كأنهم أخذوه مما ورد من النصوص في اشتراط العدة، و المهر، و الغسل بالتقاء الختانين

«٣». لكن دلالتها على المقام غير ظاهرة. فالعمدة الإجماع إن تم.

(١) الوسائل باب: ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٦.

(٢) الوسائل باب: ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٥.

(٣) راجع الوسائل باب: ٦ من أبواب الجنابة، و باب: ٥٤ من أبواب المهور.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩١

و لا- يكفى الإنزال على فرجها من غير دخول (١) و إن حبلت به (٢). و كذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم اختياراً (٣) أو جبراً منه أو منها (٤).

[مسألة ٥: لا يجوز لكل من الأب و الابن و طء مملوكة الآخر من غير عقد و لا تحليل]

(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب و الابن و طء مملوكة الآخر من غير عقد و لا تحليل (٥)، و إن لم تكن

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

(٢) و نسب اليه الحمل، فيكون ولدًا، كما في الدخول، على ما في النصوص

«١». (٣) كما نص على ذلك في كشف اللثام. و كأن وجه الاشكال: أن الخطاب في الآية الشريفة للمكلفين، فالدخول متعلق بهم، فلا يشمل دخول غيرهم. و فيه: أن الدخول مطلق لا يختص بحال التكليف.

(٤) عن الإيضاح أنه نفى احتمال الخلاف في جانب الموطوءة.

(٥) كما في الشرائع و غيرها، بل إجماعاً، كما في الرياض، لحرمة التصرف في ملك الغير بغير إذنه. و للنصوص الآتية. نعم

في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع): «قال: في كتاب علي (ع) إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً، و يأخذ الوالد من مال ولده ما شاء، و له أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها. و ذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل: أنت و مالك لأبيك» [١]. و ظاهره جواز الوطاء من غير تقويم، و إن كان الولد كبيراً. و لا بد حينئذ من تأويله، أو طرحه.

[١] الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٦. لكن ذكره من دون الذيل و هو: «و ذكر أن رسول الله ..» نعم رواه مع الذيل في ضمن حديث عن أبي عبد الله (ع) في باب: ٧٨ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١، مع خلاف يسير في متن الحديثين.

(١) راجع الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام الأولاد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٢

مدخوله له، و إلا كان زانياً (١).

[مسألة ٦: يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه و وطؤها]

(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه و وطؤها (٢).

و قد تعرضنا لذلك في شرح المسألة الثامنة و الخمسين من فصل شرائط و جوب حجة الإسلام.

(١) بلا خلاف، و لا إشكال، كما في الجواهر، لأنه و طء غير مستحق من دون شبهة.

(٢) بلا خلاف ظاهر، كما في الرياض. بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، للنصوص، منها

صحيح الكنانى عن أبي عبد الله (ع): «عن رجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار، هل يصلح له أن يطأها؟ فقال (ع): يقومها

قيمة عدل ثم يأخذها، و يكون لولده عليه ثمنها» (١)

و نحوه خبر داود بن سرحان عنه (ع)

«٢» و

في صحيح محمد ابن إسماعيل قال: «كتبت الى أبي الحسن (ع) في جارية لابن لي صغير، يجوز لي أن أطأها؟ فكتب: لا، حتى تخلصها» (٣).

و

في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن موسى قال: «قلت له: الرجل يكون لابنه جارية إله أن يطأها؟ قال: يقومها على نفسه و يشهد على نفسه بثمنها أحب الي» (٤).

و

في خبر الحسن بن صدقة قال: «سألت أبا الحسن (ع) فقلت له: إن بعض أصحابنا روى أن للرجل أن ينكح جارية ابنه و جارية بنته، و لى ابنة و ابن، و لابنتى جارية اشتريتها لها من صداقها، أ فيحل لي أن أطأها؟ فقال (ع): لا، إلا بإذنها. فقال الحسن بن الجهم: أ ليس قد جاء أن هذا جائز؟ قال (ع): نعم ذلك

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٣

و الظاهر إلحاق الجد بالأب (١)، و البنت بالابن (٢) و إن كان الأحوط خلافه. و لا يعتبر إجراء صيغة البيع (٣)

إذا كان هو سببه. ثم التفت إلى و أومى نحوى بالسبابة، فقال: إذا اشترت أنت لابنتك جارية أو لابنك و كان الابن صغيراً و لم يطأها حل لك أن تقبضها فتكحها. و إلا فلا إلا بإذنها» (١).

و كأن المراد صورة ما إذا لم تدخل في ملك الابن و البنت، و إنما كان من الوالد مجرد التحليل و العارية.

و

في صحيح الحسن بن محبوب قال: «كتبت الى أبي الحسن الرضا (ع):

انى كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجها، فلم تزل عندها و فى بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت إلى هي و الجارية، أ فيحل لي أن أطأ الجارية؟ قال: قومها قيمة عادلة، و أشهد على ذلك، ثم إن شئت تطأها» (٢).

و ظاهره جواز التقويم فى الكبير أيضاً. اللهم إلا أن يحمل على صورة ما إذا كانت البنت قد فوضت إلى الأب جميع شؤونها.

(١) كما نص على ذلك غير واحد، منهم جامع المقاصد. و قواه فى الجواهر، للقطع باتحاد الجميع. لكنه غير ظاهر. قال فى الرياض:

«و فى تعدية الحكم الى الجد إشكال، من اختصاص النصوص بالأب، و من اتحاد المعنى. و هو أقوى».

(٢) يظهر من الرياض اختصاص الإشكال فى الجد دون البنت.

و كأن الوجه فيه. إطلاق صحيح الكنانى المتقدم، فان الولد شامل للبنت.

(٣) قال فى جامع المقاصد: «و لا يكفى مجرد التقويم قطعاً، إذ لا ينتقل الملك إلا بسبب ناقل، و قبل الانتقال لا يجوز التصرف، و لا

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٧٩ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٤

و نحوه، و إن كان أحوط. و كذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبي (١) نعم يعتبر عدم المفسدة (٢). و كذا لا يعتبر الملاءة في الأب (٣) و إن كان أحوط.

[مسألة (٧): إذا زنا الابن بمملوكة الأب حد]

(مسألة ٧): إذا زنا الابن بمملوكة الأب حد (٤).

و أما إذا زنا الأب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحد عليه (٥)

أثر للتقويم بدون العقد المملوك. و لا- خلاف في شيء من هذه الأحكام» و في الجواهر: «عن غير واحد من الأصحاب التصريح بذلك. لأصالة عدم دخولها في الملك إلا بالمملك الشرعي».

أقول: الذي يظهر من التقويم في النص و الفتوى هو إيقاع المعاوضة عليه بالقيمة في ذمته و الالتزام بذلك في نفسه، فيكون إيقاعاً لا عقداً، و نفسياً بحتاً بلا مظهر له من قول أو فعل. و بذلك يفترق أيضاً عن اقتراض القيمي، فإنه أيضاً مشتمل على الإيجاب و القبول، و له مظهر من قول أو فعل، بخلاف المقام كما عرفت. و لا مانع عن الأخذ بظاهر النص المعتضد بالفتوى. إلا أن يكون إجماع، كما يظهر من جامع المقاصد. و لكنه غير ثابت.

(١) كما يقتضيه إطلاق النص، خلافاً لآخرين فاشتراطها، كما في الرياض. و الإطلاق يردهم.

(٢) إجماعاً كما في الرياض. و به ترفع اليد عن إطلاق النصوص.

(٣) كما نص على ذلك في المسالك و جامع المقاصد، للإطلاق. و كأن وجه الاشكال ما دل على اعتبار الملاءة في الاتجار بمال اليتيم. لكنه غير ما نحن فيه.

(٤) بلا إشكال و لا خلاف، لعموم أدلة الحد.

(٥) كما في الشرائع، و التذكرة، و القواعد، و جامع المقاصد، و المسالك و غيرها. و في جامع المقصد: أنه لا خلاف في ذلك. و في الجواهر: «لا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٥

وفيه إشكال (١).

[مسألة (٨): إذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد]

(مسألة ٨): إذا وطأ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد (٢)، و لكن عليه مهر المثل (٣). و لو حبلت فان كان

أجد فيه خلافاً.

(١) لعدم وضوح ما يستوجب الخروج عن عموم أدلة الحد. و ما في جامع المقاصد من تعليقه بأن الأب لما كان أصلاً في وجود الابن أثبت له الشارع هذه المزية و نحوها، و نحوه ما في كشف اللثام و غيره. غير ظاهر.

نعم في المسالك قال: «و الفرق بين الأب و الابن بعد النص أن الأب أصل له فلا يناسبه إثبات العقوبة عليه، بخلاف العكس». و ظاهره وجود النص الفارق، و لم أعثر عليه، و لا على من أشار إليه سواه. و لعله أراد به ما ذكره في جامع المقاصد بقوله: «و قوله (ع): أنت و مالك لأبيك

إيماء الى ذلك» (١). و فيه: أن الظاهر منه كونه حكماً أدبياً، كما تقتضيه قرينة السياق، فان الولد حر لا مملوك لوالده و لا لغيره. و لأجل ذلك يكون الإشكال في محله. إلا أن يتم إجماع عليه. لكن في المسالك في أواخر حد السارق في شرح المسألة الرابعة ما يظهر منه المفروغية عن ثبوت الحد في المقام، حيث قال في الفرق بين الزنا و السرقة: «ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لا يقطع و إذا زنى بجاريته يحد». لكن ذلك منه ينافي ما ذكره هو و غيره هنا و نفى الخلاف فيه. فلا بد أن يحمل على بعض الوجوه، و يكون العمل على ما ذكره هنا.

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٣) لما استحل من فرجها.

(١) تقدم التعرض له في المسألة: ٥ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٦

الوطى هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً (١). و إن كان الأب لم يعتق (٢) إلا إذا كان أنثى. نعم يجب على الأب فكه (٣) إن كان ذكراً.

[مسألة ٩: لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العممة و الخالة إلا بإذنها]

(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العممة و الخالة إلا بإذنها (٤)،

(١) كما في الشرائع، و القواعد، و جامع المقاصد، و المسالك، و غيرها. لأنه لو بقى رقا كان ملكاً لمالك الأمة، و هو جده، و الرجل لا يملك ولده و إن نزل ذكراً كان أم أنثى.

(٢) كما نص عليه الجماعة. لأنه لو بقى رقا كان ملكاً لمالك الأمة، و هو أخوه، و لا مانع من أن يملك الرجل أخاه. نعم إذا كان الولد أنثى انعتق قهراً، لأن الرجل كما لا يملك عموديه لا يملك محارمه، و منها الأخت، فلما لم يمكن أن يكون مملوكاً لمالك الأمة انعتق قهراً أيضاً.

ثم إنه يأتي من المصنف (ره) في نكاح الإمام تبعية الولد لأشرف الأبوين كما هو مذهب جماعة. و عليه يكون الولد حراً لا رقاً، فيكون ما ذكره هنا منافياً لما يذكره فيما يأتي من نكاح الإمام. و لعل المراد من الحكم بالرقية: الرقية من حيث النسب، بمعنى أن النسب لا يقتضى الحرية لا الرقية مطلقاً. و سيأتى إن شاء الله وجه الجمع بين الكلامين. فانظر.

(٣) كما صرح به الجماعة للنصوص الدالة على ذلك، الآتية في مبحث نكاح الإمام. و يتعين كون المراد منه بناء على الحرية: أن الأب ضامن لقيمته، لا أنه رق يجب على الأب شراؤه.

(٤) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه. كذا في الجواهر. و يشهد له النصوص الكثيرة، منها

موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «قال: لا تتزوج ابنة الأخ و لا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٧

ابنة الأخت على العممة و لا على الخالة إلا بإذنها، و تزوج العممة و الخالة على ابنة الأخ و ابنة الأخت بغير إذنها» (١) و

خبر أبي عبيدة الحذاء قال: «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها إلا بإذن العممة و الخالة» (٢) و نحوهما غيرهما.

و عن الإسكافي و العماني: الجواز مطلقاً. و في المسالك ناقش في صحة النسبة. و على تقديرها فكأنه لعمومات الحل، و لخبر علي بن جعفر (ع) المروى في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: «سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها؟ قال (ع): لا بأس» (٣).

و مثله خبره المروى في قرب الاسناد

«٤». و فيه: أن العموم مخصص، و الخبر مقيد بما ذكر.

و مثله ما في المقنع من المنع مطلقاً قال: «و لا تنكح المرأة على عمتها، و لا على خالتها، و لا على ابنة أختها، و لا على ابنة أخيها، و لا على أختها من الرضاعة». و كأنه لإطلاق بعض النصوص، مثل صحيح أبي عبيدة قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها، و لا على أختها من الرضاعة» (٥). و نحوه غيره. لكن الجميع مقيد بما ذكر، و محمول على صورة عدم الاذن. و بالجملة: النصوص طوائف ثلاث: مانعة مطلقاً، و مجوزة مطلقاً، و مفصلة بين الاذن و عدمه.

و المقنع اعتمد على الأولى لا غير. و القديمان اعتمدا على الثانية. و المشهور

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الثاني للحديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الأول للحديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٨.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٨

من غير فرق بين الدوام و الانقطاع (١)، و لا- بين علم العممة و الخالة و جهلهما. و يجوز العكس (٢)، و إن كانت العممة و الخالة جاهلتين بالحال على الأقوى (٣).

اعتمدوا على الجميع بعد الجمع بينها بحمل الأولتين على الأخيرة حملاً للمطلق على المقيد.

(١) لإطلاق الأدلة فيه، و فيما بعده.

(٢) على المشهور شهرة عظيمة، و عن التذكرة: الإجماع عليه، للنصوص التي تقدم بعضها. و

في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع):

«قال: تزوج الخالة و العممة على بنت الأخ و ابنة الأخت بغير إذنها» (١)

و

صحيح ابن مسلم المروى عن نوادر ابن عيسى عن أبي جعفر (ع): «قال: لا تنكح ابنة الأخت على خالتها، و تنكح الخالة على ابنة

أخيها. ولا تنكح ابنة الأخ على عمتها، و تنكح العمّة على ابنة أخيها» (٢)

و نحوهما غيرهما. و تقدم عن المقنع المنع مطلقاً. و كأنه لإطلاق

خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع): «قال: لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها» (٣).
لكنه مقيد بما سبق.

(٣) و هو المشهور. و في المسالك: «يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجته، و إلا لم يصح». و لم يعلم له وجه ظاهر. و في الجواهر:

«لعله أخذه مما تسمعه في نكاح الحرّة على الأمّة، بناء على اشتراك المسألتين في كيفية دلالة الدليل، و في حكمه الحكم، و هي الاحترام، إلا أنه ستعرف هناك عدم اعتبار الاذن في الجواز و الصحة، و إنما تتسلط هي على الخيار».

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٢.

(٣) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ١٩٩

.....

و يحتمل أن يكون الوجه فيه:

خبر محمد بن مسلم عن الباقر (ع): «لا تزوج الخالة و العمّة على بنت الأخ و ابنة الأخت بغير إذنهما» (١)

، كما ذكره بعض، بناء على رجوع الضمير إلى العمّة و الخالة، و فيه: أن المضبوط روايته: «تزوج الخالة و العمّة ..» و قد رواه في المسالك كذلك.

مع أن الظاهر رجوع الضمير الى المدخول عليهما. و حينئذ فهو معارض بغيره مما ظاهره التفصيل بين دخول العمّة و الخالة على ابنة الأخ و الأخت و بين العكس،

كحديث علي بن جعفر الذي رواه في المسالك قال: «تزوج العمّة و الخالة على ابنة الأخ و ابنة الأخت، و لا تزوج بنت الأخ و الأخت على العمّة و الخالة إلا برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل» (٢).

و كذا غيره من الأخبار المفصلة، فإن الجمع بينهما يقتضى الجواز على كراهية.

و من العجيب ما في الرياض حيث قال: «لا فرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت أم لا، وفاقاً للأكثر، للأصل، و إطلاق النصوص. و عن العلامة: اشتراط العلم. و مستنده غير واضح. و النصوص باعتبار إذنهما مختصة بالصورة الاولى». و ظاهر الصورة الأولى صورة علم الداخلة، فيكون عكس ما ذكر في المسالك.

و لا يخفى ما فيه أولاً: من عدم الوقوف على هذه النصوص، و ثانياً:

أنه مناف لما ذكره من إطلاق النصوص، و ثالثاً: أنه لا معنى لاعتبار اذن الداخلة مع علمها، فان دخولها مع العلم إذن، فلا معنى لاعتبار الإذن حينئذ. و المظنون أن أصل العبارة «بالصورة الثانية» الآتية في كلام مصنفه، و هي صورة دخول بنت الأخ أو الأخت على العمّة و الخالة.

هذا و في القواعد: «و الأقرب أن للعمّة و الخالة فسح عقدهما لو

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٠

[مسألة (١٠): الظاهر عدم الفرق (١) بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين]

(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق (١) بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمه والخاله على ذلك وعدم اطلاعهما ابداً، ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة، على إشكال في بعض هذه الصور، لإمكان دعوى انصراف الأخبار (٢).

[مسألة (١١): الظاهر أن حكم اقتران العقدین حكم سبق العمه والخاله]

(مسألة ١١): الظاهر أن حكم اقتران العقدین حكم سبق العمه والخاله (٣).

جهلتا لا المدخول عليها». ووجهه في كشف اللثام بعدم الفرق في الاحترام بين التقدم والتأخر، ولخبر أبي الصباح. وفيه: أن مقتضى الاحترام البطلان - كما ذكر في المسالك - لا الصحة والتسلط على الفسخ. ولو سلم فالتعدى إلى الفرض غير ظاهر، لاختصاصه بما إذا كان المدخول عليها العمه، والفرق بين الداخلة والمدخول عليها في الاحترام و عدمه ظاهر عرفاً. وأما الخبر: فقد عرفت أنه مقيد بما سبق. وبالجملة: مقتضى القواعد الأولية صحة العقد و لزومه و ليس ما يدل على البطلان أو الخيار فيتعين العمل بها.

(١) للإطلاق.

(٢) لكنه بدوى لا يعول عليه في رفع اليد عن الإطلاق.

(٣) النصوص الواردة في الباب كلها يتضمن إدخال بنت الأخ والأخت، عدا رواية أبي الصباح

«١» المتضمنة للمنع عن الجمع بين العمه و ابنة الأخ و الخاله و بنت الأخت، و مثلها النبوى

«٢»، و هما شاملان للمقام. لكنهما مرميان بالضعف، و ظاهرهما المنع من مطلق الجمع كما هو مذهب المخالفين،

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

(٢) مستدرک الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠١

[مسألة (١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين]

(مسألة ١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين (١).

[مسألة (١٣): لا فرق في العمه والخاله بين الدنيا منهما والعليا]

(مسألة ١٣): لا فرق في العمه والخاله بين الدنيا منهما والعليا (٢).

[مسألة ١٤): في كفاية الرضا الباطنى منهما من دون إظهاره]

(مسألة ١٤): في كفاية الرضا الباطنى منهما من دون إظهاره، و عدمها و كون اللازم إظهاره بالاذن قولاً أو فعلاً وجهان (٣).

فالاتتماد عليهما في ذلك غير ظاهر. و كأنه لذلك قال في الجواهر: «قد يقال: إن مقتضى ما ذكرنا جواز الجمع بينهما بعقد واحد بغير إذن منهما، لاختصاص النصوص باعتبار الاذن لهما في صورة إدخالهما على العمه و الخالة. اللهم إلا أن يستفاد حكم ذلك مما تسمعه في الجمع بين الحره و الأمه بعقد واحد، بناء على اتحادهما في كفاية دلالة الدليل، و قد ورد الخبر الصحيح هناك بصحة عقد الحره دون الأمه، أى مع عدم الاذن. فلاحظ و تأمل جيداً». أقول: الوجه الثانى أضعف مما قبله، لأنه أشبه بالقياس.

(١) لإطلاق الأدلة. اللهم إلا أن يقال: الاحترام المعلن به المنع في النصوص

«١» لا يقتضى المنع في صورة كون العمه أو الخالة كافرة.

(٢) كما عن المبسوط: الجزم به. و اختاره جماعة. و قواه في الجواهر:

و استشكل فيه في القواعد و غيرها، للاشتراك في العله، و لاحتمال صدق العمه و الخالة و بنت الأخ و الأخت. و لزوم الاقتصار على المتيقن في الخروج عن عموم الحل. لكن الأول أقرب.

(٣) المذكور في أكثر النصوص اعتبار الاذن، و في خبر على بن جعفر (ع) اعتبار الرضا. و الجمع العرفى يمكن أن يكون بالقياس، فلا بد من الرضا و الاذن معاً. و يمكن أن يكون بجعل الاذن طريقاً الى الرضا، فيكون الشرط الرضا لا غير. و الثانى أقرب، فيكون الرضا هو الشرط و الاذن طريق اليه، فاذا حصل الرضا صح العقد واقعاً، و إذا علم الرضا

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٢

[مسألة ١٥): إذا أذنت ثم رجعت و لم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق]

(مسألة ١٥): إذا أذنت ثم رجعت و لم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الاذن السابق (١).

[مسألة ١٦): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان]

(مسألة ١٦): إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان (٢).

[مسألة ١٧): الظاهر كفاية إذهنها و إن كان عن غرور]

(مسألة ١٧): الظاهر كفاية إذهنها و إن كان عن غرور (٣)، بأن وعدّها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا. نعم لو قيدت الاذن بإعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط كشف عن بطلان الاذن و العقد (٤)، و إن كان حين العقد بانياً على العمل به (٥).

[مسألة ١٨): الظاهر أن اعتبار إذهنها من باب الحكم الشرعى]

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

- بطريق آخر صح واقعاً و ظاهراً. 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. و القياس على فعل الوكيل الذي لم يبلغه العزل لا وجه له.
- (٢) إذ لا دليل على كون العدول عن الاذن رافعاً لأثر العقد و فاسخاً له، فاستصحاب بقاء الأثر بحاله. فإن قلت: العدول يوجب كون الاذن السابق بمنزلة العدم. قلت: إنما يوجب ذلك بالنسبة الى ما بعد العدول، لا من أول الأمر، فحين وقوع العقد عن إذنه يترتب عليه الأثر، لتحقق شرط التأثير و لا موجب لارتفاعه، فيستصحب.
- (٣) لإطلاق الأدلة.
- (٤) لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.
- (٥) لأن الشرط الإعطاء، و هو مفقود، لا البناء على العمل.
- مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٣
- لا أن يكون لحق منهما (١)، فلا يسقط بالإسقاط.

[مسألة ١٩: إذا اشترط في عقد العمه أو الخالة إذنهما في تزويج بنت الأخ أو الأخت]

(مسألة ١٩): إذا اشترط في عقد العمه أو الخالة إذنهما في تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط، لم يصح العقد على إحدى البنتين (٢) و هل له إجبارهما في الاذن؟ وجهان (٣). نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو

- (١) يعنى: ليس اعتبار الاذن في المقام من باب اعتبار إذن المالك لعين أو حق في التصرف فيه. بل مجرد حكم الشارع بالتوقف على الاذن.
- لأن البناء على الأول يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، و هو خلاف الأصل، بل خلاف إطلاق الدليل، الموجب لاعتباره و لو بعد الإسقاط.
- (٢) لإطلاق الأدلة.

(٣) مبنيان على أن الشرط يقتضى ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه بحيث يكون المشروط له مالكاً على المشروط عليه الفعل المشروط، أو لا يقتضى ذلك؟ فعلى الأول: يكون الزوج مالكا عليها الاذن في العقد، فيكون له المطالبة به، و مع امتناعها يكون له الإجبار عليه. فان تعذر أمكن قيام الحاكم الشرعي مقامه في استيفاء الحقوق باعمال ولايته.

و على الثانى: يكون مفاد الشرط محض الالتزام بالاذن، فيجب عليها شرعاً كسائر الواجبات الشرعية، فإذا امتنعت من أداء الواجب جاز إجبارها من باب الأمر بالمعروف، فاذا تعذر الإجبار لم يكن للحاكم الشرعي القيام مقامها، إذ لا ولاية للحاكم الشرعي على تحصيل الواجبات الشرعية على الناس، و إنما له الولاية عليهم فيما لهم الولاية عليه لا غير. و من ذلك يظهر أن اختلاف المبنيين ليس فى مجرد جواز الإجبار و عدمه، و إنما هو فى نفوذ سلطان الحاكم الشرعي عند تعذر الاستيفاء. هذا، و قد تقرر فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٤

الأخت فالظاهر الصحة (١)، و إن أظهرتا الكراهة بعد هذا.

[مسألة ٢٠: إذا تزوجها من غير إذن ثم أجازنا صح على الأقوى]

(مسألة ٢٠): إذا تزوجها من غير إذن ثمَّ أجازتا صح على الأقوى (٢).

[مسألة ٢١): إذا تزوج العممة و ابنه الأخ، و شك في سبق عقد العممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة]

(مسألة ٢١): إذا تزوج العممة و ابنه الأخ، و شك

غير موضع من هذا الشرح أن مفاد الشرط ثبوت حق للمشروط له. فراجع.

(١) بعد ما كان اعتبار الاذن من باب الحكم الشرعى يكون شرط أن يكون له العقد من قبيل الشرط المخالف للكتاب، فيبطل، إلا أن يرجع الى شرط الوكالة عنها فى الاذن، فيصح. لكن فى جواز عزله الوجهان السابقان. أو يرجع الى اشتراط بقاء الاذن له الى حين العقد.

لكن فى جواز العدول عن الإذن أيضا الوجهان السابقان. أو يرجع الى اشتراط الاذن فعلا- لكنها غير كافية مع ظهور الكراهة بعد ذلك.

(٢) كما عن العلامة فى جملة من كتبه، و كثير من المتأخرين، لتحقق شرط الصحة و هو الاذن، فيشمله دليل الصحة من غير معارض. و فى الشرائع و النافع و غيرهما: البطالان، للنهى عنه المقتضى للفساد. لكنه ممنوع بعد حصول الاذن. أو لدلالة النهى على خروج المعقود عليها عن قابلية النكاح. و هو أيضا ممنوع بعد حصول الاذن. أو لخبر على بن جعفر (ع) عن أخيه (ع): «و لا- تزوج بنت الأخ و الأخت على العممة و الخالة إلا- برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل» (١).

و فيه: أنه لا يشمل المقام بعد الاذن و إن شمله قبل الاذن، و لا تنافى بين الحكمين فى زمانين.

أو لظهور أدلة اعتبار الاذن فى كونها مقارنة للعقد. و هو أيضا ممنوع: □

أو لأن العقد على بنت الأخ و الأخت بدون إذن العممة أو الخالة معصية لله سبحانه، فيكون فاسداً، لما ورد فى نكاح العبد بغير إذن مولاه من

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٥

.....

□ أنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز

«١»، إذ يدل الحديث على أنه لو عصى الله تعالى كان نكاحه فاسداً، فيدل على أن معصية الله تعالى كليه موجبة للفساد. و فيه: أن الظاهر من معصية الله سبحانه معصيته فى نكاح المحرمات من النساء، مثل الأصول و الفروع، لا مطلق المعصية، و إلا كا التعليل غير ظاهر، فيكون تعدياً. و هو خلاف الأصل فى التعليلات.

على أن البناء على تحريم العقد تعدياً بحيث يوجب الإثم لنفسه غير ظاهر من الأدلة.

هذا، و عن الشيخين و من تبعهما، بل عن غير واحد نسبته إلى الأكثر أن للعممة و الخالة الخيار فى فسخ العقد الواقع على بنت الأخ و الأخت و بين فسخ عقدهما بلا- طلاق. لوقوع العقدين صحيحين، و حيث أنه لا- يمكن الجمع بينهما إلا بإذن فهما مخيران فى رفع

الجمع بينهما بين رفع الأول و رفع الثانى. وفيه: أنه لا دليل على سلطنتهما على رفع الأول، وإنما الدليل على سلطنتهما على رفع الثانى لا غير. و عن ابن إدريس: بطلان العقد الثانى و تزلزل العقد الأول، فيكون للمدخول عليها فسخ عقد نفسها. و يظهر ضعف القول المذكور بكلا شقيه من وجوه الاشكال على القول الثانى و القول الثالث. مع أنه إذا بنى على بطلان العقد الثانى لم يكن وجه لتزلزل الأول.

فإذاً العمدة القولان الأولان المبنيان على ظهور أدلة اعتبار الاذن فى المقارنة و عدمه. و أما الوجوه الأخر مما ذكرناه و غيره فضعيفة. و قد عرفت منع ظهور الأدلة فى اعتبار مقارنة الاذن للعقد. و يتضح ذلك بمقايسة المقام بعقد الفضولى. و لأجل ذلك يخرج عن الأصل بناء على أن مقتضاه مقارنة الشرط للعقد.

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٢٠٥

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ١، ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٦

فى سبق عقد العمه أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة (١).

و كذا إذا شك فى السبق و الاقتران بناء على البطلان مع الاقتران.

[مسألة ٢٢: إذا ادعت العمه أو الخاله عدم الاذن و ادعى هو الاذن منهما قدم قولهما]

(مسألة ٢٢): إذا ادعت العمه أو الخاله عدم الاذن و ادعى هو الاذن منهما قدم قولهما (٢). و إذا كانت الدعوى بين العمه و ابنة الأخ مثلاً فى الاذن و عدمه فكذلك قدم قول العمه.

(١) لأصالة الصحة.

(٢) لأصالة عدم الاذن الموافق لقولها. و أصل الصحة و إن كان مقدماً على أصالة عدم الجزء أو الشرط الذى يكون فقده موجباً للفساد، لكن دليله من السيرة و الإجماع غير ثابت فى مثل المقام مما كان المدعى لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط. ففرق بين أن تكون دعوى عدم الإذن صادرة ممن تقوم به الاذن، و أن تكون صادرة من غيره، فإذا ادعى عدم الاذن غير من يقوم به الاذن كان المرجع أصل الصحة، و إذا كان المدعى من يقوم به الاذن كان المرجع أصالة عدم الاذن، لعدم ثبوت أصل الصحة فيه، و إلا كان مقدماً أيضاً. فبناء على هذا لو ادعى البائع عدم البلوغ، أو عدم العلم بالعرضين، أو نحو ذلك يكون منكراً. و هو كما ترى. إلا أن يقال: إن دعواه ذلك خلاف ظاهر فعله و اقدمه، فيكون لأجل ذلك مدعياً. فتأمل. و ربما يحتمل اختصاص أصل الصحة بالشك فيما يعتبر فى موضوع السلطنة جزءاً أو شرطاً، و لا يشمل الشك فى السلطنة، فالمدعى عدم السلطنة منكر. وفيه: أنه خلاف السيرة على البناء على الصحة لو شك فى السلطنة مع عدم الدعوى ممن له السلطنة، و على هذا يختص المنع من جريان القاعدة بصورة دعوى وجود إعطاء السلطنة بإذن أو بالتعليك أو نحوهما، نظير قاعدة اليد المختصة بصورة عدم دعوى التملك من خصمه و ذلك غير بعيد من طريقة العقلاء و المتشرعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٧

[مسألة ٢٣: إذا تزوج ابنه الأخ أو الأخت، و شك في أنه هل كان عن إذن من العمه أو الخاله أو لا؟]

(مسألة ٢٣): إذا تزوج ابنه الأخ أو الأخت، و شك في أنه هل كان عن إذن من العمه أو الخاله أو لا؟ حمل فعله على الصحة.

[مسألة ٢٤: إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل]

(مسألة ٢٤): إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل (١). و كذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه (٢).

[مسألة ٢٥: إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين]

(مسألة ٢٥): إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين (٣) إلا بعد خروجهما عن العده.

(١) لخروجه عن مورد النصوص. لكن بناء على ما تقدم من المنع عن اقتران العقدتين إلا بإذن العمه أو الخاله، عملاً بما دل على المنع عن الجمع بينهما إلا بإذنها
«١»، يتعين البناء على ذلك هنا، لتحقق الجمع بعد الرضاع، فلا يجوز إلا بالإذن، إذ لا فرق بين اقتران العقد و بين المقام في صدق الجمع.

(٢) يوافق الاستصحاب. لنفوذ الجمع في حال الكفر، فان لكل قوم نكاحا

«٢»، فيستصحب بعد الإسلام. وفيه: أن المستفاد من الأدلة ترتب آثار النكاح حال الكفر، لا نفوذه، كما يقتضيه الجمع بين الأدلة الأولية و مثل: «لكل قوم نكاح»

. و استصحب بقاء الآثار لا مجال له مع الدليل الدال على حرمة نكاح الأجنبية. مع أنه لو فرض صحة النكاح حال الكفر، فبعد الإسلام يرجع الى عموم المنع المقدم على الاستصحاب.

(٣) لأن المطلقة رجعياً زوجته، و لا يجوز إدخال بنت أخيها و أختها

(١) راجع المسألة: ٩ من هذا الفصل.

(٢) هذا المضمون موجود في بعض النصوص راجع الوسائل باب: ٨٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، و باب: ٧٣ من أبواب جهاد النفس، و باب: ١ من أبواب حد القذف.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٨

و لو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

[مسألة ٢٦: إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت]

(مسألة ٢٦): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت، لان طلاق الخلع بائن. و إن رجعت في البذل لم يبطل العقد (١).

[مسألة ٢٧: هل يجرى الحكم في المملوكتين و المختلفتين وجهان]

(مسألة ٢٧): هل يجرى الحكم في المملوكتين و المختلفتين وجهان. أقواهما العدم (٢).

[مسألة ٢٨: الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة]

(مسألة ٢٨): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة

عليها إلا بإذنها.

(١) بل يكون من باب إدخال العمه أو الخالة على بنت الأخ و الأخت، لأن الرجوع في البذل يوجب الحكم بالزوجية التنزيلية، و هو 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 و الثلاثين، فيكون من إدخال بنت الأخ و الأخت 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

«١»، لأن رجوع العمه بالبذل بمنزلة الاذن في الجمع بينها و بين البنت. اللهم إلا أن تكون جاهله بذلك.

(٢) و في الجوهر: أنه التحقيق، و أنه ظاهر النصوص و الفتاوى، لاشتغالها على التزويج و النكاح الظاهرين في العقد، و اشتغالها على الاذن المختص بالحرمة. فتأمل. و خبر أبي الصباح لو سلمت حجيتها، فحمله على الوطء لا- قرينه عليه، و كذا على الجامع بينه و بين العقد، لما ذكر. مع أن الجامع العرفي متعذر، فيتعذر عرفاً استعماله فيه، فلا يصلح حجة على المقام.

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٠٩

الحرمة، إذا كان بعد الوطء (١)، بل قبله أيضاً على الأقوى (٢)

(١) إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر. و يشهد به النصوص المستفيضة أو المتواترة،

ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة، أ يتزوج بابنتها؟ قال (ع): لا، و لكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمرها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال» «١»

و ،

في مصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمرها أ تحرم عليه امرأته؟ فقال: لا، إنه لا يحرم الحلال الحرام» «٢»

و ،

مصحح 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 حرام حلالاً قط» «٣».

و نحوها غيرها.

(٢) و هو المشهور شهرة عظيمة. و عن أبي علي: أنه قال إن عقد الأب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد ما لم يطأها.

لعموم: (مَا نَكَحَ أَبَاؤُكُمْ) مع عدم القول بالفرق، و

لموثق عمار عن أبي عبد الله (ع): «في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزني بالمرأة هل

يجوز لابنه أن يتزوجها؟

قال (ع): لا، إنما ذلك إذا تزوجها فوطئها ثم زنى بها ابنه لم يضره، لأن الحرام لا يفسد الحلال. وكذلك الجارية» (٥).

و نحوه

خبر أبي

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٤) النساء: ٢٢.

(٥) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٠

فلو تزوج امرأة ثم زنا بأمرها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته.

وكذا لو زنا الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن. وكذا لو زنا الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه. وكذا الحال في اللواط الطارئ

على التزويج (١). فلو تزوج امرأة ولاط بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته إلا أن الاحتياط فيه لا يترك و أما إذا كان الزنا

سابقاً على التزويج فان كان بالعمه أو الخالة

الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع): «قال: إذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك و لم

يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها و دخل بها ثم فجر بأمرها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمرها نكاح ابنتها إذا

هو دخل بها، و هو قوله: لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا» (١).

و نسب هذا القول الى ظاهر الاستبصار. و مال إليه في الحقائق، و حكى ذلك عن بعض مشايخه المحققين من متأخري المتأخرين،

اعتماداً على الخبرين، لأنهما من المقيد الواجب حمل المطلق عليه.

و نوقش في الأول: بأنه استدلال بالمفهوم، و هو ضعيف. و في الثاني:

بضعف السند. لكن مفهوم الحصر حجة. و الثاني من الموثق، و هو أيضاً حجة. فالعمدة في وهن الخبرين إعراض المشهور عنهما. بل

في الرياض بعد الاستدلال للقول المذكور بخبر الكناني قال: «و هو ضعيف، لشذوذه، و قد ادعى جماعة من الأصحاب الإجماع على

خلافه». فإذا لا مجال للاعتماد عليهما في تقييد إطلاق نصوص الحل.

(١) كما تقدم الكلام فيه في المسألة الإحدى والعشرين من الفصل السابق، كما تقدم فيها وجه الاحتياط الآتى. و الظاهر أنه لا فرق

في المقام بين

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١١

يوجب حرمة بنتيهما (١)، و إن كان بغيرهما

الدخول و عدمه عندهم. و خلاف أبي على كدليله يختص بغيره.

(١) على المشهور شهرة عظيمة، بل في محكى الانتصار: الإجماع عليه. و في التذكرة: نسبه إلى علمائنا. و يشهد له في الخالة مصحح محمد بن مسلم قال: «سأل رجل أبا عبد الله (ع) و أنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال (ع): لا. قلت: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون شيء. فقال: لا يصدق و لا كرامة» (١)

و ،
موثق أبي أيوب عن أبي عبد الله (ع) قال: «سأله محمد بن مسلم و أنا جالس عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أ يتزوج ابنتها؟ قال:
لا. قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال (ع):
كذب» (٢).

و بضميمة عدم القول بالفصل يتعدى من الخالة الى العمه، أو
لرواية السرائر قال: «و قد روى أن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما» (٣).
ثم قال: «فان كان على المسألة إجماع فهو الدليل عليها». ثم ناقش في ثبوت الإجماع. و ظاهره التوقف في الحكم المذكور.
و لأجله يشكل الاستدلال بروايته فضلا عن كونها مرسله. كما يشكل التمسك بالإجماع، لما في المختلف من قوله: «و لا بأس بالتوقف في هذه المسألة، فإن عموم قوله تعالى (وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) (٤) يقتضى الإباحة».
و ظاهره أيضا عدم الاعتداد برواية الخالة. و لعله لما في المسالك من أنها ضعيفة السند ردية المتن، فإن السائل لم يصرح بوقوع الوطاء أولا، و صرح

- (١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.
- (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.
- (٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.
- (٤) النساء: ٢٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٢

ففيه خلاف (١)، و الأحوط التحريم، بل لعله لا يخلو عن قوة.

بعدمه ثانياً، و كذبه الامام (ع) في ذلك، و هذا غير لائق بمقامه، و هو قرينة الفساد. انتهى. لكن السند مصحح في رواية الكافي و موثق في رواية التهذيب، و كلاهما حجة. و تكذيب الامام (ع) لا بد أن يكون لوجه يعلمه. و نحوه صحيح يزيد الكناسي قال: «إن رجلا من أصحابنا تزوج امرأة قد زعم أنه كان يلاعب أمها و يقبلها من غير أن يكون أفضى إليها. قال: فسألت أبا عبد الله (ع)، فقال لي: كذب، مره فليفارقها.
قال: فأخبرت الرجل، فو الله ما دفع ذلك عن نفسه، و خلى سبيلها» (١).

مع أنه لا يقدح في حجية الدلالة. و مثله الإشكال بأن الظاهر أن الروايتين حاكيتان عن واقعه واحدة، و في رواية محمد أن السائل رجل و هو جالس، و في رواية أبي أيوب أن السائل محمد و هو جالس، فهذا الاختلاف يوجب نوعاً من الوهن.
و بالجملة: لا مجال للمناقشة في الرواية بعد اعتماد الأصحاب عليها.

و الموهنات المذكورة لا تخرجها عن موضوع الحجية. بل الإنصاف أن تسالم الأصحاب على الحكم المذكور و عدم حكاية الخلاف

فيه من أحد، بل ولا التوقف فيه إلا من الحلى و العلامة يوجب الاطمئنان بثبوته، و أن منشأ التسالم عند أصحاب الأئمة (ع) عليه. و من العجيب - كما قيل - توقف المختلف فى الحكم المذكور مع بنائه على الحرمة فى غير العمه و الخاله، فإن أدلة التحريم فى غيرهما داله عليه فيهما أيضا. إلا أن يكون مراده الحل من الحيثية المذكورة.

(١) فالمحكى عن الأكثر، أو الأشهر، أو المشهور: الحرمة. و يقتضيه جملة من النصوص، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٣

.....

عن الرجل يفجر بالمرأة أ يتزوج ابنتها؟ قال (ع): لا، و لكن إن كانت عنده امرأة ثم فجر بأمرها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال» (١)

و،

صحيح العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأة و قبل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها. فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، و إن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها» (٢)

و

صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع): «فى رجل كان بينه و بين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها؟ فقال: إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها، و ليتزوجها هى إن شاء»

لكن

رواها فى الكافى بسند فيه إرسال هكذا: «فليتزوج ابنتها إن شاء، و إن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها و ليتزوجها» (٣) فتكون دلالتها بالمفهوم المصرح به.

و

روى الشيخ عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل فجر بامرأة أ يتزوج ابنتها؟ قال (ع): إن كان قبله أو شبهها فلا بأس، و إن كان زنا فلا» (٤)

و نحوها غيرها.

و المنسوب الى الفقيه، و المقنع، و المقنعة، و المسائل الناصرية، و المراسم، و السرائر، و الإرشاد، و كشف الرموز: الجواز. و فى النافع: أنه الوجه.

و فى الرياض: نسبه الى المشهور عند القدماء. و عن المسائل الناصرية:

الإجماع عليه. للنصوص الكثيرة، منها

صحيح سعيد بن يسار قال «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل فجر بامرأة، يتزوج ابنتها؟ قال (ع): نعم يا سعيد، إن الحرام لا يفسد الحلال» (٥)

و

صحيح هشام بن المثنى عن

- (١) الوسائل باب: ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.
 (٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.
 (٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.
 (٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٨.
 (٥) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٤

.....

□
 أبي عبد الله (ع): «أنه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أ يتزوجها؟
 قال (ع): نعم، و أمها و بنتها» (١).

و

□
 صحيحته الأخرى قال: «كنت عند أبي عبد الله فقال له رجل: رجل فجر بامرأة أ تحل له ابنتها؟ قال (ع):
 نعم، إن الحرام لا يفسد الحلال» (٢).

و في بعض النسخ رواية المتن الأول عن هاشم بن المثنى و الظاهر منهما واحد. و
 موثق 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» (٣).

و

صحيح صفوان قال: «سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة و هي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها، أ تحل له ذلك؟ قال (ع): لا
 يحرم الحرام الحلال. و رجل فجر بامرأة حراماً أ يتزوج بابنتها؟ قال (ع): لا يحرم الحرام الحلال» (٤).

و

المرسل عن زرارة قال: «قلت لأبي جعفر (ع):
 رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج بابنتها؟ قال (ع): ما حرم حرام حلالاً قط» (٥).
 و هذه النصوص - كما ترى - مشتملة على الصحيح و غيره، كالطائفة السابقة.
 و في الجواهر: «أن الجميع - كما ترى - قاصر عن معارضة ما عرفت (يعنى: الطائفة الأولى) سنداً، و عدداً، و عاملاً، و دلالة، لاحتمال
 الجميع الفجور بغير الجماع، أو به و لكن بعد التزويج، أو التقيء، و هو أحسن المحامل».
 و لا يخفى أن كلا من الطائفتين مشتمل على الصحيح و غيره. و تفاوت

- (١) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.
 (٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٠.
 (٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١١.
 (٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٢.
 (٥) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٥

.....

العدد في الجملة ما لم يبلغ حد صدق الأشهر كنفوت عدد العامل لا أثر له في الترجيح. واحتمال حمل الأخير على الفجور بغير الجماع- مع أنه بعيد في نفسه- لا يتأتى في صحيحة هشام و موثق حنان

. كما أن حملها على ما بعد التزويج أيضا بعيد. و الحمل على التقية إنما يكون مع تعذر الجمع العرفي، و هو ممكن بحمل الطائفة الأولى على الكراهة، بل هو أقرب الوجوه.

مع أنه لا قرينة على الحمل على التقية، و لا سيما بملاحظة أن القول بالحرمة مشهور عند المخالفين، فقد نسبه في التذكرة إلى عمران بن الحصين، و عطاء، و طاوس، و مجاهد و النخعي، و الثوري، و أحمد، و إسحاق، و أصحاب الرأي.

و من ذلك تشكل دعوى أن الظاهر من

النسب: «الحرام لا يفسد الحلال، أو لا يحرم الحلال»

: الحلال الفعلي، و هو إنما يكون مع سبق التزويج على الزنا، أما مع سبق الزنا فالحل تقديري، و الحمل على التقديري خلاف الظاهر، فأرادوا (ع) تنبيه المخالفين على غلطهم في الحمل على التقديري. فإنها غير واضحة المأخذ، كيف؟! و صريح الطائفة الثانية الحل التقديري، كما هو ظاهر الآية الشريفة (وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) «١» فمن الجائر أن يكون الغلط في الحمل على الحلال الفعلي، لأن النبوي جار مجرى الآية الشريفة، و الحل فيها تقديري، فتكون قرينة على إرادة الحل التقديري من النبوي أيضاً، و يكون التخصيص بالفعل لأجل التقية.

و بالجملة: النصوص الواردة في هذه الأبواب على أربع طوائف.

إحداها: ما لم يتعرض لبيان المراد من الحديث من حيث الاختصاص بالحلال الفعلي أو الأعم منه و من التقديري، كمصحح الحلبي ، و مصحح زرارة

المتقدمين و نحوهما، فان موردها و إن كان الحلال الفعلي لكن المورد لا يخصص الوارد. و الطوائف الثلاث الباقية متعرضة لذلك. الأولى:

(١) النساء: ٢٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٦

.....

ما يدل على أن المراد بالحلال الحلال الفعلي بشرط الوطاء، كموثق عمار

، و خبر الكناني

المتقدمين في صدر المسألة. الثانية: ما يدل على أن المراد الحلال الفعلي بعقد أو ملك. كصحيح محمد بن مسلم المتقدم

. الثالثة: ما يدل على أن المراد الحلال و لو تقديرياً، كصحيح سعيد بن يسار

، و صحيح صفوان

، و صحيحة هشام بن المثنى

، و موثق حنان بن سدير

، و المرسل عن زرارة

. و نحوها، و

خبر محمد بن منصور الكوفي قال: «سألت الرضا (ع) عن الغلام يعث بجارية لا- يملكها و لم يدرك أ يحل لأبيه أن يشتريها أو يمسها؟ فقال: لا يحرم الحرام الحلال» (١).

و قد عرفت أن الطائفة الأولى منها مهجورة، فيبقى التعارض بين الطائفتين الأخيرتين. و لا ينبغي التأمل في ترجيح الثانية، لكثرة العدد، و انفراد الثالثة بالصحيح المذكور.

و أما الحمل على التقية: فقد عرفت أنه لا مأخذ له في كلتا الطائفتين، و ليس في النصوص ما فيه دلالة أو إشعار بأن مذهب المخالفين في المسألة هو التحريم، أو أن المراد بالحديث الشريف هو العموم أو الخصوص.

نعم استدل في التذكرة على الحل بعد أن نسبه الى جماعة من المخالفين و منهم مالك، و الشافعي، بما

رواه العامة عن النبي (ص): «أنه سئل عن رجل يزني بامرأة ثم يريد أن يتزوج ابنتها. فقال: لا يحرم الحرام الحلال» (٢)

، ثم استدل للشيخ بعد أن نسب اليه القول بالحل بأمر، منها قوله:

«لا يحرم الحرام الحلال»

، فحمل الحلال في الحديث على الحلال و لو تقديراً لا يختص بالمخالفين، و لا هو مذهب جميعهم، و لا المشهور بينهم. و أما

صحيح مرازم قال «سمعت أبا عبد الله (ع) و قد سئل عن

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٢) يوجد قريب منه في كتر العمال الجزء: ٨ حديث: ٤٠٦٤، سنن البيهقي الجزء: ٧ باب الزنى لا يحرم الحلال.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٧

.....

امرأة أمرت ابنها أن يقع على جارية لأبيه فوق، فقال (ع): أئمت، و أثم ابنها. و قد سألتني بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له: أمسكها فإن الحلال لا يفسده الحرام» (١).

فلا إشعار له بكون الحل مذهب المخالفين بوجه.

و المتحصل: أن نصوص التحريم صالحة للحمل على الكراهة، عدا مصحح يزيد الكناسي المتقدم

، و صحيح محمد بن مسلم

. و التعارض بينهما و بين نصوص التحليل يقتضى الأخذ بالثانية، لأنها أرجح بكثرة العدد.

و كأن ما في الشرائع من حكمه بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً مبنى على ملاحظة جميع نصوص التحريم حتى ما أمكن الجمع

العرفي بينها و بين نصوص التحليل. و إلا فالذي لا يقبل الجمع العرفي منها منحصر بالروايتين المذكورتين، بل مصحح يزيد

يمكن حمل الفراق فيه على الفراق بالطلاق، فتتحصر المعارضة بصحيح محمد. و لو سلم التساوي من حيث السند و العدد فنصوص

التحليل موافقة للكتاب، و معتضده بعموم قوله تعالى (وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ)، فالأخذ بها متعين.

ثم إنه لو قلنا بالتحريم فكما تحرم بنت المزني بها و أمها على الزاني تحرم المزني بها على أبي الزاني و ابنه. لأن الزنا على هذا القول

بمترلة الدخول بالعقد الصحيح، فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين، فلاحظ كلماتهم. و نصوص التحريم أيضاً متعرضة لذلك،

ففى صحيح أبى بصير: «سألته عن الرجل يفجر بالمرأة، أ تحل لابنه؟ أو يفجر بها الابن، أ تحل لأبيه؟ قال: إن كان الأب أو الابن مسها لم تحل» (٢).

و

خبر ابن جعفر عن أخيه موسى (ع) قال: «سألته عن رجل زنى بامرأة، هل تحل لابنه أن يتزوجها؟ قال (ع): لا» (٣).
و نحوهما غيرهما.

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

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٨

و كذا الكلام فى الوطء بالشبهة، فإنه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة (١)، و إن كان سابقاً على التزويج أوجبها (٢).

(١) كما عن الأكثر، للأصل.

(٢) كما هو المشهور شهرة عظيمة. و خالف فى ذلك ابن إدريس قال: «فاما عقد الشبهة و وطء الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة، و لا يثبت به تحريم المصاهرة بحال». و قال فى الشرائع: «و أما الوطء بالشبهة فالذى خرجة الشيخ أنه بمنزلة النكاح الصحيح. و فيه تردد، أظهره أنه لا- ينشر الحرمة». و نحوه فى النافع. و فى القواعد: «و هل يلحق الوطء بالشبهة و الزنا بالصحيح؟ خلاف». و فى جامع المقاصد «ان الزنا يحرم، كما سيأتى إن شاء الله، فالوطء بالشبهة أولى. لأنه و طء محترم شرعاً، فيكون الحاقه بالوطء الصحيح فى ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا.

و لأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به، فإن أعظم الاحكام النسب، و هو فى الشبهة كالصحيح. و كذا وجود المهر. و تخلف المحرمية لا يضر، فإنها متعلقة بكمال حرمة الوطء ..». و سبقه الى بعض ذلك فى التذكرة، و تبعه على ذلك فى المسالك و غيرها. لكن الخروج عن عموم الحل بذلك كما ترى. و مثله الاستدلال بقوله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ) «١»، إذ لم يثبت إرادة الوطء من النكاح. و لأجل ذلك لم يعتمد فى الجواهر إلا على الإجماع الذى ادعاه فى التذكرة. و حكى فيها عن ابن المنذر دعوى الإجماع عليه من كل من يحفظ من علماء الأمصار، و عد منهم أصحاب النص، و هم الإمامية. و سبقه الى ذلك فى الرياض. و هو كما ترى أيضاً، فإن خلاف مثل الحل، و المحقق، و توقف العلامة فى القواعد مانع من صحة الاعتماد على الإجماع. و كان الأولى الاستدلال له

بحديث: «لا يحرم

(١) النساء: ٢٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢١٩

[مسألة (٢٩): إذا زنى بمملوكة أبيه]

(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكة أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب (١)،

الحرام الحلال»

بناء على أن المراد من الحلال الأعم من التقديرى، فان تعليل انتفاء المصاهرة بالوطء من جهة الحرمة يقتضى ثبوت المصاهرة مع انتفاء الحرمة، كما فى الشبهة. لكن مقتضى ذلك ثبوت المصاهرة حتى إذا كان الوطء لاحقاً، ولا يظن الالتزام به. مع أنه موقوف على إرادة الزنا من الحرام، مع أن الظاهر منه الحرام الواقعى و لو مع العذر، فيشمل الشبهة.

ثم إن الأدلة المذكورة مختلفة المفاد، فإن الإجماع يقتضى الاقتصار فى التحريم على الوطء السابق على العقد، لأنه القدر المتيقن منه. ومثله الأولوية من الزنا بناء على التحريم به، فإنه مختص بالزنا السابق. و أما الاستقراء، و عموم (لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ): فمقتضاهما العموم للسابق و اللاحق، فان الوطء الصحيح إذا فرض لاحقاً لا بد أن يبطل السابق، و كذا إطلاق الآية. فلاحظ.

(١) قال فى القواعد: «و لو وطأ أحدهما مملوكة الآخر (يعنى: قبل وطء المالك، كما يظهر مما بعده) بزنا أو شبهة ففى التحريم نظر». و حكى فى كشف اللثام: التحريم عن الشيخ و ابنى الجنيد و البراج. و استدلل له بعموم:

(مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ) مع عدم القول بالفصل - يعنى: بين منكوحه الأب و منكوحه الابن -، و كون النكاح فى اللغة بمعنى الوطء. و لخبر عمار المتقدم فى صدر المسألة

. و هو و إن ضعف، لكن يؤيده أخبار تحريم زوجته أحدهما عليه بزنا الآخر قبل العقد. انتهى. و فى جامع المقاصد جعل التحريم هو الأصح، لما ذكر.

لكن انطباق العموم على ما نحن فيه غير ظاهر، لعدم ثبوت إرادة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٠

.....

الوطء من النكاح. و موثق عمار

قد عرفت إشكال و عدم العامل به الا ابن الجنيد. اللهم إلا أن يكون حجة على الحرمة فى الجارية غير الموطوءة للمالك و إن لم يكن حجة عليها فى الزوجة غير الموطوءة، و لا مانع من التفكيك بين المفادين فى الحجية. مضافا الى صحيح عبد الله بن يحيى الكاهلى قال: «سئل أبو عبد الله (ع) و أنا عنده عن رجل اشترى جارية و لم يمسهها، فأمرت امرأته ابنه و هو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها، فما ترى فيه؟ فقال: أثم الغلام، و أئمت أمه، و لا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها» (١). نعم يعارضه صحيح مرزم المتقدم فى أواخر المسألة السابقة.

لكنه مطلق من حيث الوطء و عدمه، فيقيد إطلاقه بالصحيح المذكور. و كذلك

خير زرارة قال: «قال أبو جعفر (ع): إذا زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، و لا يحرم الجارية على سيدها، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية و هى له حلال، فلا تحل تلك الجارية لابنه و لا لأبيه» (٢).

اللهم إلا أن يقال: إن ظاهر الموثق أن التحريم فى الزنا السابق و كذا اللاحق إذا لم يكن دخول ناشئ من كون المراد من «أن الحرام لا يفسد الحلال»

«٣» خصوص الحلال بعد الوطء، فالتحريم فى الزوجة و الجارية فرع على التفسير المذكور، فاذا بطل الأصل بطل الفرع، و التفكيك غير ممكن عرفاً. و أما صحيح الكاهلى فالظاهر أو المحتمل من

قوله (ع): «و لا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها»

أنه إشارة عليه بذلك و نصيحة له، و إن كان لأجل الكراهة، فلا يدل على الحرمة، و لا يصلح

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢١

و إن كان بعد وطئه لها لم تحرم (١). و كذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه (٢).

[مسألة ٣٠: لا فرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر]

(مسألة ٣٠): لا فرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر (٣).

لتقييد إطلاق ما دل على الحل. فالبناء على الحل أنسب بقواعد العمل بالأدلة. فتأمل.

(١) في القواعد: أنه الأصح. و نسبه في جامع المقاصد و كشف اللثام إلى الأكثر، لعموم: «الحرام لا يحرم الحلال»

«١». و يقتضيه موثق عمار

، و صحيح مرزم

«٢»، و خبر زرارة

، و قيل بالتحريم، لعموم قوله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ). و هو ضعيف لعدم ثبوت كون النكاح هو الوطء أولاً، و لتخصيصه

بما عرفت ثانياً. هذا و يظهر من الجواهر أنه لا قائل بالتحريم و أن الإجماع بقسميه على عدمه. لكن عرفت ما في جامع المقاصد و

كشف اللثام من حكاية قولين في المسألة، و أن الأكثر على عدم التحريم.

(٢) فإن المسألتين عند الأصحاب من باب واحد و حكم واحد، و إن خلت النصوص عن التعرض للثانية مع تعرضها للأولى.

(٣) قال في التذكرة: «تنبيه: لا فرق في الزنا بين الوطء في القبل و الدبر، لعموم الآية قوله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ) و (وَرَبَائِبِكُمْ) و (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) «٣». و لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة و الأمه، فكذلك في الزنا». و الاشكال عليه ظاهر.

و العمدة صدق الزنا في المقامين. مع أن الحكم مما لا إشكال فيه على الظاهر.

(١) راجع المسألة: ٢٨ من هذا الفصل.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣، ٤.

(٣) النساء: ٢٢، ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٢

[مسألة ٣١: إذا شك في تحقق الزنا و عدمه بنى على العدم]

(مسألة ٣١): إذا شك في تحقق الزنا و عدمه بنى على العدم (١). و إذا شك في كونه سابقاً أو لا بنى على كونه لاحقاً (٢)

(١) للأصل.

(٢) ظاهر العبارة: العمل بأصالة تأخر الحادث التي اشتهر ذكرها في كلماتهم. و قد تحقق أنها لا أصل لها و لا حجة عليها.

هذا و الذي ينبغي أن يقال: إن الصور المفروضة في المقام ثلاث:

تارة: يعلم تاريخ العقد و يشك في تاريخ الزنا. و أخرى: عكس تلك.

و ثالثة: يجهل تاريخ الأمرين، أما إذا علم تاريخ العقد و شك في تاريخ الزنا فأصالة عدم الزنا الى حين العقد يقتضى الحل. و أما إذا شك في تاريخ العقد و علم تاريخ الزنا فأصالة عدم العقد الى حين الزنا تثبت كون الزنا محرماً، لأن من زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه حرمت عليهما، و هذا المعنى يثبت بعضه بالوجدان و بعضه بالأصل، فيترتب التحريم عليه.

و بالجملة: المستفاد من الأدلة أن من عقد على امرأة لم يزن بها أبوه أو ابنه فهي له حلال، و من زنى بامرأة لم يعقد عليها أبوه أو ابنه فهي عليهما حرام، و الأول يثبت بعضه بالوجدان و بعضه بالأصل إذا علم تاريخ العقد و شك في تاريخ الزنا. و الثاني أيضاً يثبت بعضه بالأصل و بعضه بالوجدان إذا علم تاريخ العقد. و أما إذا جهل التاريخان معا فأصالة عدم أحدهما إلى زمان الآخر إما غير جارية ذاتا، أو ساقطة للمعارضة، فلا يمكن إثبات موضوع التحريم الأبدى و لا نفيه، و حينئذ تكون الشبهة موضوعية، و لأجل أنه لا يجوز الرجوع الى عمومات الحل فيها يتعين الرجوع الى أصالة عدم ترتب الأثر على العقد، فيحكم ببطلانه. إلا أن يقال: المرجع أصالة الصحة في العقد، فيبني على ترتب أثره و تحقق الزوجية.

هذا في الزوجة. و أما الأمة: فالكلام فيها بعينه ما ذكر أولاً في

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٣

[مسألة (٣٢): إذا علم أنه زنى بإحدى امرأتين و لم يدر أيتها هي؟]

(مسألة ٣٢): إذا علم أنه زنى بإحدى امرأتين و لم يدر أيتها هي؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت (١). و أما إذا لم يكن لإحدهما أم و لا بنت، فالظاهر جواز نكاح الأم أو البنت من الأخرى (٢).

[مسألة (٣٣): لا فرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً]

(مسألة ٣٣): لا فرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً (٣)

الزوجة، فان المستفاد من الأدلة أيضاً أن من زنى بمملوكة أبيه أو ابنه قبل أن يطأها المالك حرمت على المالك، و من زنى بها بعد أن وطأها المالك لم تحرم. فاذا علم بهما و شك في المتقدم منهما، فان علم تاريخ الزنا و شك في تحقق الوطء من المالك قبله فأصالة عدم الوطء الى حين الزنا يثبت كونه محرماً. و إذا علم تاريخ الوطء و شك في تاريخ الزنا فأصالة عدم الزنا الى حين الوطء يثبت كونها حلالاً. و إذا جهل التاريخان لم يجر الأعلان معاً. و لا مجال للرجوع الى عمومات الحل، لكون الشبهة موضوعية و لا مجال للرجوع إلى أصالة الصحة، لأن الوطء لا يتصف بالصحة و الفساد، بل يتعين الرجوع الى استصحاب الحل الثابت قبل الزنا. و لولا تعين الرجوع الى أصالة البراءة، إلا بناء على ما اشتهر من لزوم الاحتياط في الفروج.

(١) لأن العلم الإجمالي بالحرمة يوجب تنجز الحرمة، فيجب الاحتياط عقلاً في جميع الأطراف و الاحتمالات.

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

(٣) قد اختلفت كلمات الجماعة في تمييز الشبهة من الزنا، فالذى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٤

ذكره في المسالك في المقام أن المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه، كالوطء في نكاح فاسد، أو شراء فاسد، لم يعلم فسادهما، أو لامرأة ظنها زوجته أو أمته، أو أمه مشتركة بينه وبين غيره، فظن إباحتها له بذلك. انتهى. وفي الجواهر عن مصابيح العلامة الطباطبائي:

أنه الوطء الذي ليس يستحق في نفس الأمر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق، أو صدوره عنه بجهالة مغتفرة في الشرع. أو مع ارتفاع التكليف بسبب غير محرم. انتهى. ومقتضى التعريفين المذكورين للشبهة: أن الزنا الإجباري، والإكراهي، وفي حال الصبا، وفي حال النوم، وزنا الجنون، كله من الشبهة، لصدق عدم العلم بتحريمه في التعريف الأول، وصدق ارتفاع التكليف بسبب غير محرم في التعريف الثاني، في الجميع. وفي الجواهر- بعد ذكر التعريف الثاني وما يتعلق به- قال: «فالمحصل من ذلك أن وطء الشبهة ثلاثة أقسام.. إلى أن قال: الثالث: الوطء غير المستحق و لكن صدر ممن هو غير مكلف كالنائم والمجنون والسكران بسبب محلل و نحوهم»، ثم تعرض بعد ذلك للإشكال على التعريف المذكور من وجوه، و لم يتعرض للإشكال 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 وغيرهما. و ظاهره المفروغية عن كون وطء غير المكلف من الشبهة، لا من الزنا. وفي المسالك في كتاب الحدود في شرح قول ماته: «أما الموجب (يعنى: موجب حد الزنا) فهو إيلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة، من غير عقد و لا ملك و لا شبهة» قال: «هذا تعريف لمطلق الزنا الموجب للحد في الجملة. و يدخل في الإنسان الصغير الكبير و العاقل و المجنون،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٥

.....

فلو زاد فيه المكلف لكان أجدد. و يمكن تكلف إخراجها بقوله: «في فرج امرأة محرمة عليه»، فإنه لا تحريم في حقهما. و كذا يدخل فيه المختار و المكره، و يجب إخراج المكره، إلا أن يخرج بما يخرج به الأولان». و ظاهره أيضاً كون وطء غير المكلف خارج عن الزنا و داخل في الشبهة. لكن في الجواهر أشكل عليه بأنهما على التقدير المزبور (يعنى: تقدير عدم التحريم في حقهما) تكون من الشرائط في الحد، لا في حقيقة الزنا.

و ظاهره أن وطء غير المكلف داخل في الزنا، و إن لم يجب عليه الحد.

و في الرياض بعد قول ماته في الكلام على حد الزنا: «أما الموجب فهو إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد و لا ملك و لا شبهة» قال: «و إطلاق العبارة و إن شمل غير المكلف، إلا أنه خارج بما زدناه من قيد التحريم. مع احتمال أن يقال: التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنا، لا أنه جزء من مفهومه، فلا يحتاج إلى ازدياد التحريم من هذا الوجه». و ظاهره الميل إلى ما سبق عن الجماعة من كون وطء غير المكلف من الشبهة، و إن احتمل أخيراً أنه من الزنا، و أشكل عليه في الجواهر:

بأن ذلك لا يوجب الزيادة المزبورة، ضرورة تحقق الإيلاج بامرأة بلا عقد و لا ملك و لا شبهة و إن لم يكن في ذلك حرمة عليه، لعدم التكليف الذي فرض عدم مدخليته في تحقق معنى الزنا الذي هو على التقدير المزبور وطء الأجنبية التي هي غير الزوجة و المملوكة عيناً أو منفعة. و مقتضاه أن وطء الشبهة زنا لغو و عرفاً لكنه لا يوجب الحد، و هو مناف لمقابلته به في النكاح، المقتضية لكونه وطء الأجنبية على أنها أجنبية. ثم قال:

«و لعل ذكر الأصحاب بعض القيود في التعريف من حيث ثبوت الحد به و عدمه و لو للشرائط الشرعية لذلك، لا لكشف مفهومه، و قال رسول الله (ص) لِمَاعَزَ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِالزَّنَا أَرْبَعًا، أ تُعْرَفُ الزَّنَا؟ فَقَالَ:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٦

.....

هو أن يأتي الرجل حراماً كما يأتي أهله حلالاً» (١).

انتهى ما فى الجواهر.

و ظاهره الميل الى عموم الزنا لوطء غير المكلف. و فى التذكرة قال:

«أما إذا اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانياً بأن يأتي الرجل فراش غير زوجته غلطاً، فيطؤها و هى عالمة، أو أتت المرأة غير زوجها غالطاً و هو عالم، أو كانت هى جاهلة أو نائمة أو مكرهة و هو عالم، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً فكذلك». و ظاهره كون و طء النائم و المكره من و طء الشبهة .. الى غير ذلك من كلمات الجماعة الظاهرة فى اختلافهم فى دخول و طء من ارتفع عنه التكليف لصبا و نوم و نحوهما فى الزنا، أو فى و طء الشبهة. و كلمات الجواهر فى المقام و فى كتاب الحدود لا تخلو من مدافعة. و الذى يظهر بعد النظر و التأمل هو دخوله فى الزنا بالمعنى اللغوى و العرفى، بل دخول و طء الشبهة فيه، و ليس الزنا إلا مطلق الوطء غير المستحق و إن كان شبهة. و أما فى عرف الشارع و المتشعبة: فالزنا يقابل و طء الشبهة. و المراد بوطء الشبهة: الوطء غير المستحق لشبهة، بحيث تكون الشبهة من علل وجوده، فإذا كان الوطء غير مستحق و كانت الشبهة دخيلة فى وجوده فهو و طء شبهة، و ليس من الزنا، و إن لم تكن دخيلة فيه فهو زنا. و هذا هو وجه المقابلة بين الشبهة و الزنا، و لا تقتضى المقابلة بينهما أن يكون معناه و طء الأجنبية على أنها أجنبية، كما تقدم عن الجواهر. و لعل قول ماغر: «أتيت منها حراماً..» بيان الزنا الذى يجب فيه الحد، لا الزنا فى مقابل الشبهة. على أنه غير ثابت. و عليه فالأحكام الثابتة للزنا فى مقابل الشبهة تثبت فى فروض المسألة كلها، إلا أن تقوم القرينة على الاختصاص بنوع دون نوع و بحال دون حال.

(١) سنن البيهقى الجزء: ٨ صفحة ٢٢٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٧

.....

و من ذلك يظهر أن الأحكام الأربعة المشهورة الثابتة للزنا فى الجملة- و هى نفى العدة، و نفى المهر، و نفى النسب، و ثبوت الحد- لا بد من ملاحظة أدلتها ليتضح أنها ثابتة له مطلقاً أو مقيداً.

و الظاهر من أدلة الحد اختصاصه بالمعصية، لأنه المجازاة عليها لقطع دابر الفساد، فلا يشمل صورة ارتفاع التكليف. مضافاً الى ما ورد من أنه لا حد على مجنون حتى يفيق، و لا على صبي حتى يدرك، و لا على النائم حتى يستيقظ

(١) و نحوه غيره مما ورد فى الصبى، و المستكره

(٢) و غيرهما. و لعل أدلة نفى النسب عن الزانى أيضاً مختصة بذلك، لأن العمدة فيه

قول النبى (ص): «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (٣).

و عموم العاهر لمطلق الزانى غير ظاهر. و لا يبعد أيضاً ذلك فى مثل:

«لا مهر لبغى»

، فان البغاء غير ظاهر العموم لمطلق الزنا. و أما نفى العدة فهو محل كلام و خلاف، و قد أفتى بعض بوجوب العدة على الزانية و عدم جواز تزويجها قبل انتهاء العدة. و بالجملة لا بد من ملاحظة أدلة الأحكام من حيث العموم و الخصوص. و الكلام فى ذلك موكول

الى مقام آخر.

نعم لا ينبغي التأمل في أن نشر الحرمة بالزنا لا قصور في إطلاق أدلته، فيجب الأخذ بها في فرض المسألة. ثم إن الذى يظهر من تعريف الشبهة المنسوب إلى الأ-كثر الاكتفاء بمطلق الظن و إن لم يكن حجة، بل هو ظاهر المحكى من كلام جماعة من الفقهاء، كالشيخ فى النهاية، و المحقق فى الشرائع، و النافع، و العلامة فى

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب مقدمات الحدود حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب حد الزنا.

(٣) مستدرک الوسائل باب: ٧٣ من أبواب أحكام الأولاد حديث: ١، الوسائل باب: ٨ من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث: ١، ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٨

.....

القواعد، و غيرهم. فقد اشتملت عباراتهم فى تمثيل الشبهة على ذكر الظن و إخبار مخبر. و نحو ذلك ما تقدم عن المسالك فى تعريف الشبهة و التمثيل لها. و ظاهر ذلك الاكتفاء بمطلق الظن و إن لم يكن حجة فى نظر الواطئ. و يحتمل اعتبار كونه حجة شرعاً، فإذا لم يكن حجة شرعاً كان الوطء زنا. و هو ظاهر محكى مصابيح العلامة الطباطبائى، معللاً بأن الفروج لا تستباح إلا بسبب شرعى، فإذا لم يتحقق فيه السبب المبيح فهو وطء محرم داخل فى الزنا. و من المعلوم ان الشارع لم يبيح الوطء بمجرد الاحتمال أو الظن، و إنما أباحه بشرط العلم بالاستحقاق أو حصول ما جعله اماره للحل، فبدونهما لا يكون الوطء إلا زنا .. الى آخر كلامه المحكى. و فى المسالك- بعد أن نقل عن الشيخ و غيره تحقق الشبهة فى الوطء بظن المرأة خلية من الزوج، أو ظن موت زوجها، أو طلاقه، سواء استند الى حكم الحاكم، أو شهادة الشهود، أو إخبار مخبر- قال:

«إن الحكم المذكور لا إشكال فيه على تقدير حكم الحاكم أو شهادة شاهدين يعتمد على قولهما شرعاً و إن لم يحكم حاكم .. الى أن قال: و أما على تقدير كون المخبر ممن لا يثبت به ذلك شرعاً- كالواحد- فينبغى تقييده بما لو ظنا جواز التعويل على خبره جهلاً منهما بالحكم، فلو علما بعدم الجواز كانا زانين، فلا يلحق بهما الولد، و لا عدة عليها منه. و لو جهل أحدهما ثبتت العدة و لحق به الولد، دون الآخر و فى التحرير صرح بالاجتزاء بخبر الواحد. و هو محمول على ما ذكرنا ليوافق القوانين الشرعية».

و نحوه المحكى من عبارة شرح النافع و غيرها. و ظاهره الاجتزاء باعتقاد الحجية غفلة، و إن لم يكن حجة شرعاً، و كان الوطء فيه محرماً، لكون الواطئ من الجاهل المقصر المستحق للعقاب. و يحتمل الاكتفاء بمطلق عدم العلم بالحرمة لا واقعاً و لا ظاهراً، بأن كان متردداً و متنبها للسؤال، فلم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٢٩

.....

يسأل و أقدم على الوطء. و فى الجواهر: أنه لا- يخلو من قوة. و هو ظاهر تعريف المسالك، بناء على إرادة الأعم من العلم حقيقة أو تعبداً. فهذه احتمالات أو أقوال أربعة فى الفرق بين الشبهة و الزنا مستفادة من كلمات الأصحاب.

و أما النصوص:

ففى موثق زرارة عن أبى جعفر (ع) قال: «إذا نعى الرجل إلى أهله، أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت، ثم تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن زوجها الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أو لم يدخل بها، و ليس للآخر أن يتزوجها أبداً، و لها المهر بما استحل من

فرجها» (١).

و

مصصح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: «قضى في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل، فنكحت امرأته و تزوجت سريره، فولدت كل واحدة من زوجها، ثم جاء الزوج الأول أو جاء مولى السرية. قال: فقضى في ذلك أن يأخذ الزوج الأول امرأته و يأخذ السيد سريره و ولدها، أو يأخذ عوضاً من ثمنه» (٢).

و

مصصح يزيد الكناسي قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها. فقال: إن كانت تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة فان عليها الرجم. الى أن قال: قلت: رأيت إذا كان منها بجهالة قال: فقال ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا و هي تعلم أن عليها عدة في طلاق أو موت. و لقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك. قلت:

فان كانت تعلم أن عليها عدة و لا تدري كم هي؟ فقال: إذا علمت أن عليها العدة لزمها الحجة فتسأل حتى تعلم» (٣)

و ،

صحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي عبد الله (ع): «عن امرأة تزوجت رجلاً و لها زوج

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٢٧ من أبواب حد الزنا حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٠

.....

فقال (ع): إن كان زوجها الأول مقيماً معها في المصر التي هي فيه تصل اليه و يصل إليها فإن 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 و هي تعلم أن المرأة المسلمة لا- يحل لها أن تتزوج زوجين. قال: و لو أن المرأة إذا فجرت قالت: لم أدر، أو جهلت أن الذي فعلت حرام، و لم يقيم عليها الحد إذا تعطلت الحدود» (١).

لكن الأخير غير ظاهر في وطء الشبهة، و إنما هو ظاهر في دعوى الشبهة و أنها غير مسموعة، لا أنها لو صحت لا تجدى في رفع اليد حتى عن الحد، حتى يكون مما نحن فيه. و نحوه ما قبله. نعم ظاهر ذيله صحة الدعوى، لكن لا تعرض فيه للحد «و إنما فيه تعرض لوجوب السؤال و عدم 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 و إن كان مقصراً و مأثوماً.

لكن هذا المصحح يكون نافياً للاحتمال الأخير الذي اختاره في الجواهر، و للاحتمال الأول المنسوب الى ظاهر المشهور، و لا ينفي الاحتمالين الآخرين.

و أما مصصح محمد بن قيس

: فلا يظهر منه انه وارد في وطء الشبهة، بل أخذ مالك السرية للولد من أحكام الزنا، لا من أحكام الشبهة. و أما موثق زرارة

: فمقتضى ما فيه من استحقاق المهر أنه وارد في الشبهة.

و مقتضى الجمود على مورد السؤال الاجتزاء في الشبهة بمطلق الخبر و لو مع التردد في حجيته. لكن المنصرف الى الذهن من قوله: «فاعتدت ..»

أن الاعتداد كان مبنياً على اعتقاد الحجية غفلةً أو اعتقاد صدق المخبر.

(١) الوسائل باب: ٢٧ من أبواب حد الزنا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣١

ولا بين كونه في حال النوم، أو اليقظة. ولا بين كون الزانى بالغاً، أو غير بالغ و كذا المزنى بها. بل لو أدخلت المرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة، على إشكال (١). بل لو زنا بالميتة فكذلك على إشكال أيضاً (٢). و أشكل من

و لو سلم إطلاقه فهو مقيد بمصحح الكناسى المتقدم

بناء على ظهوره في ثبوت الحد مع التردد، و تكون نتيجة الجمع بينهما اعتبار عدم التردد في الحجية في ثبوت الشبهة و إن كان الواطئ مقصراً. فيتم ما ذكره في المسالك و غيرها. و من ذلك يتضح وجه بقاء النصوص التي ذكرها في الجواهر التي ادعى فيها إطلاقها من حيث وجود الحجة الشرعية و عدمها، و التردد في الحجية و عدمه، فإن إطلاقها لو سلم يكون مقتضى الجمع بينها و بين مصحح الكناسى اعتبار عدم التردد في الحجية.

و المتحصل مما ذكرنا أمران: الأول: أن المائر بين وطء الشبهة و بين الزنا ما ذكر في المسالك من أن الأول الوطاء غير المستحق مع البناء فيه على الاستحقاق و لو كان جاهلاً مقصراً، و الثانى ما عداه. و الثانى:

أن اللازم ترتيب أحكام الزنا على الزنا بالمعنى المذكور. إلا إذا كان دليل الحكم لا عموم فيه، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

(١) ينشأ من أن تعريفهم للزنا بأنه «إيلاج الإنسان ذكره ..»

ظاهر في عدم صدق الزنا إذا كان الإيلاج من طرف المرأة. لكن الظاهر أن القصور في التعريف. و إلا فلا ريب في أنه من الزنا، كما اعترف بذلك كله في الجواهر في كتاب الحدود. و يحتمل أن يكون الاشكال من جهة كون الزانى الرضيع. و هو أيضاً كما ترى، لما عرفت في صدر المسألة.

(٢) ينشأ من ظهور الزنا في الإنسان الحي، فلا يشمل الميت.

و استعمال الزنا في الميت مجاز، كاستعماله في غير الإنسان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٢

ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل (١). و أما لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر (٢).

[مسألة (٣٤): إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعيًا ثم رجع الزوج في أثناء العدة]

(مسألة ٣٤): إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجة رجعيًا ثم رجع الزوج في أثناء العدة لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمة، لأن الرجوع إعادة الزوجية الأولى (٣). و أما إذا نكحها بعد الخروج عن العدة، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد، ففي صحة النكاح و عدمها وجهان. من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً. و من أنه سابق بالنسبة الى هذا العقد الجديد. و الأحوط النشر (٤).

[مسألة (٣٥): إذا زوجه رجل امرأة فزنى بأمرها أو بنتها]

(مسألة ٣٥): إذا زوجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأمرها أو بنتها ثم أجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقي، كان الزنا لاحقاً (٥). وإن قلنا بالكشف الحكمي أو النقل كان سابقاً (٦)

- (١) لأن الإشكال يكون من الوجهين السابقين معاً، لكن عرفت أن الاشكال الأول ضعيف، و الثاني قوى.
- (٢) ينبغى أن يكون من الواضحات. وكذا لو أدخل صاحب الذكر المقطوع ذكره في فرج امرأة لا يكون زانياً.
- (٣) كما تقدمت الإشارة الى ذلك في المسألة السادسة والعشرين.
- (٤) بل هو الأقوى. كما يقتضيه إطلاق الأدلة. كما عرفت في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل السابق.
- (٥) لتحقق الزوجية على هذا القول قبل الزنا.
- (٦) تقدم الكلام فيه في نظير المقام. و تقدم أنه بناء على الكشف مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٣

[مسألة ٣٦: إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه]

(مسألة ٣٦): إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه (١). وكذا العكس على الأقوى فيهما. بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتفاقياً، بل وإن أوجب شهوة أيضاً (٢). نعم لو لمسها لإثارة الشهوة- كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة- فالظاهر النشر (٣)

[مسألة ٣٧: لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس و الناظر على الأقوى]

(مسألة ٣٧): لا تحرم أم المملوكة الملموسة و المنظورة على اللامس و الناظر على الأقوى (٤)، وإن كان الأحوط

الانقلابي أيضاً يكون الزنا لاحقاً.

- (١) تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل.
 - (٢) كما استظهر في الجواهر. لكنه خلاف النصوص كما تقدم.
 - (٣) كما لم يستبعده في الجواهر، لإطلاق النصوص.
 - (٤) كما في القواعد، بل هو ظاهر المشهور، حيث اقتصرنا على تحريم الأمة المنظورة و الملموسة على أب الناظر و ابنه، و لم يتعرضوا لتحريم أمها و بنتها عليه. بل في الشرائع: «و من نشر به الحرمه قصر التحريم على أب اللامس و الناظر و ابنه خاصة، دون أم المنظورة أو الملموسة و بنتيهما».
- نعم عن أبي علي و الشيخ: القول بتحريمهما على الناظر. و لم يستبعده في الجواهر. و عن الشيخ: دعوى الإجماع عليه. و هو ممنوع كما في كشف اللثام. و قد استدل بالاحتياط، و لكنه غير واجب في مقابل عمومات التحليل.

و بالأخبار

فمن النبي (ص): «لا ينظر الله تعالى الى رجل نظر الى فرج امرأة و ابنتها» (١)

و ،

عنه (ص): «من كشف قناع امرأة حرمت

(١) سنن البيهقي الجزء: ٧ صفحة: ١٧٠ و قريب منه في كنز العمال الجزء: ٨ حديث: ٥٠١٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٤

الاجتناب. كما أن الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أمها، وإن كان الأقوى عدمه (١). بل قد يقال: إن اللبس

عليه أمها و بنتها» (١)

و ،

صحيح محمد بن مسلم: «سئل أحدهما (ع) عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها و إلى بعض جسدها، أ يتزوج ابنتها؟

قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها» (٢).

و في كشف اللثام: «و نحوه أخبار أخيه». و كأنه 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، أ يصلح له أن يتزوج ابنتها؟ قال: أ يصلح له و قد رأى من أمها ما رأى» (٣)

و نحوه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع)

«(٤). لكن النبويين عاميان ضعيفان، و الأول قد أنكره المحدثون منهم، كما قيل. و مورده النظر الى موضع خاص. و لا مجال للأخذ

بإطلاقهما. و صحيح ابن مسلم

و ما بعده واردة في الزوجة. فلا مجال للاستدلال بها على حكم الأمة.

(١) بل هو ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا في تحريم الربيبة الدخول بأمرها. كما يقتضيه ظاهر الكتاب المجيد، لقوله تعالى (فَإِنْ لَمْ

تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) «٥»، و

لصحيح العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باشر امرأته و قبل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها. قال (ع) إن

لم يكن أفضى إلى الأم

(١) لم نعر عليه في مظانه من كنز العمال و سنن البيهقي.

(٢) الوسائل باب: ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ٢.

(٥) النساء: ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٥

و النظر يقومان مقام الوطاء في كل مورد يكون الوطاء ناشراً للحرمة (١)، فتحرم الأجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة أو

فلا بأس، و إن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها» (١).

نعم يعارض ذلك صحيح محمد بن مسلم

و موثقه

و خبر أبي الربيع

المتقدمة. لكن الأخيرين غير ظاهرين في الحرمة. و الأول يمكن حمله على الكراهة. لكن في الجواهر قوى التحريم. و ناقش في

صحيح العيص

بأن الموجود في النسخة الصحيحة

«بأمر امرأة»

بدل:

«بأمر أمته»

فيكون محمولاً على الأجنبية، فيبقى صحيح محمد بن مسلم

المعتضد بغيره من النصوص سالماً عن المعارض.

و فيه: أن ظاهر الكتاب انحصار سبب التحريم بالدخول، فلو كان المس سبباً للتحريم لكان الدخول لغواً، لتقدم المس عليه دائماً. وكذلك النظر فإنه متقدم على الدخول غالباً إلا في الظلام والأعمى ونحوهما. فالبناء على محرمية النظر واللمس موجب لإلغاء سببية الدخول. فيكون الصحيح معارضاً للكتاب، فلا مجال للعمل به. مع أن البناء على إطلاقه غير ممكن. و تقييده بما يكون عن شهوة، ليس بأولى من حملته على الكراهة. و لو سلم التساوى فالمرجع الكتاب و النصوص المتفقة على انحصار سببية التحريم بالدخول لا غير.

هذا مضافاً الى إعراض الأصحاب عن الصحيح المذكور، و عدم تعرضهم لمضمونه، فضلاً عن الاعتماد عليه. و لأجل ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الجواهر من كون النظر و اللمس يقومان مقام الدخول المتمم لسبب المصاهرة، و هو الملك و العقد. فكما تحرم أم المملوكة و بنتها بنظر المالك إليها و لمسها. كذلك تحرم أم المعقود عليها و بنتها بنظر العاقد إليها و لمسها فقد عرفت الاشكال عليه في المسألتين معاً. فلاحظ.

(١) قال في المسالك: «اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة

(١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٦

حراماً على الأب و الابن، و تحرم أمها و بنتها حرمة كانت أو أمه. و هو و إن كان أحوط، إلا أن الأقوى خلافه (١). و على ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كل من الأب و الابن على الآخر إذا كانت مملوكة أو منظورة بشهوة (٢).

[مسألة (٣٨): في إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه و الكفين إذا كان بشهوة نظر]

(مسألة ٣٨): في إيجاب النظر أو اللمس الى الوجه و الكفين إذا كان بشهوة نظر. و الأقوى العدم (٣)، و إن كان هو الأحوط.

المصاهرة في أن النظر إلى الأجنبية و اللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم و إن علت، و بنت و إن نزلت أم لا؟ هكذا نقله فخر الدين في شرحه. و لم نقف على القائل بالتحريم .. الى أن قال: و هو قول ضعيف جداً، لا دليل عليه» و ما ذكره قوى جداً. لاختصاص نصوص المحرمية بما إذا وقع على الوجه الحلال بالأمه، كما عرفت، أو مع التعميم للزوجة، كما سبق من الجواهر. فلا مجال للتعدى عن ذلك الى وقوعهما على الوجه الحرام في الأمه - كما لو نظر إليها المالك و هي مزوجة - فضلاً عن الأجنبية.

(١) عملاً بأصالة الحل، التي لم يثبت ما يستوجب الخروج عنها.

(٢) على الوجه المحلل، كما أشرنا الى ذلك، و قواه في الجواهر، لاختصاص النصوص به، فلو نظر إليها المالك كذلك و هي مزوجة، أو قبل أن يملكها ثم تملكها لم تحرم على أبيه، و لا على ابنه.

(٣) كما مال إليه في الجواهر، لما سبق في صدر الفصل من اختصاص النصوص بالنظر و اللمس المستتبعين لكشف أو تجريد أو نحوهما مما اشتملت عليه النصوص، فلا تشمل مثل ذلك. و حينئذ يتعين الرجوع الى أصله مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٧

[مسألة (٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح]

(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح (١) دواماً أو متعاً (٢)، سواء كانتا نسيبتين أو رضاعيتين (٣).

الحل. نعم تقدم في الروايات محرمية التقبيل بشهوة. و لا يبعد التعدى إلى غيره من اللمس المتعلق بالوجه، مثل وضع خده على خدها، و قرصها و نحوهما. فاستثناء الوجه و الكفين ينبغي أن يكون مختصاً بالنظر. فتأمل.

(١) إجماعاً. بل بإجماع علماء الإسلام كافة. و يشهد له صريح قوله تعالى (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ) «١»، و النصوص المستفيضة بل المتواترة معنى،

ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): «قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في أختين نكح أحدهما رجل، ثم طلقها و هى حبلى، ثم خطب أختها، فجمعهما قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها. فأمره أن يفارق الأخيرة حتى تضع أختها المطلقة ولدها ثم يخطبها، و يصدقها صداقاً مرتين» «٢».

و نحوه غيره مما تأتى الإشارة إلى بعضه.

(٢) بلا إشكال، لإطلاق الأدلة. و

في صحيح البزنطى المروى فى قرب الاسناد عن الرضا (ع) قال: «سألته عن رجل تكون عنده امرأة، يحل له أن يتزوج أختها متعاً؟ قال (ع):» «٣»

، و اما ما

□

فى خبر منصور الصيقل عن ابى عبد الله (ع) «لا بأس بالرجل ان يتمتع بأختين» «٤» فلا بد ان يحمل على صورة التفريق، و إلا فهو مطروح، لمخالفته الأصحاب.

(٣) بلا إشكال، و لا خلاف. و يقتضيه عموم:

«يحرم من الرضاع

(١) النساء: ٢٣.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٨

و كذا لا يجوز الجمع بينهما فى الملك مع وطئهما (١). و أما الجمع

ما يحرم من النسب» «١».

في صحيح أبي عبيدة قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة» (٢).

هذا وفي بعض النسخ زيادة: (أو مختلفتين). والظاهر انها غلط. وحمله على بعض المحامل البعيدة لا يظن من المصنف وقوعه، مع عدم تعرضه لشرح ذلك.

(١) فاذا جمع بينهما في الملك فوطئ إحداها حرم عليه وطء الأخرى.

بلا خلاف، كما في المسالك. و اتفاقاً، كما في كشف اللثام. وفي الجواهر:

الإجماع بقسميه عليه. و يقتضيه قوله تعالى (وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ) بناء على إرادة الوطء. و النصوص،

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. و إن وطئ الأخيرة و هو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» (٣).

و

خبر عبد الغفار الطائي عن ابي عبد الله (ع): «في رجل كانت عنده اختان فوطئ إحداها، ثم أراد ان يطأ الأخرى. قال (ع): يخرجها عن ملكه.

قلت: الى من؟ قال (ع): الى بعض اهله. قلت: فان جهل ذلك حتى وطئها. قال (ع): حرمتا عليه كلتاهما» (٤).

و نحوهما غيرهما.

و قد يظهر من صحيح علي بن يقطين خلاف ذلك،

قال: «سألت أبا إبراهيم (ع) عن أختين مملوكتين و جمعهما. قال: تستقيم، و لا

(١) راجع الوسائل باب: ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٣٩

بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا- مانع منه (١). و هل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداها و استمتع بالأخرى بما دون الوطء؟ فيه نظر. مقتضى بعض النصوص (٢): الجواز و هو الأقوى. لكن الأحوط العدم.

أحبه لك» (١).

و قريب منه غيره. لكن لا مجال للعمل به بعد الإجماع على خلافه.

(١) بلا إشكال نصاً و فتوى. و في التذكرة و المسالك: الإجماع عليه.

و النصوص الماضية و الآتية داله عليه.

(٢) هو

خبر عيسى بن عبد الله المروى عن تفسير العياشي قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن أختين مملوكتين ينكح إحداها، أ تحل له الأخرى؟

فقال (ع): ليس ينكح الأخرى إلا فيما دون الفرج، و إن لم يفعل فهو خير له. نظير تلك المرأة تحيض فتحرم على زوجها ان يأتيها في

فرجها، لقول الله عز وجل (وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ) «٢»، وقال (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) «٣» يعنى: فى النكاح فيستقيم للرجل أن يأتي امرأته و هي حائض فيما دون الفرج «٤».

لكن الخبر ضعيف، ولا يصلح للخروج به عن ظاهر بعض النصوص و الفتاوى من ان الأخت تكون حراماً بوطء أختها. فلاحظ موثق الحلبي المتقدم

. و فى جامع المقاصد: «و إنما يحرم الجمع بينهما (يعنى: بين

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٢) البقرة: ٢٢٢.

(٣) النساء: ٢٣.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٠

[مسألة ٤٠: لو تزوج بإحدى الأختين و تملك الأخرى]

(مسألة ٤٠): لو تزوج بإحدى الأختين و تملك الأخرى، لا يجوز له وطء المملوكة (١) إلا بعد طلاق المزوجة

(الأختين) فى النكاح، لعموم قوله تعالى (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ)، و المراد فى النكاح، كما يقتضيه سياق الآية، فيتناول العقد و الوطء، و كذا توابع الوطء من الاستمتاع، فمتى وطئ أمته المملوكة حرمت عليه أختها بالملك، فلو كانت الأخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأولى فى ملكه. و لا-خلاف فى ذلك». و فى المسالك فى الاستدلال على تحريم الثانية قال: «و لأن الجمع الحقيقى يمكن بالاستمتاع بما دون الوطء، و إذا حرم ذلك حرم الوطء، لعدم القائل بالفصل».

و نحوه فى كشف اللثام. و لأجل ذلك يتعين ان يكون الأقوى تحريم سائر الاستمتاع.

(١) كما نص عليه جماعة، منهم فى المسالك، و كشف اللثام، و الجواهر.

و يظهر منهم المفروغية منه. و كأنه بناء منهم على ان الجمع المحرم بين الأختين ما هو أعم من الجمع بالعقد و الوطء، فاذا ثبت أحدهما امتنع الآخر. و مقتضى الجمود على الأدلة اللفظية من الآية و الرواية و إن كان الاقتصار على تحريم الجمع بين الأختين بالعقد، و بين المملوكتين بالوطء.

و أما الجمع بينهما بالعقد على إحداها و الوطء للأخرى فخارج عن مدلولهما.

و مقتضى عموم الحل الجواز. إلا-ان بناء الأصحاب على تحريم الجمع بالنحو المذكور. و كأنهم فهموا من التحريم فى قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ). «١» تحريم مطلق الاستمتاع بها على النحو الخاص الذى يكون للرجال مع النساء، لا تحريم العقد. نعم تحريم الاستمتاع المذكور يستوجب بطلان عقد الزوجية، لأن قوامها ذلك النحو من الاستمتاع،

(١) النساء: ٢٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤١

و خروجها عن العدة إن كانت رجعية. فلو وطئها قبل ذلك

فاذا حرم امتنعت الزوجية، و هي بخلاف الملكية، فإنها ليست متقومة باستمتاع المالك، فلا مانع من اعتبارها و إن حرم الاستمتاع، و لذلك جاز ملك الأختين، و لم يجز تزويج الأختين. و أما تحريم العقد تكليفاً فغير مستفاد من الآية، بل إن ثبت فلا بد أن يكون لدليل آخر. و عليه فتحريم الجمع بين الأختين يستوجب تحريم الاستمتاع بهما سواء كان المحلل هو العقد، أم الملك. فاذا عقد على إحداهما حل الاستمتاع بها، فاذا ملك الأخرى حرم الاستمتاع بها، لحرمة الجمع بين الأختين للاستمتاع.

نعم يبقى الإشكال في تعيين الثانية للتحريم، دون الأولى، مع أن الجمع إنما يكون بهما معاً، و نسبتها إليهما على نحو واحد، فلم لا تحرم الأولى و تحل الثانية؟! و التقدم الزماني لا أثر له في الترجيح.

فان قلت: التقدم الزماني إنما لا يكون له أثر في الترجيح عند تراحم المقترضات- مثل تراحم الواجبين كصلاتين، و صومين، و صلاة و صوم، و نحو ذلك- لا- فيما نحن فيه، إذ الحرام إنما هو الجمع بين الأختين، و الجمع إنما يكون بضم الثانية إلى الأولى، فاذا حرم الجمع بين الأختين فقد حرم ضم الثانية إلى الأولى في الاستمتاع. و ليس معنى ذلك إلا تحريم الثانية بعينها، لأن الجمع إنما يكون بها، لا بالأولى.

قلت: ليس معنى تحريم الجمع بين الأختين إلا تحريم الاستمتاع بهما معاً، و كما أن تحريم الثانية بعينها يتحقق به تحريم الجمع بينهما، كذلك تحريم الأولى بعينها أيضاً يتحقق به تحريم الجمع بينهما، فلا يميز بينهما في ذلك، و لا مرجح لإحداهما على الأخرى. فاذا العمد في تعيين الثانية للتحريم هو الاستصحاب، لان تحريم الأولى بعد تملك الثانية رفع للحل السابق، و تحريم الثانية إبقاء للتحريم. و مقتضى الاستصحاب عند الشك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٢

فعل حراماً. لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك (١). و لا يحد حد الزنا بوطء المملوكة (٢)، بل يعزر، فيكون حرمة و طؤها كحرمة و طء الحائض.

[مسألة (٤١): لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى]

(مسألة ٤١): لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى فالأظهر بطلان التزويج (٣) و قد يقال بصحته و حرمة و طء الأولى إلا بعد طلاق الثانية (٤).

في الترجيح شرعاً هو البناء على بقاء ما كان من تحليل الأولى، و تحريم الثانية. فلا حظ.

(١) كما نص عليه في كشف اللثام، و غيره. و في الجواهر: «لم تحرم المنكوحه قطعاً». و كأنه

لقوله (ص): «الحرام لا يحرم الحلال» (١)

(٢) لاختصاصه بغير العقد و الملك و الشبهة. فلا يحد من وطئ زوجته و إن حرم و طؤها كالحائض و الصائمه، و لا من وطئ أمته و إن حرم و طؤها لحيض أو غيره. و منه المقام. و لزوم الحد في و طء الأمة المزوجة للإجماع و النص. و يشير الى نفى الحد في المقام النصوص الآتية في المسألة الخامسة و الأربعين.

(٣) لما عرفت في المسألة السابقة.

(٤) كما عن المبسوط، و المختلف، و التحرير. و ظاهر المسالك: الميل اليه، لكون التزويج أقوى من ملك اليمين، لكثرة ما يتعلق به من الأحكام التي لا- تلحق الملك، كالطلاق، و الظهار، و الإيلاء، و الميراث، و غيرها و هو كما ترى، إذ الأحكام المذكورة لا تدل على الترجيح فيما نحن فيه، و لا على رفع اليد عن الاستصحاب الذي قد عرفته.

(١) كنت العمال الجزء: ٨ حديث: ٤٠٦٤ و الحديث منقول بالمعنى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٣

[مسألة (٤٢): لو تزوج بإحدى الأختين، ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية]

(مسألة ٤٢): لو تزوج بإحدى الأختين، ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية (١)، سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله (٢). ولا يحرم بذلك وطء الأولى (٣) وإن كان قد

(١) بلا إشكال، ولا خلاف، كما في الجواهر. وفي كشف اللثام:

أنه قطعي. و يقتضيه ما عرفت من الاستصحاب. ويشهد له

صحيح زرارة بن أعين قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة في العراق، ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي أخت امرأته التي بالعراق. قال (ع): يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام.

و لا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عدة الشامية. قلت: فان تزوج امرأة، ثم تزوج أمها و هو لا يعلم أنها أمها. قال (ع): قد وضع الله تعالى عنه جهالته بذلك. ثم قال: إن علم أنها أمها فلا يقربها و لا يقرب الابنة حتى تنقضى عدة الام منه، فاذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة» (١).

نعم

في صحيح ابن مسكان، عن أبي بكر الحضرمي، قال: «قلت لأبي جعفر (ع): رجل نكح امرأة، ثم أتى أرضاً فنكح أختها و لا يعلم.

قال (ع) يمسك أيتها شاء، و يخلى سبيل الأخرى» (٢).

و لكن يتعين طرحه، أو حمله على ما لا ينافي ما سبق، كما عن الشيخ، فحمله على أنه إذا أراد إمساك الأولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، و إن أراد إمساك الثانية فليطلق الأولى، ثم ليمسك الثانية بعقد مستأنف:

(٢) كما نص عليه الجماعة. و يقتضيه إطلاق النص، و الأصل، و الفتوى.

(٣) بلا إشكال. لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(١) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٤

دخل بالثانية. نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى يكره له وطء الأولى قبل خروج الثانية من العدة (١). بل قيل: يحرم (٢)، للنص الصحيح. و هو الأحوط.

[مسألة (٤٣): لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق]

(مسألة ٤٣): لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق، فان علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته (٣) دون المجهول. و إن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما (٤). و كذا وطء إحداهما (٥) إلا بعد طلاقهما (٦) أو طلاق الزوجة

(١) كما صرح به جماعة. لأن العدة من علائق الزوجية، كما في كشف اللثام. و لصحيح زرارة المتقدم بعد حمله على الكراهة، بعد

إعراض المعظم عنه.

(٢) حكى عن ظاهر نهاية الشيخ، و عن ابني حمزة و البراج، عملاً منهم بظاهر النص.

(٣) لأصالة عدم تزويج الأخرى إلى حينه، المتمم لموضوع الصحة، فإن العقد على الأخت إذا كان قد عقد على أختها باطل، و إذا لم يعقد على أختها صحيح، فموضوع الصحة مؤلف من العقد و القيد المذكور، فاذا ثبت القيد بالأصل ثبتت الصحة، و لا يجرى مثل ذلك في مجهول التاريخ، بناء على التحقيق، كما ذكر في مباحث الخلل في الوضوء من هذا الشرح.

(٤) للعلم الإجمالي.

(٥) لوجوب الموافقة القطعية، على ما هو التحقيق.

(٦) يعني: طلاق كل منهما برجاء انها زوجته، و إلا فالأخرى ليست بزوجة كى تحتاج الى طلاق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٥

الواقعية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى من العدة (١) إن كان دخل بها أو بهما. و هل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما؟ لا يبعد ذلك (٢)،

(١) لاحتمال أنها زوجته، فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العدة إذا كان دخل بها، و كان الطلاق رجعياً كما سيأتي.

(٢) كما جزم به في التذكرة. و في القواعد: أنه أقرب. و تبعه في كشف اللثام. لكن في مبحث الولاية فيما إذا عقد الوليان مترتين و نسي السابق منهما، استشكل في الإلزام بالطلاق بأن الإجماع يوجب وقوعه عن إكراه، و طلاق المكره باطل. و جعل الأقوى فسخ الحاكم، و أجاب عنه غير واحد بأن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراهاً على واجب، و إلا فهو بمنزلة الاختيار. و وجوب الطلاق لأنه أحد عدلى الواجب التخييري المستفاد وجوبه من قوله تعالى في سورة البقرة. (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، و قوله تعالى منها (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) «١» و قوله تعالى في سورة الطلاق (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ) «٢». لكن الظاهر من الآيتين الأخيرتين أن المراد من التسريح و الفراق ترك الرجوع بها في العدة حتى تنتهي العدة، لا الطلاق.

و أما الآية الأولى: فالظاهر منها ذلك أيضاً. لكن

في موثق الحسن بن فضال المروى في الفقيه عن الرضا (ع) - في حديث: «إن الله عز و جل أذن في الطلاق مرتين، فقال (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) يعني: في التلطيق الثالثة» «٣».

و

في رواية العياشى

(١) الآية: ٢٢٩، ٢٣١.

(٢) الآية: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٦

.....

عن أبي عبد الله: «إن الله تعالى يقول (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، و التسريح هو التلطيق الثالثة» «١».

و نحوها ما رواه العياشي عن أبي بصير

«٢»، و سماعه بن مهران عن أبي عبد الله (ع)

«٣». إلا أن ذلك خلاف ظاهر الآية المذكورة إلى تمامها و ما بعدها، و هو قوله تعالى (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ. فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ. وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ. وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِيَتَعْتَدُوا ..) «٤» فان الظاهر - بعد ملاحظه ما ذكره بتمامه - أن المراد من التسريح ترك الرجوع بها كما هو الظاهر من الآيتين الأخيرتين و الطلاق الثالث يشار اليه بقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ ..).

و قد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفى الحرج [١] و الضرر «٥»

[١] مثل قوله تعالى «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» البقرة: ١٨٥، و قوله تعالى (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) المائدة: ٦، و قوله تعالى (مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) الحج: ٧٨. و قد يدل عليه خبر عبد الأعلى مولى آل سام راجع الوسائل باب: ٣٩ من أبواب الوضوء حديث: ٥.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٢٤٦

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١٠.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١٢.

(٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١٣.

(٤) البقرة: ٢٢٩ إلى ٢٣١.

(٥) راجع الوسائل باب: ١٧ من أبواب الخيار من كتاب البيع، و باب: ٥ من كتاب الشفعة، و باب ٧، ١٢ من كتاب إحياء الموات.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٧

لقوله تعالى (فَأَمْسِكُوا بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ).

و ربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه، و عدم إجباره، و أنه يعين بالقرعة (١).

كما في كشف اللثام و غيره، فان بقاء الزوجه على زوجيتها ضرر عليها و حرج، و فيه: أن الضرر أو الحرج ليس من الزوجية، بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه، فدلل نفيهما يقتضى نفي تلك الاحكام. لكن ليس بناء الفقهاء عليه، فلا يجوز الزنا للحرج، و لا يجوز أكل مال الغير للحرج، و لا- يجوز شرب الخمر للحرج، فلا- يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم، و إن كان مجوزاً لترك الواجبات، و إن كان الفرق بين الواجبات و المحرمات في ذلك غير ظاهر، و مقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفى الوجوب. و مقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعا للحرج، لا وجوب الطلاق على الزوج. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام، و بين الضرر في المعاملة المشتملة على الغبن. فان الضرر هناك من نفس المعاملة، و مبادله القليل بالكثير

بخلاف المقام، فإن الضرر هنا يلزم من ثبوت أحكام الزوجية، لا من نفس الزوجية. و لو 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. (١) هذا القول لم أقف على قائله. نعم في القواعد، فيما لو زوجها الوليان من اثنين و اشتبه السابق و اللاحق، احتمل القرعة. لكن قال: «و يؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق و يجدد من وقعت له النكاح».

و استدل له في جامع المقاصد و غيره بما

قالوه (ع): «كل أمر مشكل فيه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٨

و قد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما (١). ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة و وجوب الإنفاق عليهما (٢) ما لم يطلق، و مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما،

القرعة» (١).

و أشكال عليه في جامع المقاصد: بأن القرعة لا- مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام، و هي الأنكحة التي تتعلق بها الأنساب، و الإرث، و التحريم، و المحرمية. و فيه: أن ذلك خلاف إطلاق دليل القرعة. نعم ليس بناء الأصحاب على العمل به في موارد الاحتياط كالتشبه المحصورة. لكن ذلك إذا لم يلزم منه محذور، و المفروض لزومه. و قد ورد في نصوص القرعة ما تضمن مشروعيتها فيمن نزا على شاء في قطع غنم و قد اشتبهت بغيرها. و المقام نظيره في لزوم الضرر من الاحتياط.

و من ذلك يظهر توجه الاشكال على ما في القواعد: بأنه إذا عمل بالقرعة لم يكن وجه لأمر من وقعت له بالنكاح، و أمر من لم تقع له بالطلاق.

فان ذلك خلاف مقتضى القرعة. اللهم إلا أن تكون القرعة لتعيين من يؤمر بالطلاق أو النكاح، لا لتعيين الزوجة. و هو كما ترى، إذ لا دليل على هذا الأمر، ليستخرج موردته بالقرعة، بل أمر كل منهما بالطلاق أولى من أمر أحدهما به، و أمر الآخر بالنكاح. (١) هذا اختاره في القواعد في تزويج وليي المرأة من رجلين مع اشتباه السابق. و تبعه في جامع المقاصد. لان فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الإجماع في الطلاق. و فيه: أن هذا المقدار لا يقتضى ولاية الحاكم على ذلك، بل الاولى من ذلك ولايتها على الفسخ، نظير المعاملة الغبية.

(٢) لكن لزوم الضرر المالي من الاحتياط يوجب ارتفاعه، و حينئذ يتعين الرجوع الى القرعة في تعيين المستحق للنفقة.

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٤٩

و إن كان بعد الدخول فتمامه (١). لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول، (٢)،

(١) عملاً بالعلم الإجمالي. لكن عرفت إشكاله.

(٢) قال في القواعد: «فان اشتبه السابق منع منهما. و الأقرب إلزامه بطلاقهما، فيثبت لهما ربع المهرين، مع اتفاقهما و اختلافهما على إشكال».

و يحتمل أن قوله: «على إشكال..» راجع الى أصل الحكم بقريته قوله- بعد ذلك-: «و يحتمل القرعة في مستحق المهر». و يحتمل أن يكون راجعاً إلى صورة اختلاف المهرين. لأنه مع اتفاق المهرين جنساً و قدراً و وصفاً يكون ربع مجموع المهرين عين نصف أحدهما، فيكون تقسيمه على الأختين عملاً بقاعدة العدل و الانصاف. أما مع الاختلاف فالواجب نصف أحدهما، و هو مخالف لربع مجموعهما، فإيجاب الربع عليه يوجب إسقاط الواجب و إيجاب غيره. اللهم إلا أن تكون قاعدة العدل و الانصاف 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 و لأجل أن قاعدة العدل و الانصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يترأى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك، لعدم المرجح، و قد يشير اليه التعبير عنها بقاعدة العدل و الانصاف. أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة، المتضمنة للتنصيف. و الأول غير ظاهر، فان عدم المرجح كما يقتضى جواز التنصيف، يقتضى التخيير، نظير ما ذكره في مسألة الدوران بين الوجوب و الحرمة، من أن التخيير استمراري، و أن حكم العقل بالتخيير ابتداء بعينه يقتضى مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٠

.....

التخيير ثانياً، و أنه لا- فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة، و بين القطع بالمخالفة المقرون بالقطع بالموافقة. ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية، و التوزيع يوجب الموافقة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية. و لا فرق بينهما في نظر العقل. و الثاني أيضاً: غير ظاهر، لأن ما ورد [١] في الموارد الخاصة المذكورة

[١] مثل رواية عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (ع):

«في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، و قال الآخر: هما بيني و بينك. فقال:

أما الذي قال: هما بيني و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له، و أنه لصاحبه، و يقسم الآخر بينهما»

«١»، و رواية السكوني عن الصادق (ع) عن أبيه:

«في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر دينار. فضاع دينار منهما. فقال (ع): يعطى صاحب الدينارين ديناراً، و يقسم الآخر

بينهما نصفين»

«٢». و رواية إسحاق 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، و أقاما البينة.

فقال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف. فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين»

«٣»، و رواية غياث بن إبراهيم:

«لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»

«٤» و نحوهما رواية تميم بن طرفة «٥». و رواية يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله (ع):

«في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة. قال: ما كان من متاع النساء فهو المرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما»
 (٤)

، و رواية رفاعه:

«و ما يكون الرجال و النساء قسم

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب الصلح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الصلح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ٤.

(٦) الوسائل باب: ٨ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥١

و تمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول. و المسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في الماليات.

[مسألة (٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغة واحدة]

(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغة واحدة، أو عقد على إحداهما و وكيله على الأخرى في زمان واحد- بطلا معاً
 (١). و ربما يقال: بكونه مخيراً في

في كتاب الصلح

، و في كتاب القضاء

، و غيرهما

، لا يمكن التعدى من مورده الى غيره. و ليس فيه إشارة إلى قاعدة كلية. مع ثبوت خلافها في بعض مواردها، و في موارد أخرى، كما يظهر ذلك من ملاحظة مواردنا و باب إرث الغرقى و المهذوم عليهم. فالبناء عليها غير ظاهر. و لأجل ذلك يتعين الرجوع الى القرعة- كما احتمله في القواعد، و جعله في جامع المقاصد و كشف اللثام: أقوى. و في الجواهر: لعله الأقوى- عملاً بعموم أدلتها. ثم إنه لو بنى على التوزيع فلا بد من ملاحظة النسبة بين المهرين فاذا كان مهر إحداهما عشرة، و مهر الثانية ثلاثين، و بنى على توزيع ربع المهرين كان اللازم إعطاء الأولى اثنين و نصفاً و إعطاء الثانية سبعة و نصفاً، لا توزيع ربع الأربعين بينهما بالسوية. يظهر ذلك بالتأمل.

(١) كما نسب الى المبسوط، و ابني حمزة و إدريس، بل الى أكثر المتأخرين أيضاً. و اختاره في الشرائع، لبطان العقد بالنسبة إليهما معا اتفاقاً، فصحته بالنسبة إلى إحداهما بعينها ترجيح بغير مرجح.

بينهما» (١)

، و رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (ع):

«في رجل أقر عند موته لفلان و فلان، لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على تلك الحال. فقال علي (ع): أيهما أقام البينة فله

المال، و إن لم يقد واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» (٢).
منه قدس سره.

- (١) الوسائل باب: ٨ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٤.
(٢) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب أحكام الوصايا حديث: ١.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٢
اختيار أيهما شاء (١)، لرواية (٢) محمولة على التخيير بعقد جديد (٣) و لو تزوجهما و شك في السبق و الاقتران حكم ببطلانها أيضا (٤).

- (١) نسب في الجواهر ذلك الى الشيخ و اتباعه. و في كشف اللثام إلى النهاية و المهذب و الجامع و المختلف.
(٢) يريد بها
□
صحيحه جميل، المروية في الفقيه عن أبي عبد الله (ع): «في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة. قال (ع): يمسك أيتهما شاء، و يخلى سبيل الأخرى. و قال! في رجل تزوج خمسا في عقدة واحدة، قال (ع): يخلى سبيل أيتهن شاء» (١).
و في الشرائع رمى الرواية بالضعف. و هو كما ذكر على رواية الكافي
«٢»، للإرسال، لأنها رواها عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع). و على رواية التهذيب
«٣»، لذلك أيضا، و لأن في طريقه الى جميل على بن السندي و هو مجهول. لكن عرفت رواية الفقيه لها بطريق صحيح. و مقتضى القاعدة الأخذ و تخصيص القاعدة بها.
(٣) هذا الحمل لا دليل عليه، و لا داعي إليه، إذ لا مانع من تخصيص القواعد العامة، بل قد اشتهر ذلك حتى قيل: ما من عام إلا و قد خص. و في كشف اللثام: «ان الخبر و إن كان صحيحاً، لكنه ليس نصاً في المدعى. لاحتمال أن يراد يمسك أيتهما شاء بتجديد العقد، فحينئذ لا يكون الخيار معيناً» و هو كما ترى، إذ لا يعتبر في المخصص أن يكون نصاً بل يكفي في تخصيصه للقواعد أن يكون ظاهراً، فان الظاهر حجة كالنص.
(٤) لعدم إمكان إحراز السبق بالأصل، و إن كان بمعنى عدم سبق

- (١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة: ٢٦٥ طبعه النجف الحديثه، الوسائل باب: ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.
(٢) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.
(٣) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ٢.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٣

[مسألة (٤٥): لو كان عنده اختان مملوكتان فوطئ إحداها حرمت عليه الأخرى]

(مسألة ٤٥): لو كان عنده اختان مملوكتان فوطئ إحداها حرمت عليه الأخرى (١) حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه (٢) ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، و لو

العقد على الأخت و لا مقارنته، لأن الأصل الميثب لذلك متعارض فيهما، فان كل واحد منهما يصح أن يقال: العقد عليها لم يكن

مسبوقة بالعقد على أختها، ولا مقارنا له. وأصالة صحة العقد بالنسبة إلى كل واحد منهما أيضا متعارضة. فيتعين الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر فيهما معا.

هذا إذا كان الشك في السبق والاقتران بالنسبة إلى كل منهما. أما إذا كان بالنسبة إلى واحدة منهما بعينها، دون الأخرى، بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارناً.

فقد علم بطلان العقد على زينب، إما لمقارنته، أو للحوقه، فلا يكون مجرى للأصول الموضوعية والحكمية. فلا مانع من جريانها بالنسبة إلى عقد هند، فيقال: إنه لم يسبق بالعقد على الأخت، ولم يقترن به، كما يقال:

إنه صحيح لأصالة الصحة.

(٢) إجماعاً كما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين.

(٣) فتحل حينئذ بلا إشكال، ولا خلاف. و يقتضيه عمومات الحل بعد انتفاء صدق الجمع بين الأختين. مضافاً إلى

صحيح عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إذا كانت عند الرجل الأختان المملوكتان، فنكح إحداهما، ثم بدا له في الثانية فنكحها، فليس ينبغي له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى من ملكه، يهبها، أو يبيعهها.

فان وهبها لولده يجزيه» (١).

ونحوه ما تقدم في خبر الطائي

«٢».

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) راجع المسألة: ٣٩ من هذا فصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٤

بأن يهبها من ولده. والظاهر كفاية التملك الذي له فيه الخيار (١)، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه. ولا يكفي - على الأقوى - ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية (٢)، كالتزويج للغير، والرهن، والكتابة، ونذر عدم المقاربة، ونحوها. ولو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا (٣).

(١) لإطلاق الأدلة. لكن في القواعد: «و في اشتراط اللزوم إشكال».

و في التذكرة: «و لو باع بشرط الخيار فكل موضع يجوز للبائع الوطء لا تحل فيه الثانية». و كأن ذلك من جهة دعوى ظهور النص في الخروج عن الملك على وجه يستوجب حرمة الوطء، ومع عدم اللزوم يحل الوطء.

و فيه: أن الحل إنما يكون بالفسخ، لا بلا واسطة. كما أنه مع اللزوم أيضا يحل الوطء بالشراء، أو الاستيهاب، أو الاستحلال، مع التمكن من ذلك، بلا فرق بين المقامين، فاللازم عدم الفرق بينهما في حل الثانية.

(٢) قال في القواعد: «و في الاكتفاء بالتزويج، أو الرهن، أو الكتابة إشكال». و في التذكرة: «يكفي التزويج، لان التحريم يحصل به. فان رهنها لم تحل الأخت، لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها، ولهذا تحل بإذن المرتهن في وطئها. ولأنه يقدر على فكها

متى شاء واسترجاعها إليه. و لو حرم إحداهما باليمين على نفسه لم تبيح الأخرى لأن هذا لا يحرمها، وإنما هو يمين مكفر.. إلى أن قال: و لو كاتب إحداهما حلت له الأخرى. و هو قول الشافعية. لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه، فأشبه التزويج». و فيه: أن

المستفاد من الأدلة أن التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك، وهو غير حاصل في الفروض المذكورة. مع أن المناقشة في التعليقات المذكورة ظاهرة.

(٣) لما تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٥

فلا يحد و يلحق به الولد (١). نعم يعزر.

[مسألة (٤٦): إذا وطئ الثانية بعد وطء الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم]

(مسألة ٤٦): إذا وطئ الثانية بعد وطء الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم (٢). و حينئذ فإن

(١) لأنه فراش، إذ المراد منه ما يقابل العاهر، وهو الزانى.

(٢) أما حرمة الثانية: فلما تقدم. وقد عرفت أنه لا إشكال فيها، وإن كان قد يظهر مما فى الشرائع من قوله: «أما إذا وطئها (يعنى:

الثانية) قيل: حرمت الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه» وجود القائل بحلية الثانية بعد وطئها، واختصاص التحريم بالأولى. لكن فى المسالك:

«لم نعرف قائله، ولا من نقله، غير المصنف» ونحوه فى الجواهر. وربما يستدل له

بخبر معاوية بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت عنده جاريتان أختان، فوطئ إحداهما ثم بدا له فى الأخرى. قال (ع):

يعتزل هذه و يطأ الأخرى. قلت: فإنه تنبعث نفسه للأولى. قال (ع):

لا يقربها حتى تخرج تلك من ملكه» (١).

لكنه لا يدل على ذلك، وإنما يدل على حلية الثانية بمجرد الاعتزال عن الأولى، الذى قد عرفت أنه خلاف النص، و الفتوى، بل الإجماع. و أما حرمة الأولى بعد وطء الثانية: فيشهد به

خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله (ع) - فى حديث - قال: «سألت عن رجل عنده أختان مملوكتان، فوطئ إحداهما، ثم وطئ الأخرى. فقال (ع): إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى. قلت: أ رأيت إن باعها فقال (ع): إن كان إنما يبيعها لحاجة، و لا يخطر على باله من الأخرى شىء فلا أرى بذلك بأسا. و إن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا» (٢).

و نحوه

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل فى باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٦

أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانية مطلقاً (١)، و إن كان ذلك بقصد الرجوع إليها (٢). و إن أخرج الثانية عن ملكه يشترط فى حلية الأولى أن يكون إخراجها لها لا بقصد الرجوع الى الأولى (٣)، و إلا- لم تحل. و أما فى صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها و الثانية على حرمتها (٤)، و إن كان الأحوط عدم حلية الأولى إلا

مصصح الحلبي عن أبى عبد الله (ع)

، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع)

«١» و موثق على بن أبى حمزة عن أبى إبراهيم

«٢»، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله (ع)

«٣». ففي صحيح الحلبي

التصريح بحرمتها جميعاً بعد وطء الثانية عمداً.

(١) كما سبق في المسألة السابقة.

(٢) للإطلاق.

(٣) كما عرفت التقييد به من النصوص.

(٤) كما حكاها في الشرائع قولاً لبعض، أخذاً بظاهر

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: «قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما، ثم يطأ الأخرى بجهالة. قال (ع): إذا وطئ

الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» «٤».

و لا ينافي ذلك ما

في خبر عبد الغفار الطائي، فإن ما فيه من قوله: «قلت: فان جهل ذلك حتى وطئها

(يعني: الثانية).

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحقاً حديث: ٩.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١٠.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٧.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٧

.....

قال (ع): حرمتا عليه كلاتهما» «١»

ظاهر في حرمة الأولى مع وطء الثانية جهلاً، لإمكان الجمع بالحمل على الكراهة. وهو أقرب مما ذكره في الجواهر من حمل صحيح

الحلبي على أن المراد أنه لم تحرم عليه الأولى في حال الجهل كما تحرم في حال العلم، فإنه في حال العلم لا ترتفع الحرمة إلا

بإخراج الثانية عن الملك لا بقصد الرجوع إلى الأولى، أما في حال الجهل فيكفي خروج الثانية عن الملك ولو بقصد الرجوع إلى

الأولى، وتحل الأولى بذلك. بل هو بعيد جداً وليس من الجمع العرفي أصلاً، وإن حكى عن النهاية، و تبعه عليه في المختلف و

جامع المقاصد و غيرهما، فلو فرض تعيين الجمع المذكور بينهما فاللزام إجراء حكم التعارض، و الترجيح للصحيح، بل في حجية خبر

الطائي

في نفسه إشكال، لضعفه.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره في الشرائع، و نسبه في المسالك إلى أكثر المتأخرين، بل هو ظاهر المبسوط من أن الثانية تحرم على

التقديرين - أي: العلم و الجهل - دون الأولى، فإنها تبقى على الحل. فإنه مخالف لجميع النصوص على اختلاف مفادها. و أما الأصل،

و اختصاص أدلة المنع من الجمع بين الأختين بالأخيرة، و قاعدة: «الحرام لا يحرم الحلال» فلا تصلح لمعارضه النصوص المعتبرة سنداً،

و دلالة، و لا يستوجب طرحها.

و قريب منه في الضعف التفصيل بين وطء الثانية جهلاً فلا تحرم الأولى، و وطئها عمداً فتحرم الأولى، و لكن تحل بخروج الثانية عن

الملك، و لو بقصد الرجوع الى الأولى. فإنه و إن كان موافقاً لبعض النصوص، لكنه مخالف لبعضها الآخر الصريح في تقييد حل الأولى بخروج الثانية عن الملك بما إذا لم يكن بقصد الرجوع الى الأولى. والمتحصل: أن الأقوال في وطء الثانية بعد وطء الأولى خمسة:

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٨

ياخراج الثانية و لو كان بقصد الرجوع الى الأولى (١).

و أحوط من ذلك كونها كصورة العلم (٢).

الأول: حرمة الثانية دون الأولى. اختاره في الشرائع و القواعد و غيرهما.

الثاني: حرمة الأولى دون الثانية، على ما حكاها في الشرائع قولاً. الثالث:

حرمة الأولى مع العلم، و لا تحل إلا بإخراج الثانية عن الملك لا بقصد العود إلى الأولى. و مع الجهل لا تحرم الأولى، كما حكاها في الشرائع قولاً، و حكاها في كشف اللثام عن ابن حمزة، و جعله أقوى من قول الشيخ.

و هو الذى اختاره فى المتن. الرابع: القول المذكور بعينه، لكن مع الجهل تحرم الأولى و تحل بإخراج الثانية عن ملكه. و لو بنى العود إلى الأولى.

اختاره فى النهاية. و تبعه عليه جماعة، منهم صاحب الجواهر. الخامس:

أنه إن كان عالمًا حرمت عليه الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه مطلقاً.

و إن كان جاهلاً لم تحرم. و هذا القول حكاها فى التهذيب قولاً، و لم يعرف قائله. و من ذلك يظهر أن الأقوال فى التفصيل بين العلم و الجهل ثلاثة.

و المتحصل من الأدلة هو القول الثالث، المختار فى المتن. أما القولان الأولان: فهما منافيان لجميع النصوص المشتملة على التفصيل بين العلم و الجهل، و للنصوص المتضمنة أنه إذا وطئ الثانية حرمتا جميعاً. و أما الرابع: فمناف لنصوص التفصيل بين العلم و الجهل و الحرمة فى الأول و الحل فى الثانى، من دون وجه ظاهر، غير خبر الطائى

الذى هو مع ضعف سنده، يمكن الجمع بينه و بينهما بالحمل على الكراهة. و أما الخامس: فمناف لخبر الكنانى و ما بمضمونه من النصوص الكثيرة. من دون وجه ظاهر. فلاحظ.

(١) كما يقتضيه إطلاق القول الثانى و الرابع.

(٢) يعنى: فلا تحل الأولى إلا بإخراج الثانية عن ملكه لا بقصد الرجوع الى الأولى. لكن هذا الاحتمال لا قائل به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٥٩

[مسألة (٤٧): لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا]

(مسألة ٤٧): لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما (١) فى النكاح، و الوطء إذا كانتا مملوكتين.

[مسألة (٤٨): إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الأخرى]

(مسألة ٤٨): إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدة (٢). و أما إذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول، أو ثالثاً

(١) و إن كان خلاف المتسالم عليه عندهم من نفى النسب بالزنا، كما يقتضيه

قوله (ص): «الولد للفراش، و للعاهر الحجر» (١)

، فان الظاهر منه أنه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي من نفى النسب عن العاهر واقعا. و يشير اليه ما

في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع):

«قال أيما رجل وقع على وليدة قوم حراماً، ثم اشتراها، فادعى ولدها، فإنه لا يورث منه شيء، فان رسول الله (ص) قال: الولد للفراش،

و للعاهر الحجر. و لا يورث ولد الزنا، إلا رجل يدعى ابن وليدته» (٢)

فان قوله:

«و لا يورث ولد الزنا»

كالصريح في ولد الزنا الواقعي.

و نحوه غيره. لكن المستفاد من بعض الروايات، و من مذاق الشرع الأقدس: أن حرمة النكاح و الوطاء تابعة للنسب العرفي. فلاحظ ما

ورد في الاستنكار لان يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم. و أن تحريم النكاح من الأحكام الإنسانية، لا من الأحكام الشرعية تبعداً.

(٢) بلا خلاف، كما في الجواهر، لأنها بمنزلة الزوجة. و يقتضيه

خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته، أ يحل له أن يخطب أختها قبل أن تنقضى

عدتها؟

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب ميراث ولد الملاعنة حديث: ١، ٤.

(٢) الوسائل باب: ٧٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٠

أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب، أو بالخلع، أو بالمبارأة جاز له النكاح الأخرى (١). و الظاهر عدم صحته رجوع الزوجة في البذل

بعد تزويج أختها (٢)، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله. نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع و انقضت المدة لا يجوز

له - على الأحوط - نكاح أختها في عدتها و إن كانت بائنة، للنص الصحيح (٣).

قال: إذا برئت عصمتها منه و لم يكن له عليها رجعة فقد حل له أن يخطب أختها» (١)

و ،

خبر زواره عن أبي جعفر (ع): «في رجل طلق امرأته و هي حبلية، أ يتزوج أختها قبل أن تضع؟ قال (ع): لا يتزوجها حتى يخلو أجلها

(بطنها خ ل)» (٢)

بناء على حمله على الطلاق الرجعي، جمعاً بينه و بين ما قبله.

(١) بلا خلاف ظاهر. و يقتضيه خبر الكناني المتقدم

. مضافاً الى عمومات الحل بعد عدم كونه جمعاً بين الأختين.

(٢) لما يستفاد من نصوص جواز رجوع المختلعة بالبذل من كونه أشبه بالمعاوضة بينه و بين رجوع الزوج بها، فاذا تعذر الثاني - للزوم

الجمع بين الأختين أو نحو ذلك من موانع الرجوع - تعذر الأول أيضا.

(٣) و هو ما

رواه في التهذيب بإسناده عن الحسين بن سعيد قال: «قرأت في كتاب رجل الى أبي الحسن الرضا (ع): الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى، فينقضى الأجل بينهما، هل يحل له أن ينكح أختها من قبل أن تنقضى عدتها؟ فكتب (ع): لا يحل له أن يتزوجها حتى

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦١

و الظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها (١)، و إن كان مورد النص انقضاء المدّة.

[مسألة (٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى]

(مسألة ٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى. و كذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أختها في عدتها، لأنها بائنة. نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدة (٢)، خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه

تنقضى عدتها» (١).

و نحوه ما رواه في الفقيه أيضا عن علي بن أبي حمزة

(٢)، و ما رواه في الكافي عن يونس

(٣)، و ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره

(٤). و عن نهاية المرام: أن العمل به متعين. لكن في السرائر: «وهي رواية شاذة، مخالفة لأصول المذهب، لا يلتفت إليها ولا يجوز التعرّيج عليها». و لأجل ذلك توقف في المتن عن الفتوى بمضمونها. بل إعراض الأصحاب عنها موجب لسقوطها عن الحجية، فلا مجال للخروج عن القواعد المقتضية للجواز.

(١) لأجل أن المفهوم عرفاً: أن موضوع الحكم العدة الموجبة للعقبة، و ليس لانقضاء الأجل خصوصية في ذلك.

(٢) كأن الوجه في الاحتياط المذكور الخبر الآتي بناء على عدم فهم خصوصية مورده.

(١) التهذيب الجزء: ٧ صفحة ٢٨٧ طبعه النجف الحديثه، الوسائل باب: ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الثالث للحديث: ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة: ٢٩٥. الوسائل باب: ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الأول للحديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٢٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الملحق الرابع للحديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٢

و الزنا من طرفها من جهة الخبر (١) الوارد في تدليس الأخت التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها.

[مسألة (٥٠): الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين]

(مسألة ٥٠): الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين (٢)

(١) و هو

صحيح بريد العجلى قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة فزفتها إليه أختها، وكانت أكبر منها، فأدخلت منزل زوجها ليلا، فعمدت الى ثياب امرأته فنزعته منها، ولبستها، ثم قعدت في حجله أختها و نحت امرأته و أطفأت المصباح، و استحيت الجارية أن تتكلم، فدخل الزوج الحجله فواقعها، و هو يظن أنها امرأته التي تزوجها، فلما أن أصبح الرجل قامت إليه امرأته، فقالت: أنا امرأتك فلانه التي تزوجت، و ان أختي مكرت بي فأخذت ثيابي فلبستها، و قعدت في الحجله، و نحتني، فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر. فقال: أرى أن لا- مهر للتي دلست نفسها. و أرى أن عليها الحد لما فعلت حد الزاني غير محصن. و لا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضى عدة التي دلست نفسها، فاذا انقضت عدتها ضم إليه امرأته» (١).

و هذا الصحيح نظير ما قبله يظهر من الأصحاب إعراضهم عنه، لعدم تعرضهم لمضمونه. فالعمل به غير ظاهر.

مع أن مورده و طء الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة من عدتها، و هو غير ما نحن فيه. اللهم إلا أن يستفاد منه حكم ما نحن فيه، لعدم الفرق.

(٢) كما هو المعروف بين الأصحاب، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، و في الجواهر: «لم أجد أحدا من قدماء الأصحاب و لا متأخريهم ذكر ذلك في المكروهات، فضلا عن المحرمات المحصورة في ظاهر بعض و صريح آخر في غيره». و قال في الحدائق: «هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٣

على كراهة. و ذهب جماعة من الاخبارية إلى الحرمة و البطلان بالنسبة إلى الثانية (١). و منهم من قال بالحرمة دون البطلان فالأحوط الترك (٢). و لو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الاولى و تجديد العقد على الثانية بعد خروج الاولى عن العدة، و إن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان لأنها تكليفية، فلا تدل على الفساد (٣). ثم الظاهر عدم

□

إلا في هذه الأعصار الأخيرة. و إلا فكلام المتقدمين من أصحابنا رضوان الله عليهم و المتأخرين خال من ذكرها و التعرض لها. و قد اختلف فيها الكلام و كثر النقض و الإبرام بين علماء عصرنا، و من تقدمه قليلا، فما بين من جزم بالتحريم، و من جزم بالحل، و من توقف في ذلك:

(١) يظهر ذلك من الحدائق، حيث قال: «و التحقيق: أن هذه المسألة مثل مسألة الجمع بين الأختين حذو النعل بالنعل. و حينئذ فالمخرج منها هنا كما تقدم ثمة، و هو أن يفارق الثانية، و إن طلقها فهو أولى». و لم أعرف من وافقه على ذلك.

(٢) يظهر ذلك من الشيخ جعفر بن كمال الدين، و لم يتحقق لدى موافق له على ذلك. نعم نسب الى الشيخ سليمان البحراني، فقد حكى عنه أنه أمر رجلاً بطلاق إحدى نسائه، و كانت عنده فاطميتان. و نسب إليه أيضا التوقف، كما نسب الى الحر العاملي، و هو ظاهر الوسائل، حيث قال: «باب حكم الجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع)». و كيف كان فالقائل بالحرمة و البطلان أو بالحرمة فقط نادر من الأخباريين. و نسبه إلى جماعة منهم غير ظاهرة.

(٣) أما أنها تكليفية على تقديرها: فلأجل التعليل في الخبر بالمشقة،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٤

الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا (١). كما أن الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمة من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى في المنتسب إليها - صلوات الله عليها - من طرف الأم (٢). خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العليات. و كيف كان فالأقوى عدم الحرمة، وإن كان النص الوارد في المنع صحيحاً، على ما

رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حماد (٣) قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة (ع)، إن ذلك يبلغها المحمولة على الإيذاء المحرم. لا لأجل القصور في موضوع العقد، لتدل على الفساد. (١) لاطلاق النص الآتي.

(٢) هذا يتم لو كان موضوع المنع الفاطميتين. لكن الموضوع من كان من ولد فاطمة، وهو يصدق على من تولد منها، ولو من البنات.

كما ذكره في الجواهر، وجعله من جملة وجوه الإشكال في الخبر، لأنه لا يخلو منه كثير من الناس، بل أكثر الناس. ولعله لذلك خص المصنف (ره) الحكم بغيره. (٣)

رواه عن محمد بن علي ماجيلويه، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن أبيه، عن أبي عمير، عن أبان بن عثمان، عن حماد، قال: «سمعت ..» (١)

و

رواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحسن، عن السندي بن الربيع (عن علي بن السندي عن محمد بن الربيع. خ) عن

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٥

فيشق عليها. قلت: يبلغها؟ قال (ع) إي والله

، وذلك لإعراض المشهور عنه (١)، مع أن تعليقه ظاهر في الكراهة.

إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها (٢) إيذاء لها حتى يدخل في

قوله (ص) «من آذاها فقد آذاني».

محمد بن أبي عمير، عن رجل من أصحابنا، قال: «سمعت يقول: لا يحل ..» (١).

(١) بل في الجواهر: «عن بعض الناس أنه من البدع». واحتمل كون الخبر المزبور من انتحال أبي الخطاب، نظير انتحاله أن العلويات إذا حُضن قضين الصوم والصلاة. وكفى في تحقق الإعراض أنه لم يتعرض للحكم المذكور في كلام المتقدمين والمتأخرين و متأخريهم إلى زمان المحدث البحراني وما قارب عصره، ولم يتعرض له إلا جماعة من الأخباريين، ولم يتضح البناء على الحرمة إلا من نادر منهم، والباقون ما بين راد له، و متردد فيه.

(٢) هذا الاشكال ذكره في الحدائق، وأجاب عنه بأن المشقة النقل والشدة والصعوبة، وذلك يستلزم الأذى، فإن الأذى هو الضرر، وهو أقل مراتب المشقة. وفيه: أن إيذاءها (ع) المنهى عنه يراد به الإيلام النفساني، وهو غير لازم من المشقة، فإنه إذا نزل على الإنسان

ضيف عزيز يجد أعظم المشقة من نزوله للاهتمام في إكرامه و تهيئة الطعام و لوازم الضيافة له، مع التلذذ النفساني في ذلك، و الصلحاء من الناس يتحملون المشقة في صيام شهر رمضان في الصيف، مع التلذذ النفساني، و المجاهدون في ميدان القتال و الجلاذ في أعظم مشقة، مع التلذذ النفساني .. و هكذا.

فالآلام النفسانية لا تلازم المشقة. نعم الحمل على الكراهة بقريته التعليل المذكور موقوف على إثبات ان إدخال الشاق عليها مكروه. و هو غير

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٦

[(مسألة ٥١): الأحوط ترك تزويج الأمة دوماً مع عدم الشرطين]

(مسألة ٥١): الأحوط ترك تزويج الأمة دوماً مع عدم الشرطين (١)،

ظاهر، لجواز كونه حراماً، كالأيداء. فتأمل.

(١) بل هو المنسوب في كشف اللثام الى أكثر المتقدمين، و حكاها في الحدائق عن المبسوط، و الخلاف، و المفيد، و ابن البراج، و ابن الجنيد، و ابن أبي عقيل. و في محكي كلام الأخير نسبتها الى آل الرسول. لقوله تعالى (وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرِ مُسَافِحَاتٍ، وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَحْدَانٍ. فَإِذَا أَحْصَيْتُمْ فَيَاتِنَّ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ. ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ. وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ. وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ) «١» فان صدر الآية الشريفة ظاهر في

اشتراط جواز نكاح الأمة بأن لا يستطيع طولاً، و ظاهر ذيلها اشتراطه بخوف العنت. فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين. و

صحيح زرارة بن أعين عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل يتزوج الأمة؟ قال (ع):

لا، إلا أن يضطر الى ذلك» «٢».

و

موثق أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): «في الحر يتزوج الأمة. قال (ع): لا بأس إذا اضطر إليها» «٣».

و

موثق محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يتزوج المملوكة. قال (ع): إذا اضطر إليها فلا بأس» «٤».

(١) النساء: ٢٥.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٧

.....

و نوقش في الاستدلال المذكور بالآية تارة: بمنع حجية مفهوم الشرط.

و يدفعها: أن المحقق في الأصول الحجية. و أخرى: بمنع حجية مفهوم الشرط في قبال عمومات التحليل. و يدفعها: أن المفهوم كالمنطوق، فقد يكون مقتضى الجمع العرفي تقديم المفهوم، لكونه أخص، كما في المقام.

و ثالثة: بأن دلالة المفهوم على المنع بدون الشرط إذا لم يكن وارداً مورد الإرشاد الى ما فيه مصلحة المكلف بل كان وارداً في مقام جعل الحكم الشرعي. و يدفعها، أن قرينه سياق الآية في سياق آيات التحليل و التحريم يقتضى الثاني، و لا سيما و كون الأصل في كلام الشارع ذلك، لا الإرشاد، حيث يدور الأمر بينهما. و رابعة: بأن الشرط في المقام شرط للوجوب أو الاستحباب، فمع انتفائه ينتفى الوجوب أو الاستحباب لا الجواز. و فيه: أن الظاهر كونه شرطاً للجواز، بقرينه السياق، و قوله تعالى (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ). و خامسة: بعدم ثبوت كون كلمة (من) بمنزلة (إن) في إفادة المفهوم.

و يدفعها: أن الظاهر ذلك، كما يظهر بمراجعة مباحث مفهوم الشرط في الأصول.

و سادسة: بأن مقتضى المفهوم العموم للعبد، و هو خلاف الإجماع على الجواز فيه بدون الشرط، فيتعين رفع اليد عن المفهوم. و يدفعها: أنه لا مانع من البناء على تخصيص المفهوم بغير العبد، كما في كثير من الموارد. و سابعة: بأن من المحتمل أن يكون المراد مما ملكت أيمانكم السرارى و الجوارى. و فيه: - مع أنه لا يناسب الشرط - مناف لقوله تعالى: (فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ..)، فإنه صريح في التزويج. و مثل هذه المناقشات مناقشات أخرى يظهر اندفاعها بأقل تأمل. فإذا لا مجال إلا للأخذ بظاهر الآية. و أما النصوص: فتمكن المناقشة فيها بأن الضرورة أخص من الشرطين.

فيتعين حمل النهى على الكراهة، للإجماع على عدم اشتراط الجواز بالأخص منهما، كما سيأتى. و فيه: أنه يمكن الجمع بين النصوص و غيرها بحمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٨

من عدم التمكن من المهر للحره، و خوف العنت بمعنى:

المشقة أو الوقوع فى الزنا (١).

الضرورة على الشرطين. و هو أولى من التصرف بالحكم.

و قيل بالجواز و لو مع عدم الشرطين، و فى الشرائع: أنه الأشهر.

و عن الغنية: الإجماع عليه. لعمومات الحل التى يجب تقييدها بما سبق.

و لما دل على أنه لا يجوز نكاح الأمة على الحره بغير إذنها، لاشعارها بالجواز فى غير موردها من وجهين - كما فى الرياض - أحدهما: تخصيص النهى بتزويجها على الحره، فلو عم النهى لخلا التقييد بالحره عن الفائدة.

و الثانى: دلالتها على جواز تزويجها و لو فى الجملة، و هو ينصرف الى العموم، حيث لا صارف له عنه. و فيه: أن الأدلة المذكورة واردة فى مقام آخر، و لا تعرض فيها لما نحن فيه. و وجود الحره مع الاذن لا يوجب فقد أحد الشرطين. و

لخبر يونس عنهم (ع): «لا ينبغى للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حره» (١)

و ،

خبر أبى بصير عن أبى عبد الله (ع): «لا ينبغى للحر أن يتزوج الأمة و هو يقدر على الحره» (٢).

و نحوهما مرسل ابن بكير، عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله (ع)

«٣». لكن ظهور «لا ينبغى» فى الجواز ممنوع. و لو سلم فليس بحيث يقوى على صرف الظواهر المتقدمة فى المنع.

(١) حملة على المعنى الأول جماعة. و هو الأوفق بالمعنى اللغوى و على الثانى جماعة أخرى، بل فى مجمع البيان نسبتته الى أكثر

المفسرين، وفي كشف اللثام نسبته الى المشهور. و كأن الذى دعى الى هذا الحمل -

(١) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٦٩

.....

مع مخالفته للمعنى اللغوى - قوله تعالى: (وَإِنْ تَضَيَّرُوا ..)، إذ الصبر لا- يكون إلا- مع حصول المشقة، و لا- يكفى فى تحقق مفهومه خوفها، فيتعين إرادة الثانى، إذ لا- ثالث لهما. و عن بعض الفقهاء: أنه المعنى الشرعى للعت، نقل اليه عن المعنى اللغوى. لكنه- كما ترى- غير ظاهر.

و العلامة فى القواعد مع أنه فى هذا المقام فسر العنت بمشقة الترك، قال فى مبحث نكاح الإمام: «و خوف العنت إنما يحصل بغلبة الشهوة، و ضعف التقوى». فكأنه حمل خشية العنت على خشية أثره مع تحققه فعلاً، نظير قوله تعالى (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) «١»، و قوله تعالى (ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ) «٢»، لا على خشية نفسه، نظير قوله تعالى (تِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا) «٣»، و قوله تعالى (خَشِيَةَ إِمْلَاقٍ) «٤». و على هذا لا يكون خلاف فى معنى العنت، بل الخلاف فى معنى خوف العنت، فهو بمعنى المشقة الشديدة، و خوفه: إما بمعنى خوف وقوعه، أو بمعنى خوف أثره بعد المفروغية عن وقوعه. فالمشهور على الثانى. و غيرهم على الأول. و بذلك يرتفع ظهور التنافى بين كلامى العلامة، و ترتفع الغرابة عن تفسير المشهور بخوف الزنا.

نعم يبقى الإشكال فى وجه تخصيص الزنا من بين الآثار المترتبة على المشقة الشديدة، التى يخاف مما يترتب عليها، فإنه لا قرينه على إرادته من أثر العنت. بل من الجائز أن يكون المراد مطلق المحذور المترتب على المشقة، سواء لم يكن بالاختيار، مثل المرض و نحوه، أم كان بالاختيار، مثل

(١) فاطر: ٢٨.

(٢) البينة: ٨.

(٣) التوبة: ٢٤.

(٤) الاسراء: ٣١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٠

.....

الزنا و نحوه من المحرمات. اللهم إلا أن يقال: القسم الأول إذا كان مخوفاً يجب الاحتياط فيه. فيجب التزويج، و لا يكون الصبر أفضل فيتعين حمله على القسم الثانى. لكن عرفت أنه لا- قرينه على إرادة الزنا بالخصوص من بين المحرمات الشرعية، بل من الجائز العموم للنظر المحرم، و اللمس المحرم، و غيرهما. اللهم إلا- أن يكون المراد من الزنا فى كلامهم ما هو أعم من ذلك، على أن الفرق بين ما يترتب بلا- اختيار و ما يترتب بالاختيار فى وجوب التزويج فى الأموال، و عدم وجوبه فى الثانى، غير ظاهر. إذ فى المقامين لا يكون ترك التزويج مقدماً للحرام. فان ترك التزويج إنما يكون مقدماً لحرمة الزوجة، إذ مع التزويج تحل، و بدونه تحرم، و لا يكون

مقدمة لوقوع المرض و نحوه بلا اختيار، و لا لوقوع الزنا و نحوه بالاختيار و هذا نظير ما يقال:

«إن شراء الدواء واجب مقدمى لدفع المرض»، فان الشراء إنما يوجب حل الشرب، و لا يوجب دفع المرض، و إنما الذى يدفع المرض شرب الدواء لا- شراؤه. فالفرق بين القسمين فى المقدمية للحرام- كى يدعى عدم جواز الصبر فى القسم الأول، و جواز الصبر فى القسم الثانى- غير ظاهر.

فاذاً لا مانع من كون ترك التزويج أفضل فى المقامين. هذا بناء على أن الأفضلية حكم حقيقى. أما إذا كان حكماً فعلياً، فلا يجوز فى المقامين، كما لا يخفى. و سيجىء التعرض لذلك. فانتظر.

و الذى يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقة الشديدة، و حمل خوفها على خوف ما يترتب عليها من محذور شرعى أو عرفى. و دعوى:

نقل العنت شرعاً الى خصوص الزنا. عرفت أنها لا دليل عليها، كما لا قرينة على إرادته بالخصوص. فاللازم الأخذ بالإطلاق. و لا ينافيه قوله تعالى (وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ) الدال على أن ترك التزويج أفضل، و هو لا يتم إذا لزم محذور شرعى منه، لإمكان تخصيصه بما إذا لم يترتب

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧١

بل الأحوط تركه متعاً أيضاً، و إن كان القول بالجوار فيها غير بعيد (١). و أما مع الشرطين فلا إشكال فى الجواز.

ذلك عليه، كما عرفت.

(١) كما حكاها فى الحدائق عن شرح النافع. فخص المنع بالدائم، لأنه المنصرف اليه من أدلة المنع. و

لمصحح البنظى عن أبى الحسن الرضا (ع): «لا يتمتع بالأمه إلا بإذن أهلها» (١)

و ،

صحيحه الآخر عنه (ع): «عن الرجل يتمتع بأمه رجل ياذنه؟ قال (ع): نعم» (٢)

و ،

صحيحه الآخر المروى عن قرب الاسناد عنه (ع): «أنه قال فى الأمه: يتمتع بها بإذن أهلها» (٣)

و ،

صحيحه الآخر عنه (ع) قال: «سألته يتمتع بالأمه ياذن أهلها؟ قال (ع): نعم. إن الله عز و جل يقول (فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)» (٤).

وفيه: أن الانصراف ممنوع. بل الأنسب بقوله تعالى (وَ آتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ) الانصراف الى التمتع، لما ورد فى المتمتع بهن من أنهن مستأجرات

«٥». و النصوص واردة فى مورد حكم آخر، و هو اعتبار إذن المالك فى صحة المتعة، لرفع احتمال عدم اعتبار الاذن فى المتعة، كما

يشير اليه

خبر سيف بن عميرة عن أبى عبد الله (ع): «لا بأس بأن يتمتع بأمه المرأة بغير إذنها. فأما أمه الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره» (٦).

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المتعة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المتعة حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المتعة حديث: ٥.

(٤) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المتعة حديث: ٣.

(٥) راجع الوسائل باب: ٤ من أبواب المتعة حديث: ٢، ٤.

(٦) الوسائل باب: ١٤ من أبواب المتعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٢

لقوله تعالى (وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ ..) الى آخر الآية (١). ومع ذلك الصبر أفضل (٢) في صورة عدم خوف للوقوع في الزنا (٣).

و نحوه خبر داود بن فرقد

«١». ويشير الى ذلك صحيح البنزطى الثالث

حيث تمسك فيه بالآية الشريفة، الدالة على أن التزويج متعة داخل في الآية الدالة على اعتبار إذن المالك في تزويج الأمة، لدفع توهم خلاف ذلك. فإذا التفصيل المذكور ضعيف.

ومثله التفصيل بين من عنده الحره فلا- يجوز، و بين غيره فيجوز، و لو مع فقد الشرطين. فعن الشيخ (ره): أنه حكاه عن قوم من أصحابنا. لكن بعضهم أنكروا وجود القول المذكور. وكيف كان فلا- دليل عليه في قبال ما عرفت من أدلة المنع. ولذا كان الأولى

إرجاعه إلى القول بالمنع. واستدل له

بمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع):

«قال تزوج الحره على الأمة، و لا تزوج الأمة على الحره. و من تزوج أمه على حره فنكاحه باطل» «٢».

و نحوه غيره. و دلالة على جواز تزوج الأمة لمن لم يكن عنده حره و لو مع فقد الشرطين خفيه.

(١) فان قوله تعالى: (فَأَنْكِحُوهُنَّ ..) صريح في الجواز.

(٢) لما في ذيل الآية الشريفة من قوله تعالى (وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ) و لا منافاه بين ذلك و بين اشتراط الجواز بخوف العنت. لإمكان تخصيصه بصورة ما إذا لم يترتب عليه محذور شرعى، كما سيأتى.

(٣) قال في المسالك: «أطلق القائلون بجوازه بالشرطين أن الصبر له أفضل، عملاً بظاهر قوله تعالى (وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ). و فى الجمع بين خيريته مع اشتراط الجواز بخشية العنت إشكال». وجه الإشكال:

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب المتعة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٣

كما لا إشكال فى جواز وطئها بالملك (١)، بل و كذا بالتحليل (٢) و لا فرق بين القن و غيره. نعم الظاهر جوازه فى المبعضة،

ما أشرنا إليه من أنه إذا كان ترك التزويج يترتب عليه الزنا، يكون حراماً، فيمتنع أن يكون أفضل. لكن عرفت ما فيه، و أن ترك التزويج إنما يترتب عليه تحريم الزوجه، و لا يترتب عليه الزنا. و إنما يترتب الزنا على حصول الشهوة، نظير ترك شراء الدواء، الذى لا يترتب عليه المرض، و إنما يترتب على ترك استعمال الدواء. و حينئذ لا مانع من كون ترك تزويج الأمة أفضل فى نفسه، و إن كان يلزمه الوقوع فى الزنا، أو المرض، أو نحوهما مما يحرم وقوعه اختياراً، لعدم المقدمية، و لا مانع من اختلاف المتلازمين فى الأحكام. لكن الظاهر من قوله تعالى (وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ) كونه حكماً فعلياً لا يصح مع تحريم ملازمه. فلا بد أن يختص بصورة ما إذا لم يلزم المحرم، سواء كان اختيارياً كالزنا و نحوه، أم لا كالمرض و نحوه. بأن يلزم منه ما ليس بمحرم كتشويش باله، و وقوف أعماله، و مكاسبه، و نحو ذلك. فإنه حينئذ يكون الصبر أفضل. و هذا مما يؤكد ما ذكرناه من الإطلاق و عدم الاختصاص بالزنا. و فى الجواهر

دفع الإشكال بأن الزنا بعد ما كان بالاختيار لم يكن ترك التزويج مقدمة محرمة، كي ينافي ذلك كونه أفضل. وفيه: أن الظاهر من قوله تعالى (خَيْرٌ لَّكُمْ) أنه أفضل فعلاً، وأنه في مقام الحث عليه. وهو يتنافى مع تحريم ما يلازمه 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.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٤

لعدم صدق الأمة عليها (١)، وإن لم يصدق الحره أيضاً.

[مسألة (٥٢): لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها]

(مسألة ٥٢): لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها (٢). و لو حصل بعد التزويج جدد نكاحها إن أراد على الأحوط (٣).

[مسألة (٥٣): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زال أو زال أحدهما لم يبطل]

(مسألة ٥٣): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زال أو زال أحدهما لم يبطل (٤) ولا يجب الطلاق.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر، وإن كانت الآية الشريفة لم يذكر فيها الأمة و إنما ذكر فيها «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»، وهو أيضاً لا يشمل المبعوضة، فلا تدخل في أدلة المنع.

(٢) لاحتمال صحة النكاح، فلا يجوز تركها بلا طلاق.

(٣) لاحتمال عدم صحته حين حدوثه.

(٤) كما في المسالك و الجواهر، لأن الشرطين - على تقدير اعتبارهما - شرط في الحدوث، فاذا تحققا و صح حين حدوثه جرى استصحاب صحته بعد ذلك، و إن زال الشرطان، بل لو فرض أنه طلقها رجعيًا جاز له الرجوع بها بعد فقد الشرطين، لأنها بمنزلة الزوجة. و استشكل فيه في الحدائق. لخلو الفرض عن النص بنفي أو إثبات، و عدم حجية الاستصحاب.

و عن بعض العامة: بطلان العقد. و الجميع - كما ترى - خلاف الأصل.

بل خلاف النصوص الدالة على جواز نكاح الحره على الأمة، فإنها محمولة على صورة ما إذا تزوج الأمة لوجود الشرطين، ثم زال أحدهما بحصول الطول الى تزويج الحره. بل

في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): «في الرجل نكح أمة فوجد طولاً إلى حره و كره أن يطلق الأمة. قال (ع): ينكح الحره على الأمة، إن كانت الأمة أولهما عنده» [١].

[١] ذكره بهذا المتن في الحدائق - عن البحار عن كتاب الحسين بن سعيد - في مسألة الجمع -

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٥

[مسألة (٥٤): لو لم يجد الطول أو خاف العنت]

(مسألة ٥٤): لو لم يجد الطول أو خاف العنت و لكن أمكنه الوطء بالتحليل أو بملك اليمين يشكّل جواز التزويج (١)

[مسألة ٥٥]: إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها]

(مسألة ٥٥): إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها، لمرض، أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن (٢). و كذا لو كانت عنده (٣) واحدة من هذه، أو كانت زوجته الحرة غائبة.

(١) بل في المسالك و الجواهر: لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط و هو خوف العنت. و حكى فيهما احتمال الجواز، لأنه لا يستطيع طول حرة. و فيه: أن خوف العنت شرط آخر، و هو مفقود. و من ذلك يظهر الإشكال في توقف المصنف عن الفتوى. إلا أن يكون من باب الإشكال في الحكم في أصل المسألة. نعم يشكل فرضه خوف العنت مع إمكان الوطء بالتحليل أو بملك اليمين. و كأنه يريد خوف العنت لا من جهة العجز عن النكاح، فإنه لا ينافي التمكّن من نكاح الأمة. لكن الظاهر منه في الآية الشريفة الخوف الناشئ من العجز الشرعي عن النكاح، بحيث يكون العجز عن النكاح داعياً إليه. و هذا المعنى لا يتحقق مع التمكّن من نكاح الأمة بالملك و التحليل. و لذا قال في القواعد: «و القادر على ملك اليمين لا يخاف العنت، فلا يترخص».

(٢) لصدق عدم الطول على نكاح الحرة.

(٣) كما في المسالك و الجواهر و الحدائق. و في الأخير: نسبته الى تصريح الأصحاب. لصدق عدم الطول على نكاح الحرة. و الظاهر عدم

- بين الحرة و الأمة الجزء: ٦ صفحة: ١١٧ الطبعة القديمة و لا يوجد في الوسائل، و الموجود فيها حديث آخر عن محمد بن قيس مختلف معه متنا متحد معه معنى راجع الوسائل باب: ٨ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث: ٢. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٦

[مسألة ٥٦]: إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة]

(مسألة ٥٦): إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة، يجوز الاثنتين (١). أما الأزيد فلا يجوز، كما سيأتي (٢).

[مسألة ٥٧]: إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها]

(مسألة ٥٧): إذا كان قادراً على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه، فكصورة عدم القدرة (٣)، لقاعدة نفى الضرر. نظير سائر المقامات،

الاشكال فيه، كما يقتضيه ما سيأتي من جواز نكاح الأمة على الحرة بإذنها نصاً، و فتوى. نعم إذا تمكن من بعض الاستمتاع بها غير الوطء، على وجه يزول خوف العنت، لم يجز له نكاح الأمة، لفقد الشرط الثاني.

(١) نسبه في الحدائق إليهم. لإطلاق دليل الجواز مع وجود الشرطين، الشامل لمن لم يتزوج الأمة و لمن تزوجها.

(٢) و تقدم من أنه لا يجوز للحر نكاح أكثر من أمتين.

(٣) قال في المسالك: «لو وجدت الحرة، و قدر على ما طلبته من المهر، لكن طلبت أزيد من مهر مثلها، بحيث تجحف بالزيادة، ففي وجوب بذله، و تحريم نكاح الأمة وجهان، من تحقق القدرة المقتضية لوجود الطول. و من لزوم الضرر و المشقة بدفع الزيادة، و حمل القدرة على المتعارف. و هو قوى مع استلزام بذل الزيادة الإسراف عادة بحسب حاله، أو الضرر. و إلا فالأقوى الأول».

و المصنف (ره) فرض مجرد الضرر المالى. و استدلل له بقاعدة نفى الضرر. و يشكل أولاً: بأن قاعدة نفى الضرر تختص بما يلاحظ فيه المالية» كباب المعاوضات المالية، و النكاح ليس منها، فان المهر لم يلحظ فيه المعاوضة المالية، فإن الزوجة لا كلا و لا بعضا تكون ملكا للزوج عوض المهر، و لا حق له فيها أيضا لوحظ عوضا عنه. و انما عنوان الاصداق مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٧

كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعاً و لكن يتوقف تحصيل الزاد و الراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فان الظاهر سقوط الوجوب و إن كان قادراً على ذلك. و الأحوط فى الجميع

عنوان آخر. و لذا لم يكن بناء الفقهاء على الرجوع الى قاعدة نفى الضرر فيما لو تزوج و أصدق أكثر من مهر المثل، كما هو حكم المغبون. و ثانياً:

أن غاية ما تقتضيه القاعدة المذكورة نفى الحكم الذى يؤدي الى الضرر، لا إثبات صحة تزويج الأمة مع فقد شرطه، و لا إثبات شرطه. نعم إذا توقف التخلص من الوقوع فى الحرام على تزويج الحررة المذكورة، و كان تزويجها ضرراً مالياً، سقط وجوب تزويجها. لكن لا يشرع صحة تزويج الأمة مع فقد شرطها. و وجوب التخلص من الحرام لا يقتضى مشروعيتها. و كذلك رفع السهو و النسيان لا يقتضى صحة الصلاة التى وقع فيها السهو و النسيان. و دليل نفى الحرج لا يقتضى صحة المركب الذى كان بعض أجزائه حرجياً.

فالمتحصل: أن قاعدة نفى الضرر تصلح لنفى الحكم الضررى، و لا تصلح لتشريع الحكم الذى به يرتفع الضرر. و من ذلك يظهر الإشكال فى مقايسته المقام بمسألة وجوب الحج، إذا توقف على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل، أو شراء الراحلة أو الزاد بأكثر من ثمن المثل، فإن القاعدة هناك جارية على مقتضاها من نفى الحكم الضررى، فينتفى وجوب الحج، لأنه ضررى. و هنا يقصد إثبات صحة تزويج الأمة بالقاعدة، و هى لا تصلح لذلك. مضافاً الى أن الذى اختاره المصنف عدم سقوط الحج بذلك. فراجع المسألة السابعة من مبحث الاستطاعة من حيث المال.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٨

اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله (١) لا مطلقاً.

[فصل الأقوى جواز نكاح الأمة على الحررة مع إذنها]

إشارة

فصل الأقوى جواز نكاح الأمة على الحررة مع إذنها (٢).

(١) كما فرضه فى المسالك. و حينئذ يجوز التزويج لصدق عدم الاستطاعة عرفاً من نكاح الحررة. و ليس من باب التمسك بقاعدة نفى الضرر.

تنبه حكى عن المفيد (ره) أنه قال: «و من تزوج أمة و هو يجد طولاً- لنكاح الحرائر خالف الله عز و جل و شرطه عليه. إلا أنه لا ينفسخ بذلك نكاحه»، و حكى مثله عن ابن البراج. و ظاهره صحة العقد و لزوم الإثم.

فتكون الحرمة تكليفية. و فيه: أن ذلك خلاف ظاهر الأدلة و الآيه و غيرها من الإرشاد الى عدم حصول الزوجية، كما فى أمثال المقام.

فصل

(٢) كما هو المعروف. نعم عن الشيخ: أنه حكى عن قوم من أصحابنا عدم الجواز، وإن أذنت. ولعله أراد صورة عدم خوف العنت، لوجود الحرّة. وحينئذ يكون في محله. وإلا فلا ينبغي التأمل في بطلانه.

و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه». ويشهد له

صحيح محمد بن إسماعيل ابن بزيع: «سألت أبا الحسن (ع) هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأة حرة؟ قال (ع): نعم إذا رضيت الحرّة. قلت: فان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٧٩

و الأحوط اعتبار الشرطين (١) من عدم الطول و خوف العنت و أما مع عدم إذنها فلا يجوز، و إن قلنا في المسألة المتقدمة (٢) بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين، بل هو باطل (٣).

أذنت الحرّة يتمتع منها؟ قال (ع): نعم» (١).

(١) على ما تقدم. و توقف المصنف هنا من أجل توقفه في أصل المسألة، كما سبق.

(٢) يعنى مسألة الإحدى و الخمسين.

(٣) بلا خلاف ظاهر،

لمصحح الحلبي عن أبي عبد الله (ع):

«قال تزوج الحرّة على الأمة، و لا تزوج الأمة على الحرّة. و من تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل» (٢)

و ،

خبر أبي بصير: «سألت أبا عبد الله (ع): عن نكاح الأمة. فقال: تزوج الحرّة على الأمة، و لا تزوج الأمة على الحرّة. و نكاح الأمة على الحرّة باطل» (٣).

و

خبر محمد ابن الفضيل عن أبي الحسن (ع): «قال لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة» (٤)

و

خبر الحسن بن زياد: «قال أبو عبد الله (ع): تزوج الحرّة على الأمة، و لا تزوج الأمة على الحرّة» (٥).

و نحوها غيرها. و دلالة الجميع على البطلان ما بين صريحه و ظاهره. و مقتضى إطلاقها: البطلان مطلقاً.

و إن أذنت الحرّة كما تقدمت حكاية ذلك عن قوم من أصحابنا. لكن عرفت لزوم تقييدها بصورة عدم إذن الحرّة، لصحيح ابن بزيع

المتقدم

. و هو

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المتعة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٤.

(٥) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٠

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

و إن كان مورده المتعة، إلا أنه لا قائل بالفرق بينها وبين الدوام. كما في الرياض. ولا سيما بملاحظة دعوى الإجماع على الصحة مع الاذن، كما عن التبيان، و السرائر، و التذكرة، و المسالك.

(١) كما في الجواهر و المسالك، لإطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم

، الذى عرفت تقييد نصوص البطلان به. فيكون المتحصل من الجمع بين النصوص: هو البطلان ما لم تأذن سابقاً، أو لاحقاً. خلافاً لما فى الشرائع و غيرها من البطلان. بل عن المبسوط، و ظاهر التبيان، و السرائر:

الإجماع عليه، و اختاره فى الرياض، اعتماداً على ذلك. و هو كما ترى، لشهرة الخلاف. فقد حكى فى المختصر النافع قولاً: بأن للحره الخيار بين إجازة عقد الأمة و فسخه. و نسبه فى الرياض الى الشيخين و ابنى البراج و حمزه، فكيف يكون البطلان إجماعياً؟ و كيف يعتمد على نقل الإجماع على البطلان مع العلم بالخلاف؟!

و حكى فى المسالك عن الجماعة: القول بالخيار للحره بين فسخ عقد الأمة و إمضائه، و عقد نفسها و إمضائه،

لموثق سماعه عن أبى عبد الله (ع): «عن رجل تزوج امه على حره. فقال: إن شاءت الحره أن تقيم مع الأمة أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها. قال: قلت: فان لم ترض بذلك و ذهبت إلى أهلها، فله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال (ع):

لا سبيل له عليها إذا لم ترض حين تعلم. قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟

قال (ع): نعم إذا خرجت من منزله أعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء، ثم تزوج إن شاءت» (١).

قال فى المسالك- بعد ذكر الموثق-: «و هو يدل على جواز فسخها عقد نفسها. و يسهل بعده القول بجواز فسخ عقد

(١) الوسائل باب: ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨١

.....

الأمة». و فى المختلف حكى عن الشيخين، و ابن البراج، و سلار، و ابن حمزه: القول بتخير الحره فى فسخ عقد الأمة و إمضائه. ثم قال: «هل للحره أن تفسخ عقد نفسها لو دخلت الأمة عليها؟ قال الشيخان: نعم.

و به قال ابن البراج، و سلار، و ابن حمزه». و قريب منه ما فى كشف اللثام. فيكون قول الجماعة مركباً من دعويين. خلافاً لما يظهر من بعضهم من أن قول الشيخين هو تخير الحره فى عقد نفسها لا غير، و لما تقدم عن الرياض من أن المنسوب الى الشيخين و أتباعهما هو تخير الحره بين إجازة عقد الأمة و فسخه.

و كيف كان لا مجال لدعوى الإجماع على البطلان بعد شهرة الخلاف من القدماء. و حينئذ يتعين الرجوع الى النصوص. و قد عرفت مقتضى الجمع بين نصوص البطلان مطلقاً و صحيح ابن بزيع

. و أما موثق سماعه

فمقتضى الجمع بينه و بين نصوص البطلان مطلقاً و صحيح ابن بزيع

: هو مذهب الشيخين، المؤلف من دعويين، كما عرفت. فيثبت البطلان مع عدم الاذن من الحره بمفهوم الصحيح، الموافق لنصوص البطلان مطلقاً.

و الصحة مع الاذن منها بمنطوق الصحيح، لإطلاقه. و ثبوت الخيار لها حينئذ فى عقد نفسها بموثق سماعه

. و الطعن بالموثق بالضعف - كما فى النافع و المسالك - ضعيف.

و فى الحدائق: اختار البطلان. و أجاب عن الموثق بأنه لا يقوى على معارضة نصوص البطلان. و كأنه لأن الموثق ظاهر فى صحة عقد الأمة مطلقاً، فى قبال نصوص البطلان مطلقاً. و لم يتعرض للصحيح. و كأنه بناء منه على عدم إطلاقه. و فيه: أنه غير ظاهر. فاذا قيد الصحيح إطلاق البطلان بمنطوقه، أمكن أن يقيد بمفهومه إطلاق الصحة فى الموثق. و من ذلك يظهر الاشكال فيما فى الرياض من أن الموثق يدل على صحة نكاح

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٢

الشرطين على الأحوط (١). و لا فرق فى المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين (٢)، بل الأقوى عدم الفرق (٣) بين إمكان وطء الحرّة و عدمه لمرض، أو

الأمة، فيعارضه نصوص البطلان اللازم تقديمها عليه. نعم يشكل الموثق بأنه

رواه فى الكافى هكذا: «فى رجل تزوج امرأة حرة و له امرأة أمة، و لم تعلم الحرّة أن له امرأة. قال: إن شاءت الحرّة ..» (١).

فلا- يكون فيما نحن فيه. و كأنه لذلك لم يتعرض فى الجواهر للاستدلال به على المسألة، بل استدل بما رواه فى الكافى للمسألة الثانية، و فى تزويج الحرّة على الأمة. و احتمال أن تكونا روايتين فى واقعتين مع اتحاد السائل، و المسؤول منه، و السند، و الجواب على طوله. و اشتماله على سؤالات و أجوبة متكررة من السائل و المجيب. بعيد، و لا سيما و أن الكلينى لم ينقل المتن الأول، و الشيخ لم ينقل المتن الثانى. فلو كانا حديثين لكان اللازم نقلهما معاً، لأنهما جميعاً رويًا ذلك عن الحسن بن محبوب عن يحيى اللحام، عن سماعة، و الظاهر أن ذلك كان فى كتاب الحسن بن محبوب، فما الذى دعى الى هذا التبويض؟! و إنه لبعيد جداً. و المظنون قوياً أنها حديث واحد اختلف النقلان فى موضوع سؤاله. و لا- ينبغى التأمل فى تقديم نقل الكلينى مع معارضته لنقل الشيخ. و لم يتحقق استدلال الشيخين و أتباعهما به على القول بالتخير فى الفرض، بل من الجائر أن يكون دليلهم شيئاً آخر، كما تقدم فى تزويج بنت الأخ و الأخت على العمّة و الخالة. فراجع.

(١) على ما تقدم من الإشكال فى أصل المسألة.

(٢) لإطلاق الأدلة.

(٣) يعنى: فى المنع إلا مع الإذن. لإطلاق أدله المنع.

(١) الوسائل باب: ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ملحق حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٣

قرن، أو رتق، إلا مع عدم الشرطين (١). نعم لا يبعد الجواز (٢) إذا لم تكن الحرّة قابلةً للاذن لصغر أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً. و لكن الأحوط مع ذلك المنع.

و أما العكس - و هو نكاح الحرّة على الأمة - فهو جائز و لازم إذا كانت الحرّة عالمةً بالحال (٣). و أما مع جهلها فالأقوى خيارها فى بقائها مع الأمة و فسخها و رجوعها إلى أهلها (٤)

(١) لم يتضح وجه هذا الاستثناء، لأنه مع عدم الشرطين يكون المنع أولى. و المظنون أن هذا الاستثناء راجع الى الجواز المذكور بقوله:

«نعم لا يبعد الجواز ..». لكن نسخة الأصل كما هنا.

(٢) كما احتمل ذلك في الجواهر، بناء على ظهور دليل اعتبار الاذن في القابلة، فيبقى غيرها داخلا تحت عمومات الحل. ثم احتمل العدم، لإطلاق النهي عن نكاح الأمة على الحر، المقتصر في تقييده على صورة الاذن من القابلة، ويبقى غيرها داخلا تحت عموم المنع. وهذا هو الموافق للقواعد، لأن عموم المنع أخص من عموم الحل، فيقدم عليه. ومنه يظهر ضعف ما عن المبسوط من القول بالصحة.

(٣) بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأصالة الحل و اللزوم. و خصوص النصوص المتضمنة جواز تزويج الحره على الأمة، كما تقدم بعضها.

(٤) كما هو المعروف. ويشهد له
 خبير يحيى الأزرق: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت له امرأة وليده، فنزوح حره و لم يعلمها بأن له امرأة وليده. فقال (ع): إن شاءت الحره أقامت، و إن شاءت لم تقم. قلت: قد أخذت المهر، فتذهب به؟ قال (ع): نعم، بما استحلت من فرجها» (١).
 و نحوه موثق سماعه المتقدم عن الكافي و عن.

(١) الوسائل باب: ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٤

و الأظهر عدم وجوب أعلامها بالحال (١). فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

[مسألة ١: لو نكح الحره و الأمة في عقد واحد مع علم الحره صح]

(مسألة ١): لو نكح الحره و الأمة في عقد واحد مع علم الحره صح (٢). و مع جهلها صح بالنسبة إليها (٣) و بطل بالنسبة إلى الأمة (٤)،

التبيان: أن للحره الخيار في عقد الأمة أيضاً، كالخيار في عقد نفسها.

و دليله غير ظاهر في مقابل عمومات اللزوم. و عن المبسوط: أنه رواية و لكنها لم تثبت.

(١) كما في الجواهر، للأصل، و لما يستفاد من الخبرين المذكورين.

و مجرد كون الخيار من حقوقها لا- يستلزم وجوب أعلامها به. على أن كون الخيار في المقام من الحقوق غير ظاهر، حتى في حال العلم، فضلا عن حال الجهل. و حكى في الجواهر عن الرياض أنه قال: «و لو أدخل الحره على الأمة جاز، و لزم علم الحره بأن تحته أمة إجماعاً و نصوصاً».

ثم قال في الجواهر: «و لم نتحقق ذلك. و يمكن أن يريد الإجماع و النصوص على الحكم الأول..» و لكن نسخة الرياض التي عندنا هكذا: «جاز و لزم مع علم الحره..»، فلا إشكال عليه حينئذ.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لعمومات الصحة. و لزم، لدليل اللزوم.

(٣) بلا إشكال لعمومات الصحة.

(٤) بلا إشكال فيه في الجملة. و يقتضيه

صحيح أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر (ع) قال: «سئل أبو جعفر (ع): عن رجل تزوج امرأة حره و أمتين مملوكتين في عقد واحد. قال (ع): أما الحره فنكاحها جائز، و إن كان سمي لها مهراً فهو لها. و أما المملوكتان فان نكاحهما في عقد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٥

إلا مع إجازتها (١). وكذا الحال لو تزوجهما بعقدين في زمان واحد على الأقوى (٢).

[مسألة ٢: لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة]

(مسألة ٢): لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة (٣). و أما على الحرّة ففيه إشكال (٤). وإن كان لا يبعد جوازه (٥)، لأن الممنوع نكاح الأمة على الحرّة، ولا يصدق الأمة على المبعضة، وإن كان لا يصدق أنها حرّة أيضاً.

مع الحرّة باطل، يفرق بينه وبينهما «١».

(١) فيصح عقد الأمة حينئذ، كما في المسالك والجواهر وغيرهما.

وفي المسالك حكاه عن الشيخين وأتباعهما. وفي الرياض عن جماعة من الأعيان البطلان. ويقتضيه إطلاق صحيح أبي عبيدة المتقدم

. لكن في الرياض احتمال الحمل على الغالب، وهو صورة عدم الاذن و ظاهره التردد في البطلان. وكذا قوله في القواعد: «كان عقد الأمة موقوفاً، أو باطلاً». لكن في الجواهر دعوى القطع بالصحة مع الاذن. وكأنه مستفاد مما تقدم في عقد الأمة على الحرّة. وهو غير بعيد. وفي المختلف:

«كان للحرّة الخيار في فسخ عقد الأمة وإمضاءه، والخيار في عقد نفسها، لأن العقد واحد وقع مترزلاً ولا أولوية» ويشبه أن يكون من الاجتهاد في قبال النص.

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

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

(٤) لاحتمال كون شرف الحرّة هو الموجب للمنع عن الفاقد لها.

(٥) كما مال إليه في الجواهر، لما ذكر في المتن.

(١) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٦

[مسألة ٣: إذا تزوج الأمة على الحرّة فماتت الحرّة]

(مسألة ٣): إذا تزوج الأمة على الحرّة فماتت الحرّة أو طلقها أو وهب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة (١) بل لا بد من العقد على الأمة جديداً إذا أراد.

[مسألة ٤: إذا كان تحتها حرّة فطلقها طلاقاً بائناً]

(مسألة ٤): إذا كان تحتها حرّة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمة في عدتها (٢). و أما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد الجواز، لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (٣).

[مسألة ٥: إذا تزوج فضولى حرّة فتزوج أمة]

(مسألة ٥): إذا تزوج فضولى حرّة فتزوج أمة ثمّ أجاز عقد الفضولى، فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمة على الحرّة فلا مانع منه، و

على الكشف مشكل (٤).

- (١) لاستصحاب عدم ترتب الأثر. اللهم إلا أن يرجع الى عموم الصحة، المقتصر في تقييده باعتبار إذن الحرة على صورة كونه عقد الأمة على حرة، و هو غير صادق في الفرض.
- (٢) إذ ليس عنده حرة، فلا يكون من تزويج الأمة على الحرة، الذي هو موضوع المنع، فعموم الحل بحاله شامل له. اللهم إلا أن يرجع الى استصحاب حال ما قبل الطلاق. لكن التحقيق عدم جريانه في مثل المقام مقابل العموم.
- (٣) لو سلم لا يجدى في الجواز، لأن دليل تنزيل المطلقة رجعيًا بمنزلة الزوجة كاف في ثبوت الحكم الأول، المقدم على عموم الحل.
- (٤) أما على الكشف الحقيقي: فلا ينبغى الإشكال في المنع، لأنه بالإجازة ينكشف أن الحرة زوجة حين عقد الفصولي، قبل عقد الأمة، فيكون العقد على الأمة من تزويج الأمة على الحرة. و أما على الكشف مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٧

[مسألة ٦: إذا عقد على حرة و عقد وكيله له على أمة و شك في السابق منهما]

- (مسألة ٦): إذا عقد على حرة و عقد وكيله له على أمة و شك في السابق منهما لا يبعد صحتهما (١). و إن لم تجز الحرة. و الأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرة.

[مسألة ٧: لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صح.]

- (مسألة ٧): لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في

الانقلابي: فعقد الأمة حين وقوعه لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، لكن بعد الإجازة و حكم الشارع بتحقيق الزوجية حين عقد الفصولي ينقلب العقد على الأمة بعد أن لم يكن من تزويج الأمة على الحرة، فيكون من تزويج الأمة على الحرة. نعم يشكل المنع: بأن الأدلة منصرفه عن مثل ذلك، و الظاهر منها تزويج الأمة على الحرة حين حدوثه، و ليس الأمر كذلك على هذا المبني. و أولى منه بالإشكال لو بنى على الكشف الحكمي.

(١) أما عقد الحرة: فمعلوم الصحة على كل حال، سابقاً كان أو لاحقاً أو مقارناً. و أما عقد الأمة: فإن كان لاحقاً أو مقارناً فهو باطل إلا- بإذن الحرة، و إن كان سابقاً فهو صحيح. و مع الشك في الصحة يبني على الصحة، لقاعدة الصحة. و أما الأصول الموضوعية: فمقتضاها الصحة أيضا إذا علم تاريخ عقد الأمة، لأصالة عدم وقوع العقد على الحرة سابقاً، و لا حين وقوع العقد على الأمة، فلا يكون عقد الأمة لمن كانت عنده حرة لا سابقاً و لا مقارناً، فيكون صحيحاً و أما إذا علم تاريخ عقد الحرة فأصالة عدم وقوع العقد على الأمة سابقاً و لا حين وقوع العقد على الحرة لا يقتضى صحة عقد الأمة، بل يلزم فساد، كما هو ظاهر. و حينئذ لا يمكن إثبات صحة عقد الأمة بالأصل الموضوعي في هذه الصورة، و يتعين الرجوع الى أصالة الصحة. إلا أن يستشكل فيها، لأن الشك ناشئ من الشك في الأمور الاتفاقية، و جريانه في مثله محل إشكال و كلام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٨

نكاح الأمة عليها صح. و لكن إذا لم تأذن لم يصح (١)، بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة.

[فصل في نكاح العبيد و الإماء]

إشارة

فصل فى نكاح العبيد و الإماء

[مسألة (١): أمر تزويج العبد و الأمة بيد السيد]

(مسألة ١): أمر تزويج العبد و الأمة بيد السيد، فيجوز له تزويجهما (٢) و لو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك. و لا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه (٣)،

(١) تقدم الكلام فى هذه المسألة فى المسألة التاسعة عشرة من فصل المحرمات بالمصاهرة. فراجع.

فصل فى نكاح العبيد و الإماء

(٢) بلا إشكال فيه ظاهر فى الجملة. و سيأتى بيان التعرض لذلك فى الفتاوى و النصوص فى المسألة السادسة عشرة. و تقتضيه قاعدة السلطنة بعد ثبوت قابلية المحل، فإذا كان للحر ولاية تزويج نفسه، فالعبد تكون ولاية تزويجه لمولاه.

(٣) فقد طفت بذلك عباراتهم من دون نقل خلاف أو احتمال خلاف فى ذلك. و تقتضيه قاعدة السلطنة، فإن ثبوت السلطنة على ذلك للمولى يقتضى نفيها عن غيره. مضافا الى قوله تعالى (فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ) «١»، و بعض النصوص الآتية فى المسألة الثانية.

(١) النساء: ٢٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٨٩

كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك (١)، حتى لو كان لهما أب حر. بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر (٢). و لو لا مع إجازة المولى. نعم لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة، لأنه ليس تصرفاً فى مال الغير عرفاً (٣) كبيع الفضولى مال غيره. و أما عقدهما على نفسيهما (٤) من غير إذن المولى، و من غيرهما (٥) بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة (٦)

(١) لما عرفت، من غير فرق بين أن يكون العاقد أباً حراً، و غيره، لعموم القاعدة للجميع.

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

(٣) لاختصاص التصرف فى مال غيره المحرم بما يكون تصرفاً خارجياً، و إيقاع التزويج - كإيقاع البيع الفضولى - من التصرف الاعتبارى، فلا يدخل فى الدليل.

(٤) لم يتضح الفرق بين هذه المسألة و ما قبلها، فإن ما قبلها كان فى عقدهما على أنفسهما، و عقد غيرهما عليهما، و فى هذه المسألة كذلك.

(٥) التصرف من غيرهما لا يناسب التعليل الآتى، فاللازم الضرب عليه. و المظنون أن أصل العبارة غير موجود فيه قوله: «و من غيرهما». كما أن أصل العبارة السابقة هكذا: «نعم لو كان ذلك من غيرهما بتوقع الإجازة...». فتكون العبارة السابقة فى إيقاع الغير لا غير، و هذه العبارة فى إيقاعهما لا غير. فحينئذ تختلف المسألتان. و قد راجعت نسخة الأصل فوجدتها كما ذكرنا، على ما هو الظاهر.

(٦) يظهر ذلك من الجواهر، فإنه بعد قول ماته: «لا يجوز للعبد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٠

لسلب قدرتهما و إن لم يكونا مسلوبى العبارة. لكنه مشكل، لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك (١). و كذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولته، فإنه ليس بحرام على الأقوى و إن قيل بكونه حراماً (٢).

[مسألة ٢]: لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته

(مسألة ٢): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صح. و كذا الأمة على الأقوى (٣).

و لا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلا بإذن المالك قال: «بل و لا يجوز- على الأصح- أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك و لا غيره من العقود. و إن كان لو وقع منهما ترتب الأثر و إن أتما»، فحمل كلام الشرائع على نفى الجواز التكليفي. و فى الرياض: علل الحكم المذكور فى متن الشرائع بأنهما ملك له، فلا يتصرفان فى ملكه بغير إذنه، لقبحه. انتهى. و نحوه كلام غيرهما.

(١) هذا الانصراف غير ظاهر. نعم ما جرت السيرة على وقوعه بغير إذن الولي مخصص لعموم سلب القدرة. لكن فى كون المقام منه غير ظاهر. و من ذلك يشكل ما يأتى فى قوله (ه): «على الأقوى».

(٢) تقدم ذلك عن الجواهر.

(٣) كما عن الأشهر، أو الأكثر، أو المشهور. و فى الشرائع:

أنه الأظهر. و فى المختصر النافع: أنه أشبه. للتصريح بذلك فى جملة من النصوص الواردة فى العبد،

كمصحح زرارة عن أبي جعفر (ع): «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده. فقال (ع): ذلك الى سيده إن شاء أجازته. و إن شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله تعالى، إن الحكم بن عيينة و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل إجازة السيد له. فقال أبو جعفر (ع): إنه لم يعص الله سبحانه،

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٢٩١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩١

.....

إنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جائز» (١).

و المراد من معصية السيد فعله بغير إذنه، كما أن المراد من عدم معصية الله سبحانه فعله بإذنه.

توضيح ذلك: أن المعصية إنما يصح اعتبارها فى التكليف، فهى الجرى على خلاف مقتضى التكليف، كما أن الإطاعة الجرى على وفق مقتضى التكليف، و المقام لما لم يكن فيه تكليف، لا- من الله تعالى، و لا من السيد، تعين أن يكون المراد بالمعصية فيه معنى آخر، و هو فعل ما لم يأذن به، فمعصية السيد فعل ما لم يأذن به السيد. و عدم معصية الله تعالى عدم فعل ما لم يأذن به الله تعالى، بأن كان فعله مأذوناً فيه منه تعالى، فان عقد العبد لا قصور فيه فى نفسه، فهو مشروع، و مأذون فيه من الله تعالى، فلم يكن فعله معصية لله تعالى بهذا المعنى، كما أنه لم يأذن فيه السيد، فيكون فعله معصية للسيد بهذا المعنى. و يشير الى ما ذكرنا

خبر زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه، فدخل بها، ثم اطع على ذلك مولاه. قال (ع): ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما. فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً. و

إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر (ع): فإن أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر (ع): إنما أتى شيئاً حلالاً، وليس بعاص لله، إنما عصى سيده، ولم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه، من نكاح في عدة و أشباهه» «٢».

و من النصوص الواردة في العبد

صحيح معاوية بن وهب قال: «جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي، ثم أعتقوني

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٢

.....

بعد ذلك، فأجدد نكاحي أباها حين أعتقت؟ فقال (ع) له: أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال نعم، و سكتوا عني و لم يغيروا علي. قال: فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم. اثبت على نكاحك الأول» «١».

و نحوها خبر الحسن بن زياد الطائي

(٢) و غيره.

و من التعليل في الصحيح يظهر عموم الحكم للأمة. مضافاً الى إطلاق النصوص الدالة على أنه لا يجوز تزويج الأمة إلا بإذن مولاهما، مثل

خير أبي العباس البقباق: «قلت لأبي عبد الله (ع): يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها. قال: هو زنا إن الله تعالى يقول (فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)» «٣»

و

موثق أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله (ع): عن نكاح الأمة.

قال (ع): لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاهما» «٤»

بناء على عمومها للاذن بعد العقد، كما تحقق ذلك في مبحث الفضولي. و قوله (ع):

«هو زنا»

مختص بصورة عدم الاذن، كما يظهر من الاستشهاد بالآية الشريفة.

وقيل بالبطان فيهما، و هو المحكى عن أكثر القائلين ببطان نكاح الفضولي، و إن كان بعضهم بنى على الصحة في العبد، كالشيخ في الخلاف و المبسوط، فقد حكى عنه أنه استثنى نكاح العبد بدون إذن سيده. و فيه:

أن البناء على بطلان الفضولي في النكاح، لا يقتضى البناء عليه في المملوك، للنصوص الخاصة به التي عرفتها.

وقيل بالبطان، و أن الإجازة كالعقد المستأنف. حكى عن النهاية و التهذيب و المهذب. لكن في كشف اللثام- تبعاً للمختلف- حمل

البطان

(١) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب نكاح العييد و الإماء حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب نكاح العييد و الإماء حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٣

و الإجازة كاشفة (١). و لا- فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا- بل على الوجه المحرم. و لا يضره النهي، لأنه متعلق بأمر خارج (٢) متحد. و الظاهر اشتراط عدم الرد منه

على التزلزل، فيرجع هذا القول الى المشهور.

و قيل بالبطان في الأمة، و الصحة في العبد، حكى عن ابن حمزة.

و اختاره في الحدائق. للنصوص الواردة في الأمة، المتضمنة أن نكاحها بغير إذن مولاهما فاسد أو زنا بناء منه على عدم عمومها للآذن بعد العقد.

و أما الصحة في العبد فلما تقدم من النصوص. و فيه: ما عرفت في وجه الاستشهاد بنصوص الأمة.

(١) قد تحقق في مبحث الفضولي: أن الإجازة كاشفة. على نحو الكشف الانقلابي، بمعنى: أن الشارع حين الإجازة يحكم بصحة العقد، و ثبوت مضمونه. و مضمون العقد و إن كان نفس الزوجية لا الزوجية حين العقد، إلا أن المرتكز العرفي كون الزوجية من قبيل المسبب عن العقد، على نحو المسببات الحقيقية عن أسبابها، بحيث لا تنفك عنها. و هذا الارتكاز قرينه على حمل عمومات الصحة و النفوذ على النحو المذكور من النفوذ، أعني: النفوذ على نحو المقارنة. فلاحظ مبحث الفضولي من كتابنا نهج الفقاهة.

(٢) التحقيق: أن النهي في المعاملات سواء كان متعلقاً بأمر داخل أم خارج، متحد مع المعاملة أو غير متحد- لا يقتضى فساد المعاملة، فإن النهي عن البيع وقت النداء نهى عن أمر داخل، بل عن نفس مضمون العقد، و لا يقتضى فساد العقد، و لا عدم ترتب المضمون. نعم في العبادات يمكن التفصيل بين النهي عن العبادة نفسها أو عن أمر داخل فيها، كالجاء، و بين النهي عن أمر خارج، فإن الأول يقتضى الفساد، و الثاني لا يقتضيه إذا لم يكن المنهى عنه متحداً مع ذات العبادة، و مع الاتحاد يقتضى الفساد،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٤

قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة بعد الرد (١). و هل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد، أو لا؟ وجهان. أقواهما: الثاني (٢).

[مسألة ٣: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج]

(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعين في عين يكون في ذمه المولى (٣)

إلا- بناء على جواز اجتماع الأمر و النهي. ثم إنك عرفت أن حرمة العقد لا بتوقع الإجازة عقلية، لا شرعية، فالنهي إرشادي من باب لزوم دفع الضرر، لا شرعي، فاستحقاق العقاب علة للنهي، لا معلول له. ثم إن صحة العقد الواقع على الوجه المحرم بالإجازة اللاحقة صريح النصوص المتقدمة.

(١) كما هو المشهور، بل المدعى عليه الإجماع. و كأن الوجه فيه:

أن الرد بمنزلة الحائل بين الإجازة و العقد، فلا يمكن ارتباط الإجازة به، كما إذا كان بعد الإيجاب قبل القبول، فإنه مانع من ارتباط الإيجاب بالقبول عرفاً.

(٢) لعمومات الصحة. و عن جماعة: البناء على البطان. و هو غير ظاهر الوجه، إلا بناء على أن النهي السابق على العقد يستوجب وقوع

الكراهة حال العقد و بعده آنأ ما، فيكون الكراهة بمنزلة الرد. و فيه:

أن الكراهة لا تكون رداً، و لذا يصح عقد المكره إذا أجاز بعد ذلك.

و بالجملة: عمومات الصحة لا فرق في شمولها لعقد الفضولي بين سبق النهي و عدمه.

(٣) الكلام تارة يكون في المهر المذكور في متن العقد. و أخرى في المهر المستحق بالوطء إذا لم يذكر المهر في العقد. و الظاهر أن مورد فرض المسألة الصورة الأولى. و حينئذ يكون الوجه فيه ظاهر، لأن المهر المذكور لما لم يعين في ذمة و لا في عين انصرف الى ذمة العاقد المباشر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٥

و يجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه.

و هل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشكال (١) كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه. و أما لو اذن له في التزويج فان عين كون المهر في ذمته، أو في ذمة العبد أو في عين معين تعين (٢). و إن أطلق ففي كونه في ذمته، أو في ذمة العبد مع ضمانه له و تعهده أدائه عنه (٣)، أو كونه في كسب العبد، وجوه. أقواها: الأول (٤). لأن الإذن في الشيء إذن في

و عهده، و في صورة الإيجاب يكون الأمر بمنزلة المباشر. لكنه غير ظاهر.

فالأولى إلحاق صورة الإيجاب بالصورة الآتية.

(١) للإشكال في دخول الذمة تحت سلطان المالك، لأن الملكية قائمة بالعبد لا بدمته، فلا تكون ذمته مملوكة، و لا تحت ولاية المالك. إلا أن يقال: إن الذمة من شؤون المملوك، فتكون تحت ولاية مالكة. و يحتمل أن يكون وجه الإشكال في أن العبد حر بعد العتق، فكونه يتبع به بعد العتق حق عليه في حال الحرية، فلا سلطان للمولى على جعله. إلا أن يقال: إن المجعول أن يكون عليه حال الرقية أن يدفعه حال الحرية، فالحق المجعول عليه جعل عليه في حال الرقية، لا في حال الحرية.

(٢) لأنه مقتضى سلطان المولى.

(٣) الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالأداء، لا الضمان الاصطلاحي، بأن يكون المهر في ذمة المولى بعد أن كان في ذمة العبد.

(٤) كما في الشرائع و القواعد، و غيرهما. و حكى عن ابني حمزة و إدريس و في المسالك: أنه المشهور، و أنه الأصح. لأن الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه و لوازمه، كما لو اذن له في الإجماع بالحج، فإنه يكون

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٦

لوازمه. و كون المهر عليه - بعد عدم قدرة العبد على شيء،

إذنناً في توابعه من الأفعال و إن لم يذكر. انتهى. لكن التعليل المذكور إنما يقتضى الاذن في جعل المهر، لا- كون المهر في ذمة المولى. نعم لو ثبت أن العبد لا ذمة له تعين أن يكون المهر المجعول المأذون في جعله في ذمة المولى. و لكنه غير ظاهر. بل خلاف المتسالم عليه. فقد ذكروا أنه إذا جعل المهر أكثر من مهر المثل كان الزائد على مهر المثل في ذمته.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما في الجواهر من الاستدلال على المشهور بقوله:

«ضرورة عدم ذمة العبد صالحة للاشتغال، و إلا لكان المهر جميعه فيها، و لم يقل به أحد». و أما عدم كون المهر جميعه فيها إذا كان زائداً على مهر المثل فليس ذلك لعدم ذمة العبد، بل من الجائز أن يكون للدليل آخر.

و لأجل ما ذكرنا من الاشكال على التعليل فسره في المتن: بأن المراد أن من لوازم الاذن في التزويج عرفاً أن يكون المهر على المولى، لعدم قدرة العبد و كونه كلاً على مولاه. فالجعل في ذمة العبد و إن كان ممكناً، لكنه خلاف ظاهر الاذن عرفاً. فكأن مراد المسالك

ذلك. وكذا قبله في جامع المقاصد، فقد ذكر فيه التعليل بعينه، بزيادة أن النكاح يمتنع 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 الغالب. ولذلك كان الاذن دالاً على كون المولى متعهداً بالمهر بالدلالة العرفية. وليس من باب أن الاذن في الشيء إذن في لوازمه، بل من باب أن لازم الاذن عرفاً التعهد بالمهر. وكان الأولى لذلك إسقاط الجملة الأولى من التعليل، والاقصصار على ما بعدها. وهو غير بعيد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٧

و كونه كلاً على مولاه- من لوازم الاذن في الترويج عرفاً.

وكذا الكلام في النفقة. ويدل عليه أيضاً في المهر رواية على ابن أبي حمزة (١)، وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (٢). ولو تزوج العبد من غير إذن مولاه ثم أجاز، ففي كونه كالاذن

(١)

رواها عنه الحسن بن محبوب عن أبي الحسن (ع): «في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم. ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها. فقال (ع) يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها. إنما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده» (١).

ومن ذيلها يظهر أن الترويج كان من العبد ياذن المولى، لا من 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 إن 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» (٢).

فإن تعليل نفى النفقة على المولى بأنها بانت عصمتها يدل على ثبوتها على السيد مع عدم البيوثة.

وعن المبسوط و ابنى البراج و سعيد: أن المهر في كسب العبد. وفي كشف اللثام: «و هو عندى أقوى، لأن الأصل براءة ذمة المولى. والاذن في النكاح لا يقتضى تعليق لازمه في الذمة، وإنما يستلزم الاذن في لازمه، وهو الكسب للمهر و النفقة». وفيه أنه لا مجال للأصل مع الدليل، وقد عرفت أن من لوازم الاذن في النكاح عرفاً التعهد بالمهر و النفقة.

و منع استلزام الاذن في النكاح الاذن في الكسب و المهر، بل لا بد في فعل

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٧٣ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٨

السابق في كون المهر على المولى، أو بتعهده، أولاً، وجهان (١).

الكسب من الاستئذان. وكذلك صرف النماء في الوفاء. نعم إذا كانت قرينه خاصة على ذلك كان العمل عليها. وأما الكلية فغير ظاهرة. بل لو كان العبد معتاداً للخدمة في المضيف أو المنزل، فاذن له المولى في الترويج، فذهب و اشتغل بالكسب من نساجة و غيرها، بلا إذن من المولى في ذلك كان شاذاً و متمرداً على مولاه. ولذا قال في الجواهر: «ليس في الاذن ما يقتضى اختصاص ذلك بخصوص الكسب من أموال السيد». و الاشكال عليه- كما في رساله شيخنا الأعظم- بأن مراد كاشف اللثام أنه لا تسلط عليه في إزمائه

بالدفع من غير الكسب. ضعيف. كيف؟! و لم يقل بذلك أحد. و إنما القائلون بتعلقه في ذمة المولى يريدون بذلك أنه له الدفع من أى مال شاء من كسب أو غيره. و الشيخ و أتباعه يعينون الدفع من الكسب. هذا إذا كان العبد كسوباً، أما إذا لم يكن، أو كان كسبه يقصر عن المهر، بقى المهر فى ذمته، يتبع به بعد العتق. و قد يستفاد من كلام المبسوط: أنه يتعلق برقبته كأرش الجنائية. و فى الجواهر: «قد يقال: إنه فى ذمة العبد، لكونه عوض ما انتقل اليه من البضع، و لكن يستحق على السيد أدائه حالاً، أو عند حلول الأجل. و لعل هذا هو المراد من قولهم فى ذمة السيد، و أنه فى عهده أدائه عن العبد، و إلا فالمهر على الزوج نصاباً، و فتوى». و كأنه الى ذلك أشار فى المتن بقوله: «أو فى ذمة العبد..»، كما تقدم شرح المراد منه. و ما ذكره (ره) غير بعيد عن الأذواق العرفية. (١) أقربهما: الأول. لما ذكر فيما إذا كانت الاذن سابقة. و فى القواعد: «و إجازة عقد العبد كالإذن المبتدأ فى النفقة. و فى المهر إشكال».

و فى كشف اللثام- فى وجه الاشكال-: «أن العقد لما وقع تبعه المهر،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٢٩٩

و يمكن الفرق بين ما لو جعل المهر فى ذمته فلا دخل له بالمولى (١) و إن أجاز العقد. أو فى مال معين من المولى أو فى ذمته (٢) فيكون كما عين أو أطلق، فيكون على المولى.

ثم إن المولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهر، و تارة يعمم، و تارة يطلق، فعلى الأولين: لا إشكال. و على الأخير:

ينصرف الى المتعارف (٣). و إذا تعدى وقف على إجازته (٤).

و قيل: يكون الزائد فى ذمته (٥) يتبع به بعد العتق. و كذا

و لم يلزم المولى حينئذ، و أنها رضيت بكونه فى ذمة العبد. و فيهما منع ظاهر».

(١) قد عرفت أن عدم قدرة العبد على الأداء قرينه عرفية على إرادة تعهد المولى بالدفع من إجازته العقد السابق.

(٢) الصورتان المذكورتان غير داخلتين فى محل الكلام، إذ لا ريب فى أن مقتضى الإجازة صحة تعيين المملوك.

(٣) قد تكرر بيان أن التعارف لا- يوجب الانصراف المعتد به، و لو أوجب ذلك لزم تأسيس فقه جديد. لكن بناء الفقهاء فى باب

التوكيل فى البيع و الشراء و الإجارة و أمثالها. على الانصراف الى المتعارف، و تقييد الإطلاق به، فإذا تعدى الوكيل كان العقد فضولياً،

و لا- يصح إلا بإجازة المالك. و وجهه: أن الوكيل يجب عليه ملاحظة مصلحة الموكل، فالتعدى عن مهر المثل خلاف مصلحته. و

كأنه فى المقام كذلك. و عليه فلا بد من ملاحظة مصلحة المالك فى تصرف العبد، و التجاوز عن مهر المثل خلاف مصلحته. و إذا

كان المهر فى ذمة العبد يتبع به بعد العتق، و قد أذن له المولى، فلا بأس لو تجاوز المهر مهر المثل، لأنه لا يرتبط بمصلحة المولى.

(٤) راجع الى الصورة الأولى و الأخيرة، التى يمكن فرض التعدى فيهما.

(٥) كما لعله المشهور، و المصرح به فى الشرائع و القواعد. و فى المسالك:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٠

الحال بالنسبة إلى شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللاتق بحال العبد من حيث الشرف و الضعة (١). فإن تعدى وقف

على إجازته.

[مسألة (٤): مهر الأمة المزوجة للمولى]

(مسألة ٤): مهر الأمة المزوجة للمولى (٢)، سواء

ان الفرق بينه وبين الشراء بأكثر من ثمن المثل - حيث يبطل البيع من أصله إلا بإجازة المالك، بخلاف المقام: أن النكاح لا يتوقف على المهر، ولا تلازم بينهما بخلاف البيع، فان الثمن شرط في صحته. ويشكل: بأن ثبوت الزائد على العبد أيضا محتاج الى الاذن، فمع عدمه لا يصح تصرف العبد، ولا يثبت شيء في ذمته. ولذا قال في جامع المقاصد: «إن الأنسب بالقواعد ثبوت الخيار للمولى في العقد أو الصداق».

(١) قد عرفت الإشكال في الانصراف إذا لم يرجع الى مصلحة المالك.

و حينئذ يتعين العمل بالإطلاق، كما ذكره بعض. إلا إذا كان اللائق بحال العبد هو اللائق بحال المالك، فإن التعدي عن ذلك خلاف مصلحة المالك حينئذ، فيحتاج إلى الإجازة.

(٢) بلا- خلاف، كما في الرياض، و بلا- خلاف، و لا إشكال، كما في الجواهر، و اتفاقاً، كما في رسالته شيخنا الأعظم. لأنه عوض منافعه المستوفاه منها، فهو كأجرة الأمة المستأجرة. لكن عرفت أن باب النكاح ليس من قبيل المعاوضات، و المهر المذكور في العقد لم يلحظ فيه عوضية.

نعم المهر المستحق بالوطء لوحظ فيه ذلك. و كيف كان فالاتفاق المدعى كاف في استحقاق المولى للمهر. مضافاً الى خبر أبي بصير عن أحدهما (ع): «في رجل يزوج مملوكة له من رجل حر على أربع مائة درهم، فعجل له مائتي درهم، و أخر عنه مائتي درهم، فدخل بها زوجها. ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكن المائتان المؤخرة على الزوج؟ قال (ع):

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠١

كان هو المباشر، أو هي بإذنه، أو بإجازته. و نفقتها على الزوج، إلا إذا منعها مولاها (١) عن التمكين لزوجها، أو اشتراط كونها عليه (٢) و للمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج. و المشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً و يخلى بينها و بين الزوج ليلاً (٣).

إن كان الزوج دخل بها و هي معه، و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتى باعها، فلا شيء له عليه، و لا لغيره. و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر، إذا كان يعرف هذا الأمر ..» (١)

و اشتماله على ما لا يعمل بظاهره غير قادح في حجته على المقام.

(١) يعنى: منعاً تكوينياً بأن حبسها، أو تشريعياً و قد امتنعت بمنعه.

لكن في الصورة الأولى لا موجب لسقوط النفقة، لأنها معذورة في ترك التمكين، و معه لا تسقط النفقة. و كان الأولى استثناء صورة نشوزها، بدل ما ذكر.

(٢) يعنى: اشتراط كون أدائها عليه. أما إذا اشترط كون ثبوتها عليه ففيه إشكال، لأنه مخالف للكتاب، فقد جعل فيه ثبوتها على الزوج.

قال تعالى (وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (٢).

(٣) قال في القواعد: «و للسيد استخدام الأمة نهاراً. و عليه تسليمها الى زوجها ليلاً». و في جامع المقاصد: «لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلاً و نهاراً قطعاً. بل يستخدمها نهاراً و يسلمها الى الزوج ليلاً، لأن السيد يملك من أمته منفعة الاستخدام، و منفعة الاستمتاع، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها، و بقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفؤها

(١) الوسائل باب: ٨٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٢

و لا- بأس به. بل يستفاد من بعض الأخبار (١). و لو اشترط غير ذلك فهما على شرطهما (٢). و لو أراد زوجها أن يسافر بها هل له

ذلك من دون إذن السيد؟ قد يقال: ليس له،

في وقتها. و هو النهار، كما لو أجر الأمة ..». و نحوه في كشف اللثام.

و لم ينقل في ذلك خلاف، و لذلك نسبه في المتن الى المشهور. و فيه:

أنه غير ظاهر. و في الجواهر- في المسألة الرابعة، آخر مسائل تحليل الأمة- قال: «إن المتجه على أصول الإمامية جريان حكم الزوجه عليها، فيجب تسليمها حينئذ ليلا و نهاراً. نعم يجوز للسيد الانتفاع بها في كل منهما، ما لم يعارض حق الاستمتاع بها. و ملك السيد لها لا يزيد على ملك الحره نفسها، الذي قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك. و المقتضى تسليط الزوج على زوجته في جميع الأزمنه و الأمكنه، فإن الرجال قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ». و من ذلك يظهر لك الاشكال فيما ذكر في المتن من قوله (ره): «و لا بأس به».

(١) و هو ما

رواه الراوندى في محكى نوادره، بإسناده عن موسى ابن جعفر (ع) عن آبائه (ع): «ان علياً (ع) قال: إذا تزوج الحر أمة، فإنها تخدم أهلها نهاراً، و تأتي زوجها ليلا. و عليه النفقه إذا فعلوا ذلك» (١).

لكن الخبر ضعيف لم يثبت جبره بعمل. و مورده الأمة المعده للخدمه، و لعل إعدادها لذلك قرينه على اشتراط عدم مزاحمة حقوق الزوج لها.

(٢) عملاً بعموم نفوذ الشروط.

(١) لم نعثر عليه بالسند المذكور في كتب الحديث، و إنما ذكره: باختلاف يسير في مستدرک الوسائل باب: ٥٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١، و رواه عن الجعفریات بسنده عن موسى قال: «حدثنا أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (ع) ..».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٣

بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج (١). و الأقوى العكس، لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية، و الرِّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ. و أما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه (٢)، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلا ما كان واجباً عليه من الوطاء في كل أربعة أشهر، و من حق القسم.

[مسألة ٥: إذا أذن المولى للأمة في التزويج و جعل المهر لها]

(مسألة ٥): إذا أذن المولى للأمة في التزويج و جعل المهر لها صحح على الأقوى من ملكية العبد و الأمة (٣)، و إن كان للمولى أن يملك ما ملكه (٤).

(١) القائل العلامة في القواعد. و عله في جامع المقاصد: بأن السيد مالك للرقبة، و إحدى المنفعتين. و ليس للزوج إلا- المنفعة الأخرى، فكان جانبه أقوى. و في كشف اللثام: عله بسبق حقه، و تعلقه بالرقبة، و عدم منافاته لحق الزوج. انتهى. و الأخير ممنوع. و ما قبله لا يقتضى الجواز.

(٢) لأنه لا يقدر على شيء، و مخالفته لمولاه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

(٣) تعرضنا لتحقيق ذلك في أوائل كتاب الحج من هذا الشرح.

(٤) لعموم عدم قدرة العبد على شىء، و عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)، فإن إخراج شىء عن ملكه - كإدخال شىء فى ملكه - داخل فى العموم المذكور، بل مقتضاه جواز تملك المالك مال العبد لشخص ثالث، سواء كان فيه مصلحة للعبد، أم مفسدة عليه، إذ لا

(١) البحار الجزء: ٢ باب: ٣٣ ما يمكن أن يستنبط من الآيات و الاخبار من متفرقات مسائل أصول الفقه حديث: ٧ الطبعة الحديثة ص: ٢٧٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٤
بل الأقوى كونه مالكا لهما و لهما ملكية طويلة (١).

يعتبر فى عموم السلطنة وجود مصلحة للمملوك، كما هو ظاهر. و عن المختلف: «لو ملك (يعنى: العبد) لما جاز المولى أخذه منه قهراً.

و الثانى باطل إجماعاً». و هو شامل لما نحن فيه.

(١) هذا لم يعرف قولاً لأحد منا، فإن الأقوال المحكية فى المسألة - على كثرتها - ليس هذا منها، فقد حكاها جماعة، و منهم الشيخ الكبير (قده) فى شرح القواعد، و لم يذكر هذا القول منها. قال (ره) - بعد الاستدلال على عدم الملكية مطلقاً: «فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقاً. فنسب إلى الأكثر فى رواية، و الى ظاهر الأكثر فى أخرى. أو يملك فاضل الضريبة فقط، أو أرش الجناية كذلك. و نسبا الى الشيخ و أتباعه. أو ما ملكه مولاه. و ربما عد منه فاضل الضريبة. أو ما أذن له فى ملكه. أو المركب منهما، على اختلاف أقسامه. أو يملك ملكاً غير تام. أو التصرف خاصة».

و كأن وجه هذا القول: الأخبار الصحيحة - كما قيل - الدالة على أن العبد و ماله لمولاه. و منها صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع): «أنه قال فى المملوك: ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير، و لا كثير عطاء، و لا وصية، إلا أن يشاء سيده» (١).

و تقريب الاستدلال بها: أنه لما امتنع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مملوك واحد، يدور الأمر بين التصرف فى إضافة المال الى العبد، بحملها على غير الملكية الحقيقية، لأنه يكفى فى الإضافة على نحو المجاز أدنى ملابسة، و التصرف فى إضافتها الى المالك، بحملها على جواز التصرف فيه، و بين التصرف فى موضوع ملكية المولى، فيجعل موضوعها المال المضاف الى العبد، حتى تكون ملكية المولى قائمة بغير ما تقوم به ملكية العبد، فإن ملكية العبد قائمة بذات

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٥

[مسألة ٦: لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر]

(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١). و لو كانا مبعضين توقف على إذنهما و إذن المالك (٢). و ليس له إجبارهما حينئذ (٣).

المال، و ملكية المولى قائمة بالمال المضاف اليه، فتكون ملكية المولى فى طول ملكية العبد، لأن موضوعها متأخر رتبة عن موضوع

ملكية العبد، فلا تكون من اجتماع الملكيتين في موضوع واحد، بل هما في موضوعين مترتين. وفيه: أن هذا المعنى بعيد عن الأدواق العرفية. فيتعين أحد التصرفين الأولين. وإذا دار الأمر بين التصرف في الصدر، و التصرف في الذيل، يتعين الثاني، لأن الأول يقع في موقعه من الذهن، فيحمل الثاني عليه، لا-العكس. مضافاً الى أن الظاهر تضاد الملكيتين و لو كانتا طوليتين. و اختلاف الرتبة لا يرفع التضاد بينهما، و لا يسوغ اجتماعهما.

و ملكية الله سبحانه للعباد و ما هو لهم ليس من باب اجتماع الملكيتين الطوليتين، فإن ملكية الله تعالى قائمة بذات مال العبد، لا بما هو مضاف، بل من باب اجتماع ملكيتين من سنخين، فان سنخ ملكية الله تعالى غير سنخ ملكية العبد، و الإضافة القائمة بين المال و العباد غير الإضافة القائمة بين المال و خالقه- جل شأنه، و تقدست أسماؤه- نظير اختلاف الإضافتين في مثل قولنا: «السرّج للدابة» و «السرّج لزيد». فلاحظ و تأمل.

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

(٢) أما التوقف على ذلك: فلقاعدَةُ السلطنة. و أما الصحة حينئذ:

فلما عرفت سابقاً، لعدم الفرق بين الفروض.

(٣) إذ لا دليل على ذلك و لا سلطنة للمالك عليهما، بعد أن كان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٦

[مسألة ٧: إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح]

(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (١) و تستحق المهر إن كان ذلك بعد الدخول (٢). و أما إن كان قبله ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه، و جوه مبنية على أنه بطلان أو انفساخ (٣). ثم هل يجري عليها حكم

بعضهما خارجاً عن ملكه.

(١) لأنه إذا ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك و بطل النكاح، إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر. و يشهد له النصوص، منها خبر سعيد ابن يسار قال: «سألت أبا عبد الله (ع): عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال (ع): نعم. لأنه عبد مملوك لا يُقَدَّرُ عَلَى شَيْءٍ» (١)

. و نحوه صحيح عبد الله بن سنان

، و مصحح محمد بن قيس

(٢)، و غيرهما.

(٢) بلا خلاف ظاهر. لأن الدخول سبب الاستحقاق، فلا يزول بطلان العقد الطارئ، لأن البطلان الطارئ لا يرفع الاستحقاق السابق.

نعم لو كان البطلان من أول الأمر كان مقتضاه الرجوع الى مهر المثل، لا المسمى.

(٣) لا يظهر الفرق عرفاً بين البطلان و الانفساخ، فإنهما واحد.

و كأن مراده من البطلان: البطلان من أول الأمر، و من الانفساخ: الانفساخ من حين السبب الطارئ. لكن لم يذكر في كلماتهم في مبنى المسألة ذلك.

و إنما المذكور في المسألة احتمالان: التنصيف، و سقوط المهر، كما سيأتي في عبارة القواعد. و مبناهما إلحاق المقام بالخلع، لأن الفسخ حصل من

(١) الوسائل باب: ٤٩ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤٩ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ١، ٣. لكن مورد الحديثين الملك بالإرث لا بالشراء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٧

.....

الزوجين، كباب الخلع قبل الدخول. أو من الزوجة فقط، كما لو أسلمت مع كفره، أو ارتدت مع إسلامه، قبل الدخول، فإنها لا تستحق من المهر شيئاً. نعم إذا ملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول احتل التنصيف، و تمام 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. و وجه الثاني: أن الفراق حصل بالزوجة و السيد، لا- اختيار للزوج فيها. و نحوه ذكر في الجواهر في آخر المسألة الأولى أول مبحث نكاح الإمام. ثم قال في جامع المقاصد: «و لو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضاً» و وجه الأول: أن الفراق كان بفعل الزوجين. و وجه الثاني:

أن الفراق كان بفعل الزوج لا غير. ثم قال: «لكن المتجه هنا وجوب الجميع، و قد سبق نظائره في الرضاع، و تجدد الإسلام». و الذي يتحصل من كلامه: أن الفراق إن كان بفعل الزوجين تعين التنصيف، و إن كان بفعل الزوجة سقط جميع المهر، و إن كان بفعل الزوج ثبت جميع المهر.

قال في القواعد: «و إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال. و لا مهر إن كان من المرأة، و إلا فالنصف. و يحتمل الجميع إن كان عن فطرة». و في كشف اللثام: جعل الاحتمال الأخير قوياً، إلحاقاً للارتداد بالموت، الموجب لثبوت تمام المهر. و في جامع المقاصد في شرح ذلك قال: «و قيده المصنف (ره) بما إذا كان الارتداد عن فطرة. و لا وجه له، لأنه قد سبق في غير موضع من كلام المصنف (ره) احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الرجل، أو لا من قبل واحد من الزوجين، لان المهر يجب جميعه بالعقد على أصح الأقوال، و لم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق. إذ الحمل مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٨

.....

عليه قياس ..» و في رسالته شيخنا الأعظم (ره) فيما لو أسلمت قبل الدخول: أنه لا مهر لها، لأن الحدث جاء من قبلها. و فيما لو أسلم أحد الحربين: أن عليه نصف المهر، إن كان الإسلام منه. و قيل: عليه جميع المهر، لثبوته بالعقد، و لا- دليل على سقوطه. و إلحاقه بالطلاق قياس، و إلا يكن الإسلام منه بل كان الإسلام منها فلا شيء، لما تقدم. انتهى.

لكن مقتضى التعليل المذكور وجوب الجميع حتى لو كان الفسخ من الزوجة.

فما الذي أوجب الفرق بين الفسخ من الزوجة، فلا يحتمل فيه التمام- كما في فرض المسألة المذكورة في المتن- و الفسخ من الزوج، فيكون المتجه فيه التمام.

و كيف كان فالمتحصل مما ذكرنا: أن الاحتمالات الثلاثة مبنية على الاحتمالات في إلحاق المقام بغيره مما ثبت فيه التمام، كالموت بناء على المشهور. و التنصيف، كالطلاق. أو السقوط، كالفسخ من أحد الزوجين بعبء في صاحبه، زوجاً كان الفاسخ أو زوجته، إلا في العنن، ففيه التنصيف، للدليل.

و الذي يقتضيه الذوق العرفي: أن الفراق إن كان لقصور في موضوع العقد، لموت، أو ارتداد، أو رضاع موجب لكون الزوجة من المحارم، أو نحو ذلك، لزم جميع المهر. لعدم خلل في العقد، بل الخلل في موضوعه، فهو باق في موضوعه الحقيقي، الذي ارتفع بطر

و الطارئ، فالطارئ انما يرفع موضوع العقد، و لا يرفع نفس العقد، نظير ما لو باعه أو وهبه طعاماً، فأكله، فإن الأكل لا يبطل البيع و لا الهبة و كذا موت أحد الزوجين لا يبطل النكاح. و لذلك كان الأصل فيه بقاء تمام المهر- كما هو المشهور- و إن كان التحقيق هو التنصيف، كالطلاق. لكنه للدليل، لا لأنه مقتضى الأصل. فإنه إذا كان العقد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٠٩

الطلاق قبل الدخول أو لا؟ و على السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذى كان لها فى ذمة السيد بطل الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض (١). نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد

باقياً فى موضوعه كان المهر باقياً أيضاً. و على هذا يتعين تمام المهر فى جميع الصور المذكورة، كما يتعين العمل بالشروط التى تضمنها العقد.

فاذا ماتت الزوجة و قد اشترطت على زوجها فى عقد النكاح أن يسرح فى المسجد عشرين سنة، و جب على الزوج الإسراع المدة المذكورة.

و كذا الكلام فى الشروط فى عقد النكاح إذا ارتدت الزوجة، أو أسلمت، أو حرمت على زوجها برضاع، فإنها لا تبطل بذلك، و إن خرجت الزوجة عن الزوجية.

و إذا كان الفراق بالفسخ الاختيارى بطل تمام المهر، لأن المهر قائم بالعقد، و قد ارتفع و انحل. و كذا الشروط القائمة بالعقد، فإنها تبطل، و لا يجب العمل بها. و لا فرق بين أن يكون المباشر للفسخ الزوج، و الزوجة، كما هو الحكم فى فسخ أحد الزوجين بعبء فى الآخر قبل الدخول، إلا فى العنن، ففيه التنصيف، للدليل. كما لا فرق فى الفرض الأول بين أن يكون السبب الطارئ باختيار الزوج، أو الزوجة، و أن يكون باختيارهما معاً، و أن لا يكون باختيار أحدهما. و أما الطلاق بأنواعه فمما لا يرتبط بالعقد، و لا بموضوعه، و إنما يحدث أثراً مضاداً لأثر العقد، فلا مجال لإلحاق المقام به. و على ما ذكرنا يشكل الحكم فيما ذكره هنا، و فى باب إسلام أحد الزوجين، و فى باب الرضاع المحرم.

(١) قال فى القواعد: «و لو اشترته زوجته أو اتهمته قبل الدخول سقط نصف المهر الذى ضمنه السيد، أو جميعه. فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع، حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحكم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٠

.....

الفسخ يقتضى عراء البيع عن العوض». قال فى جامع المقاصد فى بيان ذلك:

«انه إذا صح البيع دخل فى ملكها، و انفسخ النكاح، فيسقط المهر، لأنه المقدر. فيبقى البيع بغير عوض يقابله، فينفسخ، لامتناع صحة البيع بدون ثمن. فصحة البيع تستلزم بطلانه. و ذلك دور عند الفقهاء. و بطلانه ظاهر. لأن كلما يفضى صحته الى بطلانه يجب الحكم ببطلانه». و فى حاشية بعض الأعاضم: «أجيب عنه: بأن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد، و فى رتبة الشراء يكون المهر ثابتاً، و هو كاف فى صحة الشراء، فلا يلزم خلو البيع من العوض». و يشكل: بأن سقوط المهر فى الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء فى الرتبة اللاحقة، و يلزم المحذور. و هكذا كل ما يلزم من وجوده عدمه الذى قيل إنه محال، فإنما يلزم من وجوده فى رتبة عدمه فى الرتبة اللاحقة.

نعم يمكن أن يقال: إن البناء على عدم صحة الشراء من جهة لزوم المحذور المذكور راجع الى تخصيص ما دل على صحة الشراء، بإخراج المورد عنه. و حينئذ يدور الأمر بين التخصيص المذكور، و بين تخصيص ما دل على أن الشراء يبطل النكاح، و بين تخصيص

ما دل على أن النكاح إذا بطل بطل المهر. فإنه لو بنى على عدم التخصيص للعمومات المذكورة، و على الأخذ بها، لزم المحذور. و التخلص منه كما يكون بالبناء على عدم صحة الشراء، يكون بالبناء على صحة الشراء و عدم بطلان النكاح به، و يكون أيضا بالبناء على صحة الشراء و بطلان النكاح به و عدم سقوط المهر.

و لأجل أن العمومات مترتبة لترتب موضوعاتها، يتعين سقوط الأخير عن الحجية. للعلم الإجمالى إما بالتخصيص أو التخصيص. و لا وجه للبناء على التخصيص الأول، فإنه خلاف أصالة العموم. فالتوى بصحة الشراء و بطلان النكاح و عدم سقوط المهر أولى من البناء على عدم صحة الشراء،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١١

الدخول، لاستقرار المهر حينئذ. و عن العلامة فى القواعد (١):

البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمة العبد و إن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض. و هو مبنى على عدم صحة ملكية المولى فى ذمة العبد (٢). و يمكن منع عدم الصحة (٣). مع أنه لا يجتمع

و أوفق بقواعد العمل بالأدلة. مضافا الى أن الاشكال إنما يتم لو كان الشراء بالمهر بما أنه مهر. أما إذا كان بعنوانه الذاتى، فالسقوط يقتضى ضمانه على الزوجة لتصرفها فيه، و لا يقتضى بطلان البيع. كما لو اشترت به شيئا آخر ثم فسخ النكاح، فإنه يرجع عليها ببدل الصداق. و قد تنبه لذلك فى جامع المقاصد. و لكن لم يكتف به فى الجواب، لأن التقدم اعتبارى، لا- زمانى، بخلاف المثال المذكور. و الفرق بين التقدم الزمانى و الاعتبارى غير ظاهر.

(١) قال (ره): «و لو اشترته به بعد الدخول صح. و لو جوزنا إذن المولى بشرط ثبوت المهر فى ذمة العبد، فاشترته به، بطل العقد، لان تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض».

(٢) إذ لو قلنا بجواز ملك السيد ما فى ذمه عبده، لا يكون تملك السيد للعبد موجبا لبراءة ذمة العبد، فلا يلزم المحذور.

(٣) فى جامع المقاصد: «لامتناع أن يستحق المولى فى ذمة مملوكه مالا، لأنه و ذمته ملك له، فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا؟!».

و نحوه فى كشف اللثام. و قد استشكل فى ذلك المصنف (ره)، لعدم وضوح وجه المنع، و لا سيما بملاحظة أنه لو أتلّف مال المولى كان ضامنا.

و دعوى: أن ذلك للضرورة، حذراً من ضياع الأموال. كما ترى، فإن الضرورة لا تجعل الممتنع ممكناً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٢

ملكيتها له و لما فى ذمته (١)، بل ينتقل ما فى ذمته الى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

[مسألة ٨: الولد بين المملوكين رق]

(مسألة ٨): الولد بين المملوكين رق (٢)، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة، أو عن زنا منهما، أو من أحدهما، بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما. و أما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (٣)

(١) لأن المعاوضة تقتضى انتقال كل من العوضين الى ملك مالك الآخر، فكما أن العبد انتقل إلى الزوجة من مالكة، كذلك ينتقل المهر منها الى مالكة، فلا يجتمع المهر و العبد فى ملكية مالك واحد، و إلا لزم الجمع بين العوض و المعوض، و هو خلف.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال. و فى كشف اللثام: دعوى الاتفاق عليه، لأنه نماء المملوك، و النمء تابع للأصل. و لو بنى على الإشكال

في ذلك كان مقتضى الأصل الحرية. ولا فرق فيما ذكرنا بين الصور المذكورة في المتن.

(٣) على المشهور شهرة عظيمة. ويشهد له جملة من النصوص، منها

صحيح جميل بن دراج قال: «سألت أبا عبد الله (ع): عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد. قال (ع): يلحق الولد بأبيه. قلت: فعبد تزوج حرة. قال (ع): يلحق الولد بأمه» (١)

و،

خبره: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار. وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار» (٢)

و،

خبره الآخر قال: «سألت أبا عبد الله (ع)

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٣

.....

عن الحر يتزوج الأمة، أو عبد يتزوج حرة. قال: فقال لى: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً، إنه يلحق بالحر منهما، أيهما كان أباً أو أمّاً» (١)

و،

مصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «فى العبد تكون تحته الحرة. قال (ع): ولده أحرار. فإن أعتق المملوك لحق بأبيه» (٢). ونحوها غيرها.

و عن ابن الجنيد: الإلحاق بالأم، كانت أمة أو حرة. ويشهد له جملة من النصوص،

كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «فى رجل زوج أمته من رجل، و شرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها، فزوجها من رجل آخر، ما منزلة ولدها؟ قال:

منزلتها، ما جعل ذلك إلا للأول، و هو فى الآخر بالخيار، إن شاء أعتق، و إن شاء أمسك» (٣)

و،

خير الحسن بن زياد: «قلت له أمة كان مولاها يقع عليها، ثم بدا له فزوجها، ما منزلة ولدها؟ قال (ع) بمنزلتها، إلا أن يشترط زوجها» (٤)

و،

صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع): «فى رجل زوج جاريته رجلاً، و اشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر، فطلقها زوجها، ثم تزوجت آخر، فولدت. فقال (ع):

إن شاء أعتق، و إن شاء لم يعتق» (٥).

و نحوها غيرها. لكنها لمخالفتها للأصحاب عداه لا مجال للأخذ بها، و لا سيما فى مقابل ما تقدم، فيتعين طرحها أو حملها على التقيّة.

ثم إنه ربما تقدم فى المسألة الثانية من فصل

- (١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٨.
 (٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٣.
 (٣) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١٣.
 (٤) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١٢.
 (٥) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٤

إذا كان عن عقد صحيح (١)، أو شبهة مع العقد أو مجردة (٢) حتى فيما لو دلست الأمة نفسها (٣) بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى، و إن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد الى مولاها. و أما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحر منهما، فالولد رق (٤).

ما يحرم بالمصاهرة ما ظاهره لمنافاة لما هنا، و تقدم الكلام في ذلك.

(١) كما هو مورد أكثر النصوص.

(٢) إجماعاً ظاهراً. و يقتضيه إطلاق قوله (ع)

في خبر جميل: «ليس يسترق الولد إذا كان ..»

، فإنه ظاهر في عموم الولد للولد عن شبهة.

و مورده و إن كان التزويج، لكن المورد لا يخصص الوارد.

(٣) سيأتى الكلام فيه فى المسألة الثانية عشرة.

(٤) الظاهر أنه لا- إشكال فيه. و يقتضيه أن الحر إذا كان زانياً، أو عالماً بفساد العقد، كان ذلك مانعاً من انتساب الولد اليه، فيتعين

انتسابه الى الآخر. بل هو واضح إذا كان الحر هو الزوج، فان لحوق الولد بالأُم حينئذ فى محله. أما إذا كان الحر الزوجة فالتحاقه بالأب

دون الأم مبنى على إهمال قاعدة تبعية الولد لأمه. و قد عرفت أنه محل تأمل. نعم قد يدل عليه

خبر العلاء بن رزين: «فى رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى الى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد و كسب مالا

و مات مولاة الذى دبره .. فقال (ع) العبد و ولده لورثة الميت» (١).

لكن مورده صورة جهل الحر و علم العبد، عكس مفروض المسألة، و قد عرفت أن الحكم فيه للحق بالحر. فلا بد من تأويل الخبر، و

إلا أمكن استفادة حكم المقام منه بالأولوية. نعم يدل على الحكم فى صورة زنا الزوج

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٥

ثم إذا كان المملوك كان لمالك واحد فالولد له (١). و إن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية (٢)، إلا- إذا اشترطا

التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (٣). هذا إذا كان العقد

مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع): «فى رجل أقر على نفسه بأنه غصب جارية رجل، فولدت الجارية من الغاصب، قال

(ع):

ترد الجارية و الولد على المغضوب إذا أقر بذلك الغاصب» (١).

(١) بلا ريب، لأنه نماء ملكه أيا منهما كان. و يشهد به رواية أبي هارون المكفوف
 «٢». (٢) على المشهور بين الأصحاب، بل كافتهم، عدا أبي الصلاح، فذهب إلى أنه يتبع الأم كغيره من الحيوانات. و في المسالك:
 «فرقوا بينهما بأن النسب مقصود في الآدميين، و هو تابع لهما. بخلاف غيره من الحيوانات، فان النسب فيه غير معتبر، و النمو و التبعية
 فيه لاحق بالأم خاصة. و في الفرق خفاء، إن لم يكن هناك إجماع». و نحوه في الرياض.
 و في كشف اللثام: «الفرق ضعيف». و في الحدائق: أنه مشكل. و في جامع المقاصد: أن الفرق - وراء النص و الإجماع - ثبوت النسب
 المقتضى للتبعية. انتهى. و كأنه يشير بالنص الى ما ورد في تزويج العبد حرة، و بالعكس، المتضمن أنه يلحق بالحر منهما. و في
 الجواهر: أن هذه النصوص تومئ الى ذلك. و لكنه غير ظاهر فإن جهة الحرية غير جهة المالكية و المملوكية، و من الجائر غلبة الجهة
 الأولى على الثانية. فما ذكره أبو الصلاح أوفق بالقواعد، لو لا أن خلافه مظنة الإجماع.
 (٣) كما نص على ذلك في الشرائع، و القواعد. و في الجواهر: «بلا»

(١) الوسائل باب: ٦١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ملحق حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٤٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٦

يأذن المالكين أو مع عدم الاذن من واحد منهما (١). و أما إذا كان بالاذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك. و لكن المشهور

خلاف أجده. لعموم:

المؤمنون عند شروطهم» (١).

بناء على صحة شرط النتيجة في مثله، كما ذكروا ذلك في كتاب الشركة.

(١) في المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عليه». و في الجواهر: «بلا- خلاف و لا إشكال في الصورتين» بناء على عدم المزية لأحدهما،
 الموجبة لترجيح الإلحاق به على الإلحاق بالآخر. خلافا لأبي الصلاح، كما تقدم.
 نعم يشكل: بأنه مع الزنا بالأمه يلحق الولد بالأم عندهم، و العقد بلا إذن بمنزلة العدم، فالنكاح معه يكون من الزنا. و لأجل ذلك
 خص بعض الحكم بالتشريك في المقام بصورة الجهل، لئلا يكون من الزنا. و في الجواهر دفعه بأن مقتضى النصوص الواردة في
 نكاح الأمه من غير إذن مولاها المتضمنه إلحاق الولد بها، و النصوص الواردة في نكاح العبد من غير إذن مولاها المتضمنه إلحاق الولد
 به: هو أن عدم الاذن موجب للإلحاق، و في المقام حاصل في الأبوين معا، فيلحق الولد بهما معا. لكن ما ذكر لا يخلو من خفاء،
 لاختلاف المورد. مع أنك عرفت الإشكال في خبر العلاء ابن رزين الدال على رقية ولد العبد المتزوج بلا إذن. و سيجيء أيضا
 الإشكال في نصوص الأمة المتزوجة بغير إذن مولاها، و الخلاف في ذلك، و اختيار المصنف و الجواهر حرية الولد، خلافاً لما نسب
 الى المشهور. و لأجل ذلك يكون تخصيص الحكم المذكور بصورة جهلها، و إلحاق صورة علمها بالزنا في الإلحاق بالأم - عملاً
 بقاعدة تبعية النماء للام - أولى، لو لم يكن إجماع على خلافه.

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٧

أن الولد حينئذ لمن لم يأذن (١). و يمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الاذن (٢)، بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائية الولد
 حيث ان مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرة، و إلا فلا وجه له (٣). و كذا لو كان الوطاء شبيهة (٤) منهما سواء كان مع

العقد أو شبهة مجردة، فان الولد مشترك. و أما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة (٥)، سواء كان من طرفها شبهة أو زنا.

(١) و في المسالك: «ظاهرهم الاتفاق عليه .. الى أن قال: علوه بأن الآذن لمملوكه في التزويج مطلقاً مقدم على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق، فيعقد الولد حراً. بخلاف من لم يأذن، فيكون الولد له خاصة».

(٢) قد عرفت تعليلهم له بذلك. لكنه عليل، لأن إلحاق الولد بالمملوك حكم شرعي، لا يقبل الاسقاط، فضلاً عن السقوط بالاقدم على خلافه، و لا مكان فرض اختصاص الآذن بتزويج المملوك، مع أن الحكم عندهم فيه كذلك.

(٣) ذكر في الجواهر: أن الوجه فيه النصوص الواردة في تزويج العبد غير المأذون، و الواردة في تزويج الأمة غير المأذونة، المتضمنة تبعية الولد لغير المأذون، المستفاد منها اقتضاء عدم المأذونية للإلحاق، كما تقدم منه نظيره في غير المأذونين. لكن عرفت إجمالاً الإشكال في النصوص المذكورة. و سيأتي الكلام فيها في المسألة الثانية عشرة، و الثالثة عشرة.

(٤) لما تقدم في غير المأذونين.

(٥) و في الجواهر: «من غير خلاف، و لا إشكال». و في المسالك:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٨

[مسألة ٩: إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر]

(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (١) لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى (٢) في ضمن

«ظاهرهم الاتفاق عليه». و قد يدل عليه مرسل جميل المتقدم.

(١) كما تقدم. و تقدم الخلاف فيه من الإسكافي.

(٢) كما في المسالك، و غيرها. و المشهور بين الأصحاب - كما في المسالك - القول بالصحة. و في الشرائع: نسبه الى قول مشهور. و ظاهره التردد فيه. و صرح بالتردد في المختصر النافع. و في الجواهر: «لم أجد فيه تردداً - فضلاً عن الخلاف - قبل المصنف». و وجه المشهور عمومات نفوذ الشرط، و

رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع): «قال: لو أن رجلاً دبر جاريته، ثم زوجها من رجل فوطئها، كانت جاريته و ولدها مدبرين. كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكهم كان ما ولد لهم مماليك» (١)

، بناء على حملها على صورة شرط الرقية - كما عن الشيخ (ره) - جمعاً بينها و بين ما دل على حرية المتولد بين الحر و المملوك، كما سبق. لكن الرواية - مع أنها غير واضحة السند، لأن في سندها أبا سعيد، و هو مشترك بين الثقة و الضعيف - غير واضحة الدلالة. و الحمل على إرادة صورة شرط الرقية في مقام الجمع بينها و بين معارضها، لا يقتضى حجيتها فيه، كما لعله ظاهر. و أما عمومات نفوذ الشرط - مثل

قوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» (٢)

- فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب، و المحقق في محله أن المراد به شرط حكم على خلاف المقتضى الشرعي، و ظاهر نصوص حرية المتولد بين الحر و المملوك

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤، مستدرک الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣١٩

عقد التزويج، فضلاً عن عقد خارج لازم. ولا يضر بالعقد (١) إذا كان في ضمن عقد خارج. وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبنى على فساد العقد بفساد الشرط و عدمه. والأقوى

– مثل: «ليس يسترى ولد حر» – ان الانتساب الى الحر مقتضى للحرية.

فشرط الرقية يكون مخالفاً للمقتضى الشرعى، فلا يصح.

و دعوى: أن الشرط راجع الى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركة فى الولد، فيختص الآخر بالنماء، فيتبعه فى الملك، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك، لا بالشرط. وليس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غير. مندفعه: بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائى أيضاً فيرجع الاشكال. ولا تنفع الدعوى فى حله، وإن ذكرها فى الجواهر.

و مثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الأمة إذا كان زوجها حراً، فإن إطلاقها شامل لصورتى الشرط و عدمه، فيعمل بها فى صورة الشرط، لعمل الأصحاب بها حينئذ. وفيه: أن النصوص المذكورة – و منها خبر أبى بصير المتقدم – ظاهرة فى الرقية بالتبعية، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملاً بتلك النصوص. و مثلها فى الاشكال مقياسه شرط الرقية بشرط الحرية، مع ما بينهما من البون البعيد، فإنه لم يرد فى الرقية: لا يتحرر الرق، كما ورد فى الحرية: لا يسترى الحر. ولذا جاز شرط الحرية، و لم يجز شرط الرقية، وإن كانا من شرط النتيجة، لإمكان صحته فى بعض الموارد، كما لا يخفى.

(١) يعنى: عقد التزويج. أما نفس العقد الخارج الذى كان فى ضمنه الشرط فبطلانه مبنى على فساد العقد بفساد الشرط، كعقد التزويج إذا كان فى ضمنه الشرط المذكور.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٠

عدمه (١). و يحتمل للفساد و إن لم نقل به فى سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده، لأن فى سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار، بخلاف المقام حيث انه لا يجرى خيار الاشرط فى النكاح (٢). نعم مع العلم بالفساد

(١) لأن الشرط فى ضمن العقد من قبيل الإنشاء فى ضمن الإنشاء، على نحو تعدد المطلوب، فلا يكون فساداً موجباً لفساده. و إن حكى ذلك عن أكثر المتأخرين.

(٢) لأن خيار الاشرط – سواء كان حكماً تعديداً، دل على ثبوته الإجماع، كما يظهر من شيخنا الأعظم، أم حكماً عرفياً للاشرط، دل على إفضائه الإجماع و عدم الردع عنه، أم خياراً جعلياً للمتعاقدين من لوازم الاشرط، دل على لزومه عمومات نفوذ الشروط – لا يجرى فى النكاح إجماعاً، و لعدم تمامية الإجماع على ثبوته، و لمثل

صحيح الحلبي عن أبى عبد الله (ع): «أنه قال فى الرجل يتزوج الى قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له. قال (ع): لا ترد. و قال: إنما يرد النكاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» (١)

، بناء على أن خيار العيب من قبيل خيار الاشرط، لأن الصحة شرط فى موضوع النكاح، كما هى شرط فى المبيع، فاذا دل الدليل على عدم الخيار فى غير الموارد المذكورة، فقد دل على نفي خيار الاشرط فيه. نعم مورد هذه النصوص شرط الصحة دون غيره من الشروط، فيحتاج فى التعميم لبقية الشروط الى دعوى الإجماع على عدم الفصل، أو إلغاء خصوصية المورد. و ربما يأتى تمام الكلام فى المقام فى فصل مسائل متفرقة. فانتظر.

ثم إن عدم ثبوت خيار الشرط فى النكاح لا يستوجب فساداً بفساد

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢١

لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضا (١).

الشرط، لأن ذلك يتوقف على كون الإنشاء بنحو وحدة المطلوب. وهو كما ترى، ضرورة عدم الفرق بين النكاح وغيره في كيفية إنشائه مشروطا، فإذا كان غيره على نحو تعدد المطلوب كان هو كذلك. فيتعين البناء على الصحة من دون خيار. ولعل الوجه المميز بينه وبين غيره من العقود المالية: أن الملحوظ فيه الجهات الأدبية، وتخلف الشرط لا يقدر فيها، ولذلك لا يرد بالعيوب مهما كانت غير العيوب المخصوصة. فلاحظ.

كما أن عدم ثبوت خيار الاشتراط في النكاح ليس على كليته، فقد ذكر في القواعد: أنه لو شرط أحد الزوجين على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ، لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً، أو سواداً، أو جمالاً. انتهى. و وافقه عليه في الجواهر، وغيرها. لكنه إن تمّ فهو لدليل خاص ذكره في الجواهر، وإن كان الاشكال عليه ظاهراً، إذ لا دليل يقتضى العموم. نعم ورد في صحيح محمد بن مسلم: الخيار فيمن تزوجت مملوكاً على أنه حر فتيين أنه رق «١»، وفي صحيح الحلبي:

ثبوته فيمن تزوجت رجلاً على أنه من بني فلان فتيين أنه من غيرهم

«٢». ولكن التعدي عن موردهما إلى قاعدة كلية كما ترى.

(١) لأن العالم بالفساد مقدم على عدم لزوم العمل بالشرط، فلا موجب لثبوت الخيار له. وفيه: أن الاقدام يكون حينئذ على عدم لزوم العمل بالشرط شرعاً، لا على عدم العمل به، والذي يسقط الخيار الثاني، لا الأول.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٢

[مسألة ١٠: إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها]

(مسألة ١٠): إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها حرم عليه وطؤها (١)، وإن كان بتوقع الإجازة (٢). و حينئذ فإن أجاز المولى كشف عن صحته، على الأقوى من كون الإجازة كاشفة (٣). و عليه المهر (٤). و الولد حر. و لا يحد حد الزنا و إن كان عالماً بالتحريم، بل يعزر (٥). و إن كان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة و عدم التعزير أيضاً (٦).

(١) لأنها أجنبية.

(٢) إذ التوقع للإجازة غير الإجازة، و الموجب لكونها زوجة هو الإجازة، و الأصل عدمها، فيكون الحكم الظاهري الحرمة.

(٣) أما بناء على الكشف الحقيقي: فيكون العقد صحيحاً حين وقوعه، و الوطاء حلالاً واقعاً حين وقوعه، و إن كان حراماً ظاهراً حين وقوعه، لأصالة عدم وقوع الإجازة، كما عرفت. أما بناء على الكشف الانقلابي - كما هو الظاهر -: فيكون باطلاً حين وقوعه، و الوطاء حراماً حين وقوعه، و بعد الإجازة يحكم بكون العقد صحيحاً و الوطاء حلالاً من حين وقوعه.

فلو أخذ الى الامام قبل تحقق الإجازة على الأول لا يجوز حده واقعاً، وعلى الثاني يجوز حده واقعاً، وإن كان يتبدل بالإجازة. (٤) يعنى. المسمى، لصحة العقد. وكذا يكون الولد حراً، لحرية الوالد، ولا يلحق بالأمه، لاختصاص ذلك بالزنا، وهو منتف، لأن المفروض صحة العقد واقعاً، ولذا لا يحد الواطئ حد الزنا، وإن كان عالماً بحرمة وطء أمه الغير من غير عقد بإذن مولاها. (٥) لمخالفته الحكم الظاهرى.

(٦) لصحة العقد حين وقوعه، فيحل الوطء من أول الأمر، ولا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٣

و إن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج. ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم (١)، ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى (٢). وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمه أيضاً عالمه على الأقوى (٣). وفي كونه المسمى، أو مهر المثل

موجب للتعزيز، للعلم بحل الوطء حين وقوعه. نعم بناء على الكشف الانقلابى لا يكون العلم بلحوق الإجازة موجباً للعلم بصحة العقد حين وقوعه، ولا- لحيه الوطء حين وقوعه، بل العقد باطل حين وقوعه، والوطء حرام حين وقوعه، ويجوز حد الواطئ قبل تحقق الإجازة، كما عرفت.

(١) يعنى: كان عالماً بحرمة وطئها إذا لم يأذن المولى ولم يجز.

(٢) 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.

(٣) قد تقدم من المصنف (ره) فى المسألة الخامسة عشرة من (فصل):

لا يجوز التزويج فى عدة الغير): أن الأقوى عدم استحقاق السيد المهر مع علم الأمه بحرمة الوطء. وقد تقدم فى الشرح أن الذى يظهر من كلام بعضهم أن الكلام فى هذه المسألة فى مقامين: الأول: استحقاق السيد المهر. والثانى: استحقاق السيد الأرش. والمصنف فيما سبق ذكر أن الأقوى عدم استحقاق المهر. وهنا ذكر أن الأقوى استحقاقه، وتردد فى أنه المسمى، أو مهر المثل، أو العشر و نصفه، مع أن العشر و نصفه ليس من المهر، بل هو من الأرش. وتبع فى ذلك جماعة منهم صاحب المسالك والجواهر، فإنه فى الجواهر- بعد أن اختار ثبوت المهر للأمه- ذكر أن فى وجوب المسمى عليه، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرأ و نصفه إن كانت ثيباً. وجوه، بل أقوال، لا يخلو الأخير منها من

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٤

.....

قوة، وفاقاً للمحكى عن أبى حمزة. واختاره سيد المدارك، والرياض، على ما حكى عن أولهما. انتهى. فجعل العشر و نصفه من وجوه المهر مع أن المذكور فى كلام بعضهم أنه فى مقابل المهر. ولعله هو المراد من المهر فى كلام المصنف فيما سبق، فلا ينافى كلامه هنا.

و كيف كان لا دليل على ثبوت مهر المثل، فضلاً عن المسمى المعلوم فساد به بفساد العقد. و أما الأرش- وهو العشر أو نصفه-: فيدل عليه

□

صحيح الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله (ع): «فى رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمه قد دلست نفسها له. قال (ع): إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد. قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال (ع): إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذها، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له. و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على ولىها بما أخذت منه. و لمواليتها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرأ،

و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها. قال: و تعدد منه عدة الأمة قلت: فان جاءت منه بولد. قال (ع): أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى» (١).

و

صحيح الفضيل بن يسار، قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريتته فهي له حلال.

فقال (ع): نعم يا فضيل. قلت. فما تقول في رجل عنده جاريتة له نفيسه و هي بكر، أحل لأخيه ما دون فرجها، إله أن يفتضها؟ قال (ع): لا، ليس له إلا- ما أحل له منها، و لو أحل له قبله لم يحل له ما سوى ذلك. قلت رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها؟

قال (ع): لا ينبغي له ذلك. قلت: فان فعل أ يكون زانياً؟ قال (ع):

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٥

أو العشر إن كانت بكرًا و نصفه إن كانت ثيبًا. ووجه، بل أقوال، أقواها: الأخير. و يكون الولد لمولى الأمة (١).

و أما إذا كان جاهلا بالحكم أو مشتبهًا من جهة أخرى فلا يحد (٢). و يكون الولد حرًا. نعم ذكر بعضهم: أن عليه قيمته يوم سقط حيًا (٣). و لكن لا دليل عليه في المقام (٤)

لا، و لكن يكون خائناً. و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها» (١).

و الروايتان و ان كانتا واردتين في موارد خاصة غير ما نحن فيه، و لأجله استشكل في الحدائق في ثبوت ذلك فيما نحن فيه، لكن التعليل في أولهما بقوله (ع):

«بما استحل من فرجها»

ظاهر في عموم الحكم لما نحن فيه. و قد تقدم فيما سبق ما له نفع في المقام. فراجع.

(١) بلا إشكال، كما في الجواهر، و بغير إشكال، كما في المسالك، لما عرفت في المسألة الثامنة.

(٢) لأن الحدود تدرأ بالشبهات. و يكون الولد حرًا لما تقدم في المسألة الثامنة.

(٣) قال في الشرائع- فيما إذا تزوج الحر أمة بغير إذن المولى:-

«و إن كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة فلا حد، و وجب المهر، و كان الولد حرًا. لكن يلزمه لمولى الأمة قيمته يوم سقوطه حيًا».

و تبعه عليه في القواعد، و المسالك، و كشف اللثام. و قال في جامع المقاصد:

«و لا شك أن على الأب قيمته للمولى».

(٤) في جامع المقاصد: جعله مما دلت عليه الرواية، يريد بها موثقة سماعه الآتية في الأمة التي دلست نفسها. و صرح بذلك في

كشف اللثام،

(١) الوسائل باب: ٣٥ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٦

و دعوى: أنه تفويت لمنفعة الأمة (١). كما ترى، إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية. و على فرضه فلا وجه لقيمة يوم

التولد، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد (٢)

و الرياض، و الحدائق. و فى دلالتها على المقام إشكال، لاختلاف المورد، و لعدم ظهور قوله (ع): فيها:

«و على مولها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه»

فى قيمة يوم الولادة، كما سيأتى. و مثله الاستدلال عليه

بموثق جميل عن أبى عبد الله (ع): «فى الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية؟ قال (ع): يأخذ الجارية

المستحق. و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد. و يرجع على من باعه بثمان الجارية، و قيمة الولد التى أخذت منه» (١)

. و نحوه مرسله

□

«٢». و خبر إسماعيل ابن جابر عن أبى عبد الله (ع) الوارد فى رجل زوجه قوم أمة غيرهم و قد كان طلب منهم أن يزوجه امرأة منهم

«٣». (١) علله فى التذكرة: بأنه نماء ملكه، و قد حال بينه و بينه بالحرية.

و فى الجواهر: بأنه كالمثل مال غيره بغير إذنه. و إشكال المصنف (ره) على ذلك ظاهر. و فى بعض الحواشى: أن الاستيلاء استيفاء

لمنفعة أمة الغير، فيكون مضموناً على المستوفى. و مقتضاه ضمان منفعة الأمة هذه المدة، لا ضمان قيمة الولد كما هو المدعى.

(٢) قال فى التذكرة: «و لا تقوم قبل سقوطه، لأنه لا قيمة له حينئذ». و فى جامع المقاصد: «و إنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً، لأنه

وقت الحيلولة، و وقت افراده بالتقويم، و وقت الحكم عليه بالمالية».

و نحوه فى المسالك. و قال فى كشف اللثام: «لأنه أول وقت إمكان التقويم».

(١) الوسائل باب: ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٧

لأنه انعقد حراً، فيكون التفويت فى ذلك الوقت.

[مسألة (١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يردده أيضا حتى مات]

(مسألة ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يردده أيضا حتى مات، فهل يصح إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما:

العدم، لأنها على فرضها كاشفة، و لا يمكن الكشف هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث (١) و هو نظير من باع شيئاً ثم ملك (٢).

و الاشكال فى الجميع ظاهر، و لا سيما بملاحظة أنه لو ضربها جان و هى حامل فأسقطت كان ضامناً. و ذلك يدل على أن له مالية، و

قابل للتقويم، و إلا لم يكن وجه للضمان. فكان الأولى الاستدلال عليه بأن النصوص الدالة على الضمان تضمنت ضمان قيمة الولد، و

عنوان الولد إنما يكون بالولادة، لا بالانعقاد. نعم إذا كان المستند فى ضمان القيمة القاعدة كان مقتضاها ضمان قيمة زمان الانعقاد.

(١) و على تقدير الكشف تكون للمشتري من حين العقد، فيلزم اجتماع ملكيتين فى زمان العقد: ملكية المورث، و ملكية المشتري، إذ

لو لم تكن ملكاً للمورث لم تنتقل الى الوارث.

(٢) فان المالك فيه حين البيع غير المالك حين الإجازة، فيكون كما نحن فيه. نعم يفترقان بأن الفضولى فى المقام غير المالك الثانى،

بخلاف النظر، فإنه عينه. و يمكن أن يقال: بأن المالك حال الإجازة لما كان وارثاً فقد لوحظ فيه قيامه مقام مورثه، فالإجازة منه

كأنها إجازة من مورثه، و كان المالك حال الإجازة هو المالك حال العقد، و لا يلحقه حكم تجدد المالك حال الإجازة. ثم إنه لو تعذر البناء على الكشف الحقيقي في الفرض و نحوه يدور الأمر بين البناء على البطلان و عدم الفائدة للإجازة، و البناء على الصحة و القول بالنقل أو الكشف عن ثبوت المضمون حين تبدل المالك مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٨

[مسألة (١٢): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر]

(مسألة ١٢): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر و دخل بها ثم تبين الخلاف (١) و جب عليه المفارقة. و عليه المهر لسيدها (٢). و هو العشر و نصف العشر

لا حين العقد. و حيث يدور الأمر بينهما يكون البناء على أحد الأخيرين مما فيه العمل بالدليل في الجملة أولى من الأول الذي فيه طرح الدليل بالمرءة. كما أن هذا كله مبني على القول بالكشف الحقيقي. أما بناء على الكشف الانقلابي أو الحكمي فلا مانع من الالتزام به هنا، فيكون المال ملكاً للمورث حين الموت و ينتقل الى الوارث، و بعد 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 و نحوه، لا في مثل النكاح بما لا نقل فيه للملكية. فلا تنافي بين الكشف فيه و بين ثبوت الملكية للمورث. نعم بعض الإشكالات في تلك المسألة جارية هنا، مثل ما يقال من أنه يلزم نفوذ التصرف في ملك المالك بدون إجازته لا سابقاً و لا لاحقاً. و لعل ذلك مراد المصنف، و إن بعد عن ظاهر كلامه.

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

(٢) في المسالك: «هكذا أطلق الجميع. بل ادعى عليه بعضهم إجماع المسلمين، و لم يفرقوا بين كونها عالمة بالتحريم و جاهلة» فان كان المراد من المهر العشر و نصفه كان الإطلاق في محله، لأنه مقتضى إطلاق الصحيح السابق «الشامل للعالمة و الجاهلة. و إن كان المراد، المسمى فلا وجه له، و إن نسبه في المسالك الى ظاهر الشرائع و الأكثر، لأن فساد العقد يقتضى فساد المسمى فلا ملزم به. و كذا إذا كان المراد به مهر المثل

(١) راجع المسألة: ١٠ من هذا الفصل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٢٩

على الأقوى، لا- المسمى، و لا مهر المثل. و إن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجوداً (١)، و إلا تبعت به بعد العتق (٢). و لو جاءت بولد ففي كونه حراً أو رقاً لمولاه قولان، فعن المشهور: أنه رق (٣)

بناء على عموم

قوله (ص): «لا مهر لبغي» [١]

لما نحن فيه. و قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة عشرة من (فصل: لا يجوز التزويج في عدة الغير). أما بناء على عدم عمومه ففي محله - كما عن الشيخ في المبسوط، و نقل عن ابن حمزة - لو لا ورود الصحيح المذكور، فإنه ظاهر في خلافه. و لأجله يتعين البناء على ما في المتن، كما اختاره في الجواهر، و حكاه عن سيد المدارك، و الرياض. و في الشرائع جعله المروى. و لعل ظاهره الميل اليه، و إن كان لا يخلو من تأمل، و نسب في كشف اللثام الى المقنع، و النهاية و المهذب و الجامع.

- (١) كما صرح به في الصحيح. و تقتضيه قاعدة السلطنة على المال بعد أن لم يخرج عن ملكه بالعقد الفاسد.
- (٢) بذلك صرح في القواعد، و جامع المقاصد، و المسالك، و كشف اللثام. عملاً بالقواعد العامة. لكن ذكر في الصحيح: «و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له». و ظاهره عدم اشتغال ذمتها بشيء من المهر مع التلف.
- و لعل المراد به أنه لا شيء له فعلاً.
- (٣) نسبه الى المشهور في الحدائق. و اختاره في الشرائع، و القواعد.
- و نسبه في الجواهر الى الشيخ و اتباعه، لأنه نماء المملوك، و
- لخبر محمد بن

[١] لم نعثر عليه في كتب الحديث و ان اشتهر في كتب الفقه، نعم ورد في نصوص كثيرة عده من السحت. راجعها في الوسائل باب: ٥ من أبواب ما يكتسب به و غيرها. و في مستدرک الوسائل في الباب المذكور و في صحيح البخارى باب: ٥١ في مهر البغى من كتاب الطلاق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٠

.....

قيس عن أبي جعفر (ع) قال: «قضى على (ع) في امرأة أتت قوماً فخبرتهم أنها حرة، فتزوجها أحدهم و أصدقها صداق الحرة، ثم جاء سيدها. فقال (ع): ترد إليه. و ولدها عبيد» (١)

و ،

موثق سماعه قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن مملوكة أتت قوماً و زعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة، و أقرت الجارية بذلك. فقال (ع): تدفع الى مولاهما هي و ولدها. و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه.

قلت: فان لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به. قال (ع): يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه و يأخذ ولده. قلت: فان أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه.

قال (ع): فعلى الامام أن يفتديه. و لا يملك ولد حر» (٢)

و ،

حسن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): أمة أبقّت من مواليتها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة، فوثب عليها رجل حينئذ فتزوجها، فظفر بها مولاهما بعد ذلك و قد ولدت أولاداً. قال (ع): إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها و ذهب القوم بأمّتهم، و إن لم يقيم البينة أوجع ظهره و استرق ولده» (٣)

و ،

موثق سماعه الآخر قال: «سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها و أخبرتهم أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فولدت له. قال (ع): ولده مملوكون، إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة، فلا يملك ولده، و يكونون أحراراً» (٤).

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ٣.

(٤) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣١

و لكن يجب على الأب فكه (١) بدفع قيمته يوم سقط حياً (٢) و إن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته (٣)، و إن أبى

(١) بلا خلاف، كما في كشف اللثام. و يقتضيه موثق سماعه الأول

، و صحيح محمد بن قيس الآتي

و نحوه مرسل الفقيه

«١». كما يقتضى الأول ما يأتي من الأحكام، و لم يشاركه في ذلك غيره من النصوص.

(٢) بلا خلاف، كما في كشف اللثام. لكن الموثق ظاهر في القيمة يوم دفع القيمة. و يقتضيه إطلاق صحيح محمد بن قيس المتقدم

«٢». (٣) كما في الشرائع، و القواعد، و غيرهما. و أنكر في المختلف الاستسعاء، و كذا وجوب الأخذ من بيت المال، لأنه دين يجب

فيه الانتظار، و لا يؤدي من بيت المال. و فيه: أنه لا مجال لذلك بعد ورود النص المعتبر به. و الطعن في السند، و حمل الأمر على

الاستحباب غير ظاهر.

نعم لم يعين في النص أنه من بيت المال، و لا من الزكاة. و مقتضى أن الأول مصرفه المصالح العامة و ليس هذا منها، و أن سهم

الرقاب مصرفه المكاتبون و العبيد تحت الشدة و ليس هذا منهما: 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، و إنما يجب دفعها تكليفاً من باب وجوب الفك. و كذلك بناء على الحرية، فإنه لم

يثبت أنه من باب الضمان ليكون ديناً، بل من الجائر كونه تكليفاً تعبدياً، فإجراء أحكام الدين في المقام غير ظاهر. و الكلام في ذلك

لا يهم بعد أن كان من وظائف الإمام.

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ٨. و قد رواه مرسلًا.

و الموجود في الفقيه روايته بسنده عن محمد بن قيس فراجع الفقيه جزء: ٣ صفحة: ٢٦٢ الطبعة الحديثة.

(٢) لم يتقدم في كلامه (قده) التعرض له، و إنما يأتي منه ذكره قريباً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٢

وجب على الامام (ع) دفعها من سهم الرقاب (١) أو من مطلق بيت المال (٢). و الأقوى كونه حراً (٣)،

(١) كما في كشف اللثام عن النهاية، و الغنية، و الوسيلة، و المذهب.

(٢) كما عن النكت. و قد عرفت الاشكال فيه، و فيما قبله.

(٣) في كشف اللثام حكاة عن المبسوط، و نكت النهاية، و السرائر.

و في الجواهر: أنه الأقوى، للأصل، و لظهور الأدلة في كون الشبهة كالعقد الصحيح في لحوق النسب، المقتضى لحرية الولد على

الوجه الذي عرفته سابقاً، و لما في ذيل صحيح الوليد المتقدم

«١» و

لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): «في رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة، ثم جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها

جاريته. قال (ع): يأخذها و يأخذ قيمة ولدها» (٢)
 ، بدعوى أنه ظاهر في حرية الولد، و بموثق سماعة الأول
 ، بناء على ما في جامع المقاصد من أن الذي ضبطه المحققون أن قوله (ع):
 «و لا يملك ولد حر»

بالوصف لا الإضافة. قال في جامع المقاصد: «نص جماعة- منهم ابن إدريس - على وجوب قراءة «حر» بالرفع و التنوين على أنه صفة
 لولد، و قالوا: إن قراءته بالجر و هم». و في كشف اللثام: «الأظهر كون «حر» صفة. لأنه الذي لا يملك. و قال قبل ذلك: و لم نظفر في
 الباب بخبر صحيح. و الأصل الحرية، فهو الأقوى.

و يعضده صحيح الوليد بن صبيح
 «. و يشكل: بأن خبر محمد بن قيس السابق
 في دليل الرقية موثق، و هو حجة، و مانع من الرجوع الى الأصل. و منه يظهر الاشكال فيما في الجواهر، فان ما ذكره من النصوص
 معارض بما

(١) راجع المسألة: ١٠ من هذا الفصل.

(٢) ذكره في الفقيه جزء: ٣ صفحة: ٢٦٢ بتغيير يسير، و ذكره في الوسائل مرسلًا باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٨
 كما أشرنا إليه قريباً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٣

.....

دل على الرقية. مع أن الاستدلال بصحيح محمد بن قيس

على حرية الولد غير ظاهر، و إن علله في الجواهر: بأنه لو كان رقاً كان الجائر له أخذها و أخذ ولدها. إذ فيه: أنه إذا كان يجب أخذ
 قيمة الولد بناء على الرقية لا يجوز له أخذ الولد. فلاحظ. و كذا الاستدلال بموثق سماعة الأول
 ، لضعف المبنى الذي ذكره في جامع المقاصد من أنه بالوصف لا بالإضافة أولاً: من جهة أن الحكم بأنه لا يملك يكون عقلياً لا
 شرعياً. و ثانياً:

بأن الحر الذي لا يملك لا يختص بالولد، بل الوالد الحر أيضاً لا يملك، فيكون التخصيص بلا مخصص، بخلاف ما لو كان على
 الإضافة.

و التحقيق ان نصوص المقام في مقام الدلالة على أقسام: الأول:

ما ظاهره رقية الولد، كموثق محمد بن قيس المذكور في أدلة الرقية

. الثاني:

ما ظاهره حرية الولد، كصحيح الوليد بن صبيح المتقدم في العشر و نصف العشر

. الثالث: ما ظاهره التفصيل بين أن يشهد الشاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل، و بين أن يتزوجها اعتماداً على قولها المعتضد بأصالة

الحرية، و هو موثق سماعة الأخير

. لكن ظاهره التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع بين الزوج و السيد، لا-الحكم الواقعي في حرية الولد مع شهادة

الشاهدين. الرابع: ما ظاهره التفصيل بين أن يقيم بينة على أنه تزوجها على أنها حرة فالولد حر. و أن لا يقيم بينة على ذلك فالولد رق،

و هو رواية زرارة. و ظاهرها أيضاً التفصيل في الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع و الخصومة. الخامس: ما هو قاصر الدلالة على الحرية و الرقية، كموثق سماعه الأول ، فإن دفع الولد الى مولى الأمة فيه أعم من كونه رقاً أو حراً يتعلق به المال كالعين المرهونة. و كذلك قوله (ع) في ذيله: «و لا يملك ولد حر»

. بناء على الإضافة، كما هو الظاهر كما عرفت، فان ذكر ذلك علته للافتداء بالقيمة ربما كان قرينه على كون المراد مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٤

.....

أنه لا يبقى على الملكية. و مثله صحيح محمد بن قيس ، فإن أخذ قيمة الولد فيه أعم من كونه حراً، كما سبق.

ثم إن دلالة الأول على الرقية لا مجال للمناقشة فيها. و ما في الجواهر من حمله على الحكم الظاهري في مقام حسم النزاع- يعني: إذا لم تكن حجة للزوج على كونه مشتبهاً يحكم برقيه الولد- خلاف الظاهر جداً، و لا سيما بملاحظة عطف التزويج بالغاء على إخبارها بالحرية، و قوله: «أصدقها صدق الحر»، فإنه كالصريح في كون التزويج من باب الاشتباه، و أن السؤال عن حكمه من حيث هو. كما أن الظاهر تأتي المناقشة في الاستدلال بصحيح الولد

على الحرية و إن كان تام الدلالة عليها، لأن تعليق الحرية فيه على النكاح بغير إذن المولى يقتضى انتفاءها إذا كان بإذن المولى، و ليس الحكم كذلك كما تقدم. فيتعين التصرف فيه إما بحمل الكلام على الإنكار- كما ذكره في الوسائل- أو على صورة رد الأب القيمة، أو صورة شهادة الشاهدين بحرية الأمة- كما ذكر الشيخ (ره)- أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية- كما ذكر الشيخ (ره)- أو حمل الشرط على تقرير موضوع الحكم بالحرية- كما احتمله في الجواهر- أو غير ذلك من الاحتمالات. و مع الاحتمال لا مجال للاستدلال. و أما الثالث:

فدلالتها على حرية الولد مع شهادة الشاهدين، و رقيته مع عدمها لا غبار عليها. و هو في الحكم الثاني معاضد لموثق محمد بن قيس . و في الحكم الأول غير مناف له، لظهور السؤال فيه في غير هذه الصورة، أو غير ظاهر فيها، فلا يتنافى مع الموثق المذكور فيها، و لا مانع من العمل به فيهما حينئذ، و إن كان وارداً في مقام الحكم الظاهري للحاكم، لا الحكم الواقعي، لكن من المعلوم أن الحكم الظاهري عين الحكم الواقعي مع الموافقة، فلا مانع من الأخذ بإطلاقه. و أما الرابع: فالكلام فيه هو الكلام في الثالث، فيدل على الحكم الواقعي. لكن كان التعبير فيه بالإعتاق المناسب للرقية،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٥

كما في سائر موارد اشتباه الحر، حيث أنه لا إشكال في كون الولد حراً، فلا خصوصية لهذه الصورة. و الاخبار الدالة على رقيته منزلة على أن المولى أخذه (١) ليتسلم القيمة،

لأنه تحرير الرق، و يكون المراد به الإعتاق بدفع القيمة إلى الأب، فيكون الخبر موافقاً لموثق محمد بن قيس في إطلاق الرقية مع الاشتباه. و كأنه لأجل ذلك استدل به على الرقية. و لا يمكن تقييده بصورة عدم شهادة الشاهدين بحرية الأمة، لأنه لو قيد بذلك كان مفهومه لزوم أن يوجع ظهره إذا لم يشهد الشاهدان بحرية الأمة، و هو مما لا يمكن الالتزام به. □ و حينئذ يتعارضان في صورة شهادة الشاهدين. □ و لا يبعد الأخذ بالموثق حينئذ، لضعف الخبر، لأن في سنده في الكافي عبد الله بن بحر «١»، و في التهذيب «٢» و إن كان بدله عبد الله بن يحيى، لكن الكافي أضبط، بل جزم المجلسي (ره) بأنه تصحيف.

ومن ذلك يظهر قوة ما عن الشيخ (ره) - في النهاية، و التهذيب، والاستبصار، و نسب الى المهذب - من التفصيل بين أن يشهد شاهدان بحرية الأمة فيتزوجها الرجل لذلك فالولد حر، و بين أن يتزوج اعتماداً على أصالة الحرية أو نحوها فالولد رق. و على الأب فكه بالقيمة.

و جعله في الحدائق مقتضى التدبر في نصوص الباب بعد ضم بعضها الى بعض. كما يظهر ضعف القول بالرقية مطلقاً، و الحرية كذلك، و إن كان أولهما أقرب من ثانيهما.

(١) قد عرفت أنه لا موجب لهذا التنزيل، و أن العمدة فيما دل على الحرية صحيح الولد، و قد عرفت إشكاله.

(١) الجزء: ٥ صفحة: ٤٠٥ الطبعة الحديثة.

(٢) الجزء: ٧ صفحة: ٣٥٠ الطبعة الحديثة، و الاستبصار الجزء: ٣ صفحة: ٢١٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٦

جمعاً بينها و بين ما دل على كونه حراً. و على هذا القول أيضا يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة، أو السعي، أو دفع الامام (ع)، لموثقة سماعه (١). هذا كله إذا كان الوطاء حال اعتقاده كونها حرة. و أما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة (٢) فالولد رق، لأنه من زنا حينئذ (٣)، بل و كذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاهم أعتقها، و لم يحصل له العلم بذلك و لم يشهد به شاهدان، فان الوطاء حينئذ أيضا لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية (٤). نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها، لأصالة الحرية (٥). فلو تبين

(١) في الأحكام الثلاثة. و يشاركه في الأول منها صحيح محمد بن قيس، و مرسل الفقيه

«١». (٢) يعنى: لم يأذن مولاهم لها في النكاح.

(٣) تقدم في آخر المسألة الثامنة وجه الحكم فيه.

(٤) و يحتمل قبول خبرها، لان إخبار الإنسان عن نفسه و عما في يده حجة مقدمة على الاستصحاب، كما إذا أخبر عن تطهير بدنه و نحوه.

نعم إذا كانت قرينة على اتهامه لم يقبل خبره. و لعل دعوى صيرورتها حرة من ذلك. و نظير المقام دعوى العدالة، و الاجتهاد، و النسب، و نحوها، فلا يصدق مدعيها إلا ببينة. و قد تقدم الكلام في ذلك فيما تثبت به الطهارة و النجاسة من كتاب الطهارة. كما أنه إذا كان يباع في الأسواق فقد دلت النصوص «٢» على عدم قبول إخباره بالحرية مسبوقة بالرقية أو غير مسبوقة.

(٥)

□ □
لصحيح عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله (ع):

(١) تقدم التعرض لهما في أوائل المسألة.

(٢) راجع الوسائل باب: ٥ من أبواب بيع الحيوان.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٧

الخلافاً لم يحكم برقية الولد (١). و كذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها (٢).

[مسألة ١٣: إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته]

(مسألة ١٣): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحق مهراً و لا نفقة (٣) بل الظاهر أنها تحد

حد الزنا (٤) إذا كانت عالمه

يقول كان على بن أبي طالب يقول: الناس كلهم أحرار، إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمه، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً» (١).

لكن على هذا يكون التعويل على الأصل لا على قولها.

(١) على ما تقدم منه. وهو مورد نصوص الباب.

(٢) هذا يدخل في عموم موثق سماعة الأخير

«٢»، المتضمن لحرية الولد إذا شهد شاهدان لها بالحرية.

(٣) أما البطلان: فلما سبق من عدم سلطان الرق على نفسه. و أما نفى المهر: فلأنها بغى. و

في خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال:

«قال رسول الله (ص) أيما امرأة حره زوجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها، و لا صداق لها» (٣).

و أما نفى النفقة: فلانتفاء الزوجية. و الظاهر أنه لا إشكال في جميع ما ذكر.

(٤) لعموم الأدلة. لكن قال في كشف الثام: «قيل: و لا حد عليها، لمكان الشبهة. و الفرق بينها و بين الحر إذا تزوج أمه كذلك: أنها

لنقصان عقلها و عدم مخالطتها لأهل الشرع يكفي العقد شبهة لها. و الفرق

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب العتق حديث: ١.

(٢) راجع صفحة: ٣٣٠.

(٣) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٣

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٨

بالحال، و أنه لا يجوز لها ذلك. نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة و اعتقدت جواز الإقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحدد. كما أنه كذلك إذا علمت بمجيء الإجازة (١). و أما إذا كان بتوقع الإجازة و علمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزر حينئذ، لمكان تجريها. و إذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (٢) مع كونه مشتبهاً

بين ذلك و ما إذا تزوجت حراً بعقد تعلم فساد: أن هذا العقد فضولي يجوز فيه إجازة المولى. و يؤيده ما في الاخبار من:

«أنه لم يعص الله و إنما عصى سيده» (١)

و ،

حسن منصور بن حازم عن الصادق (ع): «في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص لله تعالى؟ قال (ع): أعاص لمولاه.

قلت: حرام هو؟ قال (ع): ما أزعم أنه حرام ..» (٢).

انتهى كلام كشف الثام. و كأنه لذلك اقتصر في الشرائع و القواعد على ذكر الحكمين الأولين فقط و لم يتعرض للحد. بل في الحدائق: لم يذكره أحد.

و ربما مال إليه في كشف الثام. و لكنه يشكل - كما في الحدائق و في الجواهر - بأن الشبهة العرفية منتفية، و الشرعية لا دليل عليها. و الأخبار قد عرفت المراد منها في أول هذا المبحث. فراجع. و نقصان العقل غير كاف في تحقيق الشبهة الدارئة للحد بعد فرض العلم بالحرمة، و إلا سقط الحد عن المرأة كلية

(١) تقدم الكلام فى ذلك فى شرح المسألة العاشرة.

(٢) بلا- خلاف، كما فى الجواهر. و فى كشف اللثام: أنه قطع به الأصحاب، لكونه من نماء المملوك، لانتفاء النسب بينه و بين الام بالزنا

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١، ٢.

(٢) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٣٩

بل مع كونه زانياً أيضاً، لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحره.

و أما إذا كانت جاهلة بالحال فلا حد. و الولد حر (١)

و لكنه كما ترى، فإنه شامل إذا كان العبد زانياً أيضاً مع انتفاء النسب بينه و بينه أيضاً، فهو إما نماء لهما، أو للأم، و لا وجه للإحاقه بالأب بالخصوص مطلقاً. و قد يستدل له

بخبر العلاء بن رزين عن أبى عبد الله (ع) قال: «فى رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى الى قوم، فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، و كسب مالا، و مات مولاه الذى دبره، فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد و ولده لورثة الميت ..» (١).

لكن الاستدلال به يتوقف على إطلاقه و عدم ظهوره فى الحره الجاهلة. و لكنه غير ظاهر. و حينئذ ينحصر دليله بالفحوى إن أمكن العمل بمورد الخبر، و بالإجماع.

(١) أما الأول: فللشبهه الدائره للحد. و أما الثانى: فلما تقدم من أن المتولد بين الحر و الرق يلحق بأشرف الأبوين. و عن مقنعه المفيد: أن الولد رق كما لو كانت عالمه. و مثله ظاهر محكى التهذيب، عملاً بإطلاق النص المتقدم. لكن عرفت الإشكال فى إطلاقه و أنه ظاهر فى الجاهلة.

و حملة فى الجواهر على صورة عدم قيام البيئه على كون الحره مشتبهه، لما بنى عليه غير مره من أن الولد يلحق بالرق غير المأذون. و المراد من قول السائل: «و لم يعلمهم أنه عبد»: أنه لم يعلمهم أنه عبد آبق، لا- أنه لم يعلمهم أنه عبد، لتكون الحره التى تزوجت مشتبهه. و لكن ما ذكره (قده)- و إن جعله مقطوعاً به غير ظاهر، بل خلاف الظاهر.

و قد عرفت فى المسألة الثامنة الإشكال فيما بنى عليه غير مره. فراجع.

نعم قد يقال: إن الخبر المذكور لا يصلح المعارضه ما دل على حرية الولد

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٠

و تستحق عليه المهر (١)، يتبع به بعد العتق (٢).

[مسألة ١٤: إذا زنى العبد بحرته من غير عقد فالولد حر]

(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بحرته من غير عقد فالولد حر (٣)، و إن كانت الحره أيضاً زانية. ففرق بين الزنا المجرد عن عقد و الزنا

المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا ان الولد لمولى العبد (٤)

[مسألة ١٥]: إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها

(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٥) وإن كانت هي أيضا زانية. وكذا لو زنى عبد بأمة الغير

المتولد من الحر، بضعفه في نفسه، وإعراض المشهور عنه.

(١) لما يفهم من غير واحد من النصوص من استحقاق المهر بالدخول في غير الزنا

«١». (٢) كما صرح به في الشرائع، والقواعد، وغيرهما. لأنه مملوك لمولاه، فلا يمكن استيفاء دينه من منفعه أو من عينه.

(٣) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر. و يقتضيه أصالة تبعية النماء للأمة ما لم يقم دليل على خلافها.

(٤) في الجواهر: وجه الفرق النص، وهو خبر العلاء المتقدم. لكن ظاهر المصنف الفرق من غير جهة النص، فإنه في العقد المعلوم

الفساد ألحق الولد بالعبد، فيكون لمولاه، لقاعدة النماء. وهذه القاعدة بعينها جارية في الزنا بدون العقد.

(٥) كما في الجواهر. لقاعدة النماء في الأمة. قال: «ولا يشكل ما ذكرنا بالحره التي تزوجت عبدا غير مأذون عالمه بالتحريم، لما عرفته

من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا». ويشير بذلك الى خبر العلاء

(١) راجع الوسائل باب: ٥٤ من أبواب المهور، ومستدرک الوسائل باب: ٣٨ من أبواب المهور

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤١

فان الولد لمولاها (١).

[مسألة ١٦]: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده

(مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده (٢).

(١) قد سبق ذلك في آخر المسألة الثامنة.

(٢) كما عن الحلبي. واختاره في الشرائع. ولكن عن الشيخ في النهاية، والعلامة في المختلف، وولده: العدم،

لصحيحه على بن يقطين عن أبي الحسن (ع) «أنه سئل عن المملوك أ يحل له أن يظأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال (ع):

لا يحل له» «١»

، ولأنه نوع تمليك، والعبد ليس أهلا له. والأخير كما ترى، مبنى 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 (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) قال:

هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يجسها عنه حتى تحيض، ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسه

إياها ردها عليه بغير نكاح» «٢»

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٣٤١

و،

الصحيح عن فضيل مولى راشد قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): لمولاي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما أشتري من الجوارى، فقال: إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال.

فقال (ع): إن أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال، وإن قال: اشتر منهن ما شئت، فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما يأمرك، إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال، وإن كان لك مال فاشتر من مالك ما بدا لك» (٣).
و لعل وجه الجمع حمل الصحيح الأول على صورة التحليل من غير تعيين.

(١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٢

.....

و لكن قال في الشرائع: «و في تحليل أمته لمولاه روايتان: إحداهما:

المنع، و يؤيدها أنه نوع تملكك و العبد بعيد عن التملكك. و الأخرى:

الجواز إذا عين له الموطوءة، و يؤيدها أنه نوع من الإباحة، و للمملوك أهلية الإباحة. و الأخير أشبه». و مما ذكرنا تعرف أن القول بالجواز أشبه و أوفق بالقواعد، سواء قلنا بأن التحليل عقد نكاح، أم تملكك، و أن العبد يملكك، أو لا يملكك، فإنه لا مجال لطرح النصوص المذكورة بالمباني المزبورة. و من ذلك تعرف الاشكال فيما في القواعد حيث قال: «و لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا أنه عقد أو تملكك منفعة و أن العبد يملكك خلت، و إلا فلا. و الأول أولى، لأنه نوع إباحة، و العبد أهل لها».

و في كلامه الأخير إشارة الى ما هو التحقيق من أن التحليل ليس عقد النكاح - كما عن المرتضى - و لا تملكك منفعة - كما عن المشهور - و لا تملكك انتفاع - كما قد يظهر من عبارة جامع المقاصد - بل هو إباحة و إذن في الانتفاع دل الدليل القطعي عليه، فوجب القول به، و يكون الدليل مخصصاً لقوله تعالى (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِذَا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ، فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتِغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ) * (١)، فيدل على جواز قسم ثالث في مقابل القسمين المذكورين.

اللهم إلا - أن يقوم إجماع على الانحصار بالقسمين، كما يظهر من دعوى الاتفاق في كشف اللثام وغيره. فيتعين إرجاع التحليل الى أحد القسمين.

و لأجل انتفاء أحكام العقد من الطلاق إن كان دائماً، و لزوم ذكر المهر إن كان متعة، يتعين كونه من ملك اليمين، كما قيل. و لما عرفت من أن العقد يقتضى ثبوت الزوجية، و هي منتفية في التحليل، و أنه لا ملكية للرقبة فيه، و لا للمنفعة، يتعين أن يكون المراد من ملك اليمين ما يشمل

(١) المؤمنون: ٥، ٦، ٧. المعارج: ٢٩، ٣٠، ٣١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٣

و كذا يجوز له أن ينكحه إياها (١). و الأقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل (٢). كما أن الأقوى كفاية أن يقول له: «أنكحتك

تحليل الأمة المملوكة، و لا موجب للالتزام بأنه تملك منفعة، أو انتفاع.

كيف؟! و هو خلاف المرتكز في أذهان المتشرعة، و كيف يمكن البناء على إنشاء الملك بالتحليل من دون قصد المنشى؟! كما لعله ظاهر.

(١) بلا إشكال. و تشهد به النصوص، كصحيحه على بن يقطين المتقدمة في أول المسألة

، و نحوها غيرها مما هو كثير، و يأتي بعضه.

(٢) كما هو المشهور. لأن النكاح هو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة، و الموجب إنما يوقع هذه الزوجية. بخلاف التحليل فإنه إذن في الانتفاع من دون زوجية. و ظاهر النصوص الواردة في المقام مشروعية التزويج و إيقاع الزوجية بين العبد و الأمة. و عن ابن إدريس: أنه إباحة، إما لجواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال، و لو كان عقد نكاح لم يفسخ إلا بالطلاق، و نحوه من فواسخ النكاح. و فيه: أن الطلاق ليس انفساخا للعقد، و إنما هو إيقاع الفراق، و من الجائز أن يكون الأمر بالاعتزال يقتضى ذلك، أو يقتضى الانفساخ كغيره من أسباب الانفساخ. و إما

لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال (ع): يجزيه أن يقول: قد أنكحت فلانة، و يعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه و لو مداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك ..» (١).
و فيه أن قوله (ع):

«قد أنكحتك»

ظاهر في إيقاع الزوجية لا مجرد التحليل. فهو دليل على القول الأول، و لا سيما بملاحظة الأمر بإعطاء شيء، فان الظاهر منه أنه من باب المهر الذى لا يجب في التحليل، كما ذكر ذلك في المسالك.

(١) الوسائل باب: ٤٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٤

فلانة»، و لا يحتاج الى القبول منه أو من العبد (١)، لإطلاق الأخبار (٢)،

(١) كما اختاره في المختلف، لأن القبول إنما يشترط في حق من يملكه، و العبد هنا لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا ولاية طرفى العقد. و فى المسالك: «هو متجه، لأن اعتبار قبول العبد ساقط، و إيجاب المولى دال على قبوله، و المعبر من القبول الدلالة على رضاه، فهو متحقق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح». و ظاهر صدر كلامه كظاهر المختلف عدم اعتبار القبول فى المقام، و ظاهر ذيل كلامه اعتبار القبول، لكن من باب الدلالة على الرضا، فإذا علم الرضا من الإيجاب كفى. و يشكل الأخير: بأن الرضا النفساني غير كاف فى القبول، و إنما المعبر الرضا الإنشائي. و أما الأول فغير بعيد، إذ ليس الفرق بين المعانى العقدية و الإيقاعية أن الأولى تتعلق بغير الموجب، و الثانية لا- تتعلق بغير الموجب، ضرورة أن كلا- من النكاح و الطلاق يتعلق بغير الموجب، مع أن الأول معنى عقدي و الثانى إيقاعى. بل الفرق أن المعنى العقدى تحت سلطان الموجب و القابل، و المعنى الإيقاعى لا يكون إلا تحت سلطان الموجب فقط، و إنكاح 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)

و ،

خبره عن أبي جعفر (ع): «فى المملوك يكون لمولاه أو لمولاه-ته أمه فيريد أن يجمع بينهما، أ ينكحه نكاحاً، أو يجزيه أن يقول: قد

أنكحتك فلانة و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال (ع): نعم و لو مدأ. و قد رأيتة يعطى الدراهم» (١)

، و

مصصح الحلبي قال: «قلت لأبى عبد الله (ع): □

(١) الوسائل باب: ٤٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٥

و لأن الأمر بيده (١)، فأجابه مغن عن القبول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك فى سائر المقامات، مثل الولى و الوكيل

الرجل كيف ينكح عبده أتمته؟ قال (ع): يقول قد أنكحتك فلانة، و يعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه و لو مدأ من طعام أو درهما أو نحو ذلك» (١).

و فى الجواهر- تبعاً لجامع المقاصد:- «و الخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أى ما يتعلق بالمولى من الإيجاب، لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد و لا من السيد الذى هو وليه، بل لعل دلالة على القبول أوضح كما فى كشف اللثام، للفظ الإنكاح. و اجتراً به عن ذكر القبول لظهوره. فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقدية فى النكاح بحاله». و فى القواعد: «و لو زوج عبده أتمته ففى اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحة».

و يظهر منه المفروغية عن اعتبار القبول بناء على أنه عقد. و فى كشف اللثام:

التردد فى ذلك. و الانصاف أن النصوص لا تخلو من دلالة على عدم اعتبار القبول. و ما فى جامع المقاصد و الجواهر و غيرهما غير ظاهر.

(١) قد عرفت وجهه. و فى الجواهر: «قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفى العقد و بين الاكتفاء فى الإيجاب عن القبول، فإن باقى الأولياء و إن جاز لهم تولى طرفى العقد لكن لا بد من ذكر صورة العقد. اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالكاً لا أنه قائم مقام المولى عليه. و فيه: أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد، لمعلومية كون النكاح من العقود».

و يظهر ما فيه مما عرفت من منع كونه من العقود فى الفرض، بل هو من الإيقاع، لأنه تحت سلطنة سلطان واحد.

(١) الوسائل باب: ٤٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٦

عن الطرفين (١). و كذا إذا و كل غيره فى الترويج (٢)،

(١) فإنه لما كان له سلطان على الإيجاب و القبول كان إيجابه فغنياً عن القبول، لأنه فى نفوذ إيجابه لا ينتظر قبول قابل، فيكون نافذاً بلا قبول القابل. اللهم إلا أن يقال: لما كان كل من الموكل و المولى عليه ذا سلطان فالوكيل فى إيجابه إنما يعمل سلطنة الموجب لا سلطنة القابل، فلا يكون الإيجاب نافذاً إلا بعد إعمال سلطنة القابل، و إنما يكون ذلك بالقبول عنه، فلا ينفذ الإيجاب بدون القبول. اللهم إلا- أن يقال: هذا إذا كان ولياً أو وكيلاً على الإيجاب و على القبول، أما إذا كان ولياً أو وكيلاً عن الطرفين على إيجاد مضمون العقد، و هو جعل الزوجية بينهما، فأيقاعه للمضمون المذكور لا ينتظر فيه قبول، لأنه مورد التسليط من الطرفين.

و كذا الكلام فى غير النكاح من العقود كالبيع و الإجارة و الرهن و الصلح و نحوها، فإنها من الإيقاع إذا و كل أحد الطرفين فيها

الآخر أو وكلا ثالثاً، و يكون المضمون حاصلًا بمجرد حصول الإيجاب من الوكيل عن أحد الطرفين و الأصيل 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، و لما كان الوكيل له سلطان على الجهتين كان المفهوم حاصلًا بمجرد إيقاعه، فإذا وقع من الأصيلين كان عقداً، و إذا وقع من الوكيل عنهما كان إيقاعاً. و ما في المسالك من دعوى الاتفاق على اعتبار كل من القبول و الإيجاب في عقد الولي على الطرفين و أنه لا يكفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد منه عنهما - ذكر ذلك في مبحث الاجتزاء بالأمر عن القبول - غير مسموعة كما يظهر من تنزيل الشهيد في شرح الإرشاد خبر سهل. فراجع.

(٢) يعنى: لا يحتاج الى القبول، لان فعل الوكيل كفعل الأصيل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٧

فيكفي قول الوكيل: «أنكحتك أمه موكلي لعبد فلان»، أو «أنكحتك عبد موكلي أمته». و أما لو أذن للعبد و الأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة الى الإيجاب و القبول (١).

[مسألة (١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق]

(مسألة ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة الى الطلاق، بل يكفي أمره بإيهما بالمفارقة (٢). و لا يبعد

(١) لأن ظهور الاذن لهما بالفعل على وجه التشريك يقتضى اختصاص التسليط بجهته دون جهة الآخر، فلا بد من اعماله سلطان الآخر. نعم إذا كان الاذن لكل منهما في التزويج مطلقاً كان كما لو أذن لأجنبي في ذلك، و لا يحتاج الى القبول، كما ذكره فيما قبل. (٢) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. كذا في الجوهر.

و نحوه كلام غيره. و يشهد له النصوص،

كصحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله (ع): عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال (ع): إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول (عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ)، فليس للعبد شيء من الأمر. و إن كان زوجها حراً فان طلاقها صفتها» (١).

و مصحح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: «سمعت يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له: اعتزلها، فإذا طمشت وطئها، ثم يردا عليه إن شاء» (٢).

و صحیح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «إذا أنكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء» (٣).

و نحوها غيرها، و منه صحيح محمد بن مسلم المتقدم في أول المسألة. و في كشف اللثام -

(١) الوسائل باب: ٦٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٨.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ملحق حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٨

جواز الطلاق أيضا بأن يأمر عبده بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضا (١).

[مسألة ١٨]: إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً

(مسألة ١٨): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا. بل هو الأحوط (٢).

بعد الاستدلال به على المقام - قال: «و يشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع، للاحتياط، و عدم نصوص الاخبار». لكن الاحتياط لا يجب مع وجود الحجّة. و عدم نصوصيتها لا تقدر إذا كان لها ظهور، فان الظهور حجّة كالنص. (١) فيه نوع دلالة على التوقف في صحة الطلاق، مع أنه ادعى الإجماع عليه في كلام جماعه. و في الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه.

و في جامع المقاصد: «إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فان طلاقها و إزاله عقد نكاحها هو بيد المولى و لا دخل للعبد فيه إجماعاً». و في الحدائق:

«لا- خلاف نصاً و فتوى- فيما أعلم- في أنه إذا زوج السيد عبده أمته فإن الطلاق بيد السيد، و له أن يأمره به، و إن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق». و نحوه كلام غيرهم. نعم في الجواهر: «قد تشكل صحته (يعنى: الطلاق) من العبد بإذن السيد إذا لم يكن بطريق الوكالة».

و كأنه لأجل أن المفهوم من النصوص أن الطلاق من وظائف السيد، فلا يصح من غيره إذا لم يكن وكيلا عنه. و فيه: أن الظاهر من كون الطلاق بيد السيد أنه لا يصح إلا بأمره أو إذنه، لا أنه لا يصح إلا بالمباشرة أو التوكيل.

(٢) فإن المحكى عن الشيخين، و ابني حمزة و البراج، و أبى الصلاح:

الوجوب. للنصوص المتقدمة في مسألة عدم اعتبار قبول العبد في إنكاحه أمه مولاه، المتضمنة للأمر بإعطائها مداً من طعام، أو درهماً، أو نحو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٤٩

و تملك الأمة ذلك بناء على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

[مسألة ١٩]: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة

(مسألة ١٩): إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة فلهم أيضا الأمر بالمفارقة بدون الطلاق (١). و الظاهر كفاية أمر

ذلك. لكن الأكثر - كما قيل - على الاستحباب. و في كشف اللثام: نسبه الى المفيد أيضاً. للأصل، و عدم التنصيص على الوجوب. لكن الأصل لا- مجال له مع الدليل و عدم التنصيص لا يقدر في الحجية مع وجود الظاهر. و في الجواهر: استدلال على الاستحباب بالأصل، و عدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه: ضرورة أن مهر الأمة لسيدها، كعدم تصور استحقاق ماله عليه مالاً. انتهى و هو كما ترى، بناء على التحقيق من ملكية العبد و لو في الفرض. و كذا بناء على عدمها، لامكان وجوب تمكينها من المهر و إن لم يكن ملكاً لها. و مثله الاشكال بعدم ظهور الخبرين في كون المدفوع مهراً، مع أن المدعى ذلك، فالدليل لا يثبت الدعوى، و الدعوى لا دليل عليها. إذ فيه: أنه إن تمّ ذلك منع من القول بكون المدفوع مهراً، لا من القول بوجوب الدفع.

ثمّ إن الظاهر عدم كون المدفوع مهراً بقرينه أنه لم يذكر في ضمن الجملة الإنشائية، و إنما ذكر الأمر به بعد ذلك، فان قام إجماع على عدم وجوب دفع غير المهر تعين حمل النصوص على الاستحباب، و إلا لزم الأخذ بظواهرها و البناء على وجوب الدفع تعدياً.

(١) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما. و يظهر من شراحيهما كونه من المسلمات، معللين له بأنه مقتضى انتقال الملك إليهم.

بل في المسالك هنا أولى، لقيامه مقام المورث الذي كان أمره بيده.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٠

أحدهم في ذلك (١).

[مسألة ٢٠: إذا زوج الأمة غير مولاهما من حر]

(مسألة ٢٠): إذا زوج الأمة غير مولاهما (٢) من حر فأولدها جاهلاً بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاهما، وقيمة الولد. و يرجع بها على ذلك الغير، لأنه كان مغروراً من قبله (٣). كما أنه إذا غرته الأمة بتدليسها و دعواها

(١) إن كان المراد كفاية أمر أحدهم في حرمة الوطاء ففي محله، لعدم جواز التصرف بدون إذن المالك، و إن كان مالكاً جزءاً مشاعاً. و إن كان المراد الخروج عن الزوجية بذلك، فلا يخلو من إشكال، لأن الخروج عن الزوجية كالدخول في الزوجية تحت سلطة جميع المالكين، فلا يستقل به أحدهم. اللهم إلا أن يقال: إذا حرم الوطاء فقد بطلت الزوجية، إذ لا مجال لانتزاعها حينئذ. و لذا استفيد بطلان عقد التزويج من تحريم وطاء الأم و غيرها من ذوات المحارم.

(٢) هذا مورد صحيح الوليد بن صحيح المتقدم في المسألة الثانية عشرة، المتضمن ضمان الزوج لمولى الأمة العشر أو نصف العشر. و أما ضمان قيمة الولد فيمكن استفادته مما يأتي، و من موثق سماعه المتقدم هناك.

(٣) إشارة إلى قاعدة الغرور، المستفادة من

النبوي: «المغرور يرجع على من غره» (١)

، المعول عليها في جملة من الموارد اتفاقاً. و يقتضيها أيضاً

خير محمد بن سنان عن إسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله (ع):

عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقليل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته، و أنها أمه، قال (ع): ترد الوليدة على مواليتها. و الولد

(١) هذا الحديث و ان وجد في بعض الكتب الفقهية الا- أنه لم نعثر عليه بعد الفحص في كتب الحديث للعامة و الخاصة و بعد الاستعانة ببعض الفهارس المعدة لضبط السنة النبوية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥١

الحرية تضمن القيمة (١)، و تتبع به بعد العتق. و كذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها (٢).

[مسألة ٢١: لو تزوج أمه بين شريكين بإذنها ثم اشترى حصه أحدهما]

(مسألة ٢١): لو تزوج أمه بين شريكين بإذنها ثم اشترى حصه أحدهما أو بعضها أو بعضاً من حصه كل منهما بطل نكاحه، و لا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٣).

للرجل. و على الذي زوجه قيمة ثمن الوليد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه» (١).

و

خبر رفاعه بن موسى قال: «سألت أبا عبد الله (ع):

الى أن قال:

و سألته عن البرصاء. قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في امرأة زوجها وليها و هي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها، و أن المهر على الذى زوجها، و أنه صار عليه المهر، لأنه دلستها. و لو أن رجلاً تزوج امرأة و زوجها إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء و كان المهر يأخذه منها» (٢).

و ربما يستفاد أيضاً من غيرها. لكنه قاصر عن إفادة العموم، و إنما يدل عليها فى موارد خاصة. و العمدة ما ذكرنا.

و الأول يدل على الرجوع بقيمة الولد بالخصوص.

(١) كما مال إليه فى الجواهر، لما ذكر من القاعدة.

(٢) كما عن الحلّى فى السرائر، مدعيًا نفى الخلاف فى ذلك و أن الإجماع منعقد عليه. و هو مقتضى قاعدة الغرور المتقدمة.

(٣) على المشهور، بل إجماعاً إذا لم يرض الشريك الآخر. لعدم التبويض فى أسباب النكاح ابتداء و استدامة، كما يقتضيه ظاهر قوله

تعالى:

﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ * (٣)، و

موثق سماعة: «سألته

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ٢.

(٣) المعارج: ٣٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٢

و كذا لو كانت لواحد و اشترى بعضها (١). و هل يجوز له وطؤها إذا حللها الشريك؟ قولان، أقواهما: نعم، للنص (٢).

عن رجلين بينهما أمة فزوجهما من رجل، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين. فقال (ع): حرمت عليه باشرائه إياها. و ذلك أن بيعها طلاقها. إلا أن يشترىها من جميعهم» (١)

و عن النهاية: جواز الوطء إذا رضى الشريك بالعقد، و تبعه عليه القاضى. و دليله غير ظاهر فى قبال ما عرفت. و لذا قال فى الشرائع: «و لو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتاع لم يصح. و قيل: يجوز له وطؤها بذلك. و هو ضعيف».

(١) لما ذكر، فان قوله (ع):

«و ذلك أن بيعها طلاقها»

بمنزلة العام الشامل للمقام.

(٢) و هو

صحيح محمد بن قيس المروى فى الكافى و التهذيب عن أبى جعفر (ع) قال: «سألته عن جارية بين رجلين دبرها جميعاً، ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه. قال (ع): هو له حلال. و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذى مات و نصفها مدبراً. قلت: رأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه، أله ذلك؟ قال (ع): لا، إلا أن يثبت عتقها، و يتزوجها برضا منها متى ما أراد. قلت له: أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتها، و النصف الآخر للباقي منهما؟

قال (ع): بلى. قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها و أحلت 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 الحره لا- تهب فرجها، ولا- تعيره، ولا تحلله. و لكن لها من نفسها يوم و للذي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي

(١) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٣

و كذا لا يجوز وطء من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقية لا بالعقد، و لا بالتحليل منها. نعم لوهاياها فالأقوى جواز التمتع بها (١) في الزمان الذي لها، عملاً بالنص الصحيح،

تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو أكثر» (١).

و رواه الشيخ بطريق فيه على بن فضال

«٢»، و الصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع)

«٣». و ما قواه المصنف حكى عن ابن إدريس و جماعة، منهم الشهيد في اللمعة. و في الشرائع: «و لو حللها، قيل: تحل.

و هو مروى. و قيل: لا، لأن سبب الاستباحة لا يتبعض». و يشكل ما ذكره أخيراً بأن التحليل نوع من الملك، كما عرفت، فلا تبعض، كما أشار إليه في كشف اللثام بعد أن قوى الجواز. مع أنه لا مجال لرد النص و الأخذ بالقواعد العامة لو تمت. فإذاً الجواز متعين. و من الغريب نسبة الضعف إلى الرواية في المسالك و غيرها، مع أنها مروية في الكافي و التهذيب عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) بطريق صحيح

«٤»، و في الفقيه عن محمد بن مسلم عنه (ع) بطريق صحيح أيضاً

«٥»، و رويت في التهذيب في أوائل كتاب النكاح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) بطريق فيه على بن فضال

«٦»، فيكون من الموثق.

(١) كما عن الشيخ، و جماعة. و في الشرائع: «قيل: يجوز أن

(١) الكافي الجزء: ٥ صفحة: ٤٨٢. التهذيب الجزء: ٨ الصفحة: ٢٠٣، الوسائل باب:

٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث: ١ و ملحقة الأول.

(٢) الوسائل باب: ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإمام الملحق الثاني لحديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإمام الملحق الثالث لحديث: ١.

(٤) الكافي الجزء: ٥ صفحة: ٤٨٢، التهذيب الجزء: ٨ صفحة: ٢٠٣ الطبعة الحديثة.

(٥) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة: ٢٩٠ الطبعة الحديثة.

(٦) التهذيب الجزء: ٧ صفحة: ٢٤٥ الطبعة الحديثة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٤

و إن كان الأحوط خلافه.

إشارة

فصل فى الطوارئ و هى العتق، و البيع، و الطلاق. أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد (١)

يعقد عليها متعة فى الزمان المختص بها. و هو مروى. و فيه تردد، لما ذكرنا من العلة. و يشكل بأن النص الصحيح المعول عليه عند الشيخ و اتباعه لا مجال لرده بالعلة المذكورة، و إن عول عليها المشهور، كما قيل. كما لا- مجال لما فى المسالك من أن منافع البضع لا تدخل فى المهابة و إلا لحل المتعة بغيره فى أيامها، و هو باطل اتفاقاً. لإمكان منع الملازمة بين الحكمين، و جواز التفكيك بين الفرضين، كما ذكر فى الجواهر.

فصل فى الطوارئ

(١) بلا- خلاف، و لا إشكال. بل فى الرياض: «إذا كانت تحت عبد إجماعاً من المسلمين، كما حكاه جماعة». و يشهد به النصوص المستفيضة،

□
كمصحح الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله (ع): عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة. قال (ع): أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزع نفسها منه. قال: و ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة، فاشترتها عائشة فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله ..» «١»

و ،
□ □
موثق عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (ع):

(١) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٥

بل مطلقاً و إن كانت تحت حر على الأقوى (١). و الظاهر عدم

□
«أنه كان لبريرة زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول الله (ص) اختارى» «١» □

و ،
□
صحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله (ع): عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق. فقال (ع): تتخير، فان شاءت أقامت على زوجها، و إن شاءت فارقت» «٢».

و نحوها غيرها.

(١) على المشهور، و منهم الشيخ فى النهاية، و المحقق فى المختصر النافع.

لجملة من النصوص، منها

خبر محمد بن آدم عن الرضا (ع): «إذ أعتقت الأمة و لها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر» «٣».

و نحوه خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله (ع)

«٤»، و إطلاق

خبر الكنانى: «أيا امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقت» «٥».

و خصوص

مرسل عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع): «في رجل حر نكح أمه مملوكه ثم أعتقت قبل أن يطلقها. قال (ع): هي أملك ببضعها» (٦).

وعن الشيخ في المبسوط والخلاف: نفي الخيار. وفي الشرائع: أنه أشبه. وعن شرح النافع: أنه متعين. لضعف النصوص المذكورة سنداً، فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل. ويشكل بأن ضعف النصوص مجبور بعمل المشهور بها واعتمادهم عليها. ولا سيما بملاحظة

قول النبي (ص) لبريرة: «ملكك

(١) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٩.

(٢) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١٢.

(٤) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١٣.

(٥) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٨.

(٦) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٦

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

[مسألة ١: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر]

(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر. وهل هو لمولها أو لها؟ تابع للجعل في العقد (٤)،

بضعك فاختاري» (١)

فإنه بمنزلة التعليل الشامل لغير مورده. لكن لم أعثر على ذلك في رواياتنا.

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى. وقد يحتمل عدم الخيار في المنقطع، لأنه كالأجارة لا تنفسخ بالعتق. ولكنه كما ترى.

(٢) كما نص على ذلك في القواعد وغيرها. ويقتضيه الأصل 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 إلى بعض الشافعية يدل على الاتفاق عليه عندنا، كما هو ظاهر الجواهر أيضاً.

(٣) كما يستفاد من

قوله (ع): «هي أملك ببضعها»

، وإن كان مقتضى الجمود عليها الاقتصار على صورة عتق الكل. لكن منصرفها صيرورتها بتمامها حرة، ولو بالتدرج.

(٤) قد تقدم في المسألة الرابعة الجزم بأن مهر الأمة المزوجة لمولها، ودعوى الاتفاق عليه من جماعة. فلا وجه ظاهر لهذا التردد في المقام، والتفصيل. ولذا قال في الجواهر: «وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته

(١) لم نعر عليه في كتب الحديث، نعم ورد ما يدل عليه في نصوص كثيرة، راجع الوسائل باب: ٥٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، و مستدرک الوسائل باب: ٣٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، و المرط باب: ١٠ من كتاب الطلاق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٧

فان جعل لها فلها و إلا- فله. و لمولاها في الصورة الأولى تملكه كما في سائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكة (١) بناء على القول بالملكية. لكن هذا إذا كان قبل انعقادها (٢). و أما بعد انعقادها فليس له ذلك (٣). و إن كان قبل الدخول (٤) ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو عدم سقوطه أصلاً، وجوه، أقواها: الأخير (٥)، و إن كان مقتضى الفسخ

بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول». إلا أن يقال: إن ما سبق يختص بصورة ما إذا أطلق المهر، و المقام يختص بما إذا عين للمولى، أو لها، أو أطلق. لكن ذلك لا يناسب عبارة المتن.

(١) لأنه تحت سلطانه مطلقاً.

(٢) يعني: التملك.

(٣) لخروجه عن سلطانه بحرية مالكة، الموجبة لسلطنته عليه.

(٤) يعني: العتق و الفسخ أيضاً.

(٥) قال في المسالك: «إن كان (يعني: الخيار) قبله سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها». و نحوه في كشف اللثام. و في الجواهر: «إذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه، لكون الفسخ منها قبل الدخول، و لأنه كتلف المبيع قبل قبضه، و لكون النكاح كالمعاوضة المبنية على التسليم بالتسليم. لكن قد يناقش بثبوت المهر بالعقد. و كون الفسخ من قبلها على تقدير اقتضائه سقوط المهر إنما يؤثر لو كان المهر لها لا إذا كان لغيرها. و القياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا. و بناء هذه المعاوضة على احتمال جريان أمثال هذه العوارض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٨

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

[مسألة ٢: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]

(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها. و إن جعل للمولى، أو أطلق، ففي كونه لها أوله قولان، أقواهما: الثاني، لأنه

فيها». و ما ذكره من المناقشة متين، إلا ما ذكره من ثبوت المهر بالعقد فإنه لا يقتضى بقاء المهر، لكون المفروض انفساخ العقد باختيار الفراق، و بعد انفساخه لا يبقى لمضمونه أثر، فضلاً 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. و لم يتضح الفرق بين الفسخ و البطلان فيما نحن فيه، لأنه إذا بطل النكاح فقد بطل المهر، لأنه شرط فيه، و بالجملة: بقاء المهر مع الفسخ- الذي ذكره في الجواهر- أو مع البطلان- الذي ذكر في المتن- غير ظاهر. نعم يمكن دعوى منع حصول الفسخ و البطلان باختيار الفراق، و احتمال أن يكون نظير الطلاق. غاية الأمر أن إيقاع الطلاق جعل الفراق من الزوج و إيقاع هذا الفراق من الزوجة. و لا يأبى

قوله (ع) في الصحيح الأول: «وإن شاءت نزعت نفسها منه»

و ،

قوله (ع) في الصحيح الأخير: «وإن شاءت فارقته» (١)

أن يكون من قبيل الفراق المجعول ضد الزوجية، لا نقض الزوجية المجعولة. وحينئذ يكون أقوى الوجوه ما اختاره المصنف (ره).
و حمل الفراق في المقام على الطلاق في تنصيف المهر، لا وجه له. فالعمل بالأصل متعين.

(١) تقدم التعرض لهما في أول هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٥٩

ثابت بالعقد (١) وإن كان يستقر بالدخول، و المفروض أنها كانت أمه حين العقد (٢).

[مسألة ٣: لو كان نكاحها بالتفويض]

(مسألة ٣): لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر (٣) فالظاهر أن حاله حال ما إذا عين في العقد (٤) وإن كان بتفويض البضع (٥)، فإن كان الانعقاد بعد الدخول و بعد التعيين، فحاله حال ما إذا عين حين العقد (٦). و إن كان قبل الدخول، فالظاهر أن المهر لها (٧)، لأنه يثبت

(١) على الأصح، كما في المسالك، و التحقيق، كما في الجواهر، و نحوهما ما في غيرهما: لوضوح أنه مذكور في العقد، فإذا صح ثبت.

وقيل: يثبت بالدخول، و لذا يتنصف بالطلاق قبل الدخول. و فيه:

أنه حكم على خلاف القاعدة قام عليه الدليل. على أن ثبوت النصف حينئذ يدل على عدم استقلال الدخول في ذلك.

(٢) فيكون مهرها لمولاها. و إذا قلنا بأن المهر يثبت بالدخول لا بالعقد اتجه حينئذ ثبوت المهر لها، لأن الدخول كان في حال الحرية.
(٣) بأن يذكر المهر في العقد و يفوض تعيينه إلى أحد الزوجين بعينه، أو لو مطلقاً لا بعينه، أو لو إليهما معاً، أو لو إلى أجنبي، على خلاف في ذلك.

(٤) كما في كشف اللثام و الجواهر. لأن المهر حينئذ يكون بالعقد، فتجرى فيه أحكام الصور الثلاث للمهر المعين في العقد.

(٥) بأن لا يذكر المهر في العقد أصلاً، لا إجماعاً، و لا تفصيلاً.

(٦) لان التعيين اللاحق كالتعيين في العقد نافذ. و إن كان العتق بعد الدخول بلا تعيين تعين مهر المثل. و يكون للسيد في الفرضين.

(٧) يعنى: إذا دخل بها قبل اختيار الفراق. أما إذا اختارت الفراق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٠

حينئذ بالدخول، و المفروض حريتها حينه.

[مسألة ٤: إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق]

(مسألة ٤): إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق (١)، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، و إن اختارت البقاء بقى له حق الرجوع. ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العدة، بل يكفيها عدة واحدة (٢) و لكن عليها تميمها عدة الحرة (٣). و إن كانت العدة بائة فلا خيار لها على الأقوى (٤).

قبل الدخول فلا مهر لها، ولا للسيد، لعدم المقتضى له، لا عقد، ولا دخول، إلا إذا قلنا بأن صداق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها، وإنما الفرض كاشف عن قدر الواجب، فهو للسيد، كما ذكر في القواعد وكشف اللثام والجواهر.

(١) لأنها بحكم الزوجة. ولضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر، كما في كشف اللثام وغيره.

(٢) نص على ذلك كله في القواعد وغيرها. ويقتضيه إطلاق الأدلة.

ولا مجال للرجوع إلى أصالة عدم التداخل، لأنها خلاف المرتكزات العرفية في المقام.

(٣) لصيرورتها حرة. لكن الاكتفاء بذلك يقتضى إلغاء سببية الفسخ للعدة، وهو أمر زائد على التداخل، ووجهه غير ظاهر، لأنه إلغاء

لسببية الفسخ من غير وجه، والارتكاز إنما يساعد على التداخل، لا على إلغاء السببية بالمرة. نعم ما في المتن المذكور في القواعد وغيرها، ويظهر منهم المفروغية عنه، فإن كان إجماعاً فهو، وإلا فالمتعين استئناف عدة الحرة للفسخ.

(٤) كما في الجواهر. لأنها حينئذ ليست زوجة، ونصوص الخيار

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦١

[مسألة ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]

(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم (١).

[مسألة ٦: الخيار على الفور]

(مسألة ٦): الخيار على الفور (٢) على الأحوط، فوراً عرفياً. نعم لو كانت جاهلة بالعتق، أو بالخيار، أو

مختصة بالزوجة «١». وكذا لو أعتقت في أثناء العدة الرجعية فلم تفسخ لعدم علمها إلى أن خرجت عن العدة، فإنها لا خيار لها حينئذ لخروجها عن الزوجية حقيقةً وحكماً. والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه، وإن كان قول المصنف (ره): «على الأقوى» يشعر بوجود الخلاف، لكنني لم أعر عليه، ولا على إشكال فيه.

(١) كما نص على ذلك في القواعد. وفي كشف اللثام: «للساغية وجه بالافتقار». وظاهره أنه لا خلاف فيه بيننا.

(٢) كما نص على ذلك في الشرائع والقواعد. وفي المسالك: «يظهر من الجماعة الاتفاق عليه». وفي كشف اللثام: «اتفاقاً كما هو الظاهر».

وفي الحدائق: «ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه». وفي الرياض: أنه متفق عليه عند الجماعة، كما حكاه طائفة.

واستدل له بلزوم الاقتصار على المتيقن في فسخ العقد اللازم. ومرجه إلى التمسك بعمومات اللزوم عند الشك فيه، فإن عمومات اللزوم كما لها عموم أفرادى لها عموم أزمانى، فإذا دل الدليل على عدم اللزوم في زمان وشك فيما بعده من الأزمنة في اللزوم وعدمه تعين الرجوع إلى عموم اللزوم الأزمانى في الزمان المشكوك. ويشكل بأن ذلك وإن سلم، فإنما يصح إذا لم يكن للدليل الخيار إطلاقاً، وإلا كان إطلاقه مقدماً على العموم الأزمانى، ففي الزمان المشكوك يرجع إلى إطلاق الخيار، لا إلى إطلاق اللزوم الأزمانى.

فلاحظ، فإذا العدة هو الاتفاق المدعى في المقام على الفورية.

(١) تقدم التعرض لها في أول هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٢
بالفورية جاز لها الفسخ بعد العلم (١)، ولا يضره التأخير حينئذ.

[مسألة (٧): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها]

(مسألة ٧): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها (٢).

(١) أما فى الأول: فمقطوع به، كما فى كشف اللثام. و أما فى الأخيرين: فاحتمل فى القواعد السقوط، و عدمه، و الفرق بينهما. و علل الأول فى كشف اللثام: بأن الثبوت خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و لأن الرضا بعد العلم بملكها بضعها بمنزلة العقد بعده، و لأن الجهل لو كان عذراً لكان النسيان كذلك. و فى الجميع منع ظاهر، إذ دليل الخيار يقتضى الثبوت فى غير مورد الإجماع على السقوط. و المشابهة فى الثانى ممنوعة.

و الملازمة فى الثالث كذلك. مع أنه لا دليل على بطلان اللازم، بل فى المسالك: إلحاق النسيان بالجهل. و العمدة فى الحكم فى الجميع عدم تمامية الإجماع على السقوط، و مقتضى إطلاق الدليل ثبوته. و منه يظهر الإشكال فى احتمال الفرق بينهما. و توجيهه بأنه مع العلم بالخيار إذا أخرج الفسخ فقد رضيت بالإجازة، و لاندفاع الضرر بإثبات الخيار لها مع العلم و إن لم تعلم الفورية. كما ترى، إذ الأول ممنوع. و الثانى مبنى على ثبوت الخيار بالضرر، و هو ممنوع، لقيام الدليل عليه، فيؤخذ بإطلاقه ما لم يتم إجماع على خلافه، كما عرفت.

(٢) يظهر من الجواهر احتمال إن لم يكن إجماع على خلافه. و فى القواعد: «لو أعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ، و المجنونة عند الرشد.

و ليس للولى الاختيار هنا، لأنه على طريقة الشهوة». و ظاهر كشف اللثام: المفروغية عنه. و فى الحدائق: «قالوا ليس للولى هنا...». و ظاهره النسبة إلى الأصحاب. لكن التعليل المذكور فى القواعد كما ترى، إذ الشهوة لا تراحم المصلحة، و لذا يصح تصرف الولى لو زوجها بمن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٣

[مسألة (٨): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم يعلم]

(مسألة ٨): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم يعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها (١).

[مسألة (٩): ظاهر المشهور عدم الفرق فى ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو آذنها]

(مسألة ٩): ظاهر المشهور عدم الفرق فى ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو آذنها فاختارت هى زوجاً برضاها (٢). و لكن يمكن دعوى انصراف الاخبار الى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها (٣).

[مسألة (١٠): لو شرط مولاها فى العتق عدم فسخها فالظاهر صحته]

(مسألة ١٠): لو شرط مولاها فى العتق عدم فسخها فالظاهر صحته (٤).

شاء إذا كان مصلحة لها، كما لا يخفى. فالعمدة فى الاشكال فى ذلك عدم ثبوت العموم الدال على ولاية الولى بحيث يشمل المقام.

و لأجل ذلك كان الإشكال في صحة هبة المدة من الولي في النكاح المنقطع، إذ لا عموم في دليل الولاية يقتضى ذلك. فلاحظ.

(١) للأصل بعد عدم الدليل على الوجوب. وكذا لا يجب على المالك إعلانها بذلك، لما ذكر.

(٢) كما يقتضيه إطلاق كلامهم.

(٣) لكن الدعوى المذكورة ضعيفة، والانصراف بدوى لا يعتد به في رفع اليد عن إطلاق 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 إشكال فيه، ولا خلاف. ويقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة صحة العتق مع شرط الخدمة، أو شرط المال، أو غير ذلك. مضافاً إلى

احتمال عموم السلطنة، وأن العبد تحت سلطان المولى حتى بالإضافة إلى ذمته،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٤

[مسألة (١١): لو أعتق العبد لا خيار له، ولا لزوجه]

(مسألة ١١): لو أعتق العبد لا خيار له (١)، ولا لزوجه (٢).

فله إشغالها بما شاء. ولأجل ذلك يظهر أنه لا حاجة إلى قبول العبد، كما هو مذهب جماعة، منهم المحقق في ظاهر كلامه. خلافاً

لآخرين، للشك في صدق الشرط بدون الرضا، فلم يثبت عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» (١)

له. وفيه: ما لا يخفى. وفي القواعد: استتقرب العدم في شرط الخدمة، دون المال، لأن الخدمة من المنافع المملوكة للمولى، دون

المال. وفيه:

أنه لو قيل بعدم ملك المال فهو أيضاً تحت سلطان المولى إن كان موجوداً.

نعم إذا لم يكن موجوداً فلا سلطنة للمولى عليه. لكن سلطنة المولى على الذمة تقتضى قدرته على اشغالها بما يشاء من المال. ومن

ذلك يظهر أن صحة اشتراط الخدمة ليس من قبيل استثناء المنافع، بل هو من قبيل إشغال ذمة العبد بها، لأنها تحت سلطانه. فلاحظ.

(١) على المشهور شهرة عظيمة، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا عن ابن الجنيد، فثبت له الخيار، قياساً على الأمة، وعن ابن حمزة، فأثبت

له الخيار إذا كان قد أكرهه على النكاح. وعن المختلف: موافقته في ذلك لأنه كالحر المكره. والاشكال عليهما ظاهر، إذ القياس

ليس بحجة.

والحر المكره مسلط على نفسه، فيمكن أن يكون الإكراه له مانعاً من نفوذ سلطانه على نفسه، بخلاف العبد، لأنه تحت سلطان المولى،

ولا سلطان له على نفسه. هذا وفي الرياض موافقتهما في ذلك بشرط استمرار الكراهة إلى حال الاختيار. وكأنه لأن الكراهة في حال

الحرية من قبيل الإكراه للحر. وفيه: أن الإكراه للحر مانع من الصحة، ولا مجال لذلك هنا، كما عرفت، لا أنه يثبت الاختيار، كى

يلحق به المقام.

(٢) بلا خلاف، لأنها رضيت به عبداً فأولى أن ترضى به حراً،

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٥

[مسألة (١٢): لو كان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدى الأمتين]

(مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرة و أمتان فأعتقت إحدى الأمتين فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان (١). و على

كما ذكر

□

في خبر علي بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع): «في رجل زوج أم ولد له من عبد، فأعتق العبد بعد ما دخل بها. هل يكون لها الخيار؟ قال (ع): قد تزوجته عبداً و رضيت به فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به» (١)

، و نحوه خبر أبي بصير

«٢». (١) قد تقدم أنه لا يجوز للعبد أن يتزوج حرتين و أمه، و له أن يتزوج أمتين و حرة. و في المقام بعد عتق إحدى الأمتين يكون العبد قد جمع بين حرتين و أمه، و لما لم يجز ذلك كان اللازم بطلان زوجية الجميع، لعدم المرجح. لكن الظاهر إلحاق المقام بما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع، حيث ذكروا أنه يختار أربعاً و يترك الباقي. فإذا كان حكم الزوج الاختيار أشكل البناء على ثبوت الخيار للزوجة، و إن كان مقتضى إطلاق الدليل ذلك، لكن تمكن دعوى انصرافه عن صورة تزلزل حال المرأة من جهة أن للزوج اختيار غيرها، فيبطل نكاحها. و فيه: أن هذا المقدار من التزلزل لا يستوجب الانصراف المعتد به، لإمكان أن يكون الخيار لكل من الزوج و الزوجة، فثبوت الخيار للزوج لا- يوجب قصور دليل الخيار للزوجة عن شمول الفرض، نظير ما لو كان العتق في أثناء العدة الرجعية.

مضافاً الى أن ذلك لو تمّ فإنما يقتضى نفي خيارها قبل اختيار الزوج، لا- مطلقاً، فلو اختارها الزوج كان لها الخيار، لانتفاء المانع المذكور.

و يحتمل بعيداً أن يكون تردد المصنف (ره) من جهة احتمال بطلان نكاحها بمجرد العتق، و عدم الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر

(١) الوسائل باب: ٥٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٥٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٦

الأول: إن اختارت البقاء، فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها؟ وجهان (١). و كذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء (٢) فأعتقت إحداها. و لو أعتق في هذا الفرض جميعهن

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، و إن كان في زمانين تعين البناء على بطلان اللاحق و صحة السابق. فالبناء على اختيار الزوج مستند إما الى الإجماع. أو الى

النص الوارد: «في المجوسى إذا أسلم و له سبع نسوة و أسلمن معه، كيف يصنع؟

قال (ع): يمسك أربعاً، و يطلق ثلاثاً» (١).

و الظاهر أنه ليس في روايات أصحابنا سواه. و الإجماع و النص لا يشملان المقام. فيتعين البناء على بطلان الجميع فى المقام، لعدم المرجح. و حينئذ لا مجال لخيار الزوجة، لانتفاء موضوعه.

(١) لم يتضح وجه البطلان مع اختيارها للبقاء. نعم إذا قلنا بأن الممتنع أن يجمع العبد بين حرتين و أمه مع استقرار النكاح فما دامت الأمة المعتقدة لها الخيار لا- مانع من الجمع، فاذا استقر نكاحها باختيارها البقاء امتنع الجمع، فبطل نكاحها. لكن لو تمّ اقتضى بطلان

نكاح الجميع.

فاذاً التحقيق - بعد البناء على إلحاق المقام بصورة ما إذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع - هو ثبوت الاختيار لكل من الزوجة و الزوج في الفرض، و لا يبطل نكاحها إلا إذا اختار الزوج غيرها.

(٢) إذا كان عند العبد ثلاث إماء فأعتق إحداها لم يكن مانع من الجمع بينها، لأنه يجوز للعبد أن يجمع بين حرة و أمتين. و حينئذ فلا إشكال في ثبوت الخيار للمعتقة، و ليس هو مما نحن فيه. نعم إذا أعتق

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٧

دفعه ففي كون الزوج مخيراً و بعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات، فان اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع (١)، و جوه.

[فصل في العقد و أحكام]

إشارة

فصل في العقد و أحكام

[مسألة (١): يشترط في النكاح الصبغة]

(مسألة ١): يشترط في النكاح الصبغة، بمعنى:

الإيجاب و القبول اللفظيين (٢). فلا - يكفي التراضي الباطني، و لا - الإيجاب و القبول الفعليين. و أن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحوط. فلا يكفي بلفظ المتعة في

اثان منهما كان قد جمع بين حرتين و أمه. و لا يجوز للعبد ذلك، فحينئذ يجيء الإشكال السابق. و كذا لو كانت أربع إماء فأعتقت واحدة، فإنه لا يجوز للعبد أن يجمع بين ثلاث إماء و حرة، فيجرى فيه ما سبق.

(١) قد عرفت أنه مقتضى القاعدة، و أن الإلحاق بصورة ما إذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع غير ظاهر. و لو بنى عليه لم يكن وجه لتقديم اختيار الزوج على اختيار الأمه، أو تقديم اختيارها على اختياره، فان كون اختياره موضوعاً لاختيارها و كذا العكس مما لم يشهد به شاهد.

و المتعين أن يكون لكل منهما الاختيار، كما لو أعتقت في أثناء العدة الرجعية.

فصل في العقد و أحكامه

(٢) قال في الحدائق: «أجمع العلماء من الخاصة و العامة على توقف النكاح على الإيجاب و القبول اللفظيين». و في كلام شيخنا الأعظم (ره):

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٨

النكاح الدائم (١)، و إن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إرادة الدوام. و يشترط العربية مع التمكن منها (٢)،

«أجمع علماء الإسلام- كما صرح به غير واحد- على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح، لا يباح بالإباحة، ولا المعاطاة». ونحوهما كلام غيرهما.

ولأجل هذا الإجماع افترق النكاح عن غيره من مضامين العقود، فإنها يجوز إنشاؤها بالفعل، بخلافه. وأما الفارق بينه وبين السفاح فلا- يرتبط بذلك، إذ السفاح الوطء لا- بعنوان 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. فلاحظ.

(١) كما عن التذكرة والمختلف. وفي كشف اللثام: نسبتته إلى الأكثر وعن ظاهر السيد في الطبريات: الإجماع عليه. وفي المسالك الاستدلال له بأصالة عدم ترتب الأثر عليه، للشك في جوازه، لأنه حقيقة في المنقطع، مجاز في الدائم، والعقود اللازمة لا- تقع بالمجاز. وفي كلتا المقدمتين منع.

وأصالة عدم ترتب الأثر لا مجال لها في قبال عمومات النفوذ والصحة.

ولذا اختار في الشرائع، والمختصر النافع، والقواعد، والإرشاد: الجواز.

ويشهد له ما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً

«١». (٢) قال في التذكرة: «فلو تلفظ بأحد اللفظين بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكنه و معرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا. وهو قول الشافعي وأحمد». ونحوه عن المبسوط. وعلل في التذكرة: بأن غير العربي بالنسبة إليه كالكناية، فلا يعتبر به. وفي الجواهر: بأنه مقتضى الأصل، الذي لا يعارضه الإطلاق، لانصرافه إلى المتعارف، وفي كشف اللثام: بأنه مقتضى الأصل، والاحتياط في الفروج. و المناقشة في ذلك كله

(١) راجع الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المتعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٦٩

ولو بالتوكيل على الأحوط (١). نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفي غيرها من الألسنة إذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج. والأحوط اعتبار الماضوية (٢).

ظاهرة، إذ كونه كالكناية ممنوع، كعدم الصحة في الكناية إذا كانت الدلالة ظاهرة. والأصل والاحتياط لا مجال لهما مع الإطلاق. والانصراف إلى العربية- لأنه المتعارف- بدوى، لا يعول عليه في رفع اليد عن الإطلاق.

مع أن كون المتعارف مطلقاً العربية ممنوع، بل المتعارف عند أهل كل لغة ما هو بلغتهم، فلو بنى على تقييد المطلق بالمتعارف كان اللانصراف اعتبار كل لغة عند أهلها، فلا يصح بالعربية لغير العربي- فالبناء على جواز غير العربي- كما عن ابن حمزة- غير بعيد، بل هو المتعين.

(١) يظهر من التذكرة الاتفاق منا على الجواز مع عدم القدرة على العربية، وعدم إمكان التعلم، وإن تمكن من التوكيل. وكانهم استفادوا ذلك مما ورد في طلاق الأخرس من الاجتزاء فيه بالفعل الدال على إنشاء الفراق

«١». لكن استفادة حكم المقام من ذلك المقام غير ظاهرة. فلو بنى على لزوم الاحتياط في الباب كان اللازم عدم الاكتفاء بالترجمة حتى مع عدم إمكان التوكيل. اللهم إلا أن يكون الإجماع هو المستند.

(٢) كما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم. كذا في المسالك. واستدل له بأن الماضي دال على صريح الإنشاء المطلوب في العقود، بخلاف صيغة المضارع والأمر، فإنهما ليسا موضوعين للإنشاء. ولاحتمال الأول الوعد. وللزوم الاقتصار على المتيقن، وغير الماضي مشكوك. ولأن تجويز غيره يؤدي إلى انتشار الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة. والجميع كما ترى. فإن الأول

ممنوع. و الماضي يكون خبراً تارة، و إنشاء أخرى،

(١) راجع الوسائل باب: ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٠

و إن كان الأقوى عدمه (١)، فيكفي المستقبل، و الجملة الخبرية (٢)، كأن يقول: «أزوجك» أو «أنا مزوجك فلانة». كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول (٣)،

كالمضارع، بل لا فرق بين الفعلين إلا في الحكاية عن زمان التلبس. و احتمال الوعد لا أثر له مع القرينة على إرادة الإنشاء. و الاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل في المشكوك، و كفى بالإطلاق دليلاً. مضافاً الى النصوص الواردة في بيان عقد الانقطاع «١»، المتضمنة جواز إنشائه بمثل: «أزوجك متعة على كتاب الله تعالى»، و لا فرق بين الانقطاع و الدوام. (١) كما نسب الى ابن أبي عقيل، و المحقق، و جماعة.

(٢) فإنها كالجمله الفعلية صالحه للخبر و الإنشاء، و قد أجمع على جواز العتق بمثل: «أنت حر»، و في «أعتقتك» إشكال كما أجمعوا على صحة الطلاق بمثل: «أنت طالق». فما الذي دعى إلى الإشكال فيها هنا؟!.

(٣) كما نسب إلى الأ-كثر، و الأشهر في مطلق العقود. و يقتضيه مفهوم القبول العقدي، فإن مفهوم القبول في نفسه و إن كان يتعلق بالأمر الاستقبالي كما يتعلق بالأمر الماضي، نظير الرضا و الحب و البغض و نحوها، بل لا يعتبر فيه وقوع الإيجاب لا في الماضي و لا في المستقبل، لتعلقه بالوجود اللحظي، إلا أن القبول العقدي - أعنى: ما يقابل الإيجاب - مختص بما يتعلق بالإيجاب الماضي، فيكون معنى القبول المقابل للإيجاب هو الرضا بما جعل و أنشئ. أما الرضا بما يجعل و ينشأ فلا يكون قبولاً بالمعنى المقابل للإيجاب، فلو تقدم القبول لم يكن قبولاً بذلك المعنى.

و أما ما ورد في الروايات الواردة في بيان كيفية المتعة المتضمنة: أنه يقول لها: «أزوجك متعة على كتاب الله تعالى و سنه نبيه (ص)، فاذا

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧١

و إن كان الأقوى جواز العكس أيضاً. و كذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه و القبول من جانب الزوج (١)،

قالت: نعم فقد رضيت و هي امرأتك» (١)

، فليس من باب تقديم القبول، بل من باب الإيجاب ممن وظيفته القبول، كما سيشير إليه في المتن، فلا مجال للاستدلال به على ما نحن فيه. و مثله الإيجاب في البيع من المشتري بأن يقول: «اشترت فرسك بدينار» مثلاً، فيقول البائع: «بعت» أو «قبلت»، فإنه ليس من تقديم القبول على الإيجاب. و من ذلك تعرف الأشكال فيما ذكره في الشرائع بقوله: «و لا- يشترط تقديم الإيجاب، بل لو قال: «تزوجت» فقال الولي: «زوجتك» صح». لكن في المسالك:

«و ربما قيل بعدم صحته مقدماً، لأن حقيقة القبول الرضا بالإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً، لعدم معناه. و فيه منع كون المراد من القبول قبول الإيجاب، بل قبول النكاح، و هو متحقق على التقديرين.

و لأننا نقول بموجبه، فإن القبول حقيقة ما وقع بلفظ: «قبلت»، و لا إشكال في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ، و إنما الكلام فيما وقع

بلفظ:

«تزوجت» أو «نكحت» فهو في معنى الإيجاب، و تسميته قبولاً- مجرد اصطلاح». و على هذا يكون النزاع لفظياً، و يكون مرجع القول بالجواز الى القول بجواز الإيجاب ممن وظيفته القبول، لا- جواز تقديم القبول على الإيجاب. و هو كما ترى لا يلتزم مع ما في المتن، فان جواز الإيجاب من الزوج سيتعرض له بعد ذلك، بل و لا يلتزم مع كلمات جماعة ممن قال بجواز تقديم القبول و أدلتهم عليه. فلاحظ.

(١) لا يخفى أن الزوجية المجعولة في عقد النكاح مقابل الفردية، فكأن كل واحد من الرجل و المرأة فرد، فاذا تزوج أحدهما بالآخر صار زوجاً

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب المتعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٢

و ان كان الأقوى جواز العكس. و أن يكون القبول بلفظ:

«قبلت» (١). و لا يبعد كفاية «رضيت». و لا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاقتصار على لفظ: «قبلت» من

بضم الآخر اليه. و هذا الضم كما يمكن لحاظه في الزوجة بأن تنضم الى الرجل، يمكن لحاظه في الرجل بأن يضم إلى الزوجة. لكن شرافة الذكر تقتضى الأول، لأن الضم فيه تابعية و متبوعية، و الرجل أولى بالمتبوعية، كما أن الأنثى أولى بالتابعية، فلذلك تعارف إيجاب المرأة بقولها للرجل: «زوجتك نفسى»، و لم يتعارف إيجاب الرجل بقوله للمرأة: «زوجتك نفسى».

فاذا وقع الإيجاب من الرجل، فتارة: يكون المعنى الذى يوجهه أن تنضم اليه المرأة، فيقول: «تزوجتك»، فتقول هي: «قبلت» و نحوه. و أخرى: يكون المعنى الذى يوجهه معنى آخر غيره، مثل أن يقول الرجل للمرأة: «زوجتك نفسى». أما الأول: فلا ينبغي الإشكال فى صحته، كما يقتضيه إطلاق الأدلة، و ما ورد فى بيان كيفية المتعة. و الاقتصار فيه على مورده ينافيه ما فى بعض تلك النصوص، من أنه إذا لم يذكر الأجل انقلب دائماً. فتأمل. و أما الثانى: فلا يخلو من إشكال. و مجرد كون المرأة زوجة فى الكتاب و السنة و العرف لا يصح الاستعمال المذكور، لإمكان أن يكون الزوجية فيها تبعية لا أصلية، نظير عوضية المبيع للثمن.

نعم فى مادة النكاح يجوز الإيجاب ب «أنكحتك نفسى» من كل من الرجل و المرأة، لورود كل من الأمرين فى الاستعمال الصحيح، قال الله تعالى (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ) (١)، و قال تعالى (حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ) (٢).

(١) للاقتصار عليه فى كلام جماعة. و كأنه للانصراف الى المتعارف.

(١) النساء: ٢٢.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٣

دون أن يقول: «قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم» (١) و الأقوى كفاية الإتيان بلفظ الأمر (٢) كأن يقول: «زوجتى

لكن التعارف لا يوجب تقييد المطلق الدال على الاجتزاء بكل ما دل على القبول مثل: «رضيت» و «تزوجتك» و نحوهما.

(١) بلا خلاف عندنا و لا إشكال. و عن بعض الشافعية: المنع من ذلك، لاحتمال إرادة غير قبول الإيجاب. و هو كما ترى.

(٢) كما عن الشيخ، و ابنى حمزة و زهرة. و فى الشرائع: أنه حسن.

لخبر سهل الساعدي، المروي عند الخاصة و العامة. و في المسالك: أنه المشهور بين العامة و الخاصة، و رواه كل منهما في الصحيح. و هو

«أن امرأة أتت رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك، و قامت قياماً طويلاً. فقام رجل و قال 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 و لو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً. فقال رسول الله (ص): هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم، سورة كذا و سورة كذا، السور سماها. فقال رسول الله (ص): زوجتك بما معك من القرآن».

و لم أعرف من روى عن سهل هذه الرواية من أصحابنا غير ابن أبي جمهور الأحسائي في غوالي اللثالي «١»، على ما حكى. نعم في صحيح محمد بن مسلم المروي في الكافي و التهذيب عن أبي جعفر (ع): «قال: جاءت امرأة إلى النبي (ص) فقالت: زوجني فقال رسول الله (ص): من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله زوجنيها. فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لي شيء قال (ص): لا. فأعادت،

(١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٤

.....

فأعاد رسول الله (ص) الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة: أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال:

نعم. قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن. فعلمها إياه «١».

و ليس في شيء من طرق الحديث أن الرجل أعاد القبول فيكون أمره قبولاً مقدماً على الإيجاب، كما ذكره الجماعة. و عن جماعة آخرين - منهم ابن إدريس و العلامة في المختلف -: عدم الاجتزاء بذلك. و عن الشهيد في شرح الإرشاد: تنزيل الرواية على أن الواقع من النبي (ص) قام مقام الإيجاب و القبول، لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ) «٢»، فيكون ذلك من خواصه. و تنظر فيه في المسالك: بأن الولي على الطرفين يعتبر وقوع الإيجاب و القبول منه، و أن ذلك موضع وفاق، و لا يكفي أحد من الفقهاء بلفظ واحد عنهما منه، و لا ضرورة إلى جعل ذلك من خصوصيات النبي (ص) مع وجود القبول اللفظي و قول جماعة من العلماء به. انتهى.

و يريد بالقبول اللفظي الأمر بالتزويج. و فيه: أن دعوى الوفاق على ذلك غير ظاهرة بعد بناء الشهيد على تنزيل الرواية على ما ذكر، و قد تقدم في تزويج المولى عبده القول من جماعة بأنه يكفي إيجاب المولى فقط و لا يعتبر قبول العبد، و أن ذلك هو الذي يقتضيه التحقيق، و كان الأولى للشهيد تنزيل الرواية على ما تقدم في ذلك المبحث، من أن الوكيل عن الطرفين يجزى إيجابه عن القبول، فان الرجل لما طلب تزويجه من النبي فقد جعله و كيلاً عنه أو مأذوناً منه في تزويجه، فلا حاجة إلى قبوله حتى لو كان المأذون غير النبي (ص)، و ليس ذلك مبنياً على ولايته (ص)

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب المهر حديث: ١ و ملحقة.

(٢) الأحزاب: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٥

.....

المستفادة من الآية الشريفة. وحينئذ يطرد الحكم المذكور في غير النبي (ص) من سائر الناس، ولا يكون من خواصه (ص).
ولعل ذلك مراد المصنف (ره)، لا- كون الأمر قبولاً، كما ذكره الجماعة، فإنه غير معقول لأن الأمر بالتزويج إنشاء لإيقاعه من
المخاطب المأمور، لا إنشاء لنفسه، كما في «لأتزوج» الذي هو إنشاء لزوجة نفسه.

وحمل الأمر على غير معناه وهو إنشاء القبول، خلاف المقطوع به. ومن ذلك يظهر أنه لو فرض عدم دلالة الرواية على عدم القبول
من الرجل بعد إيجاب النبي (ص)، لأن الراوى ليس في مقام حكاية جميع ما وقع من أجزاء العقد، ولا في مقام الحكاية لجميع 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 الأمر قبولاً. نعم لا يتأتى هذا الحمل في كلام الشرائع، لتصريحه
بكون الأمر قبولاً إذا كان بقصد إنشاء القبول.

وكذا كلام القواعد، وغيرهما. فيكون الحكم على خلاف القاعدة من وجهين: تقدم القبول على الإيجاب، وإنشاء القبول بلفظ الأمر،
الذى هو من قبيل الإنشاء بالألفاظ المستنكرة عرفاً. لكن عرفت أن إثبات ذلك بالرواية غير ممكن، لأن حمل الأمر فيها على إنشاء
القبول خلاف المقطوع به. فلاحظ.

وبالجملة: مراد الجماعة إن كان هو أن الأمر يغنى عن القبول، فيترتب الأثر على الإيجاب فقط، فذاك مقتضى القاعدة، ولا يحتاج
في إثباته إلى الرواية. وإن كان هو أن الأمر قبول تعبداً، فذلك مما لا دليل عليه، والرواية لا تثبت. وإن كان هو أن الأمر قبول إذا
كان صادراً بعنوان إنشاء القبول- كما يظهر من عبارة الشرائع- فالرواية لا تدل عليه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٦

فلانة»، فقال: «زوجتكها»، وإن كان الأحوط خلافه.

[مسألة ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة]

(مسألة ٢): الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة مع قصد الإنشاء وإن تمكن من التوكيل على الأقوى (١)

[مسألة ٣: لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة]

(مسألة ٣): لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة (٢).

[مسألة ٤: لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول في ألفاظ المتعلقة]

(مسألة ٤): لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول في ألفاظ المتعلقة (٣)، فلو قال: «أنكحتك فلانة».

قطعاً، والبناء عليه يتوقف على صحة إنشاء القبول بالألفاظ المستنكرة، مثل أن يقول لولى المرأة: «أذنت لك في تزويجي» بقصد
إنشاء القبول.

(١) في جامع المقاصد: «كأنه لا خلاف في ذلك» وفي كشف اللثام:

«و هو مما قطع به الأصحاب». واستدل له بفحوى ما ورد في الطلاق، كصحيح البنظى عن الرضا (ع): «في الأخرس الذى لا يكتب و

لا يسمع كيف يطلقها؟ قال (ع): بالذى يعرف به من أفعاله»

«١»، و ما ورد فى قرائته و تليته و تشهده

«٢». و العمدة فيه إطلاق نفوذ العقود و الإجماع على اعتبار اللفظ غير منعقد فى المقام.

(٢) كما فى القواعد و غيرها. و فى جامع المقاصد: «لا ريب عندنا فى أن الكتابة لا تكفى فى إيقاع عقد النكاح للمختار». و يقتضيه ما تقدم من الإجماع على اعتبار اللفظ. و يشكل ما فى جامع المقاصد من تعليقه بأن الكتابة كناية، و لا يقع النكاح بالكنايات. انتهى، فإن الكتابة ليست من الكناية فى شىء، و لا مانع من الكناية إذا كانت واضحة الدلالة.

(٣) كما نص على ذلك فى الشرائع. و فى الجواهر: أنه لا خلاف فيه و لا إشكال، لإطلاق الأدلة.

(١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث: ١.

(٢) راجع الوسائل باب: ٥٩ من أبواب القراءة فى الصلاة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٧

فقال: «قبلت الترويج»، أو بالعكس كفى. و كذا لو قال:

«على المهر المعلوم» فقال الآخر: «على الصداق المعلوم».

و هكذا فى سائر المتعلقةات.

[مسألة ٥: يكفى - على الأقوى - فى الإيجاب لفظ «نعم» (١) بعد الاستفهام]

(مسألة ٥): يكفى - على الأقوى - فى الإيجاب لفظ «نعم» (١) بعد الاستفهام، كما إذا قال: «زوجتى فلانة بكذا؟» فقال: «نعم» (٢) فقال الأول: «قبلت».

لكن الأحوط عدم الاكتفاء (٣).

(١) كما عن الشيخ و ابن حمزة. و تبعهما فى النافع و الإرشاد. و تردد فيه فى الشرائع. و استشكل فيه فى القواعد.

(٢) بقصد إعادة اللفظ للإنشاء، لا بقصد جواب الاستفهام. و قد يشير إليه ما

فى رواية أبان بن تغلب قال: «قلت لأبى عبد الله (ع):

كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه. لا وارثه و لا موروثه، كذا و كذا يوماً

.. الى أن قال (ع):

فاذا قالت: نعم، فقد رضيت و هى امرأتك ..» (١).

(٣) لأن الظاهر أنه من قبيل الإيقاع بالمجازات المستنكرة عرفاً، لأن الحذف و التقدير اعتماداً على السؤال إنما يكون فى الجواب الخبرى، لا فيما لو قصد الإنشاء، فإنه يكون ابتداء كلام. و لذا قد يشكل الأمر و إن صرح بالجملة، بأن قال: «نعم زوجت ابنتى من فلان» قاصداً الإنشاء بها، لأن كلمة «نعم» تقتضى الاخبار، و الجمع بينها و بين الجملة بقصد الإنشاء يقتضى التنافى بين الكلامين، كما لو قال: «أخبرك أنى قد زوجتك ابنتى» قاصداً الإنشاء بالجملة، كما أشار الى ذلك فى الرياض. و لا وجه لاستغرابه، كما فى الجواهر. و بالجملة: إذا كان الإنشاء بنحو مستنكر

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب المتعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٨

[مسألة ٦: إذا لحن في الصيغة]

(مسألة ٦): إذا لحن في الصيغة، فإن كان مغيراً للمعنى لم يكف (١). وإن لم يكن مغيراً فلا بأس به إذا كان في المتعلقات. وإن كان في نفس اللفظين - كأن يقول: «جوزتك» بدل «زوجتك» - فالأحوط عدم الاكتفاء به (٢). وكذا اللحن في الأعراب.

[مسألة ٧: يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة]

(مسألة ٧): يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة (٣).

[مسألة ٨: لا يشترط في المجرى للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً]

(مسألة ٨): لا يشترط في المجرى للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً (٤)، بأن يكون مميزاً للفعل و الفاعل و المفعول، بل يكفي علمه إجمالاً بأن معنى هذه الصيغة إنشاء النكاح و التزويج. لكن الأحوط العلم التفصيلي.

[مسألة ٩: يشترط الموالاة بين الإيجاب و القبول]

(مسألة ٩): يشترط الموالاة بين الإيجاب و القبول (٥).

عرفاً لا يصح، لأن إطلاق الصحة منزل على العرف، و المستنكر عرفاً غير ثابت عندهم، فلم يثبت شمول الإطلاق له. و أما رواية أبان و نحوها:

فليست مما نحن فيه، لأن «نعم» فيها واقعة موقع القبول، لا موقع الجواب عن الاستفهام. فلاحظ.

(١) لأنه من المستنكر عرفاً.

(٢) لكن الظاهر أنه ليس من المستنكر عرفاً، فيشمله إطلاق النفوذ.

(٣) لاشتراط ذلك في الإيقاع ضرورة.

(٤) لإطلاق الأدلة، و لا سيما و أن أكثر غير العرب لا يعرف ذلك لو كان إجراء الصيغة بالنحو العربي المعلوم صحته.

(٥) لاعتبارها في ارتباط القبول بالإيجاب، لاعتبار الهيئة الاتصالية في العقد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٧٩

و تكفي العرفية منها، فلا يضر الفصل في الجملة، بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب (١)، كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود و الشروط و غيرها و إن كثرت.

[مسألة ١٠: ذكر بعضهم: أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول]

(مسألة ١٠): ذكر بعضهم (٢): أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول، فلو كان القابل غائبا عن المجلس، فقال الموجب: «زوجت فلاناً فلانة» و بعد بلوغ الخبر اليه قال: «قبلت» لم يصح. وفيه: أنه لا دليل على اعتباره (٣)

(١) فلو أوجب الموجب، فلم يبادر صاحبه الى القبول، فوعظه و نصحه حتى اقتنع، فقال: «قبلت»، صح عقداً. لكن الموالة في المقام غير حاصله، لا حقيقة و لا عرفاً. فالهيئة الاتصالية المعتبرة في صدق العقد لا يعتبر فيها الموالة الحقيقية، و لا العرفية. نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول، فاذا وقع القبول في ذلك الحال كان عقداً. و كأن المراد ذلك. و لذا قال في القواعد: «و كذا (يعنى: لم ينعقد) لو أخر القبول مع الحضور، بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب». فالمدار على صدق المطابقة، و هي تحصل بما ذكر و لو مع الفصل الطويل.

(٢) المراد به: العلامة في القواعد

(٣) و في الجواهر: «لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه، و في غيره من العقود». و في جامع المقاصد في شرح ما ذكره العلامة قال: «لأن العقود اللازمة لا- بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعد جواباً للإيجاب». فجعل الوجه في اعتبار اتحاد المجلس اعتبار الموالة، الراجع الى اعتبار صدق العقد. و من المعلوم أن صدق العقد لا يتوقف على الفورية، و لا على اتحاد المجلس، بل يكون حاصلًا بما ذكرنا، فإنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٠

من حيث هو. و عدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاهدة و المعاهدة، لعدم التخاطب، و إلا فلو فرض صدق المعاهدة و عدم الفصل مع تعدد المجلس صح، كما إذا خاطبه و هو في مكان آخر لكنه يسمع صوته و يقول: «قبلت» بلا فصل مضر، فإنه يصدق عليه المعاهدة.

[مسألة ١١): و يشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود]

(مسألة ١١): و يشترط فيه التنجيز (١) كما في سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم لو علقه على أمر محقق معلوم- كأن يقول: «إن كان هذا يوم

ما دام الموجب منتظراً للقبول، فاذا حصل صدق العقد، و لو مع الفصل الطويل، كما عرفت.

(١) العمدة في اعتباره الإجماع المدعى في كلام الجماعة. و أما دعوى:

أن الإنشاء إيجاب للمنشأ، و كما أن الإيجاد الحقيقي لا يقبل الإناطة و التعليق، كذلك الإنشاء، لأنه إيجاب ادعائي. فمندفعة بالفرق بينهما، الناشئ من الفرق بين الحقيقة و الادعاء، لأن باب الادعاء واسع. و تحقيقه: أن الإنشاء راجع الى قصد تحقيق الأمر الادعائي، و من المعلوم أن القصد كما يتعلق بالموضوعات للحاظية، يمكن أن يناط أيضا بالأمر للحاظية، فيكون موجوداً في ظرف لحاظ الشرط، و مفقوداً في ظرف عدمه، فاذا فرض الإنسان وجود المرض قصد شرب الدواء، و إذا فرض عدمه لم يقصد ذلك، فيكون القصد دائراً مدار لحاظ الشرط و عدمه.

مع إمكان دعوى أن التعليق ليس للإنشاء، بل للمنشأ، لأن الإنشاء ليس ملحوظاً، فلا يكون موضوعاً لإضافة الإناطة بالشرط، بخلاف المنشأ،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨١

.....

فإنه الملحوظ و انه المجعول طرفاً لإضافة إناطة بالشرط. و حينئذ لا مجال للإشكال المذكور. و دعوى: أنه إذا كان التعليق للمنشأ في الإنشاء، يكون أيضا التعليق للمخبر به في الاخبار، فيكون الخبر مطلقاً و المخبر به معلقاً. و لازم ذلك الكذب في مثل قوله تعالى (لَوْ

كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (١)، لتحقق الخبر بلا مخبر به. مندفعه: بأن المخبر به الفساد على تقدير تعدد الآلهة، لا الفساد مطلقاً، فانتفاء الفساد في الجملة لا يستلزم الكذب، و إنما الذي يستلزمه انتفاء الفساد على تقدير تعدد الآلهة، لكنه غير منتف. و لا 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 لكن في غير الجمعة، فإن القيود المأخوذة في المخبر به يقتضى الخبر حصولها، و في قيد الشرط لا يكون الأمر كذلك، فإن صدق الخبر لا يقتضى حصوله، بل يقتضى حصول الجزاء على تقدير حصوله.

فصدق الشرطية في الآية الشريفة يقتضى تحقق الفساد على تقدير تحقق الشرط، لا تحقق الفساد و الشرط معاً، كما في سائر القيود. و من ذلك تعرف أن التحقيق أن التعليق في القضايا الشرطية التي يكون جزاؤها خبراً تارة، و إنشاء أخرى، إنما هو للمخبر به، و للمنشأ، لا- لنفس الاخبار به أو إنشائه فإن قلت: إذا كان التعليق للمنشأ لا- للإنشاء يلزم التفكيك بين المنشأ و الإنشاء إذا كان المعلق عليه استقبالياً، لحصول الإنشاء بالفعل، و عدم حصول المنشأ، و إلا كان خلفاً. و التفكيك بين الإنشاء و المنشأ كالتفكيك بين الإيجاد و الوجود ممتنع، لأن الإنشاء عين المنشأ، كما أن الوجود عين الإيجاد، و الاختلاف إنما هو بالإضافة لا غير، و يمتنع التفكيك بين

(١) الأنبياء: ٢٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٢

الجمعة زوجته فلانة» مع علمه بأنه يوم الجمعة- صح (١) و أما مع عدم علمه فمشكل (٢).

[مسألة (١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته]

(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فإن أراد البقاء فاللازم إعادة على الوجه الصحيح (٣)، و إن أراد الفراق فالأحوط الطلاق.

الشيء و نفسه.

قلت: المنشأ حاصل حين الإنشاء، لكنه معلق لا مطلق، فإذا أنشأ البيع معلقاً على قدوم الحاج فقد حصل البيع المعلق على قدوم الحاج حال الإنشاء، و الذى لم يحصل هو البيع المطلق و هو غير المنشأ.

و لأجل ما ذكرنا لم يكن خلاف و لا إشكال في صحة الوصية التمليكية المعلقة على الموت، و صحة التدبير، و هو العتق المعلق على الموت، و صحة النذر المعلق على أمر استقبالي. و دعوى أن صحة ذلك للدليل على خلاف القاعدة، كما ترى، خلاف المرتكزات العرفية.

و لأجل ذلك كان اللازم البناء في وجه المنع عن التعليق في العقود و الإيقاعات هو الإجماع الذى يقتصر فيه على المتيقن.

(١) لعدم دخوله في معقد الإجماع، بل المنسوب الى الفاضلين، و الشهيدين و المحقق الثانى، و غيرهم: هو القول بالصحة.

(٢) لاحتمال عدم انعقاد الإجماع على البطلان فيه. لكن ظاهر شيخنا الأعظم فى مكاسبه و صريح غيره ثبوت الإجماع على البطلان فيه.

و إن كان مقتضى بعض الأدلة التى سيقى لإبطال التعليق عدم الشمول للمورد.

(٣) من المعلوم أن الزوجية موضوع أحكام لزومية، مثل وجوب الإنفاق، و وجوب الوطاء فى كل أربعة أشهر، و نحو ذلك. و عدم

الزوجية أيضا يكون موضوعاً لأحكام لزومية، مثل حرمة الاستمتاع. فإذا ترددت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٣

و إن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية (١).

و إن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي، فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، و مع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

[مسألة (١٣): يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ، و العقل]

(مسألة ١٣): يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ، و العقل، سواء كان عاقداً لنفسه، أو لغيره، و كاله أو ولاية، أو فضولا. فلا اعتبار بعقد الصبي (٢)، و لا المجنون و لو كان أدواريا حال جنونه، و إن أجاز وليه أو

المرأة بين الزوجة و غيرها فقد تردد المكلف بين أحكام إلزامية، قد يمكن التخلص منها بالاحتياط و قد لا يمكن. فإذا أراد ترتيب أحكام الزوجية لا يكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية لعدم الزوجية، و إذا أراد ترتيب أحكام غير الزوجية لا يكون معذوراً في مخالفة الأحكام الإلزامية للزوجية. فلا بد له في الصورة الأولى من تجديد العقد على الوجه المعلوم الصحة من باب الاحتياط، ليأمن من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها، و في الصورة الثانية لا بد له من الطلاق من باب الاحتياط، ليأمن أيضاً من المخالفة الاحتمالية غير المعذور فيها.

(١) صحة التمسك بالأصل المذكور ينافي كون المورد من موارد الاحتياط اللزومي.

(٢) استدلال له تارة: بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم

«١»، بناء على أن الظاهر منه رفع الحكم أعم من التكليفي و الوضعي. و فيه:

أن الظاهر منه رفع قلم السيئات، و لا يرفع الإلزام المؤدى إليها، فلا

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب مقدمات العبادات حديث: ١١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٤

.....

يشمل ما نحن فيه. و أخرى: بالروايات المتضمنة منطوقاً أو مفهوماً عدم جواز أمر الصبي في البيع و الشراء.

كخبر حمزة بن حمران عن أبي جعفر (ع) في حديث أنه قال: «الجارية إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء و البيع. قال:

و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت، قبل ذلك» (١). و فيه:

أن الظاهر من الجواز ما كان على نحو الاستقلال في مقابل الجواز الثابت حال البلوغ، يظهر ذلك جداً بالتأمل في الرواية المتقدمة المشتملة على حكم الصبا و البلوغ معاً. و ثالثة: بالروايات المتضمنة أن عمدته بمنزلة الخطأ،

كصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «عمد الصبي و خطؤه واحد» (٢)

و نحوه غيره. و فيه: أن الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ فيما كان للخطأ حكم خاص به. ليكون التنزيل بلحاظه، فيختص بالجناية العمدية. و لا يشمل ما نحن فيه مما لم يكن الحكم فيه إلا للعمد، و يكون حكم الخطأ انتفاء حكم العمد لانتفاء موضوعه. بل التعبير بالعمد و الخطأ اللذين تعارف التعبير بهما عن الجناية العمدية و الخطأية، تبعاً للقرآن المجيد (٣)، و ما في بعض تلك النصوص من

التعرض للعاقلة

«٤» كالصريح في الاختصاص بالجنايات العمدية، فيكون أجنبياً عما نحن فيه. وقد يستدل على جواز تصرفه بإذن الولي بأمر: الأول: قوله تعالى:

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب مقدمات العبادات حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب العاقلة حديث: ٢.

(٣) النساء: ٩٢، ٩٣.

(٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب العاقلة حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٥

.....

وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴿١﴾، فَإِنَّ الظَّاهِرَ مِنْ ابْتِلَائِهِمْ ابْتِلَاؤُهُمْ بِالْمَعَامَلَةِ بِالْأَمْوَالِ، لِاخْتِبَارِ رُشْدِهِمْ. وَحَمَلَهَا عَلَى الْإِبْتِلَاءِ بِمَقْدِمَاتِ الْعَقْدِ خِلَافَ الظَّاهِرِ. وَالْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى (فَادْفَعُوا) ادْفَعُوا بَقِيَّةَ أَمْوَالِهِمْ، فَلَا يَنَافِي دَفْعَ بَعْضِ أَمْوَالِهِمْ لِأَجْلِ الْإِبْتِلَاءِ وَالْإِخْتِبَارِ.

الثاني:

رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع): «نهى رسول الله (ص) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمه قد عرفت بصنعه يد.

ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعته بيده، فإنه إن لم يجد سرق» «٢»

، فان التقييد والتعليل ظاهران في نفوذ كسبه في الجملة.

وإذا حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر، وحمله على الكسب بنحو الالتقاط والاحتطاب، أو العمل بأمر الغير - مع أنه خلاف الإطلاق - بعيد. و

رواية إبراهيم 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» «٣».

الثالث: السيرة التي ادعاها غير واحد من الأعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ في بلاد الإسلام. وفي جميع الأعصار. و حملها على كونها صادرة من غير المباليين في الدين. كما ترى، خلاف المقطوع به، فان الظاهر استقرار سيرة العقلاء على المعاملة مع المميزين مع رشدهم كالبالغين. ولأجل عدم الردع عنها من الشارع المقدس جرى عليها المتشعبة.

نعم تحقق الردع عن الاستقلال كما عرفت، لا عن المعاملة كلية. فلاحظ.

فاذاً لا يبعد القول بجواز تصرف الصبي بإذن الولي، كما عن جماعة،

(١) النساء: ٦.

(٢) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٦

أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته، على المشهور، بل لا خلاف فيه. لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل، لعدم الدليل على سلب

عبارته إذا كان عارفا بالعريية، و علم قصده حقيقة و حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا. و كذا إذا كان لنفسه بإذن الولي، أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ.

و كذا لا- اعتبار بعقد السكران فلا يصح و لو مع الإجازة بعد الإفاقة (١). و أما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان، فالمشهور (٢) أنه كذلك.

منهم الأردبيلي، و قبله الفخر فى الإيضاح، و قبله المحقق فى عارية الشرائع.

قال: «و لو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة». و فى كتاب الإجارة قال: «لو أجر المجنون لم تنعقد إجارته. و كذا الصبي غير المميز.

و كذا المميز إلا بإذن وليه. و فيه تردد». و ظاهره الميل الى الجواز.

و إذا شك فى حصول الاذن حمل تصرفه على الصحة. و إذا أخبر بها صدق خبره، من باب إخبار ذى اليد، أو عن النفس.

(١) كما هو المشهور. لانتفاء القصد المقوم للإيقاع و الإنشاء، فلا عقد حينئذ، فلا زوجية و لا نكاح. كذا قيل. لكن الظاهر تحقق القصد من السكران، بل و النائم، بل و الحيوان، إذ القصد الإرادة، و الحيوان فصله المميز له عن مطلق الجماد كونه متحركاً بالإرادة. فالعمدة فى عدم صحة عقد السكران و النائم و نحوهما و إيقاعهم: خروجه عن منصرف أدلة النفوذ و الصحة، لعدم الاعتداد به عند العرف، فلا يكون سبباً عندهم، و لا منشأ لاعتبار الأثر، فلا يكون سبباً شرعاً، لما عرفت من أن مقتضى الإطلاقات المقامية الرجوع الى العرف فى تشخيص الأسباب.

(٢) ظاهر المتن: اختصاص الخلاف فى عقد السكرى فقط، للرواية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٧

و ذهب جماعة إلى الصحة (١)، مستندين إلى صحيحة ابن بزيع (٢). و لا- بأس بالعمل بها، و إن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها على (٣) ما إذا لم يكن سكرها

الآتية و ظاهر الشرائع: التردد فى عقد السكران مطلقاً. و فى الجواهر:

أنه محل الخلاف، و أنه لا يختص الخلاف بعقد السكرى.

(١) قال الشيخ فى النهاية: «و إذا عقدت المرأة على نفسها و هى سكرى كان العقد باطلاً. فإن أفاقت و رضيت بفعالها كان العقد ماضياً. فان دخل بها الرجل فى حال السكر ثم أفاقت الجارية فإن أقرته على ذلك كان ذلك ماضياً». و تبعه ابن البراج. و حكى ذلك عن الصدوق فى الفقيه و المقنع. و تبعهم على ذلك فى شرح النافع، و الكفاية، و الحدائق، و الوسائل.

(٢)

قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك الترويج، إحلال هو لها أم الترويج فاسد لمكان السكر، و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال (ع): إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضاً منها. قلت: و يجوز ذلك الترويج عليها؟ فقال (ع): نعم» (١).

و دلالة الرواية وافية.

و حملها فى المختلف على سكر لم يبلغ حد عدم التحصيل. و أورد عليه فى المسالك: بأنه حينئذ يكون العقد صحيحاً بلا حاجة الى تقريرها، فالجمع بين صحة عقدها و اعتبار رضاها بعد ذلك غير مستقيم. بل اللازم إما طرح الرواية رأساً، أو العمل بمضمونها. و لعل الأول أولى. انتهى. لكن الأولوية ممنوعة بعد صحة الرواية، و العمل بها.

(٣) قد عرفت أن هذا الحمل ذكره في المختلف، و هو الظاهر من

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٨

بحيث لا التفات لها الى ما تقول (١). مع أن المشهور لم يعملوا بها، و حملوها على محامل (٢)، فلا يترك الاحتياط.

[مسألة (١٤): لا بأس بعقد السفية إذا كان وكيلًا عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلاً مع إجازة الولي]

(مسألة ١٤): لا بأس بعقد السفية (٣) إذا كان وكيلًا عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلاً مع إجازة الولي. و كذا

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٣٨٨

قول السائل: «فزوجت نفسها». و لا- ينافيه قوله: «فأنكرت ذلك»، لاحتمال أن يكون الإنكار بلحاظ كونه على خلاف مصلحتها، لا بمعنى أنها لم تكن شاعرة بوقوعه منها. و حينئذ يكون الخروج بها عن القاعدة من جهة اعتبار الرضا بعد الإفاقة في ترتب الأثر على العقد الصحيح عرفاً.

لا من جهة ترتب الأثر على ما ليس بصحيح عرفاً، كما يظهر من الشيخ في النهاية، و غيره.

(١) هذا هو المائز بين المقام و بين مثل عقد النائم و المجنون و السكران إذا كان الجنون و السكر غالباً على نحو يعد العقد منهما من قبيل الهديان.

(٢) حملها في كشف اللثام على ما إذا كان الزوج جاهلاً بسكرها، فإنه لا يسمع في حقه قول المرأة، و تجري عليهما أحكام الزوجية ظاهراً، و إن لم يكن لها زوجية واقعاً. و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها، أي: ماضية قهراً، و إن وجب عليها الامتناع على التمكين منها ما أمكنها. فتكون الرواية واردة في مقام بيان الحكم في مقام الإثبات، لا الثبوت. و هذا الحمل في غاية البعد و لم أقف على من حملها على غيره.

و المتحصل مما ذكرنا: أن الرواية ظاهرة في السكر الذي لا ينافي الإيقاع، و دالّة على اعتبار الرضا بعد الإفاقة. و لا بأس بالعمل بها بعد صحتها، و عمل الجماعة بها.

(٣) إجماعاً. و يقتضيه إطلاق الأدلة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٨٩

لا بأس بعقد المكره (١) على إجراء الصيغة للغير، أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

[مسألة (١٥): لا يشترط الذكورة في العاقد]

(مسألة ١٥): لا يشترط الذكورة في العاقد (٢)، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة كما يجوز إجراؤها لنفسها.

[مسألة (١٦): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد]

(مسألة ١٦): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثمَّ جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح (٣). و كذا لو أوجب ثمَّ نام،

(١) إجماعاً. و يقتضيه إطلاق الأدلة. و حديث رفع الإكراه

«١» لا يقتضى البطلان فى الصورة الأولى، لعدم الامتنان على المكره فى الرفع.

و كذا فى الصورة الثانية، بل الرفع خلاف الامتنان.

(٢) كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما. و فى الجواهر: «بلا خلاف، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه». و فى كشف اللثام: أنه كذلك عندنا، خلافاً للشافعية. و الوجه فيه: إطلاق الأدلة من دون مقيد. و فى نصوص كيفية عقد المتعة دلالة واضحة عليه.

(٣) قال فى الشرائع: «إذا أوجب ثمَّ جن أو أغمى عليه بطل حكم الإيجاب». و فى الجواهر قال فى شرح ذلك: «بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم». و مقتضى إطلاق كلامهم عدم الفرق بين استمرار ذلك الى حين القبول، و بين ارتفاعه قبل القبول. و مثله ما لو كان القابل حال الإيجاب غير قابل للقبول. و مرجع ما ذكره الى شرطين، أحدهما:

أن يكون كل من الموجب و القابل قابلاً للإيقاع حال إيقاع الآخر. و الثانى:

أن يكون ذلك موجوداً فيما بين الإيجاب و القبول، فلو أوجب ثمَّ نام ثمَّ

(١) راجع الوسائل باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٠

.....

أفاق قبل قبول الآخر فقبل حال إفاقته لم يصح العقد.

و استدل عليه شيخنا الأعظم (ره) فى مكاسبه بتوقف معنى المعاودة و المعاهدة على ذلك. و فى الجواهر استدل عليه: بأن ظاهر أدلة شرطية القصد و الرضا و نحوها فى العقد اعتبار ذلك فى تمام العقد المركب من الإيجاب و القبول، لا اعتبار قصد الموجب فى الإيجاب فقط، و قصد القابل فى القبول فقط، فاذا ارتفعت القابلية بعد الإيجاب قبل القبول لم يحصل الشرط فى تمام العقد.

لكن فى المسالك قال: «وجهه أن العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائر، يجوز لكل منهما فسخه و يبطل بما يبطل به الجائر، و من جملته الجنون، و الاغماء. و لا فرق بين النكاح و البيع و غيرهما من العقود اللازمة. و لا يضر عروض النوم، كما لا يقدح ذلك فى الوكالة. و لكن هل يصح الإتيان بالقبول من الآخر حالته؟ قيل: لا. و به قطع فى التذكرة، لأن التخاطب بين المتعاقدين معتبر، و هو منتف مع نوم صاحبه.. الى أن قال: و يحتمل الصحة هنا، لأن الإيجاب توجيه الى هذا القابل قبل النوم. و الأصل الصحة». و ظاهره المفروغية عن صحة العقد مع عروض النوم بعد الإيجاب ثمَّ الإفاضة حال القبول. و احتمل الصحة مع استمرار النوم الى حين القبول، و إن كان يحتمل البطلان.

أقول: أما ما ذكره فى الجواهر من الاستدلال فيه: أن ظاهر أدلة اعتبار الرضا فى العقد اعتباره و لو بعد العقد، و لذا قلنا بصحة عقد الفضولى. و ظاهر أدلة اعتبار القصد اعتبار قصد الموجب فى الإيجاب فقط، و قصد القابل فى القبول فقط، و لا تدل على اعتبار أكثر من ذلك. و أما ما ذكره فى المسالك فالظاهر أنه تبع فيه ما فى التذكرة، فقد ذكر فيها أنه لو زال عقله بعد الإيجاب بنوم ثمَّ استيقظ لم يبطل حكم الإيجاب، إن لم يحصل الفصل بطول الزمان، لأنه لا يبطل العقود الجائرة، فكذا هنا.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩١

.....

انتهى. ولكنه غير ظاهر من أصله، إذ لا دليل على كون الإيجاب فى العقد اللازم بمنزلة العقد الجائز، يبطله ما يبطله. و أما ما ذكره شيخنا الأعظم (ره) فتحقيقه أن فقدان الأهلية من كل منهما حال إنشاء الآخر تارة: يكون لوجود مانع من التخاطب من الجنون و الاغماء و نحوهما. و اخرى: لوجود ما يمنع من السلطنة على التصرف، كالصبا، و السفه، و التفليس، و نحوها. أما الأول: فالظاهر البطلان فيه، لأن التخاطب بين المتعاقدين شرط فى صدق المعاقدة و المعاهدة. و دعوى: أن النفوذ لا يختص بذلك، بل التجارة و البيع و النكاح و نحوها أخذت موضوعاً للصحة، و هى لا تتوقف على التخاطب. مدفوعة: بأن صيغها و إن لم يؤخذ فيها التخاطب لكنه مأخوذ فى حاق معناها، فإنها معاقداً و معاهدات بين طرفين، و لا تكون المعاهدة بين الاثنين إلا- إذا كان أحدهما يوحى الى الآخر و يعاهده، و إذا لم يكن أحدهما قابلاً للتخاطب لا يكون قابلاً للعهد معه. نعم يظهر من التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب و القابل، قال فى الفرع الثالث: «لو قال المتوسط: (زوجت ابنتك من فلان)، فقال: (زوجت)، ثم أقبل على الزوج فقال: (قبلت نكاحها)، فقال: (قبلت)، فالأقرب صحة العقد. و هو أصح وجهى الشافعى. لوجود ركنى العقد الإيجاب و القبول. و الثانى: لا يصح، لعدم التخاطب بين المتعاقدين». و الأظهر ما ذكرناه، إذ لا أقل من الشك فى اعتبار ذلك عرفاً فى مفهوم العقد، و الأصل عدم ترتب الأثر.

و أما ما لا يمنع من صحة التخاطب و لكنه يمنع من صحة الإنشاء و نفوذه: فالظاهر عدم اعتباره إلا فى حال الإنشاء، فإذا كان القابل صيباً و بلغ بعد الإيجاب حال القبول صح. و كذا إذا كان محجوراً عليه للسفه أو التفليس أو غيرهما فارتفع الحجر عنه بعد الإيجاب حال القبول. و إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٢

بل أو غفل عن العقد بالمرّة. و كذا الحال فى سائر العقود. و الوجه عدم صدق المعاقدة و المعاهدة. مضافاً الى دعوى الإجماع (١) و انصراف الأدلة (٢).

[(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج و الزوجة]

(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج و الزوجة (٣)

صار الموجب سفيهاً أو مفلساً بعد الإيجاب قبل القبول لم يضر ذلك فى صحة العقد، و إن بقى حال القبول. فضلاً عما إذا زال قبل القبول.

و لا مجال لمقايضة ذلك بما إذا رد الموجب الإيجاب قبل القبول، فإن لغوية الإيجاب حينئذ لا تقتضى لغويته فى الطوارئ المذكورة، لأن الرد مانع من تحقق المعاهدة بينهما، بخلاف طرو الحجر عليه. فإنه لا دخل له فى المعاهدة بين الطرفين بوجه. مع أنه لو تمت المقايضة اختص الحكم بطرو الحجر بعد الإيجاب، و لا تصلح لإثبات اعتبار وجدان القابل للقابلية حال الإيجاب. فلاحظ.

(١) قد عرفت خلاف المسالك فى النوم و نحوه مما لا يبطل به العقد الجائز، بل عرفت أن ظاهره المفروغية عن الصحة إذا أفاق حال القبول.

(٢) إذا تحقق الإطلاق و عدم اشتراط ذلك عرفاً فالانصراف بدوى لا يعتد به.

(٣) إجماعاً، كما فى التذكرة. و اتفاقاً، كما فى كشف اللثام. و فى الجواهر: حكاه عن غيره أيضاً. و فى الحدائق: نسبته إليهم. فإن كان المراد ما يقابل المردد: فوجهه ظاهر لأن المردد لا مطابق له فى الخارج و لا مصداق، فلا يكون موضوعاً للاحكام. و إن كان المراد ما

يقابل الكلى أيضا: فوجهه غير ظاهر، لجواز بيع الكلى و إجارته المعتر فيهما العلم بالعوضين، ففي المقام الذى لا يعتبر فيه ذلك أولى. و علله فى التذكرة و غيرها: بأن الاستمتاع يقتضى فاعلاً و منفعلًا معينين لتعيينه. انتهى. لكنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٣

على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له (١)، أو الإشارة، فلو قال: «زوجتك إحدى بناتى» بطل (٢). و كذا لو قال: «زوجت بنتى أحد ابنيك» أو «أحد هذين». و كذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر (٣) بل و كذا لو عينا معيناً من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر. و أما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهومة فلا يبعد الصحة (٤)،

لا يقتضى التعيين من أول الأمر، و لذا تصح إجارة الكلى، مع أن الانتفاع المقصود من الإجارة يتوقف على التعيين. و المتعين أن يكون الوجه فيه: أن الزوجية من الإضافات التى لا-تقوم بغير المتعنين، نظير الأخوة و الأبوة و البنوة، فلا يصح اعتبارها بين غير المتعين، كما لا يصح اعتبارها لغير الحى، أو لغير الإنسان. و الظاهر أن ذلك واضح بأقل مراجع لمرتكرات العرف. و كيف كان فالإجماع المدعى كاف فى إثبات المدعى.

(١) بأن كان الاسم أو الوصف مختصاً.

(٢) قال فى التذكرة: «فلو قال: زوجتك إحدى بنتى من أحدكما، أو من أحد ابنيك، لم يصح العقد بلا خلاف».

(٣) لانتفاء التطابق بين الإيجاب و القبول، الذى قد عرفت اعتباره فى مفهوم العقد. و لأجل ذلك كان المناسب أن يجعل هذا من فروع، لا من فروع اعتبار التعيين. و كذا الكلام فى الفرع الآتى. بل الحكم فيه أظهر.

(٤) و فى الجواهر: «الظاهر القطع بصحة ذلك، كما صرح به فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٤

و إن كان الأحوط خلافه. و لا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد (١)، بل يكفى التمييز الواقعى مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: «زوجتك بنتى الكبرى» و لم يكن حال العقد عالمًا بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم. نعم إذا كان مميزاً واقعاً و لكن لم يمكن العلم به ظاهراً- كما إذا نسي تاريخ ولادتهما، و لم يمكنه العلم به- فالأقوى البطلان (٢)، لانصراف الأدلة (٣) عن مثله. فالقول بالصحة و التشخيص بالقرعة ضعيف.

[مسألة ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما]

(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما

كشفت اللثام و المسالك. و تعذر الشهادة بعد عدم اشتراطها عندنا غير قادح».

و فى القواعد: «لو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن و لم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينه بطل، و إن قصد صح». و فى التذكرة:

«لو كان له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجتك فاطمة، و لم يقل:

بنتى فلأنه، لم يصح العقد. لكثرة الفواطم. و لو نواها صح عندنا.

و هو قول الشافعية. و ليس بجيد على رأيهم، لأن النكاح عقد يفتقر إلى الشهادة، و الشهود إنما يشهدون على اللفظ دون النية».

(١) لإطلاق الأدلة من دون مقيد ظاهر، كما نص على ذلك فى الجواهر.

(٢) و في الجواهر: «لعله لا يخلو من قوة».

(٣) هذا غير ظاهر. وقد اعترف في الجواهر: بأن الصحة مقتضى إطلاق الأدلة، المقتصر في الخروج عنه على المتيقن، و هو العقد على غير المتميز في الواقع. و هو ظاهر القواعد و كشف اللثام أيضاً. لكن بعد ذلك احتمال الرجوع الى أصالة عدم النقل. و لم يتضح المراد منها. و لعله

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٥

مع الإشارة، أخذ بما هو المقصود (١)، و ألقى ما وقع غلطاً، مثلاً لو قال: «زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة» و تبين أن اسمها خديجة، صح العقد على خديجة التي هي الكبرى. و لو قال: «زوجتك فاطمة و هي الكبرى» فتبين أنها صغرى، صح على فاطمة، لأنها المقصود، و وصفها بأنها كبرى وقع غلطاً، فيلغى. و كذا لو قال: «زوجتك هذه و هي فاطمة» أو «و هي الكبرى» فتبين أن اسمها خديجة، أو أنها صغرى فان المقصود تزويج المشار إليها و تسميتها بفاطمة، أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً، فيلغى.

أراد أصالة عدم ترتب الأثر. لكن أصالة الإطلاق حاكمة عليها.

(١) قال في التذكرة: «لو قال له: زوجتك بنتي فلانة، و سماها بغير اسمها، و لا بنت له سوى واحدة، فالأقوى الصحة. و هو أصح وجهي الشافعية. لأن البنتية صفة لازمة، فيتعين، و يلقي الاسم المذكور بعده. و الثاني: لا يصح النكاح لأنه ليس له بنت بذلك الاسم. و لو قال: زوجتك هذه فاطمة، و أشار إليها، و كان اسمها زينب، فالوجهان للشافعية». و نحوه في الجواهر. و منشأ الاشكال: هو أن القيد أخذ على نحو تعدد المطلوب. أو وحدته، فعلى الأول: يصح. و على الثاني: يبطل. و لا ينبغي التأمل في أن المرتكزات العرفية تقتضى الأول. و لذا بنوا مع تخلف الشرط على صحة العقد، و خيار الاشرط، فلو قال: «بعتك هذا العبد الكاتب».

فتبين أنه غير كاتب، صح العقد، و كان له الخيار. نعم إذا كان القيد مقوماً للموضوع عرفاً و ذاتياً من ذاتياته بطل العقد بفقده، كما لو قال

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٦

[مسألة ١٩: إذا تنازع الزوج و الزوجة في التعيين و عدمه]

(مسألة ١٩): إذا تنازع الزوج و الزوجة في التعيين و عدمه حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدعى الصحة (١)، كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها. و كما في سائر العقود. و إن اتفقا الزوج و ولى الزوجة على أنهما عينا معيناً و تنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة، فمع عدم البيئه المرجع التحالف (٢)،

له: «بعتك هذا العبد الحبشى». فتبين أنه حمار وحشى. و لأجل ما ذكرنا كان المناسب لصاحب الجواهر (قدس سره) الجزم بالصحة، لا ذكر الوجوه و الاحتمالات، و ترجيح الصحة. فلاحظ.

(١) قد عرفت أن التعيين المعتبر في صحة العقد ما يقابل العقد على المردد أو الكلى، فمدعى التعيين يدعى وقوع العقد على المعين، و خصمه يدعى وقوع العقد على الكلى أو على المردد، فالنزاع يكون حينئذ في موضوع العقد. لكن في كون أصالة الصحة تصلح لإثبات موضوع العقد تأمل، فإذا اختلف البائع و المشتري في أن البيع وقع على عبد البائع أو على ولده، فإثبات وقوعه على العبد بأصل الصحة محل تأمل. و المتيقن أن أصالة الصحة إنما تثبت شرائط العقد، لا مقوماته، فجعل الجميع من باب واحد غير ظاهر. و كذا الحكم في سائر العقود.

(٢) يظهر من الجواهر أنه مفروغ عنه عندهم. لأن كلاً منهما مدع و منكر لما يدعيه الآخر، فإن أقام أحدهما البينة عمل بها، لأن البينة على المدعى، وإن لم يكن لأحدهما بينة كان على كل منهما اليمين التي هي وظيفة المنكر، فإن حلف أحدهما و نكل الآخر حكم للحالف، وإن حلفا معا تبطل الدعويان معا. و مقتضى ذلك الانفساخ. و كذا لو أقام كل منهما البينة على دعواه.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٧

.....

تنبيه فيه أمور:

الأول: أن كون المقام من باب التداعى لا من باب المدعى و المنكر مبنى على أن المعيار فى حصول التداعى و المدعى و المنكر مصب الدعوى، فإن دعوى الزوج أن العقد كان على فاطمة مثلاً خلاف الأصل، فيكون بذلك مدعياً، و كذا دعوى الولى 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 يدعى أنها فاطمة يقصد تمكينه من استمتاعه بها، و الولى يدعى أنها خديجة يطلب الإنفاق عليها، فيكون كل واحد منهما مدعياً و منكرًا لما يدعيه الآخر.

أما إذا كان الغرض لأحدهما دون الآخر، كما إذا كانت فاطمة غائبة لا يمكن الاستمتاع بها، فالمدعى يكون هو الولى لا غير. و كذلك إذا كانت خديجة ناشراً أو غائبة على نحو لا تستحق نفقة مثلاً، فالمدعى يكون هو الزوج لا غير. فالتداعى يتوقف على أن يكون الغرض من الدعوى من كل منهما المطالبة بحق.

الثانى: أن جعل الولى طرف الدعوى يتوقف على كونه ولياً فى جميع الجهات و على جميع الحثيات. أما إذا كان ولياً على العقد لا غير- كما هو الغالب- فهو لا يطالب بحق و لا يطالب بحق. و على التقدير الأول يكون من التداعى بالعرض، لا بالأصل، فإن الزوج يدعى الحق على فاطمة، و خديجة تدعى الحق عليه، فهناك خصومتان، إحداهما بين الزوج و فاطمة، و الأخرى بينه و بين خديجة، و الزوج فى الأولى مدع، و فى الثانية منكر، و الولى كالوكيل للزوجتين، ينكر دعوى الزوج على فاطمة و يدعى حقاً لخديجة عليه، كما لو ادعى شخص على زيد ديناً، و ادعى عمرو على ذلك الشخص ديناً، و قد و كل زيد و عمرو جميعاً بكرةً على مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٨

كما فى سائر العقود (١). نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها و هى ما إذا كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة، و لم يسمها عند العقد، و لا عينها بغير الاسم، لكنه قصد لها معيناً.

و اختلفا فيها، فالمشهور على الرجوع الى التحالف (٢)، الذى هو مقتضى قاعدة الدعاوى. و ذهب جماعة إلى التفصيل (٣) بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب، و ما لو لم

المخاصمة مع ذلك الشخص، و ليس هو من التداعى فى شىء.

الثالث: أن الزوج تارة: يوكل الأمر إلى الولى، فيزوجه الولى، ثم يقع النزاع بينهما فى تعيين الزوجة. و أخرى: يشترك معه فى العقد، فتارة: يوجب الولى و يقبل الزوج. و أخرى: يوجب الزوج و يقبل الولى.

ففى الصورة الأولى لا ينبغى التأمل فى أن القول قول الولى يمينه، لأنه و كيل على العمل، فيقبل قوله، و يكون خصمه مدعياً. و أما فى الصورة الثانية، ففى كونه كالصورة الأولى لكون الموجب هو المنشئ و القابل تابع له، و عليه يكون الحكم فى الصورة الثانية أن القول قول الزوج. أولاً، لعدم الاستقلال للموجب فى الإيقاع، لكونه متوقفاً على القبول، فيكون الفعل مشتركاً بينهما. وجهان، أفواهما: الثانى.

(١) مما ذكرنا تعرف عدم اطراد الحكم المذكور في سائر العقود أيضا.

و أشرنا الى ذلك في فصل التنازع من كتاب الإجارة من هذا الشرح. فراجع.

(٢) لم أفق على من نسب ذلك الى المشهور. نعم حكى عن الحلبي، و المسالك، و الروضة، و شرح النافع. و اختاره في جامع المقاصد.

(٣) نسب الى الشيخ في النهاية، و القاضي ابن البراج. و اختاره الفاضلان، و الشهيد في اللمعة، و غيرهم. و في المسالك: نسب ما ذكره المحقق الى أكثر الأصحاب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٣٩٩

يرهن فالنكاح باطل. و مستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذاء (١) و هي و إن كانت صحيحة إلا أن إعراض المشهور عنها (٢)

(١)

رواها الكليني عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد. و عن علي بن إبراهيم عن أبيه، جميعاً عن ابن محبوب، عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل كن له ثلاث بنات أبنكار، فزوج إحداهن رجلاً، و لم يسم التي زوج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغيرة من بناتك.

قال: فقال أبو جعفر (ع): إن كان الزوج رآهن كلهن و لم يسم له واحدة فالقول في ذلك قول الأب. و على الأب فيما بينه و بين الله تعالى أن يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجه إياه عند عقدة النكاح.

و إن كان الزوج لم يرهن كلهن، و لم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح، فالنكاح باطل» (١).

و رواه الصدوق بإسناده عن جميل بن صالح، و الشيخ بطريق فيه محمد بن عمرو.

(٢) قد عرفت أن الاعراض عنها إنما كان من الحلبي، الذي يعرف من مذهبه أنه لا يعمل بأخبار الآحاد. و تبعه على ذلك في الروضة و المسالك، على ما قيل. و إن كان في المسالك - بعد ما حكى عن الحلبي الرد - قال:

«و لعله أجود .. الى أن قال بعد ذلك: و حينئذ يقوى الإشكال في رد هذه الرواية، نظراً الى صحتها. و للتوقف في ذلك مجال». و في جامع المقاصد: جعل ما عن الحلبي أقوى، و مثله عن شرح النافع. و أما المحقق، و العلامة، و أكثر الأصحاب على ما تقدم في المسالك، فقد عملوا بها.

لكن بعد تخريجها و حملها على ما لا ينافي القواعد. فلم يكن منهم عمل

(١) راجع الوسائل باب: ١٥ من أبواب عقد النكاح.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٠

مضافاً الى مخالفتها للقواعد (١) مع إمكان حملها على بعض المحامل (٢)، يمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا يخلو عن قوة. و مع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط. و كيف كان لا يتعدى عن موردها.

و اعتماد، و لا إعراض مسقط عن الحجية.

(١) المخالفة للقواعد لازمة لأكثر أدلة الاحكام، و لا توجب وهناً و لا انحطاطاً عن مقام الحجية.

(٢) قال في الشرائع: «إذا كان للرجل عدة بنات، فزوج واحدة، و لم يسمها عند العقد، لكن قصدها بالنية، و اختلفا في المعقود عليها،

فان كان الزوج رآهن فالقول قول الأب، لأن الظاهر أنه أوكل التعيين اليه. و عليه أن يسلم إليه التي نواها. و إن لم يكن رآهن كان العقد باطلاً».

و نحوه فى القواعد و غيرها. لكن فى المسالك: «دعوى أن رؤيتهن دلت على الرضا بما عينه الأب، و عدمها على عدمه فى موضع المنع، لأن كل واحدة من الحالتين أعم من الرضا بتعيين الأب و عدمه. و ليس فى الرواية على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك. بل فى هذا التنزيل تخصيص لها فى الحالين. و حينئذ فاللازم إما العمل بالرواية من غير حمل - كما فعله الشيخ - أو ردها رأساً و الحكم بالبطلان فى الحالين - كما فعل ابن إدريس - و لعله أجود، لأن العقد لم يقع على معينه مخصوصه منها، و هو شرط صحته». و لأجل ذلك قال فى كشف اللثام: «لا- بعد فى أن يكون التفويض إلى الولي جائزاً فى النساء اللاتي رآهن، لأنهن تعين عنده، دون من لم يرهن، لكثرة الجهالة. لا أن الرؤية دليل على التفويض، و أن التفويض جائز مطلقاً». فحمل الرواية على بيان أن الرؤية شرط فى صحة التفويض، فاذا لم ير الزوج البنات لا يصح منه تفويض الأمر إلى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠١

.....

الأب، و إذا رآهن صح له ذلك.

و يشكل: بأن الرؤية ليست شرطاً فى صحة التزويج مباشرة، و لا فى صحة تفويضه الى غيره. ضرورة أنه يجوز للإنسان أن يفوض تزويجه الى غيره و إن لم يكن قد رأى امرأة من النساء. فإن أراد أن الرؤية شرط فى صحة التفويض كلية فذلك مما لا يمكن القول به. و إن أراد ذلك فى مورد الرواية بالخصوص - و هو من كان له بنات فأراد إنسان تزويج واحدة منهن، فإنه لا يجوز له تفويض الأمر اليه إلا إذا رآهن كلهن - فذلك إن تم لا يجدى فى توجيه الرواية و تطبيقها على القواعد، لأن مورد الرواية النزاع فى التفويض و عدمه، فلو سلمنا أنه لا- يصح التفويض إلا- مع رؤية الجميع لم يجد ذلك فى تقديم قول الأب. إلا إذا ثبت التلازم بين الرؤية و التفويض، و لا- يكفى فى تقديم قول الأب شرطية الرؤية للتفويض، كما لعله ظاهر بأقل تأمل. و كاشف اللثام (قده) لم يدع هذه الملازمة، ليصح منه توجيه الرواية و تخريجها على وجه لا تخالف القواعد المانعة من تقديم قول الأب المدعى للتفويض بلا بينة. بل ظاهرها تقديم قوله بلا يمين أيضاً. و هذا الاشكال مشترك بين ما ذكره كاشف اللثام و ما ذكره المحقق. اللهم إلا أن تحمل الرواية على إرادة تقديم قوله فى الجملة و لو مع اليمين، كما استظهره فى الجواهر. لكنه غير ظاهر.

و بالجملة: تقديم قول الأب بناء على ما ذكره المحقق و من وافقه من أن الرؤية أماره على التفويض، يكون فى محله، لأن دعوى الأب موافقة للحجة، فيكون القول قوله. نعم ظاهر الرواية عدم الحاجة الى اليمين، و هو غير جار على القواعد على كل من التخريجين، فإن الأب و إن كان منكرًا على تخريج المحقق، لكن المنكر لا يقبل قوله بلا يمين. أما بناء على تخريج كاشف اللثام فالأب يكون مدعيًا، فقبول قوله بلا يمين و لا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٢

[مسألة (٢٠): لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه]

(مسألة ٢٠): لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه (١)

بينه أبعد عن العمل بالقواعد. و لأجل ما ذكرنا يشكل التوجيهان معاً.

و حينئذ يدور الأمر فى الرواية بين الأخذ بظاهرها. و طرحها. لكن الأول متعين لصحتها، و عدم ما يقتضى و نهها، كما عرفت. فلاحظ.

(١) قال في الشرائع: «يشترط في النكاح امتياز الزوجة عن غيرها بالإشارة أو التسمية، أو الصفة. فلو زوجه إحدى بنتيه. أو هذا الحمل، لم يصح العقد». و مثله في القواعد وغيرها. و يظهر من كلماتهم أنه مما لا خلاف فيه. بل في المسالك: جعل المنع في الحمل أولى، لعدم التعيين لاحتمال كونه واحداً و أزيد. مضافاً الى احتمال كونه غير قابل لنكاح المخاطب، بأن يكون ذكراً أو خثى مشكلاً. انتهى. و يشكل بأن اعتبار التعيين في مقابل التردد أو جعله كلياً تقدم في المسألة السابعة عشرة. و أما التعيين في مقابل الجهالة بالوحدة و التعدد، و الذكورة و الأنوثة، فلا دليل عليه.

فلو قال له: «زوجتك من في الحجر من الجوارى واحدة كانت أو متعددة» أو «زوجتكها إن كانت أنثى» فلا دليل على بطلانه، و مقتضى الإطلاقات الصحة. لكن ظاهر الأصحاب المنع من نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم أنه واحد، أو أنثى، أو ذكر. و حينئذ فلا يكون المنع من جهة فقد التعيين، بل لخصوصية فيه. و لعله إجماع منهم. و في الجواهر: أن العمدة في الإجماع إن تمّ. انتهى. و كأنه متوقف في تحقق الإجماع على المنع.

و المصنف (ره) علل الحكم بالانصراف. و كأن منشأ الانصراف كون الحمل ناقص البشري، فلا ينصرف اليه الدليل. لكن إن كان توقف فهو في الحمل بعد ولوج الروح فيه. أما قبل ذلك: فلا ينبغي التأمل فيه لاعتبار الإنسانية في تحقق الزوجية المفقودة فيه. و إما بعد ولوج الروح:

فيمكن أن يكون الوجه أيضاً في المنع عدم ثبوت الولاية على الحمل بالنسبة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٣

و إن علم ذكوريته أو أنوثيته، و ذلك لانصراف الأدلة. كما لا يصح البيع أو الشراء منه و لو بتولى الولي. و إن قلنا بصحة الوصية له عهديه (١)، بل أو تمليكياً أيضاً.

[مسألة (٢١): لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر]

(مسألة ٢١): لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر (٢) مما يختلف به الرغبات و تكون موجبة لزيادة المهر أو قلته، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها. فلا تجرى قاعدة الغرر هنا (٣).

الى ذلك، فيكون المنع لقصور في المتصرف، لا في موضوع التصرف.

و أما البيع و الشراء له: فالظاهر أنه في الجملة لا إشكال فيه، فإنه يجوز للوصي بيع التركة، و إن كان بعض الورثة حملاً، و إذا عزلت حصّة الحمل فخيّف عليها جاز للحاكم الشرعي أو غيره بيعها بما لا يخاف عليه. فلاحظ. و من ذلك تعرف الإشكال في قوله: «كما لا يصح ..».

(١) لا إشكال في أنه لا تصح الوصية العهدية إلى الصبي منفرداً، فضلاً عن الحمل. و أما منضمّاً الى البالغ - بمعنى كونه وصياً حين الإيلاء و إن كان لا يصح تصرفه - فالظاهر الصحة أيضاً، لعموم الأدلة، و لا يحتاج فيها الى القبول، كى يدعى عدم الدلالة عليه، فلا تصح. و إما التمليكية: فإنه لو توقفت على القبول - كما هو المشهور - كفى القبول بعد الولادة منه بعد البلوغ، أو من وليه قبله. (٢) في الجواهر ادعى الضرورة على ذلك. و يقتضيه السيرة القطعية. نعم يظهر من كشف اللثام في المسألة السابقة قدح كثرة الجهالة. و لكنه غير ظاهر.

(٣) فإن

النبوى المشهور: «نهى النبي عن بيع الغرر» (١)

يختص

(١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣، مستدرک الوسائل باب: ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث: ١، كنز العمال الجزء: ٢ حديث: ٤٩٢٠، ٤٩٢٣.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٤

[فصل في مسائل متفرقة]

إشارة

فصل في مسائل متفرقة

[(الأولى): لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد]

(الأولى): لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد (١).

بالبيع. وما في بعض كتب العلامة من أنه نهى النبي عن الغرر «١» لم يثبت، كي يدل على المنع عن الغرر في المقام وغيره من المعاوزات غير البيع. ولو ثبت فالسيرة القطعية توجب الخروج عنه. والله سبحانه ولي السداد.

فصل في مسائل متفرقة

(١) اتفاقاً، كما في كشف اللثام. بل في الجواهر: «لا أجد خلافاً في بطلان شرط الخيار، بل لعل الإجماع بقسميه عليه» وفي مكاسب شيخنا الأعظم: «عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك: الإجماع عليه». و علله في جامع المقاصد و المسالك و غيرها: بأنه ليس معاوضة محضة. و لهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه. و لأن فيه شائبة العبادة، و العبادات لا يدخلها الخيار. و لأن اشتراط الخيار يفضي الى فسخه بعد ابتذال المرأة، و هو ضرر، و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له.

و لعدم الحاجة إليه، لأنه لا يقع إلا بعد فكر و رؤيه و سؤال كل من الزوجين عن صاحبه، بخلاف البيع في الأسواق بلا فكر و رؤيه. و لما

في خبر أبان من قول الصادق (ع): «إنك إن لم تشتط (يعني: تشتط الأيام)

(١) التذكرة الفصل الثاني من الإجارة الركن الثالث المسألة الثانية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٥

فلو شرطه بطل. و في بطلان العقد به قولان، المشهور على أنه باطل (١).

كان تزويج مقام «١».

و

في خبر آخر: «تزويج البتة» «٢»

، فإن ذلك يشعر بالاستقرار و عدم التزلزل، لكن الجميع كما ترى ظاهر الاشكال.

و قد يستدل له بما

في صحيح الحلبي المروى في الفقيه و التهذيب: «إنما يرد النكاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» (٣).

و يشكل بأن الظاهر نفى الرد من غير المذكورات من العيوب، لا نفى الرد مطلقاً.

و مثله دعوى أن اللزوم في عقد النكاح من الأحكام لا من الحقوق، فإذا كان من الأحكام كان منافياً لشرط الخيار، و الشرط المنافي لمقتضى العقد باطل. فإنها لا تخلو من مصادرة، إذ لا يظهر الفرق في مرتكزات العرف بين النكاح و غيره من عقود المعاوضات. اللهم إلا أن يستدل على ذلك بعدم صحة التقابل فيه، فيدل ذلك على لزومه بنحو لا يكون الاختيار فيه للمتعاقدين، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضاه، اللهم إلا أن يناقش في ذلك بدعوى كون ذلك مقتضى إطلاقه، لا مقتضى ذاته.

فاذا العمدة فيه الإجماع المدعى، و إن كان ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز، لأنه نسب المنع الى المشهور. و لكن لم يعرف بذلك قائل، و لا من نسب ذلك الى قائل. و في جامع المقاصد: أنه قطعي. و قد عرفت حكاية الإجماع عليه عن جماعة.

(١) نسب البطلان الى المشهور في كلام جماعة، منهم المسالك،

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المتعة حديث: ٢.

(٢) لم نعثر عليه في مظانه من أبواب الوسائل و مستدرکها و الحدائق. نعم ذكره في الجواهر في المسألة الرابعة في اشتراط الخيار في الصداق خاصة من مسائل أحكام العقد.

(٣) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ صفحة: ٢٧٣، و التهذيب: الجزء: ٧ صفحة: ٤٢٤ طبعة النجف الحديثة، الوسائل باب: ١ من أبواب العيوب و التدليس حديث: ٦ و ملحقة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٦

و عن ابن إدريس: أنه لا يبطل (١) ببطلان الشرط المذكور.

و لا يخلو قوله عن قوة، إذ لا فرق بينه و بين سائر الشروط الفاسدة فيه، مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد.

و دعوى: كون هذا الشرط (٢) منافياً لمقتضى العقد، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة. كما ترى (٣).

و كشف اللثام، و الجواهر.

(١) قال فيما حكى عنه: «لا دليل على بطلان العقد من كتاب، و لا سنة، و لا إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو من تخريج المخالفين و فروعهم. اختاره الشيخ على عادته في الكتاب».

(٢) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر، و جعلها الوجه في بطلان العقد ببطلان الشرط في المقام، و إن قلنا بأن فساد الشرط بالمخالفة للكتاب و السنة لا يبطل النكاح. و وجه منافاة الشرط لمقتضى العقد: أن مقتضى العقد اللزوم، فالخيار مناف له.

(٣) لأن بطلان العقد بالشرط المنافي إنما يكون في الشرط المنافي لمفهوم العقد كما في: «بعثك بلا ثمن» أو «أجرتك بلا أجر»، أو المنافي لمقتضاه و كان الاقتضاء عرفياً، لأنه حينئذ يمتنع القصد الى مضمون العقد و مضمون الشرط، لأنه من القصد الى المتنافيين. إما إذا 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 و قصد خلافه تشريعاً. و دعوى: كون اللزوم من ذاتيات النكاح، لا من أحكامه الشرعية، و لا من حقوق المتعاقدين.

كما ترى، مما لا يساعدها عرف، و لا شرع، فان ثبوت الخيار لأحد الزوجين في العيوب إذا كانت في الآخر

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٧

و أما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه (١)، و لكن لا بد من تعيين مدته (٢). و إذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع الى مهر المثل. هذا فى العقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر. و إما فى المتعة حيث أنها لا تصح

مما لا-ريب فيه، و لا-يعد منافياً لمفهومه. هذا مضافاً الى أن التحقيق أن عقد الانقطاع راجع الى عقد التزويج بشرط الانفساخ فى الأجل، و لا ريب أن شرط الانفساخ أولى بالمنافاة للنكاح من شرط الخيار، فاذا ثبت عدم المنافاة فى الأول، فعدم المنافاة فى الثانى أولى.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره فى الشرائع من التردد، و جعل منشأ الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرق الخيار، و الالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط. انتهى. فان وجه الثانى إن تمّ لم يكن وجه للصحة. و إلا فلا موجب للبطلان.

(١) كما هو المعروف بينهم، المصرح به فى كلام جماعة، كالشرائع و القواعد و المسالك و كشف اللثام و غيرها، مرسلين له إرسال المسلمات، من دون تعرض فيه لخلاف، أو إشكال، معللين له بأن الصداق ليس ركناً فى العقد، بل عقد فى ضمن العقد، فلا مانع من الخيار فيه، و يبقى أصل النكاح بحاله، كما لو خلى من أول الأمر عن الصداق.

(٢) كما صرح بذلك فى المسالك و الجواهر و كشف اللثام أيضاً. لكن احتمال فيه العدم، لإطلاق العبارات. و فى الجواهر: «ربما احتمال فيه عدم اعتبار ضبطه، لذلك (يعنى: إطلاق الأصحاب)، و لأنه يغتفر فيه من الجهالة ما لا يغتفر فى غيره. لكن المذهب الأول». و لم يظهر وجهه فى قبال إطلاق الأدلة. اللهم إلا أن يكون ترك التعيين موجباً للإيهام من كل وجه، بحيث لا يقدم عليه العقلاء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٨

بلا مهر، فاشتراط الخيار فى المهر فيها مشكل (١).

[الثانية: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقه أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها]

(الثانية): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقه أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها، حكم لهما بذلك (٢) فى ظاهر الشرع، و يرتب جميع آثار الزوجية بينهما. لأن الحق لا يعدوهما (٣)، و لقاعدة الإقرار (٤). و إذا مات أحدهما ورثه

(١) لأنه بفسخ المهر يفسخ العقد. لاعتبار المهر فى عقد المتعة حدوداً و بقاء، فيرجع اشتراط الخيار فيه الى اشتراطه فى عقد النكاح، الذى عرفت الإجماع على عدم صحته. اللهم إلا أن لا يشمل المقام. لكنه كما ترى، بل المقطوع به أن حكمهم بصحة اشتراطه فى الصداق مختص بالدائم.

يظهر ذلك بأقل تأمل فى كلامهم. فلاحظ.

(٢) كما فى الشرائع و القواعد و غيرها، بلا خلاف فى ذلك ظاهر، و فى الحدائق: أنه لا ريب فى الحكم المذكور.

(٣) قال فى المسالك: «لأن الحق ينحصر فيهما. و قد أقر به، فيدخلان فى عموم:

(إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) «١»

، لأنه الفرض، و نحوه ما فى كشف اللثام و الحدائق و الجواهر. و المصنف جعله فى مقابل قاعدة الإقرار. و هو بناء على ذلك غير ظاهر. اللهم إلا أن يرجع الى الدعوى بلا معارض. لكن دليله من النص - إن تمّ - لا يشمل المقام. أو يرجع الى الاخبار عن نفسه أو ما تحت يده، كما لو أخبر بطهارة بدنه و نجاسته و نحوهما. لكن عمومهما للمقام غير ثابت. و كذا لو أخبر عن نسبه، و عدالته و اجتهاده، و فقره.

(٤) لكن القاعدة تختص بما يكون على نفسه، فلا- تشمل ما يتعلق بغيره، و منه إرث أحدهما من الآخر، فإنه يتعلق بوارثه. فالأولى التمسك

(١) غوالى اللثالى: أواخر الفصل التاسع من المقدمة، كتاب الشهاب للقضاعى الصفحة: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٠٩

الآخر. و لا- فرق فى ذلك بين كونهما بلدين معروفين أو غريبين (١). و إما إذا ادعى أحدهما الزوجية و أنكر الآخر فيجرى عليهما قواعد الدعوى (٢)، فان كان للمدعى بينه (٣) و إلا فيحلف المنكر أو يرد اليمين، فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجية. و على المنكر ترتيب آثاره فى الظاهر (٤). و لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع (٥) بينه و بين الله. و إذا

له بالإجماع، و يكون حينئذ من صغريات قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به، فيكون الإجماع عليه دليلاً على القاعدة، كسائر الموارد التى كان الإجماع عليها دليلاً على القاعدة المذكورة. و الظاهر أن هذه القاعدة كما هى معقد إجماع قولى، معقد إجماع عملى، و سيرة المتشرعة. بل الظاهر أنها قاعدة عقلانية أيضاً.

(١) خلافاً لبعض العامة، فمنع من قبول الإقرار فى البلدين بناء منه على اعتبار الأشهاد فى النكاح، و سهولة إقامة البينة فى البلدين. و ضعف المبني و الابتناء ظاهر، ضرورة عدم اعتبار الأشهاد عندنا. و لو سلم فإنما يعتبر فى مقام الثبوت لا الإثبات. و لو سلم فلا فرق بين البلدين و الغريبين، لإمكان إسهاد البلدين غريبين، فيصعب الأشهاد، و بالعكس، فيسهل الأشهاد. مضافاً الى أن قبول الإقرار لا يختص بالبلد.

(٢) كما فى الشرائع و القواعد و غيرهما، مرسلين له إرسال المسلمات.

و يقتضيه عموم الأدلة.

(٣) يعنى: تسمع البينة، و يحكم بثبوت الزوجية.

(٤) يعنى: آثار الحكم بالزوجية فى الظاهر. عملاً بأدلة وجوب العمل بالحكم، و حرمة رده.

(٥) كما صرح به فى المسالك و كشف اللثام و غيرهما، و يظهر منهم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٠

حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما، لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه. فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، و لا- أم المنكرة، و لا- بنتها مع الدخول بها، و لا- بنت أخيها أو أختها إلا برضاها، و يجب عليه إيصال المهر إليها. نعم لا يجب عليه نفقتها، لنشوزها بالإنكار (١). و إن

أنه إجماعى. فإن الحكم عندنا طريق، لا موضوع لتبدل الواقع.

ففى صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله (ع): «قال: قال رسول (ص): إنما اقتضى بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له قطعة من النار» (١).

هذا مع العلم بالواقع. إما مع قيام حجة عليه فالظاهر أن حكم الحاكم مقدم عليه، كما أشرنا الى ذلك فى بعض مباحث التقليد. فراجع. (١) قال فى المسالك: «و أما النفقة: فلا تجب عليه، لعدم التمكين الذى هو شرط وجوبها» و نحوه فى كشف اللثام و الجواهر. و فى الحدائق نسبته إلى الأصحاب. و هو يتوقف على أن الشرط فى النفقة التمكين، فإذا فات و لو لعذر لم تجب. و لأجل أن التحقيق أن التمكين ليس شرطاً فى وجوب النفقة، بل عدم النشوز، و النشوز مانع من وجوبها، عدل المصنف عن التعليل المذكور فى كلامهم الى

التعليل بما ذكر. لكن لم يتضح كون الإنكار يقتضى الشوز، لأنه التمرد على الزوج و الامتناع من أداء حقوقه لغير عذر، و الإنكار نفسه ليس كذلك. نعم العمل عليه يكون نشوزاً.

لكن لا- مطلقاً، بل إذا لم يكن عن عذر، فإن الحائض يحرم عليها التمكين، فإذا امتنعت منه لم تكن ناشزاً، و المستطبعة يجب عليها السفر، فإذا سافرت بغير إذن الزوج لم تكن ناشزاً، إذ لا دليل على ذلك. مع أن الظاهر أنه

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١١

كانت هي المدعية لا يجوز لها التزويج بغيره (١) إلا- إذا طلقها و لو بأن يقول: «هي طالق إن كانت زوجتي». و لا يجوز لها السفر من دون إذنه. و كذا كل ما يتوقف على إذنه. و لو رجع المنكر إلى الإقرار هل يسمع منه و يحكم بالزوجة بينهما؟ (٢) فيه قولان. و الأقوى: السماع، إذا أظهر عذراً لإنكاره،

لا إشكال فيه. فإذا كان إنكارها الزوجية عن عذر لم تكن ناشزاً، و إلا كانت ناشزاً إذا عملت على ذلك الإنكار، بنحو يكون فيه تمرد على حقوق الزوج.

(١) كما صرح بذلك الجماعة لما سبق.

(٢) السماع منه تارة: بلحاظ الحكم بالزوجية، فيكون الحكم كما لو تصادقا من أول الأمر. و لم أقف على وجود قولين في المسألة. و الذى ينبغي أن يقال: إن الحكم بالزوجية إذا تصادقا من أول الأمر إن كان المستند فيه قاعدة: «من ملك شيئاً..» فالظاهر أن القاعدة المذكورة كما تدل على حجية الإقرار بالثبوت، كذلك تدل على حجية الإقرار بالعدم.

و حينئذ تتعارض في المقام بالنسبة إلى الإنكار و الإقرار، فلا يسمع أحدهما.

اللهم إلا- أن يقال: إنه يملك الإقرار بكل منهما، كما يملك الخدش فيهما، فإذا ذكر عذراً له في الإنكار السابق كان الإقرار اللاحق حجة، و إذا ذكر عذراً له في الإقرار اللاحق كان الإنكار السابق حجة. لأن دليل القاعدة يقتضى جواز التعويل عليه في ذلك كله. و إن كان المستند فيه قاعدة:

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» تعين العمل على الإقرار، و لا يعتد بالإنكار السابق، عملاً بإطلاق دليل القاعدة. و كأن احتمال عدم السماع في المقام مبنى على انصراف القاعدتين الى غير الفرض. و أخرى: بلحاظ جهات أخر يأتى الكلام فيها.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٢

و لم يكن متهماً (١)، و إن كان ذلك بعد الحلف (٢). و كذا المدعى إذا رجع عن دعواه (٣) و كذب نفسه.

(١) اقتصاراً على القدر المتيقن من معقد الإجماع في قاعدة: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

(٢) فإن الحلف و حكم الحاكم به لا يوجبان تبدل الواقع، إذ لا موضوعية لهما في ذلك عندنا. نعم في مسألة اختلاف الزوجين في وقوع العقد حال الإحرام إذا كان المدعى لذلك الزوج، و كانت المرأة منكراً، فحلفت.

و حكم لها الحاكم، فعن المبسوط: أنه يتنصف المهر إذا كان قبل الدخول.

و فى الدروس: «ظاهر الشيخ انفساخ العقد حينئذ، و وجوب نصف المهر إذا كان قبل المسيس و جميعه بعده». و إشكاله ظاهر، إذ لا مقتضى لهذا الانفساخ، و لا- سيما و كونه خلاف ظاهر الأصحاب. و أما السماع بلحاظ الخصومة: فلا مجال له. إذ بالإقرار حصل الاتفاق بين الزوج و الزوجة و التصديق على الزوجية، فلا خصومة بينهما. و أما السماع بلحاظ إلزام المنكر باللوازم الشرعية، بمعنى: أن

الإقرار مانع من إلزامه بلوازم إلزام المنكر باللوازم الشرعية، بمعنى: أن الإقرار مانع من إلزامه بلوازم الإنكار من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فهو الظاهر، لأنه يكفى فى سقوط ذلك الإلزام احتمال الصحة، إذ لا دليل على وجوب الأمر بالمعروف إذا لم تكن حجة على الإصرار على المنكر، فما دام الفاعل محتمل الصحة يسكت، و لا- يجب أمره بالمعروف. اللهم إلا أن يكون دليل نفوذ الإقرار على المقر يقتضى ذلك، كما سيأتى من بعض.

(٣) يعنى: أنكر الزوجية، و وافق خصمه على نفى الزوجية، فإنه يسمع إنكاره و إن كان إنكاراً بعد الإقرار. و السماع هنا إن كان بالنسبة إلى نفى الزوجية: فهو فى محله، لما عرفت فى الفرض السابق بعينه.

و إن كان بالنسبة إلى إلزامه بأحكام الزوجية التى أقر بها: فقيل: يؤخذ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٣

.....

بإقراره، قال فى الجواهر: «و فى المسالك لا- فرق فى ثبوت هذه الاحكام بين حلف الآخر و عدمه. لأنها مترتبة على نفس دعوى الزوجية. بل قيل: و لا بين تكذيب المدعى دعواه بعد ذلك و عدمه. قلت: هو كذلك.

لكن قد يقال: إن ذلك كله جائز للمدعى إذا اعترف بعد ذلك بأنه قد كان مبطلاً فى الدعوى. لأنه شىء لا يعلم إلا من قبله. مع احتمال الإلزام بإقراره». انتهى ما فى الجواهر. و الظاهر أن مراد المصنف بالسماع فى هذا الفرض: السماع بلحاظ ذلك، لا بلحاظ نفى الزوجية. و وجهه:

أنه لا- عموم فى قاعدة الإقرار لما إذا ذكر عذراً فى الإقرار غير بيان الواقع، لأنها و إن كانت شرعية، لكنها إمضاء لما عند العقلاء، لا تأسيس حجية. فالدليل الدال عليها بقريته ذلك ينزل على ما عند العقلاء.

و الظاهر أن بناءهم على عدم الأخذ بالإقرار إذا كان صادراً لغير بيان الواقع بل لأمر آخر. لذلك قال فى الشرائع فى كتاب الإقرار: «إذا شهد على نفسه بالبيع و قبض الثمن، ثم أنكر فيما بعد، و ادعى أنه أشهد تبعاً للعادة، و لم يقبض. قيل: لا تقبل دعواه، لأنه مكذب لإقراره. و قيل:

يقبل، لأنه ادعى ما هو معتاد. و هو أشبه». و فى المسالك: نسبة الأخير إلى الأكثر. و فى الجواهر: «لم تتحقق القائل بالأول من العامة، فضلاً عن الخاصة، و انه لم نجد خلافه فى القبول». و استدلل له بما دل على أن البيئه على المدعى، و اليمين على من أنكر. و يشكل: بأنه خلاف ما دل على عدم قبول الإنكار بعد الإقرار. و يندفع: بأن الدليل عليه ليس إلا ما دل على نفوذ الإقرار، فإذا كان الدليل قاصراً عن شمول الإقرار الصادر لغير بيان الواقع، بل لسبب من الأسباب، لم يكن دليل على عدم قبول الإنكار فى المقام، فتكون دعوى المواطاة مسموعة، لعموم الأدلة، كدعوى فسق الشاهد.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٤

.....

نعم لما كانت دعوى المواطاة خلاف الأصل فى الخبر كان مدعيها مدعياً، و منكرها منكرهاً عليه اليمين، فإذا حلف المنكر المشتري على عدم المواطاة بطلت دعوى المواطاة من البائع. و من ذلك يظهر أن اليمين من المنكر فى المقام على عدم المواطاة لا على عدم القبض- كما عن الكفاية- و لا على أحدهما كما عن جامع المقاصد و الروضة- لأن الدعوى لم تكن على القبض، و إنما كانت على المواطاة لا غير، فاليمين على القبض خارجة عن محط الدعوى.

و من ذلك يتحصل أمور: (الأول): ان الإقرار فى قاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قاعدة: «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، و الإقرار بالخدش في إقراره بالوجود أو العدم. فإذا أقر الحاكم الشرعى بالحكم بالهلال قبل، و إذا أقر بعدم الحكم قبل، و إذا أقر بأن إقراره بالحكم كان سهواً أو غلطاً قبل، و كذا في إقراره بالعدم. (الثالث): أنه لا يختص الإقرار الخارج عن عموم القاعدتين بما كان خلافه عادياً كما يظهر من الشرائع.

فإذا ادعى المقر بخدش في إقراره بأمر غير عادى يقبل الخدش، و يسقط الإقرار. و لذلك قال فى الجواهر: «إن الأقوى فى النظر، إن لم يكن إجماع، عدم خصوصية للمقام، فتسمع الدعوى مطلقاً إذا ذكر وجهها ممكناً لإقراره الأول». (الرابع): ان السماع فى الفرض الأول المذكور فى المتن بلحاظ الحكم بالزوجية، و السماع فى الفرض الثانى بلحاظ إلزامه بأحكام ما أقر به أولاً- من باب الأمر بالمعروف، فلا يلزم به (الخامس):

إن الوجه فى السماع فى الأول قاعدة: «من ملك ..» و الوجه فى السماع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٥

نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه على دعواه (١)، إلا إذا كذبت البينة أيضاً نفسها.

[الثالثة: إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر]

(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر، لم تسمع دعواه، إلا بالبينة (٢).

نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين. فان وجه الدعوى

فى الثانى: اختصاص قاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» بغير المورد. فالسماع فى المقامين ليس بلحاظ واحد، و لا دليله فى المقامين واحد.

(١) لان تكذيبه البينة لا يسقطها عن الحجية، و إنما يوجب سقوط حقه عند الحاكم، فيجب العمل بالبينة، و يكون الحال كما إذا أنكر بعد الإقرار من دون بيان خلل فى الإقرار. و عليه فاذا كان مقتضاها إلزامه بأحكام الإقرار من عدم تزويج الخامسة، أو تزويج أمها، أو أختها، أو بنتها، و نحو ذلك، لزم العمل به.

(٢) كما فى الشرائع و القواعد و غيرها. و نسب الى جمع من الأصحاب.

و الى الأكثر. و استدلل له

بخبر يونس قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة فى بلد من البلدان، فسألها: لك زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها. ثم إن رجلاً أتاه، فقال: هى

امراتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟

فقال (ع): هى امرأته إلا أن يقيم البينة» (١).

و نحوه مكاتبه الحسين ابن سعيد

و .

فى خبر عبد العزيز بن المهتدى قال: «سألته الرضا (ع) قلت: جعلت فداك إن أخى مات و تزوجت امرأته، فجاء عمى، فادعى أنه كان

تزوجها سرا، فسألته عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار. و قالت:

ما بينى و بينه شىء قط. فقال (ع): يلزمك إقرارها. و يلزمه إنكارها» (٢).

(٢) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٦

.....

و كأن عدم التعرض فيه للبينة من جهة فرض السر في السؤال. و استدل له أيضا في المسالك و غيرها: بأن اليمين إنما تتوجه على المنكر إذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحق و نفع المدعى، و الأمر هنا ليس كذلك، لأن المرأة لو صادقت المدعى على دعواه لم تثبت الزوجية، لأن إقرارها واقع في حق الغير، و هو الزوج. و كذا الحال لو ردت اليمين على المدعى، فإنها لا تصلح حجة في منع الزوج عن حقه الثابت شرعاً. و نحوه يقرر فيما لو وجه الدعوى على الزوج.

لكن في المسالك: «ذهب جماعة من الأصحاب إلى قبول الدعوى، و توجه اليمين و الرد هنا، و إن لم تسمع في حق الزوج. و فائدته على تقدير الإقرار بثبوت مهر المثل على الزوجة للمدعى، لحيلولتها بينه و بين البضع بالعقد الثاني .. الى أن قال: و على تقدير رد اليمين على المدعى، أو نكولها عن اليمين، و القضاء للمدعى بالنكول، أو مع اليمين، فالحكم كذلك. و مبنى القولين: أن منافع البضع هل تضمن بالتفويت أم لا؟ ..

الى أن قال: و القول بسماع الدعوى و ثبوت الغرم متجه. عملاً بالقاعدة المستمرة من ثبوت اليمين على من أنكر».

و يمكن أن يقال - كما في الجواهر و غيرها -: بسماع الدعوى و إن لم نقل بمالية البضع، و لا بثبوت الغرم للحيلولة، لعموم الأدلة. و يكفي في صحة سماع الدعوى ترتب الأثر في الجملة، و لو عند فراق الزوج الثاني، أو عند توجيه الدعوى عليه أيضاً فينكحان هو و الزوجة، فتثبت دعوى الأول، أو يردا مع اليمين عليه، فيحلف فتثبت أيضاً. إذ يكفي في صحة السماع ترتب الثمرة العملية في الجملة، فإنه إذا اختلف المالك و المستأجر في مدة الإجارة، فقال المالك: عشر سنين، و قال المستأجر: عشرين سنة، سمعت دعوى المستأجر، و إن لم يكن لها أثر فعلي. و كذلك لو باع عيناً

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٧

على المرأة فأنكرت و حلفت سقط دعواه عليها. و إن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج و تبقى على زوجية الزوج مع عدمها (١)، سواء كان عالماً بكذب المدعى أولاً، و إن أخبر ثقةً واحد بصدق المدعى، و إن كان الأحوط حينئذ طلاقها (٢). فيبقى النزاع بينه و بين

في يده على آخر، فادعى ثالث أنها له، لم تسمع دعواه، و إن 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 لا مجال للسماع. و الظاهر أنه إجماع. ثم إنك عرفت في بعض المباحث السابقة أن منافع البضع غير مضمونة، فإذا صح الابتاء - كما في المسالك - فاللازم القول بعدم السماع. لكن الابتاء غير ظاهر، كما تقدم. و هو العمدة فيما ذكره في الشرائع و غيرها.

و أما النصوص: فظاهرها بيان تكليف الزوج، و ما يلزمه حين ما يدعى الرجل الزوجية، قبل مراجعة القاضي و التحاكم عنده، لا بيان كيفية حسم النزاع و الخصام فإذا لا مجال للاستدلال بها على عدم انقطاع الدعوى إلا بالبينة، أخذاً بالإطلاق.

و من ذلك يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف (ره) بقوله: «نعم له مع عدمها ..»، و كان المناسب أن يقيد عبارته الأولى بما إذا كان التداعي بينهم في غير مجلس القضاء، و هذه العبارة بما إذا كان التداعي في مجلس القضاء.

(١) يعني: عدم البينة.

(٢)

لموثق سماعه قال: «سألته عن رجل تزوج أمة (جارية. خ ل) أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة، فقال: إن هذه امرأتى، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٨

الزوج، فان حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضاً، وإن نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجة إذا كان ذلك بعد أن حلف فى الدعوى على الزوجة بعد الرد عليه، وإن كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجه الدعوى أولاً عليه. والحاصل: ان هذه دعوى على كل من الزوج و الزوجة، فمع عدم البينة إن حلفا سقط دعواه عليهما، وإن نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه.

و إن حلف أحدهما دون الآخر فلنكل حكمه، فإذا حلف الزوج فى الدعوى عليه فسقط بالنسبة اليه، و الزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت و رد الحاكم عليه فحلف و إن كان لا- يتسلط عليها لمكان حق الزوج، إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت اليه، سواء قلنا (١) إن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار، أو بمنزلة البينة، أو قسم ثالث (٢). نعم

و ليست لى بينة. فقال (ع): إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه «١». و لم يعرف عامل به، فيتعين حمله على الاستحباب، للاحتياط.

(١) إذ هى على كل واحد من الوجوه المذكورة تكون مثبتة لحق الحالف على خصمه.
(٢) إذا كانت بمنزلة الإقرار تكون طريقاً إلى إثبات الحق على المنكر فقط، فلا يتعدى الى غيره، كما هو حال الإقرار. و إذا كانت بمنزلة البينة تكون طريقاً إلى إثبات المدعى و لوازمه، كما هو حال البينة. و إذا

(١) الوسائل باب: ٢٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤١٩

فى استحقاقها النفقة و المهر المسمى على الزوج إشكال (١)، خصوصاً إن قلنا أنه بمنزلة الإقرار (٢) أو البينة. هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعى. و إما إذا صدقته و أقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج، و لكنها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحق النفقة على الزوج و لا المهر المسمى، بل و لا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغية بمقتضى إقرارها

كانت على وجه آخر فيمكن أن يثبت بعض اللوازم دون بعض. و قد ذكروا فروعاً تتفرع على الخلاف المذكور. منها: ما لو أقام المدعى عليه بينة على أداء الدين أو الإبراء منه، بعد أن حلف المدعى للدين. فان قلنا أن اليمين كالبينة سمعت البينة من المدعى عليه. و إن جعلناها كالإقرار منه لم تسمع، لكونه بإقراره «١» مكذب لبينته. و الذى حكاه فى الجواهر عن بعض متأخري المتأخرين: أنها قسم ثالث، فقد يجرى عليها حكم الإقرار، و قد يجرى عليها حكم البينة، و قد لا يجرى عليها حكم أحدهما. و جعله فى الجواهر هو المتجه. و كذلك المصنف فى كتاب القضاء.

(١) لأن النفقة و المهر المسمى من حقوق الزوجة الثابتة لها لأجل زوجيتها، فإذا ثبتت زوجيتها للمدعى باليمين المردودة فقد سقطت حقوق زوجيتها للآخر، و ثبتت لها بالإضافة الى المدعى لو لا إقرارها بنفى الزوجية له، فلا وجه لمطالبتها الزوج بها. و بالجملة: مقتضى اليمين المردودة نفى حقوقها الثابتة لها من جهة زوجيتها لغير المدعى.

(٢) لما هو ظاهر من مقتضى الإقرار، و سيأتى فى المتن. و حال البينة أظهر فإنها حجة على نفى الاستحقاق.

(١) كذا ذكر الجماعة لكنه لا ينطبق على الفرض، لكون الحالف غير المقيم البينة (منه قدس سره)

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٠

إلا أن تظهر عذراً (١) في ذلك. و ترد على المدعى (٢) بعد موت الزوج أو طلاقه الى غير ذلك.

[(الرابعة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة و أنكرت]

(الرابعة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة و أنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول و كذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أولاً إلا بعد فراغها من المدعى؟ وجهان (٣)،

(١) على ما تقدم في المسألة الثانية.

(٢) عملاً بحكم الحاكم.

(٣) قال في المسالك: «و مما يتفرع على الخلاف الأول (يعنى:

الخلاف في المسألة الثالثة) جواز العقد على هذه لغير المدعى قبل انتهاء الدعوى و عدمه. فان قلنا بسماعها بعد التزويج و ترتب فائدتها السابقة صح العقد الثانى، و بقيت الدعوى بحالها. لكن العقد الثانى يفيد سقوط تسلط المدعى على البضع، فيحتمل لذلك عدم جواز العقد حتى ينهى الأول دعواه، لسبق حقه، فلا يسقطه الثانى بعقده. نعم لو تراخى الأول فى الدعوى أو سكت عنها فجواز العقد أجد، حذراً من الإضرار المترتب على المنع، فان الزوج إذا علم بعدم إقدام أحد عليها أمكن أن يؤخر دعواه لذلك، ليطول الأمر عليها، و يتوجه عليها الضرر بترك التزويج، فيكون وسيلة إلى الرجوع اليه، و هو يستلزم الحرج و الإضرار المنفيين بالآية و الرواية [١]. و إن قلنا بعدم سماع الدعوى على المعقود عليها أصلاً

[١] مثل قوله تعالى (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ) البقرة: ١٨٥ و قوله تعالى (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) المائدة: ٦ و قوله تعالى (مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) الحج: ٧٨. و قد يدل عليه خبر عبد الأعلى مولى آل سام (الوسائل باب: ٣٩ من أبواب الوضوء حديث: ٥).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢١

من أنها (١) قبل ثبوت دعوى المدعى خلية و مسلطة على نفسها. و من تعلق حق المدعى بها (٢)، و كونها فى معرض

- كما ذهب اليه المصنف- اتجه عدم جواز تزويجها الى أن تخرج من حقه بانتهاء الدعوى. و يشكل الأمر حينئذ لو ماطل بها و قصد ما ذكرناه و لعل الجواز حينئذ مطلقاً أقوى».

و التحقيق جواز التزويج على كل من القولين، إذ ليس ما يحتمل المانع على القول الأول إلا عدم تسلط المدعى على البضع على تقدير اليمين المردودة من المرأة أو نكولها، و على القول الثانى إلا سقوط حق الدعوى، لكنهما لا يصلحان للمانع إذ لا دليل على قصر سلطنة المرأة على نفسها بمجرد ذلك. و سقوط حق الدعوى بالتزويج لا يقتضى حرمة التزويج، و لا المنع من السلطنة عليه، لأنه ليس تصرفاً فى الحق، بل من قبيل رفع موضوعه، فيسقط على أن جواز الادعاء من الاحكام، و لم يثبت أنه من الحقوق، فإنه لا يسقط بالإسقاط. و بالجملة: بناء على عدم سماع الدعوى من المدعى على المزوجه، يكون الشرط فى سماع الدعوى كونها خلية، فيكون من قبيل شرط الوجوب، و شرط الوجوب لا يجب بالوجوب، فلا مانع من أن تجعل نفسها مزوجه غير خلية، فتتخلص من الادعاء عليها.

و أولى منه بذلك عدم تسلط المدعى على البضع على تقدير النكول أو اليمين المردودة، إذ هو محتمل الثبوت بعد ذلك، و لا يصلح العلم بثبوته لقصر السلطنة، فضلاً عن احتمال ثبوته. و فى كونه من الحقوق إشكال ظاهر، فإنه أيضاً لا يسقط بالإسقاط. و الى بعض ما

ذكرنا أشار في الجواهر.

(١) هذا وجه الجواز. و مرجعه إلى قاعدة السلطنة على النفس.

(٢) إن كان المراد به حق الدعوى، فقد عرفت أن حق الدعوى مشروط بكونها خلية. مضافاً إلى أنه لم يثبت كونه من الحقوق.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٢

ثبوت زوجيتها للمدعى (١). مع أن ذلك تفويت حق المدعى (٢) إذا ردت الحلف عليه و حلف، فإنه ليس حجة على غيرها، و هو الزوج. و يحتمل التفصيل (٣) بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ، و بين غير هذه الصورة و الأظهر الوجه الأول. و حينئذ فإن أقام المدعى بينة، و حكم له بها كشف عن فساد العقد عليها (٤). و إن لم يكن له بينة و حلفت بقيت على زوجيتها. و إن ردت اليمين على المدعى و حلف ففيه وجهان: من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها، و من أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير، و هو الزوج. و هذا هو الأوجه (٥). فيثمر فيما إذا

(١) المعرضة لا تراحم قاعدة السلطنة على النفس.

(٢) الحق المذكور استقبالي، فلا يمنع من قاعدة السلطنة إذا كان معلوماً، فضلاً عما إذا كان محتملاً كما عرفت.

(٣) قد احتمله في المسالك.

(٤) لأن البينة حجة في المداليل الالتزامية.

(٥) الذي تقتضيه القواعد العامة، فإنه لم يثبت أن اليمين المردودة تصلح لإثبات نفى زوجية الرجل الذي تزوجها حين الدعوى. اللهم إلا- أن يقال: إذا ثبتت زوجية الرجل المدعى انتفت زوجية الآخر، لأن الثاني من أحكام الأول لا من لوازمه، فلو فرض أن اليمين المردودة كالأصل كانت كافية في نفى زوجية الآخر. اللهم إلا أن يقال: إنها لا تصلح لإثبات زوجية الرجل المدعى مطلقاً، بل تثبتها من وجه دون آخر.

نظير أصالة صحة الصلاة مع الشك في الطهارة، فإنها لا تثبت الطهارة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٣

طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعى.

و المسألة سيالة تجرى في دعوى الأملاك (١) و غيرها أيضاً.

و الله العالم.

[(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة أخرى]

(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت و ادعت زوجيته امرأة أخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع المرأة الأولى- كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها- فهناك دعويان: إحداهما: من الرجل على المرأة و الثانية: من المرأة الأخرى على ذلك الرجل، و حينئذ فاما أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر أو لكليهما. فعلى الأول: يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فان حلفا سقطت الدعويان، و كذا (٢) إن نكلا و حلف كل من المدعين اليمين المردودة. و إن حلف

مطلقاً، و إنما تثبتها بلحاظ الصلاة لا غير، نظير الإقرار.

(١) كما إذا أجر الإنسان ما في يده، فادعاه آخر، فان كانت له بينة حكم له بها، و إلا فاليمين المردودة أو نكول المالك لا يسوغ انتزاع المال من المستأجر. كالإقرار من المؤجر. و عليه فاذا ادعاه مدع قبل أن يؤجره يقع الكلام في صحة الإجارة قبل انتهاء الدعوى.

و كذا إذا كان وقف بيد وليه فأجره ثم ادعى الولاية عليه آخر، فإنه يجرى فيه ما ذكر في المسألة الثالثة. و هل يجوز له إيجاره بعد الدعوى على الولي، أولاً، فينتظر حتى تنتهي الدعوى؟.

(٢) يعنى: تسقط الدعويان، مع أنه حينئذ تثبت الدعويان باليمين المردودة على المدعى، لكن لما كانت الدعويان متكاذبتين و متعلقتين بشخص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٤

أحدهما و نكل الآخر و حلف مدعيه اليمين المردودة، سقطت دعوى الأول (١) و ثبت مدعى الثاني. و على الثاني - و هو ما إذا كان لأحدهما بينة - يثبت مدعى من له البينة. و هل تسقط دعوى الآخر، أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده؟ قد يدعى القطع بالثاني، لأن كل دعوى لا بد فيها من البينة أو الحلف. و لكن لا يبعد تقوية الوجه الأول. لأن البينة حجة شرعية و إذا ثبت بها زوجية إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجية الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين، فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمارة الشرعية عدم زوجية الأخرى (٢).

واحد لم يمكن الحكم بثبوتها معاً. و لأجل ذلك قد يشكل جواز رد اليمين من أحدهما بعد أن رد عليه اليمين من الآخر، لأن نتيجة الرد التساقت.

و لذا قال في الجواهر: «و لو ردت الأولى عليه اليمين مثلاً - فحلف هو، فهل له رد اليمين على المدعية؟ وجهان». إلا - أن يقال: إن التساقت ليس من آثار الرد الثاني، بل من آثار الردين و اجتماع اليمينين المردودتين.

(١) بيمين المنكر. و ثبتت دعوى الثاني باليمين المردودة عليه.
(٢) هذا يتم بناء على قبول بينة المنكر، و تكون بدلاً عن يمينه، كما عليه جماعة، و منهم المصنف (ره). أما على المشهور من عدم قبولها فلا بد من الرجوع الى يمين المنكر، أو اليمين المردودة على المدعى.
مضافاً الى أن بينة أحدهما على الزوجية لا تكون بينة على نفى زوجية الأخرى حتى تشهد بذلك مطابقة، و إلا فالشهادة بزوجة إحداهما لا تكون شهادة بنفى زوجية الأخرى، لإمكان الغفلة عن ذلك، أو لعدم اعتقاد الملازمة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٥

و على الثالث: (١) فاما أن يكون البيتان مطلقتين، أو مؤرختين متقارنتين، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى. فعلى الأولين تتساقطان (٢)، و يكون كما لو لم يكن بينة أصلاً. و على الثالث: ترجح الأسبق (٣) إذا كانت تشهد بالزوجية من

نعم هي حجة على نفى زوجية الأخرى، لكنها ليست شهادة بالنفى. ثم إن شيخنا في الجواهر ذكر أنه لا بد له من اليمين على نفى ما ادعته الأخت، وفاقاً للشهيد. ضرورة كونه منكرًا بالنسبة إلى دعواها. و البينة على زوجية أختها لا تقتضى العلم بكذبها، ضرورة إمكان صدق البينة مع تقدم العقد عليها. انتهى. و فيه: أن ذلك يتم إن كان مستند البينة وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة، أما إذا كان المستند العلم بالبينة كما تشهد بالزوجية المدعاة للرجل مثلاً، تدل على كذب دعوى الأخت ضرورة.

(١) الصور المتصورة في المقام هي أن البيتين إما مطلقتان، أو مؤرختان، أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه. و المؤرختان تارة: يتفق تاريخهما، و أخرى يختلف. و مع الاختلاف تارة: يتقدم تاريخ بيته، و أخرى يتقدم تاريخ بيتهما. و الجميع تارة: يكون كل منهما مع الدخول، و أخرى مع عدمه
(٢) للتعارض بينهما و التكاذب.

(٣) هذا إذا كانت تشهد بالبقاء استناداً الى العلم، و كانت الثانية تشهد استناداً الى ظاهر وقوع العقد في كونه صحيحاً، فإن الأولى على

هذا تكون رافعة لمستند الثانية، فتبطل. أما إذا كانت الثانية أيضاً تشهد اعتماداً على العلم فهما حينئذ متعارضتان، ولا وجه لترجيح الأسبق تاريخاً.

كما أنه إذا كانت الأولى تشهد بالبقاء اعتماداً على الاستصحاب، و الثانية تشهد اعتماداً على العلم، كانت الثانية مقدمة على الأولى، لأنها رافعة لمستند

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٦

ذلك التاريخ الى زمان الثانية. وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك (١) إذا كانت الامراتان الأم و البنت مع تقدم تاريخ البنت، بخلاف الأختين و الام و البنت مع تقدم تاريخ الام، لإمكان صحة العقدین، بأن طلق الاولى و عقد على الثانية فى الأختين، و طلق الام مع عدم الدخول بها. و حينئذ ففى ترجيح الثانية أو التساقت وجهان (٢). هذا و لكن وردت رواية (٣) تدل على تقديم بينة الرجل، الا مع سبق بينة

الأولى فى البقاء، و هو الاستصحاب. و كذا إذا كان مستند الثانية أصالة الصحة، فإنها أيضاً مقدمة على الاستصحاب. (١) يعنى: ترجح الأسبق. للتعارض و التكاذب الواقع بينهما الناشئ من تنافيهما و إن اختلف تاريخهما. هذا مع الاشتراك فى المستند. و أما مع اختلافه: فإذا كانت الثانية تشهد استناداً الى العلم و الأسبق تشهد استناداً الى الظاهر لزم ترجيح الثانية، لأنها تشهد ببطلان مستند الأولى.

(٢) أقربهما الأول، سواء كان مستند الثانية العلم، أم وقوع العقد المبني على ظاهر الصحة. إذ بقاء العقد الأول إنما يكون بالاستصحاب، و هو لا يجرى مع الشهادة بمنافيه، لتقدم البينة على الاستصحاب. و بالجملة: إذا كان مستند إحدى البينتين مقدماً على مستند الأخرى عند المشهور عنده تكون البينة الأخرى باطلة المستند، فلا تكون حجة، فالبينة التى مستندها العلم ترفع حجية الأصل أو الظاهر الذى هو مستند الأخرى، فتكون الأخرى باطلة المستند، فتخرج عن دليل الحجة. و كذا البينة التى مستندها الظاهر المقدم على الأصل، فإن ذلك المستند يبطل الأصل عند المشهود عنده، فتبطل البينة المستندة اليه. (٣) و هى

رواية الزهرى عن على بن الحسين (ع): «فى رجل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٧

الامرأة المدعية أو الدخول بها فى الأختين. و قد عمل بها المشهور (١)

ادعى على امرأة أنه تزوجها بولى و شهود، و أنكرت المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولى و شهود، و لم يوقتا وقتاً. فكتب: ان البينة بينة الرجل، و لا تقبل بينة المرأة، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، و تريد أختها فساد النكاح، فلا تصدق و لا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها، أو بدخول بها» (١).

و رواها الشيخ فى التهذيب أيضاً عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفى عن أبى عبد الله (ع)

«٢». (١) فى جامع المقاصد: «كان هذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب»، و فى المسالك: «لا يظهر فيه خلاف بينهم، و أنه ربما ادعى عليه الإجماع»، و فى كشف اللثام: «الأصحاب عملوا به من غير خلاف يظهر، إلا من المحقق فى النكت». و فى الكفاية: أن بعضهم نقل الإجماع عليه. انتهى.

و فى الجواهر: «من غير خلاف يعرف على ما اعترف به غير واحد.

و عن بعض دعوى الإجماع عليه».

و في المسالك: «هو مخالف للقواعد الشرعية في تقديم بينة الرجل مع إطلاق البينتين أو تساوى التاريخين، لأنه منكر، و يقدم قوله مع عدم البينة، و من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه». و نحوه في جامع المقاصد. و فيه: أنه منكر بالنسبة إلى دعوى الأخت لا بالنسبة إلى دعواه على أختها، فإنه حينئذ مدع. إلا أن يقال: إن النص دل على تقديم بينته حتى بالإضافة إلى دعوى الأخت عليه، التي يكون فيها منكرًا.

اللهم إلا أن يقال: إنما يتم بناء على عدم الحاجة إلى اليمين، أما بناء

(١) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٨

.....

على ضم اليمين إلى البينة فيكون الأخذ بقوله لأجل اليمين. فتأمل. و العمدة في مخالفة الرواية للقواعد الحكم فيها بتقديم بينة الرجل إلا في صورتين، فإن وجه التقديم غير ظاهر بالنظر إلى القواعد.

و قد تصدى في كشف اللثام لتطبيقها على القواعد فقال: «إن الوجه في ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ما هو فعله، و لعله عقد على الأولى قبل العقد عليها و هي لا تعلم، و لا يعلم فعله إلا من قبله».

و قد أطال شيخنا الأعظم في تقريبه، و حاصله: أن كلا من بينة الرجل و الأخت إنما يكون مستندا العقد فهما تتساويان في الاستناد و الاعتماد، لكن الرجل و الأخت يختلفان في الاعتماد، فإن اعتماد الأخت في دعواها على ظاهر العقد كبينتها، لكن اعتماد الرجل في دعواه على العلم بصحة ما يدعيه و فساد ما تدعيه الأخت، لأن مناط صحة ما تدعيه الأخت من زوجية نفسها و تنكره من زوجية أختها إنما يعرف من قبل الرجل، فهو أعرف به.

و يشكل: بأنه يمكن أن يكون الاعتماد من الأخت على العلم كما يمكن ذلك من بينتها، فتكون حينئذ كالرجل. كما أنه يمكن أن يكون اعتماد الرجل على ظاهر قول أو فعل أو إخبار و كيل. و كذا اعتماد بينته. فلا وجه حينئذ لإطلاق الترجيح. و لا سيما و أن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الترجيح. فإذا ما ذكره ممنوع صغرى و كبرى.

و بالجملة: يتعين الرجوع في الترجيح إلى ما سبق من أنه إذا تساوى مستند البينتين تساقطتا، و إذا اختلف بأن كان مستند إحداهما العلم و مستند الأخرى حجة غيره فالبينة الأولى مقدمة، لأنها دالة على بطلان مستند الثانية، و إن كان مستند إحداهما أصلا و مستند الأخرى أماره كانت الثانية مقدمة، لأنها أيضا دالة على بطلان مستند الأولى، و مع ثبوت بطلان

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٢٩

في خصوص الأختين. و منهم من تعدى إلى الأم و البنت أيضا (١) و لكن العمل بها حتى في موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد (٢) و إمكان حملها على بعض المحامل (٣) التي لا تخالف القواعد.

المستند تخرج عن دليل الحجية. و كذا كل حجة تبين بطلان مستندها.

(١) يظهر من الجواهر الميل إليه، قال (ره) في وجهه: «ضرورة عدم المدخلية للأخوة فيه، بل إنما هو لتحريمه، و هو مشترك بين الجميع».

مضافا إلى ما عرفته من موافقة الحكم للقواعد الشرعية في الجملة، التي لا فرق فيها بين الجميع كما يومئ إليه التعليل في الخبر». و في

القواعد: «و في انسحاب الحكم في مثل الأم و البنت إشكال». و في جامع المقاصد: الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص. و نحوه في المسالك.

(٢) قد تقدم في المسالك: أن الوجه في المخالفة للقواعد الأخذ بينة المنكر. و في غيرها: الوجه تقديم إحدى البيتين على الأخرى من غير مرجح.

و كيف كان فقد عرفت أن هذا لا يصلح مانعاً من العمل بها، فأكثر الروايات الدالة على الوجوب و الحرمة و نحوهما مخالفة للقواعد العامة.

(٣) ذكر في الحدائق: أن حكمه (ع) بتقديم بينة الرجل و صحة دعواه و بطلان دعوى الأخت، لعله لأمر ظهر له بقرائن الحال يومئذ، فإنه (ع) جزم و حكم بصحة دعوى الزوج، و أنه قد استحق بضع هذه المرأة، و حكم ببطلان دعوى أختها. و أنها إنما تريد فساد النكاح، فلا تصدق إلا على أحد الوجهين المذكورين. انتهى. فيحتمل أن يكون مراده أن مورد السؤال قضية خاصة لا كلية. لكن ينافيه جداً التفصيل المذكور. و يحتمل أن يكون مراده أن التعليل المذكور يشهد بأن السؤال في الرواية كان مشتملاً على بعض القيود الدالة على لزوم تقديم بينة الرجل و صحة دعواه، و أن ما كان من الأخت كان مناصرةً منها لأختها. و ربما تشير الى ذلك في مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٠

[(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى]

(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها على حاله (١)، و لا إشكال في جواز وطئها (٢). و إن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (٣)

الجملة فاء الترتيب في قول السائل: «فأقامت ..». و على هذا تكون الرواية مجملته، للجهل بالقيود المأخوذة في السؤال، و لا مجال حينئذ للعمل بالرواية في الأختين، فضلاً عن غيرهما ممن لا يمكن الجمع بينهما في الزوجية. (تنبيه): قال في القواعد: «و الأقرب الافتقار الى اليمين على التقديرين إلا مع سبق». و قال في المسالك: «إن ظاهر النص أن من قدم جانبه لا يفتقر معه الى اليمين. و كذلك أطلق المصنف الحكم تبعاً لظاهره .. (الى أن قال): و الأقوى الافتقار الى اليمين إلا مع سبق تاريخ إحدى البيتين». ثم علله: بأنه مع التعارض بتساوي التاريخ أو إطلاقه يتساقط البيتان، فلا بد من مرجح للحكم بإحداهما. و فيه: أنه لا وجه له بعد الاعتراف بأنه خلاف ظاهر النص.

(١) بلا خلاف فيه ظاهر و لا إشكال. و يظهر منهم أنه من المسلمات.

و يقتضيه الأصل، إذ ليس ما يحتمل إبطاله العقد إلا الانتقال من مالك الى آخر، و لم يبق على إبطاله دليل، فيتعين البناء على عدمه.

(٢) إذا أحرز الاذن من السيد له في ذلك و لو بالأصل، و إلا فعموم عدم جواز التصرف من مال الغير بغير إذنه كاف في المنع.

(٣) بلا خلاف ظاهر، و في الجواهر- في مباحث بيع الحيوان:-

دعوى الإجماع بقسميه على بطلان النكاح إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه.

و هذا هو العمدة. نعم تعضده النصوص الدالة على بطلان نكاح الأمة من العبد إذا ملكت زوجها

«١»، بضميمة عدم القول بالفصل. و قد استدل

(١) راجع الوسائل باب: ٤٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١، ٣.

و حلت له بالملك (١) على الأقوى من ملكية العبد. و هل يفتقر وطؤها حينئذ الى الاذن من المولى، أو لا؟ وجهان. أقوامها: ذلك (٢)، لان الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية و قد زالت بالملك (٣) فيحتاج الى الاذن الجديد. و لو اشترها لا يقصد كونها لنفسه أو للمولى، فان اشترها بعين مال المولى كانت له (٤)، و تبقى الزوجية (٥). و إن اشترها بعين ماله كانت له، و بطلت الزوجية. و كذا إن اشترها فى الذمة، لانصرافه إلى ذمة نفسه. و فى الحاجة الى الاذن الجديد و عدمها الوجهان

عليه بقوله تعالى (إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) * «١» بناء على ظهوره فى منع الجمع بينهما. لكنه لو تمّ توقف على إثبات صحة البيع، و إلا فالبناء على بطلان البيع و بقاء الزوجية أولى، عملاً بالاستصحاب. فإذا العمدة فيه الإجماع. (١) عملاً بعموم الأدلة.

(٢) كما فى الجواهر. للحجر عليه فى التصرف و إن قلنا بملكه. و الاذن فى شرائها لا يقتضى الاذن فى التصرف.

(٣) يعنى: و إذا زال الموضوع زال حكمه، و لا مجال لاستصحابه.

اللهم إلا أن يقال: الزوجية ليست مقومة لموضوع الاستصحاب عرفاً فزوالها لا يوجب تبدل الموضوع، فلا مانع من الاستصحاب.

(٤) يعنى للمولى. إذ المعاوضة بينها و بين المال تقتضى أن تدخل فى كيس من خرج من كيسه المال.

(٥) لما سبق من الأصل. و مما ذكرنا يظهر وجه ما بعده.

(١) المؤمنون: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٢

[(السابعة): يجوز تزويج امرأة تدعى أنها خلية من الزوج من غير فحص]

(السابعة): يجوز تزويج امرأة تدعى أنها خلية من الزوج من غير فحص (١)، مع عدم حصول العلم بقولها، بل و كذا إذا لم تدع ذلك (٢) و لكن دعت الرجل الى تزويجها

(١) بلا إشكال ظاهر. و يقتضيه

خبر ميسر قال: «قلت لأبى عبد الله (ع) ألقى المرأة بالفلاة التى ليس فيها أحد، فأقول لها: أ لك زوج؟ فتقول: لا فأزوجها؟ قال (ع): نعم، هى المصدقة على نفسها» «١».

و

خبر أبان بن تغلب: «قلت لأبى عبد الله (ع) إني أكون فى بعض الطرقات، فأرى المرأة الحسناء، و لا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر. قال (ع): ليس هذا عليك. إنما عليك أن تصدقها فى نفسها» «٢».

و نحوهما خبر يونس و خبر عبد العزيز بن المهتدى المتقدمان فى المسألة الثالثة.

و أما

خبر عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبى عبد الله (ع): إني تزوجت امرأة فسألت عنها، فقيل فيها. فقال: و أنت لم سألت أيضاً؟! ليس عليكم التفتيش» «٣»

فغير ظاهر فيما نحن فيه.

(٢) كما يفهم من

خير الفضل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله (ع) قال: «قلت» إني تزوجت امرأة متعة، فوقع في نفسي أن لها زوجا ففتشت. فقال أبو عبد الله (ع): و لم فتشت؟! «٤»

و

خير محمد بن عبد الله الأشعري قال: «قلت للرضا (ع): الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجا. فقال (ع): و ما عليه، رأيت لو سألتها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج؟» «٥»
لكن الظاهر من الخبرين ترك السؤال بعد التزويج

(١) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

(٢) الكافي الجزء ج: ٥ الصفحة ٤٦٢ طبعه إيران الحديث.

(٣) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المتعة حديث: ٣.

(٥) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المتعة حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٣

أو أجابت إذا دعيت إليه، بل الظاهر ذلك و إن علم كونها ذات بعل سابقاً و ادعت طلاقها أو موته (١). نعم لو كانت متهمه في دعواها فالأحوط الفحص عن حالها (٢). و من هنا ظهر جواز تزويج زوجته من غاب غيبه منقطعاً و لم يعلم

اعتماداً على العلم بأنها خلية، و إن كان الجواب في الثاني يشعر بعموم الحكم لما قبل التزويج.

(١) لإطلاق النصوص.

(٢) كما يقتضيه

صحيح أبي مريم عن أبي جعفر (ع): «أنه سئل عن المتعة، فقال: إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنهن كن يومئذ يؤمن و اليوم لا يؤمن، فاسألوا عنهن» «١».

لكن في الشرائع في مبحث المتعة استجاب السؤال مع التهمة و عدم وجوبه. و يظهر من الحدائق و غيرها: أنه إجماع. و في المسالك: «ليس السؤال شرطاً في الصحة، للأصل، و حمل تصرف المسلم على الصحيح. و

قد روى أحمد ابن أبي نصر و غيره قال: (قلت للرضا (ع) ..)»

، و ذكر رواية الأشعري السابقة. و كأن المراد من الأصل عموم الأدلة. لكنه غير ظاهر الجريان مع الشبهة الموضوعية. و أما أصالة عدم المانع، فغير مطردة في صورة سبق المانع، كما إذا علم أن لها زوجاً. و مثله 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 لمعارضه الصحيح السابق. فالعمدة هو خبر الأشعري و نحوه المعول عليه عندهم على نحو يتعين الخروج به عن ظاهر الصحيح. و من ذلك يظهر الكلام فيما يأتي من تزويج زوجة الغائب إذا لم تكن متهمه و إذا كانت متهمه.

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب المتعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٤

موته وحياته، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الامارات و القرائن، أو بإخبار المخبرين، و ان لم يحصل العلم بقولها. و يجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم. و لكن الأحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمه.

[الثامنة: إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل]

(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (١). نعم لو أقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (٢)، و إن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الإجمال.

[التاسعة: إذا وكلا وكيلًا في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان]

(التاسعة): إذا وكلا وكيلًا في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان (٣)، إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه. و لا يكفي الظن بذلك، و إن حصل من إخبار مخبر بذلك، و إن كان ثقة (٤). نعم

(١) إذ لا دليل على سماعها. و النصوص المتقدمة لا تشملها.

(٢) عملًا بحجية البينة. بل يجب على الزوج فراقها لذلك. و إخبارها السابق لا يصلح لمعارضة البينة، لا قبل التزويج، و لا بعده، لا اختصاص دليله بغير ذلك.

(٣) للشك في تحقق العقد، الموجب للرجوع إلى أصالة عدمه.

(٤) لعدم الدليل على حجية خبر الثقة. و بناء العقلاء إن تمّ فهو لا يصلح لمعارضة ما دل على نفى الحجية في الموضوعات لغير البينة. مثل

قوله (ع): «و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البينة» (١).

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٥

لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً (١) لأن قول الوكيل حجة فيما و كل فيه.

[فصل في أولياء العقد]

إشارة

فصل في أولياء العقد و هم الأب، و الجد (٢) من طرف الأب، بمعنى:

(١) عموم الحجية لغير الثقة غير ظاهر من السيرة. نعم إطلاق معقد الإجماع على أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به - بناء على كون المقام من صغرياته، كما هو الظاهر - يقتضى عموم الحكم لغير الثقة.

(٢) فصل في أولياء العقد ثبوت الولاية لهما في الجملة من القطعيات، المدعى عليها الإجماع.

و النصوص و الفتاوى شاهدة بذلك.

ففي صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجه أبوها، ثم يموت و هي صغيرة. فتكبر قبل أن

يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال (ع): يجوز عليها تزويج أبيها» (١)

و ،

صحيح عبد الله ابن الصلت قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال (ع): لا. ليس لها مع أبيها أمر.

قال: و سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر؟ قال (ع):

ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر» (٢)

و ،

صحيح الفضل بن عبد الملك

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٦

أب الأب فصاعداً، فلا يندرج فيه أب أم الأب (١)، و الوصي لأحدهما مع فقد الآخر، و السيد بالنسبة إلى مملوكه،

قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير. قال (ع):

لا بأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال (ع): لا» (١)

و ،

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «قال: إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه» (٢)

و ،

صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع) قال: «إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول. فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى» (٣).

و نحوها غيرها. و من ذلك يظهر ضعف ما عن ابن أبي عقيل من نفى ولاية الجد.

(١) كما هو المعروف، لما يستفاد من نصوص ولاية الجد من الاختصاص بأب الأب، بقريته التمسك

بقول النبي (ص): «أنت و مالك لأبيك» (٤).

و عن ابن الجنيد ثبوت الولاية للأب و آبائها، مستدلاً على ذلك بأن رسول الله (ص) أمر نعيم بن النحام أن يستأمر أم ابنته في أمرها، و قال: و ائتمروهن في بناتهن» (٥).

انتهى. و قد يستدل له أيضاً

بمؤثق إبراهيم ابن ميمون عن أبي عبد الله (ع): و قال (ع): إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر. و إذا كانت قد تزوجت لم يزوجه إلا برضا منها» (٦).

لكن لا مجال لذلك بعد دعوى الإجماع على خلافه،

(١) الوسائل باب: ٢٨ من أبواب المهور حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

- (٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.
 (٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.
 (٥) سنن البيهقي الجزء: ٧ الصفحة: ١١٦.
 (٦) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٧
 و الحاكم. و لا ولاية للأم، و لا الجد من قبلها، و لو من قبل أم الأب، و لا الأخ (١)، و العم (٢)، و الخال، و أولادهم (٣).

[مسألة ١: تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ]

(مسألة ١): تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ (٤).

و لا سيما بملاحظة اختصاص ذلك بالأم، و لا يعم آباءها.

و من الغريب ما فى التذكرة: «الوجه أن جد أم الأب لا ولاية له مع جد أب الأب. و مع انفراده نظر»، فإنه غير ظاهر المأخذ، و لا سيما بملاحظة

صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «فى الصبى يتزوج الصبية، يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها فنعم» (١) ، لظهوره فى عموم نفي الولاية عن غير الأب.

(١) إجماعاً ظاهراً. و ما فى بعض النصوص من ثبوت الولاية للأخ -

كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن الذى بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ. قال: هو الأب، و الأخ، و الرجل يوصى اليه» (٢) و غيره - مؤول، أو مطروح.

(٢) إجماعاً، نصاً و فتوى،

فقد روى محمد بن الحسن الأشعري قال: «كتب بعض بنى عمى إلى أبي جعفر الثانى (ع): ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج؟ قال: فكتب (ع) إلى: لا تكره على ذلك، و الأمر أمرها» (٣).

(٣) إجماعاً. و يقتضيه الأصل، و عموم صحيح ابن مسلم المتقدم

(٤) بلا خلاف أجده فيه. بل فى المسالك: أنه موضع وفاق، بل فى

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٨

بل و المنفصل على الأقوى (١).

غيرها الإجماع عليه. كذا فى الجواهر. و يقتضيه الاستصحاب. و كون الثابت منها قبل البلوغ كان للصغر و قد زال: لا يمنع من جريان الاستصحاب، و لا يوجب تبدل الموضوع. و إن كان ظاهر الجواهر ذلك.

(١) قال فى كشف اللثام: «و أما إن تجدد الجنون بعد البلوغ ففى عود ولايتهما نظر. ففى التذكرة و التحرير: أنها تعود. و هو الأقرب.

بل لا- عود حقيقة، لأن ولايتهما ذاتية منوطه بإشفاقهما و تضررها بما يتضرر به الولد». و في الجواهر قوة ذلك، لأن المنشأ في ولايتهما الشفقة و الرأفة و نحوهما مما لا فرق فيه بين المتصل و المنفصل. انتهى. و لا يخفى أن التعليل المذكور في كلامهم تخمين لا يعول عليه في إثبات حكم شرعي. و ما في الجواهر من أن المتجه على تقدير التفصيل أنه لو كان الجنون أدواريا فاتفق دوره متصلًا بالبلوغ كانت الولاية لهما، و بعد انتهائه ترتفع، فإذا جاء الدور الثاني كانت الولاية للحاكم، و هو كما ترى. انتهى. مجرد استبعاد، لا يعول عليه في رفع اليد عن الدليل. نعم الإشكال في دليل ولاية الحاكم.

و

النبوي: «السلطان ولي من لا ولي له» (١)

و إن كان يقتضى ثبوت الولاية لمن لم يكن له ولي، و لو بأصالة عدم الولي، لكنه مختص بالسلطان. و لو بنى على قيام الحاكم مقامه فلا إطلاق له يشمل غير الأمور الحسبية التي تدعو الضرورة إلى وقوعها. و قد يستدل على ما في المتن

بخبر زرارة عن أبي جعفر (ع): «قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها. و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر

(١) كنز العمال الجزء: ٨، صفحة: ٢٤٦، ٢٤٧ و قد ذكر أحاديث كثيرة. بهذا المضمون و سنن البيهقي الجزء: ٧ صفحة: ١٢٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٣٩

و لا ولاية لهما على البالغ الرشيد (١)، و لا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيباً (٢). و اختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة

وليها» (١)

، إذ لا ريب أن المتبادر من وليها أبوها و جدوها و إرادة الحاكم منه في غاية البعد. و يشكل أولاً: بضعف السند. و ثانياً: بإجمال الولي. و لا قرينة على تعيينه. و بعد إرادة الحاكم منه ليس مستنداً إلى دلالة، ليكون حجة.

(١) بلا إشكال و لا خلاف. و في كشف اللثام: «إجماعاً منا و من العامة». و يقتضيه عموم السلطنة، و بعض النصوص الواردة في تزويج الابن مع حضور الأب

«٢». (٢) في جامع المقاصد: «اتفاق علمائنا عليه». و في المسالك: أنه لا خلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها، إلا ما نقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاء الولاية و هو شاذ. انتهى. و في رسالته شيخنا الأعظم دعوى اتفاق النص و الفتوى عليه. و تشهد له النصوص،

كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع): «أنه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها، قال:

هي أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوفاً بعد أن كانت قد نكحت رجلاً قبله» (٣).

و نحوه خبرا عبد الخالق

، و الحسن بن زياد

، و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله

«٤»، و غيرها. و لم يعرف لها معارض يمكن الاستناد إليه في إثبات قول ابن أبي عقيل، إلا رواية عامة عامية، على ما في المسالك.

قال (ره): «و رواياتنا خاصة خاصة. و هي مقدمة

- (١) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٦.
 (٢) راجع الوسائل باب: ٦ حديث: ٤، ٩ و باب: ١٣ من أبواب عقد النكاح.
 (٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.
 (٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢، ملحق حديث: ٤، حديث: ١٢.
 مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٠
 على أقوال، و هي: استقلال الولي (١)، و استقلالها (٢)،

عند التعارض». لكن التعارض فرع الحجية، و هي غير ثابتة.

(١) حكى عن الشيخ في أكثر كتبه، و عن الصدوق، و ابن أبي عقيل، و ظاهر القاضى، و كاشف اللثام، و الكاشانى، و غيرهم. و اختاره في الحدائق.

و استدل له بصحيح عبد الله بن الصلت المتقدم في صدر الباب

و ،

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، أ لها مع أبيها أمر؟ فقال (ع): ليس لها مع أبيها أمر ما لم تتيب» (١)

و ،

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر. و قال (ع): يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» (٢)

و ،

خير على بن جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟ قال (ع): نعم، ليس للولد مع الوالد أمر، إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر» (٣)
 و نحوها غيرها. و قد استقصى شيخنا الأعظم (ره) ذكرها، و قال بعد ذلك: «فهذه ثلاث و عشرون رواية تدل على استمرار ولاية الأب على البالغة الباكرة».

(٢) كما في الشرائع، و القواعد، و غيرها، و المنسوب الى المشهور بين القدماء و المتأخرين. و عن المرتضى في الانتصار و الناصريات: الإجماع عليه. لعموم السلطنة على النفس الذى يجب الخروج عنه بما سبق. و للإجماع المدعى فى الناصريات و الانتصار، الممنوع فى مورد ظهور الخلاف. و للإجماع على زوال الولاية فى المال فكذا فى النكاح، الموقوف على عدم الفصل،

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ١١.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٨. مع اختلاف يسير.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤١

.....

و هو ممنوع بعد وضوح الخلاف فى النكاح. و للإجماع على زوال الولاية عنها فى المنقطع، فكذا فى الدائم، الممنوع فى نفسه، كمنع

عدم الفصل بين الدائم والمنقطع. و

لمصحح الفضلاء الفضيل بن يسار، و محمد بن مسلم، و زرارة، و بريد بن معاوية كلهم عن ابي جعفر (ع): «قال: المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيةة و لا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز» (١).

و منع 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 الأب جمعاً. و

لصحيح منصور بن حازم عن ابي عبد الله (ع): «قال (ع) تستأمر البكر و غيرها، و لا تنكح إلا بأمرها» (٢).

و احتمال أن

«تستأمر»

بالبناء للفاعل، يعنى:

هى تستأمر غيرها، فتدل على الخلاف- كما في كشف اللثام- ضعيف، لأنه يوجب عدم انسجام الكلام، و لا يصح في غير البكر، لما عرفت من حكم الثيب. نعم لا يدل على الاستقلال لان الاستثمار أعم منه. بل يمكن تخصيصه بما سبق جمعاً. و

لخبر زرارة المتقدم عن ابي جعفر (ع): «قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها، تبيع، و تشتري، و تعتق، و تشهد، و تعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها. و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها» (٣).

و يشكل: بأنه يمكن تخصيصه بالروايات السابقة، فيحمل على غير الأب

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ١٠.

(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٢

.....

جمعاً. و

لخبر سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله (ع): لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها» (١).

و يشكل: بأنه يمكن تخصيصه بما سبق و

خبر ابي مريم عن ابي عبد الله (ع): «قال: الجارية البكر التي لها أب لا- تتزوج إلا بإذن أبيها. و قال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شاءت» (٢).

و يشكل بإجمال المراد من كونها مالكة لأمرها، فيحتمل أن يكون المراد به البلوغ، فيكون المراد من الجارية الصغيرة، و يحتمل أن يكون المراد الثيب في مقابل البكر المذكورة في الصدر، و يحتمل أن يكون المراد من ليس لها أب. و الحمل على الأول غير ظاهر. و من ذلك يظهر الإشكال في الاستدلال

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٤٤٢

بخبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله (ع): «تتزوج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها، وإن شاءت جعلت ولياً» (٣).

و

لمرسلة سعدان بن مسلم عن رجل عن ابي عبد الله (ع): «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها» (٤)

و

خير ابن عباس: «إن جارية بكرة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: إن ابي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته. وأنا له كارهة.

فقال (ص): أجزى ما صنع أبوك. فقالت: لا رغبة لي فيما صنع ابي.

قال (ص): فاذهبى فانكحى من شئت. فقالت: لا رغبة لي عما صنع ابي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء في أمور بناتهم

شيء» (٥)

،

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ٨.

(٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب المتعة حديث: ٨.

(٥) لم نثر على هذا الحديث فيما تحت أيدينا من كتب الحديث. نعم روى في سنن البيهقي (الجزء: ٧. الصفحة: ١١٨) مرسل عبد الله بن بريده بهذا المضمون.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٣

و التفصيل بين الدوام و الانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني (١)

لكن الروايتين ضعيفتان لم يثبت انجبارهما بعمل المشهور، لاحتمال استنادهم في فتوهم الى غيرهما من الروايات.

ثم إنك عرفت أن مقتضى الجمع بين الطائفة المذكورة دليلاً لهذا القول، و بين الطائفة السابقة المذكورة دليلاً للقول الأول: هو التقييد

بحمل الولي فيها على غير الأب. و شيخنا الأعظم (ره) في رسالته النكاح جعل الجمع بينهما كما يكون بالتقييد، يكون أيضا بحمل

الطائفة الأولى على الاستحباب، يعنى: يستحب للبكر إيكال أمرها إلى الأب. و ان تقييد المطلق و إن كان أرجح من حمل المقيد على

الاستحباب. لكن التقييد لما كان مستلزماً لطرح أخبار كثيرة- مثل مرسله سعدان

و خبر ابن عباس المتقدمين، و الأخبار 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، و أنها متعارضة. و عدم القول بالفصل لم يثبت مع وجود

الخلافاً. و أما الخبران الآخرا: فان صلحا للحجية كانا معارضين، لا مرجحين للحمل على الاستحباب، و إلا- كما هو الظاهر، لضعف

سندهما، و عدم الجابر لهما- لا يصلحان للترجيح المذكور.

(١) حكاها في الشرائع و التذكرة و غيرهما قولاً. و لم يعرف قائله.

كما في جامع المقاصد و غيره. و كأن وجهه: دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم. و

صحيح البنزطى عن الرضا (ع): «قال: البكر لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها» (١)

و

صحيح ابى مريم عن ابى عبد الله (ع) قال: «العدراء التى لها أب لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها» (٢).
لكن عرفت أن الأول معارض بغيره. كما أن الصحيحين

-
- (١) الوسائل باب: ١١ من أبواب المتعة حديث: ٥.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب المتعة حديث: ١٢.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٤
و العكس (١)، و التشريك، بمعنى: اعتبار إثنين معا (٢).
-

أيضا معارضان بغيرهما،

كخبر الحلبي قال: «سألته عن التمتع من البكر إذا كان بين أبيها بلا إذن أبيها. قال (ع): لا بأس، ما لم يفتض ما هناك ..» (١).
و

خبر ابى سعيد قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن التمتع من الأبكار اللواتى بين الأبوين. فقال: لا بأس. و لا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب» (٢).

و نحوهما غيرهما.

(١) كما عن الشيخ فى كتابى الأخبار. و لم ينسب إليه فى غيرهما، و لا الى غيره. و وجهه: الأخذ بنصوص استقلال الولى، بعد تقييدها بالدوام، و إخراج المتعة منها، للأخبار المتقدمة. و إشكاله أيضاً ظاهر، فان نصوص استقلال الولى معارضة. و الاخبار المتقدمة أيضاً معارضة بغيرها، كما عرفت.

(٢) حكى عن المفيد، و الحلبيين، و ظاهر الوسائل للحر العاملى. جمعاً بين ما دل على اعتبار الاذن من الأب فى تزويج البكر - مثل صحيح العلاء بن رزين عن ابى عبد الله (ع): «قال: لا تتزوج ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن آبائهن» (٣).

و نحوه صحيح ابن ابى يعفور

«٤»، و

خبر ابى مريم عن ابى عبد الله (ع): «قال: الجارية البكر التى لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها» (٥).
و ،

صحيح زرارة: «سمعت أبا جعفر (ع) يقول: لا ينقض النكاح إلا الأب» (٦).

و نحوه صحيح محمد بن مسلم

-
- (١) الوسائل باب: ١١ من أبواب المتعة حديث: ٩.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب المتعة حديث: ٦.
(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٦. لكن رواه عن العلاء بن رزين عن ابن ابى يعفور.
(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.
(٥) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.
(٦) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.
مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٥

.....

عن ابى جعفر (ع)

«١»- و بين ما دل على اعتبار إذنها، كصحيح منصور المتقدم

، و

موثق صفوان: «قال: استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (ع) فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال (ع): افعل، و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها نصيباً. قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) فى تزويج ابنته على بن جعفر، فقال (ع): افعل، و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها حظاً» «٢».

لكن ينافى ذلك ما دل على استقلالها. كما ينافيه أيضاً ما دل على استقلال الأب. فلا بد من علاج ذلك و لا يكفى فى إثبات القول المذكور كونه مقتضى الجمع بين طائفتين من النصوص، و إهمال الطوائف الأخر.

و الذى يقتضيه التأمل: أن نصوص المقام على طوائف: الأولى:

ما دل على استقلال الولى. كصحيح محمد بن مسلم

، و صحيح الحلبي

، و صحيح ابن الصلت

، و خبر على بن جعفر

، المتقدمة. و نحوها غيرها. الثانية:

ما دل على اعتبار إذن الولى و رضاه، كصحيح زرارة

، و محمد بن مسلم

، و العلاء

، و ابن ابى يعفور

المتقدمة فى أدلة القول الخامس. الثالثة: ما دل على استقلال البكر، كمصحح الفضلاء

، و رواية زرارة

، و رواية عبد الرحمن

، و رواية أبى مريم

، و رواية سعدان

. الرابعة: ما دل على اعتبار إذن البكر و رضاها، كصحيح منصور بن حازم

، و موثق صفوان

المتقدمين. و من المعلوم أنه لا- تنافى بين الأولتين، و لا- بين الأخيرتين، و لا- بين الثانية و الرابعة و إنما يكون التنافى بين الأولى و الثالثة، و بين الثانية و الثالثة، و بين الأولى و الرابعة. و الجمع بين الأولى و الثالثة يمكن بدواً بالبناء على استقلال كل منهما فى الولاية، فإذا تصرف أحدهما نفذ إلا أنه تأباه الطائفة الأولى

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٦

.....

جداً، فان

قوله (ع): «ليس لها مع أبيها أمر»

ظاهر جداً في أنها لا استقلال لها، ولا اشتراك. وإن كان لا تأباه الطائفة الثالثة. ولأجل ذلك يتعين الجمع بما سبق من تخصيص

الطائفة الثالثة بغير الأب، لاختصاص الأولى بالأب، وعموم الثالثة لغيره. نعم مرسله سعدان

و خبر ابن عباس مختصان بالأب. لكنهما ليسا بحجة. وبهذا الوجه بعينه يكون الجمع بين الثانية والثالثة. وأما وجه الجمع بين الأولى

والرابعة فيمكن بحمل الرابعة على الاستحباب. كما يظهر من استرضاء النبي (ص) فاطمة (ع) في تزويجها من علي (ع)

«١». فحينئذ تتفق مؤديات النصوص، ويرتفع عنها إشكال التعارض، وتكون نتيجة ذلك هو الفرق بين الأب والجد، فيستقل الأول

معها دونها بلا استقلال ولا تشريك، وتستقل هي مع الثاني دونه بلا استقلال ولا تشريك أيضاً. لكن يחדش فيه رواية سعدان على

ما في نسخ التهذيب المعتبرة التي عثرنا عليها حيث رويت فيه هكذا:

«لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها» «٢»

، فتكون نصاً في استقلالها مع وجود الأب. لكن رواها في المسالك وكشف اللثام، والجواهر:

«وليها»

بدل

«أبيها»

، كما سبق في أدلة القول الثاني.

و حينئذ تكون كغيرها من روايات الاستقلال مقيدة بغير الأب. لكن يشكل الاعتماد على ذلك في مقابل نسخ التهذيب، ولا سيما مع

موافقتها لما في جامع المقاصد والوسائل والحدائق، فقد رويت فيها كما في التهذيب. ولأجل ذلك لا مجال للبناء على نفى 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 بالاستقلال

كل منها ومن

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

(٢) التهذيب الجزء: ٧ الصفحة: ٣٨٠ طبعه النجف الحديثة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٧

.....

أبيها، فإنه وإن بعد بالإضافة إلى الجمع بالتقييد لكنه أقرب بعد تعذره.

و يكون الجمع بينها وبين الطائفة الثانية الحمل على استحباب استئذان الأب، فإنه واضح بالإضافة إلى مثل صحيح العلاء المتقدم

. و أما مثل صحيح زرارة

«لا ينقض..»

فلا- يخلو من خفاء. لكن يهون الأمر فيه أنه لا- يعرف مورده، و لم يتضح المراد منه، فان النقض إنما يكون بعد الإبرام، فيختص بالفسخ، و هو غير المدعى. نعم لا- بأس بالالتزام بمضمونه. فيكون للأب فسخ عقد البنت و إن كان صحيحاً بغير إذنه، فان فسحه انفسخ، و إن لم يفسخه بقى على صحته. و لعل قوله (ع) في صحيح الحلبي: «ليس لها مع أبيها أمر» (١) يراد به هذا المعنى، يعنى: له فسخ عقدها و حلها، نظير قوله (ع): «لا يمين للولد مع والده» (٢).

و على هذا تكون النصوص بهذا المضمون طائفة خامسة. و أما الطعن في رواية سعدان بالضعف فلا مجال له بعد اعتماد المشهور عليها، و كون الراوى معتبر الرواية في نفسه، و إن لم ينص عليه بتوثيق، فان ملاحظة أحواله المستورة في كتب الرجال تستوجب الوثوق به و اعتبار حديثه. و كذا الطعن فيها بأنها عين المرسله، فلا تكون حجة. إذ فيه: أنه خلاف الأصل بعد أن رواهما الشيخ في التهذيب معاً. مع اختلاف في المتن من جهة أفراد الأب في المسند و تثنيته في المرسله التهذيب الجزء ٧ الصفحة: ٢٥٤.

و الذى يتحصل من جميع ما ذكرنا: نفوذ عقد الأب بدون إذن البنت اعتماداً على صحيح محمد بن مسلم ، و خبر على بن جعفر ، و نحوهما.

و نفوذ عقد البنت بدون إذن الأب اعتماداً على خبر سعدان المعتضد بالنصوص الواردة في المتعة المتقدمة. و إن الأفضل أن يكون بإذنها معاً حملاً لما دل

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب عقد النكاح حديث: ١١.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب اليمين.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٨

و المسألة مشكلة. فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستيذان منهما.

و لو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من دون إنها و جب (١) إما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق. نعم إذا عضلها الولي أى: منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار إذنه (٢).

على اعتبار إذن الأب- كصحيح العلاء

- و اعتبار إذن البنت- كصحيح صفوان

- على الاستحباب، جمعاً بين هاتين الطائفتين و الطائفتين السابقتين.

و أنه إذا عقدت البنت صح عقدها، لكن يجوز للأب نقضه، فإذا نقضه انتقض، اعتماداً على

صحيح زرارة: «لا ينقض النكاح إلا الأب».

و نحوه صحيح محمد بن مسلم

، و صحيح الحلبي

، على ما عرفت. فالنصوص خمسة أصناف: صنف: يدل على استقلال الأب. و آخر: يدل على استقلال البنت. و ثالث: يدل على جواز

فسخ الأب عقد البنت. و رابع:

يدل على اعتبار إذن الأب و خامس: يدل على اعتبار إذن البنت. فيعمل بالأصناف الثلاثة الأول، و يحمل الأخيران على الاستحباب جمعاً. هذا كله بالإضافة إلى الأب. و أما الجد: فلا ولاية له على البكر لا منضمًا، و لا مستقلاً. اعتماداً على الطائفة الثالثة من غير معارض.

هذا و القول بالولاية على النهج المذكور و إن لم ينسب لأحد لا بأس به إذا دلت عليه الأدلة. و مَا تَوْفِيْقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَ إِلَيْهِ أُنِيبُ، و هو حسبنا وَ نِعْمَ الْوَكِيلُ.

(١) هذا الوجوب من باب الاحتياط الذي ذكره.

(٢) إجماعاً كما في الشرائع، و التذكرة، و القواعد، و جامع المقاصد.

و المسالك، و كشف اللثام. و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه». و هو العمدة في الخروج عن عموم الولاية. مضافاً إلى عموم نفى الحرج في بعض

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٤٩

و أما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلاً (١) بل و كذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفاً (٢)، ممن في تزويجه غضاضة و عار عليهم و إن كان كفواً شرعياً. و كذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود كفو آخر (٣). و كذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج (٤).

الموارد. لكنه إنما يقتضى نفى سلطنة الولي، لا إثبات استقلال البنت، لأنه ناف، لا مثبت و أما قوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (١) فغير ظاهر فيما نحن فيه.

لاحتمال كون الخطاب للأزواج السابقين. مع أنه لو كان للأولياء لا يدل على سقوط الولاية، لأن تحريم العضل لا يدل على ذلك.

(١) لفساد العقد فلا مورد للولاية عليها حتى من نفسها.

(٢) كأنه لإطلاق الكفو في كلامهم، بل لعل الظاهر منه الكفو عرفاً.

(٣) كأنه لانصراف المستثنى عن ذلك، فيرجع إلى عموم أدلة المستثنى منه، لا- أقل من أنه خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، فيرجع إلى عموم أدلة الولاية.

(٤) قال في الخلاف: «و إن غابا جميعاً (يعنى: الأب و الجد) كان لها أن تعقد على نفسها، أو توكل من شئت من باقى الأولياء». و في الحدائق: «و في حكم العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذان الولي». و نحوه ما في الرياض و رسالة شيخنا الأعظم (ره).

و الأول حكي ارتضاؤه عن كثير من الأصحاب. و يظهر من الجميع عدم الخلاف في ذلك. بل في كلام بعض أنه بلا خلاف ظاهر. و كأنه لما

(١) البقرة: ٢٣٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٠

[مسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء - من وثبة و نحوها]

(مسألة ٢): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء - من وثبة و نحوها فحكمها حكم البكر (١). و أما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال

(٢). و لا يبعد الإلحاق بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج (٣). و عليه فإذا تزوجت

يستفاد من دليل السقوط بالعضل.

(١) كما نص على ذلك في المسالك، والجواهر، وغيرهما. لأن النصوص المتقدمة في استثناء الثيب - ومثلها خبر ابن جعفر المتقدم في أدلة استقلال الولي - مختصة بمن نكحت رجلاً، فلا تشمل المورد. بل يرجع فيه الى عموم الولاية. نعم قد يشكل ذلك بأن بعض النصوص ولاية الولي مختصة بالبكر، ولا تشمل الفرض. لكن لو تمّ كفى نصوص استثناء الثيب المتقدمة في إثبات الولاية على من لم تنكح زوجاً آخر.

(٢) و الذي اختاره في الجواهر إلحاقها بالثيب، أخذاً بإطلاق الأدلة.

قال: «و ما في بعض النصوص من ظهور اعتبار النكاح في الثيب محمول على الغالب و نحوه، بعد قصوره عن تقييد غيره من المطلق للشهرة». أقول:

لا- ينبغي التأمل في أن الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطء أو غيره. و حينئذ فإن أخذ بإطلاق الثيب و البكر كان اللازم إلحاق زوال البكارة بالوثبة و نحوها بالثيبوبة، لصدقها حقيقة. و إن بنى على تقييد الإطلاق بالنصوص المتقدمة فهي مختصة بالمتزوجة. و حملها على الغالب في هذه الجهة دون غيرها تفكيك لا يساعد عليه العرف. فإذا المتعين البناء على التقييد في الأمرين معاً. و حينئذ يتعين في زوال البكارة بالزنا و الشبهة الإلحاق بالبكر.

(٣) هذه الدعوى غير ظاهرة، بل ممنوعة، لأن البكر ذات البكارة، و لا دخل للتزويج و عدمه فيها. و كأن الأولى الاستدلال بالنصوص، بدعوى أن المفهوم منها أن المدار على التزويج، لا على الثيبوبة. و إن كان التأمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥١

و مات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر (١) و مراعاة الاحتياط أولى.

[مسألة ٣: لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب، و لا موته]

(مسألة ٣): لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب، و لا موته. و القول بتوقف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة - (٢) ضعيف. و أضعف منه القول بتوقفها على موته، كما اختاره بعض العامة.

فيها يقتضى كون المدار على الثيبوبة بالتزويج، لا مطلق التزويج.

و المتحصل مما ذكرنا: أن المحتمل في الثيب أربعة معان: المعنى العرفي، و هو زوال البكارة. و زوال البكارة بالوطء. و زوال البكارة بوطء الزوج، و مجرد كونها مزوجة و إن كانت باكرًا. و يقابلها الباكر.

و أن ظاهر النصوص يقتضى المعنى الثالث، و أن الأول لم يعرف به قائل، و الثانى اختاره في الجواهر، و الرابع اختاره المصنف، و لم يعرف له موافق.

(١) يعنى: فيلحقها حكم الثيب. و هو كما ترى.

(٢) حكاها في الشرائع قولاً. و نسبه في كشف اللثام إلى الصدوق، و الشيخ، و التقى، و سلا، و بنى الجنيد و البراج و زهرة و حمزة. و استدلل له

بموتق الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع): «قال: إن الجد إذا زوج ابنة ابنه و كان أبوها حياً و كان الجد مرضياً جاز. قلنا فإن هوى أبو الجارية هوى، و هوى الجد هوى ..» (١)

، لدلالة مفهومه على عدم الجواز مع فقد الأب. و أشكل بضعف سند الرواية، و دلالتها. لكن الرواية من الموتق، و هو حجة. و الدلالة

للمفهوم، و هو أيضاً حجة.

و حملة- كما في المسالك- على أنه من مفهوم الوصف، الذي ليس بحجة غير ظاهر. نعم يحتمل في القيد المذكور أنه ذكر تمهيداً للحكم المذكور في

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٢

.....

ذيل الرواية من التشاح بين الجد و الأب، الذي لا يمكن فرضه إلا في حال وجود الأب، فتكون الشرطية من قبيل الشرطية لتحقيق الموضوع.

فتأمل. و لذلك اختار هذا القول في الوسائل.

لكن في كشف اللثام مال إليه، للأصل، إلا فيما أجمع عليه، و هو صورة حياة الأب بعد ضعف أدلة الطرفين. و فيه: أنه لا قصور في دليل القول المذكور بعد أن كان السند من الموثق، و الدلالة لمفهوم الشرط، فيقيد به إطلاق ما دل على ولاية الجد، على تقدير تماميته. مع أنها لا تخلو من تأمل إذ لم نقف على دليل لولاية الجد، إلا ما تضمن أوليته من الأب، مثل موثق عبيد بن زرارة: «قلت لأبي عبد الله (ع):

الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر. فقال (ع): الجد أولى بذلك ..» (١).

و نحوه خبره الآخر

«٢»، و خبر علي بن جعفر المروي في قرب الاسناد و في كتابه

«٣»، و غيرهما. و كلها مختصة أيضاً بصورة حياة الأب. بل ظاهر تعليل ذلك في بعضها بأنها و أباهما للجد كالصريح في الاختصاص بذلك، إذ لا مجال للتعليل المذكور مع فقد الأب. و أما

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «قال الذي بيده عَقْدَةُ النِّكَاحِ هو ولي أمرها» (٤).

فدلالتها غير ظاهرة و حمل من هو ولي أمرها على من له ولاية المال، و منه الجد، لا قرينته عليه، و إن ذكر في المسالك و غيرها. و مثله صحيح أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «سألته عن الذي بيده عَقْدَةُ

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٨ و ملحقة.

(٤) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٣

[مسألة (٤): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها]

(مسألة ٤): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها (١).

النِّكَاحِ قال: هو الأب، والأخ، والرجل يوصى إليه، والذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها ويشتري. فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر إذا عفا عنه» (١).

و دعوى: أن الجسد يجوز أمره فى مال المرأة حتى مع فقد الأب، فيكون ممن بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ. مدفوعة: بأن ظاهر الآية الشريفة الاختصاص بالبالغات، بقريته نفوذ عفوهن، فالروايات الواردة فى تفسيرها قاصرة عن شمول غيرهن. ولذا ذكر الأخ فى الصحيح المتقدم. ومن ذلك يظهر بالوجه فيما ذكره كاشف اللثام من ضعف أدلته الطرف الآخر.

نعم يشكل ما ذكره من أن قول الجماعة مطابق للأصل. وجه الاشكال:

أن أصله عدم ترتب الأثر محكومة لاستصحاب الولاية الثابتة للجسد حال حياة الأب. نعم لا تجرى إذا كان الأب قد مات فى حال كون الصغير حملاً، فيكون مقتضى الأصل العدم.

ثم إنه يمكن المناقشة فى مفهوم الموثق باحتمال كون الشرط مساقاً لتحقيق الموضوع بلحاظ ما فى ذيله من قوله (ع) «فإن هوى ..»

، كما عرفت.

وحينئذ يكون الدليل على القول المذكور ضعيفاً أيضاً.

(١) بلا خلاف ظاهر. وفى المسالك: أنه لا يظهر فيه مخالف.

انتهى. و عن غيرها: الإجماع عليه. ويشهد له

صحيح عبد الله بن الصلت قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها إلها أمر إذا بلغت؟ قال (ع): لا، ليس لها مع أبيها أمر» (٢).

و صحيح

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٤

بل هو لازم عليها. وكذا الصغير على الأقوى (١).

محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجها أبوها، ثم يموت و هى صغيرة، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج، أو الأمر إليها؟ قال (ع): يجوز عليها تزويج أبيها» (١).

ونحوهما صحيح على بن يقطين

«٢»، وغيره. لكن

فى صحيح محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يتزوج الصبية. قال (ع):

إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا» (٣).

ولكنه لم يعرف عامل به، ولا مفت بمضمونه فى الصغيرة. ونحوه ما

فى خبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر (ع): «متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال (ع): إذا جازت تسع سنين، فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين ..» (٤).

(١) على المشهور. ويشهد له

صحيح الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ فقال (ع): أما التزويج فصحيح. و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك ..» «٥».

بذلك استدل في الحدائق. لكن دلالة على نفي الخيار غير ظاهرة، لأن صحة العقد لا تنافي الخيار، بل هي موضوع للخيار. و مثله ما دل على توارثهما إذا زوجهما الأبوان

«٦»، فإن التوارث إنما يدل على الصحة لا غير، و هي لا تنافي

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٨.

(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٩.

(٥) الوسائل باب: ١١ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ٤.

(٦) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد النكاح حديث: ١ و تقدم ذكر الحديث في الصفحة: ٤٣٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٥

و القول بخياره في الفسخ و الإمضاء (١) ضعيف. و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (٢).

[مسألة ٥: يشترط في صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة]

(مسألة ٥): يشترط في صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة (٣)، و إلا يكون العقد فضولياً، كالأجنبي

الخيار. و على هذا ينحصر دليل نفي الخيار في الصغير بما دل على اللزوم.

(١) نسب إلى الشيخ في النهاية، و بنى البراج و حمزة و إدريس: لصحيح ابن مسلم المتقدم، و لتطرق الضرر إليه من جهة إثبات المهر في ذمته و النفقة من غير ضرورة، و بذلك افترق عن الصبي، فإن العقد عليها يثبت لها المهر و النفقة، لا عليها، و لخبر يزيد الكناسي: «إن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر في وجهه، أو يثبت في عانته» «١».

لكن الصحيح بعد عدم العامل به في الصبي يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره، لتعذر التفكيك في معنى الخيار في الصبي و الصبي. و الضرر المذكور إن تمّ كونه ضرراً منفيّاً كان موجباً لقصور الولاية، و عدم صحة العقد كالفضولي. و إلا- كما هو المفروض في كلامهم- فلا يصلح لإثبات الخيار، و لا لإثبات غيره. و أما خبر الكناسي فالإشكال فيه كالأشكال في الصحيح، فقد ذكر في صدره الخيار للصغيرة، و لأجله يتعين حمل الخيار فيه على خلاف ظاهره. مضافاً الى أنه غير ظاهر الحجية، لعدم ثبوت وثاقه يزيد الكناسي. نعم في السند أحمد بن محمد بن عيسى، و الحسن بن محبوب، و أبو أيوب الخراز. و قد يشعر ذلك بالوثاق.

(٢) إجماعاً، كما في المسالك و في كشف اللثام: لا يعرف فيه خلاف.

و يقتضيه ما دل على لزوم العقود.

(٣) يظهر من المسالك الاتفاق عليه، حيث جعل الفارق بين ولاية

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب عقد النكاح حديث: ٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٦

و يحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضا (١). بل الأحوط مراعاة المصلحة (٢). بل يشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف، أو من أجل كثرة المهر أو

الأب و ولاية الحاكم الاجتزاء بعدم المفسدة في الأولى، و اعتبار المصلحة في الثانية. فكأن ولاية الأب في النكاح غير ولايته في المال، فان المشهور بين القدماء، المدعى عليه الإجماع، و المصرح به في كلام جماعة من المتأخرين:

اعتبار المصلحة فيها. و الفارق بين المقامين هو عدم وضوح الإطلاق في ولاية الأب في المال، بخلاف المقام. و على هذا فالذى يدل على اعتبار الشرط المذكور هنا دليل نفي الضرر. و يقتضى الاجتزاء به في صحة العقد و إن لم يكن مصلحة إطلاق أدلة الولاية، المقتصر في تقييده على ما ذكر. و أما ما ورد في جواز الأخذ من مال الولد

«١» إذا لم يكن فيه سرف، أو إذا كان بالمعروف، أو إذا كان مما لا بد منه، معللاً بأن الله لا يحب الفساد فمورده التصرف في مال الكبير. مع كون التصرف راجعاً الى المتصرف لا إلى الولد، فالتعدى إلى الصغير في التصرف الراجع إليه في غير المال، غير ظاهر. فالعمل بالإطلاق متعين.

(١) بناء على أنه يعتبر في المجيز أن يكون جائز التصرف حال العقد، و إلا- لم تصح اجازته، كما سينبه المصنف على ذلك في المسألة السادسة.

لكن اشتراط ذلك خلاف إطلاق الأدلة.

(٢) لما عرفت من أن المشهور بين المتقدمين اعتبار المصلحة في نفوذ تصرف الولي الإجماعي في المال. بل قد يستظهر من حجر التذكرة دعوى نفي الخلاف فيه بين المسلمين و قد صرح به جماعة كثيرة فيتعدى منه الى المقام، فيلحق المقام به. لكنه- مع عدم ثبوت ذلك في الملحق به- غير

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٧

قلته بالنسبة إلى الصغير (١)، فاختر الأب غير الأصلح لتشهي نفسه.

[مسألة ٦: لو زوجها الولي بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه]

(مسألة ٦): لو زوجها الولي بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه، فان كان هناك مصلحة تقتضى ذلك صح العقد و المهر و لزم

(٢)، و إلا ففي صحة العقد و بطلان المهر و الرجوع الى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضاً قولان (٣)

ظاهر في قبال إطلاق الأدلة. و دعوى الانصراف الى خصوص المصلحة ممنوعة. و من ذلك يظهر نفي الاشكال الذى ذكره المصنف بقوله: «بل يشكل..»، فإن إطلاق الأدلة محكم.

(١) لا- يخلو هذا المثال من الإشكال. لأن الصغير إذا زوج بمهر كثير كان ذلك الترويج ضرراً عليه، لا خلاف الأصلح. بخلاف الصغيرة إذا زوجت بالمهر القليل، فإنه خلاف الأصلح لا غير.

(٢) لعدم دليل الولاية. و عن جامع المقاصد: أنه المعتمد في الفتوى

(٣) و عن الشيخ (ره): قول ثالث، و هو صحة العقد و المهر و لزومهما، عملاً بإطلاق أدلة الولاية، المعتضد بما دل على جواز عفو عن المهر بعد ثبوته. و فيه: أن التعدى عن العفو الى المقام غير ظاهر، فان نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة، و ليس العفو كذلك. و أدلة نفى الضرر مقدمة على إطلاق أدلة الولاية. و حينئذ يدور الأمر بين القولين الأولين. و لأجل ذلك قال فى الشرائع: «إذا زوجها الولي بدون مهر المثل هل لها أن تعترض؟ فيه تردد. و الأظهر أن لها الاعتراض» و لم يتعرض لمورد الاعتراض، و أنه خصوص المهر، أو العقد نفسه. و قد ذكر فى المسالك و غيرها وجهين أو قولين. و قد تبع المصنف صاحب الجواهر فى اختيار ثانيهما، لأن الواقع فى الخارج أمر واحد مشخص، فاما أن

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٨

.....

يكون صحيحاً بلا إجازة، أو موقوفاً عليها. و لا مجال للتفكيك فيه بين ذات العقد فيصح و بين المهر فيتوقف على الإجازة. و لذا لو عقد فضولاً بمهر خاص لم يجز للأصيل إجازة العقد دون المهر.

و فى المسالك اختار الأول، لأن العقد صحيح، و إنما المانع من قبل المهر، و يمكن جبره بفسخه خاصة، و الرجوع الى مهر المثل. و لا نسلم أنهما واحد، بل اثنان لا تلازم بينهما. و أوضحه شيخنا الأعظم (ره) فى رسالة النكاح بأن دليل صحة تصرف الولي شامل لنفس العقد، فلا وجه لتوقفه على الإجازة. غاية الأمر أن الضرر فى الصداق اقتضى خروجه عن دليل الولاية، فيتوقف على الإجازة. و التفكيك بين العقد و المهر فى مثل ذلك ثابت لا مانع منه. و أما عدم جواز التفكيك فيما لو عقد فضولاً بمهر خاص، فهو لأجل أن الإجازة بمنزلة القبول، لا يجوز التفكيك فيه بين أبعاض العقد الواحد. و ليس منه المقام، لما عرفت من أن العقد فى نفسه لا يحتاج إلى الإجازة، و أن المحتاج إليها خصوص المهر لا غير. و قد أطال (قدس سره) فى توضيح ذلك. فراجع.

و يشكل بأن الضرر ليس فى جعل المهر نفسه، و إنما هو بالنكاح على المهر المذكور، فالضرر يكون بالنكاح المقيد بالمهر، و انتفاؤه بدليل نفى الضرر عين البطلان. و بالجملة: لو كان الضرر حاصلًا من جعل المهر نفسه أمكن أن يقال بصحة العقد عملاً بعموم الولاية، و ببطلان المهر، عملاً بعموم نفى الضرر. لكنه ليس كذلك، بل الضرر حاصل من الترويج بالمهر المذكور. فنفيه بدليل نفى الضرر يقتضى بطلان نفس الترويج، لا بطلان المهر وحده و نظير ذلك ما تقدم فى مبحث الرياء فى الصلاة، فإنه إذا صلى جماعة رياء، فالرياء يكون بالصلاة فتحرم، لا بالجماعة فتحرم هى دون الصلاة، فتبطل الجماعة و تصح الصلاة.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٥٩

أقواهما: الثانى. و المراد من البطلان عدم النفوذ، بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ. و يحتمل البطلان و لو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجيز فى الحال (١).

[مسألة (٧): لا يصح نكاح السفية المبذر إلا بإذن الولي]

(مسألة ٧): لا يصح نكاح السفية (٢) المبذر إلا بإذن الولي. و عليه أن يعين المهر و المرأة (٣). و لو تزوج

(١) قد عرفت أن هذا خلاف إطلاق أدلة الصحة.

(٢) قال فى الشرائع: «و المحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر، و لو أوقع كان العقد فاسداً و إن اضطر الى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له سواء عين الزوجة أو أطلق». و نحوه ما فى القواعد.

و وجه عدم نفوذ نكاحه: أن النكاح تصرف فى المال، لما يترتب عليه من المهر و النفقة، و السفية محجور عن ذلك إجماعاً. و هذا

مما لا إشكال فيه. إنما الإشكال في لزوم الاقتصار في الاذن على حال الضرورة، فإذا تزوج مع عدم الضرورة الى ذلك لم يصح و إن أذن له الولي، فإن الظاهر أنه لا خلاف عندهم فيه، مع أنه لا يظهر الفرق بين النكاح وغيره، إذ في غير النكاح يصح تصرفه إذا أذن له الولي و كان التصرف عقلياً و إن لم تكن ضرورة تدعو اليه، فما الذي ميز النكاح عن غيره؟! اللهم إلا- أن تحمل الضرورة في كلامهم على الحاجة المتعارفة، كما هو غير بعيد عن مذاقهم، و إن كان بعيداً عن عبارتهم. و لأجل ما ذكرنا لم يتعرض في المتن لذكر الضرورة، و اكتفى بالمصلحة.

(٣) تعيين المهر من وظائف الولي. أما تعيين المرأة فمن وظائف الزوج، و ليس هو سفيهاً في هذه الجهة حتى يكون مولى عليه فيها. نعم إذا كان تعيينه يؤدي الى ضياع المال لم يقبل، لكون المفروض كونه محجوراً عن المال، فلو عين امرأة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو يزيد عما يليق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٠

بدون إذنه وقف على إجازته فان رأى المصلحة و أجاز صح، و لا- يحتاج إلى إعادة الصيغة، لأنه ليس كالمجنون و الصبي (١) مسلوب العبارة، و لذا يصح وكالته عن الغير في إجراء الصيغة و مباشرة لنفسه بعد إذن الولي.

[مسألة ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته]

(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته من تعيين الزوجة و كيفية الامهار و نحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في المآليات في الحاجة إلى إذن الولي، و إن لم أر من تعرض له (٢).

بحاله لم يقبل منه. و كذلك الكلام في تعيين مكان العقد أو زمانه، فإنه يقبل منه التعيين، إلا إذا كان موجباً لضياع المال بحسب حاله. و بالجملة:

إذا اعتبرت الضرورة في جواز تزويجه و جب الاقتصار على الضرورة في الزوجة و المكان و الزمان و غيرهما من الجهات التي تختلف في زيادة المال، و لا يقبل تعيين السفيه في واحدة من الجهات إذا كان يوجب اختلاف المال.

و إن اكتفى بكون التصرف متعارفاً و إن لم تدع الضرورة إليه قبل تعيينه، إلا إذا لم يكن لائقاً بحاله، و كان موجباً لزيادة المال.

(١) هذا مما لا إشكال فيه. و يقتضيه عموم الأدلة، بل قد تقدم في كتاب الإجارة أن من المحتمل أن يكون الصبي كذلك.

(٢) لكن ظاهر حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه في المال و أن الحجر يرتفع بالرشد في المال: أن السفه في غير المآليات لا أثر له في الحجر.

و يقتضيه عموم السلطنة. و ليس السفه في التزويج إلا كالسفه في المآكل، و المسكن، و الملبس، و المركب، و معاشره الاخوان، و غير ذلك من الأمور المتعلقة بالإنسان مما لا يستوجب إتلاف المال و تذييره. فان من الضروري

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦١

[مسألة ٩: كل من الأب و الجد مستقل في الولاية]

(مسألة ٩): كل من الأب و الجد مستقل في الولاية (١) فلا يلزم الاشتراك، و لا الاستئذان من الآخر. فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر (٢). و لو زوج كل منهما من شخص، فان علم السابق منهما فهو المقدم و لغى

أنه لا ولاية على السفيه فيها، و ليس هو ممنوعاً من التصرف إلا بإذن وليه، فليكن السفه في التزويج كذلك. نعم قد يستفاد من

رواية عبد الله ابن سنان: «إذا بلغ و نبت عليه الشعر جاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» [١]

بناء على إطلاق السفيه، الشامل لما نحن فيه. لكنه غير ظاهر.

(١) بلا- إشكال ظاهر و يقتضيه إطلاق النصوص و ظاهر الجواهر التوقف في ذلك. حيث أنه في شرح قول ماتنه: «فمن سبق عقده صح» ذكر أنه بناء على استقلال كل منهما بالولاية. انتهى.

(٢) يعنى: يصح السابق، كما في الشرائع و القواعد و غيرهما. و عن الغنية و السرائر: الإجماع عليه و في الجواهر: «لم نعرف فيه خلافاً بينهم، بل يمكن دعوى الإجماع عليه». و الظاهر أنه كذلك. و يقتضيه إطلاق الأدلة. و يشهد له

صحيح هشام بن مسلم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع):

«قال إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول. فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى» (١).

و

موثق عبيد بن زرارة: «قلت لأبي عبد الله

[١] هذا المضمون مروى بتعبيرات مختلفة و أقرب الكل اليه ما رواه في الوسائل باب: ٢ من احكام الحجر حديث: ٥، الا أنه نقله عن الخصال عن ابى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان. لكن الموجود في الخصال الجزء: ٢ الصفحة: ٨٩ روايته عن بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان. فلاحظ.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٢

الآخر. و إن علم التقارن قدم عقد الجد (١). و كذا إذا جهل التاريخان (٢). و أما إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فإن

عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل و يريد جدها أن يزوجه عن رجل آخر. فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوجها قبله. و يجوز عليها تزويج الأب و الجد» (١).

(١) اتفاقاً، كما عن السرائر و الغنية. و يشهد به الصحيح و الموثق المتقدمان، و

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه و لابنه أيضاً أن يزوجه. فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً. فقال (ع): الجد أولى بنكاحها» (٢).

و نحوه موثق عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع)

«٣». (٢) لما يأتي في المتن من أنه يستفاد من الموثق المتقدم أن الشرط في نفوذ عقد الجد أن لا يسبقه عقد الأب، و هذا الشرط يمكن إحرازه بالأصل في الفرض. إذ الأصل يقتضى عدم سبق عقد الأب على عقد الجد، فيصح.

لكن يعارضه أصالة عدم سبق عقد الجد على عقد الأب، المقتضى لصحة عقد الأب، لما سبق من استقلال كل منهما بالولاية، فإذا سبق أحدهما بالعقد صح. هذا بناء على جريان الأصل بالنسبة الى كل من مجهولى التاريخ.

و أما بناء على التحقيق من عدم جريانه بالنسبة الى كل منهما. ذاتا فلا مجال لإحراز الشرط المذكور بالنسبة الى كل منهما. و حينئذ يعلم بصحة أحد العقدين و فساد الآخر من دون تعيين، فيتعين الرجوع الى القرعة، أو غيرها، على ما تقدم في مبحث تزويج الأختين، و غيره.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٣

كان المعلوم تاريخ عقد الجد قدم أيضا (١) و إن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمال تقدمه (٢). لكن الأظهر تقديم عقد الجد، لان المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الأب زوجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقاً (٣)

(١) هذا واضح بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ، لأنه بعد أن كان عقد الجد معلوم التاريخ، أمكن جريان أصالة عدم عقد الأب قبله الى حينه، المثبت لصحته، لما عرفت من استقلاله بالولاية. و لا يعارضه أصالة عدم عقد الجد الى زمان عقد الأب، الموجب لصحته، لأنه مجهول التاريخ. نعم بناء على جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ يكون الأصل متعارضاً في الطرفين، و يكون الحكم كما في صورة الجهل بالتاريخين معاً.

(٢) بل المتعين ذلك بناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ ذاتاً، فإن أصالة عدم سبق عقد الجد و عدم مقارنته لعقد الأب بلا معارض، فيثبت صحة عقد الأب. أما بناء على جريان الأصل يكون الأصل في الطرفين متعارضاً، و يكون الحكم كما في مجهولى التاريخ.

(٣) إن كان المراد من كونه سابقاً أن لا يتقدمه عقد الجد و لا يقارنه.

فهو مما يمكن إثباته بالأصل، لأصالة عدم عقد الجد الى ما بعد انتهاء عقد الأب. و إن كان المراد من كونه سابقاً أن يكون بحيث يلحقه عقد الجد، بأن يكون عنوان السبق بنفسه ملحوظاً شرطاً، فهذا غير مفهوم من أدلة الولاية للأب، فإن عقد الأب صحيح و إن لم يلحقه عقد الجد. و بالجملة:

المفهوم من النصوص: صحة عقد الجد إذا كان وارداً على امرأة خلية غير مزوجة، فيكون الشرط ذلك، لا مجرد عدم السبق لعقد الأب من حيث هو، فالشرط وجودى لا عدمى. و كذلك المفهوم منها: أن شرط

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٤

و ما لم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى (١) فتحصل: أن اللازم

صحة عقد الأب أن يرد على خلية غير مزوجة و لا يقارنه عقد الجد، لا مجرد السبق على عقد الجد من حيث هو سبق. و من ذلك يظهر الاشكال فيما فى الجواهر، فإنه ذكر أنه مع العلم بتاريخ أحدهما و جهل الآخر يحكم بصحة المعلوم، بناء على أصالة تأخر المجهول عنه. و إن جهلاً معاً قدم عقد الجد بناء على أن مقتضى الأصلين الاقتران، الذى قد عرفت تقدم عقد الجد فيه. و إن قلنا أن الاقتران أيضاً حادث كان الحكم بالقرعة التى هى لكل أمر مشكل. مع احتمال تقدم عقد الجد، لإطلاق ما دل عليه ما لم يسبقه عقد الأب، فمتى لم يعلم يحكم بتقدم عقده. فتأمل جيداً.

انتهى. و لعله أشار بالأمر بالتأمل إلى ضعف الاحتمال المذكور. كما أن من المحتمل أن يكون المراد من أصالة تأخر الحادث استصحاب عدمه الى ما بعد زمان الحادث الآخر، فيكون صحيحاً. و حينئذ يتم ما ذكره من الأخذ بالعقد المعلوم التاريخ، و رفع اليد عن مجهول التاريخ. و البناء على القرعة مع الجهل بالتاريخين.

(١) لأصالة عدم سبق عقد الأب إلى حين عقد الجد. لكن عرفت أنه مع البناء على عدم جريان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ كيف يجرى فى المقام أصالة عدم عقد الأب إلى حين عقد الجد مع كونه مجهول التاريخ؟.

والذي يتحصل: أن المصنف (ره) يستظهر من النصوص أن الشرط في نفوذ عقد الأب أن لا يسبق عقد الجد، و الشرط في نفوذ عقد الجد أن لا يسبقه عقد الأب. فمع الجهل بالتاريخين يمكن نفي شرط نفوذ عقد الأب بأصالة عدم سبقه على عقد الجد، و إثبات شرط نفوذ عقد الجد بأصالة عدم سبق عقد الأب عليه. و كذا مع الجهل بتاريخ أحدهما دون الآخر أيما كان منهما. لكن الاستظهار المذكور غير ظاهر الوجه، بل المستفاد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٥

تقديم عقد الجد في جميع الصور إلا في صورة معلومية سبق عقد الأب. و لو تشاح الأب و الجد فاختر كل منهما واحداً قدم اختيار الجد (١). و لو بادر الأب فعقد، فهل يكون باطلاً أو يصح؟ وجهان، بل قولان (٢)، من كونه سابقاً

من الأدلة أن العقد من كل من الأب و الجد ينفذ مع قابله المحل، فاذا وقع العقد من أحدهما لم يصح العقد من الآخر، لعدم قابلية المحل، و إذا اقترنا كان عقد الجد مقديماً. فعنوان السبق بما هو لم يؤخذ موضوعاً لنفوذ عقد الأب، و إنما لو حظ طريقاً الى كون الصغيرة مزوجة. و كذا عدم سبق عقد الأب يراد منه كونها خلية. و من ذلك يظهر لك الاشكال فيما في الجواهر من احتمال تقديم عقد الجد مع الجهل بالتاريخين، لإطلاق ما دل عليه إذا لم يسبقه عقد الأب، فمتى لم يعلم يحكم بتقديم عقده. انتهى.

فان ذلك خلاف الظاهر. و المتعين الرجوع الى القرعة بعد أن كان الأصل لا يصلح لإثبات كونها خلية إلى حين العقد بالنسبة الى كل منهما، كما هو التحقيق. و إذا بنى على ما احتمله في الجواهر تعين البناء على صحة عقد الجد حتى فيما جهل تاريخ أحدهما و علم تاريخ الآخر اعتماداً على الأصل، حسب ما اختاره المصنف. و لا وجه للفرق بين صورة الجهل بالتاريخين و الجهل بتاريخ أحدهما. فلاحظ.

(١) كما في الشرائع و القواعد و غيرها. و في كشف اللثام: حكاية الإجماع عليه عن الانتصار و الخلاف و المبسوط و السرائر. و يشهد له النصوص، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع)

، و موثق عبيد بن زرارة

المتقدمة في أوائل المسألة.

(٢) اختار في المسالك ثانيهما قال: «لو كان السابق الأب و قد علم بأن الجد مخالف له و قصد سبقه بالعقد، فقد ترك الأولى، و صح عقده».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٦

فيجب تقديمه. و من أن لازم أولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه. و الأحوط مراعاة الاحتياط. و لو تشاح الجد الأسفل و الأعلى هل يجرى عليهما حكم الأب و الجد أو لا؟ وجهان، أو جههما: الثاني، لأنهما ليسا أباً و جدّاً بل كلاهما جد، فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب (١)

لكن في الجواهر: «قد يقال بطلان عقده حينئذ. لأولوية الجد منه في هذا الحال، الظاهرة في انتفاء الولاية للأب، بل هو المعنى المعروف المستعمل فيه لفظ الأولى في غير المقام». ثم حكى في آخر كلامه عن كشف اللثام: دعوى الاتفاق على صحة السابق، و جعله مقتضى إطلاق الصحيح، يعني: صحيح هشام

، و الموثق

المتقدمين، و عليه فلا مجال للإشكال فيه.

و يتعين حمل الأولوية في كلامهم في صحيح محمد بن مسلم

وغيره على التكليفية، استجابية أو وجوبية، لا الوضعية. و على هذا لا يظهر وجود قائل بالأول. فقول المصنف (ره): «قولان» إن أراد بالأول ما فى الجواهر، فليس هو إلا إشكالاً على الدليل. و إن كان غيره فلم أعثر عليه.

(١) لكن

فى خبر عبيد بن زرارَةَ عن أبى عبد الله (ع): «قال (ع) إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدى على أبىه، فقال: أصلح الله الأمير إن أبى زوج ابنتى بغير إذنى. فقالوا زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقال: نكاحه باطل. قال (ع):

ثم أقبل على فقال: ما تقول يا أبأ عبد الله. فلما سألتى أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) أن رجلاً جاء يستعديه على أبىه فى مثل هذا فقال له رسول الله (ص): أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٧

[مسألة ١٠: لا يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب]

(مسألة ١٠): لا يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب (١)، سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أولاً،

و لا يجوز نكاحه؟ قال (ع): فأخذ بقولهم و ترك قولى «١».

و قد يظهر من التعليل أولوية الجد باعتبار ولايته على الأب، كما فى الجواهر.

لكن التعليل المذكور علل به نفوذ تصرف الجد، لا أولويته من الأب عند الاقتران. و منه يظهر الإشكال فى الاستدلال على ذلك بخبر قرب الاسناد

«٢» المشتمل على أولوية الجد مع اختلافهما فيمن يراد تزويجه.

معلماً بذلك. إلا أن يقال: عموم التعليل شامل للمقام و إن كان التعليل فى مورد خاص. اللهم إلا أن يشكل التعليل شامل للمقام و إن كان التعليل فى مورد خاص. اللهم إلا أن يشكل التعليل فى الأول بمعارضته بغيره، كما تقدم فى مسألة أنه لا يجوز للوالد أن يأخذ من مال ولده شيئاً و يحج به، فراجع هذا المبحث من الشرح. فتأمل جيداً. كما يشكل التعليل فى الثانى بأنه لا عامل به على ظاهره و مؤولة مجمل لا يمكن الاستدلال به. فلاحظ،

(١) قال فى الشرائع: «إذا زوجها الولى. بالمجنون و الخصى صح، و لها الخيار. و كذا لو زوج الطفل بمن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ».

و فى المسالك استدلال على الصحة: بأن العيوب المذكورة لا تنافى الكفاءة التى هى شرط الصحة. و استدلال على الخيار بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة. و مقتضى ذلك: أنه إذا زوج الولى بمن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً و لا خيار. ثم حكى فى المسالك عن الشيخ فى الخلاف القول بالصحة و لم يذكر الخيار، و عن الشافعية قولاً بعدم الصحة، من حيث أنه لاحظ للمولى عليه فى تزويج المعيب سواء علم الولى أم لم يعلم، و وجهاً ثالثاً بالتفصيل بين علم الولى بالمعيب فيبطل، كما

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد النكاح حديث: ٨.

لأنه خلاف المصلحة. نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز. وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه (١) إن لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقة، وعدمه لأن المفروض إقدام الولي مع علمه به. وجهان، أو جههما: الأول، لإطلاق أدلة تلك العيوب (٢). وقصوره

لو اشترى له المعيب مع علمه بالعيب، والجهل فيصح. ويثبت الخيار للولي على أحد الوجهين، أولهما عند البلوغ. قال: «و هذا الوجه الأخير موجه». واختاره المصنف، وعلله بأنه خلاف المصلحة. وكأنه يريد بذلك أنه فيه، مفسدة، ولو الغضاضة العرفية والاستنكار. وحينئذ يكون البطلان في محله، لما عرفت من اشتراط تصرف الولي بعدم المفسدة ولذا قال في الجواهر: «لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً، ولم تحصل مصالح تقتضى الفعل، أو مرجحات بحيث ترتفع المرجوحية معها، وحينئذ ينفذ ويلزم على المولى عليه». والوجه في الحكم الثاني أيضاً إطلاق أدلة الولاية.

ومما ذكرنا يظهر أن المراد بالعيب في كلام المصنف لا بد وأن يكون خصوص ما كان وجوده موجباً للضرر عرفاً، فلا يشمل العيب الذي لا يكون وجوده ضرراً على الزوجة ولا مهانة عليها، مثل كونه ناقصاً بعض الأصابع أو زائدها. وإلا كان الوجه الصحة، عملاً بإطلاق الأدلة.

(١) إذ لا دليل على هذا الخيار، والأصل اللزوم.

(٢) كما في المسالك. وتبعه في الجواهر في توجيه الخيار الذي ذكره المحقق. لكن هذا الإطلاق غير ظاهر، فإن تلك الأدلة كما لا تشمل صورة علم الزوج لا تشمل صورة علم وليه أو وكيله مع إقدامهما على العيب لاقتضاء المصلحة ذلك، كما هو الحال في سائر المعاملات التي يوقعها الولي

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٦٩

بمنزلة جهله (١). وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه. وغاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقى أدلة الخيار بحالها. بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضاً (٢) من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق. وهل له إسقاطه أم لا؟ مشكل (٣)، إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك. وأما إذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له (٤)، وللمولى عليه إن لم يفسخ،

أو الوكيل على المعيب.

(١) يعني: حتى لو فرض أن الصغير كان عالمًا بالعيب. ولكن لا دليل على هذه المنزلة وإن ادعيها في المسالك والجواهر. ولو سلمت لم تجد في ثبوت الخيار، لأن علم الولي بمنزلة علم المولى عليه، كما أن علم الوكيل بمنزلة علم الموكل في خروجه عن منصرف أدلة الخيار، كما سبق.

(٢) في الجواهر: «لا يبعد ثبوته للولي أيضاً باعتبار نيابته عن المولى عليه المفروض عدم إسقاط إقدامه مع علمه إياه». وهو في محله. لكن عرفت عدم تمامية المبنى. ووجه التوقف في ذلك ما ذكره في المسالك من أن الخيار هنا أمر يتعلق بشهوة الزوجين، ولا حظ فيه لغيرهما، فيناط بنظرهما. والى ذلك أشار في عبارته السابقة بقوله: «على أحد الوجهين».

ويضعفه أنه خلاف ما دل على ولاية الولي. فلاحظ.

(٣) بل لما كان تضييعاً للحق كان ممنوعاً.

(٤) ثبوته للولي لا بد أن يكون من حيث كونه ولياً و نائباً عن المولى عليه، فالخيار للمولى عليه لا غير، لكن قبل البلوغ ينوب عنه فيه الولي،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٠
 و للمولى عليه فقط إذا لم يعلم به الولي الى أن بلغ أو أفاق.
 و إن كان من العيوب الأخر فلا خيار للولي (١). و في ثبوته للمولى عليه و عدمه و جهان، أو جههما: ذلك (٢)، لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج. بل يمكن أن يقال: إن العقد فضولي حينئذ لا أنه صحيح و له الخيار.

و بعد البلوغ يقوم به بنفسه أو بوكيله. و على هذا فقول المصنف (ره):

«لا إشكال في ثبوت الخيار له» غير ظاهر، لما عرفت من الإشكال الذي ذكره في المسالك، و أنه أحد الوجهين. نعم لا إشكال في ثبوت الخيار للمولى عليه لإطلاق أدلته. هذا بعد البناء على صحة العقد. أما إذا بنى على فساده، للمفسدة، كما يأتي في غير العيوب المجوزة للفسخ، و كما سبق في حال علم الولي. لأن كونه مصلحة و غير مصلحة تابع للواقع، لا للعلم و عدمه، فالعقد باطل من أصله. نعم لو فرض أن فيه مصلحة يتدارك بها نقص العيب، و كان الولي جاهلاً بذلك، كان العقد صحيحاً حينئذ، و يثبت الخيار لإطلاق أدلته. و لا مجال للإشكال المتقدم، للفرق بين المقامين.

و كذا الحكم في سائر المعاملات التي يوقعها الولي مع الجهل بالعيب.

(١) لأصالة اللزوم بعد أن لم يكن دليل على الخيار. هذا لو كان المراد نفى الخيار للولي في مقابل المولى عليه. و إن كان المراد نفيه للولي من حيث كونه ولياً فلا وجه له بعد أن بنى على ثبوت الخيار للمولى عليه، فإنه إذا ثبت له ثبت للولي من حيث كونه ولياً.
 (٢) الخيار هنا خلاف ما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب المخصوصة. و أما التعليل الذي ذكره في المتن، فإن كان المراد به المفسدة- كما هو الظاهر- اقتضى بطلان العقد من أصله، إذ لا ولاية للولي حينئذ، فيتعين كون العقد فضولياً تتوقف صحته على الإجازة. و بالجملة: إن دل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧١

[مسألة ١١: مملوك المملوك كالمملوك]

(مسألة ١١): مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى (١).

[مسألة ١٢: للوصي أن يزوج المجنون المحتاج الى الزواج]

(مسألة ١٢): للوصي أن يزوج المجنون المحتاج الى الزواج (٢)،

على صحة العقد هنا دليل فلا وجه للخيار للولي و لا للمولى عليه، لما دل على أنه لا يرد النكاح إلا من العيوب المخصوصة. و إن لم يدل على الصحة دليل كان اللازم القول بالبطلان.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه إذا زوج الولي بمن فيه العيب الموجب للمتنصه بطل العقد من دون فرق بين العالم و الجاهل، و العيب الموجب للخيار و غيره. و إنه إذا كان الولي قد لاحظ مصلحة يتدارك بها النقص صح العقد، و لا خيار للمولى عليه، كما هو ظاهر المسالك، و الجواهر.

و أما ما ذكره المصنف (ره) فيتوجه عليه الأشكال من وجوه. أحدها:

التفصيل بين الولي و المولى عليه. و الثاني: إثباته للمولى عليه. و الثالث:

تعليل الخيار بما يوجب البطلان لا الخيار.

(١) الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن المملوك كسائر الأموال التي تكون للمملوك كلها تحت سلطان المولى، لما في الصحيح من أن العبد و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير، و لا كثير عطاء، و لا وصية، إلا أن يشاء سيده «١». و نحوه غيره.

(٢) قال في الشرائع: «للوصى أن يزوج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضرورة إلى النكاح» و نحوه في القواعد. و في المسالك: يظهر منهما عدم الخلاف في هذه الصورة. يعنى: صورة ما إذا بلغ فاسد العقل. و في الجواهر: «نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك. بل عن ظاهر

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٢

بل الصغير أيضاً (١)

الكفاية: الإجماع عليه، بل عن القطيفي: دعواه صريحاً». و هو عجيب بعد تصريح المسالك: بأن غيرهما أطلق الخلاف في تصرف الوصى فيه، و أنه هو الوجه.

و كيف كان فإن قلنا بعدم الولاية للوصى على الصغير، فاللازم القول بذلك في المجنون، لعدم الدليل على هذه الولاية. و الاستدلال عليها بثبوت الضرورة. و عجز المحتاج عن المباشرة، فأشبه ذلك الإنفاق عليه - كما حكاها في المسالك و غيرها - غير ظاهر، إذ لو اقتضى ذلك لزوم التزويج فاما أن يختص بالحاكم الشرعي، و إما أن يعم جميع المكلفين على نحو الوجوب الكفائي و لم يختص بالوصى. و إن قلنا بولاية الوصى على الصغير، أمكن استصحاب الولاية الى ما بعد البلوغ إذا بلغ فاسد العقل. و بالجملة: لما لم يكن دليل على ولاية الوصى على تزويج المجنون كان المرجح فيها القواعد العامة. و مقتضاها ما ذكرنا.

و من ذلك يظهر الإشكال في إطلاق المجنون في المتن، و كان اللازم الاقتصار على من بلغ مجنوناً، كما هو المذكور في كلام الأصحاب. و مثله ما في بعض الحواشي من تقييده بالمجنون المتصل بالصغير، مع الاشكال منه في ولاية الوصى على الصبي. فلاحظ.

(١) كما جعله الأقوى في الجواهر، و حكاها عن المبسوط، و الخلاف، و الجامع و غاية المراد، و موضع من المختلف، و الكركي. لقوله تعالى:

﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ «١»، و من المعلوم أن التزويج مع المصلحة إصلاح. إلا أن يقال: الكلام في المقام في القدرة على هذا الإصلاح، و الآية الشريفة ليست في مقام تشريع القدرة، بل

(١) البقرة: ٢٢٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٣

.....

في مقام الحث على المقدور. مع أنها لو تمت لم تختص بالوصى، بل تعم غيره من الأقارب و الأجنبي.

و لقوله تعالى ﴿فَمَنْ يَدَّلْهُ بِغَدٍّ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدَّلُونَهُ﴾ «١» و دعوى: انسباق خصوص الإيضاء بالمعروف للوالدين، بقربنه كون ما قبلها قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. مدفوعه: بأن الاستدلال به في النصوص الكثيرة على وجوب العمل بالوصية يدل على عدم اختصاص بالمورد. و لو سلم

كفت تلك النصوص في الدلالة على لزوم العمل بالوصية.

اللهم إلا- أن يقال: المنصرف من الآية الإيضاء بما ترك، لا- بما يتعلق بغيره نفساً أو مالاً فإنه خارج عن منصرف الآية. وكذلك

الروايات المستدل فيها بالآية على وجوب العمل بالوصية

«٢» كلها واردة في خصوص الوصية بماله. مضافاً الى إمكان دعوى كونه من الجنف المتعلق بالغير، إذ لا- فرق بين الإيضاء بتزويج

صغيره و بتزويج غيره من الأجانب في دخوله تحت قوله تعالى (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) «٣»،

ففي صحيح أبي أيوب عن محمد بن سوقه قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله تبارك و تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ ..) قال (ع): نسختها الآية

التي بعدها قوله عز و جل: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ ..) قال: يعني:

الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فلا إثم عليه ..» «٤».

و كما لا تصح الوصية

(١) البقرة: ١٨١.

(٢) راجع الوسائل باب: ٣٢ من أبواب الوصايا.

(٣) البقرة: ١٨٢.

(٤) الوسائل باب: ٣٨ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٤

.....

بالتزويج بالنسبة إلى أخيه و ابن أخيه لا تصح بالنسبة الصغير، لصدق الجنف. و هو العدوان.

و

لصحيح أبي بصير، و محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن الذي يبيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ. قال: هو الأب، و الأخ، و الرجل

يوصى اليه، و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها و يشتري، فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه» «١»

، و نحوه ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن

«٢»، و ما رواه في الكافي و الفقيه في الصحيح عن الحلبي و أبي بصير و سماعة عن أبي عبد الله (ع)

«٣»، و ما رواه في التهذيب عن أبي بصير في الحسن عن أبي عبد الله (ع)

«٤»، و ما رواه في التهذيب أيضاً عن أبي بصير و محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر (ع)

«٥». لكن ذكر الآخر في تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة، لاحتمال إرادة الوكيل من الآخر و الموصى إليه، لا مطلقاً،

فيختص بالكبيرة و ما في الجواهر من أن الاشتغال على ذكر الأخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره. غير ظاهر في مثل المقام مما

يكون بين الطرفين نحو ارتباط في الدلالة. نعم يتم مع الاستقلال في الدلالة في كل من

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب المهور ملحق حديث: ١، الكافي الجزء: ٦ الصفحة: ١٠٦ طبعة إيران الحديثية.

(٣) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب المهور الملحق الثاني لحديث: ١. لكن رواه عن التهذيب فقط. حديث: ١ و ملحقة الأول و الثالث،

الكافي الجزء: ٦، الصفحة: ١٠٦، الطبعة الحديثية، الفقيه الجزء: ٣ الصفحة: ٣٢٧ الطبعة الحديثية

(٤) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤، التهذيب الجزء: ٧ الصفحة، ٣٩٣ طبعه النجف الحديثه. لكن في سنده إرسال.
(٥) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٥، التهذيب الجزء: ٧ الصفحة: ٤٨٤ طبعه النجف الحديثه. هذا هو الحديث الذي ذكره أولاً فعده حديثاً مستقلاً لا وجه له.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٥

.....

الطرفين، لا أقل من وجوب الحمل على غير الظاهر بقريته

صحيح ابن بزيغ: «سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة، و البنت صغيرة، فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج البنة من ابنه ثم مات أب الابن المزوج، فلما أن مات قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه، فزوج الجارية من ابنه. فقيل للجارية: أى الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر. ثم إن الأخ الثانى مات ولأخ الأول ابن أكبر من ابن المزوج، فقال للجارية: اختارى أيهما أحب إليك الزوج الأول أو الزوج الآخر. فقال (ع):

الرواية فيها أنها للزوج الأخير. وذلك أنها قد كانت أدركت حين زوجها.

و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» (١).

و نسبة الصحيح الى الآية الثانية نسبة العامين من وجه، يرجع في مورد المعارضة- و هو محل الكلام- إلى أصالة العدم. و ما فى الجواهر من كون الصحيح مضمراً لا يقدح فى الحجية. و كذلك النسبة إلى الرواية، المشعرة بالتقية. مع أن الاشعار ممنوع. و لو سلم فالأظهر أن تكون التقية فى خلاف الرواية، لا فى مضمون الرواية. و ما فى الجواهر أيضاً من أن التعليل عليل. غير ظاهر، فان المفهوم من عقده أن العقد كان يامضائها، كما يشير قولها الأخير بعد أن سئلت عنهما. و كأنه حمله على كون العقد فضولياً، فلا ميز بينه و بين ما كان حال الصغر و لا مرجح له عليه و مثله

صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع): «فى الصبى يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال:

إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم» (٢)

، فان مفهومه نفى التوارث إذا كان المتولى للتزويج غير الأب و إن كان هو الوصى. و ليست الدلالة من باب دلالة المفهوم فقط، بل من باب أن التفصيل قاطع للشركة.

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٦

لكن بشرط نص الموصى عليه (١) سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق. و لا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجد، لكن بشرط عدم وجود الآخر (٢)، و إلا فالأمر إليه.

[مسألة ١٣: للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له]

(مسألة ١٣): للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له (٣)

و نحوه صحيح الحذاء

المدال على أنه إذا زوج الصغير غير الأب توقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الآخر وإجازته. اللهم إلا أن يكون ذكر الأب من باب المثال للولي، بقرينة عموم الحكم للجد إجماعاً، لا لنفى الولاية عن غير الأب.

(١) قد عرفت أن الأدلة المتقدمة على ولاية الوصى مختلفة المفاد، فالآية الأولى عامة لغير الوصى من جميع المكلفين، والروايات مختصة بالوصى، لكنها عامة للوصى فى غير الإنكاح، والمختص بالوصى فى الإنكاح خصوص الآية الثانية. فكأن الجماعة اعتمدوا عليها لا غير. و عن جماعة: القول بالولاية للوصى مطلقاً. و كأنهم اعتمدوا على النصوص الذى قد عرفت إشكالها و الأقوى النفى مطلقاً كما هو المشهور، كما عرفت.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال، كما يأتى فى كتاب الوصية إن شاء الله تعالى.

(٣) المشهور أنه ليس للحاكم ولاية النكاح على الصبى. و فى رسالة شيخنا الأعظم (ره) أنه لا يبعد كونه إجماعياً. و علل بالأصل، و عدم الحاجة إليه. و الأول لا يعارض عموم الولاية، المستفاد من قوله (ع) فى رواية أبى خديجة: «فإنى قد جعلته قاضياً» (١).

بناء على أن الترويج مع الحاجة من مناصب القضاء و وظائفهم. و ما

عن النبى (ص): «السلطان ولى من لا ولى له» (٢)

و فى الجواهر: أن هذه القاعدة استغنت عن الجابر

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب صفات القاضى حديث: ٦.

(٢) كنز العمال الجزء: ٨، صفحة: ٤٠٠٣ السنن الكبرى البيهقى الجزء: ٧ حديث: ١٢٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٧

.....

فى خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد. و الثانى ممنوع بنحو الكلية، فقد تكون الحاجة إليه، و لا تختص الحاجة إليه بالوطء. و كأنه لذلك أفتى المصنف (ره) و اشترط الحاجة أو المصلحة الملزمة فى ثبوت الولاية.

و فى المسالك بعد أن ذكر دليل المنع المتقدم قال: «و لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعياً». و فى كشف اللثام قال: «و لا ولاية له (يعنى):

للحاكم) على الصغيرين للأصل، و عدم الحاجة فيهما. و فيه نظر ظاهر. فان استند الفرق إلى الإجماع صح، و إلا أشكل». و لأجل أنه لم يتضح الإجماع على عدم يتعين البناء على الثبوت مع الضرورة و الحاجة الشديدة، من باب ولاية الحسبة، التى مرجعها الى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرف فى الجملة، و القدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم أو بإذنه مع الإمكان، و إلا فمن غيره. و الظاهر أنها من مناصب القضاء. كما أنها المقصودة من ولاية السلطان، يعنى: أن السلطان ولى فى المورد الذى لا بد فيه من نصب الولي و تصرفه. و لعل تعليل الأصحاب المنع فى الصبى بعدم الحاجة يقتضى البناء منهم على الولاية مع الحاجة، و ليس الفرق بين الصبى و المجنون إلا عدم الحاجة فى الأول غالباً و الحاجة فى الثانى غالباً، لا أمر آخر تعبدى. نعم قد يشكل الحكم بملاحظة مثل

صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبى جعفر (ع): «فى الصبى يتزوج الصبية يتوارثان؟ ..» (١)

و نحوه صحيح الحذاء

(٢). و قد تقدم الإشكال فى ذلك. و إلا فمن أبعد البعيد عدم صحة العقد للصبى مع الضرورة، و يكون مستثنى من ولاية الحسبة. بل

لا تبعد نسبة الجواز إلى الأصحاب مع الحاجة الشديدة.

(١) راجع أول الفصل.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٨

من الأب و الجد و الوصى، بشرط الحاجة اليه، أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة.

[مسألة (١٤): يستحب للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أبها أو جدها]

(مسألة ١٤): يستحب للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أبها أو جدها (١). و إن لم يكونا فتوكل أخاها (٢). و إن

و أما المجنون: فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في ولاية الحاكم على تزويجه و في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجتمعاً عليه» و في الحدائق- بعد أن ذكر ذلك- قال: «من غير إشكال عندهم و لا خلاف». و قد نص على ذلك في الشرائع، و القواعد، و غيرهما، على نحو يظهر أنه من المسلمات. و دليله ما تقدم في الصبي. و يتعين الاقتصار على الضرورة و الحاجة الشديدة، التي هي مورد ولاية الحسبة، على ما عرفت. و أما مع الحاجة في الجملة فلا دليل على ثبوت ولاية الحاكم في تزويجه. و قد عرفت أن القدر المتيقن من النبوى صورة لزوم التصرف و الحاجة الى الولي، لا مطلقاً. و أما رواية أبي خديجة: فالاستدلال بها لا يخلو من تأمل، لعدم ثبوت كون التزويج من مناصب القضاء و وظائف القضاة. و المتحصل مما ذكرناه: أن الصبي و المجنون إن كانت حاجة ملزمة الى تزويجهما فالحاكم الشرعى وليهما في ذلك. و إلا فلا ولاية له على أحدهما.

و لا يكفي مجرد الحاجة في الجملة في ثبوت الولاية في المقامين.

(١) كما في الشرائع، و القواعد، و غيرهما. لما تقدم من نصوص ولايتهما، فإنه بعد البناء على استقلالها بالولاية على نفسها يتعين حمل الأخبار المذكورة على الاستحباب.

(٢) كما في الشرائع، و القواعد و غيرهما. لما تقدم من النصوص الدالة على أن الأخ ممن بيده عقدة النكاح، المحمولة على التوكيل. و كان المناسب حينئذ ذكر الوصى و غيره ممن ذكر في الأخبار مع الأخ، للاشتراك في الدليل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٧٩

تعدد اختارت الأكبر (١).

[مسألة (١٥): ورد في الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها]

(مسألة ١٥): ورد في الاخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها (٢)،

(١) كما في القواعد. لأن الأخ الأكبر بمنزلة الأب، كما في مرسل الحسن بن على عن الرضا (ع)

«١». و يقتضيه

خبر الوليد بن بياع الاسقاط، قال: «سئل أبو عبد الله (ع)- و أنا عنده- عن جارية كان لها أخوان، زوجها الأكبر بالكوفة، و زوجها الأصغر بأرض أخرى.

قال (ع): الأول بها أولى، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته و نكاحه جائز» «٢»

بناء على أن المراد أن الأكبر أولى بإمضاء عقده، واستثناء دخول الثاني من جهة أن تمكين الثاني من الدخول إمضاء لعقد الأصغر، فلا مجال لإمضاء الأول.

(٢)

في صحيح البنزطي قال: «قال أبو الحسن (ع) في المرأة البكر: إذنها صماتها، والثيب أمرها إليها» (٣).

و

في صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع): «في رجل يريد أن يزوج أخته. قال (ع)، يؤامرهما، فإن سكنت فهو إقرارها، وإن أبت لم يزوجها» (٤).

و نحوه مصحح الحلبي

«٥». و

في خبر الضحاك بن مزاحم قال: «سمعت علي بن أبي طالب (ع) يقول، و ذكر حديث تزويج فاطمة (ع) و أنه طلبها من رسول الله (ص)

.. الى أن قال.

فقام

(يعنى: رسول الله «ص»)

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد النكاح حديث: ٦.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ٢.

(٥) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٠

و أفتى به العلماء (١). لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها (٢) و كان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك.

[مسألة ١٦: يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام]

(مسألة ١٦): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام إذا كان المولى عليه

و هو يقول: الله أكبر سكوتها إقرارها» (١).

(١) بل هو المشهور بين الأصحاب، بل الظاهر أنه لا- خلاف فيه إلا- من ابن إدريس، طرحا منه للأخبار، بناء على أصله في أخبار الآحاد.

نعم عن المبسوط: أنه احتاط في استنطاقها.

(٢) قال في الجواهر: «لا- إشكال في الاكتفاء بالسكوت الدال قطعاً على الرضا. وكذا السكوت المقرون بقرائن ولو ظنية». بل و السكوت من حيث كونه سكوت بكر و إن لم تكن ثمة قرائن خارجية. كما أنه لا إشكال في عدم الاكتفاء به مع اقترانه بقرائن تدل على عدم الرضا. بل لعل المتجه ذلك أيضاً في المقترن بقرائن ظنية تدل على ذلك أيضاً. بل لا يبعد ذلك فيما إذا تعارضت فيه

الامارات على وجه لم يحصل الظن بدلالته على الرضا و لو من حيث كونه سكوت بكر. و احتمال القول بحجية ما عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً، تمسكاً بإطلاق النص. ضعيف».

فالصور- على ما ذكر- ست، الثلاث الأول منها يكون السكوت حجةً فيها، دون الثلاث الأخيرة. و ظاهر المصنف (ره) اختصاص الحجية بالصورتين الأولتين. و مقتضى إطلاق النصوص اللفظية عموم الحجية لجميع الصور عدا الصورة الرابعة و استضعفه في الجواهر، لأنه خلاف منصرف النصوص. و هو في محله.

لكن لما كان السكوت من الامارات العرفية يتعين حمل الحجية على

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨١

مسلماً. فلا ولاية للصغير و الصغيرة على مملوكهما (١)، من عبد أو أمه، بل الولاية حينئذ لوليها (٢). و كذا مع فساد عقلهما، بجنون، أو إغماء، أو نحوه (٣). و كذا لا ولاية للأب و الجد مع جنونهما و نحوه (٤).

أن تكون إمضاء لما عند العرف، و هي تختص بالصورتين الأولتين، و لا تشمل الثانية. و بالجملة: بعد أن كان احتمال كون السكوت بمنزلة الرضا موضوعاً للصحة واقعاً، خلاف الظاهر جداً، و تعين كونه موضوعاً للحكم الظاهري- أعني: الحجية- يدور الأمر بين أن تكون الحجية إمضاء لما عند العرف، و أن تكون تأسيساً في مقابل ما عند العرف، و الأول أظهر، فإنه المنصرف من الخطاب، فتختص الحجية بالصورتين الأولتين فقط، كما هو ظاهر المتن، فهو المتعين. فان لم يتم ذلك تعين البناء على ما حكاها في الجواهر و استضعفه، من كون الحجية عامة لجميع الصور عدا صورة العلم بالخلاف، أخذاً بالإطلاق اللفظي. فما في الجواهر أضعف الوجوه.

(١) إجماعاً، كسائر أموالهما.

(٢) كسائر أموالهما.

(٣) الظاهر أن هذه العبارة زائدة، وقعت سهواً، فان الجنون مانع من الولاية في مقابل الصغر، يعنى: يكون مانعاً في الكبير، لا في الصغير.

(٤) بلا- خلاف و لا إشكال. و علل بالقصور عن الولاية، لأن اختلال العقل يوجب قصور النظر و الرأي، و قوام الولاية بذلك. لكن يشكل الأمر في الإغماء، فإنه يشبه النوم في أنه يقتضى القصور في العمل، لا في الرأي، فاذا العمدة فيه الإجماع.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٢

و إن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر (١). و كذا لا ولاية للمملوك (٢) و لو مبعوضاً (٣) على ولده، حراً كان أو عبداً. بل الولاية في الأول للحاكم (٤)، و في الثاني لمولاه (٥) و كذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (٦).

(١) لأن الجنون إنما يمنع الولاية عن المجنون، لا عن غيره، فعموم دليل الولاية بالنسبة إليه محكم.

(٢) بلا- خلاف و لا إشكال، كما في الجواهر. و يقتضيه ما دل على نفيها عن نفسه، مثل قوله تعالى (لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ) * (١). لكن يظهر من عبارة المختلف ثبوت ولايته، قال: «و أما العبد: فالأقوى صحة ولايته، لأنه بالغ رشيد، فأشبه الحر. و كونه مولى عليه لا ينافي ولايته». و ضعفه مما ذكرنا ظاهر.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال، كما في الجواهر، و ظاهر غيره. و هو العمدة، و إلا 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 الحدائق:

«الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فيه». ثم ادعى الإجماع على ذلك بالنسبة إلى الولد المسلم. وقد استدل له بقوله تعالى (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) «٢». و قوله (ص) «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» «٣».

وقوله تعالى (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) «٤»

(١) النحل: ٧٥.

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) غوالى اللثالى: الفصل التاسع من المقدمة، صحيح البخارى الجزء: ٢ كتاب الجنائز باب:

إذا أسلم الصبى فمات هل يصلى عليه، كتاب الشهاب فى الحكم والآداب القضائى الصفحة: ٥.

(٤) التوبة: ٧١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٣

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١)، وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً (٢). و الأقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر (٣).

و لا يخلو الاستدلال من المناقشة، فإن الولاية فى الآية الثانية يراد بها غير ما نحن فيه، بقرينة العموم للكبير والصغير و ظهورها فى ثبوت الولاية من الطرفين، و مثله قوله تعالى (وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) «١».

و كذا العلو فى النبوى يراد منه الظهور، فهو نظير قوله تعالى (لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ) * «٢». و أما الآية الأولى فبقرينة سياق ما قبلها، و هو قوله تعالى (فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)، و وجود حرف الاستقبال فيها، يكون الظاهر منها الجعل التكوينى فيما يتعلق بأمر الآخرة، لا الجعل التشريعى لتكون مما نحن فيه. مضافا الى إمكان انصراف السبيل عليه عما كان لمصلحته و خدمته، فلاحظ.

(١) كما نص على ذلك فى الشرائع، و القواعد. و يظهر من شراحهما:

أنه من المسلمات. لعموم دليل الولاية، المقتصر فى الخروج عنه على المتيقن.

(٢) لما سبق.

(٣) كما صرح به فى القواعد، و غيرها. لعموم الأدلة. لكن مقتضى إطلاق ما فى الشرائع من قوله: «إذا كان الولي كافراً فلا ولاية له»

انتفاء ولاية الكافر حتى على الولد الكافر. و نحوه حكى عن التحرير. و رده فى الجواهر بقوله تعالى (وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ). و قد عرفت الإشكال فى الآية المذكورة، و أنها ليست فيما نحن فيه. فالعمدة فى الإشكال عليه مخالفته لإطلاق دليل الولاية من غير وجه ظاهر. و ما أبعد ما بينه و بين ما عن المبسوط من أن ولي الكافر لا يكون إلا كافراً، فلو كان له

(١) الأنفال: ٧٣.

(٢) التوبة: ٣٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٤

و لا يصح تزويج الولي فى حال إحرامه (١)، أو إحرام المولى عليه، سواء كان بمباشرته، أو بالتوكيل (٢). نعم لا بأس

وليان مسلم و كافر فالولاية للكافر. و هو غريب. و أغرب منه التمسك له بقوله تعالى (وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) * إذ هو في غير ما نحن فيه قطعاً، كما تقدم.

(١) بلا- خلاف و لا- إشكال فيه و فيما بعده. فان المحرم لا يصح العقد منه له و لا لغيره. و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض إن لم يكن متواتراً». و

في صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): «قال ليس للمحرم أن يتزوج و لا يزوج. و إن تزوج أو زوج محلاً فتزويجه باطل» (١).

و نحوه غيره.

(٢) كما نص على ذلك في الجواهر في الفرع الثاني من مبحث تحريم النساء على المحرم. و يظهر منه أنه مفروغ عنه عندهم. لإطلاق النص الشامل للثاني شموله للأول، لأن الوكيل نائب عن الموكل، ففعله فعله. فاذا وكل الولي و هو محرم محلاً على تزويج المولى عليه المحل، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي، صدق أنه زوج المولى عليه و هو محرم. و كذا لو وكل الولي حال إحلاله محلاً على تزويج المولى عليه المحل، ففعل الوكيل ذلك حال إحرام الولي، فإنه يصدق أنه زوج و هو محرم. لأن فعل الوكيل إذا كان فعلاً للموكل صدق أن الموكل المحرم زوج المولى عليه، و ان كان التوكيل سابقاً على الإحرام. اللهم إلا أن يقال: إن الظاهر من قولهم (ع):

«إن المحرم لا يزوج»

«٢»: المنع من أن يصدر منه حال الإحرام ما يوجب التزويج، و التزويج في الفرض ليس صادراً من الولي حال الإحرام. و مجرد

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب تروك الإحرام حديث: ١.

(٢) يوجد هذا المضمون في أحاديث باب: ١٤ من أبواب تروك الإحرام من الوسائل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٥

بالتوكيل حال الإحرام ليقع العقد بعد الإحلال (١).

[مسألة (١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل]

(مسألة ١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص، و المهر، و سائر الخصوصيات. و إلا كان فضولياً (٢) ووقفاً على الإجازة.

و مع الإطلاق و عدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (٣) من سائر الجهات. و مع التعدى يصير فضولياً (٤). و لو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من نفسه (٥). للانصراف عنه. نعم لو كان التوكيل على وجه

صححة النسبة إليه أعم من ذلك. و لا- يجيء ذلك فيما لو وكل في تزويج نفسه، ثم أحرم فزوجه الوكيل حال الإحرام، للفرق بين المصدر و حاصل المصدر. فلاحظ. فالمنع في الولي يختص بما إذا كان التوكيل حال الإحرام و العقد كذلك. إلا أن يقوم إجماع على خلافه.

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٤٨٥

- (١) لإطلاق الأدلة من غير معارض.
- (٢) بلا خلاف ولا إشكال. لعدم شمول الاذن للعقد الواقع، فلا يصح بدون الإجازة، لقاعدة السلطنة.
- (٣) كما في سائر موارد الوكالة، من غير خلاف بينهم في ذلك، كما يظهر من مراجعة كلماتهم في مبحث الوكالة. و يقتضيه منصرف التوكيل، الذي هو استنابته في التصرف لمصلحة الموكل.
- (٤) لعدم الاذن في التصرف، فلا يصح بدون الإجازة، كما تقدم.
- (٥) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما. وفي المسالك:
- أنه لا- خلاف في أنه لا يجوز له تزويجها من نفسه مع تعيين الزوج، ومع الإطلاق. وحكى عن التذكرة احتمال جواز أن يزوجه من نفسه مع الإطلاق،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٦

يشمل نفسه أيضاً بالعموم، أو إطلاق (١) جاز. ومع التصريح فأولى بالجواز. ولكن ربما يقال: بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم. بل قد يقال: بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه (٢)، لرواية عمار (٣)، المحمولة

معلماً بإطلاق الاذن. و علل المصنف المنع - تبعاً للمشهور - بالانصراف.

(١) يعنى: كان الإطلاق مقروناً بما يمنع الانصراف عن نفسه.

و إلا فالانصراف مانع عن العمل بالإطلاق. لكن الإنصاف: أن الانصراف الى غيره بدوى، ناش من تغاير الفاعل و المفعول غالباً، فلا يعتد به في رفع اليد عن الإطلاق. نعم إذا كان موضوع الوكالة من الأفعال الخارجية القائمة بين الاثنين - كما إذا أعطاه مالا فقال له: أعطه الفقير، أو اكس الفقير، أو أشبع الفقير، أو نحو ذلك من الأفعال - اقتضى التغاير و الانصراف الى غيره. أما إذا كان من الأمور الاعتبارية - مثل: بعه، و ملكه، و زوجه، و أمثال ذلك - فالانصراف بدوى، لا يمنع من الأخذ بالإطلاق.

(٢) قال في الشرائع: «و لو و كلته في تزويجها منه قيل: لا يصح لرواية عمار

. و لأنه يلزم أن يكون موجباً قابلاً. و الجواز أشبه». و يظهر من كشف اللثام: أنه المشهور، فإنه نسب الجواز الى أبي على و المحقق لا غير.

(٣)

رواها الشيخ عن محمد بن على بن محبوب عن أحمد بن الحسن بن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمار الساباطى قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة تكون في أهل بيت، فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد و كلتك فأشهد على تزويجي؟ قال (ع): لا. قلت: جعلت فداك و إن كانت أيماً؟ قال: و إن كانت أيماً. قلت: فان و كلت غيره بتزويجها منه؟

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٧

على الكراهة، أو غيرها من المحامل (١).

[مسألة ١٨: الأقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة]

(مسألة ١٨): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة (٢)، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين،

قال (ع): نعم» (١)».

(١) قال في المسالك: «و الرواية ضعيفة السند، قاصرة الدلالة، لجواز كون المنفى هو قولها: «وكلتك فأشهد»

، فإن مجرد الاشهاد غير كاف. فالجواز أقوى». و المراد من قصور السند عدم الصحة. لكنها من الموثق، و هو حجة كالصحيح. و احتمال كون المنفى 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، لأن الإشهاد لا بد أن يكون مع وجود المشهود به، و معه لا بد أن يكون عدم الكفاية لعدم الصحة. و بالجملة: لا قصور في سند الرواية، و لا في دلالتها. نعم هي مخالفة للقواعد. لكنها غير قاذحة ضرورة.

(٢) على الأظهر، كما في الشرائع. و في الجواهر: «الأشهر، بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء و المتأخرين، بل في الناصريات الإجماع عليه، و في محكى السرائر: نفى الخلاف عنه في غير تزويج العبد نفسه و الأمة نفسها بغير إذن المولى، بل فيه الإجماع على ذلك، بل فيه - مضافاً الى ذلك - دعوى تواتر الأخبار به. بل من أنكر الفضولي في غير النكاح أثبتته هنا، للإجماع، و النصوص». و يشهد له العمومات الدالة على صحة العقود و نفوذها، مثل قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢)، فإن العقد المجاز داخل

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب عقد النكاح حديث: ٤.

(٢) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٨

.....

في عموم العقود، فيجب الوفاء به. و تقريب ذلك: أن العقود في الآية الشريفة يحتمل بدواً أموراً ثلاثة: (الأول): مطلق العقود، و يكون عقد غير من له السلطنة على العقد بدون الاذن من السلطان و الإجازة خارجاً بالإجماع. و هذا الاحتمال يظهر من كلام شيخنا الأعظم (ره) في مكاسبه. و فيه: أن الوفاء المذكور في الآية الشريفة يتوقف على تحقق الالتزام بالعقد، فاذا لم يكن إذن من المالك لا سابقاً و لاحقاً، لا يكون مورداً للوفاء و لا موضوعاً له. (الثاني): العقد الصادر من السلطان، و يكون دخول عقد الوكيل و المأذون بالإجماع، و يكون العقد المجاز خارجاً عنه. و هذا الاحتمال قد يظهر من الشهيد في غاية المراد. و لكنه خلاف الإطلاق. (الثالث): العقد المنسوب الى السلطان و إن لم يكن بلحاظ الصدور، فيدخل فيه عقد الوكيل و المأذون، و يتبعه العقد المجاز، لاتحاد جهة النسبة. و هذا هو الأظهر. و حينئذ يراد بالعقود: العقود المنسوبة الى من له السلطنة عليها، سواء كان وجه النسبة الصدور، أم الالتزام به بالإذن أو التوكيل أو الإجازة، لأن الجميع على نحو واحد. و حينئذ يكون وجوب الوفاء دالاً على الصحة و النفوذ، فإنه إرشادي الى ذلك، لا تكليفي، و إلا لزم تعدد المخالفة و المعصية عند ترك الوفاء، و هو خلاف المقطوع به.

هذا و يدل 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 و هو غائب قال (ع): النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترك» (١)

، و بعضها وارد في الرق،

كمصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده.

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب عقد النكاح حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٨٩

.....

فقال (ع): ذاك الى سيده إن شاء أجازته، وإن شاء فرق بينهما. قلت:

أصلحك الله إن الحكم بين عينته وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحل إجازة السيد له. فقال أبو جعفر (ع):

إنه لم يعص الله تعالى، إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز» (١).

و

صحيح معاوية بن وهب قال: «جاء رجل الى أبي عبد الله (ع) فقال:

إني كنت مملوكا لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالى، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عني ولم يغيروا علي. فقال (ع): سكتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم.

أثبت على نكاحك الأول» (٢).

و نحوهما غيرهما.

و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط: البطلان. و عن فخر الإسلام:

موافقته. و استدل له بجملة من النصوص المتضمنة لفساد النكاح بغير إذن الولي أو المولى،

كرواية أبي العباس البقباق: «قلت لأبي عبد الله (ع):

يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها. قال: هو زنا، إن الله تعالى يقول:

﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ (٣) «٤».

و نحوه غيره. و بأن العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة، و هي منتفية في محل النزاع. و عن فخر الإسلام:

الاستدلال له بأن العقد سبب الإباحة، فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليه. و بأن رضا المعقود عليه أو وليه شرط، و الشرط متقدم.

وفيه: أن الظاهر من النصوص السؤال عن صحة العقد بدون الاذن و لا الإجازة، فلا تشمل صورة وقوع الإجازة. و لو سلم عمومها لذلك يتعين

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٠

أو كليهما، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً، حراً أو عبداً.

و المراد بالفضولي: العقد الصادر من غير الولي و الوكيل (١)، سواء كان قريباً - كالأخ، و العم، و الخال، و غيرهم - أو أجنبياً. و كذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي.

و منه العقد الصادر (٢) من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله، أو من الموكل. كما إذا أوقع الولي العقد

حملها على ذلك، جمعاً بينها و بين غيرها مما عرفت. و أما ما ذكر أخيراً:

فالإشكال عليه أظهر، فإن دعوى نفى الأدلة على الصحة مصادرة. مضافاً الى ما عرفت من الأدلة. و مثله ما ذكره أولاً فخر الإسلام. و أما ما ذكره أخيراً: ففيه أن كون الشرط متقدماً لا يقتضى البطلان، فإن المشروط هو الحكم بالصحة، و هو متأخر. و مثله القبض فى الصرف. و السلم، و الهبة.

(١) الفضولي: هو العاقد الذى لا سلطان له على العقد حين العقد، كما حكى عن الشهيد، فيقال: «عقد الفضولي»، و تكون الإضافة بمعنى اللام. و قد يطلق على نفس العقد، فيقال: «العقد الفضولي» أو «عقد الفضول» من باب إضافة الموصوف إلى الصفة. و لعله تسامح، كما فى كلام شيخنا الأعظم (ره).

(٢) المشهور عدم الفرق فى صحة الفضولي بين الأفراد المذكورة.

و عن ابن حمزة: اختصاصه بتسعة. مواضع: عقد البكر الرشيدة على نفسها مع حضور وليها، و عقد الأبوين على الابن الصغير، و عقد الجد مع عدم الأب، و عقد الأخ و الأم و العم على صبيته، و تزويج الرجل عبد غيره بغير إذن سيده، و تزويجه من نفسه بغير إذن سيده، لأن هذه التسعة مورد الأدلة، و التعدى من موردها الى غيره لا دليل عليه، و الأصل عدم ترتب الأثر. و فيه: أنه لا فرق بين التسعة و غيرها فى شمول العمومات المقتضية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩١

على خلاف المصلحة، أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل. و لا يعتبر فى الإجازة الفورية (١)، سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به و إرادة التروى، أو عدمها أيضاً. نعم لا تصح الإجازة بعد الرد (٢).

للصحة. مع إمكان التعدى عرفاً عن مورد النصوص الى غيره، لفهم عدم الخصوصية عرفاً.

(١) كما هو المعروف. و يقتضيه إطلاق الأدلة المتقدمة عمومها و خصوصها، و خصوص صحيحة محمد بن قيس الواردة فى البيع، فيتعدى منه الى المقام بعدم الفصل. فقد

روى عن أبى جعفر الباقر (عليه السلام): «قال: قضى أمير المؤمنين (ع) فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها، فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال:

وليدتى باعها ابنى بغير اذننى. فقال (ع): الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها.

فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابنى، قال: لا و الله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه» (١).

و إذا لزم الضرر على الطرف الآخر من تأخير الإجازة أمكن رفعه بقاعدة نفى الضرر، بتشريع الفسخ، بناء على صلاحية القاعدة لذلك، على ما ذكره فى مبحث خيار الغبن. و لا- ينافى ذلك ما دل على نفى الخيار فى النكاح، فإن قاعدة الضرر لو جرت تكون حاكمة عليه.

(٢) على المعروف بينهم، بل فى كلام شيخنا الأعظم دعوى ظهور الإجماع عليه، بل عن بعض مشايخه دعواه صريحاً. و استدلل له بأن

الإجازة بمنزلة القبول فكما يقدر رد القابل قبل القبول في صدق العقد كذلك الرد

(١) الوسائل باب: ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١، منقولة بالمعنى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٢

كما لا يجوز الرد بعد الإجازة (١)، فمعها يلزم العقد (٢).

قبل الإجازة. و بأن مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علقه الطرف الآخر عن ماله.

و في كل من الوجهين تأمل و نظر. و أما في الأول: فلعدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه، فضلا عن المقاس. مع وضوح الفرق بين المقامين بتمامية العقد في الثاني، غاية الأمر أنه محتاج إلى إضافته إلى المالك، و هي حاصله بالإجازة و إن كانت بعد الرد، بخلاف الأول، لإمكان دعوى كون الرد المتخلل بين الإيجاب و القبول مانعاً من الائتام بينهما على نحو يكونان عقداً. و أما في الثاني: فلأن عقد الفضولي ليس تصرفاً في موضوعه حتى لا يكون تحت سلطان غير من له السلطان، فلا يوجب علقه لغير من له السلطان. و لو أوجب ذلك فرضاً على خلاف قاعدة السلطنة، فلا تصلح قاعدة السلطنة لقطعها، للشك في مشروعيتها ذلك، و قاعدة السلطنة لا تصلح للتشريع. و بالجملة: مقتضى قاعدة السلطنة عدم نفوذ العقد، لا عدم صحته التأهيلية، بحيث لو انضمت إليه الإجازة ممن له السلطنة لترتب عليه الأثر. و لو سلم كان مقتضى القاعدة عدم الصحة التأهيلية، الراجع الى بطلان عقد الفضولي، لا رفع الصحة التأهيلية بعد ثبوتها.

و لذا كان من الواضح أن مقتضاها عدم صحة تصرف غير السلطان، لا إبطال التصرف بعد صحته من غير السلطان. فإذا العمدة الإجماع المتقدم. و يعضده الإجماع على صحة إنشاء الرد بقول: «فسخت»، فان ذلك إجماع منهم على انحلال العقد به، كانحلال العقد الجائر به، إذ لو لا ذلك لا معنى لإنشاء الفسخ به.

(١) إجماعاً، لصحة العقد بالإجازة، و لا دليل على بطلانه بالرد.

(٢) لأصالة لزوم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٣

[مسألة ١٩: لا يشترط في الإجازة لفظ خاص]

(مسألة ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص.

بل تقع بكل ما دل على إنشاء الرضاء بذلك العقد (١)، بل تقع بالفعل الدال عليه (٢).

[مسألة ٢٠: يشترط في المجيز علمه]

(مسألة ٢٠): يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضى به لم يكف في الإجازة (٣). نعم لو اعتقد لزوم الإجازة عليه

(١) كما يقتضيه إطلاق أدلته الصحة.

(٢) و عن صريح جماعة و ظاهر آخرين: اعتبار اللفظ في إجازة عقد الفضولي في البيع لأن الإجازة كالبيع في استقرار الملك. و لأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة - كالبيع و شبهه - يقتضى اعتبار اللفظ.

و هذان الوجهان يمكن إجراؤهما في المقام، فيقال: الإجازة كعقد النكاح الذي لا يصح بالفعل و لأن الاستقراء في العقود اللازمة- كالبيع و التزويج و نحوهما- يقتضى اعتبار اللفظ. لكن الأول مصادرة. و الاستقراء ليس بحجة، و لا سيما في مقابل العمومات الدالة على الصحة حتى بالإجازة الفعلية.

و خصوص صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة في أدلة صحة الفضولي

«١». فالعمل بها متعين. و لذا حكى عن تصريح العلامة بأن تمكين الزوج من الدخول بها إذا زوجت فضولا إجازة للعقد.

(٣) كما في المستند، لعدم الصدق، و لاستصحاب الخيار. انتهى.

و الظاهر منه إرادة عدم صدق الإجازة. لأن مجرد الرضا بالعقد على الحال المذكورة لا يكون إجازة. و فيه: أنه يمكن فرض الإجازة منه و إن علم بعدم الحاجة إليها لترتب الأثر. كما لو قال: «أجزت ما وقع و رضيت به». فالعمدة حينئذ أن مثل هذه الإجازة ليس مما تقتضيه قاعدة السلطنة،

(١) راجع المسألة: ١٨ من هذا الفصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٤

بعد العلم بعدم لزوم العقد، فأجاز، فإن كان على وجه التقييد لم يكف (١). و إن كان على وجه الداعي يكون كافياً.

[مسألة (٢١): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه]

(مسألة ٢١): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه (٢)، فيجب ترتيب الآثار من حينه.

لأنها تقتضى السلطنة على الوجود بعد العدم، و المفروض أن المميز يرى تحقق الوجود بعد العدم، فليس في مقام إعمال قدرته و سلطنته على ذلك.

نظير الرضا بما قسم الله تعالى له، فإنه غير إيجاد ما قسم له. و ربما يكون في صحيحة ابن بزيع المتقدمة في عقد السكري «١» ما ينافي ذلك. لكن العمل بالرواية محل تأمل، كما تقدم. فراجع.

(١) لعدم تحقق القصد الى المقيد بعد فرض انتفاء القيد.

(٢) قد اختلف القائلون بصحة عقد الفضولي في البيع في أن الإجازة ناقلة- بمعنى: أنها تقتضى ترتب الأثر من حينها- أو كاشفة عن ترتب الأثر من حين العقد، إما لكون العقد تمام السبب المؤثر- كما يقتضيه ما عن جامع المقاصد و غيره من الاستدلال على الكشف بأن العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢»- أو لكون شرط تأثير العقد هو الرضا التقديري الحاصل حال العقد- كما هو ظاهر بعض المحققين في إجازته- أو لكون الشرط هو الوصف الانتزاعي، و هو تعقب الإجازة للعقد- كما نسبه شيخنا الأعظم إلى جماعة من معاصريه- أو لأن الشرط هو نفس الإجازة المتأخرة، و لا مانع من تأخر الشرط في العلل الشرعية- كما اختاره في الجواهر- لأن الشرط في العلل الشرعية يراد منه ما يكون قيداً لموضوع الحكم، لا ما له دخل في سبب الحكم و علته،

(١) راجع صفحة: ٣٨٧.

(٢) المائدة: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٥

فإن الحكم لما كان فعلاً اختيارياً للحاكم، كانت علة الإرادة لا غير، و الشرط الشرعي لا دخل له في تأثير العلة، وإنما دخله باعتبار أن وجوده العلمي و تصور دخیل في ترجح الوجود على العدم. الموجب لتعلق الإرادة به، و ليس لوجوده الخارجي دخل في الحكم أصلاً، فشرطية الإجازة في المقام بهذا المعنى، لا- بمعنى أن لها الدخل في الوجود، و في ترتب المعلول على العلة، كما هو معنى الشرط في العلل العقلية أو لكون الإجازة موجبةً لحكم الشارع من حين الإجازة بحصول المضمون حقيقةً من حين العقد. على وجه الانقلاب، المعبر عنه بالكشف الانقلابي- كما اختاره بعض المحققين، و قد يظهر من عبارة جماعة من الأعيان، حيث ذكروا أن الإجازة موجبةً للحكم بصحة العقد من حينه، لأنها رضا بمضمون العقد و هو النقل من حينه- أو أنها موجبةً لحكم الشارع من حينها بحصول المضمون من حين العقد حكماً لا حقيقةً، المعبر عنه بالكشف الحكمي، و هو الذي حكاه شيخنا الأعظم عن أستاذه شريف العلماء في بعض تحقیقاته. كما أن الكشف على أحد الوجوه الأربعة الأول يعبر عنه بالكشف الحقيقي. و عبارة المصنف (ره) خالية عن تعيين وجه من هذه الوجوه. و الأقرب منها هو الكشف الانقلابي.

أما النقل: فيشكل بأن مقتضى العمومات و إن كان هو نفوذ العقد و ترتب مضمونه حين الحكم بالصحة، و هو بعد الإجازة، فإن زمان العقد لم يؤخذ قيداً للمضمون، حتى يتعين ثبوت المضمون فيه، لكن المرتكزات العرفية تستوجب حمل الأسباب الشرعية على الأسباب العقلية، و كما أن آثار الأسباب العقلية كائنة في زمان أسبابها، كذلك مضمون العقد كائن في زمانه، فكأنه السبب، و الإجازة دخيلة في سببته، فالبناء على أنه كائن في زمان الإجازة المتأخرة خلاف الارتكاز المذكور، فيكون خلاف الظاهر. و أما الوجه الأول من وجوه الكشف الحقيقي: فيشكل بأنه خلف،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٦

.....

و مخالف لما دل على اعتبار الإجازة، المعول عليه عندهم، فكيف يكون مقتضى العموم أن يكون العقد سبباً تاماً؟ إذ لا موجب حينئذٍ لاعتبار الإجازة.

و أما الوجه الثاني: فيشكل بأن الرضا التقديري لا دليل على الاجتزاء به، كما سيأتى في المسألة الآتية. بل سيأتى أن الرضا الفعلي من الأصيل لا يكفي في صحة العقد من الفضولي، فضلاً عن الرضا التقديري، لأنه غير كاف في صحة نسبة العقد إلى الأصيل. مع أن البناء على حصول الرضا التقديري غير ظاهر، لإمكان انتفائه، و يكون حصول الإجازة بعد ذلك لتبديل الطوارئ و المناسبات، كما لا يخفى. و لا سيما إذا كان الأصيل قد توقف عن الإجازة برهه من الزمن، ثم أجاز، فإن مثل هذه الإجازة لا تدل على الرضا التقديري، الذي يراد منه الرضا على تقدير الالتفات، يعنى: الرضا بمجرد الالتفات، إذ المفروض أنه غير حاصل بمجرد الالتفات.

و أما الوجه الثالث: فيشكل بما عرفت من اختصاص عموم وجوب الوفاء بالعقد المنسوب إلى الأصيل، و الإجازة هي المصححة للنسبة، و الوصف الاعتباري- و هو التعقب بالإجازة و نحوه- لا يصحح النسبة، فالبناء على صحة العقد به خلاف ظاهر الأدلة. مع أن التعقب غير حاصل إلا بعد الإجازة، لأنه قائم بالمتعقب، و هو الإجازة.

و أما الوجه الرابع: فيشكل بأن ظاهر أدلة الصحة الترتب بين نفس الإجازة و الحكم بالصحة، فإن الحكم بوجوب الوفاء بالعقد المنسوب إلى الأصيل ظاهر في كون وجوب الوفاء مترتباً على النسبة، فلا يكون قبلها. و كذا

قوله (ع): «فإذا أجازته فهو له جائز» (١)

ظاهر في كون الجواز مترتباً على الإجازة، لا قبلها. هذا هو ظاهر تمام أدلة

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٧

.....

الصحة، و لا يتناسب مع جميع وجوه الكشف الحقيقي المذكورة.

و أما الكشف الانقلابي: فهو الذى يقتضيه ظاهر الأدلة، فإنه إذا تحققت لإجازة تحقق الحكم بصحة العقد و ترتب مضمونه من حينه، لا- من حين الإجازة، لما عرفت فى تقريب الاشكال على القول بالنقل، من أن الإجازة شرط فى الحكم بثبوت مضمون العقد، و مقتضى الحمل على المرتكزات العرفية يكون زمان المضمون هو زمان العقد، كما فى الأسباب العقلية، و إن لم يكن زمان المضمون مقيداً بزمان العقد.

و من ذلك يندفع إشكال شيخنا الأعظم (ره) على هذا النحو من الكشف بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه، بل مضمونه هو النقل مجرداً عن ملاحظة زمان خاص. فان ذلك مسلم، لكن لا ينافى ثبوت المضمون حين العقد، الذى يقتضيه إطلاق العقد بعد حمل دليل السببية بمقتضى الارتكاز على كونها بنحو السببية العقلية.

و أما ما أشكله ثانياً على هذا الوجه من أن وجوب الوفاء بالعقد إنما يصح تطبيقه بعد الإجازة، لاختصاص موضوعه بعقد المالك الأصيل، و الإضافة إلى المالك إنما تكون بالإجازة، فيكون وجوب الوفاء بالعقد حينئذ، فيمتنع ثبوت الملكية حين العقد، لأن الملكية إنما تنتزع من التكليف، و التكليف إنما يكون بالإجازة، فيمتنع اعتبارها قبلها حين العقد. ففيه:

أن ذلك إنما يقتضى كون اعتبار الملكية حين الإجازة، لا كون الملكية المعترية حين الإجازة، لجواز تأخر الاعتبار عن الإجازة، و تكون الملكية المعترية حين العقد سابقة على الاعتبار. مع أن دعوى كون الملكية منتزعة من التكليف بوجوب الوفاء ممنوعة. كيف؟! و الملكية موضوع لوجوب الوفاء، فان الوفاء الواجب هو العمل بمضمون العقد، الذى هو الملكية فى عقد البيع مثلاً، و الزوجية فى عقد النكاح .. و هكذا، فالملكية

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٨

.....

و الزوجية موضوع للوجوب، لا منتزعة منه.

و قد أشكل ثالثاً على هذا القول بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الإجازة، لأن 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. و لأجل هذا الاشكال جعل (قدس سره) الأنسب بالقواعد- بعد البناء على بطلان النقل- هو هذا المعنى من الكشف، و سماه الكشف الحكيمى. و فيه: أن ذلك يختص بما إذا كان الأثر حقيقياً. أما إذا كان اعتبارياً- مثل الملكية، و الزوجية، و نحوهما- فلا- مانع من ذلك، لجواز انتفاء سبب الاعتبار فى الزمان الأول، و وجوده فى الزمان الثانى. مثلاً- إذا شككنا فى طهارة ماء يوم الخميس، حكم بطهارته ظاهراً، و جاز استعماله فى الطهارة من الحدث و الخبث، فاذا قامت البيئنة بعد ذلك على نجاسته يوم الأربعاء، كان الماء فى يوم الخميس محكوماً بالنجاسة ظاهراً، فيكون الماء المذكور فى يوم الخميس محكوماً بطهارته ظاهراً فى وقت، و محكوماً بنجاسته فى وقت بعده.

فكذا العقد فى المقام غير محكوم بسببته للملكية فى وقت قبل الإجازة، و محكوم بسببته لها فى وقت آخر. بل لو تمّ الاشكال المذكور كان مانعاً من النقل أيضاً، لأنه حين وقوعه لم يكن سبباً للملكية، فلا ينقلب عما هو عليه بعد الإجازة. اللهم الا أن يدعى أنه

حين وقوعه سبب للملكية بعد الإجازة و إن لم يكن سبباً للملكية قبلها.

والذى يتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن أصول الأقوال فى المسألة أربعة: الكشف الحقيقى، و النقل، و الكشف الحكمى، و الكشف الانقلابى. (الثانى): أن الكشف الحقيقى هو المشهور. و قد اختلفت كلماتهم فى تقريبه، فالذى يظهر من جامع المقاصد و غيره: أن العقد هو

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٤٩٩

[مسألة (٢٢): الرضا الباطنى التقديرى لا يكفى فى الخروج عن الفضولية]

(مسألة ٢٢): الرضا الباطنى التقديرى لا يكفى فى الخروج عن الفضولية (١)، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد

السبب التام، و الإجازة لا-دخل لها فى سببته، و إنما لها الدخل فى الكشف عن ثبوت الأثر حينه. و المختار للمحقق الرشتى فى إجازته: أن الشرط هو الرضا التقديرى، و هو حاصل و الذى يظهر من جماعه، و حكاه شيخنا الأعظم عن غير واحد من معاصريه: ان الشرط هو الوصف الانتزاعى، و هو تعقب الإجازة و لحوقها. و الذى اختاره فى الجواهر: أن الشرط هو نفس الإجازة، لكنها بنحو الشرط المتأخر. (الثالث): أن الوجوه المذكورة للكشف الحقيقى مخالفة لمقتضى الأدلة. (الرابع): أن الذى يقتضيه النظر البدوى فى عمومات صحة عقد الفضولى هو النقل. لكن الارتكاز العرفى هو القرينة على حمل الأدلة على حصول الأثر حال العقد، لا حال الإجازة. و هو المراد من الكشف الانقلابى. و لا يتوقف البناء على ذلك على كون مضمون العقد هو التمليك من حينه، كى يشكل هذا القول بأن ذلك خلاف الواقع. (الخامس): ان استحالة خروج الشئ عما هو عليه لا مجال لها فى الأمور الاعتبارية. و لأجل ذلك لا داعى إلى رفع اليد عن ظهور الأدلة فى الكشف الانقلابى و حملها على الكشف الحكمى.

هذا و إن الذى يظهر من عبارة المتن هنا و فيما يأتى فى آخر المسألة الثانية و الثلاثين: هو الكشف الحقيقى، الذى قد عرفت أنه أضعف الوجوه، و أبعدها عن ظاهر الأدلة.

(١) لعموم الدليل على ذلك. و العمومات الدالة على اعتبار رضا المالك و إجازته لا تشمل الرضا التقديرى. نعم ذكر الفقهاء فى مبحث مكان المصلى و غيره: جواز التصرف بإذن الفحوى، المراد منها الرضا التقديرى لكنه يختص كلامهم بالتصرف الخارجى، و لا يشمل التصرف

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٠

إلا أنه كان بحيث لو كان حاضراً حال العقد كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة. بل لو كان حاضراً حال العقد و راضياً به، إلا أنه لم يصدر منه قول و لا فعل يدل على رضاه، فالظاهر أنه من الفضولى (١)، فله أن لا يجيز.

الاعتبارى الحاصل بالعقود و الإيقاعات.

(١) كما نسبه شيخنا الأعظم إلى ظاهر الأصحاب. لكنه قوى الاكتفاء بالرضا فى صحة العقد، و عدم الحاجة الى الإجازة، لعموم وجوب الوفاء بالعقود. لكن العموم غير ظاهر، بل الظاهر الاختصاص بالعاقدين الذين من شأنهم العقد و من وظائفهم، و لا يشمل غير العاقدين، و لا العاقدين الذين ليس من شأنهم العقد. نظير قوله تعالى (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) «١»، و قوله تعالى (وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذْ عَاهَدُوا) «٢»، فلا بد من كون العقد مضافاً الى المالك الأصيل، و الرضا النفسانى غير كاف فى هذه النسبة، بل لا بد إما من المباشرة، أو التوكيل، أو الاذن بالعقد اللاحق، أو الإجازة للعقد السابق. فالفرق بين الاذن و التوكيل و بين الإجازة- مع اشتراكها فى أنها مصححة للنسبة- أنهما يصححان نسبة العقد اللاحق، و الإجازة تصحح نسبة العقد السابق. و الرضا ليس من هذا القبيل، فان كثيراً من

العقود الحاصلة بين المالكين محبوبه لكثير من غيرهم، لحصول الأغراض لهم بذلك، و لا تكون منسوبة لهم بمجرد الرضا. و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال بمثل قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «٣»، و قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) «٤»

(١) الحج: ٢٩.

(٢) البقرة: ١٧٧.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) النساء: ٢٩.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠١

.....

فان منصرف الجميع ما ذكرنا، يعنى: البيع الصادر من أهله، و التجارة الصادرة من أهلها. و لا سيما و أن قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) «١» قرينه على ذلك، يعنى: التجارة من ذوى الأموال، لا- من الفضولى، و لا- مجال للاستدلال على ذلك بإطلاق التراضى، فإن الظاهر من التراضى ما يقابل الإكراه، و إلا فإن عقد المكره حاصل عن تراض. و كذلك كل عقد صادر من المختار لا يكون إلا عن تراض. فلا بد أن يحمل القيد على نفي عقد المكره، و إلا كان مؤكداً، و هو خلاف الظاهر.

و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال على ذلك

بقوله (ع): «لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيئة نفسه» «٢».

مضافاً الى أن السياق يقتضى اختصاصه بالتكليف، فلا يشمل ما نحن فيه. و أما ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه

«٣»، فالظاهر من الإقرار الإمضاء للعقد إنشاء، لا مجرد طيب النفس. و أما

رواية عروة البارقي المتضمنة: أنه دفع إليه النبى (ص) ديناراً، و قال: اشتر لنا به شاء للأضحى، فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما فى الطريق بدينار، فأتى النبى (ص) بالشاة و الدينار، فقال له رسول الله (ص): بارك الله تعالى لك فى صفقة يمينك «٤».

فالوجه فى جواز القبض و الإقباض فيها كما يمكن أن يكون لأجل خروج العقد عن كونه فضولياً، من جهة حصول الرضا النفسانى من النبى (ص)، يمكن أن يكون من جهة حصول العلم بكون عروة مفوضاً إليه هذه المعاملة و نحوها من قبل النبى (ص)، و الفعل

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلى حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمامة حديث: ١.

(٤) مستدرک الوسائل باب: ١٨ من أبواب نواذر عقد البيع حديث: ١، كنز العمال الجزء ٧ حديث: ٥١٩، سنن البيهقى الجزء: ٦ الصفحة: ١١١، ١١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٢

[مسألة ٢٣: إذا كان كارها حال العقد]

(مسألة ٢٣): إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم

مجمل لا يدل على أحد الأمرين بعينه.

و أما كلمات الأصحاب مثل قولهم في مقام الاستدلال على صحة الفضولي:

إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك، و قولهم: الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه لا يدل على الرضا، و نحوها من كلماتهم. فلا بد أن تحمل على الرضا الإنشائي لا مطلق الرضا. و إلا لم يكن وجه لاعتبار الإجازة، و لا للأبحاث التي ذكروها فيها، بل كان اللازم أن يكون العنوان الرضا.

و الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا بين العبد الذى عقد بغير إذن سيده، و بين غيره. و ما فى كلام شيخنا الأعظم (ره) من أنه لا إشكال فى عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد، لعدم تحقق المعصية له، التى هى مناط المنع فى الاخبار، كما يقتضيه ما فى الصحيح من قوله (ع): «إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده» (١).

فيه: أن المراد من معصية السيد عقده بغير إذنه، لا-العقد مع الكراهة، كما هو معنى المعصية عرفاً، حتى يكون الرضا كافياً فى رفع المعصية، إذ لازم ذلك صحة عقده مع غفلة السيد، لعدم الكراهة حينئذ، مع أنه لا ريب فى عدم صحة عقده حينئذ. و يشهد لذلك قوله (ع): «فإذا أجازته جاز»

(٢)، و لم يقل:

«فإذا رضى جاز»، أو «إذا لم يكره جاز».

و لأجل ما ذكرنا يتعين البناء على ما فى المتن، كما هو ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا فى صحة الفضولى الإجازة، و هى غير الرضا. و كأنه لأجل ذلك نسب شيخنا الأعظم (ره) كونه من الفضولى إلى ظاهر الأصحاب.

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث: ١.

(٢) تقدم فى ص: ٤٩٦ أن نص الحديث: «فإذا أجازته فهو له جائز».

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٣

يصدر منه رد له، فالظاهر صحته بالإجازة (١). نعم لو استؤذن فنهى و لم يأذن، و مع ذلك أوقع الفضولى العقد، يشكل صحته بالإجازة، لأنه بمنزلة الرد بعده (٢). و يحتمل صحته بدعوى الفرق بينه و بين الرد بعد العقد، فليس بأدون من عقد المكره (٣)، الذى نقول بصحته إذا لحقه الرضا.

و إن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال (٤).

[مسألة ٢٤: لا يشترط فى الفضولى قصد الفضولية]

(مسألة ٢٤): لا يشترط فى الفضولى قصد الفضولية (٥) و لا الالتفات الى ذلك. فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلًا.

(١) قد يظهر من شيخنا الأعظم (ره) فى التنبيه الثانى من تنبيهات القول فى الإجازة: أنه مسلم عند الأصحاب. و يقتضيه القواعد العامة، لأن قدح الكراهة فى الصحة خلاف عمومات الصحة.

(٢) هذه المنزلة غير طاهرة، بل هى واضحة المنع فى صورة عدم الإذن، فإنها خلاف عمومات الصحة من دون مخصص.

(٣) قد يقال: إنه أدون، من جهة أن عقد المكره كان صادراً بمباشرة المكره، فالنسبة إليه ظاهرة، بخلاف المقام.

(٤) الاشكال ضعيف. ولذا كان المشهور الصحة. و عن الحدائق:

دعوى الاتفاق عليها.

(٥) هذا مما لا ينبغي الإشكال فيه. و في الجواهر: القطع به، لإطلاق الأدلة. انتهى. و قد يقتضيه صحيح محمد بن قيس الوارد في بيع

ولد المالك جارية أبيه بغير اذنه

«١»، بناء على ظهور كون البيع لاعتقاد كونه ولياً على البيع كأبيه.

(١) الوسائل باب: ٨٨ من أبواب نكاح العيب و الإمام حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٤

و أوقع العقد، فتبين خلافه، يكون من الفضولي، و يصح بالإجازة.

[مسألة (٢٥): لو قال في مقام إجراء الصيغة: «زوجت موكلتي فلانة» مثلاً]

(مسألة ٢٥): لو قال في مقام إجراء الصيغة:

«زوجت موكلتي فلانة» مثلاً، مع أنه لم يكن وكيلاً عنها فهل يصح و يقبل الإجازة، أم لا؟ الظاهر الصحة (١).

نعم لو لم يذكر لفظ: «فلانة» و نحوه، كأن يقول:

«زوجت موكلتي» و كان من قصده امرأة معينة، مع عدم كونه وكيلاً عنها، يشكل صحته بالإجازة (٢).

[مسألة (٢٦): لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين]

(مسألة ٢٦): لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد (٣) دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث

الجنس، أو من حيث القلة و الكثرة؟

فيه إشكال.

(١) عملاً بعمومات الصحة من دون مقيد. و قد سبق في المسألة السابقة.

(٢) لعدم وقوع العقد عليها صريحاً، و لا ظاهراً. بل هو من قبيل العقد بالمجازات البعيدة، التي لا دليل واضح على صحة العقد بها.

(٣) قد تحقق أن العقد الوارد على الجملة ينحل الى عقود متعددة بتعدد الأبعاد. و لذا جاز تبعض الصفقة. كما أن العقد الوارد على

المشروط ينحل الى عقدين أحدهما وارد على المشروط، و الآخر وارد على الخالي عن الشرط. و لذا كان التحقيق أن بطلان الشرط

لا يقتضى بطلان العقد، و أنه يثبت الخيار بتخلف الشرط. و لأجل ذلك قد يدعى جواز إجازة العقد دون المهر، لان المهر بمنزلة

الشرط. لكن ظاهر الجواهر - فيما لو زوجها الولي بدون مهر المثل - التسالم على عدم جواز إجازة العقد دون المهر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٥

بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (١)، و هي ما إذا عين المهر على وجه آخر. كما انه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في

العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط.

(١) الصورتان تشتركان في عدم التطابق بين الإيجاب و القبول، و تختلفان في أن الأولى خالية عن تعيين المهر، و الثانية مشتملة عليه.

و الأول لا يوجب الاختلاف في البطلان. و الثاني إن أوجب شيئاً أوجب بطلان الشرط، لا بطلان العقد. فالجزم ببطلان العقد في الثانية دون الأولى غير ظاهر.

و مثله في الاشكال جزمه ببطلان الإجازة مع إلغاء 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، فالإجازة للعقد دون المهر تكون من الإجازة للعقد بدون الشرط.

و التحقيق أن عدم التطابق بين الإيجاب و القبول (تارة): يكون للاختلاف في موضوع العقد و ركنه، كما إذا زوجه زينب فزوجاً فأجاز في هند، أو باعه الفرس فأجاز في الحمار. و لا ينبغي التأمل في البطلان حينئذ، لانتفاء العقد بانتفاء موضوعه. (و أخرى): للاختلاف في الجزء و الكل مع تعدد الموضوع عرفاً، كما لو زوجه زينب و هنداً فأجاز في زينب دون هند، أو باعه الفرس و الحمار فأجاز في الفرس دون الحمار.

و لا مانع من إجازة أحد العقدين ورد الآخر. لتعدد العقد بتعدد الموضوع.

(و ثالثة): يكون للاختلاف بالجزئية و الكلية مع الاتحاد عرفاً، كما إذا باعه الفرس بدينار فأجاز في نصف الفرس بنصف دينار. لكن فرضه في باب النكاح غير ممكن. (رابعة): يكون للاختلاف في الشرط. و له صور، لأن الشرط (تارة): يثبت في العقد و يلغى في الإجازة، كما في الصورة الأولى. و مثلها أن يشترط الفضولي على الزوجة إرضاع ولد الزوج،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٦

.....

فتجيز العقد دون الشرط. أو يشترط الفضولي على الزوج أن لا يخرجها من بيت أبيها، فيجيز الزوج العقد دون الشرط. (و أخرى): لا يكون الشرط في العقد و يكون في الإجازة. (و ثالثة): يكون فيهما، لكن في الإجازة يلغى الشرط المذكور في العقد و يثبت غيره. و الظاهر في الجميع البطلان، لأن عدم التطابق يوجب انتفاء العقد، فلا أثر له.

و دعوى: انحلال العقد المشروط الى عقدين، أحدهما غير مشروط، و الآخر مشروط. و لذلك كان التحقيق أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان العقد، فيمكن تعلق الإجازة بالعقد غير المشروط. فيها: أن هذه الانحلال انضمامي و ارتباطي، لا استقلالي على وجه يقبل التفكيك، فإنه خلاف الوجدان في كثير من الموارد، إذ لا غرض إلا في المشروط، فكيف يصح إنشاء ما ليس بمشروط؟! و صحة العقد مع بطلان الشرط تحليل ادعائي، جرت عليه الأحكام عرفاً، لا على الحقيقة، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث الإجازة من هذا الشرح. فراجع. و لأجل ذلك لا يصح التفكيك في القبول، بحيث يتعلق القبول بذات المشروط من دون الشرط، أو ببعض الأجزاء دون بعض.

فان قلت: إذا باع العين على جماعة، فقبل أحدهم دون الآخرين، صح القبول في البعض. و كذا إذا باع العين المشتركة فضولاً، فأجاز بعض الشركاء دون غيره، صحت الإجازة في البعض دون البعض قطعاً.

فدل ذلك على إمكان التفكيك في القبول و الإجازة بين أجزاء العين الواحدة، و إذا جاز التفكيك في الأبعاض جاز في المشروط و الشرط بطريق أولى.

قلت: القبول من بعض دون بعض في الصورة الأولى ليس قبولا- لبعض الإيجاب، بل هو قبول لتمام الإيجاب. و كذلك إجازة بعض الشركاء في الصورة الثانية إجازة لنفس العقد، و إن كان لا يترتب الأثر بالنسبة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٧

(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر صحته (١)، و لزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلا. بل و كذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد و لكن لم يبلغه الخبر، على إشكال فيه (٢). و أما لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه ولياً، ففي لزومه بلا إجازة منه، أو من المولى عليه، إشكال (٣).

إلى الجميع إلا مع قبول الجميع، أو إجازة الجميع. فليس ذلك من التفكيك. و لذلك لم يصح القبول من كل واحد إذا كان مبنياً على التفكيك في الصورة الأولى، كما إذا قال: «قبلت بيع حصه منه بحصه من الثمن» فان ذلك أيضاً مانع من انعقاد العقد. و كذا الكلام في قبول الشروط دون الشرط. (١) لحصول الاذن من الموكل، المقتضية للصحة. نعم لو كانت الاذن مشروطة بالالتفات إلى الوكالة انتفت مع الغفلة عنها. لكنه خلاف المفروض.

(٢) لكنه ضعيف. لإطلاق الاذن - كما عرفت - المقتضية للصحة.

فما عن القاضي من أنه لا يصح تصرف العبد إذا لم يعلم بإذن سيده، و لا علم بها أحد. غير ظاهر. و دعوى: أن الاذن إذا لم يعلم بها أحد نظير الرضا التقديري، لا أثر لها. ممنوعه، إذ المفروض تحقق الإنشاء بالكتابة أو باللفظ، و الرضا التقديري لا إنشاء فيه. (٣) لاحتمال اختصاص نفوذ تصرف الولي بصورة التفاته الى ذلك، كما هو الظاهر في المالك، إذ أنه لا ينفذ تصرفه إذا لم يعلم أنه مالك، فلو باع الوارث مال أبيه معتقداً حياته، فتبين موت أبيه قبل البيع و أنه وارثه، توقفت صحة البيع على الإجازة منه. لكن هذا الاحتمال ضعيف، لأن ذلك خلاف إطلاق الاذن إذا كانت عريضة، كما في الوصي، و الوكيل، و خلاف إطلاق دليلها إذا كانت شرعية كما في ولاية الأب، و الجد، و السيد. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٨

[مسألة ٢٨: إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية]

(مسألة ٢٨): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية، فهل يصح و يلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه، أقواها: عدم الصحة، لأنه يرجع الى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً (١) فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في

فما في المتن من الفرق بين الوكيل و الولي - بالجزم بالصحة في الأول، و التوقف فيها في الثاني - ضعيف جداً. و بالجملة: فالمفروض الثلاثة المذكورة في هذه المسألة كلها بحكم واحد. و إن اختلفت بالخفاء و الوضوح.

(١) إن أريد بالجواز هنا ما يقابل اللزوم فالتعليل المذكور لا يقتضى البطلان، لأن اشتراط كونه جائزاً بهذا المعنى راجع الى اشتراط كونه جائزاً شرعاً، أو راجع الى اشتراط الخيار بالفسخ و الإمضاء. و الأول شرط باطل، لعدم كونه مقدوراً، و الثاني شرط صحيح. و على كلا التقديرين لا موجب لبطلان العقد في نفسه، لأن الشرط الفاسد غير مفسد، و شرط الخيار لا مانع منه في العقود اللازمة. و عدم صحته في عقد النكاح لا يقتضى بطلانه، كما تقدم في المتن.

و إن أريد من الجواز ما يقابل الصحة و النفوذ - فكأنه اشتراط أن لا ينفذ إلا بالإجازة. كما في عقد الفضولي - فهذا الشرط و إن كان لا يصح، لأنه غير مقدور، لكنه لا يقتضى 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». و حينئذ يكون البطلان من جهة التعليق.

لكن رجوع قصد الفضولية هنا الى اشتراط الجواز على أحد المعانى غير ظاهر. و لم يتقدم منه احتمال البطلان فى المسألة السابقة من جهة رجوع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٠٩

الإبقاء و العدم. و بعبارة أخرى: أوقع العقد مترلزلا.

[مسألة ٢٩: إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما]

(مسألة ٢٩): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (١)، و لا يجوز لهما بعد البلوغ رده، أو فسخه. و على هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٢). و أما إذا زوجهما الفضوليان، فيتوقف على

قصد الفضولية فيها الى اشتراط الجواز، و الفرق بين المسألتين غير ظاهر.

و بالجملة: فالمصنف (ره) لم يتضح مراده من الجواز مع كونه بصدد التوضيح بتكرار العبارة و التمثيل، كما لم يتضح وجه ما قواه من البطلان.

و التحقيق: أن إنشاء من له السلطنة على العقد- لكونه ولياً، أو وكيلًا، أو أصيلاً- إذا كان بعنوان الفضولية (فتارة): لا يكون منه إلا قصد العنوان الذى لا- واقع له، مثل أن يقصد كونه عريباً و هو عجمي، أو هاشمياً و هو غير هاشمي. و لا- ينبغى التأمل فى كون القصد المذكور لا- أثر له. (و أخرى): يكون قصده إنشاء أمر زائد على عنوان العقد، مثل أن يقصد أن لا- يترتب أثر على العقد إلا- بعد الإجازة، أو يقصد أن يكون له الخيار فى العقد، أو نحو ذلك. و هذا على قسمين: أحدهما:

أن يختص القصد بأحد المتعاقدين، بأن يكون من الموجب فقط، أو من القابل كذلك. الثانى: أن يكون من الموجب و القابل، بأن يكون الشرط مورد الإيجاب و القبول. ففى الأول يبطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول. و فى الثانى يصح العقد، و يبطل الشرط.

(١) تقدم ذلك فى المسألة الرابعة.

(٢) و فى الجواهر: «حتى على القول بالخيار، كما حكى عنه التصريح به. ضرورة عدم منافاته لتحقق موجب الإرث، الذى هو الزوجية».

و كأن ذلك إذا لم يختر الفسخ، و إلا فلا موجب للإرث، لانتفاء الزوجية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٠

إجازتهما بعد البلوغ (١)، أو إجازة وليهما قبله (٢). فان بلغا و أجازا ثبتت الزوجية، و يترتب عليها أحكامها من حين العقد، لما مر من كون الإجازة كاشفة (٣). و إن ردا، أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (٤). و إن بلغ أحدهما و أجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر، يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية (٥)، فان بلغ و أجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع فى الإرث، فإن حلف يدفع إليه. و إن لم يجز، أو

(١) إذا ولا ولاية لهما على نفسيهما قبل ذلك.

(٢) إذا ولا ولاية له بعده.

(٣) تقدم ذلك فى المسألة الواحدة و العشرين.

(٤) هذا لا كلام فيه- كما فى المسالك- لأنه مقتضى الأصول، و القواعد، و الصحيحة الآتية.

(٥) بلا خلاف ظاهر.

لصحيحة أبي عبيدة الحذاء قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن غلام و جارية زوجته وليان لهما و هما غير مدركين. قال: فقال (ع): النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار. فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال (ع): يجوز ذلك عليه ان هو رضى. قلت: فان كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال (ع): يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث، و نصف المهر. قلت: فان ماتت الجارية و لم تكن مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١١

أجاز و لم يحلف، لم يدفع، بل يرد إلى الورثة (١). و كذا لو مات بعد الإجازة و قبل الحلف (٢). هذا إذا كان متهما بأن إجازته للرجبة فى الإرث. و أما إذا لم يكن متهما بذلك

أدركت، أ يرثها الزوج المدرك؟ قال (ع): لا، لأن لها الخيار إذا أدركت قلت: فان كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك؟ قال (ع):

يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام. و المهر على الأب للجارية» (١).

و الاشكال على الصحيحة من جهة فرضها فى تزويج الوليين، مع أن تزويج الولي لا خيار فيه للمولى عليه بعد البلوغ، كما تقدم. يندفع: بلزوم حملها على الولي العرفي، كما قد يشهد به ما فى ذيلها من فرض تزويج الأب، و أنه لا خيار فيه للولد. و أما ما فيها من تنصيف المهر بالموت قبل الدخول. فلا يتوجه من أجله الإشكال على الصحيحة و إن كان هو خلاف المشهور، لأنه هو التحقيق الذى يقتضيه الجمع بين النصوص، كما أوضحناه فى محله. ثم إن مورد الصحيحة هو موت الزوج، و لكن الفتاوى عامة له و لموت الزوجة، بل الظاهر الإجماع على عدم الفرق، حتى بناء على كون الحكم على خلاف القواعد.

(١) كما يقتضيه الصحيح المتضمن اشتراط الميراث بالحلف.

(٢) قال فى القواعد: «فان مات بعد الإجازة و قبل اليمين فإشكال»، و فى المسالك: «و ربما احتل مع موته قبل اليمين ثبوت الإرث من حيث أنه دائر مع العقد الكامل». ثم قال: «و ليس بشيء، لأنه لو كان كذلك لم يتوقف على اليمين ابتداء»، و فى كشف اللثام: «انه أقوى، وفاقاً لفخر الإسلام، لمنع تمام الزوجية، فإنه بالإجازة الخالية عن التهمة».

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب ميراث الأزواج حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٢

- كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث، أو نحو ذلك- فالظاهر عدم الحاجة الى الحلف (١).

[مسألة ٣٠: يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية]

(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (٢)، من المهر، و حرمة الأم و البنت، و حرمتها- إن كانت هى الباقية- على الأب و الابن، و نحو ذلك. بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة (٣)، من غير حاجة الى الحلف. فلو أجاز و لم

(١) و في المسالك: جعل الأقوى اعتبار اليمين و إن لم تحصل التهمة، لأنها ليست علة تاممة في اعتباره، بل هي حكمة لا يجب اطرادها، عملاً بإطلاق النص و الفتوى. و وافقه على ذلك في الحقائق. لكن الظاهر من النص أن اليمين طريق الى نفي التهمة، فإذا انتفت التهمة لم يحتج إليها.

(٢) هذا مما لا إشكال فيه، لكونه ظاهر الصحيحة المتضمنة لثبوت الزوجية، و ترتيب بعض آثارها، كال ميراث و المهر.

(٣) فان الحكم الذى تضمنه النص جار على طبق القاعدة. و موت أحد الزوجين بين العقد و الإجازة لا- يوجب ارتفاع موضوع الإجازة، بناء على التحقيق من الكشف الانقلابى. إذ لا مانع من أن يحكم بتحقيق الزوجية حال العقد، و إن كان زمان الحكم بها بعد الإجازة و بعد موت أحد الزوجين بعد إجازته. و دعوى: أن الموت مانع من ثبوت الزوجية. مندفعة: بأن الزوجية المدعى ثبوتها بالإجازة، الزوجية حال العقد، و لا دليل على اعتبار استمرار الحكم بمضمون العقد من حين العقد الى زمان الإجازة فى صحة الإجازة، بل يكفى فى صحتها صحة ثبوتها حال العقد لا غير.

نعم ما تضمنه الصحيح من عدم استحقاق المهر و الميراث إذا لم تحلف على أن إجازتها لم تكن طمعاً فى المهر و الميراث، جار على خلاف القاعدة،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٣

يحلف مع كونه متهما لا يرث، و لكن يترتب سائر الأحكام.

[مسألة (٣١): الأقوى جريان الحكم المذكور فى المجنونين]

(مسألة ٣١): الأقوى جريان الحكم المذكور فى المجنونين (١) بل الظاهر التعدى إلى سائر الصور. كما إذا كان أحد الطرفين الولي و الطرف الآخر الفضولى، أو كان أحد الطرفين المجنون و الطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين

فيقتصر فيه على مورده، و هو المهر و الميراث، و يرجع فى غيره من الأحكام الى القواعد المقتضية الصحة و إن كانت الإجازة طمعاً فى المهر و الميراث، فتترتب تلك الأحكام بمجرد الإجازة و إن علم أنها كانت طمعاً فى المهر و الميراث، فضلاً عن صورة التهمة. لكن يظهر من المسالك و غيرها خلاف ذلك، كما يأتى.

(١) قال فى المسالك: «النص ورد فى تزويج الأجنبي للصغيرين.

فلو كانا كاملين فزوجهما الفضولى، ففى انسحاب الحكم إليهما وجهان: من تساويهما فى كون العقد فيهما عقد فضولى، و لا مدخل للكبر و الصغر فى ذلك. و من أن فى بعض أحكامه ما هو خلاف الأصل، فيقتصر على مورده. و هذا أقوى. و حينئذ فيحكم بطلان العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته و قبل إجازة الآخر، سواء قلنا إن الإجازة جزء السبب، أم كاشفة عن سبق النكاح من حين العقد. إما على الأول: فظاهر، لأن موت أحد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل، كما لو مات أحدهما قبل تمام القبول. و إما على الثانى: فلأن الإجازة وحدها لا تكفى فى ثبوت هذا العقد، بل لا بد معها من اليمين، و قد حصل الموت قبل تمام السبب.

خرج منه ما ورد فيه النص، و هو العقد على الصغيرين، فيبقى الباقي».

و نحوه ما عن شرح النافع. و فى القواعد: «و فى انسحاب الحكم فى البالغين إذا زوجهما الفضولى، إشكال. أقربه البطلان». و فى جامع المقاصد

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٤

كاملين، أو أحدهما بالغاً و الآخر صغيراً أو مجنوناً. أو نحو ذلك، ففى جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه- لعدم الحاجة الى الإجازة، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده- و بقى الآخر، فإنه يعزل حصة الباقي من الميراث الى أن يرد أو يجيز. بل الظاهر عدم

الحاجة الى الحلف فى ثبوت الميراث

ذكر فى وجه القرب ما سبق عن المسالك، ثم قال: «إنه المفتى به». و فى الحدائق: «الظاهر أنه المشهور بينهم. و هو الأنسب بقواعدهم».

أقول: مقايسة المقام بموت الموجب قبل القبول لا- تتم بناء على كون الإجازة كاشفة، سواء كان الكشف حقيقياً، أم حكماً، أم انقلابياً، إذ هى مع الفارق، فان موت الموجب قبل القبول مانع من انعقاد العقد و تماميته، فلا يمكن أن يترتب مضمونه بخلاف المقام، لتامية العقد، و إنما المنتظر هو الإجازة، فإذا حصلت ترتب الأثر. نعم مضمون العقد فى المقام- و هو 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 الإجازة اللاحقة، أو مع اليمين. فالإجازة و إن كانت جزء السبب، لكن الأثر يثبت قبلها بناء على الكشف. و مثل الإجازة اليمين مع الحاجة إليه من جهة الميراث و المهر.

والذى يتحصل أن الفرق بين الإجازة و القبول من وجهين. الأول:

أن القبول جزء مقوم للعقد، و الإجازة ليست كذلك. الثانى: أن القبول ناقل، يترتب مضمون العقد من حينه، و الإجازة كاشفة على ما عرفت.

و من ذلك يظهر جريان حكم الصغيرين إذا زوجهم الفضوليان فى غيرهما من سائر الصور المشتركة معها فى الجرى على مقتضى القاعدة. نعم فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٥

فى غير الصغيرين من سائر الصور. لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (١). و لكن الأحوط الإحلاف فى الجميع بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

[مسألة (٣٢): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين]

(مسألة ٣٢): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً، أو مجزئاً، و الطرف الآخر فضولياً و لم يتحقق إجازة و لا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة و بنتها، و أختها، و الخامسة، و إذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره. و بعبارة أخرى: هل يجرى عليه آثار الزوجية

المسالك فيما لو كان العاقد لأحد الصغيرين الولي و الآخر الفضولي فمات من عقد له الولي أولاً: أنه يجرى الحكم المذكور، للأولوية لأن الجائز من الطرفين أضعف حكماً من اللازم من أحدهما، فإذا ثبت الحكم فى الأضعف ثبت فى الأقوى بطريق أولى. و كذا إذا كانا بالغين، فأوقع أحدهما العقد لنفسه مباشرة، و الآخر زوجه الفضولى، فإنه أيضاً يجرى الحكم فيه للأولوية. بل قال: «يظهر منهم الجزم بالحكم فى هذا أيضاً. و هو متجه». لكن الأولوية غير ظاهرة.

(١) قد عرفت اختصاص الصحيح

«١» بصورة موت الزوج بعد بلوغه و إجازته، و بقاء الزوجة. لكن يجب التحدى إلى صورة موت الزوجة بعد بلوغها و إجازتها و بقاء الزوج، فى عدم استحقاق الإرث إلا بعد اليمين مع التهمة، لاتفاق الأصحاب على ذلك، كما يظهر من تحريرهم المسألة. أما بقية الصور فلم يثبت الاتفاق على اشتراط استحقاق إرث الثانى باليمين.

فيتعين فيها الرجوع الى القواعد المقتضية لترتب جميع الآثار بمجرد الإجازة فقط

(١) راجع صفحة: ٥١٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٦

و إن لم تجر على الطرف الآخر، أو لا؟ قولان (١)، أقواهما:

(١) قال في القواعد في فصل الأولياء: «و لو تولى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهرة. فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة. و الأخت، و البنت، و الأم، إلا إذا فسخت. على إشكال فى الأم» و فى كشف اللثام فى شرح العبارة، بعد قوله (ره): «الخامسة و الأخت» قال: «بلا إشكال، لصدق الجمع بين الأختين، و نكاح أربع بالنسبة اليه. و لا يجدى التزلزل». لكن فى القواعد فى مبحث المصاهرة:

«و هل يشترط فى التحريم لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟

نظر. فلو عقد عليه الفضولى عن الزوجة الصغيرة فى تحريم الأم قبل الإجازة، أو بعد فسخها مع البلوغ، نظر» فان هذا النظر لا يتناسب مع نفى الاشكال فى كلام كاشف اللثام.

و شيخنا الأعظم (ره) فى مسألة ما لو كان العقد بين الأصيل و الفضولى قال: «إن الذى يستفاد من كلام جماعة و ظاهر آخرين عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه». و اختاره بناء على المشهور فى معنى الكشف من كون الإجازة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فىكون موضوع و جوب الوفاء نفس العقد غير مقيّد بالإجازة. بل حتى لو علم بعدم الإجازة فإن الإجازة شرط لتأثيره، لا لوجوب الوفاء به، و مقتضى عموم و جوب الوفاء بالعقد لزومه على الأصيل و حرمة نقضه من جانبه.

لكن الاستدلال المذكور يتوقف على أمور: الأول: أن يكون المراد من و جوب الوفاء الحكم التكليفى، لا الإرشاد إلى ثبوت مضامين العقود. الثانى: أن يكون موضوع الوفاء نفس العقد، لا- موضوع العقد من بيع و نكاح و نحوهما، و لا- هو بلحاظ ترتب موضوعه. الثالث: أن يكون الرضا و الإجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالإضافة إلى الرضى، لا مطلقاً.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٧

.....

و هذه الأمور كلها محل نظر، و لا سيما الأولان، فلا مجال للاستدلال المذكور و توضيح ذلك يظهر بمراجعة كتاب (نهج الفقاهة) فى مبحث الفضولى.

فراجع. مضافاً الى النظر و الاشكال فيما ذكره من الفرق بين النقل و الكشف، و أنه على النقل تكون الإجازة دخيلة فى نفس العقد شرطاً أو شرطاً، و تكون على الكشف شرطاً فى تأثير العقد لا فى نفس العقد. إذ هو كما ترى غير ظاهر. و الفرق بينهما ليس فى هذه الجهة، بل من جهة أخرى، كما عرفت الإشارة الى ذلك فى المسألة الواحدة و العشرين.

و فى حاشية بعض مشايخنا (قده) فى المقام على قول المصنف: «أقواهما الثانى» قال: «بل الأول»، و ذكر فى درسه فى تقريب عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، أنه قد ملك التزامه، و انقطعت إضافته عن ماله، فيتعين عليه العمل على طبق التزامه. و فيه: أنه لم يتحصل لنا أن العقد بين الاثنين يقتضى تمليك كل واحد منهما التزامه لصاحبه زائداً على إنشاء مضمون العقد الذى هو الملتزم به، بل ليس مفاده إلا- إنشاء مضمونه و الملتزم به فقط. مضافاً الى أن المتملك لهذا الالتزام إن كان هو الطرف الأصيل، فلا مجال لهذا التملك قبل الإجازة، لعدم قبوله لهذا التمليك إلا بالإجازة. و إن كان هو الطرف الآخر الفضولى، فمقتضاه جواز التقابل بينهما و لو بعد إجازة المالك بلا رضا منه بذلك التقابل، لأن لزوم العقد على هذا المبنى من آثار تمليك الالتزام المذكور. بل مقتضاه أيضاً

عدم جواز التقايل بين الأصيلين بعد الإجازة إلا برضا الفضولى، لأنه الذى ملكك الالتزام. و هو كما ترى. و لأجل ذلك كان مقتضى التحقيق هو القول الثانى، و عدم الفرق بين الأصيل المباشر و الأصيل الذى ناب عنه الفضولى فى عدم ترتب آثار العقد الصحيح بالنسبة إليهما معاً قبل تحقق الإجازة من الثانى، فيجوز مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٨

الثانى، إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك (١)، الكاشفة عن تحققها من حين العقد. نعم الأحوط الأول، لكونه فى معرض ذلك بمجىء الإجازة. نعم إذا تزوج الأم أو البنت مثلاً ثم حصلت الإجازة كشفت عن بطلان ذلك.

[مسألة (٣٣): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا للعقد]

(مسألة ٣٣): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا للعقد و لم يجزه لا يترتب عليه شىء من أحكام المصاهرة،

لمباشر تزويج أخت الزوجة المعقود عليها، و تزويج أمها، و بنتها، و تزويج الخامسة. نعم إذا أجاز الطرف الآخر بطل العقد الثانى بناء على الكشف الانقلابى و الحكمى، و تبين بطلانه من أول الأمر بناء على الكشف الحقيقى.

(١) هذا يتم بناء على الكشف الحقيقى. أما بناء على الكشف الحكمى أو الكشف الانقلابى فلا مانع من التصرف قبل الإجازة و إن علم بتحققها، لعدم حصول الزوجية قبلها، فلا تترتب أحكامها. نعم إذا أجاز الأصيل بعد ذلك يحكم بتحقيق الزوجية من أول الأمر، و بطلان التصرفات المنافية، فيبطل بعد الإجازة 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 الحقيقى، و مقارن للإجازة بناء على الكشف الانقلابى و الحكمى. و أما مع الشك فى حصول الإجازة، فيحكم بصحة التصرف المنافى ما دامت الإجازة غير حاصلة. لكن الحكم المذكور ظاهرى بناء على الكشف الحقيقى، لأصالة عدم الإجازة، و واقعى بناء على الكشف الحكمى أو الانقلابى.

ثم إنه إذا قلنا بجواز فسخ الأصيل، و أن التصرفات المنافية فسخ فعلى، كانت مانعة من صحة الإجازة، لحصول الفسخ. لا أنه تصح الإجازة، و تبطل التصرفات.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥١٩

سواء أجاز الطرف الآخر، أو كان أصيلاً، أم لا. لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز، و تبين كونه كأن لم يكن. و ربما يستشكل فى خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) و هو فى غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح. و مجرد العقد لا يوجب شيئاً. مع أنه لا فرق بينه و بين نكاح البنت. و كون الحرمة فى الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثانى، لا ينفع فى الفرق (٢).

[مسألة (٣٤): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر]

(مسألة ٣٤): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز، لفوات محل الإجازة (٣). و كذا إذا زوج

(١) تقدم هذا الاستشكال فى عبارة القواعد المحكية فى شرح المسألة السابقة. و كأن وجه الاشكال - كما فى كشف اللثام -: أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه. ثم قال: فى كشف اللثام «و الأول أصح، فإن الأصح أن الإجازة إما جزء، أو شرط». و فى الجواهر:

«من الغريب ما سمعته من احتمال تحريم الأب، و الابن، و الأم، بمجرد صدور العقد فضولا، الذى تعقبه عدم الإجازة و لو من طرف

واحد، لاحتمال كون الفسخ من حينه، فإنه لا يقتضيه أصل، ولا قاعدة، ولا فتوى. بل يمكن تحصيل الإجماع بل الضرورة بخلافه». و ما ذكره في غاية من القوة.

(٢) يعنى: فيبنى على صحة العقد على البنت قبل الإجازة، كى يؤدي ذلك الى حرمة الأم وإن حصل الرد.

(٣) كما نص على ذلك شيخنا الأعظم (ره) فى مكاسبه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٠

رجل فضولا- بامرأة، وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها، أو بنتها، أو أختها، ثم علم. و دعوى: أن الإجازة حيث أنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثانى. كما ترى.

[مسألة ٣٥]: إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل، و زوجها الوكيل الآخر من آخر

(مسألة ٣٥): إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل، و زوجها الوكيل الآخر من آخر، فان علم السابق من العقدين

عليه المصنف (ره) فى حاشيته على ذلك بانصراف أدلة الفضولى عن شمول الفرض، فان لازمه جواز الإجازة و لو بعد مضى خمسين سنة. و الحكم ببطلان عقدها الذى عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات. انتهى.

و يمكن أن يقال فى وجهه: إن المرأة المذكورة فى المثال بعد أن صارت ذات بعل حرم عليها التزويج و لم يصح منها. و الإجازة العقد الفضولى تزويج، فلا يجوز لها، و لا يصح منها. و كذلك الحكم فى مثال الرجل الذى زوج فضولاً، فإنه إذا تزوج مباشرة أم الزوجة التى عقد عليها فضولاً، فإذا أجاز العقد الفضولى، فقد تزوج بنت زوجته، و لا يصح منه ذلك. و بالجملة: الإجازة لا تصح إلا إذا كان المجيز له سلطان عليها، و فى المثالين بعد وقوع التصرف المباشرى من المرأة و الرجل، خرجت إجازة العقد الفضولى عن سلطنة المجيز، فإنه لا يصح لذات البعل أن تزوج، و لا يصح لمن تزوج الأم أن يتزوج بنتها، و إطلاق ذلك يقتضى المنع حتى من هذا التزويج الحاصل بالإجازة.

و دعوى اختصاص ذلك بالتزويج اللاحق، و لا يشمل السابق، فان السابق يمنع اللاحق، و الإجازة فى المقام ليست تزويجاً لاحقاً، بل تزويج سابق، بناء على الكشف على أى وجوه كان. مدفوعة: بأن الممنوع عنه التزويج اللاحق إنشاءً، لا منشأً، و الإجازة لاحقة إنشاءً و إن كان المجاز هو التزويج السابق. فالمدار فى السبق و اللحق على الإنشاء، لا على المنشأ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢١

فهو الصحيح (١). و إن علم الاقتران بطلاً معاً (٢). و إن شك فى السبق و الاقتران فكذلك. لعدم العلم بتحقيق عقد صحيح، و الأصل عدم تأثير واحد منهما (٣). و إن علم السبق و اللحق، و لم يعلم السابق من اللاحق، فان علم تاريخ أحدهم حكم بصحته دون الآخر (٤). و إن جهل التاريخان فى المسألة وجوه. أحدها: التوقيف حتى يحصل العلم (٥).

(١) لعموم أدلة الصحة، التى لا تشمل اللاحق، لما عرفت من فوات شرط الصحة، و هو أن تكون خلية.

(٢) لبطلان الترجيح بلا مرجح.

(٣) لكن مع العلم بتاريخ أحدهما يتعين الحكم بصحته. لاستصحاب كونها خلية الى ما بعده الذى هو شرط صحته، و يتعين الحكم بصحة تزويجها بمورده، و هو حاكم على أصالة عدم ترتب الأثر، كما تقرر ذلك فى الصورة الآتية بعينها. و حينئذ لا فرق بين صورتين فى ذلك. و مجرد الفرق بينهما بالعلم بصحة أحدهما إجمالاً فى الصورة الآتية، بخلاف هذه الصورة. لاحتمال الاقتران،

الموجب لاحتمال بطلانها معاً. لا توجب الفرق بينهما في جريان الأصل المصحح لمعلوم التاريخ. غاية الأمر أن الأصل المصحح له في الصورة الآتية ينفي السبق فقط، و في هذه الصورة ينفي السبق و الاقتران معاً، فيتعين جعل الصورتين بحكم واحد.

(٤) لما عرفت من جريان أصالة عدم سبق الآخر عليه، الموجب لكونها خلية، يصح تزويجها. و لا يصح جريان ذلك في الآخر المجهول التاريخ، لما ذكر مراراً من عدم جريان الأصل في مجهول التاريخ.

(٥) حكاها في كشف اللثام عن المبسوط، و التحرير. و وجهه: العمل بالقواعد الأولية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٢

الثاني: خيار الفسخ للزوجة (١).

الثالث: أن الحاكم يفسخ (٢).

الرابع: القرعة (٣).

و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (٤). و كذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة و الآخر بأخرى، أو زوجه أحدهما بامرأة، و الآخر ببنتها، أو أمها، أو أختها.

(١) لم أقف عاجلاً على قائل به. و كأن وجه لزوم الضرر من هذه الزوجية، فيتدارك بالخيار، كما في المعاملة الغبية. لكن الضرر يلزم من ترتيب أحكام الزوجية، لا من نفس الزوجية.

(٢) جعله في القواعد الأقوى. لأن فيه دفع الضرر. و قد عرفت إشكاله بأن الضرر لازم من أحكام الزوجية، لا من نفسها. و لو سلم كان الأولى كون الفسخ للزوجة، كما في المعاملة الغبية، لا للحاكم.

(٣) احتمل ذلك في القواعد، و التذكرة.

(٤) لعموم ما دل على أن القرعة لكل أمر مشكل

«١». لكن في جامع المقاصد: أن القرعة لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام، و هي الأنكحة التي يتعلق بها الأنساب، و الإرث، و التحريم. و فيه:

أن ذلك يتم إذا لم يلزم محذور به يكون الأمر مشكلاً، و بدونه لا إشكال.

و لذا ورد الرجوع الى القرعة فيما لو نزا إنسان على واحد من قطيع الغنم و اشتبه. و لزوم المحذور في المقام ظاهر، لتراحم الحقوق من الطرفين، فيجب على الزوج الإنفاق و الوطاء في كل أربعة أشهر، و يجب عليها بذل نفسها لزوجه. و حينئذ يكون الأقوى ما ذكره المصنف. و قد تقدم في المسألة الثالثة و الأربعين من فصل المحرمات بالمصاهرة ما يمكن استفادة حكم المقام منه. و لأجل ذلك لم نتعرض هنا لتفصيل هذه الوجوه.

(١) تقدم التعرض لما يدل عليه في صفحة: ١٠٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٣

و كذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل و زوجها و كيلها من آخر، أو تزوج بامرأة و زوجته و كيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما. و لو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق، و قال الآخر:

لا أدري من السابق، و صدقت المرأة المدعى للسبق، حكم بالزوجية بينهما، لتصادقهما عليها (١).

(١) قال في القواعد: «و لو ادعى كل منهما الزوجية، فصدقه الآخر، حكم بالعقد، و توارثا». و في كشف اللثام: «و لزومهما أحكام

الزوجية ظاهراً، لانحصار الحق فيهما، وقد اعترفا به». و في جامع المقاصد:

«ذلك عندنا لعموم: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) .. الى أن قال: ولا- يعتبر عندنا كونهما غريبين. خلافاً للشافعي، حيث حكم بمطالبة البلديين بالبينه، وعدم ثبوت النكاح من دونها». و الاستدلال عليه بعموم:

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» غير ظاهر، لأن أحكام الزوجية التي يقصد ترتيبها قد تكون على وارثهما، أو على أجنبي عنهما، و من المعلوم أن العموم المذكور لا يصلح لإثبات ذلك. فإذا العمدة في الحكم المذكور الإجماع، المعتضد بالسيرة القطعية. و الله سبحانه و تعالى العالم العاصم، و هو حسبنا و نعم الوكيل.

إلى هنا انتهى الكلام في تنقيح و إصلاح شرح كتاب النكاح من كتاب (العروة الوثقى)، في النجف الأشرف، في جوار الحضرة المقدسة العلوية، على مشرفها أفضل الصلاة و السلام، ليلة الثلاثاء، خامس عشر شهر صفر المظفر، سنة ثمانين بعد الألف و الثلاثمائة هجرية. بقلم الفقير الى الله تعالى «محسن» خلف العلامة المرحوم السيد «مهدي» الطباطبائي الحكيم، قدس سره. و الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ* كما هو أهله، و الصلاة و السلام على نبيه الكريم، و آله الطاهرين، الغر الميامين.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٤

.....

بسمه تعالى نظراً الى أن هذه الرسالة الشريفة تشتمل على مسألة ذات بال، كثيرة الابتلاء، و لم تحرر قبل هذا على هذا الشكل أمر سيدنا- قدس سره- بنشرها ملحقه بكتاب النكاح من (مستمسك العروة الوثقى) ليعم نفعها. و الله سبحانه الموفق و المسدد.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* ما يقول مولانا حجة الإسلام و المسلمين آية الله العظمى في العالمين السيد محسن الحكيم دام ظله العالی. في رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقاً غير جامع للشرائط عندنا، و جامعاً للشرائط عندهم، ثم استبصر، و كذا إذا طلقها ثلاثاً بإنشاء واحد، فهل له الرجوع بزوجه بعد الاستبصار، أو لا؟ افتونا مأجورين، مع بيان الدليل على المسألة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* و له الحمد الظاهر في مفروض السؤال جواز الرجوع بزوجه المذكورة، و يقتضيه العمل بالأدلة الدالة على بطلان الطلاق الفاقد للشرائط المقررة عندنا، لعدم ما يوجب الخروج عنها، إلا ما قد يتوهم من دلالة النصوص على بينونة المرأة المذكورة إذا كان الزوج من المخالفين حسب ما يقتضيه مذهبه. لكن التوهم المذكور ضعيف. إذ النصوص الواردة في الباب على طوائف ثلاث:

الأولى: ما دل على قاعدة الإلزام. مثل

رواية عبد الله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن أبي حمزة: «أنه سأل أبا الحسن (ع) عن المطلقة على غير السنة أ يتزوجها الرجل؟ فقال (ع): أأزموهم من ذلك ما أأزموه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٥

.....

أنفسهم. و تزوجهن، فلا بأس بذلك» (١).

و من المعلوم أن جواز الإلزام أو وجوبه لا يدل على صحة الطلاق المذكور، و إنما يدل على مشروعية الإلزام بما أأزم به نفسه. و من الواضح أن الإلزام بذلك إنما يصح مع بقائه على الخلاف، لا- مع تبصره، فإنه مع تبصره لا يلزم نفسه بالطلاق و إنما يلزم نفسه بالزوجية، فلا يقتضى عدم مشروعية الرجوع بها.

و مثل هذه الطائفة ما تضمن الأمر بالتزويج، مثل

صحيح ابن سنان قال: «سألته عن رجل طلق امرأته لغير عده، ثم أمسك عنها حتى انقضت عدتها، هل يصلح لى أن أتزوجها؟ قال: نعم، لا تترك المرأة بغير زوج» (٢)

و ،

مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني إلى أبي جعفر (ع) في من حث بطلان امرأته غير مرة. قال (ع): «.. و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا، فاختلعا منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه» (٣)

و ،

رواية عبد الله بن طاوس فيمن يكثر ذكر الطلاق: «.. و إن كان من هؤلاء فأبناها منه، فإنه إنما عنى الفراق» (٤)

و ،

موتق عبد الرحمن البصرى عن أبي عبد الله (ع) قال: «قلت له: امرأة طلقت على غير السنة. فقال: تتزوج هذه المرأة، لا- تترك بغير زوج» (٥)

و ،

رواية عبد الله بن محرز الواردة في الأخذ بالتعصيب: «خذوا منهم كما يأخذون منكم فى سنتهم» (٦)

و ،

فى روايته الأخرى: «خذهم بحقك فى أحكامهم و سنتهم، كما يأخذون منكم فيه» (٧).

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ١.

(٤) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ١١.

(٥) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٣.

(٦) الوسائل باب: ٤ من أبواب ميراث الاخوة حديث: ١.

(٧) الوسائل باب: ٤ من أبواب ميراث الاخوة حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٦

.....

فإن الأمر بالتزويج، و الاختلاع، و الإبانه، و الأخذ، لا يدل على الصحة، بل من الجائر تشريع تزويج زوجة المخالف، فتخرج عن الزوجية بذلك، نظير استرقاق الكافر الذى هو حر قبل الاسترقاق، و حيازة المباح للملكية المباح قبل الحيازة، و استرقاق زوجة الكافر، فتكون أم ولد للمسترق، و إن كانت قبل ذلك زوجة للكافر. و من المعلوم أن ارتكاب ذلك فى مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط. بل هو مقتضى الجمع العرفى بين الأدلة الأولية و بين هذه النصوص، و

صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «سألته عن الأحكام. قال (ع):

يجوز على أهل كل ذوى دين ما يستحلون» (١)

، فان المقصود ليس نفوذ ذلك لهم، و إنما هو نفوذ ذلك لغيرهم، يعنى: إذا كان يستحل تزويج المطلقة ثلاثاً يجرى ذلك الاستحلال عليه لغيره، فيجوز تزويج مطلقته ثلاثاً، و إذا كان يستحل الأخذ بالتعصيب يجرى ذلك لغيره، فيجوز لغيره الأخذ

بالتعصيب. فالمقصود هو الحلية لغيره عليه، لا الحلية له على غيره.

و لذلك عبر (ع) بقوله:

«على أهل ..»

و لم يقل: «لأهل ..»،

فالجواز و الحل يكون لغيرهم عليهم، لا لهم على غيرهم. فليس فيه تنفيذ دين كل أهل دين، بل الإلزام لهم، و الإحلال لغيرهم عليهم. فالصحيح نظير: «الزموهم ..».

الطائفة الثانية: ما تضمنت اللزوم دون الإلزام، مثل ما

في رواية عبد الله بن طاوس المتقدمة: «قلت: أليس قد روى عن أبي عبد الله (ع) أنه قال: إياكم و المطلقات ثلاثاً في مجلس، فإنهن ذوات الأزواج؟ فقال:

ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم».

و

روايه عبد الأعلى عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل يطلق

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ميراث الاخوة حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٧

.....

امراته ثلاثاً. قال (ع): إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك» (١)

، بناء على أن المراد من الاستخفاف بالطلاق عدم اعتبار الشرائط فيه، و أن المراد لزوم ذلك له. و ربما يوجد بهذا المضمون غير هاتين الروايتين.

و دلالتها على صحة الطلاق أيضاً غير ظاهرة، فان اللزوم أعم.

و لا سيما بملاحظة لزوم التعارض بين تطبيقى الحديث فيما لو كان أحد الزوجين مخالفاً، و الآخر مستبصراً، فان المستبصر يدين بفساد الطلاق، و المخالف يدين بصحته، و لا يمكن الجمع بين الحكمين، لان الطلاق لا يقبل الوصف بالصحة و الفساد من جهتين، فلا بد أن يكون المراد مجرد الحكم على من دان منهما بما دان، فاذا تبصر المخالف و صاراً معاً متبصرين، كان مقتضى الحديث جواز ترتيب أحكام الزوجية منهما، لأنهما معاً يدينان بذلك.

الطائفة الثالثة: ما تضمنت تحريم المطلقة ثلاثاً على الزوج إذا كان يعتقد ذلك.

كرواية الهيثم بن أبى مسروق عن بعض أصحابه، قال: «ذكر عند الرضا (ع) بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال: أما انه مقيم على حرام. قلت: جعلت فداك كيف و هى امرأته؟ قال (ع):

لأنه قد طلقها. قلت: كيف طلقها؟ قال (ع): طلقها، و ذلك دينه، فحرمت عليه» (٢).

فان التحريم يقتضى نفوذ طلاقه. و هذه الرواية— مع ضعف سندها، و قصور دلالتها، لعدم تعرضه أن طلاقها كان على خلاف المشروع— لا تصلح لإثبات نفوذ الطلاق غير الجامع للشرائط إذا كان مذهب المطلق ذلك، لأن التحريم عليه أعم، كما عرفت فى دلالة الطائفة الثانية، فإن من الجائز أن يكون التحريم بما أنه دينه، و لو استبصر فصار دينه حلية الزوجة كانت له حلالاً، بل قوله (ع):

«و ذلك دينه»

ظاهر

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٧.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٨

.....

في ذلك، فيدل على التحليل لو استبصر. و مثل الرواية المذكورة

رواية محمد بن عبد الله العلوي قال: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن تزويج المطلقات ثلاثاً. فقال (ع) لى: إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم، و طلاقهم يحل لكم، لأنكم لا ترون الثلاث شيئاً، و هم يوجونها» (١).

و الذى يتحصل من هذه الأخبار: لزوم العمل على من تدين بدينه على حسب دينه، و جواز إلزامه بذلك و كلا الأمرين لا يقتضيان التحريم فى مورد السؤال المذكور. نعم

فى صحیحة محمد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت الرضا (ع) عن ميت ترك أمه، و اخوة، و أخوات، فقسم هؤلاء ميراثه، فأعطوا الأم السدس، و أعطوا الاخوة و الأخوات ما بقى.

فمات بعض الأخوات، فأصابنى من ميراثه. فأحببت أن أسألك هل يجوز لى أن آخذ ما أصابنى من ميراثها على هذه القسمة، أم لا؟ فقال: بلى.

فقلت: إن أم الميت- فيما بلغنى- قد دخلت فى هذا الأمر، أعنى:

لدين. فسكت قليلاً. ثم قال (ع): خذه» (٢).

فقد يتوهم منها أن الاستبصار لا يوجب تغير الحكم. و فيه: أنه لا ريب فى أن مقتضى قاعدة الإلزام جواز أخذ الأخوات من الأم إلزاماً لها بما تدين. و بعد الأخذ و التملك لا يستوجب الاستبصار تبدل الحكم، فان من تزوج المطلقة ثلاثاً على غير السنة كان تزويجه صحيحاً، و تخرج به عن الزوجية للمطلق، فاذا استبصر لا يبطل التزويج الثانى. و كذا إذا أخذ الأخ بالعصبه، فاستبصرت البنت، أو الأم، أو الأخوات، لا يوجب استبصارهن رجوع المال الى ملكهن. غاية الأمر أن مفاد الرواية عموم القاعدة لإلزام المخالف المخالف الآخر، و لا تختص بإلزام الموافق للمخالف، لا غيره. و لا مانع

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٩.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب ميراث الأخوة حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٢٩

.....

من الالتزام بعموم الإلزام، كما يقتضيه خبر عبد الله بن طاوس المتقدم

، بل و صحيح محمد بن مسلم المتقدم

، كما يظهر بالتأمل فيه.

ثم إنه

قد روى عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع):

«أنه قال: إياكم و ذوات الأزواج المطلقات على غير السنة. قال: قلت له: فرجل طلق امرأته من هؤلاء و لى بها حاجة. قال: فيلقاه بعد ما طلقها و انقضت عدتها عند صاحبها، فيقول له: أطلقت فلانة؟ فإذا قال: نعم فقد صارت تطليقة على طهر. فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضى عدتها، ثم تزوجها و قد صارت تطليقة بآئنه» (١)

، و نحو ذلك رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع)

(٢). و ظاهرهما عدم جواز الإلزام بما التزم به لكن تضمنت صحة الطلاق بقول الزوج:

«نعم» بعد السؤال منه: هل طلقت زوجتك فلانة؟ و مثلها فى ذلك غيرها. و هى مهجورة عند الأصحاب، و إن عمل بها جماعة. و من ذلك تعرف أن الطلاق الواقع منهم ليس صحيحاً، و إنما اقتضى إلزامهم به بما أنه مذهبهم، فإذا تبصرنا خرج عن كونه مذهبهم، فلا موجب للإلزام به.

و قد يستدل على ذلك

بـرواية على بن سويد عن أبي الحسن موسى (ع) فى حديث: «أنه كتب إليه يسأله عن مسائل كثيرة. فأجابه بجواب هذه نسخته: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

.. الى أن قال:

و سألت عن أمهات الأولاد، و عن نكاحهم و طلاقهم. فأما أمهات الأولاد فهن عواهر الى يوم القيامة، نكاح بغير ولى، و طلاق فى غير عدة. فلما من دخل فى دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله، و يقينه شكه» (٣)

، بناء على أن المراد

(١) الوسائل باب: ٣٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٣١ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ٢.

(٣) روضة الكافي الجزء: ٨ الصفحة: ١٢٥ طبعة إيران الحديثية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٠

.....

منه أن الاستبصار يهدم ما قبله. فالتحريم الثابت للمطلق ثلاثاً يتبدل بالتحليل. لكن لا يخلو عن إشكال و غموض، لعدم وضوح رجوع هذه الفقرة الى ما ذكر، بل من المحتمل رجوعها إلى مسألة أخرى غير هذه المسألة، فلا تنفع فيما نحن فيه.

و يعضد ظاهر النصوص المذكورة ما هو ظاهر الفقهاء - قدس سرهم - من الإجماع على عدم توارث المسلمين بالسبب الفاسد، و إن كان صحيحاً بنظر المتوارثين. فمن تزوج أمه من الرضاعة لا يرثها، و إن كان مذهبها صحة التزويج. نعم اختلفوا فى توارث المجوس، و المنسوب الى أكثر المتأخرين عدم توارثهم بالسبب الفاسد. و قيل بالتوارث به بينهم. و نسب إلى جماعة من القدماء و المتأخرين. أما فى توارث المسلمين فلا خلاف عندهم فى عدم صحة السبب إذا كان مخالفاً للواقع، و إن كان صحيحاً بنظر المتوارثين.

و مقتضى ذلك عدم الخلاف فى توارث الزوجين المذكورين، و إن اعتقدا صحة طلاق الثلاث، فكيف إذا عدلا عن هذا الاعتقاد الى اعتقاد بطلان طلاق الثلاث؟! و الموثق: «لكل قوم نكاح»

(١)، لا بد أن يكون محمولاً على صحة النسب، لأن المتولد من وطء الشبهة كالمتولد من الوطء بالعقد، يصح انتسابه الى الواطئ و الموطوء شرعاً و عرفاً. بل لو لا- النص على نفى ولد الزنا كان اللازم البناء على صحة انتسابه إلى الزانى و المزنى بها، فيكون دليل

النفي هو المانع من صحة الانتساب، وهو غير موجود في وطء الشبهة. ومن ذلك تعرف أن البناء على جواز الرجوع في المسألة ينبغي أن يكون مما اتفق عليه ظاهر النصوص والفتاوى، وإن كانت المسألة غير محررة في كلماتهم بالخصوص. ومما يتفرع على ذلك: أن المستبصر إذا تزوج امرأة من المخالفين فطلقها

(١) الوسائل باب: ٨٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

[كتاب الوصية]

إشارة

كتاب الوصية

[فصل في أحكام الوصية]

إشارة

وهي إما مصدر «وصى يوصى» بمعنى الوصل (١)، حيث أن الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة وإما اسم مصدر بمعنى العهد من «وصى يوصى توصية»

الطلاق الثلاث غير الجامع للشرائط بحسب مذهبنا، لم تخرج عن الزوجية، و جاز له مراجعتها. فإذا مات كان عليها عدة الوفاة، ولا يجوز تزويجها في العدة. وليس لها المطالبة بالميراث، عملاً بقولهم (ع): «ألزموهم ..»

. ولو لم ترض الزوجة بالرجوع إلا بعقد جديد فالحكم كذلك. ومما يشهد لما ذكرنا ما ورد في المجوسى إذا أسلم على سبع أنه يمسك أربعاً، و يطلق ثلاثاً

«١». فإنه ظاهر في أن إقراره على دينه و نفوذ ما يعتقد عليه يختص بما قبل الاستبصار. أما بعده فيجرى عليه الحكم الأولى. والله سبحانه و تعالى العالم. وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ*

(١) قال في المبسوط: «الوصية مشتقة من وصى يوصى، وهو من الوصل، قال الشاعر:

نصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمه يشق أنصافها السفر

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

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٢

هو معناه يصل تصرفه بما يكون بعد الموت ما قبل الموت، ونحوه ما في السرائر، غير أنه نسب البيت إلى ذى الرمة، كما نسبه إليه أيضاً الجوهري في الصحاح، وفي التذكرة في الوصية: «هي مشتقة من قولهم:

وصى إليه بكذا يصيه صيئاً، إذا وصل به. و أرض و اضية متصلة النبات فسمى هذا التصرف وصيئاً، لما فيه من وصلة القرية بعد الموت بالقربات المنجزة في الحياة، فكأنه وصل تصرفه في حياته بتصرفه بعد مماته»، ونحوه في جامع المقاصد. و عن بعض أهل اللغة. و ظاهرهم الجزم بأن الوصية مأخوذة من الثلاثي بمعنى الوصل. و في الروضة: «الوصية مأخوذة من وصى يصى، أو أوصى يوصى، أو وصى يوصى. و أصلها الوصل، سميت به لما فيه من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة»، ونحوه في الرياض. و ظاهرهما التردد في أن الوصية مأخوذة من الثلاثي أو من الرباعي، و تبعهما على ذلك المصنف.

لكن الذى يظهر من الصحاح و القاموس أن الثلاثي بمعنى الوصل لا غير، و الرباعي سواء كان مضاعفاً- كوصى توصية- أم مهموزاً- كأوصى إيضاء- بمعنى العهد لا غير. و الوصية لا تكون إلا بالمعنى الثانى كما هى كذلك فى القرآن المجيد، مثل قوله تعالى (وَصِيَّةٌ لِّأَزْوَاجِهِمْ) «١» و (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) و (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تُوَصَّوْنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ) «٢»، و غير ذلك، فلم تذكر الوصية إلا بمعنى العهد بقرينة السياق، فهى اسم مصدر للإيضاء أو التوصية، لا مصدر «وصى يصى» فإن مصدره «الوصى» و لم يذكر الوصية مصدراً له فى القاموس و الصحاح، و إنما ذكر المصدر

(١) البقرة: ٢٤٠.

(٢) النساء: ١١، ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٣

.....

و هو الوصى لا غير.

و من ذلك يظهر ضعف التردد من المصنف و من سبقه فى مبدأ اشتقاق الوصية، و المتعين الجزم بالثانى، كما هو كذلك فى القرآن المجيد. و أما ما ذكره الشيخ و من وافقه فمرادهم أن الرباعي مأخوذ من الثلاثي، كما أشار إلى ذلك فى الروضة و الرياض أيضاً، لا أن الوصية اسم مصدر ل «وصى يصى»، و إلا- فهو ممنوع، كما عرفت. و إن كان الأول أيضاً محل إشكال، كيف و الرباعي أيضاً بمعنى العهد لا غير، كما يظهر من موارد الاستعمال فى القرآن المجيد، مثل قوله تعالى فى سورة الأنعام (إِذْ وَصَّيْنَاكُمْ بِاللَّهِ بِهَذَا) «١» و فيها أيضاً: (ذَلِكَم وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ .. ذَلِكَم وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) «٢»، و فى غيرها من السور (وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ) «٣» (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسِينًا) «٤». (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ) «٥» (وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى) «٦» (وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ) «٧» (أَتَوَاصَوْا بِهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ طَاغُونَ) «٨» .. إلى غير ذلك من الموارد التى ذكر فيها الإيضاء و التوصية فى الكتاب و السنة و العرف العام مما لا يحصى، من

(١) الأنعام: ١٤٤.

(٢) الانعام: ١٥١، ١٥٢، ١٥٣.

(٣) النساء: ١٣١.

(٤) العنكبوت: ٨.

(٥) لقمان: ١٤.

(٦) الشورى: ١٣.

(٧) مريم: ٣١.

(٨) الذاريات: ٥٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٤

أو «أوصى يوصى إيصاء». وهي إما تمليكية أو عهدية (١) وعبارة أخرى: إما تملك عين أو منفعة، أو تسليط على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه. و تنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

دون ملاحظة الوصل بين شيئين، فضلا عن الحياة و الممات.

و المتحصل مما ذكرنا أمران: (الأول): أن الوصية مأخوذة من الرباعي اسم مصدر، لا مصدر للثلاثي، و لا اسم مصدر له، و لا ترتبط به. (الثاني): أن الرباعي و الثلاثي مادتان متباينتان ليس بينهما أى نوع من الاشتقاق، الثلاثي بمعنى الوصل و الرباعي بمعنى العهد مطلقاً.

هذا بحسب اللغة و العرف العام، و أما بحسب عرف الفقهاء و المتشعبة فالوصية هي العهد في حال الحياة بما بعد الوفاة. و الوجه في هذا الاصطلاح ليس هو ملاحظة وصل الممات بالحياة، بل المتابعة للقرآن المجيد، حيث عبر عن العهد المذكور بالوصية، مثل ما تقدم و قوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ ..) «١»، و قوله تعالى (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ) «٢» و غير ذلك، فهذا التعبير عن العهد الخاص بالوصية هو الذى دعا إلى الاصطلاح المذكور. فلا تستعمل الوصية في عرف الفقهاء و فى عرف المتشعبة إلا بالعهد الخاص.

(١) قال فى الشرائع: «و هي (يعنى: الوصية) تملك عين أو منفعة بعد الوفاة»، و نسب ذلك إلى أكثر الأصحاب. و يشكل: بأنه غير جامع لخروج الوصية بالولاية على الثلث، و بالولاية على الأطفال و المجانين الذين

(١) البقرة: ١٨٠.

(٢) البقرة: ٢٤٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٥

.....

تجوز له الوصية عليهم، مع أنها من الوصية. و لذلك أضيف إليه فى النافع و غيره قوله: «أو تسليط على تصرف بعد الوفاة»، بل فى النافع و عن التذكرة زيادة قيد المجانية، لإخراج الوصية بالبيع و التملك المعاضى لكن ادعى فى الجواهر انصراف التملك فى التعريف إلى المجانى، فلا يحتاج إلى القيد المذكور. و لا يخلو من تأمل.

و فى المسالك: «و ينتقض فى عكسه أيضاً بالوصية بالعتق، فإنه فك ملك لا تملك للعبد نفسه. و كذلك التدبير على القول بأنه وصية- كما ذهب إليه الأكثر- و الوصية بإبراء المديون و بوقف المسجد، فإنه فك ملك، و بالوصية بالمضاربة و المساقاة، فإنهما و إن أفادا ملك العامل للحصة من الربح و الثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح و لا ثمرة، فينتفى التملك».

و فيه: المنع من صحة الوصية بما ذكر عدا التدبير، الذى دل عليه الدليل. و أما غيره مما ذكر فلا دليل على صحة الوصية فيه، للإجماع على بطلان الإنشاء المعلق، بلا فرق بين أن يكون المعلق عليه الموت و غيره، فلا يصح الوقف المعلق على الموت، و لا الإبراء المعلق

على الموت ولا المضاربة و المساقاة كذلك. و دعوى: اختصاص مانعية التعليق بالبيع المعلق على غير الموت- كما فى الجواهر- غير ظاهرة، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم فى وجه مانعية التعليق. فلاحظه.

و مثلهما ما فيها من دعوى كون الوجه فى بطلان البيع المعلق على الموت عدم صدق الوصية عليه، لانصرافها الى التملك المجانى، فالمرجع فيه أصالة عدم ترتب الأثر. إذ فيها: أنه يكفى فى الصحة صدق البيع و عمومات صحته بعد أن لم يكن التعليق على الموت مانعاً عن صحته، كما ادعاه مضافاً إلى أن عمومات صحة الوصية و لزوم العمل بها- كما عليه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٦

[(مسألة ١): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول و كذا الوصية بالفك، كالتق]

(مسألة ١): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول (١) و كذا الوصية بالفك، كالتق. و أما التملكية فالمشهور على

الأصحاب، المستفاد من قوله تعالى (فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعِيدٌ مَّا سَمِعَهُ فَأَتَمَّا إِنَّهُ عَلَى الَّذِينَ يُدُلُّونَهُ) «١» بملاحظة الاستشهاد به فى بعض النصوص على لزوم العمل بالوصية فى غير مورده- كافيته فى دعوى الصحة. و لا وجه لدعوى اختصاص العموم بالتملك المجانى، كما سبق. بل لا وجه لاختصاصه بالتملك، إذ لا موجب لهذا التخصيص، فى شمل جميع أنواع الإيقاعات و العقود. و لأجل عدم بنائهم على ذلك يتضح أن الوجه فيه هو التعليق الممنوع إلا فيما دل الدليل على خلافه، و هو التملك المجانى، و التسليط على التصرف- المعبر عنه بالوصاية- و التدبير، و المضاربة بمال الصغير، و غير ذلك مما دل عليه الدليل بالخصوص و عمل به الأصحاب.

(١) هذا مما لا ينبغى الإشكال فيه، و إن كان المحكى عن القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها: أنها عقد، و فى الحدائق: أنه المشهور فى كلامهم، بل ظاهرهم الاتفاق عليه. انتهى. لكنه غير ظاهر، بل فى الجواهر: أنها بهذا المعنى ليست من العقود قطعاً، بل ضرورة. انتهى.

و يقتضيه ما دل على وجوب العمل بالوصية على الموصى إليه إذا لم يرد أو إذا رد و لكن لم يبلغ الموصى الرد، فان ذلك ينافى اعتبار القبول تنافياً ظاهراً. و من ذلك تعرف منافية بناء المشهور على ذلك مع بنائهم على كونها عقداً. و لأجل ذلك قال فى الدروس: «و على ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الرد لا عبرة بقبول الوصى و عدمه، بل العبرة بعدم الرد الذى يبلغ الموصى فإن حصل و إلا ألزم».

(١) البقرة: ١٨١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٧

أنه يعتبر فيها القبول (١) جزءاً. و عليه تكون من العقود. أو شرطاً- على وجه الكشف أو النقل- فىكون من الإيقاعات.

(١) الذى يظهر من المسالك فى تحرير المسألة هو أن القبول جزء أو شرط لانتقال المالك إلى الموصى له من حينه، أو جزء أو شرط لانتقال الملك إلى الموصى له و لو من حين العقد، أو أنه لا دخل له فى انتقال الملك بل ينتقل الملك بمجرد الموت، لكنه مترزل، فاذا حصل القبول استقر.

فيه أقوال ثلاثة. نسب الأول فى المسالك إلى العلامة فى المختلف، و نسب أيضاً إلى المحقق فى الشرائع و جماعه. و فى المسالك: نسب الثانى إلى الأكثر، و نسبه غيره إلى المشهور. و فى كلام شيخنا الأعظم أنه مخالف لإطلاق المشهور. بل كل من جعله عقداً. و القول الثالث محكى عن موضع من المبسوط، و قد يظهر من عبارة الخلاف، و قد يحكى عن ابن الجنيد أيضاً.

لكن في موضع من المبسوط ضعفه، و جعل الأقوى الأول.

و يظهر من تحرير المسألة على ما ذكر أن الاحتمالات خمسة: كون القبول شرطاً ناقلاً، و كونه شرطاً كاشفاً، و كونه جزءاً ناقلاً، و كونه جزءاً كاشفاً، و كونه شرطاً في استقرار الملك و لا دخل له في ثبوته. و القول بشرطية القبول كاشفاً أو ناقلاً لم يعرف قائله، و إن استظهره شيخنا من عبارة الشرائع: «و ينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى و قبول الموصى له»، لأن الموت شرط قطعاً، فسياق القبول مساقه يقتضى كونه شرطاً أيضاً. و فيه تأمل. و الاحتمالات الثلاثة الأخرى قد عرفت القائل به. و المصنف (قده) حرر المسألة على شكل آخر، و لم يتعرض للقول الثالث و ذكر احتمالاً أو قولاً آخر و اختاره، و هو عدم دخل القبول في الملك و لا في استقراره، بل الرد مانع عنه، فإذا لم يقبل الموصى له و لم يرد ثبت الملك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٨

.....

هذا و كأن الوجه في جزئية القبول ما طفحت به عباراتهم من كون الوصية التملكية من العقود مما يظهر منه أنه إجماعى. و يشكل بما ذكره من اعتبار التوالى بين الإيجاب و القبول، و أن موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فكيف يصدق العقد في المقام؟ و يظهر من شيخنا الأعظم: أن الوجه فيه أصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول. و فيه - مع أنه لا يقتضى الجزئية بل ما هو أعم منها و من الشرطية-: أنه لا مجال للأصل مع الدليل، و هو إطلاقات نفوذ الوصية و صحتها. و دعوى:

أنها مسوقة لبيان حكم الوصية بعد إحراز ما يعتبر فيها من شرائط الموصى و الموصى له و الموصى به. فيها: أن ذلك خلاف إطلاقها. و لا- سيما بعد قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا..) «١» الظاهر في استثناء ذلك من عموم حرمة التبديل و نفوذ الوصية، فإن الاستثناء دليل العموم، نظير

قوله (ع): «الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حلل حراماً أو حرم حلالاً» «٢»

فان الاستثناء فيه دليل على عموم القابلية. فلاحظ.

و من ذلك أيضاً يظهر ضعف ما عن غير واحد من أن الوجه فيه أنه خلاف قاعدة السلطنة على النفس. إذ فيه أيضاً أنه لا يقتضى الجزئية بالخصوص و أن عموم نفوذ الوصية مقدم على القاعدة، و إن كان بينهما عموم من وجه، و الأصل في مورد المعارضة بينهما هو التسايط و الرجوع إلى دليل آخر، لاختصاص ذلك بما إذا لم يظهر لأحد الدليلين خصوصية تستدعى التقديم كما في المقام، و من ذلك يظهر لك دليل شرطية القبول و ضعفه أيضاً. فإذا القول بعدم جزئية القبول أو شرطية أقوى.

(١) البقرة: ١٨٢.

(٢) مستدرک الوسائل باب: ٣ من أبواب الصلح حديث: ١، الوسائل باب: ٣ من أبواب الصلح حديث: ٢. مع اختلاف يسير في متن الحديث.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٣٩

و يحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعاً (١)، و عليه تكون من الإيقاع الصريح. و دعوى: أنه يستلزم الملك القهرى، و هو باطل (٢) في غير مثل الإرث. مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلاً، و مقتضى عمومات الوصية ذلك. مع أن الملك القهرى موجود في مثل الوقف.

[مسألة (٢): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاة الموصى بلا إشكال]

(مسألة ٢): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاة الموصى بلا إشكال (٣)، وقبل وفاته على الأقوى (٤). ولا وجه لما عن جماعة (٥) من عدم صحته حال الحياة، لأنها تمليك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل

(١) في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه» وتكرر في كلام شيخنا الأعظم دعواه الإجماع عليه، وفي الحدائق: «ظاهرهم الاتفاق عليه». وهذا هو الدليل عليه، وإلا فإطلاق الأدلة مانع عنه أيضاً.
 (٢) لما عرفت من كونه خلاف قاعدة السلطنة، أو لكونه عديم النظر. والأول عرفت الجواب عنه، والثاني إشكاله ظاهر، لعدم صلاحيته لإثبات حكم في مقابل الأدلة.
 (٣) في المسالك: «حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقبل بعد وفاة الموصى فلا إشكال في اعتبار قبوله» وفي الحدائق: أنه لا إشكال ولا خلاف فيه.
 (٤) نسبة في المسالك إلى الأكثر.

(٥) منهم العلامة وجامع المقاصد، قال الأول في القواعد: «وتفتقر إلى إيجاب .. (إلى أن قال): وقبول بعد الموت. ولا أثر له لو تقدم ..». وعلله في الثاني: بأنه لو قبل في حال الحياة لم يطابق القبول مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٠
 الوصية، فلا محل له، ولأنه كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفیان حال الحياة. إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل، فيمكن القبول المطابق له. والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه، فهما في القبول بعد الموت، لا مطلقاً.

[مسألة ٣: تنسيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات]

(مسألة ٣): تنسيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات

الإيجاب. فإن قيل: المراد بقبوله التملك بعد الموت. قلنا: ما قبل الموت لما لم يكن متعلق الإيجاب وجب أن لا يعتد بالقبول الواقع فيه، كما لو باعه ما سيملكه فقبل. ولأن القبول إما كاشف أو جزء السبب، على كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت، أما إذا جعل كاشفاً فلأن الكاشف عن الملك وجب أن يتأخر عنه، ويمتنع الملك قبل الوفاة. وأما إذا جعل جزء سبب فلأنه إذا تم العقد وجب أن يترتب عليه أثره، وهو هنا ممتنع قبل الموت. ولقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يكون شرطاً لحصول الملك بالعقد؟ كالبيع، فإنه لا يثمر الملك إلا بعد انقضاء مدة الخيار على رأى الشيخ. وجوز ابن إدريس القبول قبل الموت وبعده، ويلوح من الدروس اختياره. ومختار المصنف (ره) أقوى .. إلخ.

والاشكال عليه - كما ذكره المصنف - ظاهر، بل من العجيب التفكيك بين الإيجاب والقبول، بحيث يصح الإيجاب، ولا يصح القبول المتعلق به، مع أن القبول هو الرضا بمضمون الإيجاب، فإذا جاز التعليق في الإيجاب جاز التعليق في القبول أيضاً، فكيف لا يكون القبول مطابقاً للإيجاب؟ وكيف لا يكون معتداً به إذا وقع قبل الوفاة لأنه لم يكن متعلق الإيجاب؟ وأما المثال الذي ذكره فلا يصح الإيجاب فيه ولا القبول لمانع فيه بالخصوص، لا كمثل المقام.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤١

الموت (١)، مثل قضاء الصلوات و الصيام و النذور المطلقة و الكفارات و نحوها، فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان. و مع عدمه يجب الوصية بها، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفرغ الذمة بما أمكن في حال الحياة، و إن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجرى فيها يجب التفرغ بها بالإيصاء (٢) و كذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده (٣)، كالوديعة و العارية و مال المضاربة و نحوها. و مع عدم الإمكان

(١) لأن الواجبات الموسعة إنما يجوز التأخير فيها لأن لها أفراداً طويلة، فيجوز عقلاً ترك الأول و الإتيان بالثاني، و ترك السابق و الإتيان باللاحق، فإذا شك في الموت و البقاء فقد شك في وجود فرد لاحق و حينئذ يدور الأمر بين التعيين و التخيير، و في مثله يحكم العقل بالتعيين، و إن قيل بالتخيير عند الدوران بين التعيين و التخيير الشرعي، لأن التخيير في المقام عقلي، و مع الشك في التخيير العقلي يحكم بالتعيين، لان ترك الفرد السابق المعلوم الفردي موجب لاحتمال الضرر من دون مؤمن منه ما دام لم يعلم وجود الفرد الآخر. و مقتضى ذلك لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكّن من الفرد الآخر و إن لم تكن أمانة على عدمه و لا ظن بعدمه، إلا أن الإجماع القولي و العملي اقتضى جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق.

(٢) أما مع العلم بالعمل بالوصية فظاهر، لأنه نوع من التفرغ للذمة، و أما مع عدم العلم فلو وجب العمل عقلاً مع الشك في القدرة، و لا يجوز ترك العمل حينئذ لاحتمال عدم القدرة.

(٣) كما في الجواهر في كتاب الوديعة، حاكياً له عن التذكرة، مستدلاً عليه بإطلاق ما دل على وجوب رد الوديعة من الاخبار الكثيرة مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٢

.....

التي عقد لها في الوسائل باباً في كتاب الوديعة، فإن هذا الإطلاق كسائر الخطابات المطلقة التي تتضيق بظن الوفاء. لكن المذكور في الشرائع وجوب الاشهاد، و في الجواهر: «صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم. نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصية بها. و لعله يريد ذلك».

أقول: الرد و التوديع متناهيان، إذ التوديع استنابة في الحفظ، و هو يقتضى الاستيلاء على العين على وجه المحافظة. و هو يتنافى مع الرد، فلا بد أن يكون المراد من رد الأمانة و الوديعة الواجب هو ردها عند انتهاء الاستيداع، إما بالمطالبة، و إما بانتهاء المدة المفروضة للاستيداع، و المفروض في المقام انتفاء الأمرين معاً، فلا يصلح دليل وجوب الرد للأمانات و الودائع للمرجعية فيه.

و قد اختلف كلام التذكرة في ذلك، ففي مسألة قال: «إذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً، أو حبس ليقتل، وجب عليه الإيصاء بالوديعة. و إن تمكن من صاحبها أو وكيله وجب عليه ردها إليه. و إن لم يقدر على صاحبها و لا على وكيله ردها إلى الحاكم ..». و قال في الفرع الثالث من فروع المسألة: «الأقرب الاكتفاء بالوصية و إن امكنه الرد على المالك لأنه مستودع لا يدرى متى يموت، فيستصحب الحكم. و يحتمل أنه يجب عليه الرد إلى المالك و وكيله عند المرض» ثم قال: «و هو قول أكثر الشافعية». لكن يظهر من كلامه الثاني وجوب الرد مع العلم بالموت.

لكن عرفت أنه غير ظاهر من الدليل، و مخالف للمشهور من فتاوى الأصحاب. و حملها في الجواهر على إرادة بيان القضية المهملة، يعني:

بيان وجوب الاشهاد في الجملة و لو عند عدم التمكّن من الرد. غير ظاهر و لا داعى إليه بعد ما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٣

يجب الوصية بها. وكذا يجب أداء ديون الناس الحالة (١)، ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجلة، يجب الوصية بها (٢) إلا إذا كانت معلومة (٣)، أو موثقة بالإسناد المعتبرة. وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصية بها (٤). ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود متبرع أو أداؤها من بيت المال.

(١) لقاعدة السلطنة المانعة من التصرف في الدين بحسبه عن مالكة، لأن حبسه عنه خلاف قدرته عليه، وخلاف ما دل على حرمة حبس الحقوق عن أهلها المعدود من الكبائر، فلا يتوقف وجوب الرد على المطالبة الموجبة لكرهه بقائه في الذمة، فإنه لا فرق في حرمة التصرف في ملك الغير بين أن يكون مع كراهته للتصرف وبين أن يكون لعدم إذنه فيه. نعم إذا أذن المالك ببقاء الدين في الذمة لم يجب الرد، لعدم المقتضى. ومن ذلك يظهر أن وجوب الأداء حينئذ لا يتوقف على ظهور أمارات الموت، بل يجب حتى مع العلم بالبقاء.

(٢) لوجوب إفراغ ذمته منها، المتوقف على ذلك.

(٣) يعنى بحيث لا يكون للوصية أثر، أما إذا كان للوصية أثر، - بأن لا تكون للورثة دواع قوية إلى الأداء بغير الوصية- فالوصية أيضاً تكون واجبة، بل إذا لم يكن للوصية أثر إلا بالتهديد والتوعيد بالعقاب على تقدير المخالفة وجب ذلك أيضاً. فاللازم فعل كل ما له دخل في حصول الفراغ من إسهاد أو وصية و وعظ و تهديد و غير ذلك مما يتوقف عليه الفراغ.

(٤) لعين ما ذكر من أن حبس المال عن أهله بغير إذن خلاف قاعدة السلطنة، وخلاف ما دل على حرمة حبس الحقوق عن أهلها المعدود في الكبائر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٤

[مسألة ٤: رد الموصى له للوصية مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية]

(مسألة ٤): رد الموصى له للوصية مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية، وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها، فعلى هذا إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها (١)، لعدم حصول الملكية بعد، وإذا كان

(١) إما في الفرض الأول فلا خلاف ولا إشكال. وفي الجواهر:

«الإجماع بقسميه عليه»، وفي رسالته شيخنا الأعظم (قده) تكرر نقل الإجماع عليه، وفي التذكرة: «لا- نعلم فيه خلافاً» ويظهر من كلماتهم أنه من المسلمات. وقد عرفت أنه هو العمدة فيه بناء على كون الوصية من الإيقاع وأما بناء على أنها من العقود- كما هو المشهور- فلأن الرد مانع من تألف القبول الواقع بعده مع الإيجاب الواقع قبله.

و أما في الفرض الثاني فينافية ما ذكره في الشرائع وغيرها من أنه إذا رد في حياة الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته إذ لا حكم لذلك، فان مقتضى إطلاقه عدم ترتب الأثر على الرد في الحياة وإن كان بعد القبول، فإذا اكتفينا بالقبول حال الحياة لم تبطل بالرد بعده. لكن في الجواهر: «يشكل ذلك بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخه حينئذ، ولا ريب في اقتضائه بطلان العقد». ولأجل ذلك احتمل حمل كلامهم على رد الإيجاب خاصة، الذي لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز، فلا يشمل فسخ الموصى له بعد القبول. لكن لا دليل على كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين، كما سيأتي في كلام المصنف (قده) وإلا لم يكن وجه لبطلان الرد في الفرض الأول.

ولأجل ذلك ينبغي أن يقال: إنه إذا بنينا على كون الوصية إيقاعاً- كما هو التحقيق- فمقتضى إطلاق أدلة النفوذ هو البناء على عدم

تأثير

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٥

بعد الموت و بعد القبول و لا يكون مبطلا، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، و سواء كان قبل القبض أو بعده، بناء

الرد فى جميع الصور حتى فى الفرض الأول، لكن يوجب الخروج عن ذلك بالإجماع، و لم يقيم إجماع عليه فى الفرض الثانى. و إذا بنينا على كونها عقداً فاللازم البناء على ابطال الرد لها إذا وقع قبل القبول- بناء على أنه مانع من تألف الإيجاب الواقع قبله مع القبول الواقع بعده- و عدم إبطاله إذا وقع بعده إلا إذا قلنا بأنها عقد جائز من الطرفين، الذى لازمه بطلانها بالرد بعد القبول بعد الموت، الذى عرفت أنه خلاف الإجماع.

و الذى يظهر من عبارة المصنف (قده) أن الوجه فى مبطلية الرد إذا وقع قبل حصول الملكية أصالة عدم ترتب الملكية، و فى عدم مبطليته إذا وقع بعد حصول الملكية استصحاب بقاء الملكية، لكن الأصل فى الفرض الأول لا مجال له، بناء على كون الوصية إيقاعاً- كما تقدم من المصنف- لأن إطلاق نفوذه حاكم عليه، فالبناء على الأصل المذكور يتوقف على التغافل عن المبنى المذكور.

و من ذلك كله يتحصل أن فى مسألة قبول رد الوصية و عدمه مباني مختلفة النتيجة و لا تلتئم مع فتاوى الأصحاب: كون الوصية إيقاعاً، و كونها عقداً لازماً، و كونها عقداً جائزاً. فإن الأول لا يتناسب مع بنائهم على مبطلية الرد إذا كان بعد الوفاة قبل القبول. و الثانى لا يتناسب مع بنائهم على عدم مبطلية الرد فى حال الحياة و إن كان بعد القبول، فله أن يجدد القبول بعد ذلك إن كان قد سبق، على ما اختاره المحقق و جماعة، كما فى المسالك، و ظاهر الحدائق نسبتبه إلى الأصحاب، و ظاهرهم أن له أن يستمر على الرد فلا يتحقق التمليك مع تحقق القبول، و هو يقتضى كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى الموصى له فى الجملة، و الثالث لا يتناسب مع بنائهم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٦

على الأقوى من عدم اشتراط القبض فى صحتها (١)، لعدم الدليل على اعتباره، و ذلك لحصول الملكية حينئذ له، فلا تزول بالرد. و لا دليل على كون الوصية جائزة (٢) بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له، كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصى، حيث أنه يجوز له الرجوع فى وصيته، كما سيأتى. و ظاهر كلمات العلماء (٣) حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى

على عدم مبطلية الرد إذا كان بعد الوفاة و بعد القبول.

و المصنف (ره) زاد فى الاشكال، إذ أفتى بمبطلية الرد إذا كان فى حال الحياة بعد القبول، فان ذلك لا يلتئم مع مختاره من كون الوصية إيقاعاً، فإن مقتضى إطلاق النفوذ عدم الابطال به و ليس هناك إجماع يقتضى الخروج عن هذا الإطلاق، كما كان فى الفرض الأول، على ما عرفت.

(١) كما هو المشهور و عن الشيخ فى مبسوطه و ابن سعيد فى جامعه أنه شرط فى تحقق الملك، كالهبة و الوقف، لاشتراكها فى العلة المقتضية، و هو العطف المتبرع بها مع أولوية الحكم فى الوصية من حيث أن العطف فى الهبة و ما فى معناها منجزه، و فى الوصية مؤخره، و الملك فى المنجز أقوى منه فى المؤخر، بقربنه نفوذ المنجز الواقع من المريض على خلاف بخلاف المؤخر. كذا فى المسالك. و أشكل عليه: بأنه خلاف إطلاق النفوذ من دون مخرج عنه، و الوجوه المذكورة استحسانات موهونه كما هو ظاهر.

(٢) قد عرفت ما فى الجواهر من نسبة الجواز فى الوصية بالنسبة إلى الطرفين إلى ظاهر إجماعهم. لكنه ممنوع. لمخالفته لإطلاق الأدلة.

(٣) كلماتهم صريحة فى ذلك، و قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٧

كما أن الأمر كذلك في سائر العقود، حيث أن الرد بعد الإيجاب يبطله و إن رجع و قبل بلا تأخير، و كما في إجازة الفضولي، حيث أنها لا تصح بعد الرد. لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصى باقياً على إيجابه. بل في سائر العقود أيضاً مشكل، ان لم يكن إجماع (١)، خصوصاً في الفضولي (٢) حيث أن مقتضى بعض الاخبار صحتها و لو بعد الرد. و دعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا كان القبول بعد الرد، ممنوعاً (٣).

ثمّ انهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح. و هو أيضاً مشكل على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت إلا إذا قلنا: ان الرد و القبول لا أثر لهما حال الحياة، و أن محلها إنما هو بعد الموت و هو محل منع (٤).

الجواهر و غيرها. نعم ظاهرهم أن الوجه فيه أن الرد إنما يكون مبطلاً للإيجاب إذا وقع في محله، و الرد في حال الحياة إنما لا يكون مبطلاً للإيجاب لعدم وقوعه في محله. و التفصيل المذكور منهم غير ظاهر، إذ كيف لا يكون الرد في حال الحياة في محله و يكون محل القبول كما عرفت؟. و ما الفارق بين حالي الحياة و الممات؟!.

- (١) بل هو الظاهر من المرتكزات العرفية، و ظاهرهم الإجماع عليه.
- (٢) قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثامنة عشرة من فصل أولياء العقد.
- (٣) عرفت أن المنع المذكور خلاف المرتكزات العرفية، و عليه إجماعهم ظاهراً.
- (٤) كما تقدم في المسألة الثانية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٨

[مسألة ٥: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد]

(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صح فيما قبل و بطل فيما رد (١).

(١) كما في الشرائع و القواعد. و يظهر من جامع المقاصد و الحدائق و الجواهر و رسالته شيخنا الأعظم: أنه فتوى الأصحاب، و استوضحه شيخنا الأعظم (قده) لانحلال العقد على الجملة إلى عقود متعددة، كانحلال العقد المشروط إلى ذلك، و لذلك صح تبعض الصفة، كما صح العقد مع فوات وصف الصحة و غيره من الشروط في ضمن العقد. و فيه: أن ما ذكره من اعتبار المطابقة بين الإيجاب و القبول في العقد يدل على عدم انحلال الإيجاب إلى إيجابات متعددة، و إلا لم يكن لاعتبار ذلك وجه، فلا تصح المقايضة بين المقام و مسألة تبعض الصفة أو خيار تخلف الشرط، فان انحلال العقد بعد تماميته غير انحلال الإيجاب نفسه.

و في جامع المقاصد: أن الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط أجزاؤها بعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها، و هذا بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات. و في الجواهر: «يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة، لتحقق اسم العقد الذي هو الإيجاب و قبول ذلك بالإيجاب بها». و يشكل ما ذكره: بأن العقد لا يختلف مفهومه باختلاف الموارد. و في الجواهر: «الفرق بين المقام و المعاوضات أن في المقام لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الإيصاء بكل منهما من غير مدخلة لاجتماعهما و انفرادهما، بخلافه في عقد المعاوضة الظاهر بسبب الجمع بالعوض في أن القصد حصل عليهما من حيث الاجتماع و إن لم يكن ذلك على جهة الشرطية». و يشكل: بأن المدار ليس على قصد الموجب، بل المدار على وحدة الإنشاء عرفاً و تعدده، فمع وحدته عرفاً لا بد من مطابقة القبول للإيجاب. مع إمكان منع ما ذكره على وجه الكلية كما إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٤٩

و كذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروضاً ورد بعضه الآخر، و ان لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع و نحوه، بدعوى: عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب و القبول. لان مقتضى

أوصى له بمصرعى باب، فقبل أحدهما بعينه، فإن الوصية مختصة بحال الاجتماع قطعاً.

و عليه لا يمكن التخلص عن الإشكال إلا بما عرفت من عدم كون الوصية من العقود، و اعتبار القبول - على تقدير القول به - من قبيل اعتبار القبض في بيع الصرف و السلم، لا أنه جزء من العقد، و يكفي في القبول المعتبر القبول للبعض. بل عرفت عدم اعتبار القبول، و إنما المعتبر عدم الرد، و هو بالنسبة إلى البعض حاصل. اللهم إلا أن يشكل: بأنه لا إطلاق يشمل الوصية بالبعض، ضرورة كون الإنشاء إنما تعلق بالمجموع، فكل جزء و إن كان موضوعاً للوصية، لكنه في حال الاجتماع، و لا يشمل حال الانفراد، فلا موضوع حينئذ لدليل الصحة و النفوذ، كي يحكم بالصحة.

و فيه: أنه إن تمّ هذا الاشكال اقتضى البطلان في تبعض الصفقة، و كذا إذا أوصى بما يزيد على الثلث فلم يقبل الورثة، مع أنه لا إشكال في الصحة في المقامين، الكشاف عن اكتفاء العرف في صدق البيع و الوصية بمثل هذا القصد الضمني و إن لم يشمله قصد المنشئ.

و نظيره باب تخلف الشرط، فان البيع إنما وقع على المشروط، فلا يشمل ذات المشروط الخالية عن الشرط مع بناء الأصحاب على صحة العقد لبناء العرف على صدق البيع و لو ادعاء بالنسبة إلى الذات نفسها، و لذلك تجد المشتري يعتقد جواز التصرف بالذات الخالية عن الشرط، و لا يحتاج في تصرفه فيها إلى معاملة جديدة مع البائع، و كذلك في باب تبعض الصفقة إذا تبين للمشتري أن بعض المبيع لغير البائع فأخذه مالكة، يرى أن له

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٠

القاعدة الصحة في البيع أيضاً (١) إن لم يكن إجماع. و دعوى عدم التطابق ممنوعة. نعم لو علم من حال الموصى ارادته تملك المجموع من حيث المجموع (٢) لم يصح التبعض.

جواز التصرف في البعض الباقي، بلا- حاجة إلى مراجعة البائع، كل ذلك اكتفاء من العرف في صدق المعاملة بمجرد هذا القصد الضمني الذي لا إطلاق له يشمل حال الانفراد، فهي أفراد ادعائية جرت عليها الأحكام العرفية و تبعثها الأحكام الشرعية، كما أشرنا إلى ذلك في بعض مباحث الإجارة من هذا الشرح. فراجع.

و من ذلك يظهر الحكم في الفرض الآتي. كما يظهر أيضاً أنه لا يصح الحكم بالصحة في المقام بناء على اعتبار القبول جزءاً و كأنه بناء على ذلك قوى بعض المحشين البطلان في الفرض الثاني، و توقف في الصحة في الفرض الأول، لاحتمال عدم الارتباط بين الشيتين في الوصية، بخلاف أجزاء الشيء الواحد، فان الارتباط فيها ظاهر، فلا يصح القبول في بعضه دون بعض، بخلاف الشيتين غير المرتبتين، كما أشرنا إلى ذلك في مبحث الفضولي من كتاب النكاح. فراجع.

(١) هذا ممنوع، لأنه مع عدم التطابق بين الإيجاب و القبول لا يصدق العقد عرفاً، و لا البيع، و منع عدم التطابق غير ظاهر، لأنه مبنى على تحليل الإيجاب إلى إيجابات، و قد عرفت منعه.

(٢) المدار على الإنشاء لا- على ما في نفس الموصى، فإذا لم يشترط في الإنشاء شرط جاء فيه التبعض، كما في بيع الصفقة بعينه. و بالجملة:

الآثار التكميلية تتبع الترجحات النفسانية، و الآثار الوضعية تتبع الإنشاء و لا ترتبط بما في النفس من الترجحات، فاذا كانت الأغراض غير ارتباطية و الإنشاء واحد جاء خيار تبعض الصفقة لتخلف المقصود، و إذا كان الإنشاء متعدداً لم يكن خيار تبعض الصفقة و ان

كانت الأغراض ارتباطية.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥١

[مسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين]

(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد (١)

(١) الظاهر أنه لا ريب ولا خلاف يعتد به في عدم اعتبار اتصال قبول الوصية بالوفاء، و يقتضيه إطلاق الأدلة الشامل لذلك قطعاً، لندرة اتفاق حصول ذلك، بل تعذرهما فيما لو كان الموصى له غائباً، كما ذكر. ذلك في الجواهر. و عليه فمقتضى أصالة عدم القبول جواز تصرف الوارث ظاهراً حتى يثبت العلم بالقبول، بل بناء على كون القبول ناقلاً يجوز للوارث التصرف واقعاً، لعدم حصول الوصية حال الموت المقتضى لانتقال الموصى به إلى الورثة كغيره من أموال التركة. و بالجملة بناء على اعتبار القبول في الوصية يكون الكلام في هذه المسألة نظير الكلام في مبحث الفضولي في جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه قبل حصول الإجازة، و في جواز تصرف الناذر في المنذور قبل حصول المعلق عليه النذر، فان الجميع من باب واحد.

نعم بناء على كون الرد مبطلاً لها تكون الوصية تمام السبب الناقل فيملك الموصى له بالموت، فلا يجوز للوارث التصرف فيه لكونه تصرفاً في ملك الموصى له. و حينئذ لا فرق في حرمة التصرف بين ما يوجب إتلاف العين و غيره، حتى مثل ركوب الفرس، لعدم الفرق في حرمة التصرف في مال الغير بين القسمين. لكن الذي يظهر من عبارة المتن أن مبنى كلامه ما هو المشهور من اعتبار القبول. و حينئذ لا يظهر وجه المنع.

اللهم إلا أن يفهم من الوصية المنع من التصرف المنافي و بقاء العين بحالها إلى أن تكون لزيد، كما قد يقال بذلك في النذر المعلق، فاذا نذر أن يعطى فرسه لزيد إذا رزق ولدًا فكأنه نذر أن تبقى الفرس إلى أن تعطى لزيد، فلا يجوز التصرف المنافي للبقاء، و كذلك نقول في المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٢

و ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً (١)، إلا إذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (٢).

[مسألة ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك]

إشارة

(مسألة ٧): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (٣)، فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيته، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته، و بين علم الموصى بموته و عدمه. و قيل بالبطلان بموته قبل القبول (٤). و قيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، و بين غيره

لكن على هذا يختص المنع بما ينافي البقاء، و يجوز ما لا ينافي ذلك. و هذا غير بعيد عن المتفاهم العرفي. و إن كان التحقيق ما عرفت من كون الوصية إيقاعاً و يترتب عليه المنع من جميع التصرفات، حتى غير المنافية. (١) كما في الجواهر، لعدم الدليل عليه.

(٢) كما قواه في الجواهر. لا لقاعدة نفى الضرر، لأنها نافية، فلا تصلح للإثبات. بل لعموم حرمة الإضرار بالغير، بل في الجواهر لو تعذر إجبار الحاكم تولاه الحاكم بنفسه. لكنه تأمل فيه. و كأنه ليس من الحقوق التي ينوب فيها الحاكم عن الممتنع، بل من الاحكام، و عموم حرمة الإضرار لا يصلح لتشريع مثل هذه النيابة.

(٣) و في رسالته شيخنا الأعظم: أنه المشهور بين القدماء و المتأخرين.

انتهى. و عن كشف الرموز: أنه انعقد عليه العمل.

(٤) في الحدائق: أنه نقل عن جماعة من الأصحاب، منهم ابن الجنيد و العلامة في المختلف.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٣

فلورثته (١). و القول الأول و ان كان على خلاف القاعدة مطلقاً- بناء على اعتبار القبول في صحتها- لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له (٢). و كون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع (٣). كما أن دعوى انتقال حق القبول الى الوارث ايضاً محل منع (٤) صغرى و كبرى، لمنع كونه حقاً (٥)،

(١) حكاها في الجواهر، ثم قال: «بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأول من الخلاف»، و في الدروس: أن التفصيل المذكور حق، و به يجمع بين النصوص. و قيل بالتفصيل بين موته في حياة الموصى فتبطل، و موته بعد حياته فتصح. حكاها في المسالك عن بعض الأصحاب و في الدروس عن المحقق.

(٢) يعنى: مضمون الإيجاب تملك الموصى له لا- تملك وارثه، فالقبول يجب أن يكون من الموصى له، لأنه الذى يتعلق به الإيجاب.

(٣) لأنه ليس ولياً عليه، و لا وكيلاً عنه، فقيامه مقامه فى القبول خلاف القاعدة. و هذا هو العمدة فى إشكال القول بالصحة بالنظر إلى القواعد. و أما إشكاله بملاحظة عدم مطابقة القبول للإيجاب، باعتبار أن الإيجاب يتضمن تملك الموصى له، و القبول يتضمن تملك الوارث. ففيه:

أنه مبنى على كون الوارث يتلقى الملك من الموصى أما إذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضاً يتضمن تملك الموصى له، فهو قبول لنفس ذلك الإيجاب. و كان الأولى للمصنف أن يقول: و قبول الوارث إن كان لنفسه فهو مخالف للإيجاب، و إن كان للموصى له فهو لا وكيلاً عنه و لا ولى عليه.

(٤) هذا أحد الأدلة التى استدلت بها على القول المشهور، ذكره جماعة.

(٥) الفرق بين الحق و الحكم مفهوماً واضح، فان الحق نوع من الملك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٤

.....

يختص بهذا الاسم بحسب الاصطلاح، و الحكم لا- يكون ملكاً. و كذلك الفرق بينهما أثراً، فان الحق يسقط بالإسقاط، للقاعدة المقررة بين العقلاء من أن لكل ذى حق إسقاط حقه- كما ادعاها شيخنا الأعظم فى مبحث خيار المجلس من مكاسبه- و الحكم ليس كذلك، فإنه تابع لرأى الحاكم، فان شاء أبقاه، و إن شاء أسقطه و ألغاه، و ليس أمره راجعاً إلى المحكوم له ضرورة.

و الفرق بينهما فى مقام الإثبات هو أنك تقول: زيد له أكل لحم الضأن و ليس له أكل لحم الميتة، و تقول: المغبون له الخيار فى الفسخ، و ليس للغابن الخيار فى الفسخ، فاللام فى الأول لام الصلة و التعديّة، متعلقة بمحذوف، يعنى: زيد يجوز له أكل لحم الضأن فالظرف لغو بحسب اصطلاحهم، و اللام فى الثانى لام الملك، يعنى المغبون يملك الخيار فهى متعلقة بمحذوف عام، فالظرف

مستقر، يعنى المغبون كائن له الخيار كما تقول لزيد مال. هذا هو وجه الفرق بين الحق والحكم.

و أما الفرق بين الحق والملك فهو أن الحق نوع من الملك يختص باصطلاح العرف بالعين القائمة بغيره، أو بالمعنى القائم بغيره، على نحو لا- يصح اعتباره إلا فى ظرف إضافته إلى المالك، بحيث لو لا إضافته إلى المالك لم يصح اعتباره. و يختص الملك عرفاً بما عدها. و توضيح ذلك:

أن ما يكون مضافاً إلى المالك إما أن يكون عينا أو معنى، و العين إما أن تكون فى الخارج- كالفرس الخارجى- أو فى الذمة- كالبيع فى السلف كما إذا باعه تمراً أو حنطةً إلى أجل، فإن المبيع عين ذميه لا خارجيه- أو لا يكون فى الخارج و لا فى الذمة، لكنه قائم فى عين أخرى- كحق الجنايه القائم فى عين الجانى، و كحق الزكاه القائم بالعين الزكويه على مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٥

.....

بعض الأقوال، فإن الشاه الزكاه قائمه فى الأربعين شاه، و ليست جزءاً منها لتكون خارجيه، و لا فى ذمه المالك إجماعاً منا لتكون ذميه، بل هى قائمه فى الأربعين شاه- أو قائم فى معنى مثله، كما إذا كان المدين يملك منافع أعيان فاشترط عليه الدائن فى عقد بينهما أن ينتقل دينه إلى المنافع المملوكه. فإن الدائن يكون له حق استيفاء الدين من المنافع و هو قائم بها. هذه أقسام العين التى تكون ظرفاً لإضافه الملكيه، و هى أربعه.

و مثلها أقسام المعنى الذى يكون طرفاً لإضافه الملكيه، فإنها أيضاً أربعه (الأول): المعنى القائم بالعين الخارجيه مع كون اعتباره من لوازم وجود العين مثل منافع المملوكات الخارجيه، مثل الدار و الفرس (و الثانى) المعنى القائم بالذمه، مثل ما لو استأجره على خياطة ثوب، فإن الخياطة معنى مملوك للمستأجر، و هو فى ذمه الأجير (و الثالث): المعنى القائم بالعين الخارجيه و لا يكون اعتباره من لوازم وجودها مثل استيفاء الدين من العين المرهونه- المعبر عنه بحق الرهانه- و منافع الأجير الخاص الحر، فإنها متعلقه بعينه لا بذمته (و الرابع): المعنى القائم بالمعنى، مثل استيفاء الدين من منافع المديون إذا شرط الدائن على المديون ذلك فى عقد، فإن الدائن يملك الدين فى الذمه و يملك استيفاءه من المنافع.

فهذه أنواع المملوكات من العين و المعنى تختلف فى كونها حقاً أو ملكاً باختلاف الموارد، فالقسمان الأولان من أقسام العين من الاملاك، و ليسا من الحقوق، و القسمان الآخران من الحقوق، و كذلك القسمان الأولان من المعنى أيضاً من الاملاك و لبسا من الحقوق، و القسمان الآخران من الحقوق.

كل ذلك بحسب اصطلاح الفقهاء. لا لاختلاف مراتب الملكيه، بأن تكون الحقوق مرتبه من الملكيه ضعيفه، و الملك مرتبه من الملكيه قويه- كما ادعاه بعض الأعظم- فإنه غير ظاهر، كيف و الملك فى الجميع

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٦

.....

على نحو واحد. و لا للاختلاف فى السقوط بالإسقاط و عدمه. فىكون الحق ما يسقط بالإسقاط، و الملك ما لا يكون كذلك- كما قد يتوهم- فان المملوكات فى الذم كلها تسقط بالإسقاط، سواء كانت أعياناً- كالديون المعينه- أم معانى- كعمل الأجير- مع أنها أملاك قطعاً. بل الفرق ما عرفت من الاختلاف فى الموارد لمجرد الاصطلاح.

فاذاً يصح تعريف الحق بأنه عين أو معنى قائم فى غيره من عين أو معنى، على نحو لا يصح اعتباره إلا فى ظرف إضافته إلى مالك. و الوجه فى اعتبار القيد الأول إخراج الأعيان الخارجيه و الذميات، أعياناً كانت أو معانى، لأنها جميعاً ليست قائمه فى غيرها. و الوجه فى

اعتبار القيد الثانى إخراج منافع الأعيان الخارجية، فإن اعتبارها تابع لقابلية العين لها فالدار تعتبر منافعها وإن لم تكن مملوكة لمالك، ولأجل ذلك لا تكون من الحقوق ولذا لا تسقط بالإسقاط، فلو قال المستأجر: أسقطت حقى، لم تخرج المنافع عن ملكه. و السر فى ذلك أن السقوط بالإسقاط من لوازم كون الشىء لا- يصح اعتباره إلا- بإضافته إلى المالك، و منافع الأعيان لا يكون المصحح لاعتبارها إضافتها إلى المالك، بل المصحح لاعتبارها قابلية العين للانتفاع بها. كما عرفت.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا أمور (الأول): أن الاختلاف بين الملك و الحق ليس لاختلافها فى مراتب الملكية، و لا لاختلافها فى السقوط بالإسقاط و عدمه، بل للاختلاف فى المورد لمجرد الاصطلاح (الثانى): أن الحق قد يكون عيناً، مثل حق الجناية الخطائية المتعلقة بالعبد، و حق الزكاة المتعلقة بالنصاب على بعض الأقوال، و قد يكون معنى، و هو الأكثر كحق الخيار، و حق الأخذ بالشفعة، و حق القصاص، و حق القسم للزوجة و حق الرهانة، و حق الحضانة، و حق الرضاعة.. إلى غير ذلك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٧

و منع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به، الذى لا يصدق كونه من تركته (١). و على ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعاً ايضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة فى خصوص صورة موته

(الثالث): أن الحق لا- يكون قائماً بنفسه، بل قائماً بغيره من عين أو معنى. (الرابع): أن الحق لا يصح اعتباره إلا فى حال إضافته إلى المالك، و كذلك الملك فى الذمة من أعيان و معان، فإنها لا يصح اعتبارها إلا فى حال إضافتها إلى المالك. (الخامس): أن الولاية ليست من الحقوق لأنها لا تسقط بالإسقاط، فتكون من الاحكام. (السادس): أن حق القسم للزوجة و حق الإنفاق عليها ليسا من الحقوق، بل من الأملاك، لأنها فى الذمة، و جميع المملوكات فى الذمة أملاك لا حقوق.

(السابع): أن السقوط بالإسقاط من أحكام المملوكات التى لا يصح اعتبارها إلا فى حال إضافتها إلى المالك، و منها الذميات من أعيان و معان و منافع الحر إذا كان أجيراً خاصاً، فإنها لا تعتبر إلا فى حال الإجارة، و مع عدمها لا تعتبر و لا تكون مملوكة لمالك. و من ذلك تعرف الفرق بين منافع العبد إذا كان أجيراً خاصاً و بين منافع الحر إذا كان كذلك، فان منافع الأول تسقط بإسقاط المستأجر، و منافع الثانى لا تسقط، و كذلك منافع الدار المستأجرة. فتأمل.

و مما ذكرنا تعرف الوجه فى منع كون القبول حقاً للموصى له، فإنه لا يقبل الاسقاط، فيمتنع أن يكون من الحقوق، و يتعين أن يكون من الاحكام.

(١) تبع فى هذا ما فى المسالك قال (ره) فيها: «مع أنا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً، و إنما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته. و يرشد اليه أن الأغراض فى الوصية تختلف باختلاف الأشخاص،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٨

قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته فى حياة الموصى (١).

لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحة، كما هو المشهور.

و ذلك لصحيحه محمد بن قيس (٢) الصريحة فى ذلك، حتى فى

فقد يكون للموصى غرض فى تخصيص الميث دون وارثه. و هذا بخلاف حق الخيار و الشفعة و نحوهما، فان ذلك من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث شرعاً، بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على إسقاطه بنفسه.. أقول:

قد عرفت أن قبول الوارث إذا كان للمورث فكونه من الحقوق غير القابلة للانتقال غير ظاهر، إذ لا تخلف لغرض الموصى بوجه.

(١) يعنى: فلا- وجه لانتقال الموصى به إلى ورثته. و انتقال الموصى به إلى الموصى له بعد وفاة الموصى و إن كان ممكناً كانتقال الدينة، إلا أن الأدلة العامة لا تفي بذلك، و تقصر عن إثباته.

(٢)

رواها فى الكافى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع): «قال: قضى أمير المؤمنين (ع) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذى أوصى له قبل الموصى. قال (ع): الوصية لوارث الذى أوصى له. قال: و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذى أوصى له، إلا أن يرجع فى وصيته قبل موته» (١).

و رواه الصدوق بإسناده عن عاصم بن حميد، و فى طريقه إبراهيم بن هاشم. و رواه الشيخ بإسناده عن على بن إبراهيم عن أبيه كما فى سند الكافى، فىكون على بن إبراهيم واقعاً فى جميع الأسانيد و حينئذ فتصحیح الحديث مبنى على حجية حديث إبراهيم بن هاشم، كما هو الظاهر، لأنه من الحسن، كما هو ظاهر المشهور.

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٥٩

صورة موته فى حياة الموصى، المؤيدة بخبر الساباطى (١)

ثم إنه فى المسالك أشكل على الاستدلال بالصحيحة المذكورة: بأن محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر (ع) مشترك بين الثقة و الضعيف و غيرهما فكيف تجعل روايته مستند الحكم؟ إلا أن يدعوا جبرها بالشهرة، على ما هو المشهور بينهم فى ذلك، و فيه ما فيه. انتهى. و سبقه إلى ذلك فى المختلف، قال فيه: «فان محمد بن قيس مقول على جماعة أحدهم ضعيف و لعله الراوى». لكن الذى حققه جماعة ممن تأخر أن محمد بن قيس الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة، كما عن الشيخ فى الفهرست و هو الذى يروى كتاب قضايا أمير المؤمنين (ع) كما عن النجاشى، فالرواية صحيحة كما فى المتن. كما أنها صريحة فى الموت فى حياة الموصى، و بقرينة ذكر الغيبة تكون كالصريحة فى كون الموت قبل القبول.

(١) رواه فى الكافى عن محمد بن يحيى عن عمران بن موسى عن موسى ابن جعفر عن عمر بن سعيد المدائنى عن محمد بن عمر الساباطى - كما فى بعض نسخ الوسائل المذكورة فى الهامش، و فى المتن: «الباهلى» و كذا نسخة الكافى التى تحضرنى -

قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن رجل أوصى إلى و أمرنى أن أعطى عملاً له فى كل سنة شيئاً فمات العم. فكتب: أعط و رثته» (١)

و رواه فى الفقيه بإسناده عن عمر بن سعيد عن محمد بن عمر الساباطى، كما فى نسخة الفقيه التى تحضرنى. لكن الخبر غير ظاهر فى الوصية التمليلية، بل ظاهر فى الوصية بالتمليك فى كل سنة و هو غير ما نحن فيه، لأن إيجاب التمليك يكون من الوصى، لا من الموصى، و مقتضى القاعدة البطلان بالموت، لانتفاء الموضوع، و عموم كلامهم للمقام غير ظاهر. و لأجل ذلك يشكل العمل بالخبر فى مورده، لضعفه بمحمد

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الوصايا حديث: ٣.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٠

و صحيح المثنى (١). و لا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم و منصور بن حازم (٢)،

ابن عمر المجهول، و عدم الجابر.

(١)

رواه العياشى فى تفسيره عن المثنى بن عبد السلام عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقباً. قال (ع): أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه.

قلت: فان لم أعلم له ولياً قال (ع): اجهد أن تقدر له على ولى فان لم تجد و علم الله تعالى منك الجد فتصدق بها» (١)

و رواه فى الكافى عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن أيوب بن نوح عن العباس بن عامر

«قال: سألته ..»

و رواه الصدوق بإسناده عن العباس بن عامر عن المثنى مثله و المثنى غير صحيح حتى لو كان ابن عبد السلام، كما هو الظاهر بقريته رواية العباس بن عامر عنه. و على هذا فاللازم على المصنف أن يقول: و الصحيح عن المثنى، كما عبر فى الجواهر اعتماداً على رواية الصدوق أو صحيح العباس بن عامر اعتماداً على رواية الكافى. و كيف كان فالإقتصار فى الخبر على ذكر عدم القبض يدل على وقوع القبول، فلا يكون مما نحن فيه. لا أقل من عدم ظهوره فى عدم القبول.

(٢) أما الأولى

فرواها الشيخ (قده) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى عن شعيب عن أبى بصير، و عن فضالة عن العلاء عن محمد بن مسلم جميعاً عن أبى عبد الله (ع) قال: «سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى. قال: ليس بشىء» (٢). و مقتضى ذلك أن تكون الرواية المذكورة قد رواها أبو بصير و محمد بن مسلم،

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الوصايا حديث: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الوصايا حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦١

بعد اعراض المشهور عنهما (١) و إمكان حملهما على محامل، منها التقيء، لأن المعروف بينهم عدم الصحة. نعم يمكن دعوى انصراف الصحة عما إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد (٢)

و اللازم عدما صحيحتين لأبى بصير و محمد بن مسلم، لا صحيحة واحدة.

و أما الثانية

فرواها أيضاً الشيخ بإسناده عن على بن الحسن بن فضال عن العباس بن عامر عن أبان بن عثمان عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيته إن حدث به حدثاً، فمات الموصى له قبل الموصى. قال: ليس بشىء» (١).

و لا يخفى أن اللازم عدا الرواية الثانية من الموثق، لوجود على بن فضال فى سندها.

(١) قد سبق أن الشهرة العظيمة على خلافهما. نعم يحتمل أن يكون الوجه فى تقديم صحيحة محمد بن قيس كونها أوضح دلالة عندهم، فلا يكون الاعراض عن غيرها قدحاً منهم فيه. و هذا هو الأظهر، فإن قوله (ع):

«ليس بشىء»

ممکن حملة جمعاً على أن الموت ليس بشىء قادح فى الوصية، لأن الإيضاء ليس بشىء. و بالجملة: التعارض فى المقام من قبيل التعارض بين الظاهر و الأظهر، أو بين النص و الظاهر، فيتعين التصرف فى الظاهر، لا رفع اليد عن الأظهر. نعم لو فرض تساوى الدلالة

فالترجيح مع الأخيرة، لأنها أصح سنداً وأكثر عدداً، و الترجيح بذلك مقدم على الترجيح بمخالفة العامة.
(٢) فى الرياض ادعى أن القدر المتيقن من النصوص غير هذه الصورة، فيرجع فيها إلى القواعد المقتضية للبطلان. وقد تقدم عن الدروس أن الحق

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٥.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٢

بل ربما يقال: إن محل الخلاف غير هذه الصورة (١). لكن الانصراف ممنوع (٢). و على فرضه يختص الاشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصى، و الا فبناء (٣) على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكا (٤)، بعد فرض عدم رده فينتقل الى ورثته

[بقى هنا أمور]

إشارة

بقى هنا أمور:

[أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟]

أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟ كما إذا مات الموصى له قبل القبول و مات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل

التفصيل بين ما إذا علم تعلق غرضه بالمورث لا- غير فالبطلان، و غيره فالصحة، و أنه به يجمع بين النصوص. أقول: لا- ريب فى أن محل الكلام صورة ما إذا أوصى إلى شخص بعينه فمات، فالشخص الخاص لا يقبل الإطلاق و التقييد، لتباين الأشخاص. نعم يقبل التحليل الارتباطى و اللارتباطى فان الشخص الموصى له شخص و خصوصية، فقد يكون غرض الموصى الشخص و الخصوصية على نحو التقييد و الارتباط، و ربما لا يكون كذلك. لكن إخراج الصورة الأولى عن نصوص المشهور و تخصيصها بالصورة الثانية بعيد بل متعذر لندرة ذلك جداً.

هذا إذا كان قبول الوارث لنفسه، أما إذا كان للميت فيمكن فرض الإطلاق و التقييد، بأن يكون غرض الموصى تملك الشخص المذكور لا بشرط الحياة تارة، و بشرط الحياة أخرى، و حينئذ يمكن الجمع بين النصوص بحمل النصوص الأولى على الأول و الثانية على الثانى. لكنه جمع بلا شاهد.

(١) تقدم مثل ذلك فى كلام الجواهر.

(٢) قد عرفت أن الأخذ به لو فرض متعذر.

(٣) يعنى: إذا كان موته بعد موت الموصى.

(٤) و حينئذ يحصل غرض الموصى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٣

الوصية لوارث الوارث أو لا؟ وجوه: الشمول (١)، و عدمه- لكون الحكم على خلاف القاعدة- و الابتناء على كون مدرك الحكم

انتقال حق القبول فتشمل. و كونه الأخبار فلا.

[الثانى: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم]

الثانى: إذا قبل بعض الورثة و رد بعضهم فهل تبطل (٢) أو تصح و يرث الراد أيضاً مقدار حصته (٣) أو تصح بمقدار حصه القابل فقط (٤)، أو تصح و تمامه للقابل (٥) أو للتفصيل (٦) بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل (٧) أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصه القابل (٨)؟ وجوه (٩).

(١) هو الذى يقتضيه ظاهر النصوص، بناء على أنها دالة على أنها مورثة للوارث، لأن التفكيك بين إرث وارث الموصى له و إرث وارثه بعيد عن فهم العرف. نعم لو كان مفاد النصوص لزوم الإعطاء للوارث تعبدًا، لا من باب الإرث، فالتعدى إلى وارث الوارث لا قرينه عليه.

و على هذا فهذه الوجوه مبنية على الوجهين الآتين فى الأمر الثالث.

(٢) لعدم حصول القبول المطابق للإيجاب.

(٣) للاجتراء فى الصحة بمجرد القبول فى الجملة.

(٤) أخذًا بمقتضى كل من القبول و الرد.

(٥) للاجتراء بالصحة بمجرد القبول و كون الإرث تابعا له، فلا يرث إلا القابل.

(٦) عملا بالقواعد.

(٧) لأن الموت مانع من ملكيته بعد وفاة الموصى.

(٨) و تبطل بالنسبة إلى غير القابل، لعدم القبول.

(٩) أقربها البطلان، بناء على اعتبار القبول جزءًا، لعدم حصول

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٤

[الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه]

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه، أو إليه ابتداء من الموصى؟ وجهان، أوجهما الثانى (١)

القبول المطابق للإيجاب. أما بناء على كونه شرطًا فالأقرب الصحة على النحو الثانى من وجوها. لا الأول منها، لظهور كون الرد مانعًا من إرث الموصى به. و لا الثالث، لعدم استحقاق القابل أكثر من حصته.

و أما التفصيل فقد عرفت أنه مبنى على إهمال النصوص فى المقام، لعدم شمولها له و الرجوع إلى القواعد المقتضية للبطلان فى صورة موت الموصى له قبل الموصى - كما عرفت - و للصحة إذا مات بعد موت الموصى لانتقال المال إلى الورثة بلا حاجة إلى القبول. نعم الرد مانع عن إرث الراد إجماعًا ظاهرًا. لكن إهمال النصوص بدعوى عدم شمولها للمقام غير ظاهر.

فالأقوى إذاً هو الصحة على الوجه الثانى من وجوها، لما عرفت من عدم الدليل على اعتبار القبول، و الرد و إن كان مانعًا إجماعًا، لكنه يختص بحصه الراد فقط. و يظهر من القواعد و جامع المقاصد: المفروغية عن الصحة على النحو المذكور.

(١) على ما جزم في الشرائع وغيرها، و يظهر من العلامة في صدر كلامه، قال: «و لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية، و لا يدخل في ملك الميت».

لعدم قبول الميت للملك، لأنه بمنزلة المعدوم، و الملكية تستدعي نحواً خاصاً من التابعية و المتبوعية، و المعدوم لا يقبل المتبوعية الخاصة، بل هو أولى من الجماد و الحيوان في عدم قبول الملكية و المتبوعية، فاذا قلنا: بأن ملك الجهات ليس على الحقيقة، فالوقف على المساجد أو الثغور أو المصالح الأخرى لا- يستدعي ملك النماء للمسجد أو الثغر أو نحوهما من المصالح، و إنما يقتضى اختصاص النماء بها، لان المتبوعية الناشئة عن نحو من الاستيلاء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٥

.....

و الجدة التي تصحح اعتبار الملكية لا تكون للمساجد و لا للثغور، و كذلك الحيوان لا يقبل مثل هذه المتبوعية، فاللام في قولنا: السرج للدابة ليست للملك مهما أراد مالكهما ذلك، لعدم أهلية الدابة لذلك، فالميت أولى من الحيوان و الجماد في ذلك، لأنه معدوم لا يقوى على هذه الملكية، بل هو بعيد عنها جداً.

و لا بد حينئذ من البناء في المقام على انتقال المال من الموصى إلى ورثة الموصى له. و مجرد كون الميت ينتفع بالمال- كما ثبت ذلك في الشرع المقدس- لا يقتضى أنه له قابلية الملكية لأنه أعم، فإن الحيوان ينتفع بالعلف و لا يقوى على الملكية. و بالجملة: الملكية إضافة خاصة لا تقوم إلا ب حياة خاصة، فالميت مهما كان له من أهلية التمتع و الانتفاع و خلافهما لا يقوى على الملكية. و لعل النفوس المجردة- مثل الجن و الملك- كذلك مهما كان لها من أعمال جبارة عن شعور خاص، فان العرف لا يستطيع الحكم عليها بالملكية.

فان قلت: إذا لم تدخل الوصية في ملك الموصى له، و كان الانتقال من الموصى إلى الورثة بلا واسطة الموصى له تعين أن تكون القسمة بين الورثة بالسوية لا قسمة الميراث، و هو خلاف ظاهر النص و الفتوى. قلت:

إن تمّ ما ذكره المشهور من انتقال حق القبول إلى الورثة في المقام كان انقسام الحق انقسام الميراث، و يكون بتبع موضوع الحق، لأن الحق لا يقبل الانقسام إلا بلحاظ موضوعه، كما في سائر موارد إرث الحق، مثل حق الشفعة، و حق الخيار، و حق الرهانة، و غيرها، فان انقسام الحق فيها إنما يكون بلحاظ انقسام موضوعه. و ان لم يتم ما ذكر المشهور تعين أن يكون ملك الورثة في المقام بحكم الميراث من هذه الجهة، لا أنه ميراث حقيقى. و كذلك الحكم في دية المقتول، فإنها بحكم الملك للميت توفى منها ديونه و تخرج منها وصاياه، كما في النص، لا أنها ملك له حقيقة، كيف و الدية عوض الحياة،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٦

و ربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً (١) فعلى الثانى:

الثانى، و على الأول: الأول. و فيه: أنه على الثانى أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنأ ما (٢) ثم إلى وارثه. بل على الأول

و الحياة ليست مملوكة للحى، فكيف يملك عوضها؟ و كذلك ثلث الميت إذا كان قد أوصى بصرفه على جهات مخصوصة، فإنه باق على حكم ماله، لا أنه ماله بعد وفاته.

نعم يبقى الاشكال فيما لو رمى صيداً فمات قبل الإصابة، فإن الصيد إذا لم يملكه الميت لم ينتقل إلى ورثته، و حينئذ يبقى على إباحته الأصلية.

و فيه: أنه يملكه الوارث لا الميت، لان الصيد من آثار الرمى، و الرمى كان للميت، فيرثه وارثه، فالارث يكون للسبب، لا للمسبب. و

كذا الحكم إذا نصب شبكة فمات، فدخل فيها الصيد، فإن النصب موروث للوارث فيملك ما هو من آثاره، وهو الصيد. والمتحصل مما ذكرنا: أن الميت لما امتنع أن يكون مالكاً على الحقيقة تعين أن يكون المراد من النص في المقام المتضمن لزوم الإعطاء إلى الورثة الظاهر في كونه على نحو الميراث أنه على نحو الميراث الحكمي من حيث القسمة، لا الميراث الحقيقي. (١) يظهر ذلك البناء من جامع المقاصد، فإنه ذكر أن إطلاق مصنفه عدم دخولها في ملك الميت (يعنى: في عبارته السابقة) لو قبل الوارث لا يستقيم، لأنه إن قبل بعد الموت وقلنا ان القبول كاشف - كما سيأتي اختياره في كلام المصنف - دخلت في ملك الميت، و ما ذكره منسوب إلى الشيخ والعلامة والشهيد، و نسب أيضاً إلى الأكثر. (٢) قد عرفت أن بناء الجماعة على عدم قابلية الميت للمالكية، فكيف ينتقل إليه الملك آناً ما، فإن الآن الواحد كالأناث المتعددة. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٧

يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى، لأنه كأنه هو القابل (١)، فيكون منتقلاً إليه من الأول.

[الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى]

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصى،

(١) المناسب أن يقول: لأنه هو القابل، إذ المفروض أن القبول صدر من الوارث، فهو قابل حقيقة، لا أنه مثل القابل. وهذا الاحتمال حكى عن السيد في المناهل: الجزم به. لكن استشكل فيه في الجواهر: بأنه كيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصى و الموصى له موجود؟! فلا بد من البناء على النقل. و يندفع: بأنه لا مانع من انتقال الموصى به إلى وارثه و هو موجود، لعدم الأثر لمثل هذا الوجود بعد أن لم يكن منه قبول.

اللهم إلا أن يقال: الوارث و إن كان هو القابل لكن قبوله بعد أن كان مطابقاً لإيجاب الموصى تعين أن يكون أثره ملك الموصى له، لا ملك وارثه فإذا بنى على تامة دليل الكشف، تعين أن يكون المنكشف ملك المورث، لأنه مفاد إيجاب الوصية، لا ملك الوارث. وبالجملة:

إذا دل الدليل على اعتبار القبول من الوارث، فالمراد من القبول إذا كان قبول الإيجاب تعين البناء على ملك المورث، لأنه مفاد الإيجاب لا ملك الوارث، و إذا كان قبول الملك لنفسه و إن كان مخالفاً للإيجاب تعين البناء على ملك الوارث. لكن التحقيق بناء على اعتبار القبول هو الأول.

ثم إن هذا الكلام مبنى على اعتبار القبول من الوارث، أما إذا كان المعبر عدم الرد تعين التفصيل بين موت الموصى له في حياة الموصى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٨

فعل الأول: الأول، و على الثاني: الثاني؟ وجوه (١).

[الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول]

الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا؟ وجهان مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة، فعلى

الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث لا- ترث و على الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج بل وصية من الموصى (٢).

كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون و الوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث و عدمه (٣). أما إذا كانت بما يكون

و بين موته بعد وفاته، فعلى الأول ينتقل المال إلى الوارث بلا واسطته بناء على ما عرفت من امتناع تملك الميت، و على الثاني ينتقل المال إلى الموصى له ثم إلى وارثه.

(١) أقربها الأول، فإنه الظاهر من النصوص، و الحمل على الوارث حين موت الموصى تقييد يحتاج إلى قرينة، حتى إن قلنا بأن المال ينتقل من الموصى إلى الوارث بلا واسطة المورث. و ربما احتل بعضهم ذلك بناء على صحة القبول منهم في حياة الموصى، و إلا فالمراد الورثة حال موت الموصى، لأن عدم صحة القبول تمنع من التأهل للقبول، فلا يستحق. و فيه: أن الإطلاق مانع من الأخذ بالتعليل المذكور.

(٢) لكن الدليل دل على كونها على نحو الإرث، و لذا يجب أن تقسم على نحو قسمة الميراث، فإذا انحصر الوارث في زوجته و بنته كان للزوجة الثمن و الباقي للبنات، و لا يقسم بالسوية، فتحرم الزوجة مما زاد على النصف، كذلك تحرم من الأصل في الفرض. (٣) ذكر ذلك في القواعد و غيرها. و يشكل أيضاً لما عرفت من أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٦٩

من الجبوة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أولاً فمشكل، لانصراف الأدلة عن مثل هذا (١).

[السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له]

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له (٢)، فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث، فإن

على الوجه الثاني يكون التملك على نحو التملك في الميراث، فكما تقدم الديون و الوصايا في الميراث تقدم في المقام أيضاً. اللهم إلا أن يقال: إن ذلك خلاف صريح النص: إنها لورثة الموصى له. و بذلك يفترق المقام عما قبله، بأن ما قبله من قبيل تقييد إطلاق النص بالانصراف، و هنا من قبيل رفع اليد عن الظاهر، لأنه قد يؤدي إلى حرمان جميع الورثة من ذلك فلا يجوز ارتكابه. اللهم إلا أن يقال: إن الحرمان على تقديره يكون في بعض الفروض فلا يخرج عن كونه مخالفاً، لإطلاق الدليل. و من هنا يتعين عدم الفرق بين هذه المسألة و ما سبق. فإذا الأقوى أنه لا فرق بين الوجهين في لزوم البناء على التسهيم في الميراث، و على حرمان الزوجة من الأرض، و على تقديم الدين و الوصية.

(١) لا يظهر الفرق بين المقام و ما سبق، و قد عرفت ما هو الأظهر:

نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار أن الوصية بما يكون من الجبوة لا توجب صدق الجبوة، لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الاعداد له، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال، فضلاً عن غير المملوك.

(٢) قال في الشرائع: «فرع: لو أوصى بجارية و حملها أزوجها و هي حامل منه، فمات قبل القبول. كان القبول للوارث، فإذا قبل ملك الوارث الولد إن كان ممن يصح له تملكه. و لا ينعق على الموصى له لأنه لا يملك بعد الوفاة. و لا يرث أباه، لأنه رق. إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث و يكونوا جماعة، فيشاركهم، و يرث بعته قبل القسمة»

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٠

قلنا به كسفا و كان موته بعد موت الموصى انعتق عليه (١)، و شارك الوارث ممن فى طبقته، و يقدم عليهم مع تقدم طبقته فالوارث يقوم مقامه فى القبول (٢)، ثم يسقط عن الوارثية، لوجود من هو مقدم عليه. و إن كان موته قبل موت الموصى أو قلنا بالنقل و أنه حين قبول الوارث ينتقل إليه أنا ما،

و فى القواعد: «و لو أوصى له بأبيه فمات فقبل ابنه فعلى الأول (يعنى القول بأن القبول كاشف) تثبت حرته من حين الموت، فيرث السدس».

و المصنف (ره) حرر المسألة بصورة عامة و هى الإيضاء بمن ينعق على الموصى له فمات قبل القبول. (١) لأنه لا يملكه فى حياته، فينعق عليه، فإذا مات مات عن وارث حر- أبا أو ولداً أو غيرهما- كما مات عن غيره من الورثة، فإن كان فى طبقتهم شاركتهم، و إن كان مقدما عليهم- كما إذا كان الموصى به أباً أو ولداً للموصى له و كان غيره أخواً له- اختص هو بالميراث دونهم.

(٢) لانحصار الوارث به قبل القبول، كما أنه بعد القبول ينحصر الوارث بغيره، لأنه مقدم عليه فى الطبقة. لكن ذكر الشيخ فى المبسوط: أنه ينعق لكن لا يرث شيئاً من مال الموصى له، لأن صحة الوصية تتوقف على قبول جميع الورثة، إذ لو أراد بعض الورثة أن يقبل جميع ما أوصى به لمورثه لم يكن له ذلك، فإذا جعلنا هذا الولد وارثاً لم تصح الوصية إلا بقبوله، و القبول منه لا يصح قبل حرته، فكأن ذلك يؤدي إلى إبطال حرته و إبطال الوصية، فابطلنا الإرث حتى تصح الحرية. انتهى. و قد أشار العلامة فى القواعد إلى الإشكال المذكور، و الجواب عنه بقوله: «و لا دور باعتبار أن تورثته يمنع كون القابل وارثاً، فيبطل مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧١

.....

قبوله، فيؤدي تورثته إلى عدمه. لأننا نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه». و حاصله: أن المعتبر من القبول القبول الصادر ممن هو وارث لو لا القبول، أما من هو وارث بالقبول فلا يعتبر قبوله، إما لأن المستفاد من الأدلة اعتبار قبول من كان وارثاً حال القبول. و فيه: أنه غير ظاهر، فإنه لو فرض تجدد وجود وارث بعد القبول كان المعتبر قبوله كغيره. و إما لأنه لو اعتبر قبوله كان قبوله موجباً لبطلان قبول غيره، و إذا بطل قبول غيره بطل إرثه، و إذا بطل إرثه بطل قبوله. لأن القبول إنما يصح من الوارث، فلا بد أن يكون القابل وارثاً لو لا القبول، و لا يجوز أن يكون وارثاً بالقبول. و كأن مرجع الجواب إلى المانع العقلى، و هو أنه يلزم من صحة قبوله عدمه فيمتنع.

و يمكن تقرير ذلك بالنسبة إلى قبول غيره من الورثة فإنه إذا صح منه القبول تحرر الموصى به، و إذا تحرر كان وارثاً، و إذا كان وارثاً كان مستحقاً للقبول و يبطل قبول غيره. و يمكن تقريره بالنسبة إلى الحرية أيضاً، فإنه إذا صار حراً صار وارثاً، و إذا صار وارثاً صار مستحقاً للقبول، و إذا استحق القبول بطل قبول غيره، و إذا بطل قبول غيره بطلت حرته.

و بالجملة: توجد سلسلة أمور مترتبة و هى: قبول الوارث، و انتقال الموصى به إلى الموصى له، و حرية الموصى به، و إرثه، و استحقاقه للقبول و كل واحد منهما يلزم من وجوده عدمه. فالشيخ (ره) قرره فى الإرث و حكم بامتناعه، و العلامة (ره) أجابه بتقريره فى استحقاق الموصى به للقبول و حكم بامتناعه، و قد ذكرنا أنه يمكن تقريره فى صحة قبول الورثة و فى انتقال الموصى به، و فى حرية الموصى به المترتبة عليه، فيحكم بامتناع حرته، و بامتناع انتقاله، و بامتناع صحة قبول الورثة. و بالجملة إذا كان فى سلسلة المتربات ما يلزم من وجوده عدمه فقد لزم من كل منهما ذلك،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٢

فينعتق، لكن لا يرث (١) إلا إذا كان انعقاه قبل قسمه الورثة. و ذلك لأنه- على هذا التقدير- انعتق بعد سبق سائر الورثة بالإرث (٢).

و لا- يختص بواحد منها بعينه، لأن استحالة المعلول تستدعي استحالة العلة و بالعكس، كما أن استحالة الملازم تستدعي استحالة ملازمه، و في المقام إذا استحال واحد من السلسلة استحال الباقي، للزوم الحاصل بينها.

نعم هذه اللزومات إذا كانت عقلية صح ما ذكرنا و بطل الجميع، لعدم المرجح، أما إذا كانت شرعية يبطل الأخير منها و يصح ما قبله، فان الأخير معلوم البطلان، إما من باب التخصيص أو من باب التخصص و غيره مشكوك البطلان يرجع فيه إلى عموم دليله من دون معارض. و حينئذ يتعين البناء على صحة قبول الورثة، و صحة انتقال الموصى به، و ترتب حرمة الموصى به عليه و ترتب وراثته من الموصى له، و أنه لا يصح منه قبول الوصية، كما ذكر المشهور.

(١) لأن الإرث مشروط بالحريه حال حياة الموروث، و المفروض أنه في حال حياة الموصى له لم يكن حراً، أما في صورة موت الموصى له في حال حياة الموصى فلائنه في حال حياة الموصى له كان ملكاً للموصى لم ينتقل منه فلا حريه له، و أما في صورة موته بعد وفاة الموصى له فلائنه بناء على النقل يكون الانتقال إلى الموصى له بعد وفاته حال القبول، فتكون حريته حينئذ لا في حياة الموصى له، فلا يكون وارثاً في صورتين لانتفاء شرط الإرث.

(٢) لأن إرثهم مقارن لموت الموصى له، و هو متقدم على حريته في صورتين، كما عرفت.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٣

نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة (١) شاركهم (٢) و إن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له (٣) فلا ينعق عليه (٤)، لعدم ملكه، بل يكون للورثة، إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم (٥) فحينئذ ينعق، و لكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة و قبل قسمتهم.

(١) هذا من الأحكام الثابتة للوارث إذا كان ممنوعاً من الإرث من جهة الرقية حال موت الموروث، فإنه إذا تحرر قبل قسمة الميراث بين الورثة يرث، كما إذا كان حراً حال حياة الموروث. أما إذا كان الوارث واحداً فإنه لا مجال لفرض القسمة و اللاقسمة، فالتحرر بعد موت الموروث لا أثر له في الإرث، لسبق الوارث غيره بالميراث.

(٢) إذا كان في طبقتهم، و ان كان مقدماً عليهم في الطبقة تفرد بالميراث، كما تقدم في الصورة السابقة.

(٣) هذا هو الوجه الثاني من الوجهين السابقين في الأمر الثالث.

(٤) يعني على الموصى له. و قد عرفت فيما سبق أن ظاهر الأدلة أن انتقاله إلى الورثة على نحو الميراث، فكأنه انتقل إلى الموصى له ثم إلى ورثته، و حينئذ لا فرق بين الوجهين في ذلك.

(٥) قد تحقق في محله أن الرجل لا- يملك عموديه آباءه و أمهاته و أولاده ذكوراً و إناثاً، و لا يملك محارمه من الأخت و العمه و الخالة و بنت الأخ و الأخت، و أن المرأة لا تملك عموديتها و تملك محارمها. فإذا كان الموصى به ابناً للميت و كان الوارث أولاداً له فهو لا- ينعق على الورثة، و لو ملكه الميت انعتق عليه. و إذا كان الموصى به بنتاً للميت و كان الورثة أبناءه فهو ينعق على الميت و على ورثته، و إذا كان الورثة أولاده ذكوراً و إناثاً فهو ينعق على الذكور و لا ينعق على الإناث منهم.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٤

[السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التملكية و العهدة]

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التملكية والعهدية (١).

[مسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختص بالتملكية]

(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتملكية كما عرفت - فلا يعتبر في العهدية (٢). و يختص بما إذا كان الشخص معين أو أشخاص معينين، و أما إذا كان للنوع أو للجهات - كالوصية للفقراء و العلماء أو للمساجد - فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات (٣)، و إن احتمل

(١) بأن يوصى إلى وصيه أن يعطى زيدا - مثلا - شيئا، فيموت زيد قبل القبول، كما تضمن ذلك خبر السابطي المتقدم. لكن العمل به غير ظاهر - كما عرفت - لضعف الخبر، و عدم الجابر له من عمل الأصحاب. أو غيره، لاختصاص كلماتهم بالوصية التملكية التي يكون الموت فيها قبل القبول مع تحقق إيجاب التملك، فلا يشمل الوصية العهدية بالتملك التي يكون الموت فيها قبل إيجاب التملك و قبوله.

(٢) يعنى: لا - يعتبر قبول الموصى إليه. فيجب العمل بالإيضاء و ان لم يحصل القبول من الموصى إليه أو غيره. نعم للموصى إليه الرد بشرط كونه في حياة الموصى و إعلامه بذلك.

و يحتمل أن يكون المراد قبول الموصى له إذا كانت الوصية عهدية بالتملك - كما تقدم في الأمر السابع - فإنه يجب العمل بالوصية و إن لم يتحقق القبول من الموصى له، فإذا أوصى بأن يعطى زيد مالا و جب الإيعاض و إن لم يقبل زيد. لكنه كما ترى، فإنه لا يصح الإيعاض الموصى به إلا بالقبول إجماعاً، كسائر الهبات.

(٣) قال في القواعد: «و لو كانت الوصية لغير معين كفى في التملك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٥

ذلك أو قيل. و دعوى: أن الوصية لها ليست من التملكية، بل هي عهدية (١)، و إلا فلا يصح تملك النوع أو الجهات. كما ترى (٢). و قد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً و إنما يكون الرد مانعاً، و هو أيضاً لا يجرى في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلاً، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل.

الإيجاب و الموت، و لا يتوقف على القبول، كمن أوصى للفقراء، و كذا لو أوصى للمصالح، كعمارة المساجد. و في المسالك: «و إطلاق عبارة الإيجاب و القبول فيه (يعنى: في قول ماتته في الشرائع: و يفتقر إلى إيجاب و قبول) يشمل الوصية لمعين كزيد، و غيره كالفقراء، فيقبل لهم الحاكم.

و الأصح في الثاني عدم اشتراط القبول، لتعذره في المستحق إن أريد من الجميع، و من البعض ترجيح من غير مرجح. مع أن الوصية ليست له بخصوصه. و قد تقدم مثله في الوقف»، و نحوه ما في جامع المقاصد.

و في الحدائق: «و المفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصية عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول من الموصى إليه إن كان معيناً، و أما غيره - كالفقراء مثلاً - فيقبل الحاكم الشرعى أو من ينصبه. و الظاهر في الثاني - كما استظهره جمع من المتأخرين، منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - عدم التوقف على القبول. و قد تقدم مثله في الوقف».

(١) هذه الدعوى ادعاها في الجواهر، و تخلص بها عن الاشكال المتوجه على الجماعة، فيكون إطلاق كلامهم أنه يعتبر القبول في الوصية التملكية في محله من دون أن يلزم محذور.

(٢) أولاً: من جهة أن المعروف بينهم أن الوصية المذكورة من قبيل الوصية التملكية، و لذلك عللوا عدم الاحتياج إلى القبول بما

ذكر،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٦

.....

لا بأنها وصية عهدية. كيف؟! والمعروف بينهم أيضاً أن اللام في قوله تعالى (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ) (١) للملك. و ثانياً: من جهة أن الوصية العهدية تختص بالإيلاء والوصية هنا ليست كذلك، بل إن بنينا على امتناع ملك العناوين والجهات تعين أن تكون الوصية المذكورة قسماً ثالثاً، لا تمليكية ولا عهدية، بل هي تخصيصية تفيد إنشاء التخصيص بالعنوان والجهة. فإن كان المراد من الوصية التمليكية ما يعم ذلك جاء الاشكال السابق، وإن كان المراد ما يقابل ذلك كان اللازم تقسيم الوصية إلى ثلاثة أقسام: تمليكية وعهدية وتخصيصية، لا تقسيمها إلى القسمين الأولين فقط.

و التحقيق: ما ذكر في الجواهر من امتناع تمليك النوع والجهات، لأن الملكية تستوجب نوعاً من التابعية والمتبوعية، وذلك لا يتحقق في النوع ولا في الجهة، لأن المتبوعية لا يصح اعتبارها إلا مع الهيمنة للمتبوع على التابع، والنوع والجهة لا تصلح لذلك. كما أن التحقيق أن الوصية بمال للفقراء أو المسجد ليست من قبيل الوصية العهدية، بل هي من سنخ الوصية التمليكية، لكن لا تمليك فيها، بل اختصاص وتخصيص.

و على هذا فان كان الوجه في اعتبار القبول في الوصية التمليكية هو الإجماع على أنها من العقود فهو غير شامل لما نحن فيه. وإن كان هو أصالة عدم الانتقال بدون القبول فهو مشترك بينها وبين ما نحن فيه. وإن كان قاعدة السلطنة على النفس الجارية في حق الموصى له فهو غير آت هنا، إذ التخصيصية ليس فيها تصرف في المخصص له، وإنما هو تصرف في المال فقط، فإذا ملكت زيداً شيئاً فقد جعلته مالكاً ومهيماً، وإذا خصصت مالك به فلم تكن تصرفت في زيد، وإنما تصرفت في مالك.

(١) التوبة: ٦٠.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٧

[مسألة ٩: الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ]

(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ (١)، ولا- يعتبر فيه لفظ خاص، بل يكفي كل فعل دال عليها (٢)، حتى الإشارة والكتابة- ولو في حال الاختيار- إذا كانت صريحة في الدلالة، بل أو ظاهرة

(١) قال في الشرائع: «فالإيجاب كل لفظ دل على ذلك القصد» ونحوه كلام غيره. و يظهر من المتن وجود قول بأنه يعتبر فيها لفظ خاص و لم أقف على ذلك فيما يحضرني. نعم في الجواهر: «ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف، و لا يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح لإرادته حقيقة و لا مجازاً». و يشكل بأنه بعد ظهور المراد لا مجال للتوقف في الصحة عملاً بإطلاق الأدلة.

(٢) كما عن التذكرة احتماله، و عن المناهل والرياض: الجزم به، و في الجواهر: «لعله الظاهر من النافع». لكن المشهور العدم، بل في الجواهر:

أنه ظاهر الأصحاب و صريح بعضهم، و عن السرائر: نفي الخلاف فيه، و في رسالة شيخنا الأ-عظم ظهور عدم الخلاف فيه، و في الشرائع: «فالإيجاب كل لفظ دل على ذلك القصد» و نحوه ما في القواعد، و يظهر من شروحهما المفروغية عنه. و كأنه لأنه مقتضى

كونها عقداً، لعدم تحقق العقد بالفعل.

و في الجواهر- بعد أن اختار الجواز- قال: «إلا أنه ليس عقداً لها (يعنى للوصية) فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تندرج في الاسم، ولا يجرى عليها حكم العقد» يعنى: يصدق أنه وصية ولا يصدق عقد الوصية وفيه: أن ذلك ينافى ما ذكره من أنها عقد، فإذا كان إنشاؤها بالفعل يندرج في الاسم وجب كونها عقداً حينئذ، وإلا لم تكن الوصية عقداً على وجه الكلية.

فإذاً التحقيق: أن مقتضى إطلاق الأدلة الصحة إذا كان الإنشاء

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٨

فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعة (١) اختصاص كفاية الإشارة و الكتابة بحال الضرورة، لا وجه له، بل يكفي وجود مكتوب منه (٢) بخطه و مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية. ويمكن أن يستدل عليه

بقوله (ع): «لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا و وصيته تحت رأسه» (٣)

بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني (٤)

بالفعل كالقول. و ما في جامع المقاصد من أنه مع إمكان النطق لا تكفى الإشارة، لانتفاء دليل الصحة، كما ترى، إذ التحقيق حصول إنشاء المعنى العقدي بالفعل كالقول.

(١) قد عرفت نسبه إلى المشهور، و ظاهر الأصحاب، و ظهور عدم الخلاف، و نفي الخلاف، و عن ظاهر الغنية: الإجماع عليه.

(٢) كما يقتضيه الإطلاق. و لا مقتضى للتقييد بما إذا كانت الكتابة مشاهدة حال حدوثها.

(٣) رواه المفيد في المقنعة مرسلًا

، و كذا الشيخ في المصباح

«١». و إرساله مانع عن العمل به، و لا سيما مع مخالفة المشهور. مع إشكال دلالتها، لعدم كونه في مقام حجية الكتابة، فمن الجائز أن الاعتماد يكون على قوله: إن هذه وصيتي فاعملوا بها، كما يشير إلى ذلك الخبر الآتي.

(٤) و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عمر بن علي عن إبراهيم بن محمد الهمداني

«٢» و ظاهره التفصيل بين الولد و غيرهم من

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الوصايا حديث: ٥، ٧. لكن مع اختلاف يسير في متن الحديث لا يخل بالمعنى.

(٢) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب الوصايا حديث: ٢. لكن مع اختلاف يسير في متن الحديث لا يخل بالمعنى.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٧٩

قال: «كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطه، و لم يقل لورثته هذه وصيتي و لم يقل إنى قد أوصيت، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب، بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر و غيره».

[مسألة ١٠: يشترط في الموصى أمور]

(مسألة ١٠): يشترط في الموصى أمور

[(الأول): البلوغ]

(الأول): البلوغ

الورثة، و لم يعرف قائل بذلك.

نعم عن نهاية الشيخ إلام الورثة بالمكتوب إذا عملوا ببعضه، و هو تفصيل آخر نسبه فى الجواهر إلى رواية قاصرة سنداً و دلالة. و فى رسالة شيخنا الأعظم: أنها قاصرة سنداً. و لم نقف على غير رواية المتن، و لعلها هى المرادة من كلامهم.

لكن قصور سندها غير ظاهر، فان طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني عن على بن إبراهيم عن أبيه. و أحمد بن زياد ثقة، و على بن إبراهيم من الأجلء، و أبوه مصحح الحديث، و أما إبراهيم فهو من الوكلاء الثقات.

نعم قصور دلالتها على هذا التفصيل ظاهر. و إن كان المحكى عن التذكرة أنه

رواها هكذا: «إن كان له ولد ينفذون شيئاً منه و جب عليهم أن ينفذوا كل شيء».

و حملة على أنهم اعترفوا بصحة الخط.

و الأنسب فى رواية المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد، نظير قضاء الصلاة و الصوم، فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول، لا على حجيتها، كما قصد المصنف (ره).

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٠

فلا تصح وصية غير البالغ (١). نعم الأقوى - وفاقاً للمشهور (٢) - صحة وصية البالغ عشراً، إذا كان عاقلاً، فى وجوه المعروف، للأرحام أو غيرهم. لجملة من الأخبار المعتمدة (٣).

(١) هذا من القطعيات فى الجملة. لما دل على قصور سلطنة الصبى على نفسه و ماله، كتاباً و سنة.

(٢) كما فى المختلف و جامع المقاصد و الحدائق و الجواهر و غيرها، و المصرح به فى عبارات الشيخين و ابن البراج و أبى الصلاح و ابن حمزة و غيرهم، و فى الشرائع: أنه الأشهر.

(٣) منها

مصحح عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» (١)

و ،

صحيح زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز» (٢)

و ،

موثق منصور بن حازم عن أبى عبد الله (ع) قال: «سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» (٣)

و ،

موثق عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله (ع) قال: «قال: إذا بلغ الصبى خمسة أشبار أكلت ذبيحته، و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته» (٤)

و ،

موثق أبى أيوب و أبى بصير عن أبى عبد الله (ع): «فى الغلام ابن عشر سنين يوصى قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت» (٥)

و ،

صحيح محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إن الغلام

(١) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٤.

(٣) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٧.

(٤) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٥.

(٥) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٦.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨١

خلاف لابن إدريس (١).

إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام، و لم تجز للغرباء» (١)

و ،

صحيح ابى بصير عن ابى عبد الله (ع): «قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و اوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع

سنين فأوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته» (٢)

و

موثق محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم» (٣).

و هذه النصوص اشتمل بعضها على العقل و بعضها على العشر سنين، و لا يبعد ان يكون الجمع العرفى هنا التقييد فيشترط الأمران معاً. بل اعتبار العقل إجماعى - كما فى الجواهر - فلا مجال لاحتمال سببية كل منهما كما هو الأصل فى القضايا الشرطية التى يتعدد فيها الشرط و يتحد فيها الجزاء لوجوب رفع اليد عنه بالإجماع المذكور فى الشرطية التى شرطها العشر، و يلزمه رفع اليد عن إطلاق الشرط فى الشرطية التى شرطها العقل، لثلا يكون شرط العشر بلا فائدة.

ثم إن بعض النصوص المذكورة ذكر فيه الحد المعروف و الحق، و آخر ذكر فيه إصابه موضع الوصية. و الظاهر من الجميع ما تكون الوصية فيه عقلائية شرعية. و بها يقيد الإطلاقات السابقة. و حينئذ يتم ما ذكر المشهور.

(١) قال: «الذى يقتضيه أصول مذهبنا ان وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة، سواء كانت فى وجوه البر أو غير وجوه البر».

(١) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٢.

(٣) التهذيب: باب وصية الصبى و المحجور عليهم حديث: ٨ لكن رواه فى الوسائل عن جميل بن دراج عن أحدهما (ع) فى باب: ١٥

من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٢

و تبعه جماعة (١).

ثم استدل على ذلك بما دل على حجر الصبى، ثم قال: «و إنما هذه اخبار آحاد أوردها فى النهاية إيراداً. و إشكاله ظاهر، فان فى

الاخبار المذكورة الصحيح و الموثق و هما حجة، فلا يجوز رفع اليد عنها.

(١) منهم ظاهر المختلف، قال: «و هذه الروايات و إن كانت متظافرة، و الأقوال مشهورة، لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف في المال عنه»، و جامع المقاصد قال: «و المناسب لأصول المذهب و طريقة الاحتياط القول بعدم الجواز»، و المسالك قال:

«و هذه الروايات التي دلت على الحكم و إن كان بعضها صحيحاً، إلا- انها مختلفة، بحيث لا- يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل».

و الإشكال في الجميع ظاهر، فان الاحتياط ليس بحجة. مع ان اقتضاه عدم النفوذ ممنوع. و الأصل لا مجال له مع الدليل. و اختلاف النصوص المتقدمة مع إمكان الجمع العرفي بحمل المطلق على المقيد لا يمنع من وجوب الأخذ بها. و لو فرض عدم إمكان الجمع العرفي فاللازم التخيير لا سقوط الطرفين. نعم ورد في الأخبار ما فيه نوع مخالفة لغيره، كصحيح محمد و ابى بصير المتقدمين، فان الجمع العرفي بينهما و بين غيرهما ممكن بتقييده بهما. لكنهما غير معمول بهما، فيسقطان عن الحجية، لا انه تسقط جميع النصوص و يرجع إلى عموم المنع.

هذا و عن ابن الجنيد انه تصح وصيته إذا بلغ ثمانى سنين،

لرواية الحسن بن راشد عن ابى الحسن العسكري (ع): «إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجاز أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود. و إذا تمَّ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٣

[الثانى: العقل]

(الثانى): العقل، فلا تصح وصية المجنون (١). نعم تصح وصية الأعدوى منه إذا كانت فى دور إفاقته (٢). و كذا لا تصح وصية السكران حال سكره. و لا يعتبر استمرار العقل فلو اوصى ثمَّ جن لم تبطل (٣). كما انه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته (٤). فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية.

[الثالث: الاختيار]

(الثالث): الاختيار (٥).

[الرابع: الرشد]

(الرابع): الرشد، فلا

للجارية سبع سنين فكذلك» (١).

و فى الشرائع: «الرواية شاذة».

لمخالفتها لإجماع المسلمين على ظاهرها من حصول البلوغ بذلك، فان عمل بها لزم ترتيب جميع احكام البلوغ ببلوغ الثمان سنين. و إن طرحناها فى غير الوصية للإجماع تعين طرحها فيها أيضاً لذلك.

(١) بلا خلاف و لا إشكال. لسلب عبارته لسلب قصده، فلا يصح إنشاؤه و إن كان عن قصد. و العمدة الإجماع.

(٢) كما نسب إلى الأصحاب لعدم المانع، فيدخل في عموم الأدلة.

(٣) للأصل. و يقتضيه الإجماع المحكى عن مصايح العلامة الطباطبائي بل تصريح الأصحاب بصحة وصية الأدياري ظاهر في بنائهم على عدم بطلانها بطرو الجنون، فيكون المقام خارجاً عن قاعدة بطلان العقود الجائزة بطرو الجنون- بناء على ان الوصية منها- كما لا تبطل بالموت ضرورة، بل الموت ملزم لها، كما هو ظاهر.

(٤) لما ذكر.

(٥) إجماعاً. و يقتضيه حديث نفى الإكراه المروى عند الفريقين، بل قيل: إنه متفق عليه بين المسلمين. و هو و إن كان ظاهراً في نفى

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث: ٤.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٤

تصح وصية السفية (١) و إن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده. و اما المفلس فلا مانع من وصيته و إن كانت بعد حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء (٢)، لتقدم الدين على الوصية،

[(الخامس): الحرية]

(الخامس): الحرية، فلا تصح

المؤاخذه لكن استشهد الامام (ع) به في نفى الصحة يقتضى جواز التمسك به في المقام.

ففي صحيح البزنطي عن ابي الحسن (ع): «في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك؟ فقال (ع): لا. قال رسول الله (ص): وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما اخطأوا» (١).

(١) كما عن ظاهر ابن حمزة، و عن التحرير، و هو ظاهر القواعد، و في جامع المقاصد: انه قوى. لعموم حجر السفية عن التصرف في ماله لكن في جامع المقاصد: «المشهور بين الأصحاب جواز وصية السفية في البر و المعروف» و في الحدائق عن الدروس: انه حكى عن المفيد و سلالر و الحلبي عدم نفوذ وصيته إلا في البر و المعروف. و يقتضيه عموم الصحة و قصور أدلة الحجر عن شمول المقام، لظهورها في الامتنان عليه، فلا تقتضى حرمانه عن الانتفاع بماله.

(٢) لأن المانع من صحة تصرفه كونه مزاحماً لحقوق الغرماء، و هذا المعنى غير آت في الوصية، لتقدم الدين عليها. و إن كانت لا يترتب الأثر عليها إلا بعد خروجه حال الموت عن التفليس، إما لتملكه مالاً يزيد على دينه، أو لبراءة ذمته من بعض الدين. و كذا إذا برئت ذمته بعد الموت من بعض الدين بتبرع أو بإبراء بعض الغرماء. و بالجملة: المفلس لا يترتب الأثر على وصيته إلا إذا مات غير مفلس، فيكون حال التفليس

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب جواز الحلف باليمين الكاذبة حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٥

وصية المملوك، بناء على عدم ملكه و إن أجاز مولاه (١) بل و كذا بناء على ما هو الأقوى من ملكه (٢)، لعموم أدلة الحجر و

قوله (ع): لا وصية لمملوك (٣)

، بناء على إرادة نفى وصيته لغيره (٤)، لا نفى الوصية له. نعم لو أجاز مولاه صح، على البناء المذكور. و لو اوصى بماله ثم انعتق و

كان المال باقياً في

حال الرقية، فإنه لا تصح وصية الرق إلا إذا مات حراً، كما سيأتى.

و عليه فلا وجه للفرق بينهما فى الشرطية و عدمها.

(١) لأن التعليق مبطل للتصرف المعلق عليه الا فى موارد مخصوصة و من تلك الموارد الوصية التمليلية، و تختص بمال الموصى و لا تشمل الوصية بمال غيره، كما ذكر فى الجواهر. فاذا قال القائل: مال زيد لعمر و بعد وفاتى لم يصح وصية و لا غيرها و إن أجاز المالك، لما عرفت من مانعية التعليق.

(٢) قد تعرضنا لذلك فى مباحث الاستطاعة من كتاب الحج.

(٣) رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن على بن حديد عن جميل بن دراج عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما (ع)

«١». و السند صحيح لو لا على بن حديد، و إن كان الأظهر اعتبار حديثه. لكن فى الجواهر: ان الخبر غير جامع لشرائط الحجية.

(٤) فتكون نظير الإضافة إلى الفاعل، و هو الأظهر، فإنه إذا دار المضاف إليه بين كونه فاعلاً- و مفعولاً- حمل على الأول، فإذا قلت: ضرب زيد حسن، و لم تكن قرينه على إرادة الإضافة إلى المفعول حملت على كونها إضافة إلى الفاعل. هذا و كان الأولى الاستدلال

بصحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر (ع) «انه قال فى المملوك: ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب الوصايا حديث: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٦

يده صحت (١)، على اشكال (٢).

و لا كثير عطاء، و لا وصية إلا ان يشاء سيده» «١».

و بما ورد فى المكاتب من انه تصح وصيته بقدر ما أعتق منه

«٢»، فإنهما أصح سنداً و أوضح دلالة. و كأن المصنف (ره) لاحظ الاختصار.

(١) كما قواه فى الجواهر. لعموم أدلة الصحة، و الحجر المانع عن الصحة يختص بزمان الرقية، فإذا زالت زال، و مجرد الوقوع فى زمان الحجر لا يقتضى المنع إلى الأبد، و إنما يقتضى الحجر ما دام الرق.

(٢) لوقوع الوصية حال الرقية. و

لقوله (ع): «لا وصية لمملوك»

و لأنها بمنزلة الوصية المعلقة على الحرية لكن عرفت ان وقوع الوصية حال الرقية و الحجر لا يقتضى المنع إلى الأبد، إذ لا قصور فى التصرف و إنما القصور فى المتصرف- كما يشير إليه

قوله (ع) فى صحيح محمد بن قيس: «إلا ان يشاء سيده

- فاذا زال المانع ترتب الأثر. و

قوله (ع): «لا وصية لمملوك»

ظاهر فى عدم ترتب الأثر ما دامت لمملوك، لا مطلقاً و تعليق الوصية على الحرية ممنوع، و إنما المعلق حكم الشارع بالصحة و النفوذ. بل قد يقال: بأنه لو سلم فهو غير قاذح، نظير قوله: إن كانت زوجتى فهى طالق. مما كان المنشأ معلقاً ذاتاً على الشرط. اللهم إلا ان يفرق بين الشرط الحالى المشكوك و الاستقبالى، فلا- يصح: إن تزوجت فزوجتى طالق، و إن صبح: إن كانت زوجتى فهى طالق.

اللهم إلا ان يقال: يصح التعليق في الوصية على الأمر الحالى و الاستقبالى، كما يصح التعليق على الموت، ضرورة صحة الوصية بأنه إذا تزوج زيد فاخلعوا عليه و إذا ولد له فاختنوا ولده، و ثلثى لاولادى إذا كانوا من الأخيار، أو

(١) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب الوصايا حديث: ١.

(٢) راجع الوسائل باب: ٨١ من أبواب الوصايا.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٧

نعم لو علقها على الحرية (١) فالأقوى صحتها. و لا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا لزيد إن مت فى سفرى. و لو اوصى بدفنه فى مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة (٢). و كذا ما كان من هذا القبيل.

[(السادس): ان لا يكون قاتل نفسه]

(السادس): ان لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث فى نفسه ما يوجب هلاكه- من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك- فإنه لا تصح وصيته، على المشهور (٣) المدعى عليه

من أهل العلم، و نحو ذلك مما كان المعلق عليه فى الوصية العهديه و التمليكيه أمراً آخر غير الموت، فإنه لا يمكن الالتزام ببطلانها. و اما ما ذكره الماتن من المثال فهو من قبيل التعليق على الموت الذى هو داخل فى مفهوم الوصية، فلا يقاس عليه المقام.

(١) كان المناسب فى التعبير ان يقول: و لو علقها ..

(٢) لكنه خلاف إطلاق أدلة الحجر، مثل قوله تعالى (عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ) «١». و

فى صحيح زرارة عن ابى جعفر (ع) و ابى عبد الله (ع) قالوا: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ) أَفْشَىٰ الطَّلَاقِ» «٢».

(٣) فى المسالك: «هذا مشهور بين الأصحاب»، و نحوه فى الحدائق و فى الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده». بل عن الإيضاح: نسبتة غير مرة إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع عليه، و لم أقف على من ادعى الإجماع صريحاً.

(١) النحل: ٧٥.

(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شروطه حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٨

الإجماع. للنص الصحيح (١)، الصريح. خلافاً لابن إدريس (٢) و تبعه بعض (٣). و القدر المنصرف إليه الإطلاق الوصية

(١) و هو

صحيح ابى ولاد حفص بن سالم قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو فى نار جهنم خالداً فيها. قلت (قيل له. خ ل): أ رأيت إن كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: إن كان اوصى قبل ان يحدث حدثاً فى نفسه من جراحة أو قتل أجزت وصيته فى ثلثه، و إن كان اوصى بوصية بعد ما أحدث فى نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» «١».

و علل ايضاً- كما فى المختلف- بدلالة الفعل على سفهو و بعدم استقرار حياته، فيكون فى حكم الميت، و بأن القاتل يمنع عن

الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأن قبول وصيته نوع إرث لنفسه. لكن ضعف الجميع ظاهر، و إن أتعب نفسه في المسالك و الجواهر في بيان ذلك فلاحظ.

(٢) قال: «الذي يقتضيه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا ان وصيته ماضية صحيحة إذا كان عقله ثابتاً عليه»، و احتج على ذلك بأنه حى عاقل مكلف، و بالنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن، و انه لا يجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد.

(٣) كالعلامة في المختلف، فإنه بعد ما نقل عن ابن إدريس الاحتجاج بما ذكر قال: «و قول ابن إدريس لا بأس به»، و عن الروضة: انه حسن و فى المسالك: ان لكلام ابن إدريس وجهاً و جيهماً، و ان كان الوقوف مع المشهور و العمل بالنص الصحيح أقوى. و فى القواعد: «و لو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً». و فى الجواهر: «و أغرب من ذلك قوله فيها (يعنى: فى القواعد) و تحمل الرواية على عدم استقرار

(١) الوسائل باب: ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٨٩

بالمال (١). و اما الوصية بما يتعلق بالتجهيز و نحوه مما لا- تعلق له بالمال فالظاهر صحتها. كما ان الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً (٢) لا سهواً أو خطأ- و برجاء ان يموت (٣)- لا لغرض آخر- و على وجه العصيان (٤)- لا- مثل الجهاد فى سبيل الله- و بما لو مات من ذلك. و اما إذا عوفى ثم اوصى صحت وصيته بلا إشكال (٥). و هل تصح وصيته قبل المعافاة إشكال (٦). و لا يلحق التنجيز

الحياة»، و هل من الممكن احتمال اعتبار استقرار الحياة فى صحة الوصية؟

و هل هو إلا تقييد للأدلة من غير مقيد؟ و كيف جاز ارتكابه و لم يجز ارتكاب تقييدها بالنص الصحيح؟.

(١) الصحيح المتقدم مختص بالمال، بقرينه قوله (ع):

«فى ثلثه»

و ليس ذلك من باب انصراف الإطلاق.

(٢) كما قيد به فى الصحيح.

(٣) كما قيد به فى الصحيح بقوله (ع):

«لعله يموت»

(٤) كما يقتضيه قوله:

«فهو فى نار جهنم ..»

(٥) كما فى الجواهر. لاختصاص النص بمن قتل نفسه، فلا يشمل المقام.

(٦) و فى الجواهر: «لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد إنشاء تملكك، و لذا لو نسيها و لم يجددها لم تنفذ على الأقوى». و فيه: ان الدليل مختص بما إذا مات بذلك السبب، فلا يشمل ما لو عوفى ثم عرضه سبب آخر فمات به و إن كان قد نسى الوصية. كيف و مورد النص من قتل نفسه، و هو غير شامل للفرض، فلا إطلاق له يشمل المقام، فلا مانع من صحة إيجاب الوصية فيه قبل ان يعافى إذا كان قد عوفى بعد ذلك

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٠

بالوصية (١). هذا و لو أوصى قبل ان يحدث فى نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته، و إن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث

ذلك بعدها. للصحيح المتقدم (٢). مضافاً إلى العمومات.

[مسألة (١١): يصح لكل من الأب و الجد الوصية بالولاية على الأطفال]

(مسألة ١١): يصح لكل من الأب و الجد الوصية بالولاية على الأطفال (٣).

و ما فى الجواهر من أن مقتضى إطلاق الصحيح عدم الأثر للإيجاب قبل أن يعافى من العارض غير ظاهر. (١) كما استظهره فى الجواهر، لعدم صدق الوصية عليه، فلا يشمل الدليل، و فى الجواهر: «اللهم إلا أن يقال: إن منع الشارع له من الوصية لعدم الثلث له، فيمنع التنجيز أيضاً لذلك، بناء على أنه منه. لكن لا يخلو من نظر». بل منع عملاً بإطلاق الأدلة. (٢) فإن إطلاقه شامل للمقام. (٣) نصاً و فتوى، بل إجماعاً بقسميه، كما فى الجواهر، و فى المسالك: انه محل النص و الوفاق انتهى. و المراد من النص ما ورد فى جملة من أبواب الوصايا، كرواية سعد بن إسماعيل عن أبيه قال: «سألت الرضا عليه السلام عن وصى أيتام يدرك أيتامه، فيعرض عليهم أن يأخذوا الذى لهم فيأبون عليه كيف يصنع؟ قال (ع): يرد عليهم و يكرههم عليه (على ذلك. خ ل)» «١».

و رواية محمد بن عيسى عن روه عن أبي عبد الله (ع): «قال فى رجل مات و أوصى الى رجل و له ابن صغير فأدرك الغلام و ذهب الى الوصى و قال له رد على مالى لأتزوج، فأبى عليه ..» «٢».

و موثقة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «أنه

(١) الوسائل باب: ٤٧ من أبواب الوصايا حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩١

مع فقد الآخر، و لا تصح مع وجوده (١). كما لا يصح ذلك لغيرهما (٢) حتى الحاكم الشرعى،

سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» «١».

و نحوها غيرها.

(١) قال فى الشرائع: «و إذا أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبى و له أب لم تصح، و كانت الولاية إلى جد اليتيم دون الوصى، و قيل:

يصح ذلك فى قدر الثلث مما تركه و فى أداء الحقائق»، و فى الجواهر:

«بلا خلاف أجده فيه فى الجملة، بل الظاهر الإجماع عليه». و يظهر من الشرائع ذلك أيضاً، حيث لم يتعرض لنقل قول بصحة الوصية. و القول الآخر للشيخ، و لكنه خارج عن موضوع المسألة من النظر فى مال ولده.

اللهم الا بناء على انتقال المال إلى الورثة و تعلق الحقوق بها. و فى الجواهر:

«المتجه- بناء على ذلك- صحة الوصاية على مثل ذلك، و ليس معارضاً لولاية الجد».

و كيف كان فالذى يظهر منهم المفروغية عن عدم صحة الوصاية للأجنبي مع معارضتها لولاية الجد و هو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الإطلاق الشامل للصورة المذكورة. بل قد ذكرنا فى (نهج الفقاهة) فى مبحث الولاية الإشكال فى وجود إطلاق فى دليل ولاية الأب فى حال حياته، فضلاً عن المقام. و عليه فلا مجال للتأمل فى عدم الوصية بالولاية من الأب على الولد مع وجود الجد. (٢) يعنى: الوصية بالولاية على الأطفال لغير الأب و الجد، كالوصى و الحاكم الشرعى. لعدم دليل على ولايتهما على الأطفال بعد الموت، فكيف

(١) الوسائل باب: ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٢

فإنه بعد فقدهما (١) له الولاية عليهم ما دام حياً، و ليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته (٢)، فيرجع الأمر بعد موته

يصح لهما جعلها لغيرهما؟. أما الوصى فولايته بجعل الموصى، و المجمعول إنما هو أن يتولى مباشرة لا غير، فلا يصح له جعلها لغيره. نعم إذ كان الموصى قد أوصى إليه أن يجعل بعده لغيره جاز له ذلك حينئذ، أما إذا لم يجعل له ذلك فليس له ذلك. و اما الحاكم الشرعى فالعمدة فى الدليل على ولايته مقبولة ابن حنظلة المتضمنة جعل الحاكم الشرعى حاكماً، الموجبة لثبوت أحكام الحاكم له، و منها تولى الأيتام و شؤونهم، و لم يثبت أن للحاكم ولاية نصب الولي بعده، فالمرجع أصالة عدم ترتب الأثر.

(١) و فقد الوصى لأحدهما. بلا خلاف و لا إشكال، كما يستفاد من النصوص، كصحيح على بن رئاب

، و موثق سماعة

، و صحيح إسماعيل بن سعد

المذكورة فى أواخر أبواب الوصية من الوسائل «١». و يقتضيه الأصل بعد قصور دليل ولاية الحاكم عن شمول المقام. فراجع.

(٢) بلا خلاف ظاهر. و نص عليه فى الجواهر و أطال فى تقريبه و العمدة فيه ما عرفت من قصور أدلة ولاية الحاكم الشرعى عن إثبات ولايته على الوصية إلى غيره بالولاية بعد وفاته. و اما كون الولاية للصنف، فاذا فقد فرد منه كان له فرد آخر لا يقتضى ذلك، لجواز أن يكون حال الفرد الآخر مع الوصى حاله مع الموصى.

و بالجملة: الولاية للصنف تقتضى أن لا تكون الولاية للفرد إلا بعمل و هو إنشاء التولى، فإذا أنشأ التولى، أحد الأفراد صار هو الولي، فإذا أوصى الى شخص كان هو الولي، و كما أنه مع تولى أحد أفراد الصنف لا يمكن تولى الفرد الآخر، كذلك مع إنشاء الوصية لبعض الأشخاص

(١) راجع الوسائل باب: ٨٨ من كتاب الوصايا.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٣

إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب و الجد مع وجود الآخر. و لا ولاية فى ذلك للأم (١)، خلافاً لابن الجنيدي (٢) حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة. و على ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال، و جعل أمره إلى غير الأب و الجد و غير الحاكم، لم يصح (٣)، بل يكون للأب و الجد مع وجود أحدهما، و للحاكم مع فقدهما. نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم، يمكن أن يقال بصحته (٤) و عدم رجوع أمره

إلى الأب و الجد أو الحاكم.

لا يمكن تولى الفرد الآخر، لأن صحة التولى موقوفة على عدم وجود الولي.

(١) على المشهور شهرة عظيمة، و فى الجواهر: «بلا خلاف معتد به». للأصل بعد عدم الدليل على ولايتها.

(٢) حكى أنه قال: «الأب الرشيد أولى بأمر ولده الأطفال من كل أحد. و كذا الأم الرشيدة بعده». و لم يعرف له موافق، كما لم يعرف له دليل. و فى المسالك و غيرها: أنه شاذ.

(٣) كما نص عليه فى الشرائع و غيرها، لما عرفت.

(٤) فى الجواهر «فى تسلط الأب حينئذ إشكال، من عدم ملكيتهم للمال فلا تسلط لوليهم عليه، و من كونه حقاً لهم و الولي مسلط عليه كالمال.

و قد يفرق بين الأول و الثانى، و لعل الأول أقوى». بل هو الأقوى لأن الوصية تكون بالولاية على مال الموصى، لا مال الطفل، و ليس هناك حق للطفل كى يكون تحت ولاية وليه، لأن مجرد الوصية بالتمليك له أو الصرف عليه لا يوجب حقاً له، و لذلك لا يسقط بالإسقاط، فهو من الأحكام لا غير. و الله سبحانه العالم العاصم الحاكم، و هو حسبنا وَ نَعْمَ الْوَكِيلُ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٤

[فصل فى الموصى به]

إشارة

فصل فى الموصى به تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلاى محلل (١) من عين، أو منفعة، أو حق قابل للنقل. و لا فرق فى العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوة، فتصح بما تحمله الجارية، أو الدابة أو الشجرة (٢)، فصل فى الموصى به

(١) عملاً بعمومات الصحة و النفوذ من غير معارض.

(٢) كما نص على ذلك فى الجواهر، بل قال فيها: «بل و إن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكناً». كل ذلك عملاً بإطلاق الأدلة من غير معارض. نعم إذا لم يكن له شجر و كان عازماً على شراء الشجر فأوصى بثمر ما يشتريه بعد ذلك، أو أوصى بعين الشجر الذى سيشتريه، ففى جواز الوصية إشكال، لعدم العلقه المصححة لصدق الوصية أو الموجبة للسلطنة عليها، و إن كان الأظهر الصحة، لحصول العلقه بعد ذلك الموجبة للصدق و السلطنة، كما إذا أوصى بالمرهون ففكه، أو بثلث ماله فاشترى أموالاً أو ورثها، فإنها داخله فى الوصية.

و بالجملة: ليس هنا ما يوجب الخروج عن عمومات الصحة، فإذا لا بأس بالوصية بالمعدوم حال الوصية إذا صار موجوداً حال الموت، و كذا بالمعدوم حال الموت إذا كان أصله موجوداً حينئذ، قال فى جامع المقاصد:

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٥

و تصح بالعبد الأبق منفرداً (١)، و لو لم يصح بيعه إلا بالضميمة (٢). و لا تصح بالمحرمات (٣) - كالخمر و الخنزير و نحوهما - و لا بآلات اللهو، و لا - بما لا - نفع فيه و لا غرض عقلاى (٤)، كالحشرات و كلب الهراش، و أما كلب الصيد فلا مانع منه، و كذا كلب الحائط و الماشية و الزرع، و إن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد، إذ يكفى وجود الفائدة فيها. و لا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق، كحق القذف

«لو أوصى بما يتجدد له تملكه و لو على وجه الندرة- كما يتجدد له بشراء أو هبة وارث و نحو ذلك- صح، لأن وجود ذلك ممكن و قد قدر أن الشرط إمكان وجوده».

(١) لما عرفت من الإطلاقات.

(٢) فإن ذلك الدليل الخاص به، الذي لا يشمل المقام.

(٣) لعدم كونها قابلة للتمليك، فلا تصح الوصية التملكية فيها.

لكن قد تقدم أن الوصية قد تكون تخصيصية- كما إذا أوصى بعين للمسجد- و الأمور المذكورة تقبل التخصيص إذا كان لها فائدة و لو نادرة، فيصح الوصية بها على نحو التخصيص، و إن لم تصح على وجه التملك. و الظاهر أن فتوى الأصحاب مبنية على ملاحظة الفائدة المحرمة، مثل الشرب في الخمر و اللعب بآلات اللهو و نحو ذلك، فإذا أوصى بالخمر للشرب و بآلات اللهو للعب بطلت، و إذا أوصى بالخمر للطلبي و بآلات اللهو للشعال صحت الوصية. فالوصية بالكحول الذي لا يشرب، و إنما يستعمل لفوائد أخرى تصح، عملاً بالعمومات من دون مخصص.

(٤) لعدم ما يستوجب الملك أو الاختصاص.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٦

و نحوه. و تصح بالخمر المتخذ للتخليل (١). و لا- فرق في عدم صحة الوصية بالخمر و الخنزير بين كون الموصى و الموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين، لأن الكفار أيضاً مكلفون بالفروع. نعم هم يقرون على مذهبهم و إن لم يكن عملهم صحيحاً و لا تصح الوصية بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (٢). نعم لو أوصى فضولاً عن الغير (٣) احتل صحته إذا أجاز (٤).

(١) أو لغيره من الفوائد كالسراج و التعقيم و نحو ذلك.

(٢) بأن علق التملك على موت نفسه. لما عرفت من عدم صدق الوصية عرفاً، فيكون التعليق مبطلاً للإنشاء. و قد تقدم ذلك في وصية العبد بناء على عدم ملكه إذا كان قد أجازها مولاه.

(٣) بأن علق التملك على موت ذلك الغير.

(٤) لصدق الوصية من المالك، كما في سائر موارد الفضولي، فإن الإجازة توجب صدق العنوان، فكما أنه إذا باع الإنسان مال غيره فأجاز المالك صحت نسبة البيع إلى المجيز، كذلك في المقام. و إذا أوصى بماله لزيد إذا مات عمرو لم تصح وصية منه، لعدم التعليق على موته، و لا وصية من عمرو لعدم تعلقها بماله، فلا تعلق لها به. و حينئذ فما يظهر من المصنف (ره) من التوقف في الصحة في غير محله. و كذا ما يظهر من بعض الحواشي من الظهور في البطلان.

و كيف يمكن الالتزام بأن بعض أهل العلم إذا رأى من بعض السواد الإهمال، فكتب له وصية تتعلق بآخرته و صلاحها و بورثته و صلاح حالهم و عرضها على ذلك الإنسان، فقبلها و أجازها، أن لا تصح تلك الوصية؟.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٧

[مسألة ١: يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه]

(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد (١) إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال. و ما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً (٢)- على تقدير ثبوت النسبة- شاذ. و لا فرق بين أن

(١) بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة. كذا في الجواهر. و في المسالك:

«ربما كان إجماعاً، والأخبار الصحيحة به متظافرة».

ففي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): «في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق ممالিকে في مرضه. فقال: إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث و جاز العتق» (١)

و

رواية حمران عن أبي جعفر (ع): «في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلاناً و فلاناً حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم. قال: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعتقهم فيقومون، و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر ثم الثاني و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فان عجز الثلث كان في الذين سمي أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك» (٢)

، و نحوهما غيرهما مما هو كثير، و لعله متواتر.

(٢) حكى عن علي بن بابويه صحة الوصية بالكل، و عبارته غير ظاهرة في ذلك، قال: «فإن أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية. فإن أوصى بماله كله فهو أعلم و ما فعله، و يلزم الوصي إنفاذ وصيته على ما أوصى» فإن قوله (ره): «فهو الغاية في الوصية» مطابق لفتوى الأصحاب، و قوله: «و هو أعلم و ما فعله» ظاهر في صورة احتمال عذره في الوصية

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب الوصايا حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٦٦ من أبواب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٨

يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة (١). و لو كانت زائدة و أجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة

بالجميع، بأن كان ذلك لازماً عليه لنذر أو شرط أو حق واجب أو غير ذلك مما يسوغ معه الوصية بالجميع، كما ستأتي الإشارة إليه في المسألة الثالثة و عبارته المذكورة مطابقة لعبارة الفقه الرضوي. و لأجل ذلك يسهل الجمع بينه و بين الأخبار المشهورة بلا تكلف. و على تقدير تمامية المعارضة فهو لا يصلح لمعارضة نصوص المشهور، بناء على حجته في نفسه. لكنه غير ثابت.

نعم يشهد له

موثق عمار عن أبي عبد الله (ع) قال: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كله فهو جائز» (١)

و

موثق محمد ابن عبدوس: «أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمد (ع) فكتبت اليه: رجل أوصى إلى بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتي أخت له، فأريك في ذلك. فكتب إلى: بع ما خلف و ابعث به إلى. فبعث و بعث به إليه، فكتب إلى: قد وصل» (٢)

، و نحوه موثق على بن الحسن

(٣) و غيره.

لكنها لا تصلح لمعارضة تلك النصوص بعد أن كانت أصح سنداً و أكثر عدداً و أوضح دلالة، و موافقة لفتوى الأصحاب ظاهراً. و لذلك أولها الأصحاب و حملوها على محامل بعيدة، بناء على أن الجمع أولى من الطرح. فالعمل على المشهور لازم.

(١) بلا إشكال في ذلك، و النصوص الدالة على المشهور واردة في القسمين.

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١٩.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١٦.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١٧.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٥٩٩

المعيز فقط (١)، ولا يضر التبعض، - كما في سائر العقود- فلو خلف ابناً و بنتاً و أوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة (٢).
و لو انعكس كان له اثنان و ثلث من ستة.

[مسألة ٢: لا يشترط في نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله الشارع له]

(مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله الشارع له (٣)، فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه و كانت بقدره أو أقل صحت. و لو قصد كونها من الأصل، أو من ثلثي الورثة و بقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً، بطلت مع عدم إجازة الورثة (٤). بل

(١) قال في الشرائع: «و لو كانوا جماعة، فأجاز بعضهم نفذت الإجازة في قدر حصته من الزيادة». و يظهر من المسالك و الجواهر و غيرهما:

المفروغية عن ذلك. عملاً بالعمومات، كما في سائر العقود. و في الجواهر:

«و كذا لو أجاز الجميع البعض، أو البعض البعض، لاتحاد الجميع في المدرك»

(٢) هذا المثال ذكره في المسالك. فإذا فرضنا أن التركة ستة و كان الموصى به نصف الستة- و هو ثلاثة- كانت تزيد على الثلث الراجع للميت بسدس، فهذا السدس مشترك بين الابن و البنت أثلاثاً فإن أجازا جميعاً صحت الوصية في الثلث و السدس معاً، و إن أجاز الابن فقط صحت الوصية في ثلثي السدس و بطلت في ثلثه، فتصح في اثنين و ثلثين منه، و إن أجازت البنت فقط صحت الوصية في ثلثه و بطلت في الثلثين منه، فتصح في اثنين و ثلث.

حكيم، سيد محسن طباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - إيران، اول، ١٤١٦ هـ ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٤، ص: ٥٩٩

(٣) كما صرح بذلك في الجواهر. و يقتضيه إطلاق الأدلة.

(٤) و لا تصح من الثلث في الصورة الثانية، لأن المفروض أنه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٠

و كذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً. لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع (١). و إن لم تكن حينئذ زائدة على الثلث. نعم لو كانت في واجب نفذت، لأنه يخرج من الأصل إلا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

[مسألة ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته]

(مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها في واجب - حتى تنفذ - أولاً - حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة - فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم

قصد كونها من ثلثي الورثة، فإذا صحت من الثلث كان ذلك خلاف ما قصد. نعم إذا قصد كونها من الأصل صحت في ثلثها و بطلت في ثلثيها إلا - إذا أجاز الورثة، و لا تصح كلها من الثلث، لأن المفروض أنه قصد أنها من الأصل، و هو راجع إلى قصد أن ثلثها من الثلث و ثلثيها من ثلثي الورثة، فإذا صحت كلها من الثلث فقد صحت على خلاف قصده.

(١) هذا إذا كان مقصوده من الأصل ما يقابل الثلث، أما إذا قصد منه ما يقابل جزءاً معيناً منه - كما يقال ثلث الميت يخرج من الأصل - فلا مخالفة فيها للشرع، بل موافقة له، لأن ثلث الميت يخرج من الأصل و بهذا المعنى كذلك ديونه، و بهذا المعنى يصح أن يقال: إن الوصايا تخرج من الأصل.

ثم إنك عرفت أنه على تقدير إرادة المعنى الأول من الأصل لا - تبطل الوصية كلها إذا لم يجز الورثة، و إنما يبطل ثلثها اللذان يخرجان من ثلثي الورثة، أما الثلث الذي يخرج من ثلث الميت فلا موجب للبطلان فيه. و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكر في الجواهر، فإنه أطلق نفوذ الوصية و إن قصد أنها من الأصل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠١

كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟

وجهان، ربما يقال بالأول (١)، و يحمل عليه ما دل من الاخبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جائز (٢) و أنه أحق بماله ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثاني (٣)، لان مقتضى

اللهم إلا أن يقال: حمل الأصل على ما يقابل الثلث لا يمنع من صحة الوصية من الأصل، لأن ثلثيها و إن كانا من ثلثي الورثة، لكن لما لم يكن وصية من الميت بالثلث فثلثه فرضي - يعنى على تقدير الوصية به - و كذلك الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور و لا دليل على بطلان الوصية من ثلثي الورثة إذا كانا فرضيين لا غير، فما دام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته من ثلثي الورثة حينئذ إذا لم تزد على الثلث، و يتم ما ذكره في الجواهر.

(١) قيل به في توجيه كلام على بن بابويه، كما سبق.

(٢) قد تقدم ذلك. لكن الحمل المذكور بعيد عن هذا اللسان و إن لم يكن بعيداً من غيره مما تقدم.

(٣) و مال إليه في الجواهر قال (ره): «لظهور النصوص - كما لا يخفى على من لاحظها - في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة بمجرد اشتغال الوصية على الأزيد من الثلث، فيكون الأمر على العكس مما ذكره الموجه، ضرورة كون المدار الحكم بذلك حتى يعلم أن صدورها منه بسبب من الأسباب التي توجب الإخراج من الأصل، عملاً بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد من الثلث حتى يعلم خلافه. و أصالة النفوذ في الوصية - بعد تسليمها - إنما هي حيث لا تعارض حق الغير. و من هنا قد اشتملت جملة من النصوص قولاً و فعلاً على رد الوصية الزائدة عن الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصى كذلك، ما لم يعلم سبب من أسباب التعلق بالأصل، و لو من إقراره. و لعل ذلك هو الأقوى، ترجيحاً لهذه

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٢

.....

الأدلة على تلك الأدلة، و إن سلم كون التعارض بينهما بالعموم من وجه».

أقول: عندنا مقامان: (الأول): الحكم الواقعي، وهو أنه لا تجوز الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة إذا لم يكن حق يقتضى ذلك، فإذا كان هناك حق يقتضى ذلك. من نذر أو شرط فى عقد لازم أو نحو ذلك - صحت الوصية بما زاد على الثلث وإن لم يرض الورثة.

(المقام الثانى): الحكم الظاهرى، وهو أنه إذا أوصى بأزيد من الثلث وشك فى أنها كانت بلا- حق أو بحق فهل اللانزم الحكم بالصحة أو بالبطلان؟

ولا يخفى أن النصوص المتضمنة أن الوصية بالزائد موقوفه على إجازة الورثة مختصة بالمقام الأول بحسب العنوان الأول، ولا ترتبط بالمقام الثانى الذى هو مورد كلام الموجه.

ومن ذلك يظهر الإشكال فى قول الجواهر: «فيكون الأمر على العكس..» وقوله: «ضرورة كون المدار الحكم..» فهو كلام فى المقام الثانى. وأشكل منه استدلاله بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد على الثلث حتى يعلم خلافه، فإنه لم نقف على ذلك الدليل المتعرض للمقام الثانى - أعنى الحكم الظاهرى - وإشكاله على أصالة نفوذ الوصية بأنها على تقدير تسليمها مختصة بما إذا لم تعارض حق الغير، فإنها يجب تسليمها، كما فى سائر موارد الشك فى صحة عقد أو إيقاع. وعلى تقدير جريانها لا تعارض حق الغير، لأن المعارضة لحق الغير مختصة بالمقام الأول، وجرانها إنما هو فى المقام الثانى. وأما النصوص المشتملة قولاً وفعلاً على رد الوصية فى الزائد فهى واردة فى المقام الأول، ولا تعرض لها للمقام الثانى، أعنى الحكم الظاهرى.

ومن ذلك يظهر الإشكال فى المعارضة بين أدلة صحة الوصية بما زاد على الثلث مع وجود السبب المقتضى، وبين أدلة رد الوصية فيما زاد على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٣

ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، والخارج منه كونها بالواجب، وهو غير معلوم (١). نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢)، بل وكذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاه أو نذراً

الثلث، لأن المراد من الأدلة الثانية إن كان الأدلة الواردة فى الحكم الواقعي فلا تعارض بينها وبين الأدلة الأولى، لما عرفت من وجوب العمل بهما فى المقام الأول. وإن كان الأدلة الواردة فى الحكم الظاهرى فمن المعلوم أن الأدلة الواردة فى الحكم الظاهرى لا تعارض الأدلة الواردة فى الحكم الواقعي.

والمتحصل: أن نصوص المقام كلها متعرضة للحكم الواقعي بالنسبة إلى العنوان الأولى لا غير، فالحكم بالنظر إلى العنوان الثانوى فى المقام الأول يؤخذ من القواعد العامة. كما أن الحكم الظاهرى يؤخذ من أصالة الصحة. ولا مجال لفرض المعارضة بينها. ثم إن النذر يوجب حقاً لله تعالى فى فعل المنذور، فإذا نذر أن يتصدق بدرهم فقد جعل الله تعالى حقاً عليه فى أن يتصدق بالدرهم، فإذا مات لم يبطل الحق، بل يجب إخراجه من التركة. وكذلك إذا اشترط لزيد فى عقد لازم أن يتصدق عليه أو على الفقراء بدرهم، فإن الشرط المذكور يوجب حقاً لزيد لا يبطل بالموت، فيجب إخراجه من التركة وإن لم يوص به. نعم إذا نذر أن يوصى بالصدقة بدرهم وكان ذلك منافياً لحق الورثة لم يصح النذر، لعدم مشروعية الوصية كذلك، فيبطل النذر من حينه. وكذلك إذا اشترط فى ضمن عقد لازم أن يتصدق بما زاد على الثلث، فإنه باطل، لمخالفته للكتاب والسنة.

(١) لكن الأصل الصحة، فيكون بحكم المعلوم.

(٢) العمل بهذا الإقرار ليس لقاعدة:

«إقرار العقلاء على أنفسهم

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٤

أو نحو ذلك، و شك في أنها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي، فإنها أيضاً تخرج من الأصل، لأن الظاهر من الخمس و الزكاة الواجب منهما، و الظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

[مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصى فلا إشكال في نفوذها]

(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصى فلا إشكال في نفوذها (١)، و لا يجوز له الرجوع في إجازته (٢).
و أما إذا أجاز في حياة الموصى ففي نفوذها و عدمه قولان،

جائز « ١ »

، لكون هذا الإقرار متعلقاً بالورثة، فهو ليس إقراراً على النفس، بل هو للنصوص الدالة على نفوذ إقرار الإنسان بالدين و بالزكاة و بالحج، و أنه يجب على الورثة العمل به.

(١) و في الجواهر: أنه إجماع بقسميه. انتهى. و

في صحيح أحمد بن محمد: «كتب أحمد بن إسحاق الى أبي الحسن (ع): إن درة بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاصاً في مواضع، و أوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها، و أحببنا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله. قال فكتب عليه السلام بخطه:

ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله « ٢ ».

(٢) الظاهر أنه مما لا إشكال فيه. و يقتضيه الأصل، لأنها بالإجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع يحتاج إلى دليل.

(١) غوالي اللثالي: أواخر الفصل التاسع من المقدمة.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٥

أقوامها الأول، كما هو المشهور (١). للأخبار (٢)،

(١) حكي الشهرة في الجواهر و الحدائق.

(٢) منها

صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): «في رجل أوصى بوصية و ورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، و الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته» (١)

، و نحوه صحيح منصور بن حازم

« ٢ ». و في المسالك: جعل الحكم مدلولاً لغيرهما من الاخبار أيضاً، و كذا في الجواهر.

و استدلال له في المختلف بعموم قوله تعالى (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) « ٣ ». و لأن الرد حق للورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم، كما لو رضى المشتري بالعيب. و لأن الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث، لأنه تصرف من المالك في ملكه، لكن منع من الزيادة على الثلث إرفاقاً بالورثة فإذا رضى الوارث زال المانع. و لأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى و الورثة، لأنه إن برئ كان المال له، و إن مات كان للورثة، فإن كان للموصى فقد أوصى به و إن كان للورثة فقد أجازوه. انتهى و في جامع المقاصد: استدلال بالوجهين الأولين فقط، و في المسالك: ذكر الأولين و الأخير مؤيدة للاستدلال بالنصوص لا معاضدة، و نحوه في الجواهر.

لكنها جميعاً ضعيفة لا تصلح للدليّة ولا للتأييد. إذ يشكل الأول:
بأنه مع الشك يرجع إلى عموم ما دل على عدم صحة الوصية بما زاد على

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الوصايا حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الوصايا حديث: ٢.

(٣) النساء: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٦

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلاثين (١)، فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه، كما لا يبعد استفادته من الاخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث (٢). هذا و الإجازة من

الثلث، الذي هو أخص من عموم صحة الوصية. و يشكل الثاني: بأنه لم يثبت الحق للورثة حال الحياة، فلا معنى لإسقاطه، و إذا أريد ثبوته بعد الموت فإسقاطه حال الحياة من قبيل إسقاط ما لم يجب: و يشكل الثالث:

بأن زوال المانع إنما يتم على تقدير استمرار رضى الوارث، أما إذا رد بعد ذلك فالإرفاق به يقتضى عدم صحة الإجازة السابقة و العمل على رده.

و يشكل الرابع: بأن موضوع الكلام صورة الموت، فالملك يكون للورثة، لكنه بعد الموت لا-قبله، فالإجازة قبله إجازة من غير المالك.

هذا و القول بعدم اعتبار الإجازة حال الحياة منسوب في الجواهر إلى المقنعة و المراسم و السرائر و الوسيلة و الجامع و الإيضاح و شرح الإرشاد.

و عن السرائر: الاستدلال له بأنها أجازته في غير ما يستحقونه بعد، فلا يلزمهم ذلك بحال. و فيه: أنه اجتهاد في مقابل النص المعتبر، فلا يركن إليه و لا يؤبه به. و مثله في الأشكال التفصيل بين كون الإجازة حال مرض الموصى فتصح و حال صحته فلا تصح. فإنه خلاف إطلاق النص. و كذا في الأشكال التفصيل بين غنى الوارث فتصح إجازته بلا استدعاء، و فقره أو باستدعاء من الموصى فلا تصح.

(١) الاحتمال لا يصلح للتأييد، إذ يقابله الاحتمال الآخر المؤيد لخلافه.

نعم إذا كان الاحتمال مفاد حجة كانت الحجة مؤيدة.

(٢) بل تبعد، و الاستفادة منها أنه ليس للميت التصرف في ماله بعد الوفاة إلا بمقدار الثلث، أما أن ذلك لأجل ثبوت حق فعلى للوارث أو لأمر آخر لاحق بعد الوفاة، كل محتمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٧

الوارث تنفيذ لعمل الموصى (١) و ليست ابتداء عطية من

(١) قال في الشرائع: «و إذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصى، و ليس بابتداء هبة، فلا تفتقر صحتها إلى القبض»، و في المسالك: «فإن أجازوا في حال الحياة حيث يعتبر كان تنفيذاً لا ابتداء عطية بغير إشكال، لأن الوارث لم يملك حينئذ فلا يأتي فيه الاحتمال».

و فيه: ان الانتقال الى الموصى له انما يكون بعد موت الموصى، و الوارث يملك حينئذ، فيأتي فيه الاحتمال. و لذلك لم يخص الاحتمالين في القواعد بالإجازة بعد الوفاة، فقال: «و الإجازة تنفيذ لفعل الموصى، لا ابتداء عطية، فلا تفتقر الى قبض». و في المسالك:

«و ان وقعت الإجازة بعد الوفاة ففي كونها تنفيذ أو ابتداء عطية من الوارث وجهان» و في آخر كلامه نسب ما ذكره المصنف (ره) الى مذهب الأصحاب لا- يتحقق فيه خلاف بينهم، و انما يذكر الأخير وجهاً أو احتمالاً و إنما هو قول العامة و أن المرجح عندهم ما اخترناه. انتهى.

و محصل الخلاف في المقام: هو أن المال ينتقل من الموصى إلى الموصى له، أو من الوارث الى الموصى له، و لا ريب أن الإنشاء للتلميكة كان من الموصى، و الوارث لم يكن منه إنشاء التلميكة، و إنما كان منه إجازة ذلك الإنشاء، فهو تنفيذ لذلك الإنشاء، لا إنشاء ابتدائي. فالعبارة لا تخلو من حزاة.

و الوجه فيما ذكر الأصحاب: أن المال حال التصرف ملك للموصى إلى حين الموت، فإذا صح التصرف و انتقل المال إلى الموصى له فقد انتقل إليه من الموصى، لا- من الورثة، لأن انتقاله إلى الورثة خلاف مقتضى نفوذ الوصية، لأن مفاد الوصية الانتقال إلى الموصى له، لا إلى غيره.

(و ما قيل) في وجه الاحتمال الآخر من أن الزائد على الثلث ملك للورثة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٨

الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث- بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له- بل و لا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصى من الأول.

[مسألة ٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله]

(مسألة ٥): ذكر بعضهم (١) أنه لو أوصى بنصف ماله

بعد الموت، فإذا صحت الوصية به بإجازة الورثة فقد صح الانتقال منهم إلى الموصى له (ضعيف) لأن الانتقال إلى الورثة فرع عدم صحة الوصية لأن الميراث بعد الوصية، فإذا صحت الوصية، و لو بالإجازة فقد صح عدم انتقال الموصى به إلى الورثة. اللهم إلا- أن يقال: ذلك بالنسبة إلى الوصية بالثلث، أما الوصية بالزائد عليه فليست مقدمة على الميراث، و لذا كانت محتاجة إلى إجازة الورثة. لكنه خلاف إطلاق ما دل على تقدم الوصية على الميراث من الكتاب و السنة، و الاحتياج إلى الإجازة لا ينافي ذلك، لأن الوصية مع الإجازة لا تخرج عن الوصية، فيشملها إطلاق الأدلة.

اللهم الا أن يقال. إن ما تضمن أنه ليس للميت من ماله إلا الثلث يدل على أن الثلاثين للورثة، فالوصية بهما وصية بمال الورثة، فإذا صحت الوصية بالإجازة فقد انتقل المال منهم إلى الموصى له. و لكنه يشكل: بأن لازم ذلك أن الثلث للميت و إن لم يوص به، و هو- كما ترى- لا- يمكن الالتزام به، و خلاف ما دل على أن الميراث بعد الدين و الوصية، فيتعين حمله على إرادة بيان ما يصح له التصرف فيه، و أنه ليس إلا الثلث، و المال كله له حال الحياة، فإذا مات و تصرف فيه و قد صح التصرف انتقل منه بمقتضى التصرف إلى الموصى له، و إن لم يتصرف انتقل إلى الوارث، فالمال حين ينتقل إلى غير الوارث ينتقل من الموصى لا من الوارث.

(١) قال في الشرائع: «و لو أوصى بنصف ماله مثلاً، فأجاز الورثة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٠٩

ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه، و عليهم الحلف على الزائد، فلو قالوا:

ظننا أنه ألف درهم، فبان أنه ألف دينار، قضى عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم، و أحلفوا على نفى ظن الزائد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة و ثلث البقية (١) و ذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد (٢)، و أصالة عدم علمهم بالزائد. بخلاف ما

إذا أوصى بعين معينة- كدر أو عبد- فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث

ثم قالوا: ظننا أنه قليل قضى عليهم بما ظنوه، وأحلفوا على الزائد. وفيه تردد. وأما لو أوصى بعبد أو بدار، فأجازوا الوصية، ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير، لم يلتفت إلى دعواهم، لأن الإجازة هنا تضمنت معلوماً. والحكم المذكور ذكره جماعة من الأصحاب، وفي الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً صريحاً».

(١) كما في المسالك والجواهر وغيرهما. لنفوذ الوصية في ثلث التركة و منه ثلث الباقي. ولعل الأولى في التعبير أن يقال: إنه يعطى ثلث الألف دينار بالوصية و سدس الألف درهم بالإجازة، لأنهم لما ظنوا أن التركة ألف درهم فأجازوا الوصية بنصفها فقد ظنوا أن الزائد المجاز سدس الألف درهم، فتصح الإجازة فيه لا غير.

(٢) قال في المسالك: «و وجه قبول قولهم استناده إلى أصالة عدم العلم بالزائد. مضافاً إلى أن المال مما يخفى غالباً. ولأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانية، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر،

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٠

بقليل، فبان أنه أزيد بكثير، فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلق بمعلوم (١) وهو الدار أو العبد. ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول (٢) ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول (٣). وهذا هو الأقوى، أخذاً بظاهر كلامهم في

لتعذر إقامة البينة على دعواهم»، وفي الجواهر: زاد في توجيه ذلك أصالة عدم الإجازة، كما في المتن. وحاصل التوجيه: أن دعوى الوارث مطابقة لأحد الأصلين، فيكون منكراً، ويقبل قوله بيمينه. أو لأنها موافقة لقاعدة قبول الاخبار بما لا يعلم الا من قبل المخبر و إن كان الخبر على خلاف الأصل.

(١) تقدم التعليل بذلك عن الشرائع. و هو بظاهرة مصادرة، فان الدليل عين الدعوى. و في المسالك: جعل وجه الفرق بين المسألتين أن في هذه المسألة موضوع الإجازة الدار، و هي معلومة، و في المسألة السابقة موضوعها الجزء المشاع، و العلم بمقداره يتوقف على معرفته مقدار مجموع التركة و الأصل عدمه. و نحوه ما إذا أوصى بثلثة و عشرة، فأجازوا ثم ادعوا ظن كثرة المال، فتبين قلته، لكون العشرة التي هي موضوع الإجازة معلومة. و قد يفرق بين المسألتين بأن دعوى الورثة في الأولى مطابقة لأصالة عدم كثرة المال، و في الثانية مخالفة لذلك، لأنهم يدعون الظن بالكثرة فتبين أنه قليل.

(٢) قال في المسالك: «لعله الأوجه» و حكى هو عن الدروس:

الميل إليه، و عن التحرير: أنه جعله وجهاً، و عن القواعد احتمالاً. لأن الإجازة و إن وقعت على معلوم— و هو الدار أو العشرة في مثالنا— لكن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما تسامحوا فيه مجهولاً، و لا يعرف إلا بمعرفة مجموع التركة، و الأصل عدمه.

(٣) يظهر ذلك من الجواهر.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١١

الإجازة (١)، كما في سائر المقامات، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه (٢). بل الأقوى عدم السماع

(١) لا يخفى أن أصالة عدم كثرة المال، أو أصالة عدم العلم بمقداره و نحوه لا مجال للرجوع إليهما، لعدم الأثر الشرعي لمجرهما، و الأثر إنما هو لإجازة الورثة، فإن كان الخلاف في تحقق الإجازة منهم بنحو مفاد كان التامة و عدمه، فالأصل عدم الإجازة، و إن كان الخلاف في مفاد كان الناقصة و أن الإجازة الواقعة منهم هل كانت تشمل صورة ما إذا كان النصف الموصى به خمسمائة دينار،

أو الدار الموصى بها تمام التركة- مثلاً- أو لا تشمل ذلك، فأصالة عدم الشمول و إن كانت جارية في نفسها، لكن إطلاق الإجازة الصادرة من الوارث حاكم عليها، و حينئذ يكون قول الوارث: ظننا كذا، أو اعتقدنا كذا فأجزنا على تقدير غير حاصل، و لم نجز على التقدير الحاصل، دعوى على خلاف الإطلاق. و قد كان بناء الأصحاب (رض) على الأخذ به في الإقرارات و النذور و الوصايا و العقود و غيرها، كما في الجواهر. بل قال: «إن تقييد الإجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها في خلافه مخالف للضوابط الشرعية، كما هو واضح».

(٢) إن كان المراد منه أنه لا يقبل خبره و لا يترتب الأثر عليه، فهو في محله، لما ذكر من أنه مخالف لظاهر قوله و فعله و هو حجة، فلا ترفع اليد عنه بمجرد الخبر، كما إذا أخبر بملك ما في يد غيره، فإن الخبر لا يقبل و يعمل على مقتضى اليد حتى يثبت الخلاف. و إن كان المراد أن الدعوى لا تسمع في مقام التداعى و ترد عليه، فهو غير ظاهر، لإطلاق ما دل على سماع الدعوى و النظر فيها، و الرجوع إلى قواعد القضاء. و لذا ذكر الأصحاب أنه إذا أقر بقبض الثمن، ثم ادعى أن إقراره كان للتواطؤ

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٢

حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (١). إلا إذا علم كون

بينه و بين المشتري قبل ذلك منه، و في الجواهر: «لم نجد خلافاً في القبول» ثم قال: «و لعل الأقوى في النظر إن لم يكن إجماع عدم خصوصية للمقام فتسمع الدعوى مطلقاً إذا ذكر وجهاً ممكناً لإقراره الأول». فإذا كان يقبل ذلك مع كونه مخالفاً لظاهر الإقرار فأولى أن يقبل إذا كان مخالفاً لظاهر القول أو الفعل. نعم على تقدير القبول يكون مدعياً، لأن قوله يخالف الحجة- و هو ظاهر الإجازة- و خصمه منكرًا لموافقته لظاهر الإجازة، فيكون البينة عليه و اليمين على خصمه. و بذلك يفترق عن حكم القبول عند الأصحاب، فإن الوارث عندهم يقبل قوله لأنه منكر، و بناء على ما ذكرنا يقبل قوله لأنه مدع و خصمه منكر. و نظير المقام ما إذا باع مثلاً ثم ادعى فساد البيع، فإنه يقبل قوله- اتفاقاً ظاهراً، كما في الجواهر- على أنه مدع، لأن قوله مخالف لأصالة الصحة، و يكون خصمه منكرًا، لموافقته قوله لها. و كذلك بناؤهم في باب الإقرار، فإنه يكون مدعياً عندهم و خصمه منكرًا، فيحلف خصمه على القبض- كما هو الظاهر- أو على نفى المواطأة، كما قيل.

(١) لأن الظن من قبيل الداعي إلى الإجازة، لا قيد لموضوعها، و مع تخلف الداعي لا يبطل الإنشاء، لأن الدواعي بوجودها العلمي مؤثرة في المدعو إليه، و الوجود العلمي حاصل، لا بوجودها الخارجي، حتى يكون فقدها موجباً لانتفاء المدعو إليه، كما ذكرنا ذلك مكرراً في هذا الشرح. فإذا قال إنسان: من كان صديقي فليأكل من طعامي، لا يجوز لمن لم يكن صديقاً له أن يأكل، لأنه غير مأذون، لانتفاء قيد موضوع الاذن، و إذا قال إنسان لآخر: كل من طعامي، و علم أن الداعي إلى هذا الاذن اعتقاد الصداقة جاز له أن يأكل و إن لم يكن صديقاً له. و على

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٣

إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا (١)، فيرجع إلى عدم الإجازة (٢). و معه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً (٣).

[مسألة ٦: المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصى]

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصى (٤).

هذا فلو فرض صدق الوارث في دعواه الظن بقله المال أو بزيادته، لكن تخلف ذلك، لا يوجب بطلان الإجازة. اللهم إلا أن يقال: قاعدة نفى الضرر موجبة للبطلان، لأن صحة الإجازة ضرر على الوارث لم يقدم عليه لكن يشكل: بأن الإجازة لا توجب الضرر، و إنما

توجب عدم النفع، لان المال لم يخرج من ملك الوارث، و إنما خرج من ملك الموصى، كما تقدم.

(١) بناء على ما ذكرنا يكون مورد الشك في كون الخصوصية أخذت بنحو الداعي أو القيد مورداً لأصالة عدم الإجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر الإطلاق، فإن إطلاق الخطاب و عدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصية لوحظت داعياً فما لم يعلم التقييد يبني على صحة الوصية.

(٢) هذا إذا احتمل تحقق إجازة أخرى غير الإجازة التي قيدت، و إلا فلا شك كى يرجع إلى الأصل.

(٣) إذا كان ما ظنوه زائداً على المقيد، أما إذا كان هو المقيد فلا إشكال في كونه مورد الإجازة.

(٤) بلا خلاف أجده، بل الإجماع محكى عن الخلاف، إن لم يكن محصلاً. كذا في الجواهر. و يقتضيه إطلاق الأدلة، فإنه يقتضى كون المراد من الثلث ما كان حال الوفاة، و كذلك غيره من السهام، كالنصف و الربع و الثمن و غيرها، فان الجميع من باب واحد، و إنها جميعاً واردة بالنسبة إلى ما يتركه الميت و يفارقه و يذهب إلى غيره، فكأن الموصى في مقام التصرف في المال الذى يذهب منه. و لو لا ذلك كان المتعين الحمل

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٤

لا حال الوصية (١)، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة (٢) إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو أوصى بحصة مشاعة - كالربع أو الثلث - و كان ماله بمقدار ثم نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث و الموصى، و لو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً، و ان كانت كثيرة جداً. و قد يقيد بما إذا لم

على حال الوصية، كما في سائر الموارد التى يحمل فيها العنوان على ما يكون حال الخطاب، فاذا قال المقر: لزيد نصف مالى، كان المراد نصفه حال الإقرار، و إذا قال: لله على أن أتصدق بنصف مالى، فالمراد حال النذر، و هكذا. لكن القرينة في المقام قائمة على حال الوفاة.

(١) خلافاً لبعض الشافعية.

(٢) قال في جامع المقاصد: «قد بينا فيما تقدم أن الثلث يعتبر بعد الموت، إذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت - كالدية إذا ثبتت صلحاً - و قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث. و كأن المصنف (ره) إنما اعتبر ذلك (يعنى حال الوفاة) في مقابل وقت الوصية، لا مطلقاً، فكأنه قال: لا يعتبر وقت الوصية»، و تبعه على ذلك من تأخر عنه.

و هو في محله في المتجدد - كما يأتى - للدليل. و إما في التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر، لأن النقص يكون من أصل التركة، و لا يختص بمال الوارث ضرورة، لعدم المخصص. و حينئذ لا يكون المدار في الثلث على حال القبض بل على حال الوفاة، و ورود النقص عليه بالتلف لا ينافى ذلك، بل يحققه، و كذا إذا قبضه الوارث قبض أمانة، فتلف بعضه، فان النقص يكون على الجميع. و إذا قبضه الوارث قبض ضمان، فتلف بعضه، ضمنه الوارث لا غير. و كيف كان فالتقص على نحو الضمان و عدمه لا يستدعى كون العبرة بالثلث على حال قبض الوارث. فلاحظ.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٥

تكن كثيرة (١)، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجددة، و الأصل عدم تعلق الوصية بها. و لكن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصية (٢).

(١) قال في جامع المقاصد: «هذا يستقيم فيما إذا أوصى بقدر معلوم، أما إذا أوصى بثلاث تركته، و كان في وقت الوصية قليلاً، فتجدد له مال كثير - بالارث أو بالوصية أو بالاكتساب - ففي تعلق الوصية بثلاث المتجدد مع عدم العلم بإرادة الموصى للموجود وقت الوصية

و المتجدد نظر ظاهر، منشؤه قرائن الأحوال على أن الموصى لم يرد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقفاً. وقد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه، وله ابن و ابن ابن، فمات الابن، فان استحقاق ابن الابن لها لا يخلو من تردد).
(٢) قد عرفت أن الحمل على حال الوفاة مقتضى قرينة المقام القطعية و حينئذ لا مجال للتشكيك المذكور. و لا لدفعه بالتمسك بالإطلاق، فإن المقام ليس مقام الإطلاق و التقييد لتعين المراد. نعم يمكن فرض الإطلاق بلحاظ أن المال حال الوفاة تارة: يكون موجوداً حال الوصية، و أخرى:

لا يكون كذلك. لكن المستشكل لم يكن توقعه لذلك، و لا لاحتمال هذا النحو من التقييد، بل كأنه لاحظ حال الوصية في المقدار و لاحظ الزيادة من أحواله، فكأن الموصى قال: ادفعوا ثلث مالى حال الوصية و إن زاد.

و شكك جامع المقاصد في شموله للزيادة الكثيرة و المصنف تمسك بالإطلاق الشامل للزيادة الكثيرة مع أن الزيادة ليست من أحوال المال الثابت حال الوصية و ربما تكون مباينة له، بأن كان يملك حال الوصية دراهم فصار يملك دنانير، فكيف يكون الإطلاق شاملاً للزيادة مع المباينة؟ فلاحظ.

و على تقدير الإطلاق فقرائن الأحوال التي ذكرها في جامع المقاصد غير ثابتة بنحو تصلح للتقييد، فان مجرد عدم التوقع للزيادة لا يصلح لذلك.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٦

نعم لو كان هناك قرينة قطعية (١) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر. لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة و قلتها. و لو أوصى بعين معينة (٢) كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل، صحت الوصية فيها. و كذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلى كمائة دينار مثلاً.

[مسألة (٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلى]

(مسألة ٧): ربما يحتمل (٣) فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلى كمائة دينار مثلاً- أنه إذا أتلّف من التركة بعد موت

(١) أو غير قطعية مع كونها قرينة لتقييد المطلق، أو صالحه للقرينة و إن لم يثبت كونها قرينة عند العرف، فان ذلك كاف في رفع اليد عن الإطلاق، و لا يختص ذلك بالقرينة القطعية، و لا بالقرينة على التقييد و إن لم تكن قطعية، فإن ما يصلح للقرينة كاف في رفع اليد عن الإطلاق.

(٢) هذا و ما بعده يتفرع على كون العبرة بالثلث حال الوفاة لا حال الوصية.

(٣) قال في الجواهر: «إنما الإشكال في أن هذا و نحوه (يعنى الوصية بشيء معين أو بمقدار كلى كمائة دينار) هل يرجع إلى الوصية بحصة مشاعة من الثلث حتى أن التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة، لأنه كالوصية بربع الثلث - مثلاً - و أنه لا يرجع إلى ذلك، بل هو كلى مضمون في الثلث، حتى لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوى ذلك نفذت

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٧

الموصى يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة، كما في الحصة المشاعة، و إن كان الثلث وافياً و ذلك بدعوى أن الوصية بها ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوى قيمتها، فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة. و الأقوى عدم ورود النقص عليهما (١) ما دام الثلث وافياً، و رجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة.

[مسألة (٨): إذا حصل للموصى مال بعد الموت]

(مسألة ٨): إذا حصل للموصى مال بعد الموت كما إذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته- يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون (٢)، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً، وإذا أوصى بعين، و كانت

الوصية؟ فيه وجهان منشؤهما أن الكلى يملك في الخارج لا على جهة الإشاعة على وجهه تشمله عمومات الوصية- مثلاً- أو أنه لا يملك إلا على جهة الإشاعة إلا ما خرج بالدليل، كبيع الصاع من الصبرة بناء عليه، لخبر الأطنان».

(١) لإطلاق وجوب العمل بالوصية إذا لم ترد على الثلث، و ورود النقص على الموصى به في الفرضين المذكورين في المتن خلاف ذلك الإطلاق كما اختاره في الجواهر. (و دعوى) عدم ملك الكلى إلا على نحو الإشاعة ممنوعة مخالفة لما عند العرف. نعم إذا كانت الإشاعة في نفس الموصى به- كما إذا أوصى بالثلث أو الربع أو نحوهما- فورود النقص عليهما مقتضى الاشتراك في المشاع كما هو ظاهر.

(٢) نص على ذلك جماعة. لأن النصب فعل الميت، و الصيد أثره و الأثر تابع المؤثر تبعية النماء الذي النماء.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٨

أزيد من الثلث حين الموت، و خرجت منه بضم ذلك المال، نفذت فيها (١). و كذا إذا أوصى بكلية كمائة دينار مثلاً. بل لو أوصى ثم قتل حسب ديتة من جملة تركته، فيخرج منها الثلث (٢) كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ، بل و إن

(١) يشكل بأن النصب حال الوفاة يكون للوارث، لأنه غير موصى به، و إذا كان النصب للوارث كان أثره- و هو الصيد- له لا للميت حتى تخرج منه وصيته. نظير ما إذا ترك شاتين قد أوصى بأحدهما بعينها لزيد و كانتا متساويتين في القيمة، فإنه ترد الوصية في سدس الشاة الموصى بها، فإذا ولدت الشاة الأخرى لم يكن متداركاً به النقص، لأنه ملك الوارث لا غير. و كذا الكلام فيما لو أوصى بمائة دينار مثلاً فان العين الخارجية للوارث، و النماء تابع لها، فيكون للوارث.

(٢) إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، كذا في الجواهر، و في جامع المقاصد: دعوى الإطباق عليه. و هو كذلك على الظاهر، فإنه لم ينقل فيه خلاف أو إشكال. و تدل عليه النصوص،

كصحيح محمد بن قيس، قال: «قلت له: رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع، فيقتل الرجل خطأ، يعنى الموصى. فقال يجاز لهذه الوصية من ماله و من ديتة» (١).

و

خبر السكوني عن أبي عبد الله (ع): «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ، فإن ثلث ديتة داخل في وصيته» (٢)

، و نحوهما غيرهما.

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٢، و يوجد في الباب غير ذلك من الاخبار الدالة على المطلوب.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦١٩

كان عمداً (١) و صالحوا على الدية. للنصوص الخاصة. مضافاً إلى الاعتبار، و هو كونه أحق بعوض نفسه من غيره (٢).

(١) كما هو المشهور. و في الجواهر «قيل: إنه حكيت إجماعات على ذلك و انه لم يخالف فيه، الا ما يوهمه كلام ابن إدريس في باب قضاء الدين عن الميت، و هو اجتهاد في مقابلة النص». و يشير بالنص الى خبر عبد الحميد: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن رجل قتل، و عليه دين، و أخذ أهله الدية من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال (ع):

نعم. قلت: و هو لم يترك شيئاً. قال (ع): إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين» [١]

و نحوه خبر يحيى الأزرق عن أبي الحسن (ع)

«٢». و إطلاقهما شامل للعمد. بل هو صريح

خبر أبي بصير عن أبي الحسن موسى ابن جعفر (ع) قال: «قلت: فان هو قتل عمداً و صالح أولياؤه قاتله على الدية فعلى من الدين، على أولياؤه أم من الدية أو على إمام المسلمين؟

فقال (ع): بل يؤدوا دينه من دينه التي صالح عليها أولياؤه، فإنه أحق بدينه من غيره» [١].

لكن النصوص المذكورة غير متعرضة الوصية، فكان الجماعة ألحقوها به، بناء منهم على أن الدية ميراث، و الميراث بعد الوصية كما هو بعد الدين.

(٢) كأن المقتول ملك نفس القاتل عوض نفسه، و الولاية على ما

[١] الوسائل باب: ٥٩ من أبواب أحكام القصاص حديث: ٢. لكن رواه عن الفقيه بطريقه عن علي بن أبي حمزة عن ابى الحسن موسى بن جعفر (ع). و هو مروى هكذا في التهذيب الجزء: ٤ صفحة: ٨٣ طبع النجف. لكن رواه في الوافي - في باب أولياء الدم من أبواب القصاص في المجلد الثاني صفحة: ١٩٢- عن التهذيب عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام.

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب الدين و القرض ملحق حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب الدين و القرض حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص: ٦٢٠

و كذا إذا أخذ دية جرحه خطأ (١)، بل أو عمداً (٢).

ملكه لوليه، فله العفو، و له القتل، و له المصالحة عليها بالعوض، و هو الدية، فالدية تكون للوارث بلحاظ كونه بمنزلة مورثه و قائماً مقامه، فالمقتول و إن كان لا يملك نفسه حقيقة، و لا يملك عوضها - و هي نفس القاتل - و لا يملك الدية التي هي عوض نفس المقتول بالصلح، لكن لما كان ملك الوارث للدية بلحاظ كونه قائماً مقام مورثه، فكانه يأخذ المال بالإرث من المقتول، لا بالأصالة عن نفسه، و الى ذلك يشير قوله (ع)

في رواية أبي بصير: «فإنه أحق بدينه»

، فهو حينئذ أحق باستيفاء الدية بتنفيذ وصيته من ورثته، فهذه الاعتبارات متلازمة عرفاً، فلا مجال للإشكال في نفوذ الوصية في الفرض.

(١) فان الميت يملك الدية في حياته، و هي كسائر أمواله التي تخرج منها وصاياه إذا لم تزد على الثلث.

(٢) فإنه في العمد لم يملك الدية في حياته لكنه يملك القصاص، و الدية عوضه بالصلح، فيكون ما يملكه قابلاً لتنفيذ وصيته و لو

بالمصالحة عليه. فلا إشكال.

وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ وَهُوَ حَسْبُنَا وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

الى هنا انتهى الكلام فى مباحث الوصية. و كان فى جوار الحضرة العلوية المقدسة، على مشرفها أفضل الصلاة و السلام. فى الخامس و العشرين من شهر ربيع الأول سنة احدى و ثمانين و ثلاثمائة و ألف هجرية. و الحمد لله رب العالمين.*

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسك العروة الوثقى، ١٤ جلد، مؤسسه دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرِّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رحمه الله" - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفئ مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى جامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.

- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعىة و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جَمكران و...

ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين فى الجلسة

ى) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و "مفترق" و فائى/ "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (=١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلميه الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً مترائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩