



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

موسوعة الأمام الخوئي

المجلد الثاني

الموسوعة الفقهية الإسلامية
المجلد الثاني

١٣٧٧-١٤١٣ هـ

٢٢

موسوعة الأمام الخوئي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المستند فى شرح العروه الوثقى (موسوعه الامام الخوئى)

كاتب:

آيت الله سيد ابوالقاسم خوئى

نشرت فى الطباعة:

موسسه احياء آثار الامام الخوئى

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	المستند فى شرح العروه الوثقى (موسوعه الامام الخوئى) المجلد ٣٣
١٢	اشاره
١٣	[اتمه كتاب النكاح]
١٣	[فصل فى الجمع بين الحزه و الأمه]
١٣	اشاره
١٣	[تمهيد]
٢٣	[مسأله ١: لو نكح الحزه و الأمه فى عقد واحد مع علم الحزه صح]
٢٤	[مسأله ٢: لا إشكال فى جواز نكاح المبعضه على المبعضه]
٢٥	[مسأله ٣: إذا تزوج الأمه على الحزه، فماتت الحزه أو طلقها]
٢٥	[مسأله ٤: إذا كان تحته حزه فطلقها طلاقاً بائناً]
٢٧	[مسأله ٥: إذا زوج فضولى حزه فتزوج أمه ثم أجاز عقد الفضولى]
٢٧	[مسأله ٦: إذا عقد على حزه، و عقد وكيله له على أمه، و شك فى السابق منهما]
٢٩	[مسأله ٧: لو شرط فى عقد الحزه أن تأذن فى نكاح الأمه عليها صح]
٢٩	[فصل فى نكاح العبيد و الإماء]
٢٩	اشاره
٢٩	[مسأله ١: أمر تزويج العبد و الأمه بيد السيد]
٣٣	[مسأله ٢: لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته]
٥٢	[مسأله ٣: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج]
٦٢	[مسأله ٤: مهر الأمه المزوجه للمولى]
٦٦	[مسأله ٥: إذا أذن المولى للأمه فى التزويج و جعل المهر لها، صح]
٧١	[مسأله ٦: لو كان العبد أو الأمه لمالكين أو أكثر]
٧١	[مسأله ٧: إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح]
٨٠	[مسأله ٨: الولد بين المملوكين رق]

- ١٠٠ [مسأله ٩: إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر]
- ١٠٧ [مسأله ١٠: إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاه، حرم عليه وطؤها]
- ١١٤ [مسأله ١١: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضاً حتى مات]
- ١١٦ [مسأله ١٢: إذا دلست أمه فادعت أنها حرة، فترزجها حر و دخل بها ثم تبين الخلاف]
- ١٢٥ [مسأله ١٣: إذا تزوج عبد بحره من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلاً]
- ١٢٨ [مسأله ١٤: إذا زنى العبد بحره من غير عقد، فالولد حر]
- ١٢٩ [مسأله ١٥: إذا زنى حر بأمه، فالولد لمولاه]
- ١٢٩ [مسأله ١٦: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده]
- ١٣٧ [مسأله ١٧: إذا أراد المولى التفريق بينهما، لا حاجة إلى الطلاق]
- ١٤٠ [مسأله ١٨: إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً]
- ١٤١ [مسأله ١٩: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثه]
- ١٤٣ [مسأله ٢٠: إذا زوج الأمه غير مولاه من حر، فأولدها جاهلاً بكونها لغيره]
- ١٤٧ [مسأله ٢١: لو تزوج أمه بين شريكين بإذنهما، ثم اشترى حصه أحدهما، أو بعضها]
- ١٥١ [أفصل في الطوارئ]
- ١٥١ [اشاره]
- ١٥٩ [مسأله ١: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر]
- ١٦٠ [مسأله ٢: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]
- ١٦٠ [مسأله ٣: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر]
- ١٦١ [مسأله ٤: إذا كان العتق في العده الرجعيه، فالظاهر أن الخيار باق]
- ١٦٣ [مسأله ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]
- ١٦٣ [مسأله ٦: الخيار على الفور على الأحوط]
- ١٦٤ [مسأله ٧: إن كانت صبيته أو مجنونه، فالأقوى أن ولتها يتولى خيارها]
- ١٦٤ [مسأله ٨: لا يجب على الزوج إعلانها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم]
- ١٦٥ [مسأله ٩: ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها]
- ١٦٦ [مسأله ١٠: لو شرط مولاه في العتق عدم فسخها، فالظاهر صحته]
- ١٦٦ [مسأله ١١: لو أعتق العبد لا خيار له]

- مسأله ١٢: لو كان عند العبد حزه و أمنان، فأعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار] ----- ١٦٩
- [فصل فى العقد و أحكامه] ----- ١٧٢
- اشاره ----- ١٧٢
- مسأله ١: يشترط فى النكاح الصيغه] ----- ١٧٢
- مسأله ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشاره] ----- ١٨٨
- مسأله ٣: لا يكفى فى الإيجاب و القبول الكتابه] ----- ١٩١
- مسأله ٤: لا يجب التطابق بين الإيجاب و القبول فى ألفاظ المتعلقة] ----- ١٩١
- مسأله ٥: يكفى على الأقوى فى الإيجاب لفظ (نعم) بعد الاستفهام] ----- ١٩١
- مسأله ٦: إذا لحن فى الصيغه، فإن كان معيّرًا للمعنى لم يكف] ----- ١٩٣
- مسأله ٧: يشترط قصد الإنشاء فى إجراء الصيغه] ----- ١٩٣
- مسأله ٨: لا يشترط فى المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً] ----- ١٩٤
- مسأله ٩: يشترط الموالاه بين الإيجاب و القبول] ----- ١٩٤
- مسأله ١٠: ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول] ----- ١٩٥
- مسأله ١١: و يشترط فيه التنجيز كما فى سائر العقود] ----- ١٩٦
- مسأله ١٢: إذ أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته] ----- ٢٠١
- مسأله ١٣: يشترط فى العاقد المجرى للصيغه الكمال بالبلوغ و العقل] ----- ٢٠٢
- مسأله ١٤: لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلاً عن الغير فى إجراء الصيغه] ----- ٢١١
- مسأله ١٥: لا يشترط الذكوره فى العاقد] ----- ٢١٤
- مسأله ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد] ----- ٢١٤
- مسأله ١٧: يشترط تعيين الزوج و الزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره] ----- ٢١٧
- مسأله ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الإشاره أخذ بما هو المقصود] ----- ٢١٩
- مسأله ١٩: إذا تنازع الزوج و الزوجه فى التعيين و عدمه] ----- ٢٢١
- مسأله ٢٠: لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريته أو أنوثيته] ----- ٢٢٧
- مسأله ٢١: لا يشترط فى النكاح علم كل من الزوج و الزوجه بأوصاف الآخر مما يختلف به الرغبات] ----- ٢٢٨
- [فصل فى مسائل متفرقه] ----- ٢٢٩
- اشاره ----- ٢٢٩

- الأولي: لا يجوز في النكاح دواماً أو متعه اشتراط الخيار في نفس العقد] - ٢٢٩ -----
- الثانيه: إذا ادعى رجل زوجته امرأة فصَدَّقته] - ٢٣٢ -----
- الثالثه: إذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج] - ٢٣٧ -----
- الرابعه: إذا ادعى رجل زوجته امرأة و أنكرت] - ٢٤٢ -----
- الخامسه: إذا ادعى رجل زوجته امرأة فأنكرت، و ادعت زوجته امرأة أخرى] - ٢٤٦ -----
- السادسه: إذا تزوج العبد بمملوكه ثم اشتراها بإذن المولى] - ٢٥٣ -----
- السابعه: يجوز تزويج امرأة تدعى أنها خليه من الزوج من غير فحص] - ٢٥٧ -----
- التاسعه: إذا وكلنا وكيلًا في إجراء الصيغه في زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه] - ٢٦٠ -----
- فصل في أولياء العقد] - ٢٦٢ -----
- اشاره - ٢٦٢ -----
- مسأله ١: تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين] - ٢٦٦ -----
- مسأله ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء] - ٢٨٧ -----
- مسأله ٣: لا يشترط في ولاية الجد حياه الأب و لا موته] - ٢٩١ -----
- مسأله ٤: لا خيار للصغيره إذا زوجه الأب] - ٢٩٢ -----
- مسأله ٥: يشترط في صحه تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسده] - ٢٩٨ -----
- مسأله ٦: لو زوجه الولي بدون مهر المثل] - ٣٠١ -----
- مسأله ٧: لا يصح نكاح السفیه المبذّر] - ٣٠٣ -----
- مسأله ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات] - ٣٠٥ -----
- مسأله ٩: كل من الأب و الجد مستقل في الولاية] - ٣٠٦ -----
- مسأله ١٠: لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب] - ٣١٣ -----
- مسأله ١١: مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى] - ٣١٧ -----
- مسأله ١٢: للوصي أن يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج] - ٣١٧ -----
- مسأله ١٣: للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له] - ٣٢٢ -----
- مسأله ١٤: يستحب للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أبها أو جدّها] - ٣٢٣ -----
- مسأله ١٥: ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها] - ٣٢٤ -----
- مسأله ١٦: يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، و العقل و الحريه، و الإسلام] - ٣٢٦ -----

- مسأله ١٧: يجب على الوكيل فى التزويج أن لا يتعدى عما عتبه الموكل] ----- ٣٣٤
- مسأله ١٨: الأقوى صحه النكاح الواقع فصولاً مع الإجازة] ----- ٣٣٦
- مسأله ١٩: لا يشترط فى الإجازة لفظ خاص] ----- ٣٤٢
- مسأله ٢٠: يشترط فى المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد] ----- ٣٤٣
- مسأله ٢١: الإجازة كاشفه عن صحه العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه] ----- ٣٤٤
- مسأله ٢٢: الرضا الباطنى التقديرى لا يكفى فى الخروج عن الفضوليته] ----- ٣٤٤
- مسأله ٢٣: إذا كان كارهاً حال العقد] ----- ٣٤٨
- مسأله ٢٤: لا يشترط فى الفضولى قصد الفضولىه و لا الالتفات إلى ذلك] ----- ٣٥٠
- مسأله ٢٥: لو قال فى مقام إجراء الصيغه: (زوّجت موكلتى فلانه) مثلاً] ----- ٣٥١
- مسأله ٢٦: لو أوقع الفضولى العقد على مهر معين] ----- ٣٥٢
- مسأله ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضولىه، فتبين كونه وكلياً فالظاهر صحته] ----- ٣٥٤
- مسأله ٢٨: إذا كان عالمياً بأنه وكيل أو ولى] ----- ٣٥٦
- مسأله ٢٩: إذا زوّج الصغيرين وليهما، فقد مر أن العقد لازم عليهما] ----- ٣٥٧
- مسأله ٣٠: يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبه على الزوجيه] ----- ٣٥٩
- مسأله ٣١: الأقوى جريان الحكم المذكور فى المجنونين] ----- ٣٦٠
- مسأله ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً] ----- ٣٦١
- مسأله ٣٣: إذ ردّ المعقود أو المعقوده فصولاً العقد و لم يجزه] ----- ٣٦٥
- مسأله ٣٤: إذا زوّجت امرأة فصولاً من رجل و لم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر] ----- ٣٦٨
- مسأله ٣٥: إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، و زوّجها الوكيل الآخر من آخر] ----- ٣٦٩
- [كتاب الوصيه] ----- ٣٧٣
- اشاره ----- ٣٧٣
- افصل فى معنى الوصيه و أقسامها و شرائطها] ----- ٣٧٤
- اشاره ----- ٣٧٤
- مسأله ١: الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول] ----- ٣٧٦
- مسأله ٢: بناءً على اعتبار القبول فى الوصيه، يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى] ----- ٣٨٣
- مسأله ٣: تنضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت] ----- ٣٨٥

- ٣٨٨ [مسألة ٤: ردّ الموصى له للوصيّة مبطل لها]
- ٣٩٣ [مسألة ٥: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد]
- ٣٩٥ [مسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها]
- ٣٩٦ [مسألة ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد]
- ٣٩٦ اشاره
- ٤٠٨ [أبقى هنا أمور]
- ٤٠٨ اشاره
- ٤٠٨ [أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث]
- ٤١٠ [الثاني: إذا قبل بعض الورثة و ردّ بعضهم، فهل تبطل]
- ٤١٢ [الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه]
- ٤١٣ [الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى]
- ٤١٤ [الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول]
- ٤١٥ [السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعقد على الموصى له]
- ٤١٩ [السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكه و العهديه]
- ٤١٩ [مسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكه]
- ٤٢٢ [مسألة ٩: الأقوى في تحقّق الوصيّة كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ]
- ٤٢٤ [مسألة ١٠: يشترط في الموصى أمور]
- ٤٢٤ اشاره
- ٤٢٤ [الأول: البلوغ]
- ٤٢٨ [الثاني: العقل]
- ٤٣٠ [الثالث: الاختيار]
- ٤٣٠ [الرابع: الرشد]
- ٤٣٣ [الخامس: الحرّيّه]
- ٤٣٨ [السادس: أن لا يكون قاتل نفسه]
- ٤٤٢ [مسألة ١١: يصح لكل من الأب و الجدّ الوصيّة بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر]
- ٤٤٤ [فصل في الموصى به]

إشاره ٤٤٤

٤٤٧ [مسأله ١: يشترط في نفوذ الوصيه كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه]

٤٥٠ [مسأله ٢: لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له]

٤٥٤ [مسأله ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ]

٤٥٥ [مسأله ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصي، فلا إشكال في نفوذها]

٤٥٩ [مسأله ٥: ذكر بعضهم: أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثه]

٤٦٣ [مسأله ٦: المدار في اعتبار الثلث على حال وفاه الموصي لا حال الوصيه]

٤٦٥ [مسأله ٧: ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينه أو بكلي]

٤٦٦ [مسأله ٨: إذا حصل للموصي مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقع فيها صيد بعد موته]

٤٧٢ تعريف مركز

المستند فی شرح العروه الوثقی (موسوعه الامام الخوئی) المجلد ۳۳

اشاره

سرشناسه : خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۲۷۸ - ۱۳۷۱.

عنوان و نام پدید آور : المستند فی شرح العروه الوثقی / [محمد کاظم یزدی]؛ تقریرا الایحاث ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ تالیف مرتضی البروجردی.

مشخصات نشر : قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی (قدس)، ۱۴۰۱.ق. = ۲۰۲۰.م. = ۱۳۰۱.

مشخصات ظاهری : ج.

فروست : موسوعه الامام الخوئی.

شابک : ج. ۱۱، چاپ دوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۹؛ ج. ۱۱، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۳-۰؛ ج. ۱۲، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۴۴-۹؛ ج. ۱۳، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۶-X؛ ج. ۱۴: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۰-۳؛ ج. ۱۵: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۳-۸؛ ج. ۱۶، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۰-۴؛ ج. ۱۷، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۴-۷؛ ج. ۱۸، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۳-۹؛ ج. ۱۹، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۲-۰:

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتاب حاضر قبلا تحت عنوان "مستند العروه الوثقی" به چاپ رسیده است.

یادداشت : فهرست نویسی بر اساس جلد یازدهم: ۱۴۲۱.ق. = ۲۰۰۰.م. = ۱۳۷۹.

یادداشت : ج. ۱۱ (چاپ دوم: ۱۴۲۶.ق. = ۲۰۰۵.م. = ۱۳۸۴).

یادداشت : ج. ۱۱-۱۸ (چاپ سوم: ۱۴۲۸.ق. = ۲۰۰۷.م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : ج. ۱۴ (چاپ سوم: ۱۴۲۱.ق. = ۱۳۷۹).

یادداشت : ج. ۳۰ (چاپ؟: ۱۴۲۲.ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت : ج. ۳۰ (چاپ سوم: ۱۴۲۸.ق. = ۲۰۰۷.م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : عنوان عطف: شرح عروه الوثقی.

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : ج. ۱۱. الصلاه. - ج. ۳۰. الاجاره.

عنوان عطف : شرح عروه الوثقی.

عنوان دیگر : العروه الوثقی. شرح.

عنوان دیگر : شرح العروه الوثقی.

موضوع : یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق. عروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق.

شناسه افزوده : بروجردی، مرتضی، ۱۹۲۹ - ۱۹۹۸ م

شناسه افزوده : موسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ی ۴۰۲۱۳۷۷ ۴۰۲۱۳۷۷ ی ۱۳۰۰ ی الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۱۱۶۷ س

[تمه کتاب النکاح]

[فصل فی الجمع بین الحرّه و الأمه]

اشاره

فصل [فی الجمع بین الحرّه و الأمه]

[تمهید]

الأقوی جواز نکاح الأمه علی الحرّه مع إذنہا (۱).

(١) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد من القدماء و المتأخرين.

نعم، نسب الشيخ (قدس سره) إلى جماعه من الأصحاب القول بعدم الجواز «١» غير أن صاحب الحدائق (قدس سره) قد استشكل في ذلك، و حمل كلام هؤلاء الجماعه على صورته عدم تماميه شرائط جواز التزوج من الأمه «٢».

و كيف كان، فقد استدل لمذهب المشهور بصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام): هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حرّه؟ قال: «نعم، إذا رضيت الحرّه». قلت: فإن أذنت الحرّه يتمتع منها؟ قال: «نعم» «٣».

و هذه الصحيحه و إن كان موردها المتعه، إلّا أنّه لا بدّ من التعدى إلى العقد الدائم أيضاً، لعدم القول بالفصل. و غير بعيد أن يكون اختصاص السؤال بالمتعه، من جهة أن إذن الحرّه فيها أيسر و أسهل من الإذن في العقد الدائم.

و بإزاء هذه الصحيحه صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «تزوج الحرّه على الأمه و لا تزوّج الأمه على الحرّه، و من تزوّج أمه على حرّه

(١) النهايه: ٤٥٩.

(٢) الحدائق ٢٣: ٥٧٠.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٦ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢

و الأحوط (١) اعتبار الشرطين: من عدم الطول، و خوف العنت. و أما مع عدم إذنهما فلا يجوز، و إن قلنا في المسأله المتقدمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطين (٢) بل هو باطل (٣). نعم، لو أجازت بعد العقد صحّ على الأقوى (٤) بشرط تحقق

باطل» (١). و غيرها من الأخبار.

و مقتضى الجمع بينهما حمل الثانيه على صوره عدم الإذن من الحرّه.

هذا و لو قطعنا النظر عن معارضه الصحيحتين، فإن صحيحه الحلبي و غيرها من أدلّه المنع معارضه بما دلّ على الجواز فى فرض خشيه العنت و عدم الطول أو الاضطرار على ما دلّت عليه الآيه الكريمة و النصوص الكثيره المتقدّمه إذ أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين من كانت عنده حرّه و غيره، كما أن مقتضى إطلاق الصحيحه و غيرها عدم الفرق بين موارد الاضطرار و غيرها. و حينئذٍ فيتعارضان و يسقطان، و يكون المرجع هو عمومات الحلّ، و مقتضاها جواز التزوج من الأمه فى هذا الحال، متعه كان أو دواماً.

فإن قلت: إذن فما الدليل على اعتبار إذن الحرّه فى جواز نكاح الأمه؟

قلت: إنّ الدليل هو صحيحه ابن بزيع، فإنّه إذا اعتبر الإذن فى النكاح المنقطع الذى هو أهون حالاً من العقد الدائم و لا سيّما إذا كانت المدّه قصيره جداً اعتبر الإذن فى العقد الدائم بطريق أولى قطعاً.

و بالجملة فما ذهب إليه المشهور من القول بالجواز مع إذن الحرّه هو الصحيح.

(١) بل الأقوى، لما تقدّم.

(٢) فإن كلا منهما شرط مستقل و له دليله الخاص، فلا يلزم من القول بعدم اعتبار أحدهما القول بعدم اعتبار الآخر.

(٣) لصحيحه الحلبي المتقدّمه.

(٤) كما اختاره جملة من الأصحاب، خلافاً للشرائع و غيرها حيث التزموا بالبطلان «٢» بل فى بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ٤٦ ح ١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣

و كيف كان، فالإجماع غير متحقق يقيناً، و القواعد تقتضى البطلان، فإن العقد حين وقوعه لما كان باطلاً،

فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل.

وقد ذكرنا في مسأله التزوج من بنت الأخ من دون إذن العمه أو بنت الأخت من دون إذن الخاله ثم أذنتا، أن العقد الفضولى و إن كان صحيحاً على القاعده، إلّا أن ذلك إنّما يختص بما إذا كانت إجازة من له الأمر موجه لاستناد العقد إلى المجيز، و لا يشمل مثل المقام الذى قد تحقق استناد العقد إلى الرجل فى حينه و كانت صحته متوقفه على إذن شخص معين تعبداً، فإن العقد حينئذٍ حين انتسابه لم يكن صحيحاً و ليس بعده عقد، فلا موجب للحكم بالصحة.

و بعبارة اخرى: إن صحّ العقد الفضولى بالإجازة اللاحقه إنّما تكون على القاعده فإنّ العقد بالإجازة يستند إلى المجيز و من له الأمر، فتشمله العمومات الدالّة على الصحّة. و أما إذا كان العقد مستنداً إلى من له الأمر و كان محكوماً بالبطلان، فلا تكون إجازة من اعتبرت إجازته تعبداً مصححه له.

نعم، ذكرنا هناك أيضاً أنّ القاعده و إن كانت تقتضى البطلان، إلّا أنّه لا بدّ من الخروج عنها فى مثل هذه الموارد، للتعليل المذكور فى صحيحه زراره عن أبى جعفر (عليه السلام) فى مملوك تزوّج بغير إذن سيده، حيث ورد فيها قوله (عليه السلام): «إنّه لم يعص الله، و إنّما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز» (١). فإنّ مقتضاه هو الحكم بصحة كل عقد لم يشتمل على معصيه الله تعالى كالجمع بين الأختين بل كان حلالاً فى نفسه، غايه الأمر كان فاقداً للإذن من يعتبر إذنه، خاصه فيما إذا لحقته الإجازة كالمقام.

و الحاصل إن المقام يلحق بالعقد الفضولى فى الحكم بالصحة فيما إذا لحقته الإجازة. لكن بفارق أن الحكم فى العقد الفضولى للقاعده،

فى حىن أنه فى المقام للتعليل المذكور فى النص.

هذا و ربما يستدل للصحة بصحيحه ابن بزيع المتقدمه، بدعوى أنها مطلقه من

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٤

.....

حيث تقدم الإذن و تأخره.

إلا أنه مدفوع بأن الظاهر من قوله (عليه السلام): «نعم، إذا رضيت الحرّه» هو اعتبار الإذن فى صحه العقد و التمتع، بمعنى كونه فى مرحله سابقه على العقد بحيث لا يجوز العقد إلا به، فلا تشمل الرضاء المتأخر بالتمتع السابق.

ثم إن الشيخ (قدس سره) قد حكم فى المقام بتخير الحرّه بين إمضاء عقد الأمه، أو فسخه، أو فسخ عقد نفسها «١».

□
مستدلاً عليه بموثقه سماعه عن أبى عبد الله (ع) عن رجل تزوج أمه على حرّه فقال: «إن شاءت الحرّه تقيم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها». قال: قلت: فإن لم ترض و ذهبت إلى أهلها، إله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال: «لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم». قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟ قال: «نعم، إذا خرجت من منزله اعتدّت ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء، ثم تتزوج إن شاءت» «٢». و هذه الموثقه تدل على تخيرها فى عقد نفسها، و أما تخيرها فى عقد الأمه فهو قد ثبت بالأدله السابقه.

و ما أفاده (قدس سره) هو الصحيح لو تمّ متن الروايه. غير أن الأمر ليس كذلك فإن الكلينى (قدس سره) قد رواها بعين السند و المتن فيما عدا اختلاف يسير، فإنه ذكر فى الكافى هكذا: فى رجل تزوج امرأه حرّه و له امرأه أمه و لم تعلم الحرّه أنه له امرأه، قال: «إن شاءت الحرّه»

الحديث «٣». فتكون الموثقة على هذا أجنبيه عمّا نحن فيه.

و حيث لا يحتمل تعدّد الروایتين، فلا محاله قد وقع الخطأ فى إحدى النسختين و من هنا فيتعيّن ترجيح نسخه الكلينى (قدس سره) لكونه (قدس سره) أضبط نقلًا من الشيخ (قدس سره)، فإنّ أخطاء الشيخ (قدس سره) فى التهذيب و الاستبصار كثيره، بل ذكر صاحب الحقائق (قدس سره) أنّه قلّمًا توجد فيهما روايه تخلو من

(١) النهايه: ٤٥٩.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ٤٧ ح ٣.

(٣) الكافى ٥: ٣٥٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥

الشّريطين 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 الحرّه و عدمه، لمرض أو قرن أو رتق، إلّا مع عدم الشرطين [١] (٤).

نعم، لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّه قابله للإذن (٥) لصغر أو جنون

الخطأ فى السند أو المتن. و ما ذكره (قدس سره) و إن كان لا يخلو من مبالغه و مسامحه فإنّه ما أكثر الروايات التى تخلو من الخطأ فى السند و المتن فيهما، غير إن وجود الخطأ فيهما ليس بعزيز.

و على كل فلا أقل من الالتزام بتساقطهما، و حينئذٍ فلا يبقى دليل على تخيرها فى عقد نفسها.

(١) لبنائه (قدس سره) الحكم فى أصل المسأله على الاحتياط.

(٢) أما بالنسبه إلى عقد الحرّه، فلا إطلاق قوله فى صحيحه ابن بزيع: (و له امرأه حرّه). و أما بالنسبه إلى عقد الأمه، فالنص المذكور و إن كان واردًا فى خصوص المتعه، إلّا أنّك قد عرفت أنّه لا بدّ من التعدى عنها إلى عقد الدوام أيضاً، للأولويه القطعيه.

(٣) لإطلاق الدليل.

(٤) لم يظهر وجه

لهذا الاستثناء، إذ الكلام إنما هو في فرض تحقق الشرطين، وإلا يتعين القول بعدم الجواز جزماً أو احتياطاً على الخلاف.

(٥) نظراً لانصراف دليل اشتراط إذن الحرّ أعنى صحيحه ابن بزيع إلى القابله له، على ما هو الظاهر منها عرفاً، و عليه فيرجع في غيرها إلى عمومات الحلّ.

و من هنا يظهر الفرق بين هذه المسألة و مسأله اعتبار إذن العمه و الخاله في التزوج من بنت الأخ أو بنت الأخت، حيث ذكرنا فيها أنه لا فرق في اعتبار إذنهما بين كونهما

[١] هذه الجملة زائده أو أنّ في العبارة تقديماً و تأخيراً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦

خصوصاً (١) إذا كان عقدها انقطاعياً، و لكن الأحوط مع ذلك المنع.

و أمّا العكس و هو نكاح الحرّ على الأمه فهو جائز و لازم إذا كانت الحرّ عالمه بالحال (٢).

قابلتين للإذن و عدمه.

و الوجه في ذلك إن نصوص تلك المسألة دالّة على عدم جواز التزوج من بنت الأخ على العمه و بنت الأخت على الخاله على الإطلاق، غير إننا قد خرجنا عنه في فرض إذنهما لبعض النصوص الخاصه، و من هنا فإذا فرضنا عدم قابليتهما للإذن كانت إطلاقات المنع هي المحكمه. و هذا بخلاف المقام، إذ قد عرفت أنّ مقتضى القاعده هو الجواز، نظراً لتعارض أدلّه المنع مع ما دلّ على الجواز في فرض الضروره، غايه الأمر إننا قد اعتبرنا إذن الحرّ لصحيحه ابن بزيع، و حيث قد عرفت أنّها منصرفه إلى فرض قابليتها للإذن، فلا محاله يكون المرجع في فرض عدم قابليتها للإذن هو عمومات الحلّ و الجواز.

(١) لم يظهر وجه للخصوصيّة، بعد ما تقدّم من عدم الفرق بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين. نعم،

لا يبعد دعوى انصراف الدليل عن بعض أقسام الانقطاع الذي لا يقصد به الاستمتاع كالتزوج منها لكي تحرم أمها عليه أبداً غير أن هذا لا يختص بالزوجه الصغيره أو المجنونه، بل يجرى حتى فى الزوجه الكبيره العاقله.

(٢) لموثقه سماعه المتقدمه بناءً على نسخه الكلينى (قدس سره). و على فرض سقوطها نتيجه لمعارضتها لنسخه الشيخ (قدس سره)، تكفينا صحيحه يحيى الأزرق قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له امرأه وليده فتزوج حرّه و لم يعلمها بأن له امرأه وليده، فقال: «إن شاءت الحرّه أقامت، و إن شاءت لم تقم». قلت: قد أخذت المهر فتذهب به؟ قال: «نعم، بما استحل من فرجها» (١).

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ٤٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧

و أمّا مع جهلها، فالأقوى خيارها فى بقائها مع الأمه، و فسخها و رجوعها إلى أهلها (١). و الأظهر عدم وجوب أعلامها بالحال (٢). فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

ثم إن صاحب الوسائل (قدس سره) قد اقتصر فى ذكر اسم راوى هذه الروايه على يحيى بن الأزرق، و هو إن كان نتيجه سقط فى النسخ فهو، و إلّا فهو خلاف أصول نقل الحديث. فإنّ يحيى هذا مشترك بين يحيى بن حسان الأزرق المجهول و يحيى بن عبد الرحمن الأزرق الثقه، مع أن الشيخ (قدس سره) قد روى هذه الروايه فى التهذيب عن يحيى بن عبد الرحمن الأزرق (١).

فالروايه على هذا صحيحه السند، و إن عبّر عنها فى الجواهر بخبر يحيى بن الأزرق (٢).

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه موثقه سماعه و صحيحه يحيى بن عبد

(٢) بلا- إشكال، لعدم الدليل عليه، إذ غايه ما دلّ عليه الدليل هو ثبوت الخيار لها عند علمها بالحال، وهذا لا يعنى وجوب إعلامها بذلك، كما هو الحال فى سائر موارد الخيار فى العقود، كالغيب و الغبن و ما شاكلهما. بل يمكن استفاده عدم الوجوب من موثقه سماعه و صحيحه ابن الأزرق، باعتبار أن الإمام (عليه السلام) فيهما لما كان فى مقام البيان، فعدم ذكره لوجوب الإعلام يكون دليلاً على عدمه.

و من الغريب ما حكاه صاحب الجواهر (قدس سره) عن الرياض من أنه قال: و لو أدخل الحرّه على الأمه جاز، و لزم علم الحرّه بأن تحتها أمه إجماعاً و نصوصاً. ثم أشكل عليه بأنه لم نتحقق ذلك، و ذكر أنّ من الممكن أن يريد الإجماع و النصوص على الحكم الأوّل، أعنى الجواز (٣).

(١) التهذيب ٧: ٣٤٥ / ١٤١٣.

(٢) الجواهر ٢٩: ٤١٢.

(٣) الجواهر ٢٩: ٤١٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٨

[مسأله ١: لو نكح الحرّه و الأمه فى عقد واحد مع علم الحرّه صحّ]

[٣٧٩٤] مسأله ١: لو نكح الحرّه و الأمه فى عقد واحد مع علم الحرّه صحّ (١). و مع جهلها صحّ بالنسبه إليها، و بطل بالنسبه إلى الأمه (٢) إلّا مع إجازتها (٣).

و الظاهر أنّ نسخته (قدس سره) كانت مغلوطة، و الصحيح إضافه كلمه (مع) بعد قوله (لزم) كما هو الحال فى النسخ المطبوعه من الرياض و إلّا لكانت العبارة غير مستقيمه جزمًا، إذ ينبغى أن تكون (و لزم إعلام الحرّه) لو كان المقصود هو ما ذكره صاحب الجواهر (قدس سره).

(١) باعتبار أنّ رضا الحرّه بهذا العقد مع علمها بالحال رضا بتزوج الرجل من الأمه، فتشمله أدله جواز إدخال الأمه على الحرّه إذا رضيت بذلك.

(٢) لصحيحه أبى عبيده الحذاء عن أبى جعفر (عليه السلام)،

قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه حرّة و أمّتين مملوكتين في عقد واحد، قال: «أما الحرّة فنكاحها جائز، و إن كان سمّي لها مهراً فهو لها. و أما المملوكتان فإنّ نكاحهما في عقد مع الحرّة باطل، يفرق بينه و بينهما» (١).

(٣) و الوجه فيه بعد إطلاق صحيحه أبي عبيده المقتضى للبطلان، بلا فرق بين علم الحرّة و جهلها، و الإذن و عدمه هو ما ادعاه صاحب الجواهر (قدس سره) من اليقين بتقيدها بصورة عدم الإذن و الرضا (٢). و هو غير بعيد، و لعلّ منشأ الروايات التي دلت على جواز إدخال الأمه على الحرّة بإذنها، فإنّه إذا جاز إدخالها عليها برضاها، جاز الاقتران بطريق أولى.

هذا و يمكن أن يقال في توجيه الحكم: إنّ صحيحه أبي عبيده معارضه للآية الكريمة الدالّة على جواز التزوج من الأمه عند عدم الطول و خشية العنت، و النصوص الدالّة عليه مع الضرورة، باعتبار أن النسبه بينهما إنّما هي نسبه العموم و الخصوص من وجه. فيتعارضان في مورد الاجتماع، حيث إنّ مقتضى الآية هو الجواز، في حين أن مقتضى صحيحه أبي عبيده هو المنع. و عليه فإن قلنا بترجيح الآية فهو، و إلّا كان

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ب ٤٨ ح ١.

(٢) الجواهر ٢٩: ٤١٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩

و كذا الحال لو تزوجهما بعقدين في زمان واحد، على الأقوى (١).

[مسألة ٢: لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة]

[٣٧٩٥] مسألة ٢: لا إشكال في جواز نكاح المبعضة على المبعضة (٢). و أمّا على الحرّة ففيه إشكال، و إن كان لا يبعد جوازه

(٣) لأنّ الممنوع نكاح الأمه على الحرّة، و لا يصدق الأمه على المبعضة، و إن

كان لا يصدق أنها حرّه أيضاً (٤).

[مسألة ٣: إذا تزوّج الأمه على الحرّه، فماتت الحرّه أو طلقها]

[٣٧٩٦] مسألة ٣: إذا تزوّج الأمه على الحرّه، فماتت الحرّه أو طلقها، أو وهب مدّتها في المتعه أو انقضت، لم يثمر في الصّحه (٥) بل لا بدّ من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

مقتضى تساقطهما هو الرجوع إلى عمومات الجواز.

و مقتضى هذا التقرير و إن كان هو الجواز حتى مع عدم رضا الحرّه، إلّا أننا لما علمنا بأنّ للحرّه حقاً على الأمه كما يظهر ذلك مما دلّ على تخيير الحرّه في عقد نفسها إذا دخلت هي على الأمه، و في عقد الأمه إذا دخلت الأمه عليها كان تخييرها عند الجمع بينهما في عقد واحد في عقد نفسها أو عقد الأمه ممّا لا ينبغي الشكّ فيه، إذ أنّ الجمع بينهما لا يقصر عن دخولها على الأمه أو العكس.

غير أنّ الاحتمال الأوّل أعنى تخييرها في عقد نفسها لما كان مخالفاً لصريح صحيحه أبي عبيده، تعيّن الثاني لا محاله، فيحكم حينئذٍ بالبطلان لو لم تجز الحرّه العقد.

(١) و ذلك للقطع بعدم خصوصيته وحده العقد في الحكم، و إنّما العبره باقتران التزويجين.

(٢) من دون اعتبار لإذنها، لعدم شمول الأدله لها، باعتبار عدم صدق الحرّه عليها.

(٣) لعمومات الحل، بعد عدم شمول أدله المنع لها لما ذكر في المتن.

(٤) لكونها ملقّقه منهما.

(٥) لأنّه حينما حدث و وقع في الخارج لم يكن مشمولاً لأدله لزوم الوفاء بالعقد و الصّحه باعتبار أنّه يعتبر فيها إذن الحرّه و هو لم يتحقق بحسب الفرض و بعد انقطاع

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠

[مسألة ٤: إذا كان تحت حرّه فطلقها طلاقاً بائناً]

[٣٧٩٧] مسألة ٤: إذا كان تحت حرّه فطلقها طلاقاً بائناً، يجوز له نكاح الأمه في عدّتها (١). و إما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه إشكال، و إن كان لا يبعد الجواز

عصمه الحرّه لم يكن هناك عقد جديد كى يحكم بصحته، و حيث إنّ الانقلاب غير معقول، فلا بدّ من الحكم ببطلانه.

و بعبارة اخرى: إنّ أدله اللزوم و الصّحّه ناظره إلى إمضاء العقد من حين وقوعه. و حيث إنّ العقد فى المقام لم يكن مشمولاً لها من ذلك الحين، لعدم تحقق الإذن فشمولها له بعد ذلك يحتاج إلى الدليل، نظير ما يذكر فى علم البائع و المشتري بالثمن بعد العقد مع جهلها به فى حينه. و حيث إنّ الدليل فى المقام منحصر فيما دلّ على اعتبار إذن الحرّه و هو لم يتحقق، فمقتضى القاعده هو البطلان.

(١) لانقطاع عصمتها، و معه فلا يصدق عليه أنّه أدخل أمه على امرأته الحرّه، فلا تشملها نصوص المنع.

(٢) سواء أقلنا بأنّ المعتده رجعيه زوجه حقيقه، أم قلنا بأنّها فى حكم الزوجه. و ذلك لظهور قوله فى صحيحه ابن بزيع المتقدّمه: (و له امرأه حرّه) فى كونه ذا زوجه حرّه باعتبارها و نظره، و حيث إنّ المطلقه رجعيه ليست كذلك و إن كانت زوجه بحكم الشارع، كانت الصحيحه قاصره الشمول عن مثلها.

و بعبارة اخرى: إنّ المطلقه رجعيه و إن كانت زوجه بحكم الشارع، إلّا أنّ سؤال الراوى فى صحيحه ابن بزيع منصرف عنها و لا يشملها، و حينئذٍ فمقتضى العمومات هو الجواز.

هذا كلّه فيما إذا لم يرجع الزوج بالزوجه فى أثناء العدّه، و إلّا فلا ينبغى الشكّ فى صدق أنّه تزوّج من أمه و له امرأه حرّه، فإنّ الرجوع لا يحدث زوجيه جديده حتى فى اعتبار الزوج و نظره، و إنّما هو إبطال للطلاق و إزاله لأثره، و حينئذٍ فيتعيّن اعتبار إذن الحرّه لا محاله.

إذا لم يرجع إليها بعد التزويج بالأمه، وإلا فالحكم بالجواز بعيد جداً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١

[مسألة ٥: إذا زوجه فضولي حره فتزوج أمه ثم أجاز عقد الفضولي]

[٣٧٩٨] مسأله ٥: إذا زوجه فضولي حره فتزوج أمه ثم أجاز عقد الفضولي فعلى النقل لا- يكون من نكاح الأمه على الحره فلا مانع منه (١) و على الكشف مشكل (٢).

[مسألة ٦: إذا عقد على حره، و عقد وكيله له على أمه، و شك في السابق منهما]

[٣٧٩٩] مسأله ٦: إذا عقد على حره، و عقد وكيله له على أمه، و شك في السابق منهما، لا يبعد صحتها (٣) و إن لم تجز الحره. و الأحوط طلاق الأمه مع

(١) نظراً لتأخر زوجه الحره عن زوجه الأمه بحسب الفرض فلا تشمله أدله اعتبار إذن الحره في نكاح الأمه.

(٢) و الظاهر هو التفصيل، نظير ما تقدم في مسأله الجمع بين العمه و بنت الأخ أو الخاله و بنت الأخت.

فإنه بناءً على الكشف الحكمي لا ينبغي الإشكال في عدم اعتبار إذن الحره، باعتبار أنّ استناد زوجيتها إليه إنّما يكون من حين الإجازة و إن ترتبت الآثار و الأحكام من حين وقوع العقد تعبدًا، إلّا أنّ ذلك لا يعتبر من التزويج بالحره قبل الأمه، و حينئذ فيكون الحال على هذا كالتقول بالنقل.

و أما بناءً على الكشف الحقيقي بمعنى انكشاف استناد العقد إليه من حينه بحيث تكون الإجازة كالبيئه فلا ينبغي الإشكال في صدق عنوان إدخال الأمه على الحره نظراً لكون زوجه الحره على هذا موجوده قبل زوجه الأمه و سابقه عليها، فلا بدّ من اعتبار إذنهما للنصوص المتقدمه.

و أما بناءً على الانقلاب فلا- تخلو المسأله من إشكال، باعتبار أنّ زوجه الحره و إن كانت سابقه على زوجه الأمه، إلّا أنّها لما كانت سابقه من حين الإجازة بمعنى أنّها من حين الإجازة تصبح كذلك و كان ظاهر صحيحه ابن بزيع كونها سابقه على زوجه الأمه في حين وقوع العقد على الأمه، فلا تشمله هذه الصحيحه، و

حينئذٍ فلا يخلو الحكم من إشكال.

(٣) أما عقد الحرّه فلكونه صحيحاً على كل حال، سواء أ كان سابقاً أم لاحقاً، إذ الممنوع إنّما هو إدخال الأمه على الحرّه، و أما إدخال الحرّه على الأمه فلا إشكال فيه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢

عدم إجازة الحرّه (١).

و من هنا فيحكم بصحّته عقد الحرّه لا محاله.

و أمّا عقد الأمه فلأن الممنوع إنّما هو إدخالها على الحرّه بمعنى أن تكون عنده حين التزوج من الأمه زوجه حرّه و حيث إنّّه مشكوك، فيستصحب عدمه إلى حين التزوج من الأمه. و لا يعارض ذلك باستصحاب عدم التزوج من الأمه إلى حين التزوج من الحرّه، لعدم الأثر له في المقام، لأنّه لا يثبت تأخر عقد الأمه إلّا بالملازمه فيكون من الأصول المثبتة.

هذا و لكن الصحيح أن يقال بأنّ للمسأله صوراً:

فقد يُفرض أن الحرّه لا تفسخ عقد نفسها، و لا ترضى بعقد الأمه أيضاً.

و قد يُفرض أنّها تأذن في عقد الأمه، لكنها تفسخ عقد نفسها.

و ثالثه يُفرض أنّها تفسخ عقد نفسها و عقد الأمه معاً.

فإنّ الحكم يختلف باختلاف هذه الفروض.

ففي الفرضين الأولين يحكم بصحّته العقدین معاً: لاستصحاب عدم التزوج بالحرّه إلى حين التزوج من الأمه في الفرض الأول، فلا تشملها نصوص المنع عن إدخال الأمه على الحرّه. و لاستصحاب عدم التزوج من الأمه إلى حين التزوج من الحرّه في الفرض الثاني، فلا تشملها أدلّه ثبوت الخيار للحرّه فيما إذا أدخلت على الأمه.

و أما في الفرض الثالث فلا مجال للحكم بصحّتهما معاً، للعلم الإجمالي ببطلان أحد العقدین في الواقع. فإنّه لو كان عقد الأمه هو المتأخر كان نكاحها باطلاً، لعدم إذن الحرّه. و إن كان عقدها هو المتقدم كان عقد الحرّه باطلاً،

لفسخها نكاح نفسها. و حينئذٍ فلا بدّ من التخلص من المشكله، أما من طلاق الزوجه الواقعيه فتنفصالان منه معاً، و أما من الرجوع إلى القرعه لتعيين الزوجه منهما عن الأجنبيه، نظراً لكونها لكل أمر مشكل، و هذا منه.

(١) و لعلّه (قدس سره) ناظر إلى خصوص الفرض الثالث، و معه فقد عرفت أنّ له طريقاً آخر غير الطلاق.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣

[مسأله ٧: لو شرط في عقد الحرّه أن تأذن في نكاح الأمه عليها صحّ]

[٣٨٠٠] مسأله ٧: لو شرط في عقد الحرّه أن تأذن في نكاح الأمه عليها صحّ (١) و لكن إذا لم تأذن لم يصحّ (٢) بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمه [١] (٣).

[فصل في نكاح العبيد و الإمام]

اشاره

فصل في نكاح العبيد و الإمام

[مسأله ١: أمر تزويج العبد و الأمه بيد السيد]

[٣٨٠١] مسأله ١: أمر تزويج العبد و الأمه بيد السيد، فيجوز له تزويجهما و لو من غير رضاهما، أو إجبارهما (٤) على ذلك. و لا يجوز لهما العقد على نفسها

(١) لعموم ما دلّ على نفوذ الشرط.

(٢) فإنّ شرطيّه إذنها لا تسقط بعصيانها لأمر الوفاء بالشرط.

(٣) باعتبار أنّ مرجعه إلى توكيل الزوج في الإذن، و قد عرفت فيما تقدّم أنّ الوكاله إذا كانت شرطاً في عقدٍ لازم كانت لازمه و لا يصحّ عزله عنها، و حينئذٍ فيكون إذنه بمنزله إذن الزوجه الحرّه حتى و لو لم ترض هي بذلك.

فصل في نكاح العبيد و الإمام

(٤) بلا خلاف و لا إشكال فيه، و تدلّ عليه عدّه من الآيات الكريمه و النصوص الشريفه.

فقد قال تعالى «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» «١». فإنّه بعد الفراغ عن أنّه ليس للعبد و الأمه شىء من الأمر، يكون الخطاب في الآيه متوجّهاً إلى المولى لا محاله، فتدلّ على جواز تزويجه لهما.

[١] لا أثر لهذا الشرط إلا أن يرجع إلى اشتراط الوكالة للزوج في الإذن من قبلها.

(١) سورة النور ٢٤: ٣٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤

من غير إذنه (١) كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما (٢) كذلك، حتى لو كان لهما أب حرّ. بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً [١] (٣) إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر، و لو لا مع إجازة المولى.

و قال تعالى «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» «١».

حيث يستفاد منها أنّ أمر تزويجهما بيد المولى، فله أن يزوّجهما و له أن يمتنع عن ذلك.

و قال تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ» «٢». فَإِنَّهَا

دالّه على أنّ المملوك سواء في ذلك العبد و الأمه ليس له من الأمر شىء، و من هنا فلا يترتب على ما يقوم به من معاملات و غيرها و منها النكاح أى أثر.

و أمّا النصوص فهى متضافره و كثيره، بل فى بعضها التصريح بأنه ليس له النكاح و الطلاق، و إنّ من تزوّج بالأمه من دون إذن سيدها كان زانياً. و يدلّ عليه ما ورد من أنّ طلاق الأمه بيد المولى إذا زوّجها من العبد، و بيد الحر إذا زوّجها منه.

و على كلّ، فالحكم ممّا لا خلاف فيه بينهم، و تدلّ عليه الآيات الكريمة و النصوص المتضافره، بل و مع غضّ النظر عن ذلك تقتضيه القاعده. فإنّ العبد و الأمه لهما كانا قابلين للتزويج، و لم يكن لهما من الأمر شىء، كان أمر ذلك بيد المولى لا محاله.

(١) و يقتضيه ما تقدّم.

(٢) لما تقدّم أيضاً.

(٣) و هو مبنى على ما اختاره جماعه فى محلّه، من ثبوت الحرمة لمقدمه الحرام إذا كان بقصد ترتب الحرام عليها، نظير حرمة المقدمه التوليديه. إلّا أنّنا قد ذكرنا هناك أنّه لا دليل على هذا المدعى بالمّرّه، إذ أنّ قصد الإتيان بالحرام إنّما يدخل فى نيه المعصيه و هو نوع من التجرؤ، و قد عرفت أنّه لا دليل على حرمة و إن كان فيه نوع

[١] ليس هذا حراماً شرعياً، بل هو داخل فى نيه المعصيه و هى نوع من التجرؤ.

(١) سورة النساء ٤: ٢٥.

(٢) سورة النحل ١٦: ٧٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٥

نعم، لو كان ذلك بتوقّع الإجازة منه، فالظاهر عدم حرمة، لأنّه ليس تصرفاً فى مال الغير عرفاً (١) كبيع الفضولى مال غيره.

و أمّا عقدهما على نفسهما من

غير إذن المولى، و من غيرهما [١] (٢) بتوقع الإجازة فقد يُقال بحرمة [٢] (٣) لسلب قدرتهما و إن لم يكونا مسلوبى العبارة. لكنّه مشكل

طغيان و تعدّد على حقّ المولى، فإنّ مجرّد ذلك لا يقتضى الحكم بالحرمة التشريعية حتّى و لو قلنا باستحقاق المكلف للعقاب على ذلك، إذ لا يلزم منه أن يكون الفعل حراماً.

و الحاصل أنّ المقام داخل فى التجزؤ، و قد عرفت أنّه ليس بحرام، سواء أتى بالمقدّمه أم لم يأت بها.

(١) فلا تشمله أدلّه عدم جواز التصرف فى مال الغير.

(٢) العبارة لا تخلو من تشويش، و الظاهر أنّ موضع هذه العبارة إنما هو بعد قوله (قدس سره): نعم، لو كان ذلك.

(٣) اختاره صاحب الجواهر (قدس سره) «١» و لعلّه لكونه تصرفاً منهما فى نفسهما فتشمله أدلّه حرمة التصرف فى مال الغير.

وفيه: إنّ سلب القدره إنما يكون منشأً للحكم الوضعى، أعنى عدم نفوذ العقد و صحته، و أما الحكم التكليفي فلا مجال لاستفادته منه، فيكون حال هذا التلفظ حال سائر تلفظاته و تكلماته.

هذا مضافاً إلى دلالة صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى مملوك تزوّج بغير إذن مولاه، أ عاص لله؟ قال: «عاص لمولاه». قلت: حرام هو؟ قال: «ما أزعّم أنه حرام و نوله لا يفعل إلّا بإذن مولاه» «٢» صريحاً على عدم الحرمة.

[١] فى العبارة تشويش، و المراد ظاهر فإنّ موضع هذه العبارة قبل سطرين، يعنى بعد قوله: (نعم لو كان ذلك) كما يظهر وجهه بأدنى تأمل.

[٢] لا وجه للقول بالحرمة أصلاً، فإنّ سلب القدره لا يكون منشأً للحرمة و إنّما يكون منشأً لعدم النفوذ.

(١) الجواهر ٣٠: ٢٠٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و

و نولك أن تفعل، أى: حقك و ينبغى لك، الصحاح ٥: ١٨٣٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٦

لانصراف سلب قدره عن مثل ذلك. و كذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضوله، فإنه ليس بحرام (١) على الأقوى، و إن قيل بكونه حراماً (٢).

[مسألة ٢: لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته]

[٣٨٠٢] مسألة ٢: لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صح (٣).

(١) لما تقدّم.

(٢) اختاره صاحب الجواهر (قدس سره) أيضاً «١».

(٣) على ما ذهب إليه الأكثر من الأصحاب، بل لم ينسب الخلاف فيه إلّا إلى ابن إدريس (قدس سره) حيث التزم بالبطلان «٢»، نظراً إلى أنّ النصوص الواردة فى المقام أخبار آحاد و هو لا يلتزم بحجيتها. و القاعده تقتضى البطلان، لأن العقد حين وقوعه لم يكن صحيحاً لفقدان إذن المولى، فصحته بعد ذلك بالإجازة المتأخره تحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

إلّا أن ما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه، لجملة من النصوص الصحيحه الدالّه على الصحّه صريحاً:

كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه عن على (عليهم السلام): «أنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنّى، فقال على (عليه السلام) لسيده: فرّق بينهما. فقال السيد لعبده: يا عدوّ الله طلق. فقال له (عليه السلام): كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق. فقال على (عليه السلام) للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق، و إن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدى فجعلته بيد غيرى. قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح» «٣».

(١) الجواهر ٣٠: ٢٠٥ ٢٠٦.

(٢) السرائر ٢: ٥٦٥.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب

نكاح العبيد و الإمام، ب ٢٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧

و كذا الأمه على الأقوى (١).

□
و صحيحه معاويه بن وهب، قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله (عليه السلام) فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأه
حرّه بغير إذن موالى ثم أعتقوني بعد ذلك فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟ فقال له: «أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأه و أنت
مملوك لهم؟» فقال: نعم، و سكتوا عني و لم يغيروا علي. قال: فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت على نكاحك
الأول» (١).

□
و صحيحه الحسن بن زياد الطائي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن موالى، ثم
أعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟ قال: فقال: «علموا أنك تزوجت؟» قلت: نعم، قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً. قال: «ذلك
إقرار منهم، أنت على نكاحك» (٢).

إلى غير ذلك من النصوص الداله على صحه العقد عند لحوق الإجازة.

(١) خلافاً لما ذهب إليه صاحب الحدائق (قدس سره)، حيث فصل بين العبد و الأمه، فالتزم بصحه عقد العبد إذا لحقته الإجازة،
بخلاف الأمه فإن عقدها لا يصح حتى و إن لحقته الإجازة. بدعوى أنّ النصوص كلها وارده في العبد خاصه، فتبقى الأمه
مشموله للقاعده المقتضيه للبطلان (٣).

و ما أفاده (قدس سره) إنما يتم لو انحصرت نصوص صحه عقد العبد عند لحوق الإجازة بما تقدّم. فإنه حينئذ يمكنه أن يقال بأن
القاعده لما كانت تقتضى البطلان و كانت نصوص الصحه مختصه بالعبد، كان مقتضى الصنائه الحكم بالبطلان في عقد الأمه،
لعدم الدليل على خروجها عن القاعده. إلا أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ في نصوص الصحه ما يقتضى التعدى

من العبد إلى الأمه، و يدلّ على شمول الحكم لها أيضاً

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٦ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٦ ح ٣.

(٣) الحدائق ٢٤: ٢٠٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨

.....

كصحيحه زراره عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته، و إن شاء فرّق بينهما». قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيد له؟ فقال أبو جعفر (عليه السلام): «إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز» (١).

و صحيحته الأخرى عنه (عليه السلام) أيضاً، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ثمّ اطلع على ذلك مولاه، قال: «ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما. فإن فرّق بينهما فللمرأه ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً. و إن أجاز نكاحه، فهما على نكاحهما الأوّل». فقالت لأبي جعفر (عليه السلام): فإنّ أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر (عليه السلام): «إنما أتى شيئاً حلالاً و ليس بعاصٍ لله، إنما عصى سيده و لم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّه و أشباهه» (٢).

فإنّ التعليل المذكور فيهما يدلّ على عدم اختصاص الحكم بالعبد، بل يجري في الأمه على حد جريانه في العبد، لجريان التعليل المذكور بعينه فيها. فيقال: إنّ نكاح الأمه في نفسه ليس بمحرم كتزوجها من أخيها مثلاً، و ليست هي عاصيه

لله تبارك و تعالی، و إنما هی عاصیه لسیدها فإذا أجاز جاز.

هذا مضافاً إلى ما ذكره الفقهاء فی غیر واحد من الأبواب الفقهیة، من أنّ الحكم إذا تعلّق بعنوان اشتقاقی و لم تكن هناك قرینه على الاختصاص عمّ الرجل و المرأه كالأحكام الثابته للمحرم و المسافر و الحاضر و الصائم و البیعین و صاحب الحيوان و غيرها، فإنه لا قائل باختصاصها بالرجل، بل لم يناقش فی عمومها أحد حتى صاحب الحدائق (قدس سره). و حيث إنّ المقام من هذا القبیل، باعتبار أنّ المملوك المذكور فی صحیحتی زراره عنوان اشتقاقی جامع بین العبد و الأمه، فلا وجه للتفريق بينهما فی الحكم.

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۴ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۴ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۹

.....

و لا ینافی هذا ما دلّ على أنّ التزوّج من الأمه بغير إذن مولاها زنا، فإنه مما لا إشكال فیة، و لا یختص بالأمه بل یجرى فی جانب العبد أيضاً، فإنه و إن لم یرد فیة هذا التعبير بخصوصه، إلّا أنه قد ورد فی جمله من النصوص ما یلازمه قهراً.

نظیر ما دلّ على عدم جواز تزوّج العبد من غیر إذن مولاه، فإنّ لازمه بطلان العقد، و لازم البطلان هو كون المواقعه زنا. و ما دلّ على أن نكاحه من غیر إذن سیّده باطل و مردود. و كذا ما دلّ على أنّ الحرّه إذا زوّجت نفسها من العبد بغير إذن مولاه فقد أباحت نفسها و لیس لها صدق، فإنّ ظاهره فی كون الفعل زنا، و إلّا فلا وجه للحکم بعدم استحقاقها للصدق.

غیر أنه

مختص بحاله ما قبل إجازة المولى، بمعنى كون النكاح فى نفسه كذلك ما لم تلحقه الإجازة. و أما بعد الإجازة فليس الأمر كذلك، بل يحكم بصحة عقدهما، فلا يكون الفعل زنا لا محاله.

و أما ما استشهد به صاحب الحدائق (قدس سره) لمدعاه، من أن عدم ذكر الأمة فى ضمن كلام الإمام (عليه السلام) مشعر بعدم جريان الحكم فيها، مندفع بأن ما صدر منه (عليه السلام) لم يكن لبيان الحكم ابتداءً كى يكون لما قيل وجهه، و إنما كان فى مقام الجواب عن السؤال الموجه إليه (عليه السلام)، و حيث إنَّ الأسئلة كانت مختصة بالعبد، فلا مجال لاستفاده ما ذكر من عدم التعرض إلى ذكرها فى الأجوبة.

ثم إنه ربّما يستدلّ على الصحة فى المقام بعموم قوله تعالى «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» بدعوى أن مقتضاه عدم الفرق بين الإذن السابق على العقد و اللاحق له.

إلّا أنه بعيد جدّاً، إذ الظاهر من هذه الآية الكريمة هو ترتب النكاح على الإذن بحيث يكون النكاح صادراً و مسبباً عنه، فإذا لم يكن العقد كذلك، فالإذن المتأخر لا يقبله فيجعله نكاحاً عن الإذن.

و بعبارة اخرى: إنّ المعتبر فى الحلية إذا كان كلُّ من النكاح و الإذن مستقلاً عن الآخر، لكان لما ذكر وجهه و إن لم يكن يخلو من الإشكال أيضاً. إلّا أنّ الأمر ليس كذلك، حيث إنّ المعتبر فيها إنّما هو صدور النكاح المتفرّع و المترتب على الإذن، فلا وجه للحكم بصحة النكاح الصادر عن غير الإذن و إن لحقه بعد ذلك، إذ الإذن

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠

و الإجازة كاشفه (١). و لا فرق فى صحته بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا بل على الوجه المحرم.

المتأخر لا

يقلب النكاح السابق عن وصف كونه من غير إذن إلى كونه صادراً عن الإذن.

إذن فالصحيح في المقام هو التمسك بما ذكرناه لإثبات المدعى.

(١) و ذلك فلأن النقل و إن كان ممكناً في نفسه بل قد وقع في بعض الموارد، كبيع الصرف و السلم فيما إذا تأخر القبض عن العقد حيث يكون البيع في زمان و الملكيه في زمان آخر، و كذا كل ما هو مشروط بالقبض كالهبة و الوقف على جهة معينه إذا تأخر القبض من العقد، إلا أن الدليل لا يساعد عليه، باعتبار أن الإجازة و الإمضاء إنما تتعلقان بالعقد الذي وقع في حينه، و من هنا فيكون الحكم بالملكيه من حين الإجازة على خلاف الإمضاء و دليل النفوذ، فيحتاج إلى دليل خاص، و حيث إنه مفقود فلا مجال للالتزام به.

بل هو منافٍ لظاهر صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليده الأول أجاز بيع ابنه» «١».

فإنها ظاهره في الكشف و الحكم بالصحة من حين صدور العقد، و إلا لكان على المشتري أن يدفع لسيدها الأول مهر أمثالها نظراً لوطئه أمه الغير شبهه، و الحال أنه (عليه السلام) لم يتعرض لذلك.

و صريح صحيحه أبي عبيده الحذاء، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و

جاريه زوجهما وليان لهما، و هما غير مدركين؟ قال: فقال: «النكاح جائز، أيهما

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٨٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢١

.....

أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا». قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز عليه ذلك إن هو رضى». قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه، حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» الحديث «١».

فإنها صريحه فى الكشف، إذ لولاه لم يكن مجال للحكم بعزل نصيب البنت حتى تدرك، لأنه و بمجرد موت أحد الطرفين لا يبقى مجال للحكم بالزوجيه، فإنها من الزوجيه بين الحى و الميت و هو باطل جزماً.

على أن القول بالنقل لا يتم فى العقود المتقيده بالزمان كالإجاره و نكاح المتعه، كما لو آجر الفضولى الدار شهراً أو تزوج من الأمه شهراً و لم يجز المالك إلا بعد انقضاء نصفه. فإنه لو كانت الإجاره ناقله لكانت الملكيه أو الزوجيه فى خصوص النصف الباقى من الشهر، أى من حين الإجاره إلى انقضاء الشهر، و الحال أن المنشأ إنما هو الملكيه و الزوجيه شهراً كاملاً، فيرد عليه إن ما أنشأ لم يمض و ما امضى لم ينشأ فكيف يمكن الالتزام بصحته.

و الحاصل: إن النقل و إن كان ممكناً فى نفسه، إلا أن دليل الإمضاء و النفوذ لا يساعد عليه، باعتبار أن ظاهره إمضاء ما وقع.

و من هنا فلا بدّ من الالتزام بالكشف، غير أن الأقوال في الكشف لما كانت مختلفه: فمنهم من يقول بالكشف الحقيقي، و منهم من يقول بالكشف الانقلابي، و منهم من يقول بالكشف الحكمي، فلا- بدّ من تحقيق الحال لمعرفة الصحيح منها. و من هنا فنقول:

أمّا الكشف الحقيقي فهو و إن كان ممكناً في نفسه بحيث تكون الإجازة شرطاً متأخراً، إلّا أنه لا دليل عليه أيضاً، فإنّ ظاهر الأدله إنما هو اعتبار نفس الرضا و الإجازة لا اعتبار تعقبهما. و حيث ان من الواضح انهما لم يكونا موجودين حال العقد و لم يكن العقد عن الرضا، فلا وجه للحكم بالصحة و إن كان متعقباً بهما، بل إنّ القول

(١) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج، ب ١١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢

.....

به على خلاف ظاهر دليل الجواز، فإنّ ظاهره إنما هو كون الجواز متفرعاً على الرضا لا أنه إذا أجاز العقد انكشف الجواز السابق، و من هنا فلا مجال للالتزام بهذا القول.

و أما الكشف الانقلابي، بمعنى انقلاب العقد بعد الإجازة و ثبوت الجواز من السابق، فهو مضافاً إلى أنه لا دليل عليه غير معقول في نفسه، لأنّ الشئ لا ينقلب عما وقع عليه و الزمان المعدوم لا- يمكن إيجاده ثانياً، بلا فرق بين الأمور التكوينية و الأمور الاعتبارية، فإنه محال فيهما معاً.

و من هنا فيتعين القول بالكشف الحكمي، فيحكم بنفوذ العقد من حينه من الآن.

و لتوضيحه نقول: إنّ الشئ قد يكون موجوداً بالوجود الحقيقي الذي لا يختلف باختلاف الأنظار، و قد يكون موجوداً بالوجود الاعتباري، كالأحكام الوضعيه و التكليفيه. و الأوّل ينقسم إلى قسمين: فإنّ الموجود بالوجود الحقيقي قد

يكون موجوداً في الخارج كالأعيان، وقد يكون موجوداً في النفس خاصة كمتعلق العلم فإنه موجود حقيقه غير إن وعاء وجوده إنما هو النفس دون الخارج.

و الفرق بين الوجود الاعتباري و الوجود الذهني هو أن الأوّل موجود في الخارج فإنه يتعلق بما هو موجود في الخارج لكن بالوجود الفرضي. في حين أنّ الثاني لا وجود له في الخارج، بل ينحصر وجوده في الذهن خاصة، فإنّ العلم لا يتعلق بما هو في الخارج، و إنما يتعلق بصورته الحاضره في الذهن، كما هو واضح.

و أما الفرق بينهما و بين الوجود الخارجي الحقيقي، فهو كامن في أن الثاني لا ينفك عن الموجود في الخارج إلّا بالاعتبار، فإذا كان الوجود موجوداً فالماهيه موجوده أيضاً، كما أنه لو كانت الماهيه موجوده كان الوجود موجوداً لا محاله. و هذا بخلاف الوجود الذهني و الوجود الاعتباري، فإنهما من الممكن أن يتعلقا بأمر سابق كموت زيد قبل شهر، أو بأمر متأخر كطلوع الشمس غداً.

و إن كان التعبير بتعلق الوجود الذهني بالأمر السابق أو اللاحق لا يخلو من مسامحه، باعتبار أنه إنما يتعلق بالصوره الذهنيه و هي موجوده بالفعل، غايه الأمر أن الصوره صورته لأمر متقدّم أو متأخر، لكنّه مع ذلك يعبر بما تقدّم، فيقال إنّ العلم متعلّق بمتقدّم أو متأخر. و هذا بخلاف الاعتبار، حيث إنه يتعلّق بالمتقدّم أو المتأخر

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣

.....

حقيقه، فيبيع المالك داره من قبل شهر أو بعد شهر، من دون أن يكون في تعلقه بهما أي محذور.

نعم، إنهما غير ممضيين شرعاً، لعدم جواز التعليق في البيع أو غيره، غير إنّ ذلك لا يعنى عدم صحّه تعلقه بهما.

إذا اتضح ذلك يظهر أنه لا مانع في المقام

من تعلق الاعتبار بالإجازة بالملكيه السابقه من الآن، فإنه من الاعتبار المتعلق بالأمر المتقدم، وقد عرفت أنه لا مانع منه، لكن لا على نحو الانقلاب أو الشرط المتأخر، فيحكم بالصحّه حينئذ نظير تعلقه بالأمر المتأخر، كما هو الحال في متعلق الاعتبار في التدبير والوصيّه، حيث إن متعلقه إنما هو الحريه والملكيه بعد موت المالك.

و بعبارة اخرى: إنّ الأمور الاعتباريه قوامها باعتبار من بيده الأمر، وليس لها واقع سوى الجعل والاعتبار وهو أمر خفيف المؤنه، فيصح تعلقه بأمر متقدّم أو متأخر على حدّ جواز تعلقه بأمر موجود بالفعل، و عليه فإذا اعتبر من بيده الأمر ترتّب عليه آثاره لا محاله.

و من هنا فإذا كان هذا النوع من الاعتبار ممكناً في نفسه، كان مقتضى أدلّه صحّه العقد الفضولي و الأدله الخاصه هو صحته، باعتبار أن الإجازة إذا تعلقّت بما أنشئ سابقاً استند ذلك المنشأ من حين الإجازة إلى المجيز، بمعنى أن العقد الواقع قبل سنه مثلاً يستند إليه من حين الإجازة، و بذلك فتشمله أدله نفوذ العقد، و يكون مقتضاها الحكم من الآن بصحّه العقد السابق من حينه.

هذا مضافاً إلى دلالة قوله (عليه السلام) في صحيحه زراره المتقدمه: «و إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل» و قوله (عليه السلام) في صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه أيضاً: «اثبت على نكاحك الأوّل» على ذلك، باعتبار أن ظاهرهما الحكم بصحّه النكاح الأوّل من الآن.

و ممّا يدلّ على أن الملكيّه ونحوها من الأمور الاعتباريه ليست من الأعراض الخارجيه و لا واقع لها سوى الاعتبار، أنها تتعلق بالكلّي كما هو الحال في موارد بيع الكلّي، مع أنه غير قابل لأن يكون معروضاً لعرض خارجي.

.....

و تتعلق بالمعدوم كما هو الحال في تعاقب الأيدي، فإن المالك إذا رجع على أحدهم بعد تلف العين كان له الرجوع على من بعده، وهكذا إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين عنده، و من الواضح أن ذلك ليس إلّا لتملك من رجع عليه المالك للعين التالفه بعد دفع بدلها، فيكون مالكا للمعدوم، و من هنا يصح له الرجوع على من بعده. بل إن من الممكن إنشاء الملكيه للمعدومين و تمليكهم من حين الإنشاء، كما هو الحال في الوقف الذري و الوصيه بالنسبه إلى البطون المتأخره و غير الموجوده حين الإنشاء، فإنّ إنشاء الملكيه متحقق من الآن في حين أنّ المالك معدوم.

و بالجملة فليست الملكيه عرضاً خارجياً تحتاج في قيامها إلى موضوع خارجي، بل هي وجود في مقابل الوجودات الخارجيه و الوجودات الذهنيه، على ما تقدّم بيانه.

إذن فلا- محيص بمقتضى ظهورات الأدله عن الالتزام بما ذكرناه من الكشف الحكمي، فيقال: إنّ العقد بعد الإجازة يكون صحيحاً من الأوّل، بمعنى اعتبار المرأه من حين الإجازة زوجه للرجل من حين وقوع العقد.

هذا و قد يورد على ما اخترناه بوجهين:

الأوّل: إنّ العبره في التضاد لما كانت بزمان المعبر لا زمان الاعتبار، لم يعقل أن يكون المبيع في البيع الفضولي ملكاً لملكه قبل الإجازة و ملكاً للمشتري بعدها في زمان واحد و أعني زمان صدور العقد و إن كان الاعتبار في زمانين. و على هذا الأساس كان امتناع ثبوت حكمين مختلفين الوجوب و الحرمة للخروج من الدار المغصوبه، فإنه لا يعقل أن يحكم بحرمة ذلك التصرف حال الدخول ثمّ يحكم بوجوبه حين الخروج، فإن الفعل الواحد لا يتصف بلحاظ زمان واحد إلّا

بأحدهما، و أما اتصافه بهما معاً فهو ممتنع حتى و لو كان زمان الاعتبارين مختلفاً.

وفيه: إنه إنما يتم في الأحكام الشرعية التكليفية، باعتبار أنها إنما تنشأ من المصالح أو المفسد الكامنه في متعلقاتها، فإنه يمتنع أن يكون الشئ الواحد محبوباً و مبغوضاً في زمان واحد حتى و إن اختلف زمان الحكم. و من هنا حكمنا بعدم جواز اجتماع الوجوب و الحرمة للخروج من الدار المغصوبه، فإنه لا يمكن أن يكون محبوباً

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥

.....

و مبغوضاً في آن واحد.

و أما بالنسبه إلى الأحكام الوضعيه الاعتباريه فلا يتم ما ذكر، حيث تكون المصلحه في نفس الاعتبار، فإنه لا مانع من الاعتبارين إذا اختلف زمانهما. فيعتبر في يوم السبت مثلاً ملكيه زيد لشيء معين في يوم الاثنين، ثم يعتبر في يوم الأحد ملكيه عمرو لذلك الشئ في يوم الاثنين أيضاً، من دون أي محذور فيه ما دامت المصلحه قائمه في الاعتبار. بل لو لم يكن هناك تنافٍ في الأثر، لقلنا بجواز اعتبار ملكيه شئ واحد لشخصين على نحو الاستقلال في زمان واحد.

الثاني: إن ما ذكر إنما يتم في الأحكام المجعوله على نحو القضايا الخارجيه، و لا يتم في الاعتبارات المجعوله بنحو القضايا الحقيقيه، لأن هذه الاعتبارات موجوده بأجمعها في آن واحد هو أول الشريعه المقدسه. و حيث إن الاعتبارات الشرعيه من هذا القبيل، فلازم القول بالكشف بالمعنى الذي ذكر أعني اعتبار الملكيه للمالك قبل الإجازة و اعتبارها للمشتري بعدها من حين صدور العقد هو اجتماع هذين الاعتبارين في زمان واحد هو أول الشريعه المقدسه، و هو محال.

وفيه: أن الإنشاء في هذه الاعتبارات و إن كان أزلياً و ثابتاً مع بدء الشريعه المقدسه،

إلّا أن فعليتها إنما تكون بعد تحقّق موضوعاتها في الخارج، إذ قبله لا يتجاوز الاعتبار مرحله الإنشاء. و من هنا فحيث إنّ أحد الاعتبارين كانت فعليته قبل الإجازة، في حين إنّ فعليته الاعتبار الثاني و هو اعتبار الملكيه للمشتري إنشائي محض يتوقف بلوغه مرحله الفعليه على إجازة المالك، فلا يكون هناك أى تنافٍ بين هذين الاعتبارين.

ثمّ إنّ الكشف الحكمي بالمعنى الذي اخترناه غير الكشف الحكمي الذي ذهب إليه شيخنا الأعظم (قدس سره). و الفرق بينهما يكمن في أنه (قدس سره) يرى اتحاد زمان الاعتبار و المعتبر، بمعنى كونهما معاً بعد الإجازة، غايه الأمر أنّ الآثار إنما تترتب من حين العقد. في حين إننا نرى اختلاف زمانهما، فإن الاعتبار إنما يكون حين الإجازة، و أما المعتبر فهو متقدم عليه و ثابت حين العقد. فإنّ ما ذهب إليه (قدس سره) خلاف ظاهر الأدله، و لا دليل يساعد عليه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٦

و لا يضرّه النهي، لأنه متعلق بأمر خارج [١] متحد (١). و الظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازة [٢]،

إذن فما اخترناه هو الصحيح الموافق لظاهر الأدله و الذوق العرفي.

و يترتب على هذا أنه لو واقعها العبد فأولدها ثم أجاز المولى، لم يحكم بكون المواقعه زنا و لا يحدّ لذلك، إذ يفرض من الآن أنّ المواقعه إنما كانت مواقعه للزوجه لا للمرأة الأجنبية و إن كانت في وقتها كذلك لا محاله. و يتفرع على ذلك ترتب جميع آثار الوطاء الصحيح من التوارث بينهما و ما شاكله عليه.

و كذا الحال فيما لو أجاز المالك العقد الفضولي بعد مضي مده من وقوعه، فإنه يحكم من الآن بصحّه العقد السابق و تملك المشتري للمبيع من ذلك الحين.

و يتفرع عليه جميع آثار الملكيه الصحيحه، و منها جواز مطالبه المشتري للمالك بأجره مثل المنافع التي استوفها من العين في الفتره ما بين العقد و الإجازة.

فالمحصّل من جميع ما تقدّم أن القول بالكشف الحكمي لما كان ممكناً في نفسه و كان يساعد عليه دليل نفوذ العقد و بعض الأدلّه الخاصّه، تعيّن القول به دون سائر الأقوال، من النقل أو الكشف الحقيقي أو الانقلابي أو الحكمي بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) لما عرفت من أنها بين ما هو ممتنع في نفسه، و ما لا يساعد عليه الدليل.

(١) لما اختاره (قدس سره) من أن وجوب مقدمه أو حرمتها إنما هو لعنوان المقدميه، فيكون النهي في المقام متعلقاً بأمر خارج أعنى عنوان المقدميه فلا يؤثر شيئاً.

نظير ما التزم به (قدس سره) في باب الوضوء فيما إذا كانت له غايتان إحداها واجبه و الأخرى مستحبه و كان الوضوء مقدمه لهما، من ثبوت الحكمين معاً للوضوء

[١] التعليل ضعيف جداً، و الصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمة، فهي في المعاملات لا توجب الفساد.

[٢] فيه إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٧

.....

فيلتزم بكونه واجباً و مستحباً بالفعل، لأنه من اجتماع الحكمين في عنوانين يتحدان خارجاً و هو (قدس سره) ممن يرى جواز ذلك، بل يرى جواز اجتماع الأمر و النهي إذا تعلقا بعنوانين و إن كانا منطبقين على شيء واحد في الخارج، فيحكم بكون الوضوء واجباً بما هو مقدمه للواجب، و مستحباً بما هو مقدمه للمستحب.

ففي المقام يقال: إنّ العقد بما هو تزويج في نفسه فهو مباح، و بما هو مقدمه للحرام حيث أتى به بقصد التوصل إلى الحرام فهو حرام، فيكون متعلق النهي أمراً

خارجاً عن التزويج، فيحكم بصحته لا محاله.

غير أنك لما عرفت في باب الوضوء أنّ الصحيح أن عنوان المقدميه إنما هي من العناوين التعليليه لا من الجهات التقيديه، كانت هذه المسأله أجنبيه بالمّرّه عن مسأله اجتماع الأمر و النهى بعنوانين، إذ البحث المعروف في جواز الاجتماع و عدمه إنما هو فيما إذا تعلق الأمر بعنوان و تعلق النهى بعنوان آخر غيره، و كان بين العنوانين نسبه العموم و الخصوص من وجه، كما هو الحال في مثال الغضب و الصلاه، و لا يجرى فيما نحن فيه، باعتبار أن مفهوم المقدمه بما هو غير متّصف بأى وصف، و الملازمه بناءً على القول بها إنما هي بين الواجب أو الحرام و ما هو مقدمه له بالحمل الشائع فيكون عنوان المقدميه و توقف الواجب أو الحرام على شىء عله لوجوب ذات ذلك الشىء أو حرمة، لا- عله وجوبه أو حرمة بعنوان المقدميه، و هذا ما يصطلح عليه بالجهه التعليليه لوجوب ذات المقدمه أو حرمتها.

و على هذا فيكون الوضوء بعنوان واحد واجباً و مستحباً لعلتين، فيما أنه مقدمه للواجب يكون واجباً، و بما أنه مقدمه للمستحب يكون مستحباً. و هو غير ممكن حتى عند من يرى جواز اجتماع الأمر و النهى، فإن القائل به إنما يرى ذلك فيما إذا تعدد العنوان، و أما إذا اتحد العنوان غايه ما هناك أن سبب الوجوب و الحرمة كان متعدداً فلا قائل بالجواز على الإطلاق.

و على هذا الأساس ذكرنا في مسأله الوضوء أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) من الحكم بالوجوب و الاستحباب، غير تامّ في نفسه و لا يمكن المساعده عليه.

و من هنا يظهر الحال في المقام. فإنّ عنوان المقدميه لما كان من الجهات

كان معروض الحرمة على القول بها انما هو ذات المقدمه أعنى التزويج لا محاله و عليه فلا يكون النهى متعلقاً بأمر خارج عنه.

فما أفاده (قدس سره) ضعيف جداً، و لا مجال للمساعده عليه.

ثم إن لشيخنا المحقق (قدس سره) فى المقام كلاماً، حاصله أن الوجوب أو الحرمة إنما يتعلق بعنوان المقدمه و هو جهه تقييده، و لذا يعتبر فى اتصاف المقدمه بهما قصد التوصل بها إلى ذى المقدمه.

و قد ذكر (قدس سره) فى وجه ذلك أن انقسام الجهه إلى التعليه و التقييده إنما يختص بالأحكام الشرعيه. فإن الجهه ان كانت فى مرحله سابقه عن الحكم، و كانت عله لتعلق الحكم بالشىء، كانت جهه تعليه. و أما ان كانت فى مرحله متأخره فى الرتبه عن الحكم، كانت جهه تقييده.

و أمّا الأحكام العقليه فليست فيها جهات تعليه مغايره للجهات التقييده، و إنما الجهات التعليه فيها هى بعينها جهات تقييده، سواء فى ذلك الأحكام العقليه النظرية و الأحكام العقليه العمليه. فإذا أدرك العقل بأن وجود زيد مثلاً و عدم وجوده لا يجتمعان باعتبار أن لانه اجتماع النقيضين، فهى جهه تعليه، بمعنى أن استحاله اجتماع وجود زيد و عدمه معلول لاستحاله اجتماع النقيضين، لانطباقه على المورد. و كذا الحال فى كل قضيه ممتنعه بحكم العقل، فإن استحاله اجتماع النقيضين أساس لها، لرجوعها إليها لا محاله. و من هنا فتكون الجهه التعليه تقييده بالضرورة.

و هكذا الأمر فى الأحكام العمليه. فإن حكم العقل بحسن ضرب اليتيم تأديباً و لمصلحته باعتبار أنه إحسان له و عدل فى حقه، إنما يرجع إلى حكم العقل بحسن العدل و الإحسان لانطباقه عليه، فالجهه التعليه فيه ترجع إلى الجهه التقييده،

نظراً لرجوع حكم العقل بحسن الضرب و التأديب إلى حكمه بحسن الإحسان و العدل. و كذا الكلام في حكمه بقبح ضرب اليتيم لا للتأديب لكونه ظلماً، فإنه إنما يرجع إلى حكمه بقبح الظلم، فتكون الجهة التعليلية في القضية هي بعينها الجهة التقيديه. و هاتان القضيتان أعنى حسن العدل و الإحسان و قبح الظلم هما الأساس لكل

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٩

.....

مورد يحكم العقل بحسن شيء أو قبحه.

إذن فليست في الأحكام العقلية جهات تعليلية تغاير الجهات التقيديه، و إنما الجهات التعليلية هي بعينها جهات تقيديه، كما أن الجهات التقيديه هي بعينها جهات تعليلية.

و من هنا فبما أن وجوب المقدمه إنما هو بحكم العقل، كان الوجوب ثابتاً لها بما هي مقدمه، و عليه فلا بد من قصد التوصل، نظراً إلى أن العنوان هو متعلق الوجوب أو الحرمة.

و ما أفاده (قدس سره) و إن كان تاماً و صحيحاً في نفسه، إذ ليست في الأحكام العقلية جهات تعليلية تغاير الجهات التقيديه، إلا أن تطبيقه لهذا الكلام على المقام مما لا يمكن المساعده عليه. و السر في ذلك أن وجوب المقدمه على القول به إنما هو شرعي لا عقلي، و إنما العقل يدرك الملازمه بين الوجوبين، بمعنى أنه يدرك استحاله انفكاك وجوب ذي المقدمه شرعاً عن وجوب المقدمه كذلك، و أما نفس الوجوب فهو شرعي محض.

و بعبارة اخرى: إن العقل إنما يدرك الملازمه و استحاله الانفكاك بين الوجوبين الشرعيين خاصه، و أما نفس الوجوب فهو شرعي و ليس مما يحكم به العقل. و من هنا فيكون عنوان المقدميه جهه تعليلية للوجوب الشرعي، بمعنى أن الترتب و توقف الواجب عليها المعبر عنه بعنوان المقدمه، عله لإيجاب ذات المقدمه شرعاً.

عليه فلا يكون هذا من مصاديق ما أفاده (قدس سره)، من أن الجهات التعليلية هي بعينها جهات تقييده في الأحكام العقلية.

و كيف كان، فالصحيح في التعليل أن يقال: إن النهي التكليفي عن المعاملات لا يقتضى فسادها، إذ لا ملازمه بين حرمة المعامله و عدم نفوذها، بل قد تكون محرّمه و في نفس الحين تكون نافذه، كما هو الحال في النهي عن البيع وقت النداء فإنه محرّم و صحيح، باعتبار أن النهي و المبعوضيه لا- ينافيان الإمضاء لعدم اعتبار القربه فيها كالعبادات، كى يقال بأن المبعوض لا يصحّ التقرب به.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠

فلا تنفع الإجازة بعد الرد (١). و هل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى

هذا و الذى يهون الخطب أننا لم نلتزم بالحرمة في المقام أصلاً، و قد عرفت أنه من مصاديق التجرؤ و هو غير محرّم.

أذن فلا مجال للبحث في حرمة المقدّمه، سواء أقصد بها التوصل إلى إمضاء المولى أم قصد ترتيب الأثر عليه، سواء أذن المولى أم لم يأذن.

(١) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب، بل ادعى الشيخ الأنصارى (قدس سره) الإجماع عليه «١». و قد عللوا ذلك بأنه كرد البائع و عدوله الفاصل بين إيجابه و قبول المشتري، حيث يمنع من تأثير قبول المشتري بلا كلام.

إلّا أن ما ذكره لا- يخلو من الإشكال، بل المنع. و ذلك فلأن من غير المحتمل أن يكون الإجماع في المقام إجماعاً تعبيرياً يكشف عن رأى المعصوم (عليه السلام)، بل من الواضح أن مستنده إنما هو استظهار كون المقام من قبيل رجوع البائع قبل قبول المشتري. و حيث إنّ بين المسألتين بوناً بعيداً، فلا مجال للالتزام بما ذكره.

و الوجه فيه

أنّ الموجب إذا رجع عن إيجابه قبل القبول لم يتحقق مفهوم العقد، لأنه عبارته عن ضمّ التزام إلى التزام و ربط تعهّد بآخر. فإذا فرض ارتفاع التزام البائع بالرجوع أو الموت أو الجنون لم يكن للقبول أثر، باعتبار أنه ليس هناك التزام آخر يضم هذا الالتزام إليه و يربط بينهما، فلا يتم مفهوم العقد. و أين هذا من المقام الذى ليس هناك أى التزام من المولى و انتساب للعقد إليه قبل الرد و بعده، كى يقال إن الردّ قد أبطل أثره؛ بل الرد و عدمه فى المقام سياتى حيث لا أثر له بالمره، فإن العقد لم يكن منتسباً إليه قبل الرد و كذا الحال بعده، كما أنه لم يكن قبل الرد التزام من المولى و كذلك الحال بعده.

بل و كذا الحال لو اعتبرنا رضا المشتري بالمعامله حين الإيجاب أيضاً، على ما ذهب إليه الشيخ (قدس سره)، و إن لم نرتضه فى محله. و ذلك لأن المفروض أن العقد

(١) كتاب النكاح (طبع المؤتمر العالمى للشيخ الأنصارى) ٢٠: ٢٤٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١

فيكون النهى السابق كالردّ بعد العقد، أو لا؟ وجهان. أقواهما الثانى (١).

قد وجد فى ظرفه واجداً لجميع الشرائط عدا استناده إلى المولى، فمتى أجاز استند العقد إليه، و ليس هذا قبولاً و إنما هو إسناد للعقد الواقع إليه بعد أن لم يكن كذلك و من هنا فلا يكون الردّ قاطعاً و مانعاً من لحوق الإجازة من المولى.

و الحاصل أنّ ما ذكره مضافاً إلى أنه لا- دليل عليه مخالف لإطلاقات النصوص المتقدّمه و القاعده المقتضيه لصحّه العقد الفضولى، إذ ليس فى المقام مانع من نفوذ العقد غير عدم إذن المولى و معصيه العبد

له، فإذا أجاز المولى ارتفع هذا المانع و جاز، لعدم المقتضى للبطلان بعد اقتضاء القاعده للصحة.

هذا كله مضافاً إلى دلالة صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليده الأول أجاز بيع ابنه «١» صريحاً على المدعى، فإن المخاصمه و المطالبه أظهر أفراد الردّ، و مع ذلك فقد حكم (عليه السلام) بصحة العقد بعد الإجازة.

و بالجمله فما ذكره من مانعيه الردّ للإجازة مما لا يمكن المساعده عليه، بل الأدله العامه و الخاصه على خلافه، فالمتعين هو القول بنفوذ العقد عند إجازة المولى، سواء أ صدر منه ردّ قبلها أم لم يصدر.

(١) لإطلاقات الأدله، حيث إن مقتضاها نفوذ العقد بالإجازة مطلقاً، سواء أ كان هناك نهى سابق أم لم يكن. و ما ذكر من مانعيه الرد فهو على تقدير الالتزام به، إنّما يختص بالإنشاء و لا يشمل مجرد الكراهه النفسانيه، كما هو الحال فى الإجازة أيضاً حيث إن مجرد رضا المولى لا ينفذ فى الحكم بصحة العقد و استناده إلى إجازة المولى.

(١) الوسائل، ح ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العييد و الإماء، ب ٨٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢

[مسأله ٣: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج]

[٣٨٠٣] مسأله ٣: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعين

فى عىن ىكون فى ذمه المولى (١). و ىجوز أن ىجعلہ فى ذمه العبد ىتبع به بعد العتق مع رضاه. و هل له ذلك قهراً علیه؟ فىه إشكال (٢) كما إذا استدان على أن ىكون الدين فى ذمه العبد من غير رضاه.

و أما لو أذن له فى التروىج، فإن عىن كون المهر فى ذمته، أو فى ذمه العبد، أو فى عىن معىن، تعىن (٣). و إن أطلق، ففى كونه فى ذمته، أو فى ذمه العبد مع ضمانه له و تعهده أداءه عنه، أو كونه فى كسب العبد، وجوه: أقواها الأول (٤) لأن الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه، و كون المهر عليه بعد عدم قدره العبد على شىء و كونه

(١) بلا إشكال و لا خلاف فى الحكم بالنسبه إلى الفرض الأول. و أما الفرض الثانى فالحكم كما أفاده (قدس سره)، لما يأتى من أنه فى حكم مباشره المولى للعقد، إذ لىس له فرض شىء فى ذمه العبد.

(٢) بل منع. فإن غايه ما ثبت بالدليل إنما هو جواز تصرف المولى فى عىن العبد و منافعه و أمواله إن كانت، و أما التصرف فى ذمته فلا دليل عليه، بل هو مقطوع البطلان. كما هو الحال فى الاستدانه أو الشراء فى ذمه العبد، فإنه لو كان جائزاً لأمكن للمولى أن ىصبح من أثرى الأثرياء بالاستدانه أو الشراء فى ذمه العبد، ثم عتق العبد فىتبع به دون المولى، و الحال إنه مما لا ىنبغى الشك فى بطلانه.

(٣) بلا خلاف أو إشكال فىه.

(٤) و ذلك فالأذن القول الثانى و إن كان ممكناً إلا أنه لا دليل عليه. و القول الثالث لا وجه له بالمره، فإن كسب العبد لما كان من

جملة أموال المولى لم تكن خصوصيته فيه بالذات.

و بعبارة اخرى: إنَّ المهر إن كان على المولى، فلا موجب لتعيينه فى مال خاص من أمواله. و إن لم يكن عليه فلا موجب لأخذه من كسب العبد الذى هو من جملة أمواله، فإنه لا دليل على خروجه منها.

إذن فيتعين القول الأول، الذى عليه القرينه العرفيه التى ذكرها الماتن (قدس سره).

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٣

كلّا على مولاه (١) من لوازم الإذن فى التزويج عرفاً (٢). و كذا الحال فى النفقه (٣). و يدلّ عليه أيضاً فى المهر روايه على بن أبى حمزه (٤)

(١) إن كان (قدس سره) يشير بذلك إلى الآيه الكريمه التى تضمنت هذا التعبير فلا يخفى أنها غير وارده فى العبد، و إنما هى وارده فى الأبكم.

قال الله تعالى «وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَ هُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجَّهُهُ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِي هُوَ وَ مَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ هُوَ عَلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ» (١).

بل لم يرد فى شىء من النصوص أنّ العبد كلٌّ على مولاة، بل الأمر قد يكون بالعكس من ذلك تماماً، كما إذا كان العبد كسوباً و كان المولى عاجزاً لا عمل له.

(٢) كما هو أظهر من أن يخفى. و هذه القرينه لا تختص بالمولى و العبد، و إنما هى قائمه فى الإذن لكل من كان عيالا للآذن بالشراء لنفسه كالأب و الابن، فإنّ الظاهر من إذنه هو كون الثمن عليه.

ثم لو فرضنا عدم تماميه هذه القرينه، فالمتعين هو الالتزام بأنّ المهر فى ذمه العبد من دون أن يكون للمولى دخل فيه مطلقاً، فلا يضمن شيئاً على الإطلاق، بل يكون إذنه هذا من

باب رفع المانع من قبله خاصة. نظير إذن العمه أو الخاله في التزوج في بنت الأرخ أو الأخت، حيث لا يحتمل أن يكون إذنهما مستلزماً لثبوت المهر عليهما.

و بذلك فيكون الحال في المقام كسائر موارد ضمانات العبد الثابتة نتيجة إتلافه لشيء أو غيره باستثناء القتل و قصاص الجروح حيث إن له أحكاماً خاصة فإنه يتبع به بعد العتق، من دون أن يكون المولى ملزماً بشيء على الإطلاق على ما تقتضيه القاعدة.

(٣) فإن الكلام فيها كالقلام في المهر بلا اختلاف بينهما.

(٤) عن أبي الحسن (عليه السلام) في رجل يزوج مملوكاً له امرأه حرّه على مائه

(١) سورة النحل: ١٦: ٧٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤

و في النفقه موثقه عمّار الساباطي (١).

و لو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز، ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر على المولى أو بتعهّده، أو لا، وجهان. و يمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمّته، فلا دخل له بالمولى (٢)

درهم، ثمّ إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله دين له استدانه بأمر سيده» (١).

إلّا أنها ساقطه سنداً، باعتبار أن علي بن أبي حمزه هذا هو البطائني الكذاب المعروف.

□
(١) قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أذن لعبد في تزويج امرأه فتزوجها، ثمّ إن العبد أبق من مواليه، فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد، فقال: «ليس لها على مولاه نفقه و قد بانت عصمتها منه» الحديث (٢).

و هي واضحة الدلالة على المدعى، حيث إنّ ظاهرها أنّ نفقه زوجه العبد على مولاه ما لم يبق فتسقط، لانتفاء عصمتها.

(٢) لأن الإجازة لما كانت إجازة

للعقد السابق بجميع خصوصياته، و كان مقتضى العقد السابق كون المهر فى ذمه العبد، كان المهر على العبد لا محاله يتبع به بعد العتق من دون أن يكون للمولى دخل فيه. نظير ما لو أذن المولى قبل العقد فى تزوج العبد على أن يكون المهر فى ذمته، حيث لا يقوم إذنه حينئذ إلا بدور رفع المانع من قبله كما عرفت.

و لكن مع ذلك فقد قيل بأن المهر على المولى، لأنَّ ذمه العبد بعينها ذمه المولى. كما قيل بأنَّ القرينه الخارجيه بأنَّ العبد لا يقدر على شىء، قائمه على تعهده بالمهر عند الإذن.

(١) الوسائل: ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٧٨ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٧٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥

و إن أجاز العقد. أو فى مال معين من المولى أو فى ذمته، فيكون كما عين (١) أو أطلق، فيكون على المولى (٢).

إلا أنه لا يمكن المساعدة عليهما، و ذلك:

أمَّا الأول: فلأن ما ذكر من أن ذمه العبد غير مغايره لذمه المولى فهو مما لا أساس له، بل للعبد ذمه مغايره لذمه المولى، و لذا لو أجاز المولى أن يتزوج العبد مع كون المهر فى ذمته صحَّ العقد و كان المهر فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق، بل قد عرفت أن ذمه العبد تنشغل بالضمانات الناتجه عن الإتلاف بلا خلاف فيه، كما أنه لو أقرَّ بشىء قبل إقراره و تبع به بعد العتق من دون أن تنشغل ذمه المولى بشىء. فما ذكر من أن العبد لا ذمه له، لا يمكن المساعدة عليه، و لا دليل يعضده.

أمَّا الثانى: فلأن القرينه

لا تجرى فى المقام، لأن الإجازة إنما هى إجازة للعقد السابق بجميع خصوصياته و بكيفيته التى وقع عليها، و حيث إنه قد اشتمل على كون المهر فى ذمه العبد، فلا مبرر للقول بتعهد المولى به. على أنه لو فرضنا ثبوت التعهد فلا ينعك ذلك فى إلزام المولى به، لما يأتى قريباً.

(١) بلا خلاف و لا إشكال، لما عرفت من أنّ الإجازة إنما تتعلق بالعقد السابق بجميع خصوصياته، فيتعين ما عينه العبد لا محاله، و يكون حاله حال الإذن السابق فى التزويج مع كون المهر فى ذمه المولى أو عيناً معينه من أمواله.

(٢) للقرينه العرفيه التى تقدّمت، فىكون حال الإجازة اللاحقه فى هذا الفرض حال الإذن السابق فى فرض الإطلاق و عدم تعيين شىء بخصوصه.

إلّا أن للمناقشه فى هذا مجالاً. و ذلك فلأن الذمم لما كانت مختلفه، و لم يمكن جعل المهر على ذمه مجهوله، انصرف عدم التعيين إلى ذمه العبد نفسه، لأنه طرف المعامله و المعاقده. و من هنا فحيث إن الإجازة متعلقه بما وقع و إجازة للعقد المتقدم، و كان ما وقع عبارته عن تزويج العبد مع كون المهر فى ذمته و إن لم يذكر ذلك بالتصريح، فحال هذه الإجازة حال الإذن السابق فى العقد مع التصريح بكون المهر فى ذمه العبد، و لا تجرى القرينه العرفيه المتقدمه فى المقام.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦

ثمّ إنّ المولى إذا أذن، فتاره يعين مقدار المهر، و تاره يعمم، و تاره يطلق. فعلى الأولين لا إشكال. و على الأخير ينصرف إلى المتعارف (١). و إذا تعدى وقف على

على أننا لو فرضنا جريانها فى المقام، بل لو فرضنا تصريح المولى عند الإجازة بتعهده بثبوت المهر فى ذمته،

فلا يخرج ذلك عن كونه وعداً محضاً لا دليل على إزمائه به، حيث لا موجب لانتقال المهر من ذمته العبد إلى ذمته المولى و فراغ ذمته العبد به.

اللهم إلاً أن يضمه المولى عند الإجازة بالضمان الشرعى، فإن الحق حينئذ ينتقل إلى ذمته المولى بلا إشكال.

نعم، فى فرض عدم الضمان لو قامت القرينه على أن إقدام العبد على هذا التزويج إقدام على أن يكون المهر فى ذمته المولى كما لو علمت المرأه بأن العاقد عبد لا يملك شيئاً فلا بأس بالقول بأن المهر عند الإجازة يكون فى ذمته المولى للقرينه المتقدمه حيث إن الإذن فيه إذن فى كون المهر فى ذمته، و بهذه القرينه يرفع اليد عن انصراف الإطلاق إلى كون المهر فى ذمته العبد.

(١) خارجاً بالنسبه إلى تزويج العبد من المرأه التى تناسبه.

و الوجه فى ذلك بعد ما ذكرنا فى باب الإطلاق أن المطلق شامل للفرد النادر أيضاً على حد شموله للفرد الشائع هو ما ذكرناه فى باب الوكاله و الاستعاره، من أن الملاك الأصيلى و الواقعى إنما هو الرضا الباطنى للموكل و المعير و الآذن دون اللفظ فإنه إنما يعتبر لكشفه عن الرضا الباطنى لا غير. فبهذا اللحاظ لا بدّ من الاقتصار على الفرد المتعارف، لأن الإذن لا يكشف إلاً عن الرضا الباطنى بالتصرف المتعارف كاللبس فيما يلبس و المطالعه فى الكتاب، و لا يكشف عن غير المتعارف كفرش ما يلبس أو سد فرجه الحائط بالكتاب، أو البيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأكثر منه.

و من هنا فالإذن فى المقام ينصرف إلى الفرد المتعارف دون غيره، لعدم كاشفيه اللفظ عن الرضا الباطنى بغيره.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٧

إجازته (١). و قيل: يكون

الزائد في ذمته يتبع به بعد العتق (٢).

و كذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف و الضعه. فإن تعدى وقف على إجازته (٣).

(١) لأن ما وقع لم يأذن فيه، و ما أذن فيه لم يقع، لكونه مقيداً بالمعين أو المتعارف.

(٢) وفيه: أنه لا- موجب للتفكيك بين ما أذن المالك فيه و الزائد، لما عرفت من أن ما أذن فيه لم يقع، و ما وقع لم يأذن فيه. فالصحيح هو القول بالتوقف على الإجازة.

(٣) كل ذلك لما تقدّم من أن ما وقع لم يأذن فيه المولى، و ما أذن فيه لم يقع.

ثم إن في المقام فرعين يرتبطان بمسأله المهر لم يتعرض إليهما الماتن (قدس سره) و لا بأس بالتعرض إليهما.

الأول: لو أطلق المولى الإذن فتزوج العبد من دون مهر، كان مهر المثل عند الدخول بها على المولى دون العبد، لما تقدّم من أن إذنه في التزويج التزام منه بالمهر للقربنه العرفيه، فإنها قائمه على كون المهر عليه عند إذنه في التزويج و إن كان ثبوته بالدخول بها.

الثاني: لو تزوج العبد بإذن المولى، و بعد الدخول بها ظهر فساده لكون المرأه ذات بعل أو ذات عده أو غير ذلك مع عدم علمها بالحال حين العقد كان مهر المثل على المولى، لأنه بإذنه في التزويج قد التزم بالمهر، فإذا ظهر بطلان العقد ثبت في ذمته مهر المثل بدلاً من المسمى.

و أما لو تزوج العبد من غير إذن المولى، و دخل بها ثم ظهر الفساد:

□
فإن كانت المرأه عالمه بالحال فلا تستحق شيئاً، لأنها بغيه «و لا مهر لبغى». ففي معتبره السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام)،

قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): أئما امرأه حرّه زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه، فقد أباحت نفسها ولا صداق لها» (١). وهى وإن كانت مطلقة إلا أنه لا بدّ من تقييدها بصورة علم المرأة

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٢٤ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٨

.....

لقوله (عليه السلام): «فقد أباحت نفسها» فإنها خير قرينه على اختصاصها بصورة العلم.

وإن كانت المرأة جاهله بالحال كما لو تخيلت حرّيته، أو أخبرها العبد بذلك فصدقته استحقت المهر فى ذمّه العبد يتبع به بعد العتق، لكونه حين العبوديه غير قابل لأداء المهر باعتبار أنه و ما فى يده لمولاه، من دون أن يكون للمولى دخل فيه لعدم إذنه فى ذلك.

ثم هل المهر الثابت فى ذمّه العبد هو المسمى فى العقد، أم مهر المثل؟

ذكر الفقهاء فى أبواب متفرقه من الفقه كالبيع والإجاره ونحوهما، أن فساد العقد يوجب الانتقال إلى ثمن المثل إن كانت المعامله بيعاً، وأجره المثل إن كانت إجاره أو ما شاكلها، باعتبار أن المشتري أو المستأجر إنما أقدم على قبض العين أو المنفعه بالضمان لا مجاناً، فإذا لم يسلم المسمى لعدم إمضاء العقد من قبل الشارع، ثبت عليه المثل إذ لا يذهب مال المسلم هدرأً، و على هذا الأساس ذكروا أن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

غير أننا قد ذكرنا فى محله أن ما ذكر لا يمكن المساعده عليه بإطلاقه، بل لا بدّ من التفصيل فى المقام. و ذلك لأن بطلان العقد قد يكون من جهه عدم أهليه من سلطه على المال لذلك، كما هو الحال فى بيع

الغاصب، أو الوكيل مع اشتباهه في متعلق الوكالة، نظير ما لو وكله شخص في بيع داره فباع الوكيل دكانه خطأً. ففيه ينتقل إلى ثمن المثل بلا خلاف، لما ذكره من أن المشتري لم يقدم على قبض المال مجاناً، وإنما أقدم على قبضه مع كون ضمانه عليه، فإذا لم يسلم المسمى ينتقل إلى ثمن المثل لا محاله، حيث لا يذهب مال المسلم هدرًا.

وَأُخْرَى يَكُونُ الْبَطْلَانُ مِنْ جِهَةِ إِيقَاعِ مَنْ لَهُ السُّلْطَنَةُ عَلَى الْمَالِ الْعَقْدِ فَاسِدًا، بِلَا فَرْقٍ بَيْنَ كَوْنِهِ عَالِمًا بِذَلِكَ أَوْ جَاهِلًا. فِيهِ قَدْ يُفْرَضُ أَنَّ الْمَسْمُومَ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ الْمَثَلِ وَقَدْ يُفْرَضُ تَسَاوِيَهُمَا، وَقَدْ يُفْرَضُ زِيَادَةُ ثَمَنِ الْمَثَلِ عَنِ الْمَسْمُومِ.

ففى الأول لا يجب على المشتري دفع المسمى بلا إشكال، باعتبار أن ما أوجبه لم

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٩

.....

يمض شرعاً فذمته غير مشغولة به، لكنه حيث أُلْفَ مال الغير مع الضمان، فلا بدّ من أن يخرج عن عهده إذ لا يذهب مال المسلم هدرًا، وتعيّن عليه دفع ثمن المثل لا محاله. وكذا الحال في الفرض الثاني.

و أما الفرض الثالث فلا وجه لما ذكره أكثر الفقهاء بإطلاق كلامهم من الانتهاء إلى ثمن المثل.

و الوجه فيه أن المالك لما أقدم على إلغاء احترام ماله بالنسبة إلى الزائد و سلط المشتري على تلفه بالمقدار المعين، كان مفوتاً لاحترام ماله فلا يجب على المشتري الزائد. و لا يجرى في المقام ما ذكر من أن مال المسلم لا يذهب هدرًا، لأنه إنما يختص بما إذا لم يكن المالك ملغياً لاحترام ماله. فيتعين حينئذٍ دفع المسمى خاصة، و من المطمأن به قوياً أن السيره العقلائيّه قائمه على ذلك.

و هذا الكلام بعينه يجرى

فى المقام. فإنَّ الحرَّه إذا أقدمت على التزوج بمهر دون مهر أمثالها، فلا مقتضى للانتهاى إلى مهر المثل عند ظهور فساد العقد، لأنها هى التى ألغت احترام ما تستحقه من المهر بالنسبه إلى الزائد.

و هذا الحكم مضافاً إلى كونه على طبق القاعدة يدل عليه صحيح زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه، قال: «ذاك لمولاه، إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما. فإن فرّق بينهما فللمراه ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً» الحديث «١».

فإنها واضحة الدلالة على ثبوت المهر المسمى عند ظهور البطلان ما لم يكن العبد معتدياً فيه، و من الواضح أن فرض عدم الاعتداء كما يشمل تساوى المهرين يشمل كون مهر المسمى أقلّ من مهر المثل.

و الماتن (قدس سره) قد تعرّض لهذا الفرع فى المسأله الثالثه عشره من هذا الفصل، لكن الأولى تقديمه إلى المقام لشده المناسبه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٤ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٤٠

[مسأله ٤: مهر الأمه المزوّجه للمولى]

[٣٨٠٤] مسأله ٤: مهر الأمه المزوّجه للمولى (١) سواء كان هو المباشر، أو هى بإذنه، أو بإجازته. و نفقتها على الزوج (٢) إلّا إذا منعها مولاه عن التمكين

(١) لأنّ المهر و إن لم يكن عوضاً فى النكاح و لذا يصحّ من دونه إلّا أنه شبيه به، لأنّ اعتباره إنما هو من جهه تمكن الزوج من الانتفاع بالمرأه و الاستمتاع بها المعبر عنه بملكته البضع. و من هنا فحيث إن هذه المنافع مملوكه للمولى بلا إشكال، تتبع ملكيته للأمه نفسها، كان عوضه له لا محاله.

و مما يؤكّد ذلك

معتبره أبي بصير عن أحدهما (عليهما السلام) في رجل زوّج مملوكه له من رجل حر على أربعمائه درهم، فعجل له مائتي درهم و آخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخره على الزوج؟ قال: «إن كان الزوج دخل بها و هي معه و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتى باعها، فلا شيء له عليه و لا لغيره» (١).

فإنها من حيث السند معتبره، لأن سعدان بن مسلم المذكور في سندها و إن لم يرد فيه توثيق في كتب الرجال، إلا أنه مذكور في أسناد كامل الزيارات و تفسير علي بن إبراهيم (٢). و من حيث الدلالة واضحة بل صريحه في أن المهر للمولى.

نعم، إنها تضمنت سقوط المؤجل من المهر بالدخول بها، و هي مسأله خلافيه لاختلاف الأخبار فيها، حيث دلت جمله منها على السقوط، في حين دلت جمله أخرى منها على عدمه. إلا أنها خارجه عن محل كلامنا، و سيأتي الحديث عنها في محلها إن شاء الله.

(٢) بلا إشكال فيه، على ما يستفاد من قوله تعالى «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ» (٣) و جمله من النصوص المعتبره. فإذا وجبت على الزوج وضعاً كانت المرأه غنيه باعتبار كونها مالكة لها في ذمته، فلا يجب على المولى الإنفاق عليها، لأن وجوبها

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٨٧ ح ١.

(٢) معجم رجال الحديث ٩: ١٠٤.

(٣) سوره البقره ٢: ٢٣٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤١

لزوجها، أو اشترط كونها عليه (١).

و للمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج (٢). و المشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً، و يخلى بينها و بين الزوج

ليلاً، ولا بأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار [١] (٣). و لو اشترط غير ذلك فهما على شرطهما (٤).

عليه تكليفي محض فلا يجب مع غناها.

نعم، لو سقطت بالنشوز، كما ذهب إليه المشهور؛ أو بخروجها من داره و انفصالها عنه، كما اخترناه؛ وجبت نفقتها على المولى لكونها فقيره حينئذٍ.

(١) فينفذ لعموم «المؤمنون عند شروطهم». هذا إذا كان الشرط شرط الفعل بمعنى اشتراط كون أدائها عليه. و أما لو كان الشرط بنحو شرط النتيجة، أعني اشتراط ثبوتها عليه، فلا.

(٢) لأنها بالتزويج لا تخرج عن ملكه، بل تبقى مملوكة له كما كانت، فيكون مقتضى القواعد جواز استخدامها للمولى متى شاء في غير الاستمتاع إذا لم يكن منافياً لحق الزوج، حيث إنه قد ملكه هذه المنفعة فلا يجوز له التصرف فيه أو تفويته عليه.

□
(٣) و هو ما رواه في الجعفریات، قال: أخبرنا عبد الله، أخبرنا محمد، حدثني موسى، قال حدثنا أبي، عن أبيه، عن جدّه جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) أنه قال: «إذا تزوّج الحرّ الأُمّه، تخدم أهلها نهاراً و تأتي زوجها ليلاً و عليه التّفقه إذا فعلوا ذلك به، و إن حالوا بينه و بين امرأته فلا نفقه لهم عليه» «١». إلّا أن سند الكتاب غير موثق و إن أصرّ الشيخ النوري (قدس سره) على صحته، غير أنه لا دليل عليه.

و من هنا فلا وجه لما ذكر، بل لا بدّ من الالتزام بالجواز مطلقاً ما لم يكن منافياً لحق الزوج، و عدم الجواز كذلك عند منافاته له.

(٤) لعموم وجوب الوفاء بالشرط.

[١] لكنّه ضعيف، و الأوجه ما ذكره أوّلًا.

(١) الجعفریات (حجری): ١٠٥ ١٠٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٢

و لو أراد زوجها أن

يسافر بها، هل له ذلك من دون إذن السيد؟ قد يقال: ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها، فإنه يجوز له من دون إذن الزوج. و الأقوى العكس [١] (١) لأنّ السيد إذا أذن بالترويج فقد التزم بلوازم

(١) بل الأقوى هو القول بعدم الجواز لكل منهما. و ذلك لاستلزام سفر كل منهما بها تفويت الحق الثابت للآخر، فسفر المولى بها يستلزم تفويت حق الزوج، كما أن سفر الزوج بها يستلزم تفويت حق المولى فى استخدامها، فلا يجوز ذلك لكل منهما إلّا بإذن الآخر، بل لو خالف الزوج ضمن المنافع الفائته للمولى.

ثمّ فى فرض تعارضهما، فهل تجب على الأمه إطاعه زوجها، أم تجب عليها طاعه مولاها؟

الصحيح هو أن يقال: إنّ المقام لما كان من مصاديق التراحم، حيث لا يمكن الأمه الجمع بين السفر و عدمه، فلا بدّ من القول بالتخيير إن لم يكن هناك مرجع لأحد الطرفين. لكن من غير البعيد أن يقال بترجيح حق المولى، لأنه أقوى باعتبار كونه مالكا للعين و المنفعه، بخلاف الزوج حيث لا يملك إلّا منفعه الاستمتاع. و يكفينا فى تقديم حق المولى احتمال الأقوائيه، فإنه منجز فى باب التراحم على ما بيّن فى محله.

و بعبارة اخرى نقول: إنّ الأمه لما لم يمكنها الجمع بين حق المولى و حق الزوج حيث يأمر أحدهما بالسفر و الآخر بالبقاء، وقع التراحم بين الأمرين لا محاله باعتبار أن كلّاً منهما مشروط بالقدره، و مقتضاه هو التخيير ما لم يحتمل أهميّه أحدهما، و إلّا قدم ما احتمل أهميته. و حيث فى المقام يحتمل أهميه أمر المولى، لكونه مالكا للعين و جميع منافعها باستثناء منفعه الاستمتاع، تعيّن عليها إطاعته لا محاله.

[١] بل الأقوى

عدم الجواز لكل من السيّد و الزّوج بدون إذن الآخر، لأنّ لكل منهما حق الانتفاع من الأُمة أحدهما بالاستخدام و الآخر بالاستمتاع، و لا يجوز لواحد منهما تفويت حق الآخر بدون رضاه، و أما الأُمة فيما أنه يجب عليها إطاعه زوجها و إطاعه سيّدها ففي صورته المعارضه بينهما يدور أمرها بين المحذورين و لا يبعد تقديم حق السيّد لاحتمال أهميته.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٣

الزوجيه، و «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (١).

و أما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلّا ما كان واجباً عليه من الوطء في كل أربعة أشهر (٢) و من حق القسم.

[مسألة ٥: إذا أذن المولى للأُمة في التزويج و جعل المهر لها، صحّ]

[٣٨٠٥] مسألة ٥: إذا أذن المولى للأُمة في التزويج و جعل المهر لها، صحّ على الأقوى من ملكيه العبد و الأُمة (٣) و إن كان للمولى أن يملك ما ملكاه، بل الأقوى

(١) الظاهر أن هذه الآيه الكريمة أجنبه عن محلّ الكلام، فإنها وارده في أن الرجل يقوم ظهر المرأة و وجوب إطاعته عليها، و من الواضح أن هذا لا ينافي وجوب إطاعه المولى عليها أيضاً.

(٢) فلا تجب إطاعته لمخالفته لأمر الله تبارك و تعالى، و لا طاعه لمخلوق في معصيه الخالق.

(٣) الكلام تاره في إمكان ملكيتهما، و أخرى في وقوعه خارجاً و الدليل عليه.

أمّا المقام الأوّل: فلا ينبغى الشك فيه، فإنّ الملكيه إنما هي من الأمور الاعتباريه و قائمه بالاعتبار و هو سهل المثونه، فللشخص أن يعتبر ما يشاء ما دام يترتب عليه الأثر كي لا يكون لغواً. و أما من تقوم به الملكيه و يكون مالكاً فلا دليل على اعتبار كونه حرّاً، بل يمكن أن يكون جماداً كالوقف على المسجد و

و أما المقام الثاني: فيمكن الاستدلال على وقوعه بجملة من النصوص المعتبرة:

كالتى دلت على نفى الزكاه فى مال العبد «١». فإنه ظاهر فى كون العبد مالكا، غاية الأمر أن أمواله مستثناه، من حكم الزكاه، و إلا فلو لم يكن العبد مالكا لم يكن وجه لنفى الحكم عنه، لكونه سالبه بانتفاء الموضوع.

و التى دلت على أن العبد لا يرث و لا يورث «٢». فإن الحكم بأنه لا يورث ظاهر فى

(١) الوسائل: ٩: ٩١ وجوب الزكاه على الحر و عدم وجوبها على العبد ح ١١٥٩٧، ١١٥٩٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و الموارث، أبواب موانع الإرث، ب ١٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٤٤

كونه مالكا لهما و لمالهما ملكيه طويله (١).

أنه يملك، إلا أن أمواله لا- تنتقل بموته إلى ورثته، و إلا فلو لم يكن له مال لعدم قابليته للملكيه، لم يكن وجه للقول بأنه لا يورث.

و التى دلت على أن العبد ليس له التصرف فى أمواله من دون إذن سيده، كصحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا- يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه» «١». فإنها تدل و بكمال الصراحة على أن العبد يملك، غاية الأمر أنه محجور عليه و ليس له التصرف إلا بإذن مولاه.

(١) إذ لا- محذور فيه عقلا، نظراً إلى أن الملكيه من الأمور الاعتباريه، فلا- يأتى فيها التضاد أو التناقض أو التماثل، لأنها إنما تختص بالأمور التكوينييه الموجوده فى الخارج، فلا مانع من اعتبار شىء و اعتبار عدمه فى آن واحد عقلا، غاية الأمر أنه يكون لغواً و لا يصدر من الحكيم إذا لم يكن له أثر،

و إلاً فلا لغويه فيه أيضاً، كما هو الحال في اعتبار وكيلين أو متولين مستقلين بحيث يعمل كل منهما منفرداً عن الآخر.

هذا بشكل عام. و أما في خصوص الملكيه فاعتبارها لشخصين كل منهما مستقلا عن الآخر لغو محض، لأن مقتضى اعتبار ملكيه زيد له هو جواز تصرفه فيه كيف يشاء و انتقاله إلى ورثته بعد موته، في حين إن مقتضى اعتبار ملكيه عمرو له هو عدم جواز تصرف زيد فيه في حياته و عدم انتقاله إلى ورثته بعد وفاته، و كذا العكس فيكون لغواً محضاً.

و من هنا فقد ذكرنا في باب الجمع بين الأحكام الظاهريه و الواقعيه، أنه لا استحاله في الجمع بين الحكمين مطلقاً، سواء أ كانا معاً واقعيين، أم كانا ظاهريين، أم كان أحدهما واقعياً و الآخر ظاهرياً.

غايه الأمر أن الأول لغو لا يصدر من الحكيم، لا سيما إذا قلنا بتبعيه الأحكام للمصالح و المفسدات في متعلقاتها، فإنه حينئذ لا يمكن الجمع بينهما أيضاً، حيث لا يمكن

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العيب و الإماء، ب ٢٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٥

.....

أن يكون الشئ الواحد واجداً للمصلحه الراجحه و المفسده الراجحه في آن واحد.

و أما الثاني فهو كالأول في اللغويه، حيث لا يمكن للمكلف امتثالهما في الخارج.

و أما الثالث فلا محذور فيه أصلاً، إذ إنهما لا يصلان معاً إلى المكلف أصلاً، فإذا وصل الأول ارتفع موضوع الثاني، و إذا وصلت النوبه إلى العمل بالثاني فلا بد من فرض عدم الأول. و من هنا فلا يكون جعلهما معاً لغواً، فضلاً عن كونه ممتنعاً عقلاً.

و الحاصل أنه لا محذور عقلاً من اعتبار ملكيه شئ لشخصين مستقلين في نفسه مع

كون أحدهما فى عرض الآخر، فضلاً عن كون ملكيه المولى طوليه، نعم، هو عبث و لغو فلا يصدر من الحكيم، غير أن هذا غير الامتناع العقلى، كما لا يخفى.

و أما بالنسبه إلى خصوص العبد و مولاه، فاعتبار ملكيه شىء واحد لكل منهما مستقلاً فى عرض الآخر، فمضافاً إلى أنه لا يصطدم بأى محذور عقلى، لا يأتى فيه محذور اللغويه، لأن العبد ممنوع من التصرف و لا يورث، فلا يأتى فيه ما ذكر من أن اعتبار الملكيه له يقتضى جواز تصرفه فيه كيف يشاء و انتقاله إلى ورثته بعد موته، إذ إنه لا يقدر على شىء.

إلا أنه لا دليل عليه. بل ربّما ينافى ما دل على جواز هبه المولى لعبده شيئاً «١». فإن مفهومها إنما هو رفع اليد عن الملكيه و سلب مالكيته عن شىء و جعلها لآخر، فإنه لا ينسجم مع كون المولى مالكاً لذلك الشىء فى عرض مالكيه العبد أيضاً، إذ إنه إنما يكون حينئذ من إضافه مالك إلى مالك لا سلب المالكيه عن شخص و جعلها لآخر.

بل و ربّما ينافيه ما دلّ على نفى الزكاه عن مال العبد «٢». فإن المال لو كان مملوكاً للمولى أيضاً، لوجب فيه الزكاه من هذه الجهه، و هو يتنافى مع الحكم بأنه لا زكاه فيه.

و بالجملة فالالتزام بملكيه المولى للمال فى عرض ملكيه العبد له، مضافاً إلى أنه لا دليل عليه، ينافيه بعض النصوص الوارده فى أبواب متفرقه من الفقه.

(١) الوسائل ١٨: ٣٦٨ أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره ح ٢٣٦٤٧.

(٢) الوسائل ٩: ٩١ كتاب الزكاه، باب ٤ ح ١١٥٩٧ و ١١٥٩٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٤٦

.....

إذن فالصحيح هو الالتزام بما ذكره الماتن (قدس سره) من

ملكه المولى للمال ملكه طويله، بمعنى أن المال مملوك للعبد أولاً وبالذات، غاية الأمر أن المولى يملكه أيضاً باعتبار ملكيته لمالك المال أعنى العبد فهو مملوك له بالتبع بالأصالة، فإنّ هذا الالتزام لا محذور فيه أصلاً.

و تدلّ عليه صحيحه محمّد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه قال في المملوك: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيته إلّا أن يشاء سيده» «١».

□
و صحيحه إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في رجل يهب لعبد ألف درهم أو أقل أو أكثر، فيقول: حللني من ضربى إياك، و من كل ما كان منى إليك و ما أخفتك و أرهبتك، فيحلّله و يجعله في حل رغبه فيما أعطاه ثمّ إنّ المولى بعد أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى، إحلال هي؟ فقال: «لا». فقلت له: أ ليس العبد و ماله لمولاه؟ فقال: «ليس هذا ذاك» ثمّ قال (عليه السلام): «قل له فليرد عليه، فإنه لا يحل له، فإنه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامة» «٢».

فإنّ قول إسحاق (أ ليس العبد و ماله لمولاه) و إجابته الامام (عليه السلام) عنه بأنه «ليس هذا ذاك» ظاهر الدلاله فى أن ملكيه المولى للعبد و من ثمّ لما يملكه من الأمور أمر مفروغ عنه.

و الحاصل أن العبد مالك لأمواله أوّلاً و بالذات، و مولاه مالك لتلك الأموال لكن بتبع ملكيته للعبد نفسه، فملكه المال المعين معتبره مرّتين: تاره للعبد بالذات، و أخرى للمولى بتبع ملكيته للعبد، و قد عرفت أنه لا محذور فى

هذين الاعتبارين ما دامت هناك مصلحة فيه.

هذا مضافاً إلى دلالة صحيحتي محمد بن قيس و إسحاق بن عمار على ما ذكرناه.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٧٨ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب بيع الحيوان، ب ٩ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٧

[مسألة ٦: لو كان العبد أو الأمه لمالكين أو أكثر]

[٣٨٠٦] مسألة ٦: لو كان العبد أو الأمه لمالكين أو أكثر، توقف صحه النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١). و لو كانا مبعضين، توقف على إذنهما و إذن المالك (٢) و ليس له إجبارهما حينئذ (٣).

[مسألة ٧: إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح]

[٣٨٠٧] مسألة ٧: إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤) و تستحق المهر

نعم، لا- بدّ من استثناء صورته واحده من هذا الحكم، حيث لا- يملك المولى فيها مال العبد بتبع ملكيته له، و هي ما لو أعطى المولى شيئاً لعبده في قبالة أن يحلله مما اعتدى عليه فراراً من العقاب الأخرى، و ذلك لصريح صحيحه إسحاق بن عمار المتقدمه فيملك العبد هذا المال مستقلاً و من دون أن يملكه المولى بالملكه الطويله.

(١) لما تقدّم في المالك المتحد، إذ لا- فرق بين المتحد و المتعدد، فإنهم جميعاً يملكونه و لكل منهم حصه فيه، فلا يصحّ التوزيع من دون إذن المالك أو إجازته.

(٢) أمّا اعتبار إذنهما فللحافظ الجزء الحر، حيث لا سلطنه للمولى عليه. و أما اعتبار إذن المالك فللحافظ الجزء المملوك، حيث يكون التصرف فيه بغير إذنه تعدياً على سلطانه، و تصرفاً في ماله بغير رضاه.

(٣) لعدم السلطنه على جزئهما الحر.

(٤) الروايات الواردة في المقام أربع:

□
إحداها: وارده في شراء الحرّه زوجها العبد، و هي روايه سعيد بن يسار، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه حرّه

تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال: «نعم، لأنه عبد مملوك لا يقدر على شىء» «١». إلا أنها ضعيفه السند، من جهة أن شيخ الكليني (قدس سره) أبا العباس محمد بن جعفر لم يرد فيه توثيق.

و ثلاث منها وارده فى الإرث، هى:

أ- صحيحه عبد الله بن سنان، قال: سمعت أبا

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٩ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٨

.....

رجل زوج أم ولد له مملوكه، ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب في زوج أمّه ثم مات الولد أ ترثه أمّه؟ قال: «نعم». قلت: فإذا ورثته، كيف يصنع و هو زوجها؟ قال: «تفارقه و ليس له عليها سبيل و هو عبدها» (١).

ثم إن صاحب الوسائل (قدس سره) قد جعل كلمه «و هو عبدها» بين قوسين و جعل عليها حرف (خ) إشاره إلى أنها نسخه، غير أننا عند مراجعتنا إلى المصدر وجدنا أنّ الكلمه ثابتة فيه من غير الإشاره إلى كونها نسخه، فما فعله (قدس سره) لعلّه من سهو القلم.

ب- صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في سريه رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفى سيدها و أعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه، ثم توفى ولدها فورثت زوجها من ولدها، فجاءا يختلفان يقول الرجل: امرأتى و لا- أطلقها، و تقول المرأة: عبدى لا يجامعنى. فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين، إن سيدى تسرانى فولدنى ولداً ثم اعتزلى فأنكحنى من عبده هذا، فلما حضرت سيدى الوفاه أعتقنى عند موته و أنا زوجه هذا و إنه صار مملوكاً لولدى الذى ولدته من سيدى، و إن ولدى مات ثم ورثته، هل يصلح له أن يطأنى؟ فقال لها: هل جامعك منذ صار عبدك و أنت طائعه؟ قالت: لا يا أمير المؤمنين. قال: لو كنت فعلت لرجمتك، اذهبي فإنه عبدك ليس له عليك سبيل. إن شئت أن تبيعى، و إن شئت أن

ترقى، و إن شئت أن تعتقى» (٢).

ج- معتبره إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال في امرأه لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: «ليس بينهما نكاح» (٣).

و هذه النصوص و إن كانت واردة في تملكها له بالإرث، إلّا أنّ الظاهر من الصحيحتين الأوليين هو أن انفساخ الزوجية إنما هو من جهة عدم اجتماع الزوجية

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٩ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٩ ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٩ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٤٩

إن كان ذلك بعد الدخول (١). و أما إن كان قبله، ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه [١]، وجوه مبنيه على أنه بطلان أو انفساخ (٢). ثم هل يجرى عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا؟ و على السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذي كان

و العبودية مطلقاً، و إن الرجل الذي هو عبد للمرأة «و ليس له عليها سبيل» لا يصلح أن يكون زوجاً لها و يقوم ظهرها، من دون أن يكون لسبب العبودية خصوصيته.

و من هنا فيتم ما ذكره الماتن (قدس سره)، و إن كانت الرواية الواردة في شرائها لزوجها ضعيفه السند.

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف، لاستقراره بالدخول بعد أن كان العقد صحيحاً فلا موجب لسقوط بعضه فضلاً عن تمامه.

(٢) و ذلك لأن ارتفاع العقد عند طرو ما يوجب زواله بعد الحكم بصحته، إنما يكون على نحوين:

الأول: زواله على نحو تقدير أنه لم يكن، فيفرض العقد حين طرو الرفع كأنه لم يقع في الخارج

و لم يكن في حينه، كما هو الحال في موارد الفسخ بالخيار.

الثانى: زواله من حين طرو العذر و بطلانه عند تحقق السبب، كما هو الحال في الطلاق.

أما على النحو الأول، فلا يجب على أحد المتعاقدين شىء لآخر، لارتفاع العقد و فرضه كأن لم يكن، و فى حكم الفسخ الانفساخ، أعنى حكم الشارع به و إن لم يكن هناك فسخ من المتعاقدين. كما هو الحال فى باب التداعى، فإذا ادعى البائع أن المبيع كان داراً و ادعى المشتري أنه كان بستاناً حكم بالانفساخ، و فرض العقد كأن لم يكن من الأول.

ففى المقام لو فرض الانفساخ فليس للزوجه شىء من المهر، لأنه مأخوذ فى ضمن العقد و هو قد فرض كأن لم يكن، فلا موجب لثبوته مجرداً عنه، سواء أ كان الفسخ

[١] لا يبعد أنه المتعين.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥٠

.....

من قبله أو من قبلها.

نعم، فى خصوص ما لو فسخت المرأة العقد لظهور الرجل عنيماً، تستحق عليه نصف المهر، للنص على ما سيأتى بيانه و إلّا فمقتضى القاعده عدم استحقاقها شيئاً لفرض العقد غير واقع فى الخارج.

و أما على النحو الثانى، كما لو عرض البطلان نتيجة لارتضاع ابن الزوج من أم الزوجه، فإنه يبطل النكاح حيث لا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن أو المرضعه، لكنّه لا يعدّ فسحاً و رفعاً للعقد من الأول و فرضه كأن لم يكن، و إنما هو حكم بأنه كالعدم من الآن.

و على هذا فتستحق المرأة فى هذا التقدير المهر. لكنها هل تستحقه بتمامه، أو تستحق نصفه خاصه؟ خلاف بين الأصحاب، فمنهم من ذهب إلى الأول، و منهم من اختار الثانى.

و الصحيح هو الأول. و الوجه فيه أن سقوط

المهر كلاً أو بعضاً بعد ثبوته بالعقد و ملكيه الزوجه له على الزوج أو سيده، يحتاج إلى الدليل، وإلا فمقتضى إطلاق أدلته هو ثبوته تماماً في ذمته، و حيث لا دليل في المقام فلا مجال للمصير إليه.

نعم، دلّت الآيه الكريمة و جمله من النصوص على سقوط النصف في الطلاق «١» كما ورد النص في إبراء الرجل لزوجته المنقطعه قبل أن يدخل بها «٢». كما إن ذلك هو الصحيح عندنا في الموت أيضاً للنص الصحيح «٣» و إن خالف فيه جماعه فالتزموا بثبوت التمام، أو قيل بالتفصيل بين موت الزوج و موت الزوجه.

و أما في غير هذه الموارد من موارد بطلان العقد و ارتفاعه بقاءً، فحيث لا دليل على سقوط شىء من المهر، فلا وجه للقول به بل اللازم هو الالتزام بثبوت تمامه.

ثم إنه يظهر من كلمات بعضهم التفصيل في المقام بالقول: بأن سبب البطلان إن كان

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٥١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ٣٠.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٥٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥١

لها في ذمه السيد بطل الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض (١). نعم، لا بأس به

هو الزوج، و يجب عليه دفع تمام المهر إليها. و إن كانت هي الزوجه سقط المهر أجمع. و إن كانا هما معاً انتصف المهر، فيسقط نصفه و يجب عليه دفع النصف الآخر إليها.

و لم نعرف لهذا القول وجهاً، غير دعوى استناد التفويت إلى من هو سبب البطلان فيضمنه للآخر.

إلا أنها مما لا يمكن مساعدته عليها. و ذلك لأنّ الزوجيه ليست من الماليات كي تضمن عند تفويتها، و لذا لو قتل شخص

زوجه أحد لم يضمن مضافاً إلى ديته عوض الزوجيه. وكذا لو تصدى الغير للبطلان و سبب فيه، كما لو تصدّت أم الزوجه لإرضاع الطفل عمداً فحرمت المرأة على زوجها، فلا يحتمل ثبوت المهر عليها مع أنها هي التي فوتت الزوجيه و أبطلتها.

و الحاصل أنّ في موارد الفسخ أو الانفساخ لا يثبت للزوجه شىء من المهر بالمّرّه عدا مورد الفسخ نتيجة لعنن الزوج حيث يثبت لها نصف المهر. و أما في موارد البطلان، ففي غير الموارد التي دلّ الدليل على سقوط النصف كالموت و الطلاق و الإبراء لا يسقط من المهر و لا جزء من الألف فضلاً عن نصفه، بل تستحق تمام ما سُمّي في العقد.

(١) لانفساخ الزوجيه بمجرد شراء الزوجه زوجها، فيرجع المهر إلى السيد لا- محاله، و بذلك لا يتحقق مفهوم البيع الذي هو عبارته عن مبادله مال بمال، لأنّ تملك العبد حينئذ يكون بلا عوض. و ليس هذا تخصيصاً في أدله البيع أو شراء الزوجه زوجها، و إنما هو خروج عنها بالتخصص، حيث لا يتحقق فيه مفهوم البيع و الشراء.

و قد خالف في ذلك شيخنا الأستاذ (قدس سره)، حيث التزم بالصحة. بدعوى أن سقوط المهر معلول لشراء الزوجه العبد، و إلّا فالزوجيه قبل ذلك ثابتة و المهر لازم للمولى و هي تملكه بلا خلاف، و إنما يعرض البطلان في مرتبه متأخره عن الشراء. و من هنا فحيث إن المرأة تملك المهر في رتبه الشراء، فلا وجه للحكم بالبطلان، لعدم خلو البيع عن العوض.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥٢

.....

و قد أشكل عليه في بعض الكلمات بأنه لا فرق في البطلان بين أن يكون في مرتبه متقدمه عن الشراء، أو يكون في مرتبه

لاحقه له. فإن سقط المهر في الرتبة اللاحقه للشراء، موجب لبطلان الشراء في الرتبة اللاحقه، فيلزم نفس المحذور المذكور في المتن.

و لكنّه مندفع بأنه لا موجب للحكم ببطلان البيع فيما إذا كان سقوط المهر في مرحله متأخره عنه، بل لا بدّ من الحكم بالصحة و لزوم دفع بدل المهر إلى السيّد على الزوجه، نظراً لتلف نفس المهر حكماً بانتقاله إلى البائع في مرحله سابقه عن انفساخ العقد، كما هو الحال في سائر موارد الفسخ أو الانفساخ بعد تلف العوض حقيقه أو حكماً بالانتقال اللّازم عن ملكه.

ففي المقام يقال: إنّ الزوجه حينما اشترت زوجها كانت مالكة للمهر، فصح البيع لتمايه الشروط. و حينما حكم ببطلان الزوجيه في مرحله متأخره عن الشراء، وجب عليها إرجاع المهر إلى من كان المهر عليه، و حيث إنه تالف لانتقاله عنها لزمها دفع بدله، كما هو الحال في جميع موارد تأخر الفسخ عن تلف أحد العوضين، و لا موجب لدعوى البطلان في المقام.

غير أن هذا لا يعنى تماميه ما أفاده شيخنا الأستاذ (قدس سره)، فإنه مما لا يمكن المساعدة عليه.

و ذلك لما ذكرناه في كتاب الصلاه عند تعرض المصنف (قدس سره) لما إذا نسي المصلّي التسليم حتى صدر منه الحدث، من الحكم بالصحة بالنظر إلى أن دليل «لا تُعاد» (١) شامل للتسليم أيضاً، حيث إنه ليس من الخمسه المستثناه، فيدلّ على سقوط جزئيه عند النسيان، كما هو الحال في سائر أجزاء الصلاه التي لا تعاد منها. و من هنا يكون الحدث بعد الفراغ من الصلاه لا محاله، لسقوط جزئيه التسليم فيحكم بالصحة فيه.

و ما قيل من أنّ الخروج عن الصلاه لما كان معلولاً للحدث و في مرتبه متأخره

(١) الوسائل، ج

٦ كتاب الصلاة، أبواب التشهد، ب ٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥٣

إذا كان الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذ (١).

و عن العلامة في القواعد: البطلان إذا اشترته بالمهر الذي في ذمه العبد و إن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض. و هو مبني على عدم صحه ملكيه المولى في ذمه العبد. و يمكن منع عدم الصحه (٢). مع أنه لا يجتمع ملكيتها له و لما في ذمته، بل ينتقل ما في ذمته إلى

عنه، كان الحدث في مرتبه سابقه عن الخروج و هي حاله الصلاة، و من هنا فلا محيص عن الحكم بالبطلان.

مدفوع بما ذكرناه في مبحث الترتب و مبحث الواجب المشروط من المباحث الأصوليه، من أن نسبه الأحكام الشرعيه إلى تمام موضوعاتها إنما هي نسبه المعلول إلى العله التامه في التكوينية، فهما مختلفان رتبه و متحدان من حيث الزمان حيث لا يفصل بينهما أى فاصل زمانى. و من هنا فزمان الحدث هو بعينه زمان الخروج من الصلاة و إن كان الثانى متأخراً فى الرتبه عن الأول، إلا أنه لا عبره بذلك و إنما العبره بالزمان، و حيث إنه لا زمان يقع فيه الحدث مغايراً لزمان الخروج عن الصلاة بحيث يصدر منه الحدث و هو فى الصلاة، فلا موجب للحكم بالبطلان.

فإنّ هذا الكلام يجرى بعينه فى المقام، فيقال: إنّ الزوجه فى زمان انتقال العبد إلى ملكها لم تكن مالكة للمهر، لانتقاله فى ذلك الزمان إلى ملك من كان عليه المهر و إن كانا مختلفان فى الرتبه، و على هذا فليس هناك زمان ينتقل فيه المهر إلى البائع كى ينتقل العبد إلى ملك الزوجه و

تحصل به مبادله المال بالمال، كى يحكم بالصحة، بل لا- محيص عن الالتزام بالبطلان، لخلو البيع عن العوض و عدم تحقق مبادله بالمال.

(١) بلا- خلاف فيه. حيث يكون ملكاً طلقاً لها تفعل به ما تشاء، فإذا اشترت به العبد من مولاه حكم بصحة البيع، و به يسقط ما فى ذمه المولى، كما هو الحال فى الشراء من المدين.

(٢) بل قد عرفت أنه هو الصحيح، فإنه يضمن ما يتلفه من أموال المولى بلا خلاف، فيتبع به بعد العتق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥٤

المولى بالبيع (١) حين انتقال العبد إليها.

[مسألة ٨: الولد بين المملوكين رَق]

[٣٨٠٨] مسألة ٨: الولد بين المملوكين رَق [١] (٢) سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهه مع العقد أو مجردة (٣)، أو عن زنا منهما، أو من

(١) ثمناً و عوضاً لانتقاله هو إلى الزوجه.

خويى، سيد ابو القاسم موسى، موسوعه الإمام الخوئى، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئى؛ ج ٣٣، ص: ٥٤

(٢) بلا إشكال و لا خلاف فيه بين المسلمين قاطبه، فإنه نماء لهما، فيتبعهما فى الرقيه.

و تدلّ عليه مضافاً إلى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام) فإنّ المسلمين كانوا يملكون العبيد و الإماء، و كانوا يملكون أولادهم أيضاً من غير ردع أو زجر جمله من النصوص المعتمده الداله على حريه المولود من أبوين أحدهما حرّ «١» فإنّ هذه الأسئلة و الأجوبه إنما تكشف عن وضوح مملوكيه المولود من المملوكين لدى السائل.

□

و يؤيد ذلك خبر أبى هارون المكفوف، قال: قال لى أبو عبد الله (عليه السلام): «أ يسرك أن يكون لك قائد؟» قلت: نعم، فأعطاني ثلاثين ديناراً و قال: «اشتر خادماً كسومياً»

فاشتراه، فلما أن حجّ دخل عليه فقال له: «كيف رأيت قائدك يا أبا هارون؟» قال: خيراً. فأعطاه خمسه و عشرين ديناراً و قال له: «اشتر له جاربه شبانيه، فإنّ أولادهنّ فره» فاشترت جاربه شبانيه فروجتها منه فأصبت ثلاث بنات، فأهديت واحده منهنّ إلى بعض ولد أبي عبد الله (عليه السلام) و أرجو ان يجعل ثوابي منها الجنه، و بقيت ثنتان ما يسرّني بهنّ ألوف «٢».

غير أنّ هذه الروايه لا تخلو من الإشكال في السند.

(٣) بلا خلاف فيه. فإنه نماء لهما و ينتسب شرعاً إليهما، فيكون رقاً لا محاله، كما

[١] هذا إذا كانت الأم أمه، و أمّا إذا كانت حرّه فلا يبعد أن يكون الولد حرّاً و إن كانت زانيه أو عالمه بفساد العقد، و سيأتي منه (قدس سره) في المسأله الرابعه عشره الفرق بين الزنا و فساد العقد على خلاف ما ذكره هنا.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥٥

أحدهما، بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما (١).

و أمّا إذا كان أحد الأبوين حرّاً، فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح (٢) أو شبهه

هو الحال في الترويج الصحيح.

(١) كل ذلك لكونه نماءً لهما، فلا يتّصف بالحرية مع كونهما رقيّن، بل يتبعهما في العبوديه لا محاله.

(٢) أمّا إذا كانت الأم حرّه، فلا إشكال و لا- خلاف في حريه الولد. و تدلّ عليه مضافاً إلى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام) جمله من النصوص الصحيحه الدالّه بإطلاقها أو نصّها على المدعى، كصحيحه عبد الله بن سنان

عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال في العبد تكون تحته الحرّ، قال: «ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه» (١). و غيرها من النصوص التي يأتي ذكرها.

و أما لو كان الأب حرّاً و كانت الام أمه، فالمشهور شهره عظيمه بل ادعى عليه الإجماع أنه يلحق بالأب في الحرّيه، و لا عبره بعبوديه الام. و قد دلّت على ذلك جمله من النصوص الصحيحه، كمعتبره جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوّج بأمه فجاءت بولد؟ قال: «يلحق الولد بأبيه» قلت: فعبد تزوّج حرّه؟ قال: «يلحق الولد بأمه» (٢). و غيرها من الأخبار. و لكن قد خالف في ذلك ابن الجنيد، فالتزم بتبعيه الولد للأُم في الرقيه إلّا إذا اشترط حرّيته (٣).

□
و استدللّ عليه بعده روايات معتبره، كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل زوّج أمته من رجل و شرط عليه أنّ ما ولدت من ولد فهو حرّ فطلّقها زوجها أو مات عنها فزوّجها من رجل آخر، ما منزله ولدها؟ قال

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٠ ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٠ ح ٢.

(٣) المختلف ٧: ١٦٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥٦

.....

«منزلتها، ما جعل ذلك إلّا للأوّل، و هو في الآخر بالخيار، إن شاء أعتق، و إن شاء أمسك» (١).

و هذه المعتبره كما تراها صريحه في لحوق الولد بالأمه في صورته عدم الاشتراط.

و من هنا فيقع التعارض بينها و بين النصوص المتقدمه، التي دلّت على تبعيه الولد للأب في هذا الفرض صراحه. و حيث لا مجال لحملها على صورته الاشتراط نظراً إلى

أن الظاهر منها أنه (عليه السلام) إنما هو في مقام بيان تبعيه الولد للأب من حيث حريه الأب بحدّ ذاتها، و مع قطع النظر عن جهه أُخرى كالاشراف، يتعين حمل صحيحه الحلبي على التقيّه، إذ ينسب إلى العامه القول باللحوق إلى الأم.

و إلما فلا محيص عن الالتزام بسقوط الطائفتين معاً للتعارض، و يكون المرجع حينئذ هو عمومات أو إطلاقات الآيات الكريمة و النصوص الشريفة المثبتة للأحكام التكليفية و الوضعيه، حيث إن مقتضاها ثبوت هذه الأحكام لجميع المكلفين من دون توقّف على إذن أحد أو رضاه، إلّا أنه قد خصص بالدليل المنفصل بالمملوك، حيث لا يقدر على شىء و لا بدّ له فى جميع تصرفاته من إذن مولاه.

و لما كان أمر المخصص يدور بين الأقل و الأكثر، إذ لا يعلم أنّ الخارج هل هو خصوص المتولد من المملوكين، أو ما يعمّ المولود من الحر و المملوكه، فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن و الرجوع فى المشكوك إلى العام، حيث إن الشبهه حكميه.

و إذا ثبت وجوب التكليف عليه من دون تقيّد بإذن أحد، ثبت عدم رقيته بالدلاله الالتزاميه، و قد ذكرنا فى المباحث الأصوليه أن الدلالات الالتزاميه حجه فى الأمارات. فإنّ المولود يولد من دون أن يكون تحت سلطان أحد، أو يكون تكليفه متوقفاً على إذن أحد، على ما تقتضيه إطلاقات و عمومات الكتاب و السنّه فى الأحكام التكليفيه و الوضعيه.

و من هنا يمكن أن يقال: إنّه لا حاجه فى الترجيح إلى القول بأنّ ما دل على

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٠ ح ١٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥٧

مع العقد أو مجردة (١) حتى فيما لو دلست

الأمة نفسها بدعواها الحريه فتزوجها حر على الأقوى [١]، و إن كان يجب

للحوق بالحر فى المقام مخالف للعامه بخلاف معتبره الحلبي حيث إنها موافقه لهم على ما نسب إليهم ذلك فإن ما دل على
للحوق بالحر موافق للكتاب، فيترجح على الطائفه الثانيه من دون أن تصل النوبه إلى المرجح الثاني، أعنى مخالفه العامه.

و مع قطع النظر عن هذين المرجحين و إطلاقات و عمومات الكتاب و السنه فالمرجع بعد تساقط الطائفتين إنما هو أصاله الحريه.
و معنى هذا الأصل هو ما ذكرناه فى مبحث البراءه من المباحث الأصوليه، من جريان الاستصحاب بالنسبه إلى مقام الجعل أيضاً
فيما إذا تردد الحكم بين إلزامى و غيره سواء فى ذلك الوضعى و التكليفى الراجع إلى التردد فى الإطلاق و التقييد، إذ الذى
يحتاج إلى الجعل إنما هو الإلزام و التقييد دون الإباحه و الترخيص، فإنهما ثابتان فى غير ما أمر الله بفعله أو نهى عنه بالعقل و
الآيات و النصوص، فإن البشر مطلق العنان فى تصرفاته يفعل ما يريد و يترك ما يشاء غير ما أمر به المولى عز و جل. و من هنا
فإذا شككنا فى جعل التقييد كان لنا التمسك بالأصل لنفيه.

و عليه فحيث إن مرجع الرقيه إلى التقييد بخلاف الحريه حين إن مرجعها إلى الإطلاق، كان المرجع عند الشك فى جعلها لفرد
هو أصاله العدم، و لا- يعارض ذلك بأصاله عدم جعل الحريه حيث لا أثر لهذا الجعل بالمره، فيحكم بحريه هذا المولود لا
محاله.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه المشهور بل كاد أن يكون إجماعاً، من لحوق الولد بالحر من الوالدين، سواء أ كان هو الأب أم
كان الأم.

(١) فإن الحر المشتبه إذا كان هو

الزوج، فلا إشكال في لحوق الولد به.

و تدلّ عليه مضافاً إلى أصالة الحرّيه جمله من النصوص المعترهه، كالتى وردت

[١] فيه تفصيل يأتي.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥٨

.....

فيمن تزوّج امرأه ادعت الحرّيه فأولدها، ثم انكشف كونها أمه، حيث حكم (عليه السلام) بتبعيه الولد للأب في الحرّيه «١». و التى وردت فيمن يشتري الأمه من السوق فيستولدها، ثم يظهر كونها مغصوبه و لم يجز مالکها البيع، فحكم الإمام (عليه السلام) بحرّيه الولد أيضاً «٢». فإن هذه النصوص تدلّ على تبعيه الولد للأب الحر و حرّيته فيما إذا كان هو المشتبه في الوطء.

و أما إذا كان الاشتباه من جانب الأم الحرّه، فالمشهور و المعروف بينهم هو الحكم بتبعيه الولد لها في الحرّيه. و قد خالف في ذلك الشيخ المفيد (قدس سره) في المقنعه و وافقه عليه الشيخ الطوسى (قدس سره)، حيث إنه (قدس سره) قد أورد كلام المفيد (قدس سره) و ذكر روايه تدلّ عليه من دون أن يعلق عليه بشىء فيظهر منه الرضا بما ذكر في المتن.

□
و هذه الروايه هي روايه العلاء بن رزين عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال في رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام، فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد و كسب مالاً، و مات مولاه الذى دبّره فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: «العبد و ولده لورثه الميت». قلت: أليس قد دبر العبد؟ قال: «أنه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقا» «٣».

إلا أنّ هذه الروايه مضطربه السند إلى حد لم يعهد لها مثيل في الروايات على الإطلاق، فإنّ الشيخ (قدس سره) قد ذكرها في التهذيب في

أحدهما في باب (العقود على الإمام) وقد ورد السند هكذا: البزوفري، عن أحمد ابن إدريس، عن الحسين (الحسن) بن أبي عبد الله بن أبي المغيرة (عن ابن أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين.

و ثانيهما في (باب التدبير) وقد ورد السند هكذا: البزوفري، عن أحمد بن إدريس

(١) الوسائل ٢١: ٩٥ أبواب نكاح العيّد، باب ٩ ح ٢٦٦١٨.

(٢) الوسائل ٢١: ٩٤ أبواب نكاح العيّد، باب ٩ ح ٢٦٦١٦.

(٣) التهذيب ٧: ٢٤٧ ح ١٠٧١، الاستبصار ٣: ١٣٩ ح ٥٠١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٥٩

.....

عن الحسن بن علي، عن أبي عبد الله (عبد الله) بن المغيرة (أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين. هذا بحسب الطبعة القديمة.

و أمّا الطبعة الحديثه فقد ورد في المورد الأوّل هكذا: البزوفري، عن أحمد بن إدريس، عن الحسن بن أبي عبد الله بن أبي المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين «١».

و أمّا المورد الثاني فقد ورد فيه: البزوفري، عن أحمد بن إدريس، عن الحسن بن علي بن عبد الله بن المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين «٢».

وقد ذكرها صاحب الوافي (قدس سره) أيضاً في موردین، ففي (باب النكاح) رواها عن البزوفري، عن القمي، عن الحسن بن أبي عبد الله، عن ابن المغيرة، عن ابن فضال، عن العلاء بن رزين «٣» من دون تعرّض لاختلاف النسخ.

و أما في (باب التدبير) فقد ذكر أن في أكثر النسخ: الحسين بن علي بن عبد الله بن أبي المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين. إلّا أن في بعضها

الحسن بدلاً عن الحسين، كما أن في بعضها الحسين بن علي، عن أبي عبد الله بن أبي المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين. ثم استظهر بعد ذلك كله أنّ الصحيح هو ما ورد في المورد الثاني من الطبعه الحديثه للتهذيب «٤».

ثم إن صاحب الوسائل (قدس سره) قد رواها أيضاً في موردين، فقد رواها في (أبواب التدبير) عن محمد بن الحسن، عن البزوفري، عن أحمد بن إدريس، عن الحسين بن علي، عن عبد الله بن المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين «٥».

(١) التهذيب ٧: ٣٥٣ / ١٤٣٧.

(٢) التهذيب ٨: ٢٦٥ / ٩٦٦.

(٣) الوافي ٢: ج ١٢، ص ٨٣ أبواب وجوه النكاح، باب الرجل يدلّس نفسه.

(٤) الوافي ٣: ج ٦ ص ٨٩، أبواب العتق و الانعتاق، باب التدبير.

(٥) الوسائل، ج ٢٣ كتاب التدبير و المكاتبه، ب ١٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٠

.....

كما رواها في أبواب (نكاح العبيد و الإماء) عن محمد بن الحسن، عن البزوفري عن الحسين بن أبي عبد الله، عن ابن أبي المغيرة، عن الحسن بن علي بن فضال، عن العلاء بن رزين «١» من دون أن يتعرض إلى اختلاف النسخ في كلام المورد.

ثم لا يخفى أن السند في المورد الثاني من الوسائل لا يخلو من سقط. فإن البزوفري لا يمكنه أن يروي عن الحسين بن أبي عبد الله مباشرة و من دون واسطه، لاختلاف طبقتهما، و من هنا فمن المظمأنّ به سقوط (أحمد بن إدريس) من القلم أو الطبع.

و على هذا فالروايه ساقطه من حيث السند، و لا مجال للاعتماد عليها.

و منه يظهر الحال فيما ذكره صاحب الحدائق (قدس سره)، من أن المشهور

وإن ذهبوا إلى تبعيه الولد لأشرف أبويه، وهو الأم في المقام لكونها حرّه، إلّا أنّ الروايه المعتبره لما كانت وارده في خصوص هذا المورد و دالّه على إلحاقهم بأبيه العبد، فلا بدّ من تخصيص القاعده «٢».

فإنّ هذه الروايه غير معتبره، كما عرفت. على أنه لو فرض تماميه سندها فهي مبتلاه بالمعارض، وهو صحيح محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مملوك لرجل أبق منه فأتى أرضاً فذكر لهم أنه حر من رهط بني فلان، وأنه تزوّج امرأه من أهل تلك الأرض فأولدها أولاداً، وأنّ المرأه ماتت و تركت في يده مالاً و ضيعه و ولدها، ثمّ أن سيده بعد أتى تلك الأرض فأخذ العبد و جميع ما في يديه و أذعن له العبد بالرق؟ فقال: «أما العبد فعبده، و أما المال و الضيعه فإنه لولد المرأه الميتة لا يرث عبد حراً». قلت: فإن لم يكن للمرأه يوم ماتت ولد و لا وارث، لمن يكون المال و الضيعه التي تركتها في يد العبد؟ فقال: «يكون جميع ما تركت للإمام المسلمين خاصه» «٣» فإنها وارده في محل النزاع و صريحه في حريه الولد.

فلو تمّ سند تلك الروايه لكانت معارضه بهذه الروايه، فتسقطان معاً لا محاله

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٨ ح ١.

(٢) الحدائق ٢٤: ٢٣٣.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب العيوب و التدليس، ب ١١ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦١

عليه حينئذ دفع قيمه الولد إلى مولاها (١).

و أما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحرّ منهما،

و يكون المرجع حينئذ هو عمومات ما دلّ على تبعيه الولد لأشرف أبويه، و أصله الحرّيه.

و من الغريب أن الشيخ (قدس سره) و صاحب الحقائق (قدس سره) لم يلتفتا إلى هذه الروايه عند تمسكهما بروايه العلاء بن رزين، مع تضلعهما في الأخبار.

□
(١) و سيأتي الحديث في هذا الفرع و الذي سبقه في المسأله الثانيه عشره من هذا الفصل إن شاء الله.

(٢) فإن الحر الزاني ان كان هو الأب كان الولد رقاً.

لكن لا- لما قيل من انتفاء الانتساب عنه شرعاً، فيلحق بالأُم المملوكه فيكون رقاً لا محاله، فإنه مردود بأنه لم يعثر في شىء من الأخبار المعتمده منها و غير المعتمده ما يدلّ على انتفاء النسب بين الزاني أو الزانيه و الولد، إذ غايه ما ورد في النصوص إنما هو نفى التوارث بينهما، و من الواضح أنه لا يدلّ على انتفاء النسب، فإنه ثابت في القاتل و الكافر، و الحال أنه لا قائل بانتفاء النسب بينهما.

□
و أما قوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «الولد للفراش و للعاهر الحجر» «١» فهو أجنبي عن محل الكلام بالمره، فإن مورده إنما هو حاله الشك و فرض عدم العلم، فلا يشمل ما إذا علم تكون الولد من ماء الزاني، حيث لا يلحق الولد بالزوج بلا خلاف.

و من هنا كان التزامنا بترتب جميع أحكام الأبوه و البنوه عدا الإرث عليهما فلا يجوز للزاني أن يتزوج من البنت المخلوقه من مائه.

[١] هذا إذا كانت الأم أمه، و أمّا إذا كانت الأم حرّه فلا يبعد أن يكون الولد حرّاً و إن كانت زانيه أو عالمه بفساد العقد، و سيأتي منه (قدس سره) في المسأله الرابعه عشره الفرق بين

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٧٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٢

.....

بل لجملة من النصوص المعتبرة التي دلّت على الحكم بالصرّاحه، كصحيحه سماعه، قال: سألته عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها و أخبرتهم أنها حرّه فتزوّجها رجل منهم فولدت له، قال: «ولده مملوكون إلّا أن يقيم البيّنه أنه شهد لها شاهدان أنها حرّه، فلا يملك ولده و يكونون أحراراً» (١).

و هي و إن كانت تشمل بإطلاقها صورته الوطء شبهه أيضاً، إلّا أنه لا بدّ من تقييد الإطلاق بغير فرض الشبهه، و ذلك للنصوص المعتبره المتقدّمه الداله على لحوق الولد بالحر إذا كان مشتبهاً، و بذلك تكون الروايه داله على لحوق الأولاد بالأمه في فرض الزنا و إن كان أبوهم حرّاً.

□
و صحيحه عاصم بن حميد عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل، فنكحت امرأته و تزوّجت سرّيته، فولدت كل واحد منهما من زوجها ثمّ جاء الزوج الأول و جاء مولى السريه، فقضى في ذلك: «أن يأخذ الأول امرأته فهو أحقّ بها، و يأخذ السيد سرّيته و ولدها إلّا أن يأخذ رضاه من الثمن ثمن الولد» (٢). و مثلها صحيحه محمد بن قيس عنه (عليه السلام) (٣).

فإنهما ظاهرتان في الزنا، حيث إنهما واردتان فيمن ظن موت الرجل فتزوّج بامرأته أو جارّيته المسراه، و من الواضح أن الظن لا يغني شيئاً فيكون الفعل زنا لا محاله.

□
و معتبره حريز عن زراره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أمه أبقّت من مواليها فأتت قبيله غير قبيلتها، فادعت أنها حرّه فوثب عليها حينئذ رجل

فتزوجها، فظفر بها مولها بعد ذلك و قد ولدت أولاداً، قال: «إن أقام البيه الزوج على أنه تزوجها على أنها حرّه أعتق ولدها و ذهب القوم بآمتهم، و إن لم يقم البيه أوجع ظهره و استرق ولده» «٤».

(١) الوسائل، ج ١٢ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٦.

و فيه: «إلّا أن يأخذ من رضا من الثمن له ثمن الولد» و جعلت عبارته المتن نسخه بدل.

(٣) الوسائل، ج ٢٥ كتاب الغصب، ب ٦ ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٣

.....

و هذه الروايه معتبره سنداً، باعتبار أن عبد الله بن يحيى المذكور في سندها من جمله رواه تفسير على بن إبراهيم، و ليس هو الكاهلي كما توهمه بعضهم.

نعم، ذكر الكليني (قدس سره) في الكافي هذه الروايه بعين هذا المتن و السند، إلّا أن فيه عبد الله بن بحر بدل عبد الله بن يحيى و هو ممن لم يوثق، و حيث أن الكليني أضبط نقلًا، يشكّل اعتبار هذه الروايه معتبره من جهه السند.

و خبر على بن حديد عن بعض أصحابه عن أحدهما (عليهما السلام) في رجل أقرّ على نفسه بأنه غصب جاريه رجل فولدت الجاريه من الغاصب، قال: «تردّ الجاريه و الولد على المغصوب منه إذا أقرّ بذلك الغاصب» «١».

و الحاصل أنّ الصحيح في المقام و إن كان هو ما ذهب إليه المشهور من عدم لحوق الولد بأبيه الحر، إلّا أن الوجه فيه لم يكن ما ذكره من عدم الانتساب إليه شرعاً فإنك قد عرفت

بطلانه، و إنما كان هو النصوص المعتبره الوارده فى المقام.

و من هنا يظهر اندفاع توهم أن الولد لما كان مولوداً من الحر كان مقتضى أصله الحرىه و ما دلّ على عدم استرقاق من كان أحد أبويه حراً هو الحكم بحريته، فإنه فى غايه الفساد، فإنّ النصوص التى تقدّمت تمنع من الرجوع إلى الأصل، و تخصّص عمومات ما دلّ على عدم استرقاق من كان أحد أبويه حراً.

و إن كان الحر الزانى هى الأم، فقد يقال بأنّ الولد مملوك لمالك الأب العبد. لكنّه مدفوع بأنه لا أساس له سوى ما ذكرناه من دعوى ارتفاع النسب بالزنا، فهو حينئذ لا يكون ولداً للحرّه، فيتبع أباه فى الرقيه لا محاله. لكنك قد عرفت فسادها حيث لا دليل عليها بالمرّه.

و من هنا فالقول بتبعيته للام هو المتعين، فإنه نماء لها، و الرجل ليس إلّا لقاحاً. و يدلّ عليه ما دلّ على أنه لا يسترى من كان أحد أبويه حراً، و مع التنزل عنه تكفيينا إطلاقات و عمومات الكتاب و السنّه المقتضيه للحرىه، حيث لا دليل على رقيه و الشبهه حكميه، و مع الإغماض عنها فأصله الحرىه هى المحكمه.

(١) الكافى ٥: ٤٠٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٦٤

ثمّ إذا كان المملوك كان لمالك واحد فالولد له (١). و إن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّه [١] (٢)

(١) بلا خلاف و لا إشكال، لكونه نماءً لمملكه، سواء أقلنا بتبعيته لأبيه أم قلنا بتبعيته لأمّه.

(٢) لا نعلم لذلك وجهاً صحيحاً، كما اعترف به غير واحد من الأصحاب. فإنّ المولود إنما هو نماء المرأة، و الرجل لا يقوم إلّا بدور اللقاح كما هو الحال فى سائر الحيوانات، حيث يعد المولود نتاجاً للأُنثى من

دون أن يكون للذكر فيه نصيب إلا قيامه بدور اللقاح.

و ما يقال من أن الإنسان غير الحيوان حيث إن النسب مقصود في الآدميين فيلاحظ أب المولود بخلاف الحيوانات.

مدفوع بأنه لا- أثر لذلك، أعنى ملاحظه النسب في كون النتاج نتاجاً للأم. فإن لحاظ اللقاح لبعض الأغراض، لا يوجب انقلاب النتاج و النماء عن كونه نماءً لها خاصه إلى كونه نماءً مشتركاً لهما. على أن النسب مقصود في بعض الحيوانات كالخيول العربيه و بعض أصناف البقر و مع ذلك فلا يخرج المولود عن كونه نتاجاً للأم.

و بعبارة اخرى نقول: إنه سواء أقلنا بأن منشأ تولد المولود هو منى الأب خاصه و إنَّ الام لا تقوم إلا بدور المحل المناسب لتربيته و تطوره، أم قلنا أنه هو منى الأم خاصه و إنَّ الأب لا يقوم إلا بدور اللقاح، أم قلنا أنه هو المنيان معاً، فالولد لا يخرج عن كونه نتاجاً للأم خاصه. و ذلك فلأن المنى كما إنه ليس بمال ليس بمملوك لأحد إذ هو فضله كسائر الفضلات، و ليس هو كالحب المملوك حيث يتبعه الزرع في الملكيه فإنَّ البون بينهما بعيد، فأحدهما مملوك و الآخر فضله غير مملوكه لأحد سواء فيه الحر و العبد.

[١] لا يبعد أن يكون الولد لمالك الأمه على أساس أنه نماؤها كما هو الحال في سائر الحيوانات.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٥

.....

□
و من هنا فيكون النماء من نتاج الام، حيث إنها التي تربي و بحسب الطبيعه التي خلقها الله تعالى و السر الذي أودعه فيها منى الزوج أو منيها أو منيها معاً، و تطوى به المراحل حتى يخرج خلقاً آخر، فيكون تابعاً لها في الملكيه حيث تكون رقاً، نظير ما هو الحال

و لو لا هذا الذى ذكرناه من تبعيه الولد لأمه و كونه نتاجاً لها، لم يكن وجه لاتفاقهم على أنّ العبد إذا زنى بأمه فحملت منه كان الولد لمولاه، سواء أ كانت هى زانية أيضاً أم لم تكن، إذ لم يرد فى النصوص و لا خبر ضعيف يدلّ عليه.

نعم، ورد ذلك فى الحرّ إلا أنه لا مجال لقياس العبد عليه، حيث إنّ الحرّ مالك لجميع تصرّفاته، فإذا أقدم على إلغاء احترام ماله لم يكن ماله بعد ذلك محترماً، فيلحق الولد بالأمه. و هو بخلاف العبد فإنه لا يملك شيئاً، فلو كان منيه مملوكاً و كان الولد من نتاجه أو نتاجهما معاً، لكان ينبغى القول باختصاص مولاه أو اشتراكه مع مولى الأمه فى الولد، حيث لا يتأتى هنا القول بأنه قد أقدم على إلغاء احترام ماله.

هذا و يمكن الاستدلال على تبعيه الولد للام و كونه من نتاجها بطوائف من الأخبار.

منها: ما ورد فى المولود من فجور الحر بالأمه، حيث دلت على كونه رقاً لمالكها و قد تقدّمت جملة منها. فإنه إنّما يتم بناءً على ما ذكرناه من كون الولد نتاجاً للام، و إلا لم يكن وجه لكونه بتمامه رقاً لمالك الأمه، بل كان ينبغى أن يكون نصفه حراً و نصفه الآخر مملوكاً له.

و منها: ما دلّ على أنّ الأمه إذا دلست نفسها و ادعت الحريه فتزوّجها حرّ، كان الأولاد أحراراً و كان على الأب أن يدفع قيمته إلى مولاه يوم سقط حياً، كصحيحه سماعه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مملوكه أتت قوماً و زعمت أنها حرّه، فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثمّ إن مولاه أتاها فأقام عندهم البيه أنها مملوكه

و أقرت الجارية بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاهما هي و ولدها، و على

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٦

.....

مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه» (١).

فإنه لو كان الولد نتاجاً للأبوين، لكان ينبغي أن يدفع إلى مولاهما نصف قيمته خاصه، فالحكم بضمانه لتمام القيمة دليل على كونه من نتاج الأمه خاصه.

و منها: ما دلّ على أن حمل المدبره إن كان بعد التدبير فهو مدبر كالأم، و إلّا فلا يتبع الأم في التدبير، كموثقه عثمان بن عيسى الكلابي عن أبي الحسن الأول (عليه السلام) قال: سألته عن امرأة دبّرت جاريه لها فولدت الجارية جاريه نفيسه فلم تدبر المرأة حال المولوده هي مدبره أو غير مدبره؟ فقال لي: «متى كان الحمل بالمدبره، أقبل ما دبّرت أو بعد ما دبّرت»؟ فقلت: لست أدري، و لكن أجنى فيهما جميعاً؟ فقال: «إن كانت المرأة دبّرت، و بها حمل و لم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبره و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه» (٢).

□

و كذلك ما ورد في أولاد المدبره بعد التدبير، كصحيحه أبان بن تغلب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل دبّر مملوكته، ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً، ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال: «أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذي دبّر أمهم فهم أحرار» (٣).

و عنوان الرجل في هذه الروايه و إن كان أعم من الحر و المملوك إلّا أنه لا بدّ من حمله على المملوك، إذ لو كان الأب حراً لم يكن وجه للسؤال عن كون الأولاد مدبرين أم لا، لكونهم حينئذ أحراراً تبعاً لأشرف أبويهم. و

على هذا فالرواية غير شاملة في نفسها لما إذا كان الزوج حراً، و على فرض شمولها له فهو خارج بما دلّ من النصوص على حريه الولد إذا كان أحد أبويه حراً.

و من هنا فقد أطلق صاحب الشرائع (قدس سره)، حيث ذكر أن المدبره لو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهه، كان مدبراً. و لم يقيده بما إذا كان المملوك

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٣ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب التدبير، ب ٥ ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٣ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب التدبير، ب ٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٦٧

إلّا إذا اشترطا [١] التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (١).

متولداً من عبد له، فيعمّ الحكم ما إذا كان من عبد لغيره، و نعم ما صنع «١».

و على كل فمقتضى إطلاق هذه الرواية أن الولد يكون لمالك الأمه و يكون مدبراً بتبعها، سواء أ كان الأب مملوكاً له أم كان مملوكاً لغيره، بل إن إطلاق روايه الحمل يشمل ما إذا كان الزوج حراً و كان التزويج فاسداً، فيلحق الولد بامه و يكون مدبراً و هو يدلّ على كونه من نتاجها خاصه.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه أبو الصلاح و جماعه، من تبعه الولد لأمّه فيكون رقاً لمالكها «٢» على ما تقتضيه القواعد.

(١) و كأنه لعموم قوله (صلّى الله عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» حيث إن مقتضاه نفوذ كل شرط لا يخالف الكتاب أو السنّه.

إلّا أنه لا يمكن المساعدة على ذلك. و الوجه فيه ما بيناه في مبحث الشروط مفصلاً من أنّ دليل نفوذ الشرط ليس

بمشرع بحيث يقتضى شرعيه ما هو غير مشروع، و إن غايه ما يقتضيه هو إلزام المؤمن بالوفاء بما هو مشروع فى نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط، بحيث يكون للمشروط عليه أن يفعله من دون الاشتراط. و أما ما ليس للمكلف أن يفعله فلا أثر لاشتراطه، و لا يقتضى ذلك لزومه و نفوذه، باعتبار أنه شرط مخالف للكتاب و السنه و مستلزم لتغيير حكم الله تبارك و تعالى. و حيث إنَّ المقام من هذا القبيل، باعتبار أن الولد حينما يولد مملوك لمالك الأم خاصة على ما اخترناه، أو مشترك بينه و بين مولى العبد على ما اختاروه، كان اشتراط الزيادة أو الاختصاص مخالفاً لكتاب الله و سنه نبيه (صلى الله عليه و آله و سلم) «٣».

و الحاصل أن كل أمر لم يكن، مع قطع النظر عن الشرط، مشروعاً لا يتصف نتيجة الشرط بالمشروعيه، و لا يلزم العمل به.

[١] الظاهر أنه لا أثر لهذا الاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجة، و بذلك يظهر حال ما بعده.

(١) شرائع الإسلام.

(٢) الكافى فى الفقه: ٣١٥.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٠ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٦٨

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين (١)

و على هذا الأساس لم يلتزم فقيه بصحة هذا الاشتراط فى غير النكاح من العقود اللأزمه كأن يبيع داره و يشترط فى ضمنه على المشتري أن يكون نتاج مملوكيه له على نحو شرط النتيجة، لكونه شرطاً مخالفاً لكتاب الله و سنه نبيه (صلى الله عليه و آله و سلم).

نعم، لو كان أمر النتيجة مما للمشترط عليه أن يفعله قبل الشرط، و لم يكن لتحققه سبب خاص، صح اشتراطه و لزم،

كما لو اشترى داراً و اشترط في ضمن العقد أن يكون جميع أثاث البيت له، حيث لا- مانع منه لأنه لا- يحتاج إلّا إلى الاعتبار النفسى و إبرازه في الخارج بمبرز، و المفروض تحققهما معاً بالعقد.

و بالجمله فكل أمر كان للمكلف أن ينشئه بالفعل، أو فعل كان له أن يفعله كذلك و لم يكن له سبب خاص، يصح اشتراطه و يلزم به. و أما ما ليس للمكلف أن يفعله أو ينشئه بالفعل، أو كان متوقفاً على سبب معين، فلا- مجال لاشتراطه لكونه مخالفاً للكتاب و السنّه.

ثم إنّ بطلان شرط النتيجة يتوقف على أن يكون لدليل الحكم إطلاق يشمل فرض الاشتراط أيضاً، فإنه حينئذ يكون اشتراط خلافه مخالفاً للكتاب و السنه. و أما إذا لم يكن لدليل الحكم إطلاق يشمل فرض الاشتراط، و إنما كان مقيداً بفرض عدم الاشتراط كما هو الحال في الإرث في الزوجيه المنقطعه، فلا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب.

و من هنا يظهر أنه لو التزمنا بما ذهب إليه ابن الجنيّد من رقيه المولود من حر و أمه إلّا إذا اشترط حرّيته، لم يكن هذا الاشتراط مخالفاً للكتاب أو السنه، إذ لو عملنا بالنصوص التي استدلت بها على هذا المدعى، لم يبق هناك إطلاق للكتاب و السنه يقتضى الرقيه حتى في فرض الاشتراط.

(١) فيكون الولد مشتركاً بينهما، لوحده النسبه على ما اختاروه، و مملوكاً لمالك الأم خاصة على ما اخترناه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٦٩

أو مع عدم الإذن من واحد منهما [١] (١).

(١) ما ذكره (قدس سره) لم يظهر له وجه، إذ قد تقدّم في جملة من النصوص المتقدّمه التصريح بأن المملوك إذا تزوّج بغير إذن مولاه كان زانياً، فلا ينسجم حكمه (قدس

سرہ) هذا مع ما يذكره (قدس سره) صريحاً في ذيل هذه المسأله و عليه إجماع الأصحاب من أن العبد إذا كان زانياً لحق المولود بالأمه، سواء أ كانت هي زانيه أيضاً أم لم تكن.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك من اشتراك الموليين فيه، فيما إذا كان النكاح عن إذن من أحدهما خاصه.

و من غير البعيد أنه (قدس سره) يريد بذلك فرض الشبهه و عدم العلم بفساد العقد، لاعتقادهما معاً الإذن، أو اعتقادهما عدم اعتباره، فإنه حينئذ يتم ما ذكره (قدس سره) من إلحاق الفرض بالزواج الصحيح.

و عليه فإن كانت الشبهه من الطرفين، كان الولد مشتركاً بينهما على ما اختاروه و لمالك الأمه على ما اخترناه. و إن كانت الشبهه من أحدهما خاصه و كان الآخر مأذوناً، كان الولد لمالك المشتبه، باعتبار أن الإذن يقتضى تنازل الآذن عن حقه و إقدامه على فوات الولد منه، باعتبار أن الإذن في التزويج مطلقاً يستلزم جواز تزويج المملوك من الحر فينعتقد الولد حراً، فيكون حال هذا الفرع كصوره اشتراط أحد الموليين و هو في المقام من لم يأذن الاختصاص بالولد.

غير أنك قد عرفت أنه لا- أثر لاشتراط الاختصاص، نظراً لكونه من شرط النتيجة، فيكون الإذن من أحدهما مثله بطريق أولى، باعتبار أنه لا يملك الولد حين الإذن و إنما سيملكه حين التولد.

و كيف كان، فالعباره لا تخلو من تشويش و غموض، و إن ذكرت في كلمات غيره أيضاً.

[١] لعله يريد بذلك و بما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطاء شبهه، و إلّا فهو داخل في ذيل المسأله و هو قول الماتن: «و أمّا لو كان الولد عن زنا من العبد ... إلخ».

موسوعه الإمام

و أما إذا كان بالإذن من أحدهما، فالظاهر أنه كذلك (١). ولكن المشهور أن الولد حينئذ لمن لم يأذن. و يمكن أن يكون مرادهم في صورته إطلاق الإذن، بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائيه الولد، حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرّ، و إلّا فلا وجه له.

و كذا لو كان الوطاء شبهه (٢) منهما، سواء كان مع العقد أو شبهه مجردة، فإن الولد مشترك (٣).

و أما لو كان الولد عن زنا من العبد، فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمه، سواء كان من طرفها شبهه أو زنا (٤).

[مسألة ٩: إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً]

[٣٨٠٩] مسألة ٩: إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً (٥) لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى (٦) في ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقد خارج لازم. و لا

(١) ظهر الحال فيه مما تقدّم، فراجع.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، حيث يجرى على المولود من الشبهه أحكام المولود من الزواج الصحيح.

(٣) على ما اختاروه، و مختص بمالك الأمه على ما اخترناه.

(٤) و هو إنما يتم على ما اخترناه من تبعيه المولود للأب، و أما على ما اختاره الماتن تبعاً للمشهور من الاشتراك فلا وجه له، بل لا بدّ من الحكم باشتراك المالكين في المولود، فإنّ زنا العبد لا يوجب سقوط حق المولى عن نمائه. و أما النص الوارد في زنا الحر بالأمه و أنّ الولد حينئذ لمالك الأمه، فلا يمكن التعدّي عن موضوعه إلى العبد، و لا سيما مع وضوح الفارق بينهما، فإنّ الزانى إذا كان حرّاً فقد أقدم على إلغاء احترام مائه، و أما العبد فليس له ذلك فإنّه هو و نماءه مملوك لغيره.

(٥) لجملة من النصوص المعتمده، على

ما تقدّم بيانها مفصلاً.

(٦) خلافاً للمشهور، حيث التزموا بصحّح الشرط و نفوذه، مستدلين له:

تاره بعمومات أدله نفوذ الشرط، كقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «المؤمنون عند شروطهم».

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٧١

.....

□
و اخرى بروايه إبراهيم بن هاشم، عن أبي جعفر، عن أبي سعيد عن أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لو أن رجلاً
دبر جاريه ثم زوجها من رجل فوطئها كانت جاريته و ولدها مدبرين، كما لو أن رجلاً أتى قومًا فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما
ولد لهم مماليك» (١).

بدعوى أنها و إن كانت مطلقة من حيث الاشتراط و عدمه، إلّا أنه لا بدّ من الحمل على صورته الاشتراط، جمعاً بينها و بين ما دلّ
على حريه المتولد من أبوين أحدهما حرّ.

غير أن الصحيح هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، فإن الاستدلال بالعمومات لا يمكن المساعده عليه، لما عرفته من أنها
ليست مشرعه و إنّما هي تقتضى نفوذ الشرط المشروع خاصه، فلا توجب لزوم الحكم المخالف للكتاب و السنّه.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بصحّح شرط النتيجة، فلا مجال للقول بلزوم الشرط فى المقام. و ذلك لأن دليل لزوم الوفاء بالشرط،
إنما يقتضى إثبات لزوم الوفاء بالنسبه إلى المشروط عليه بحيث يلزمه ما لم يكن لازماً له، و أما إثبات لزوم الوفاء بالنسبه إلى
الأجنبي عنه فلا- دليل عنه. و من هنا فحيث إن الحريه من صفات المولود و قائمه به، و ليست هي من الأحكام المتوجهه إلى
المشروط عليه، فلا مجال للقول بلزوم اشتراط عدمها.

و أما الروايه فالكلام فيها من مقامين: السند، و الدلاله.

أمّا المقام الأوّل: فلا يخفى أنها ضعيفه من حيث السند، باعتبار أن المكنى

ب (أبي جعفر) مشترك بين كثيرين، والمعروف منهم هو أحمد بن محمد بن عيسى، وهو ثقة. إلا أنه لم يعهد ولا في روايه واحده روايه إبراهيم بن هاشم عنه، على أن لإبراهيم بن هاشم روايه عن أبي جعفر عن أبي بصير مباشره، مع أن من غير المحتمل روايه أحمد ابن محمد بن عيسى عن أبي بصير بلا واسطه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماماء، ب ٣٠ ح ١٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٧٢

.....

و من هنا فليس (أبو جعفر) في المقام هو أحمد بن محمد بن عيسى، و حيث لا- يدرى من هو فلا- يمكن الاعتماد عليها. و احتمال كونه هو أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي، في غايه الضعف، لأنه و إن كان يكنى بهذه الكنيه على إشكال فإنّ النجاشي (قدس سره) قد كناه بأبي جعفر، ثم ذكر أنه قيل أنّ كنيته (أبو علي) «١» إلا أنّ الظاهر أنه غير معروف بهذه الكنيه على ما يظهر ممّا ذكره النجاشي. على أنه لو فرض اشتهاره بذلك، فلا نعهد في النصوص روايه يرد في سندها عنوان (أبي جعفر) و يراد به البزنطي، و هذا يعني أنه و إن كان مشتهداً في غير النصوص بذلك إلا أنه لم يعرف في النصوص بذلك، و إنما يعبر عنه بالبزنطي و أحمد بن محمد بن أبي نصر و غير ذلك من العناوين.

هذا كله من جهه، و من جهه أخرى فإنّ (أبا سعيد) أو (أبا سعد) على ما في بعض النسخ، مجهول و لم يرد فيه توثيق.

و من هنا فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند.

و أمّا المقام الثاني: فالروايه أجنبيه بحسب الدلاله

عن محلّ الكلام، لأنها كالصريحه إن لم تكن صريحه بالفعل في أنّ تبعيه الولد للأُم إنما هي من جهه مملوكيه الام، بحيث تكون رقيه الولد ناشئه من نفس رقيه الأُم مع قطع النظر عن سائر الجهات على الإطلاق، فلا تكون دليلاً على اقتضاء الاشتراط لرقيته، على ما هو محل الكلام.

فلو تمّ سند هذه الروايه لكانت من النصوص الدالّه على مدعى ابن الجنيد، من الحكم برقيه الولد إذا كانت امه مملوكه و إن كان أبوه حراً، و لا ترتبط بما نحن فيه بشىء.

و من هنا فالصحيح فى المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) و غيره، من إلغاء هذا الشرط و اعتباره كالعدم، لكونه مخالفاً للكتاب و السنه، و إن ذهب المشهور إلى خلافه.

(١) رجال النجاشى: ٨١ رقم ١٩٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧٣

يضّرّ بالعقد إذا كان فى ضمن عقد خارج (١).

و أمّا إن كان فى ضمن عقد التزويج، فمبنيّ على فساد العقد بفساد الشرط و عدمه، و الأقوى عدمه (٢). و يحتمل الفساد و إن لم نقل به فى سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده، لأنّ فى سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه [١]

(١) كما لو زوج المولى أمته من حر من غير اشتراط، ثمّ باعه شيئاً و اشترط عليه أن يكون الولد رقاً له، فإنه حينئذ لا مجال للقول بسرايه فساد الشرط إلى عقد التزويج الذى وقع مطلقاً و من غير تقييد.

(٢) باعتبار أن الشرط أجنبي عن العقد و لا يوجب تقييده بوجه، فلا مجال لأنّ يقال: إنّ المنشأ لما كان هو المقيّد كان فاسداً بفساد القيد، إذ الدليل على الصحه منحصر بعموماتها، كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١). فإذا

لم يمض المقيد شرعاً لفساد القيد، و غير المقيد لم ينشأ، فلا محيص عن الحكم بفساده.

و ذلك لما ذكرناه فى محله من أن الشروط فى باب العقود لا تكون قيداً لها، و لا يكون العقد مقيداً بالشروط كى يكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد نفسه، فإنّ للشرط فى باب العقود معنى غير ما يذكر فى الفلسفه أو فى باب الأحكام، حيث يفسر فى الأول بجزء العله و فى الثانى بالقيد للموضوع أو متعلق الحكم، و قد تقدّم ذلك مفصلاً.

و ملخصه أنّ معنى الشرط فى العقد لا يخلو من أحد معنيين على نحو منع الخلو فإنهما قد يجتمعان و هما:

أولاً: تعليق العقد على التزام الطرف الآخر بشىء، بحيث يكون المنشأ هو الحصة المقيدة بالتزام الطرف الآخر. و هذا المعنى يرد فى الشروط التى تذكر فى الترويج و غيره من العقود و الإيقاعات التى لا تقبل التزلزل و الخيار، فإنّ فيها لا بدّ من تفسير

[١] الشرط الفاسد لا يوجب الخيار فى سائر العقود أيضاً.

(١) المائده ٥: ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧٤

.....

الشرط بهذا المعنى أعنى تعليق المنشأ على التزام الآخر إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذى نذكره للشرط، و من هنا فلا محاله يكون نفس الالتزام قيداً للمنشأ دون الملتزم به. فلو قالت المرأة: زوجتك نفسى على أن لا تخرجنى من هذا البلد مثلاً فقبل الرجل أصل الزواج من دون التزام بالشرط، بطل العقد، لأن ما أنشأته المرأة إنما هى الزوجيه المقيدة بالالتزام، فإذا لم يلتزم الزوج بذلك انتفى المقيد كلياً و حكم ببطلان العقد، لعدم تحقق ما علق الإنشاء عليه.

و قد عرفت فى محله أنّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقد، لكونه

تعليقاً على أمر حاصل و معلوم بالفعل. نعم، لو فرضنا تعليق الزوجيه على نفس السكنى فى البلد المعين دون الالتزام به، لكان من التعليق الباطل.

ثانياً: تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط فى الخارج و وجوده. و هذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط أمراً خارجاً عن إرادة المشروط عليه و اختياره، كما هو الحال فى اشتراط الكتابه فى العبد عند شرائه، فإنّ مثل هذه الشروط لا يمكن أن يرجع إلى المعنى الأوّل، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هو خارج عن اختياره فالعقد غير معلق على شىء و إنما المعلق هو الالتزام بالعقد، بحيث لو لم يوجد فلا التزام للشارط بالعقد و له رفع اليد عنه، و هو ما يعبر عنه بالخيار.

هذا و قد يجتمع المعنيان فى عقد واحد، كما لو اشترى قماشاً و اشترط على البائع أن يخيّطه. فإنّ أصل العقد معلق على التزام البائع بالخياطة، كما أن التزامه بالعقد معلق على تحقّق الخياطة فى الخارج، فيكون المورد مجتمعاً لكلا المعنيين.

إذا عرفت هذا كله يتضح لك أنّ فساد الشرط لا- يوجب فساد العقد. إذ على المعنى الأوّل يكون العقد مقيداً بالالتزام، و المفروض أنه قد تحقق من قبل الطرف الآخر، فلا وجه للقول بفساد إنشاء العقد. و على المعنى الثانى فالعقد أجنبى عن جعل الخيار للشارط و إن كان الأوّل ظرفاً للثانى، بمعنى أنه إنما يجعل فى ضمن الأوّل.

و عليه فإذا فرض فساد الثانى بحكم الشارع، لكونه مخالفاً للكتاب و السنّه، لم يكن وجه للقول ببطلان الأوّل، لأنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل الاستفادة من بعض النصوص خلافه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧٥

.....

و هذه النصوص عديده:

منها: ما هو صريح فى عدم

و منها: ما هو ظاهر الدلالة فيه، كصحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عزّ وجلّ» (١).

و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق، فقال: «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: من شرط شرطاً سوى كتاب الله عزّ وجلّ، لم يجز ذلك عليه ولا له» (٢).

وهما ظاهرتان في إلغاء الشرط خاصة و أنه يفرض كالعدم، إذ لو كان أصل العقد فاسداً لم يكن وجه لنفي نفوذ الشرط خاصة، حيث لا موضوع له مع فساد العقد.

و أوضح منهما صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه قضى في رجل تزوج امرأه و أصدقته هي و اشترطت عليه أن يبدها الجماع و الطلاق، قال: «خالفت السنّة، و وليت حقاً ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق و يبده الجماع و الطلاق و ذلك السنّة» (٣).

و صحيحته الأخرى عنه (عليه السلام) أيضاً، أنه قال: «قضى على (عليه السلام) في رجل تزوج امرأه، و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهي طالق، فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفيّ لها بالشرط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها» (٤).

و هذه كما تراها صريحه في صحّحه العقد و بطلان الشرط خاصة.

الخيار، ب ٦ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ١٨ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٩ ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ١٣ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٧٦

بالخيار (١) بخلاف المقام حيث إنه لا يجرى خيار الاشرط في النكاح (٢). نعم، مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً.

[مسألة ١٠: إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها، حرم عليه وطؤها]

[٣٨١٠] مسألة ١٠: إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها، حرم عليه وطؤها (٣)

(١) و هو غريب منه (قدس سره)، إذ لا قائل بثبوت الخيار عند تخلف الشرط الفاسد، و إنما هو فرع إمضاء الشارع للشرط، فإذا لم يكن كذلك فلا يفرق الحال فيه بين النكاح و غيره.

(٢) على ما هو المشهور شهره عظيمه، بل إن اشرطه مبطل للعقد، حتى و إن لم نقل باقتضاء فساد مطلق الشرط لفساد العقد.

و الوجه في ذلك أن جعل الخيار في العقد لا ينفك عن تقييد العقد بزمان فسخ من له الخيار، فيكون المنشأ محدوداً بعدم الفسخ لا محاله، إذ إن إطلاق المنشأ لما قبل الفسخ و بعده كالأهمال ممتنع، فإنه بعد الفسخ يرجع كل شىء إلى مالكه. و حيث إن النكاح إما أبدى و إما مؤقت مع لا بدئيه تعيين الوقت على ما دلّت عليه النصوص فلا مجال للالتزام بالصحة في المقام، نظراً لعدم معلوميه وقت الفسخ، بل إن أصل تحققه غير محرز، فإن من له الخيار قد يفسخ و قد لا يفسخ بالمره.

و هذه خصوصيته في النكاح توجب فساد العقد عند اشرط الخيار فيه، نظير فساد البيع عند اشرط أمر مجهول لكونه

غررياً. و ليس هذا من باب اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد، إذ النزاع في كبرى اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد إنما هو في العقد الجامع لجميع شرائط الصّحّه، فلا يشمل مثل المقام، حيث إن الفساد من ناحيه عدم تعيين الوقت أو الغرر.

(٣) بلا خلاف فيه. و لا يختص الحكم بالمقام، بل يعمّ كل عقد يتوقّف على إجازة من له الإجازة، سواء أ كان هو السيد أم كان غيره، كالتزوّج ببنت الأخ أو بنت الأخت قبل إجازة العمّه أو الخاله، أو التزوّج بالبكر قبل إذن أبيها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٧٧

و إن كان بتوقّع الإجازة (١). و حينئذٍ فإنّ أجاز المولى كشف عن صحته، على الأقوى من كون الإجازة كاشفه (٢). و عليه المهر، و الولد حر (٣). و لا يحدّد حد الزنا و إن كان عالمًا بالتحريم، بل يعزر. و إن كان عالمًا بلحوق الإجازة، فالظاهر عدم

(١) إذ لا أثر لمجرّد توقّعها، و إنما المعتبر في الحل هو تحقّقها في الخارج.

(٢) هذا إذا التزمنا بالكشف الحقيقي كما اختاره الماتن (قدس سره)، حيث ينكشف صحّه العقد من حين وقوعه و كون الوطاء حلالاً في حينه، و إن كان حراماً ظاهراً لاستصحاب عدم تحقّق سبب الزوجيه في فرض الشكّ في لحوق الإجازة، و لذا يحكم بتعزيره. و أمّا إذا علم حين الوطاء بأن المولى سيجيزه بعد ذلك و قد تحقّقت الإجازة بالفعل، لم يثبت حتى التعزير حيث يعلم بحصول الزوجيه، فلا يكون في الفعل مخالفه للحكم الواقعي أو الظاهري.

و أمّا إذا التزمنا بالكشف الحكمي كما اخترناه، فالأمة محكومته بعدم الزوجيه إلى ما قبل الإجازة، و عندها يحكم بكونها زوجه من حين العقد.

و من هنا فلا فرق

بين العالم بلحوق الإجازة و الشاك فيه، فيحكم بكونه زانياً مطلقاً باعتبار أنه قد وطئ أجنبيه من غير استحقاق أو شبهه، و من ثم فيحد حد الزنا.

نعم، لو لحقت الإجازة قبل إجراء الحد سقط لا محاله، إذ بها تجرى عليه أحكام الزوجية، فلا يعتبر الوطء السابق فعلاً زنا و إن كان كذلك إلى ما قبل الإجازة. إلما أن هذا لا- يعنى سقوط التعزير أيضاً، فإن الحرمة و المبعوضيه لا تنقلان بالإجازة إلى الإباحة، و من هنا فيعزر على فعله حتى مع علمه بلحوق الإجازة، بل و حتى مع تحققها فى الخارج أيضاً.

(٣) لانكشاف صحه العقد من حينه، فيكون ولداً للحر، فيحكم بحريته من هذه الجبهه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧٨

الحرمة [١] (١) و عدم التعزير أيضاً.

و إن لم يجرز المولى كشف عن بطلان التزويج. و يحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم، و لم يكن مشتبهاً من جهه أخرى، و عليه المهر بالدخول، و إن كانت الأمه أيضاً عالمة على الأقوى [٢] (٢). و فى كونه المسمى، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرأ و نصفه إن كانت ثيباً، وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير (٣).

(١) بل الظاهر هو التحريم. فإن الفعل على ما اخترناه من الكشف الحكمى محرم قبل تحقق الإجازة فى الخارج واقعاً، و لا ينافيه الحكم بحليته بعد الإجازة، إذ لا- مانع من اعتبارين لأمرين متضادين أو متناقضين فى زمانين مختلفين، كما عرفته مفصلاً. و كذلك الحال فى التعزير، إلما إذا فرض كونه مشتبهاً.

(٢) و هو مناقض لما تقدم منه (قدس سره) فى المسأله الخامسه عشره من فصل عدم جواز التزويج فى عدّه الغير، حيث اختار هناك عدم استحقاق مولاها

للمهر فيما إذا كانت الأمه عالمه، وقد عرفت أنه الصحيح، فما ذكره (قدس سره) هنا مضافاً إلى كونه غير تام في نفسه مناقض لما تقدّم منه (قدس سره).

(٣) و ذلك فلأن الأول لا وجه له مطلقاً بعد فرض فساد العقد.

و الثاني و إن كان على طبق القاعده، إلّا أنه إنما يتم فيما إذا لم يكن دليل على الخلاف، و حيث إنّ النصوص الخاصه دالّه على القول الأخير، فلا مجال للعمل بمقتضى القاعده.

□
و ليست من هذه النصوص صحيحه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلست نفسها له، قال: «إن كان الذي

[١] بل الظاهر هو التحريم، و لا ينافي ذلك الحكم بعدم الحرمة بعد الإجازة، و كذلك الحال في التعزير إلّا إذا فرض أنه كان مشتبهاً.

[٢] في ثبوت المهر في هذا الفرض إشكال بل منع كما تقدّم منه أيضاً في المسألة الخامسة عشره من فصل عدم جواز التزويج في عدّه الغير.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٧٩

.....

زوّجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد». قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: «إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شىء له، و إن كان زوّجها 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».

بدعوى أنها لا تختص بالتدليس، بل تعمّ و بمقتضى التعليل المذكور في ذيلها كل مورد يستحل الرجل فرج الأمه.

فإنه مدفوع بأنها وارده في الوطاء بعقد صحيح، غايه الأمر أن للزوج حق الفسخ من جهه التدليس، فلا

مجال للتعدى عن موردها إلى فرض الزنا الذى هو محل الكلام.

□
و لا صحيحه الفضيل بن يسار، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): جعلت فداك، إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: «إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريته فهي له حلال»؟ فقال: «نعم يا فضيل». قلت: فما تقول فى رجل عنده جاريه له نفيسه و هى بكر أحل لأخيه ما دون فرجها، إله أن يقتضها؟ قال: «لا، ليس له إلا ما أحل منها، و لو أحل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك». قلت: أ رأيت إن أحل له ما دون الفرغ فغلبته الشهوه فاقتضها؟ قال: «لا ينبغى له ذلك». قلت: فإن فعل أ يكون زانياً؟ قال: «لا، و لكن يكون خائناً، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها» «٢».

فإنها وارده فى مورد خاص و ليس فيها تعليل كى يتعدى به، و من هنا فإثبات حكمها فى مورد الزنا يحتاج إلى الدليل.

و إنما هى صحيحه طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) قال: «إذا اغتصب أمه فاقتضها فعليه عشر قيمتها، و إن كانت حرّه فعليه الصّداق» «٣». فإنها وارده فى البكر و واضحه دلالة.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٥ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٨ كتاب الحدود، أبواب حد الزنا، ب ٣٩ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٨٠

و يكون الولد لمولى الأمه (١).

و أمّا إذا كان جاهلاً بالحكم، أو مشتبهاً من جهه أخرى، فلا يحدّ. و يكون الولد

حزًا (٢). نعم، ذكر بعضهم أنّ عليه قيمته يوم سقط حيًّا [١]، ولكن لا دليل عليه في المقام (٣). و دعوى أنه تفويت لمنفعه الأمه، كما ترى، إذ التفويت إنما

و صحيحه عبد الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه حبلى لم يعلم بحبلها فوطئها، قال: «يردّها على الذى ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها» (١).

و موردها و إن كان وطء ما يملكه الإنسان لا الزنا، إلّا أن التعليل المذكور فى ذيلها أعنى قوله (عليه السلام): «لنكاحه إياها» يدلّ على اقتضاء مطلق النكاح و طبيعته لثبوت نصف العشر فى الثيب التى هى موردها، باعتبار أن الحبل لا يكون غالباً إلّا بالوطء. و على فرض تسليم إطلاقها، فهى مخصصة بالنصوص الداله على ثبوت العشر بتمامه عند وطء الباكر.

إذن فالنتيجة فى المقام هو القول بثبوت تمام العشر عند زنا الحرّ بالأمه البكر لصحيحه طلحه بن زيد، و نصفه عند الزنا بالثيب لصحيحه عبد الله بن سنان.

(١) و قد تقدّم الكلام فيه مفصلاً فى المسأله الثامنه من هذا الفصل، حيث قد عرفت أن فرض زنا الأب مستثنى من عموم حريه الولد، فيما إذا كان أحد أبويه حرًا.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و قد تقدّم الكلام فيه أيضاً.

(٣) ما أفاده (قدس سره) غريب منه، إذ الروايات الواردة فى تدليس الأمه و تزوّجها بدعوى الحريه، غير قاصره الشمول للمقام.

كما وثقه سماعه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مملوكه أتت قومًا

[١] هذا هو الصحيح لمعتبره سماعه و غيرها، و عليه فمن الغريب من الماتن (قدس سره) حيث إنه نفى الدليل عليه فى المقام، و ذلك لأنّ مورد

الروايات هو هذا المقام و هو ما إذا كان الواطئ جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب أحكام العيوب، ب ٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨١

جاء من قبل حكم الشارع بالحرية. و على فرضه فلا وجه لقيمه يوم التولد، بل مقتضى القاعده (١) قيمه يوم الانعقاد، لأنه انعقد حرّاً، فيكون التفويت في ذلك

و زعمت أنها حرّه فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينه أنها مملوكه و أفترت الجاربه بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاها هي و ولدها، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمه يوم يصير إليه» (١).

إذ من الظاهر أنه لا اعتبار بالخصوصيات المذكوره فيها من التدليس و غيره في الحكم، و إنما المدار على جهل الزوج بالحرمة، سواء أ كان ذلك ناشئاً من جهله بالموضوع أم جهله بالحكم خاصه، فيشمل الحكم كلتا صورتين و إن كان موردها هو الأول خاصه.

و مما يؤكد ذلك قوله (عليه السلام) في ذيل الصحيحه في جواب السؤال عما لو امتنع الأب عن السعي في ثمن ولده: «فعلى الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حر».

فإنه واضح الدلاله على عدم اختصاص الحكم بفرض الشبهه الموضوعيه، و إن العبره إنما هي بكون الوطاء شبهه، بحيث ينتسب الولد إليه شرعاً و يتّصف بكونه ولداً للحرّ، من دون فرق بين أن يكون ذلك من جهه التدليس أو من جهه أخرى غيره. و من هنا فيحكم بحريه الولد مع لزوم دفع قيمته إلى مولاها، جمعاً بين الحقيين.

و مع قطع النظر عن ذلك، فمن البعيد جداً أن يكون حكم الجهل بالحكم لا سيما إذا كان عن تقصير أهون من حكم الجهل

بالموضوع، فيجب في الثاني مضافاً إلى دفع العشر أو نصفه قيمة الولد، في حين يكون الولد له في الأول من دون دفع شيء.

و كيف كان، فما ذكره جماعه من المحققين من وجوب دفع قيمة الولد يوم يسقط حياً الذي هو يوم يصير الولد إلى أبيه لمولاهما، هو الصحيح على ما تقتضيه نصوص التدليس.

(١) لكن العمل بها يتوقف على عدم النص، و حيث قد عرفت وجوده فلا مجال

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨٢

الوقت.

[مسألة ١١: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضاً حتى مات]

[٣٨١١] مسألة ١١: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يرده أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازته وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم، لأنها على فرضها كاشفه، و لا يمكن الكشف هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث، و هو نظير من باع شيئاً ثم ملك [١] (١).

للعمل بها.

(١) الكلام تارة يقع في غير النكاح من العقود كالبيع و نحوه، و أخرى في النكاح بخصوصه.

أمّا المقام الأول: فقد يفرض أن العقد قد صدر ممن قد انتقل إليه المال بعد ذلك و قد يفرض صدوره من غيره.

أمّا الفرض الأول، كما لو باع الوارث المنحصر مالاً لمورثه في حياته ثم مات مورثه فانتقل المال إلى البائع، فالأقوال فيه مختلفة، حيث ذهب جماعه إلى النفوذ مطلقاً، و ذهب آخرون إلى العدم مطلقاً، و فصل ثالث بين الإجازة بعد الملك فيحكم بالنفوذ، و عدمها فيحكم بالبطلان.

و قد تقدّم منا في محلّه من مباحث المكاسب اختيار القول الأخير إذ لا أثر لرضاه بالبيع في ذلك الحين، فلا يكون مشمولاً للدليل المستثنى في قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ « ١ » فَإِذَا مَلَكَهُ وَرَضِيَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْمُسْتَتَنِي.

و العمدہ فی صحّہ هذا العقد ما ورد فی الزکاه من أن المالك إذا باع تمام النصاب بعد

[١] ليس المقام نظير ذلك، بل هو نظير ما إذا بيع دار زيد فضولاً من عمرو، ثم انتقلت الدار منه إلى بكر ببيع أو نحوه، فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً، هذا مضافاً إلى أنه قد ثبت صحّحه العقد فيمن باع شيئاً ثم ملك بالنص، و أمّا المقام فلا نصّ فيه، و مقتضى القاعده فيه هو البطلان.

(١) سورة النساء ٤: ٢٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨٣

.....

تعلق الزكاه به و قبل إخراجها، و جب على المشتري أدائها و يرجع به على البائع، إلّا إذا أخرجها المالك الأول بعد البيع من ماله الخاص، فإنه حينئذ لا يجب على المشتري شيء و يصح البيع. فإنّ من الواضح أن مورد هذه الروايات إنما هو بيع شيء لم يملكه أعني حصه الزكاه ثم ملكه بعد ذلك بالأداء من ماله الخاص، فتكون دليلاً على صحّحه مثل هذا البيع.

و أما الفرض الثاني، كما لو باع ثالث مال المورث فضوله فمات المورث قبل أن يمضيه أو يرده، فانتقل المال إلى وارثه فأجاز العقد، فهل يحكم بالصّحه أم لا؟

فيه خلاف، اختار الماتن (قدس سره) الثاني باعتبار أن الإجازة كاشفه و الكشف غير معقول في المقام، و اختار جماعه الأوّل.

و قد تعرض شيخنا الأنصاري (قدس سره) إلى هذه المسألة مفصلاً، و اختار فيها الصّحه. و قد أجاب عمّا ذكره الماتن (قدس سره)، بأنّ الكشف إنما يكون في الزمان القابل لا مطلقاً، و من هنا فعند الإجازة ينكشف انتقال المال إلى المشتري

من حين انتقاله إلى ملك المالك الثاني «١».

و ما أفاده (قدس سره) هو الصحيح، و ليس المقام من قبيل من باع شيئاً ثم ملك فإنَّ الفرق بينهما واضح، و من هنا فيحكم بصحّته عند إجازة المالك الثاني له، و تفصيل الكلام في محلّه.

و أمّا المقام الثاني: فلا يخفى أنه لا مجال للالتزام بالصحّه فيه، و إن قلنا بها في غيره من العقود الفضوليه.

و الوجه فيه أنّ الصحّه في غير النكاح لم تكن تحتاج إلى الدليل الخاص و إنما كانت على وفق القاعده، حيث إن العقد كان مستجمعاً للشرائط غير الانتساب، فإذا أجاز من له الأمر و الولايه استند العقد إليه و حكم بصحّته.

بخلاف النكاح، حيث إن مقتضى القاعده فيه هو البطلان، غايه الأمر أننا التزمنا بالصحّه فيه لقوله (عليه السلام): «إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيّده، فإذا أجاز فهو

(١) كتاب النكاح ٢٠: ٢٤٦ ٢٤٧ طبع المؤتمر العالمي.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨٤

[مسأله ١٢: إذا دلّست أمه فادعت أنها حرّه، فتزوّجها حرّ و دخل بها ثمّ تبين الخلاف]

[٣٨١٢] مسأله ١٢: إذا دلّست أمه فادعت أنها حرّه، فتزوّجها حرّ و دخل بها ثمّ تبين الخلاف، وجب عليه المفارقه (١). و عليه المهر لسيدها، و هو العشر و نصف العشر على الأقوى (٢) لا المسمّى، و لا مهر المثل. و إن كان أعطاه المهر

له جائز» «١». و لما كان هذا التعليل لا يشمل المقام، نظراً إلى أن الحر حينما تزوّج بالأمه كان العقد باطلاً، لكونها عاصيه لسيدها و هو لم يجر حتى مات و انتقلت هي عن ملكه إلى ملك غيره، و المالك الجديد ليس له صلاحيه إجازة العقد المتقدم، لأنها لم تكن عاصيه له حين العقد باعتبار أنه لم يكن مولاه. و من هنا فيحكم بالبطلان لا

محاله، حتى و إن قلنا بصحّح البيع و نحوه.

(١) بلا خلاف فيه و لا إشكال.

(٢) و قد تقدّم الحديث فيه مفصلاً، حيث قد عرفت أنه مقتضى صحيحه الوليد بن صبيح و موثقه سماعه المتقدمتين.

ثم إن الحكم مما لا إشكال فيه، فيما إذا كانت الأمه جاهله بالحال و مشتبهه أيضاً. و أما إذا كانت عالمه بالحال فربما يتوقف في ثبوتهما، لما تقدّم من أنه «لا مهر لبغى» إذ قد عرفت أن هذا التعبير و إن لم يرد في شيء من النصوص المرويه عن طرفنا، إلا أن مضمونه قد ورد في جملة من النصوص المعتمده، كالتى دلت على أن أجره الفاجره سحت.

إلا أنه مدفوع بأن المهر الذى يثبت بالتقاء الختانيين كالتعبير بالأجر، ظاهر في المسمى أو المثل فيما إذا لم يكن هناك تعيين، و من الواضح أنه لا منافاه بين نفى هذا و بين ثبوت العشر أو نصفه بحكم تعبدى و لأمر خاص، هو استحلال الرجل لفرج أمه الغير و وطؤها بعنوان أنه حلال له.

و مع الإغماض عن هذا، فلا ينبغى الشك في أن حمل هذه النصوص على فرض كون الأمه مشتبهه أيضاً، حمل على فرد نادر جداً باعتبار أنها وارده في التى تدلس نفسها. و عجز العبد و الأمه عن كل شيء و عدم جواز تزوجهما بغير إذن مولاها

(١) راجع ص ١٨٥ ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٨٥

استرد منها إن كان موجوداً، و إلا تبعت به بعد العتق [١] (١).

ليس من الأمور التى تخفى على أحد إلا الشاذ، و لذا ضرب الله به مثلاً، فإنه إنما يكشف عن وضوح ذلك لدى الكل.

و من هنا فتكون الروايه شامله لمورد علمها أيضاً، فيثبت الحكم من

(١) على ما تقتضيه القواعد، فإنها هي التي أتلفت المال، فيثبت في ذمتها ما دامت مملوكه و عليها الأداء بعد الانعتاق.

غير أن روايه صحيحه وارده فى المقام، قد دلت على التفصيل بين ما إذا كان الذى زوجها إياه ممن له ولاية عليها، و بين ما إذا كان الذى زوجها إياه غيره. حيث يرجع فى الأوّل على وليها، فى حين لا شىء له فى الثانى.

□
و هذه الصحيحه هى ما رواه الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلست نفسها له، قال: «إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد». قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: «إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شىء له، و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه» (١).

فإن مقتضاها عدم ثبوت شىء فى ذمتها عند تلف المسمى فى يدها مطلقاً، سواء فى ذلك زمان الرقيه و بعده. و حيث إنها صحيحه السند، فلا محيص من العمل بها و رفع اليد عما تقتضيه القاعده، و إن كان القول به مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلمات.

[١] هذا الحكم و إن كان مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلمات إلّا أنه مشكل جداً، بل لا يبعد عدمه بمقتضى قوله عليه السلام فى صحيحه الوليد بن صبيح: «و إن لم يجد شيئاً فلا شىء له عليها» فإنه ينافى ثبوت شىء عليها فى ذمتها.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٨٦

و لو جاءت بولد، ففى كونه

حرّاً، أو رقّاً لمولاها، قولان (١). فعن المشهور أنه رق، ولكن يجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته، وإن أبى وجب على الإمام (عليه السلام) دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال.

(١) والصحيح هو التفصيل بين إقامه الزوج البيّنه على قيام البيّنه على حريتها حين تزوّجه منها، فيحكم بكون ولده أحراراً.

وعدمه، فيحكم بكونهم مملوكين لمولاها. لكن لا على نحو الملك المطلق كما هو الحال في سائر أرقائه وعبيده، وإنما على نحو الملك المترزل وغير المستقر، حيث لا يجوز له بيعهم ولا غيره من التصرفات، بل يجب عليه دفعهم إلى أبيهم وله مطالبته بقيمتهم يوم سقطوا أحياء، فيكون ملكه لهم أشبه الأشياء بملك الرجل أحد عموديه أو محارمه من النساء، حيث إن ملكيته لهم لا تكون مستقره، فلا يجوز له المعامله عليهم ببيع أو غيره، وإنما ينعقدون عليه بمجرد دخولهم في ملكه آنأ ما.

و الوجه فيما اخترناه هو النصوص الواردة في المقام، فإن بعضها صريح الدلالة في رقيتهم مطلقاً.

كصحيحه محمّد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في المرأة أتت قوماً فخبرتهم أنها حرّة، فتزوّجها أحدهم وأصدقها صداق الحرّه ثم جاء سيدها، فقال: تردّ إليه وولدها عبيد» (١).

و صحيحه الوليد بن صبيح المتقدّمه، حيث ورد في ذيلها: قلت: فإن جاءت منه بولده؟ قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى» (٢).

إذ إن حمل هذه الجملة على الخبرية لا يستقيم، باعتبار أن مراده (عليه السلام) منها لو كان بيان حريه الولد لما

كان هناك حاجة إلى ذكر الشرطيه، أعنى قوله (عليه السلام): «إذا كان النكاح بغير إذن الموالى». على أن هذه الشرطيه مما لا يمكن

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٨٧

.....

الالتزام بها فى نفسها، نظراً إلى أن مفهومها هو رقيه الأولاد إذا كان النكاح بإذن موالىها، و هو فاسد قطعاً.

فمن هنا يتعين حملها على الاستفهام الاستنكارى، فتكون هذه الصحيحه موافقه فى المدلول لصحيحه محمد بن قيس.

و على كل فلا يهمنى كون الجملة خبريه أو استفهاميه، لأنهما معاً مقيدتان بموثقه سماعه، قال: سألته عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها و أخبرتهم أنها حرّه فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: «ولده مملوكون إلّا أن يقيم البينه أنه شهد له شاهدان أنها حرّه، فلا يملك ولده و يكونون أحراراً» (١).

فإنها تقيّد صحيحه محمد بن قيس بما إذا لم يكن للزوج بينه على حرّيتها عند تزوجه منها، كما تقيّد صحيحه الوليد بن صبيح على التقديرين: فتقيّد بما قيدت به صحيحه محمد بن قيس لو حملت الجملة على الاستفهاميه، فى حين تقيّد بخلافه أعنى ما لو كانت للزوج بينه لو حملت على الخبريه.

ثم إن ظاهر المملوكيه فى فرض عدم قيام البينه و إن كان هو الرق المطلق بحيث لمولاها أن يتصرف فيهم كيف يشاء، إلّا أن موثقه سماعه الثانيه تدلّ على أنه ليس لمولاها هذا الاختيار، و إنّ رقيتهم إنما هى غير مستقره، فلا بدّ له من دفعهم إلى أبيهم و مطالبته بثنهم، فإن لم يكن لأبيه ما يأخذهم به كان عليه

السعى، فإن أبي فعلى الإمام أن يفتديه.

□

و هذه الموثقة هي ما رواها سماعه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن مملوكه أتت قوماً و زعمت أنها حرّهُ فتزوجها رجل منهم و أولدها ولدأ، ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنه أنها مملوكه و أقرّت الجارية بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاها هي و ولدها، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمه يوم يصير إليه». قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: «يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه و يأخذ ولده». قلت: فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: «فعلى الإمام أن يفتديه و لا

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨٨

.....

يملك ولد حر» (١).

و الاحتمالات في هذه الموثقة ثلاثة:

الأول: أن تحمل على صورته قيام البيّنه لدى الزوج حين الترويج على كونها حرّهُ.

الثاني: أن تحمل على صورته عدم قيام البيّنه على حرّيتها لديه.

الثالث: أن تحمل على ما يعمّ كلتا الصورتين.

و الاحتمال الأول مندفع، بأنه مضافاً إلى استلزامه للتقييد بغير موجب تقييد بفرد نادر جدّاً، و خلاف ظاهر صدرها، إذ الظاهر منه أن إقدام الرجل على الترويج منها كان مستنداً و متفرعاً على زعمها الحرّيه و إخبارها بذلك.

على أن هذا الاحتمال غير سليم في نفسه. فإنه لو قامت البيّنه على حرّيتها، فلا مجال لتسليمها إلى مدعى مالكيّتها حتى و لو أقام البيّنه، فإن البيّنتين تتعارضان و تتساقطان حيث لا مرجح لإحداهما على الأخرى، و معه فلا مجال لتسليمها إليه.

و دعوى أن إقرارها يعضد بيّنه المدعى و يجعل الترجيح لها.

مدفوعه بأنه منافٍ لحقّ الزوج و إقرار في

حقه فلا يسمع، نظير إقرار المرأه بعد التزويج أنها ذات بعل.

و أما الاحتمال الأخير، ففيه: أن الحكم لو كان عاماً، لبطلت فائده التفصيل بين قيام البيّنه و عدمه في صحيحه سماعه الاولي و كان لغواً.

إذن فيتعين الاحتمال الثاني، و هو الذي استظهرناه، و يساعد عليه ظاهر صدرها حيث قد عرفت أن ظاهره هو الاعتماد على إخبارها دون البيّنه.

و الحاصل فالصحيح في المقام هو التفصيل بين وجود البيّنه للأب، فيكون ولده أحراراً. و عدمه، فيكونوا أرقاء، لكن لا على نحو الرق المطلق، بل تكون رقيتهم رقيه غير مستقره، فيجب على مولاهما أن يدفعهم إلى أبيهم و له أن يأخذ ثمنهم منه فإن لم يكن له ما يأخذ ابنه به كان عليه السعي، فإن أبى كان على الإمام دفع قيمتهم و فكّهم.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٨٩

و الأقوى كونه حرّاً (١) كما في سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنه لا إشكال في كون الولد حرّاً، فلا خصوصيّة لهذه الصوره. و الأخبار الدالّه على رقيته [١] منزله على أنّ للمولى أخذه ليتسلم قيمه (٢) جمعاً بينها و بين ما دلّ على كونه حرّاً. و على هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر، من دفع قيمه، أو السعي، أو دفع الإمام (عليه السلام)، لموثقه سماعه.

هذا كلّه إذا كان الوطاء حال اعتقاده كونها حرّه. و أما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمه، فالولد رقّ (٣) لأنه من زنا حينئذ. بل و كذا لو علم سبق رقيتها

و الحاصل فالصحيح في المقام هو التفصيل بين وجود البيّنه للأب، فيكون ولده أحراراً. و عدمه، فيكونوا أرقاء، لكن لا

على نحو الرق المطلق، بل تكون رقيتهم رقيه غير مستقره، فيجب على مولاهما أن يدفعهم إلى أبيهم و له أن يأخذ ثمنهم منه فإن لم يكن له ما يأخذ ابنه به كان عليه السعي، فإن أبي كان على الإمام دفع قيمتهم و فكهم.

(١) بل الأقوى هو التفصيل، كما عرفت.

(٢) و هو فى غايه البعد. فإنه إنما يتم فى خصوص ما دلّ على أنّ لمولاهما أن يأخذهم، و لا يتم فيما ورد فيه التصريح بكونهم أرقاء و عبيد كصحيحه محمّد بن قيس المتقدّمه، إذ لا مجال لحملها على أخذه لهم مقدّمه لاستلام قيمتهم.

(٣) بلا خلاف فيه و لا إشكال. إذ يكون الفعل حينئذ زناً، فيجرى عليه جميع

[١] الصحيح فى المقام أن يُقال: إن مقتضى عدّه من الروايات العامه أنّ الولد حر إذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطاء صحيحاً و لو كان شبهه، و لكن لا بدّ من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الواردة فى المقام المفصّله بين ما إذا كان الوطاء بالشبهه مستنداً إلى بيّنه شرعيّه و ما إذا لم يكن مستنداً إليها، فعلى الأوّل الولد حر و على الثانى رق، فهذه الصوره بمقتضى هذه الروايات خارجه عن تلك المطلقات رغم أنّ الوطاء فيها كان بشبهه، نعم يجب على أبيه أن يفكّه عن الرقيه بإعطاء قيمته لمولى الأمه يوم سقط حيّاً، و هو اليوم الذى يصير إليه كما فى موثقه سماعه، و إن لم يكن عند الأب ما يفكّه به سعى فى قيمته، و إن أبى فعلى الإمام عليه السلام أن يفديه، و بذلك يظهر الحال فيما بعده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٩٠

فادعت أنّ مولاهما أعتقها، و لم يحصل

له العلم بذلك و لم يشهد به شاهدان، فإنّ الوطاء حينئذ أيضاً لا يجوز، لاستصحاب بقائها على الرقيه [١] (١).

نعم، لو لم يعلم سبق رقيتها، جاز له التعويل على قولها، لأصالة الحرية (٢).

أحكام الزنا، من إجراء الحدّ، و كون الولد رقاً لمالكها.

(١) و لعدم حجيه قول المملوك. و من هنا فيكون الفعل زنا، فيجرى عليه جميع أحكامه.

نعم، لا بدّ من تقييد ذلك بما إذا لم تحصل شبهه في البين، و إلّا كما لو اعتقد حجيه قولها فلا وجه لإجراء أحكام الزنا عليه.

□
و لعلّ و الله العالم عليّ هذا الفرض، أعنى الاستناد إلى قولها في العتق من دون حصول قطع أو قيام بينه، تحمل موثقه زواره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أمه أبقت من موالها فأنت قبيله غير قبيلتها فادعت أنها حرّ، فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها، فظفر بها مولاهما بعد ذلك و قد ولدت أولاداً، قال: «إنّ أقام البيّنه الزّوج على أنه تزوّجها على أنها حرّ أعتق ولدها، و ذهب القوم بأمّتهم، و إن لم يقم البيّنه أوجع ظهره و استرق ولده» (١).

فإنها تحمل على علم الرجل الذي وثب عليها برقيتها قبل ذلك، و تزوجه منها من دون قيام بينه على حرّيتها أو حصول قطع من دعواها، و إلّا فالحكم بإجراء الحدّ عليه و رقيه أولاده بلا موجب.

□ □
(٢) المستفاده من صحيحه عبد الله بن سنان، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «كان على بن أبي طالب (عليه السلام) يقول: الناس كلهم أحرار، إلّا من أقرّ على نفسه بالعبودية و هو مدرّك من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيراً كان أو

[١] هذا إذا لم تكن شبهه، و إلّا

كما إذا اعتقد أن قولها حجّه فتزوّجها ثم وطئها كان الوطء وطء شبهه، و حكمه ما عرفت بالإضافة إلى الولد، يعنى أن الولد رق، و لكن يجب على أبيه فكّه على ما تقدّم.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩١

فلو تبين الخلاف لم يحكم برقيّه الولد. و كذا مع سبقها مع قيام البينه على دعواها (١).

[مسألة ١٣: إذا تزوّج عبد بحرّه من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلاً]

[٣٨١٣] مسألة ١٣: إذا تزوّج عبد بحرّه من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلاً (٢) فلا تستحق مهراً (٣) و لا نفقه (٤) بل الظاهر أنها تحدّد حدّ الزنا (٥) إذا كانت عالمه بالحال، و أنه لا يجوز لها ذلك.

نعم، لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة و اعتقدت جواز الإقدام حينئذ، بحيث تكون شبهه في حقها، لم تحدّد. كما أنه كذلك إذا علمت بمجيء الإجازة [١] (٦). و أما إذا كان بتوقع الإجازة، و علمت مع ذلك بعدم جواز ذلك، فتحدّد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزّر حينئذ، لمكان تجرّئها [٢] (٧).

كبيراً» (١).

(١) أو حصول القطع له بصدقها، لاستناده حينئذٍ إلى الحجج الشرعية.

(٢) بلا خلاف فيه، على ما تقدّم بيانه مفصلاً.

(٣) لكونها زانية و «لا مهر لبغي».

(٤) لأنها فرع الزوجية، و مع فرض بطلانها فلا موضوع لها.

(٥) لعموم أدلّته.

(٦) و قد تقدّم الإشكال فيه في المسألة العاشرة، فراجع.

(٧) بناءً على ما اختاره (قدس سره) من الكشف الحقيقي، فإنها كانت معتقده بالحرمة و أقدمت على الفعل مع جهلها بالحليه. و أما بناءً على ما اخترناه من الكشف الحكمي تعزّر، لارتكابها المحرّم الواقعي، حيث إنّ الفعل إنّما يتّصف بالحليّة من حين

مجزّد العلم بتحقيق الإجازة فيما بعد لا يوجب سقوط الحد عنها ما لم تتحقق في الخارج إلّا إذا كانت مشتبهه و كانت معتقده بالجواز في هذا الفرض.

[٢] بل لارتكابها المحرّم واقعاً في ظرفه.

(١) الوسائل، ج ٢٣ كتاب العتق، ب ٢٩ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩٢

و إذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (١). مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً

الإجازة، و إلّا فهو قبلها حرام واقعاً، و قد عرفت فيما تقدّم من الكلام في المسأله العاشره أنه لا مانع من اعتبار الحرمة لفعل في زمان و اعتبار الحليه له في زمان آخر.

(١) فيه إشكال بل منع. فإنّ قاعده النمائيه غير ثابتة في جانب الأب، إذ قد عرفت أنّ الولد من نتاج الأم خاصه، و أنّ الأب لا يقوم إلّا بدور اللقاح. و على تقدير ثبوتها، فلا وجه لتفصيله (قدس سره) بين الزنا المقرون بالعقد الفاسد الذي هو محل كلامنا في هذه المسأله، و بين الزنا المجزّد عنه الذي هو موضوع المسأله الآتية.

فإنّ الوجه في إلحاق الولد بالأب في المقام، إن كان هو نفى انتساب الولد إلى الزاني من الأبوين و هو في الفرض الام، فيكون نماءً للآخر أي الأب قهراً، فهو بعينه جار في الزنا المجرد عن العقد الفاسد، فلا بدّ من الحكم بلحوقه بالأب، كما صرح به في المسأله الثامنه.

□
و إن كان هو روايه العلاء بن رزين عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال في رجل دبّر غلاماً له، فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد و كسب مالاً، و مات مولاه الذي دبّره فجاء ورثه الميت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟

فقال: «العبد وولده لورثه الميت». قلت: أليس قد دبر العبد؟ قال: «لأنه لما أبق هدم تدييره ورجع رقاً» (١) على ما يظهر ذلك من صاحب الجواهر (قدس سره) حيث دلت على لحوق الولد بالعبد في العقد الفاسد، فيبقى غيره أعنى فرض عدم وجود العقد خالياً من الدليل، فلا يلحق الولد به.

فهى مضافاً إلى كونها مضطربة السند إلى حد لم يعهد لها مثل في جميع النصوص على ما عرفت تقتضى عدم الفرق بين علمها بالحال و جهلها به، إذ إن موردها إن لم يكن هو فرض جهل المرأة كما يظهر ذلك من قوله (و لم يعلمهم أنه عبد) فلا أقل من شمولها له. و حينئذ فلا وجه للتفصيل بين علم المرأة و جهلها، بل ينبغي الحكم بلحوق

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩٣

أيضاً، لقاءه النمائي [١] بعد عدم لحوقه بالحرّه.

و أمّا إذا كانت جاهله بالحال، فلا حدّ و الولد حرّ (١). و تستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق (٢).

[مسألة ١٤: إذا زنى العبد بحرّه من غير عقد، فالولد حرّ]

[٣٨١٤] مسألة ١٤: إذا زنى العبد بحرّه من غير عقد، فالولد حرّ (٣). و إن كانت الحرّه أيضاً زانية. ففرق (١) بين الزنا المجرد

الولد بأبيه في فرض وجود العقد الفاسد مطلقاً، مع أنه (قدس سره) قد حكم بحرية الولد في فرض جهل المرأة.

و الحاصل أن كلام الماتن (قدس سره) هنا مضافاً إلى عدم التثامه مع ما ذكره هو (قدس سره) في المسألة الثامنة غير تامّ في نفسه.

فالصحيح هو ما ذكرناه في المسألة الثامنة، من تبعية الولد لأمه مطلقاً، سواء أ كانت عالمه بالحال أو جاهله، فإنّ الولد من

نمائها، و لا دليل على نفى النسب بين الزانى و بين المولود منه شرعاً، إذ غاية ما دلّ عليه الدليل هو نفى التوارث، و من الواضح أنه لا يقتضى نفى الانتساب.

(١) لانتساب الولد إليها شرعاً حينئذ، بلا خلاف أو إشكال، فيتبعها فى الحرية لكونها أشرف أبويه.

(٢) لعدم إمكان الاستيفاء منه فى حال الرقيه.

(٣) على ما تقدّم بيانه فى المسأله الثامنه.

(٤) لكنك قد عرفت أنه لا وجه للتفريق.

[١] لم تثبت هذه القاعده فى طرف العبد، و إنما هى ثابتة من طرف الأمه، و على تقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرد عن العقد الفاسد و الزنا المقرون به و لا دليل على هذا الفرق أصلاً، و أما إذا كان المدرك لذلك روايه العلاء بن رزين فهى ضعيفه سنداً، و لو تمت الروايه لم يختص الحكم بصوره العلم، بل يعم صوره الجهل أيضاً مع أن الماتن (قدس سره) قد حكم فى صوره جهل المرأه بكون الولد حرّاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٩٤

عن عقد [١] و الزنا المقرون به مع العلم بفساده، حيث قلنا إنّ الولد لمولى العبد.

[مسأله ١٥: إذا زنى حر بأمه، فالولد لمولاها]

[٣٨١٥] مسأله ١٥: إذا زنى حر بأمه، فالولد لمولاها (١) و إن كانت هى أيضاً زانيه. و كذا لو زنى عبد بأمه الغير، فإن الولد لمولاها (٢).

[مسأله ١٦: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده]

[٣٨١٦] مسأله ١٦: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده (٣).

(١) تقدّم الكلام فى هذا الفرع فى المسأله الثامنه، و قد عرفت أن عموم أدله حريه المتولد من حر و مملوك و إن كان يقتضى حريه الولد هذا، إلّا أن مقتضى بعض النصوص المعتبره الوارده فى خصوص هذا الفرض هو رقيته، فتكون مخصصه للعمومات لا محاله.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم. إلّا أنه إنما يتم بناءً على ما اخترناه من كون الولد من نماءات الأم خاصه. و أما بناءً على ما ذهب إليه

المشهور و اختاره الماتن (قدس سره) من كونه نماء للعبد و الأمه، فاللازم هو الحكم بكونه مشتركاً بين مولييهما، و قد تقدّم الكلام فيه فى المسأله الثامنه.

و كيف كان، فإجماعهم هنا على كون الولد لمولاه خاصه، خير مؤيد لما اخترناه من كونه من نماءات الأمه فقط.

(٣) على ما هو المشهور بينهم. و قد خالف فيه بعضهم مستدلاً عليه:

أولاً: بأن التحليل نوع من التمليك، و العبد غير قابل لأن يملك.

و ثانياً: بصحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن الماضى (عليه السلام)، أنه سئل عن المملوك يحل له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: «لا يحل له» (١).

و فى الاستدلال بهما نظر.

[١] تقدّم أنه لا فرق بينهما و أن الولد حر على التقديرين، كما أنه تقدّم منه (قدس سره) عدم الفرق بينهما و أن الولد رق على التقديرين فى المسأله الثامنه من هذا الفصل.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب

.....

أما الأول: فلأن التحليل ليس بتمليك ولا تزويج، وإنما هو إباحه يشبه العاريه في غير مورد التحليل و بذلك يكون مخصصاً لقوله تعالى «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ. إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ» * (١).

على أنه لا- دليل على عدم أهليه العبد للملك، بل الدليل ثابت على خلافه، غايه الأمر أنه محجور عليه، حيث لا- يجوز له التصرف إلا بإذن مولاه.

و أما الثاني، فلمعارضتها بما ورد في تفریق المولى بين العبد و زوجته الأمه، من أنه يأمره بالاعتزال و تعتد من العبد، ثم له أن يطأها بعد ذلك إن شاء، و إن شاء ردها إلى العبد بغير تزويج.

كصحيحه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قول الله عزّ و جلّ «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» قال: «هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك و لا- تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسيها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح» (٢). فإنها ظاهره في كون ردها إليه بالتحليل، إذ إن النكاح الأول قد بطل بأمره باعتزالها و الذي هو بمنزله الطلاق، و المفروض أنه لا- نكاح جديد، فينحصر الأمر بالتحليل لا محاله. و بذلك تتساقطان، و يكون المرجع بعد ذلك هو إطلاقات ما دلّ على جواز التحليل من غير تقييد.

هذا و قد حمل بعض الأصحاب صحيحه على بن يقطين على التقيه، و هو غير بعيد، باعتبار أن العامه لا- يرون جواز التحليل مطلقاً.

ثم أنّ في المقام روايه تتضمن التفصيل بين تعيين المحلله و عدمه، هي روايه الفضيل مولى

راشد، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): لمولاي في يدي مال، فسألته أن يحل لي ما اشتري من الجواري، فقال: إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال فقال: «إن أحل لك جاريه بعينها فهي لك حلال، وإن قال: اشتر منهم ما شئت، فلا

(١) سورة المؤمنون: ٢٣: ٥٦.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٤٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩٦

و كذا يجوز أن ينكحه إياها (١). و الأقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل (٢). كما أن الأقوى كفايه أن يقول له: «أنكحتك فلانه) و لا يحتاج إلى القبول منه أو من

تطأ منهم شيئاً إلّا ما يأمرك، إلّا جاريه يراها فيقول: هي لك حلال. و إن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك» (١).

فربما يقال: إنه وجه جمع بين صحيحه على بن يقطين و بين ما دلّ على الجواز فتحمل الاولى على عدم التعيين، و تحمل الثانيه على فرض تعيين المحلله.

إلّا أنه لا يمكن المساعدة عليه، نظراً إلى أنّ هذا الجمع بعيد في نفسه، لمخالفته لظاهر صحيحه على بن يقطين. مع كون الروايه ضعيفه السند و إن عبّر عنها في بعض الكلمات بالصحيحه، فإنّ فضيل مجهول و لم يرد فيه توثيق فلا مجال للاعتماد عليها حتى و إن كان الراوى عنه هو ابن أبي عمير، لما قد عرفت غير مره من أنه لا مجال للقول بوثاقه كل من يروى عنه ابن أبي عمير، فإنه غير ثابت بل الثابت في بعض الموارد خلافه.

(١) بلا خلاف فيه بينهم. و تدلّ عليه جمله من النصوص المعتمده، كصحيحه على بن يقطين المتقدمه، حيث

إن ظاهرها المفروغية عن جواز التزويج و مشروعيتها.

(٢) و تشهد له جملة من النصوص، كصحيحه على بن يقطين المتقدمه. و ما ورد في طلاق العبد، و أنه ليس له أن يطلق زوجته إذا كانت مملوكة لمولاه «٢». أو الواردة في كيفية نكاح المولى عبده من أمته «٣» و غيرها. فإنها بأجمعها ظاهره في ثبوت النكاح و التزويج في العبد على حد ثبوته في الأحرار.

و قد ذهب بعض إلى الثاني، مستدلاً عليه بما دلّ على جواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال، حيث يظهر منه أنه تحليل، إذ لو كان تزويجاً حقيقه لما ارتفع إلّا بالطلاق.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٣ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٦.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٩٧

العبد (١) لإطلاق الأخبار (٢). و لأنّ الأمر بيده، فأيجابه مغنٍ عن القبول. فأيجابه

و فيه: أن الزوجية من الأمور التعبدية الاعتبارية التي أمرها بيد الشارع، فلا محذور في التعبد بارتفاعها بالأمر بالاعتزال كالطلاق.

(١) على ما تقتضيه القاعده.

إذ العقد إنما هو عبارته عن ربط التزام بالتزام آخر. و هو في غير المقام واضح حيث يعتبر الإنشاء و الإبراز من كلّ من الطرفين، لعدم كفايه مجرد الرضا القلبي في صدق العقد، لأنه إنما يصدق فيما إذا كان كل من الالتزامين مبرزاً في الخارج، و إلّا فلا يصدق عقد الالتزامين و ربط أحدهما بالآخر، كما هو واضح.

و أما في المقام، فالزوجية و إن كانت قائمه بالعبد و الأمه، إلّا أنهما لما كانا بالنظر إلى مملوكيتهما غير قادرين على شيء بحيث

لم

يكن لرضاهما أو عدمه أثر، بل أمرهما بيد المولى يتصرف كيف يشاء، فلا حاجة إلى وجود التزامين في المقام، لأن المولى شخص واحد فيكفي التزامه خاصه.

و من هنا فيكون المقام من الإيقاع لا العقد، كى يحتاج إلى التزام آخر يرتبط مع التزامه.

و مجرد قيام الزوجيه فى العبد و الأمه لا- يعنى كونهما طرفى العقد كى يعتبر قبولهما بل الإنشاء ليس له إلا طرف واحد هو المولى، فيكون التزامه بزواجه العبد لها التزاماً منه بزواجه الأمه له أيضاً، و عليه فيكتفى بمجرد إنشائه من دون حاجه إلى القبول منه أو من العبد.

(٢) كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه، و لا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك» (١).

و صحيحته الأخرى عنه (عليه السلام) أيضاً، فى المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمه فيريد أن يجمع بينهما، أ ينكحه نكاحاً أو يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانه

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٩٨

.....

و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال: «نعم، و لو مدّاً» و قد رأيتُه يعطى الدراهم (١).

□ □
و عبد الله بن محمد المذكور فى سند هذه الروايه و الذى يروى عنه محمد بن يحيى هو عبد الله أخو محمد بن عيسى الملقب ب (بنان) و هو ثقه، فالروايه معتبره.

□
و صحيحه الحلبي، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل، كيف يُنكح عبده أمته؟ قال: «يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما

شاء من قبله أو من قبل مولاه، و لو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك» (٢).

فإنّ هذه الروايات المعتمّره ظاهره و واضحه الدلاله على كفايه إنشاء المولى، و من غير حاجه إلى اعتبار القبول.

هذا و قد ناقش صاحب الجواهر فى دلاله هذه الروايات بوجهين (٣):

الأول: أنها وارده لبيان كيفية قيام المولى مقام العبد فى الإنشاء، و ليس لها نظر إلى ما به تمام العقد، فلا تدلّ على كفايه إنشاء المولى خاصه فى تحقّق التزويج.

وفيه: أنه خلاف ظاهر هذه الروايات و لا سيما صحيحه محمد بن مسلم الثانيه حيث إن الظاهر منها هو كونها فى مقام بيان تمام العقد، لا خصوص قيام المولى فى الإنشاء مقام العبد.

الثانى: ما عن كشف اللثام من أن الاكتفاء بقوله: (أنكحتك فلانه) ليس من جهه عدم اعتبار القبول فى نكاح العبد و الأمه، بحيث يكون تخصيصاً فى أدلّه اعتبار الإيجاب و القبول فى التزويج، و إنما هو من جهه دلاله قول المولى هذا على قبوله أيضاً، فيكون إنشاؤه إيجاباً و قبولاً فى آن واحد.

وفيه: أنه إن أُريد بدلاله إنشاء المولى على القبول استكشاف رضاه من طرف الأمه أيضاً فهو تامّ، إلّا أنك قد عرفت أن مجرد الرضا لا يكفى، بل لا بدّ من إبرازه و إنشائه. و إن أُريد به أنّ إنشاءه إنشاء من طرف العبد و الأمه معاً، فهو مما لا يمكن

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٣ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٣ ح ١.

(٣) الجواهر ٣٠: ٢٢٩ و ٢٣٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٩٩

مغن عن القبول. بل لا

يُعد أن يكون الأمر كذلك [١] في سائر المقامات (١) مثل الولى و الوكيل عن الطرفين.

المساعده عليه، لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى الإيجاب و القبول و هو و إن كان ممكناً، إلا أنه خلاف الاستعمال العرفي بلا إشكال، بل يعد من الأغلاط.

فالصحيح هو ما اخترناه من كفايه مجرد إنشاء المولى، من غير حاجه إلى القبول منه أو من العبد.

(١) بل هو في غايه البعد، فإنّ الفرق بين المقام و سائر المقامات واضح.

ففى المقام حيث لا- يوجد هناك التزام ينضم إلى التزام آخر، باعتبار أن طرف العقد منحصر بالمولى خاصه إذ العبد و الأمه مملوكان لا أثر لرضاهما و عدمه، يكتفى بإنشائه و لا يعتبر فى صحته قبوله أو قبول العبد.

و هذا بخلاف سائر المقامات كالباع و الإجاره و ما شاكلهما، حيث لا يوجد مورد يخلو من الالتزامين، فإنّ لكل من الطرفين البائع و المشتري التزاماً مستقلاً عن التزام الآخر، غايه الأمر أنهما لا يقومان بأنفسهما بإبراز التزامهما، و إنما يقوم الوكيل عنهما بهذا الدور. فينشئ و به يبرز التزام موكله الأوّل البائع، ثم يقبل و به يبرز التزام موكله الثانى المشتري و لا- يمكن له أن يبرز بإنشائه الأوّل كلا الاعتبارين و الالتزامين معاً، لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى، و هو على تقدير القول بإمكانه مخالف للسيره العرفيه فى مقام الاستعمال قطعاً، بل لا يبعد عدّه من الأغلاط.

و من هنا يظهر الحال فى الولى أيضاً، إذ الالتزام فى الحقيقه قائم بالمولى عليهما و العقد بينهما، غايه الأمر أنه حيث لا عبره بإنشائهما مباشره، يقوم الولى مقامهما فى الإبراز و الإنشاء.

فالولى إنما يلتزم من قبل المولى عليه، فى حين إن

السيد إنما يلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد أو الأمه.

[١] بل هو بعيد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٠

و كذا إذا وكل غيره في التزويج (١) فيكفي قول الوكيل: أنكحت أمه موكلى لعبد فلان، أو: أنكحت عبد موكلى أمته.

و أما لو أذن للعبد و الأمه في التزويج بينهما، فالظاهر الحاحه إلى الإيجاب و القبول (٢).

[مسألة ١٧: إذا أراد المولى التفريق بينهما، لا حاجة إلى الطلاق]

[٣٨١٧] مسأله ١٧: إذا أراد المولى التفريق بينهما، لا حاجة إلى الطلاق، بل يكفي أمره إياهما بالمفارقة (٣).

فالفرق بين المقامين واضح. و معه لا مجال للتعدى عن مورد تزويج المولى أمته من عبده إلى مثل مورد الوكاله من قبل الطرفين أو الولايه عليهما، بل لا بدّ فيهما من ضم قبوله إلى إيجابه، كى يكون بذلك مبرزاً لالتزام الطرف الآخر أيضاً.

(١) لأنّ الوكيل كالأصيل و فعله فعله، من دون فرق بين أن يكون الوكيل عبده أو أمته اللّذين يريد تزويجهما أو غيرهما، و يكون إنشاء الوكيل إنشاء للسيد، فيكتفى به و لا يحتاج إلى القبول.

(٢) إذ الظاهر من هذا الإذن كونه قائماً بهما معاً، بحيث يكون كل منهما مأذوناً فيما يخصه و يرتبط به، فتكون الأمه مأذونه في الإيجاب و العبد مأذوناً في القبول، و من هنا فلا بدّ من صدور الصيغه منهما معاً.

و لا يقاس هذا بتوكيل السيد لشخص واحد، حيث ينزل الوكيل منزله السيد و يكتفى بإنشائه خاصه، فإن الفرق بينهما لا يكاد يخفى.

(٣) و تدلّ عليه جملة من النصوص المعتبره الداله على أن أمره بالاعتزال طلاق للأمه:

كصحيحه محمد بن مسلم التي تقدّمت في المسأله السابقه.

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبى إبراهيم (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يزوّج عبده أمته ثمّ يبدو له فينزعهما

منه بطييه نفسه، أ يكون ذلك طلاقاً من العبد؟ فقال: «نعم، لأن طلاق المولى هو طلاقها، و لا طلاق للعبد إلّا بإذن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠١

و لا يبعد جواز الطلاق أيضاً (١) بأن يأمر عبده بطلاقها، و إن كان لا يخلو من إشكال أيضاً [١].

مواليه» (١).

فإنها أصرح الروايات الدالّة على أن نزع المولى للأمه و عزلها عن العبد طلاق لها.

(١) و تفصيل الكلام أن يقال: إنّ المطلق إن كان هو المولى فلا إشكال في صحته لأن العبد و الأمه لا يملكان من الأمر شيئاً، و إنما أمرهما بيد المولى.

و تدلّ عليه مضافاً إلى إطلاقات أدله الطلاق صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمه، و صحيحه زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله (عليهما السلام)، قال: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيده» قلت: فإن السيد كان زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: «بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» أ فشىء الطلاق» (٢).

فإن هاتين الروايتين و غيرهما تدلّان و بكلّ وضوح على أن أمر الطلاق إنما هو بيد المولى دون العبد.

نعم، في قبال هذه الروايات هناك روايه قد يتوهم دلالتها على كون أمر الطلاق بيد العبد، و هي روايه محمد بن عيسى عن علي بن سليمان، قال: كتبت إليه: رجل له غلام و جاريه زوج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها، هل يجب في ذلك شيء؟ قال: «لا ينبغي له أن يمسه حتى يطلقها الغلام» (٣).

إلّا أن من غير الخفي أن هذه الروايه في نفسها، و مع قطع النظر عن معارضتها للصحيح المتضافره و الموافقه للكتاب الكريم، لا يمكن الاعتماد عليها. و ذلك فلأن عنوان الغلام

و إن كان يطلق على العبد، إلّا أن من الواضح أنه من باب التطبيق لا

[١] الإشكال ضعيف جداً.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٦ ح ١.

(٢) الوسائل: ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته و شرائطه، ب ٤٥ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٦ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٢

.....

الوضع، فإنّ الغلام غير موضوع للعبد بل يطلق على الشاب و الخادم أيضاً، و عليه فليس فى الروايه ظهور فى كون الزوج عبداً، و من هنا فمن الممكن حملها على كون الزوج حراً، فلا تكون هذه الروايه دالّة على خلاف ما دلّت عليه النصوص المعتمده.

على أن هذه الروايه لا- تخلو من الإشكال فى السند. و ذلك فلأنّ المسمى بعلى بن سليمان فى الرواه كثير، غير أنّ الثقة منهم منحصر بعلى بن سليمان الزرارى الذى وثّقه النجاشى (قدس سره) «١» و أما غيره فلم يرد فيه توثيق و لا مدح، و من هنا فحيث إنّ الراوى عنه فى المقام هو محمد بن عيسى و هو من أصحاب الرضا (عليه السلام)، فمن البعيد جداً أن يكون على بن سليمان هو الزرارى صاحب المكاتبات و التوقيعات لاختلاف الطبقة و الفصل الزمنى الكثير.

إذن فعلى بن سليمان هنا إمّا هو ابن داود و إما هو ابن رشيد، اللّذان روى عنهما محمّد بن عيسى فى غير هذا المورد أيضاً، و حيث إنهما لم تثبت وثاقتهما، فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند أيضاً.

و مع التّنزل عن ذلك كله، فلا بدّ من رفع اليد عنها، لمعارضتها للنصوص الصحيحه و الموافقه للكتاب الكريم.

و كذا الحال فيما إذا وكل

المولى غيره فى الطلاق.

و إن كان المطلق هو العبد بأمر المولى، فإن كان أمره على نحو التوكيل، فلا ينبغى الإشكال فى صحته، إذ المطلق حينئذ هو المولى فى الحقيقة.

و إن كان على نحو إرجاع الأمر إليه، فربما يستشكل فى صحته بأن العبد لما كان عاجزاً و غير قادر على شىء لقله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» لا ينقلب إلى القدره بإذن المولى، فإن الإذن غير قابل لجعل من ليس بقادر قادراً. نظير ما يذكر فى إذن الولى للصبي فى المعامله، حيث أن إذنه لا يصحح المعامله.

إلا أنه مدفوع بأن الآيه المباركه ظاهره فى عدم استقلال المملوك فى شىء، بحيث

(١) رجال النجاشى: ٢٦٠ ترجمه رقم ٦٨١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٠٣

[مسأله ١٨: إذا زوّج عبده أُمته يستحب أن يعطيها شيئاً]

[٣٨١٨] مسأله ١٨: إذا زوّج عبده أُمته يستحب (١) أن يعطيها شيئاً [١] سواء ذكره فى العقد أم لا، بل هو الأحوط. و تملك الأُمه ذلك، بناءً على المختار من صحّحه ملكيه المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

يكون أمره فعلاً أو تركاً بيده، فلا تدلّ على عجزه و عدم قدرته على الفعل حتى مع إذن المولى.

و لو سلمنا عمومها، فالروايات الصحيحه الداله على عدم جواز نكاح العبد أو طلاقه إلما بإذن مولاه أو بغير إذن مولاه على اختلاف التعابير مخصصه لها، فىكون الحاصل اختصاص عدم الجواز بصوره عدم إذن المولى، كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمه، و صحيحه شعيب بن يعقوب العرقوفى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: «ليس له طلاق و لا نكاح، أما تسمع الله تعالى يقول «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» قال: لا يقدر

على طلاق و لا نكاح إلّا بإذن مولاه» (١).

و الحاصل أنّ عجز العبد عن الطلاق كعجزه عن النكاح، فكما لا يجوز للعبد أن يستقلّ بالنكاح، لا يجوز له أن يستقلّ بالطلاق، بل لا بدّ من إذن المولى فيهما، فإذا أذن صحّ طلاقه كما يصح نكاحه بلا خلاف فيه و لا إشكال.

(١) بل يجب عليه، لعدم وجود قرينه صالحه لصرف الأوامر الوارده في المقام عن ظاهرها.

و ما ذكر في وجه الاستحباب، من التمسك بأصالة عدم الوجوب تاره، و بعدم تصور استحقاق المولى لنفسه على نفسه شيئاً باعتبار أن مهر الأمه مملوك لمولاها اخرى.

مدفوع بأنّ الأصل لا مجال للتمسك به، مع وجود النصوص الصحيحه الأمره بإعطائها شيئاً و الظاهره في الوجوب.

[١] لا يبعد وجوبه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٦ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٤

[مسأله ١٩: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثه]

[٣٨١٩] مسأله ١٩: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثه، فلهم الأمر أيضاً بالمفارقة بدون الطلاق (١).

و الثاني يدفعه أنه لو تمّ فلا- يختص بالوجوب، بل يجري حتى مع القول بالاستحباب أيضاً، فإنه كما لا يمكن تصوّر وجوب المحال لا يمكن تصوّر استحبابه.

على أننا لو التزمنا بملكه العبد أو الأمه، فلا موضوع للإشكال في المقام، إذ المولى حينئذ لا يستحق على نفسه شيئاً، و إنما الأمه تستحق على مولاها، و تملك ما أعطاه المولى تتصرّف فيه كيف شاءت. و كذا الحال لو قلنا بعدم ملكيتها، فإنّ عدم الملكيه لا يلزم القول بعدم وجوب إعطائها شيئاً في الخارج، بحيث يجعل بعض أمواله تحت سلطنتها تتصرف فيه باختيارها، بل من الممكن القول بعدم ملكيتها و وجوب تسليطها على بعض ماله.

إذن فليس هناك ما يوجب رفع

اليد عن ظهور النصوص في اللزوم و حملها على الاستحباب.

و أما ما في بعض الكلمات، من أن القائلين بالوجوب إنما ذهبوا إليه بدعوى كون ما يعطيها المولى مهراً لها، و الحال إنه ليس في الأخبار ظهور فيه، فيكون المدعى بلا دليل، و الدليل لا يساعد على المدعى.

ففيه: إن ما نسب إلى القائل بالوجوب لم يعرف له وجه، إذ لا ملازمه بين الوجوب و بين عدم كونه مهراً، فمن الممكن القول بعدم كونه مهراً كما يساعد عليه ظاهر النصوص و الحكم بجواز تأخيره إلى بعد العقد و القول بوجوب الإعطاء. نظير المتعه الثابته بالتزوج من دون مهر ثم الطلاق قبل الدخول، فإنها لازمه و الحال إنها ليست بمهر.

و بعبارة اخرى: إن مجرد عدم دلالة الروايات على كون المعطى لها مهراً، لا ينافي دلالتها على وجوب الإعطاء و لزومه.

و الحاصل أن رفع اليد عن ظهور الروايات في الوجوب، بمجرد فتوى جماعه من الأصحاب بالاستحباب، لا وجه له.

(١) بلا خلاف فيه. لكونه حقاً من حقوق المولى، فينتقلان إلى وارثه، باعتبار

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٥

و الظاهر كفايه أمر أحدهم [١] في ذلك (١).

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ١٠٥

قيامه مقامه بما عليهما من الحق.

و تدل عليه جملة من النصوص الواردة في أن أمر المولى بالاعتزال طلاق لها المتضمنه للتعليل أو الاستشهاد بقوله تعالى «عَيْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ شَيْءٌ» حيث إن الظاهر منها أن الحكم إنما هو من أحكام المولوية و العبودية، من دون وجود خصوصية لكونه هو المزوج لهما و عدمه. و من هنا

يثبت الحكم حتى ولو انتقلا إليه بغير الإرث، كالشراء ونحوه.

(١) و هو لا يخلو من إشكال بل منع، لأنهم شركاء فيهما، لأن المالك إنما هو مجموع الورثة لا كل منهم مستقلاً. و عليه فكما لا يجوز للشريك الاستقلال فى الترويح و الطلاق اتفاقاً، لا يجوز له الأمر بالاعتزال، و لا يتحقق بذلك لو صدر منه الطلاق.

و بعبارة اخرى نقول: إن الطلاق أو الأمر بالاعتزال إنما هو من صلاحيات المالك و أمره بيده، و حيث إن كل واحد من الورثة ليس هو المالك و إنما هو نصف المالك على تقدير كونهما اثنين، فليس له الطلاق أو الأمر بالاعتزال مستقلاً و مع قطع النظر عن سائر الورثة.

نعم، ربّما يقال: إن أحد الورثة إذا نهى العبد عن الوطء و أمره بالاعتزال حرم عليه وطؤها بلا خلاف، لكونه أحد الشركاء، فإذا حرم عليه وطؤها انفسخت الزوجية لا محاله للملازمة بينهما، على ما بين ذلك فى محله عند التعرض لبطلان العقد على المحارم النسبية أو السببية.

وفيه: أنه ليس للمولى نهى العبد عن الوطء دائماً و على الإطلاق، و إنما له النهى عن غير الوطء الواجب شرعاً، فإذا وجب عليه الوطء لمرور أربعة أشهر عن وطئه السابق، فليس له النهى و لا- يجب عليه امتثاله حتى و لو كانت الأمه مملوكه له أيضاً و من الواضح أنه لا مجال لدعوى الملازمة بين النهى المؤقت و بطلان النكاح.

[١] لا يخلو عن إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٠٦

[مسألة ٢٠: إذا زوج الأمه غير مولاها من حر، فأولدها جاهلاً بكونها لغيره]

[٣٨٢٠] مسألة ٢٠: إذا زوج الأمه غير مولاها من حر، فأولدها جاهلاً بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها، و قيمه الولد (١) و يرجع بها على ذلك

على أنه لو فرضنا أن للمولى النهى المطلق، فلا مجال للقول بإيجاب الحرمة الناشئة منه لزوال الزوجيه، باعتبار أن الحرمة التي توجب زوال الزوجيه إنما هي الحرمة الذاتية كحرمة المحارم النسبيه مثل الأم والأخت، و أما الحرمة العارضية و التي تزول بزوال العارض كالحرمه الناشئه من الحيض أو المرض فلا توجب زوالها. و حيث إن الحرمة في المقام من هذا القبيل، لأنها عارضه نتیجه لنهى المولى و تزول برجوع المولى عنه، فلا توجب بطلان النكاح و زوال الزوجيه.

(١) و قد تقدّم الكلام فيه مفصلاً في المسألة الثانيه عشره من هذا الفصل.

(٢) و فيه إشكال بل منع، فإن قاعده الغرور لا دليل عليها.

و ما ذكره بعضهم من أنها مستفاده من النبوى «المغرور يرجع على من غره» و التي قد عمل بها المشهور في جملة من الموارد.

ففيه: أنه لم يثبت كون الجملة المتقدمه روايه، ليدعى انجبار ضعفها بعمل المشهور. و على تقدير ثبوتها فلم يثبت كونها هي المستند في عمل المشهور، على أن الانجبار بعمل المشهور غير ثابت في نفسه.

نعم، ورد في جملة من النصوص ضمان شاهد الزور إذا عدل عن شهادته بعد تلف المال، إذا كانت الشهاده في غير ما يوجب الحدّ و إلّا فالإقتصاص منه.

إلّا أن هذا حكم تعبدى، و لم يظهر كون الوجه فيه هو الغرور، بل ثبوته في غير مورد الغرور أيضاً يدل على العدم. فإنه لو رجع الشاهد عن شهادته لظهور اشتباهه و تبين الخطأ له، فإنه يضمن بنسبته إلى عدد الشهود المعتر في القضيّه المال، فيما إذا

[١] لا دليل عليه لأنّ قاعده الغرور غير ثابتة مطلقاً، و الروايه الدالّه على ذلك ضعيفه

سنداً، بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحه الوليد عدم وجوب شىء عليه غير المهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٧

.....

كانت الشهادة على غير ما يوجب الحدّ وإلا فالديه، والحال إنه ليس فيه أى غرور. فيكشف ذلك عن أن الحكم ليس من هذه الجهة، وإنما هو من جهة فرض الشارع المقدّس للشاهد هو المتلف، فيضمن وإن لم يكن هو المباشر، لأقوائه السبب عن المباشر حينئذ.

ثمّ إنه قد يستدلّ على الحكم بروايات ثلاث:

□
الأولى: خبر رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) إلى أن قال:- و سألته عن البرصاء، فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه زوّجها وليها و هى برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، و أن المهر على الذى زوّجها، و إنما صار المهر عليه لأنه دلّسها. و لو أن رجلاً تزوّج امرأه، و زوّجها إياه رجل لا يعرف دخيله أمرها، لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذ منه» (١).

بدعوى أن المستفاد من التعليل، أعنى قوله (عليه السلام): «لأنه دلّسها» عموم الحكم لجميع موارد التدليس، و عدم اختصاصه بموردها.

وفيه: أن أصل الحكم فى مورد الرواية و إن كان مسلماً لدلاله جملة من النصوص المعتره عليه، إلما أنه لا مجال للتعدى عن موردها إلى غيره، لقصورها دلالة و سنداً.

أمّا الأول: فلأن غايه ما تفيده هو الرجوع على الذى قد دلّس بالمهر خاصه، و أما الرجوع بكل ما يخسره الزوج نتيجة للزواج و التدليس فلا دلالة لها عليه، و حيث إن كلامنا فى المقام إنما هو فى قيمه الولد لا المهر، تكون الروايه أجنبيه عن محلّ الكلام و لا تصلح للاستدلال.

و أمّا الثانى: فلكونها

ضعيفه سنداً لوقوع سهل بن زياد في طريقه، و هو ممن لم تثبت وثاقته.

□

الثانية: رواه إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأنتى أباها فقال: زوّجني ابتكك، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: «تردّ

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب العيوب و التدليس، ب ٢ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٠٨

.....

الوليد على مواليها و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليد، كما غرّ الرجل و خدعه» (١).

و لا بأس بدلالاتها على المدعى. فإن قوله (عليه السلام): «كما غرّ الرجل و خدعه» بمنزله التعليل، و كأنه (عليه السلام) قال: لأنه غارّ و خادع للرجل، فيمكن التعدى عن موردها.

إلّا أنها ضعيفه من حيث السند، لوقوع محمد بن سنان في طريقها، و هو ممن لم تثبت وثاقته، لتعارض الروايات الواردة في توثيقه بما اشتمل على ذمه و جرحه (٢).

□

الثالثة: صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمه الولد التى أخذت منه» (٣).

و هى و إن كانت واضحة الدلالة على رجوع مالك الأمه على المشتري بالجارية و قيمه الولد و ضمان البائع لقيمه الولد، إلّا أنها واردة فى خصوص البيع، فالتعدى عن موردها يحتاج إلى الدليل، لا سيما و إن مقتضاها رجوع المشتري على البائع عند رجوع المالك عليه مطلقاً، حتى و لو لم يكن البائع

غازاً له، كما لو كان البائع جاهلاً بالحال أيضاً، فمن المحتمل قوياً أن يكون ثبوت الضمان عليه من جهة ترتب يده عليها الموجب للضمان، فتكون الرواية أجنبيه عن محل الكلام، فلا بدّ من الاقتصار على موردها ولا مجال للتعدى عنه إلى غيره.

و الحاصل أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) من رجوع الزوج على الذى زوّجه الأمه بقيمه الولد، لا دليل عليه لعدم ثبوت قاعده الغرور مطلقاً، و ضعف الروايات التى استدلّ بها على المدعى سنداً أو دلاله.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب العيوب و التدليس، ب ٧ ح ١.

(٢) راجع معجم رجال الحديث ١٧: ١٦٠.

(٣) الوسائل، ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العيب و الإماء، ب ٨٨ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٠٩

كما أنه إذا غرّته الأمه بتدليسها و دعواها الحريه، تضمن القيمة (١) و تتبع به بعد العتق [١]. و كذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها.

[مسألة ٢١: لو تزوّج أمه بين شريكين بإذنها، ثم اشترى حصه أحدهما، أو بعضها]

[٣٨٢١] مسألة ٢١: لو تزوّج 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 (٢).

(١) ظهر الحال فيه مما تقدّم هنا و فى المسألة الثانيه عشره، و منه يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك.

(٢) على ما هو المشهور شهره عظيمه، بل كاد أن يكون إجماعاً. فإنّ البضع لا- يتبع، فلا يجوز له أن يستحلّها بالملكيه و الزوجيه، بحيث يكونان معاً سبباً لحليتها.

و يدلّ عليه قوله تعالى «و الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ. إِذَا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَمْلِكَةٍ أَنَّمَا تُنْتَهُم فَمِنْهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ» * «١». فإن مقتضاها انحصار سبب جواز الوطء بأحد الأمرين الترويج أو ملك اليمين،

و قد أضيف إليهما التحليل بمقتضى النصوص الخاصة، فتبقى الملققة منهما خارجه عنها، لأنها ليست بزوجه و لا ملك يمين.

و النصوص الدالّة على أن المولى إذا أراد أن يتزوج أمته كان عليه أن يعتقها، ثم يتزوجها بما يتفقان عليه من المهر، أو يجعل عتقها مهرها «٢».

و موثقه سماعه الواردة في خصوص المقام، أعنى شراء الزوج لبعض حصّه أحدهما قال: سألته عن رجلين بينهما أمه فزوجها من رجل، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، فقال: «حرمت عليه باشرائه إياها، و ذلك أن بيعها طلاقها إلا أن

[١] لا دليل على ذلك، و تقدّم الكلام في نظير ذلك [في المسألة ٣٨١٢].

(١) سورة المعارج ٧٠: ٢٩، ٣٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ١١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١٠

.....

يشترىها من جميعهم» «١».

فإنها صريحه في عدم جواز وطئها، لا بالزوجه لارتفاعها، و لا بملك اليمين لعدم استقلاله في ملكيتها، و كونها مشتركة بينه و بين غيره.

و كيف كان، فالحكم مما لا- خلاف فيه بين الأصحاب، إلّا ما نسب إلى الشيخ (قدس سره) من الالتزام بالجواز إذا رضى الشريك بالعقد، و قد تبعه على ذلك القاضى «٢».

قال في النهاية على ما حكاه عنه في الجواهر ما لفظه: إذا تزوّج الرجل أمه بين شريكين، ثم اشترى نصيب أحدهما، حرمت عليه إلّا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً «٣».

و الذى يظهر من عبارته (قدس سره) أن المراد بالعقد إنما هو عقد التزويج الذى كان قبل البيع.

غير أن صاحب الجواهر (قدس سره) قد نقل عن المحقق (قدس سره)، أن «أو» المذكور في الجملة من غلط النساخ، و الصحيح

فيكون المراد بالعقد هو شراء الزوج للنصف الآخر «٤». لكنه (قدس سره) استبعد ذلك إلا أنه اعتبره أقرب من الاحتمال الأول، نظراً إلى أن رضا الشريك بعقد التزويج لا أثر له، فإن الزوجيه إذا أمكن اجتماعها مع الملك فلا حازه إلى رضاه لوقوع العقد في وقته صحيحاً، و أما إذا لم يمكن اجتماعهما فلا أثر لرضاه، فإنه لا يجعل الممتنع ممكناً. فما ذكر لا يمكن نسبته إلى من له أدنى معرفه بالفقه، فضلاً عن شيخ الطائفة (قدس سره).

ثم احتمل (قدس سره) أن يكون المراد به هو عقد التحليل، فتكون الحليه من هذه الجهه «٥».

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٦ ح ٢.

(٢) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠: ٢٣٣ طبع المؤتمر العالمي.

(٣) الجواهر ٣٠: ٢٣٩، النهايه: ٤٨٠.

(٤) الجواهر ٣٠: ٢٤٠، نكت النهايه ٢: ٣٥٠.

(٥) الجواهر ٣٠: ٢٤٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١١

و كذا لو كانت لواحد و اشترى بعضها (١).

و هل يجوز له وطؤها إذا حللها الشريك؟ قولان، أقواهما نعم، للنص (٢).

و على كل حال، فلو ثبت ما نسب إلى الشيخ (قدس سره) من جواز وطئه لها برضا الشريك بعقد النكاح السابق، فهو مما لا يمكن المساعدة عليه، لعدم الدليل، بل لدلاله موثقه سماعه المتقدمه بإطلاقها على خلافه.

(١) لما تقدّم من عدم جواز التبويض في البضع.

(٢) و هو صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن جاريه بين رجلين دبّراها جميعاً ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه؟ قال: «هو له حلال، و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات و نصفها مدبراً». قلت: أ رأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه،

إله ذلك؟ قال: «لا، إلّا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضى منها مثل ما أراد». قلت له: أليس قد صار نصفها حراً قد ملكت نصف رقبتهما و النصف الآخر للباقي منهما؟ قال: «بلى». فقلت: فإن هي جعلت مولاها في حلّ من فرجها و أحلت له ذلك؟ قال: «لا يجوز له ذلك». قلت: لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذى كان له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: «إن الحرّه لا تهب فرجها و لا تعيره و لا تحلّه، و لكن لها من نفسها يوم، و للذى دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعه بشىء في اليوم الذى تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشىء قل أو كثر» (١).

و هذه الروايه صحيحه سنداً و صريحه دلالة، و قد عمل بها جماعه من الأصحاب فلا موجب لرفع اليد عنها، بدعوى إعراض الأصحاب أو غيرها.

و من الممكن حمل كلام الشيخ (قدس سره) على هذا المعنى، كما ذكره صاحب الجواهر (قدس سره).

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١١٢

و كذا لا يجوز وطء من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقيه، لا بالعقد، و لا بالتحليل منها (١). نعم، لوها يأها، فالأقوى جواز التمتع بها فى الزمان الذى لها عملاً بالنص الصحيح (٢) و إن كان الأحوط خلافه.

[فصل فى الطوائى]

إشاره

فصل فى الطوائى و هى العتق و البيع و الطلاق.

أما العتق، فإذا أعتقت الأمه المزوجه كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد (٣).

و من هنا يظهر أنه لا مجال للتمسك بالقاعده لإثبات الحرمة، بدعوى أن الملقق من التحليل و الملك لا يشمل شىء من أسباب الحل

المذكوره فى الآيه و النصوص فىبقى على أصل المنع، فإنه مردود بأنّ الصحيحه مخصصه لعموم الحرمة.

(١) على ما صرحت به صحيحه محمد بن قيس المتقدمه.

(٢) و هو صحيح محمد بن قيس المتقدم، حيث ورد فى ذيلها التصريح بجواز التمتع بها فى اليوم الذى تملك فيه نفسها، فيتعين العمل بها و رفع اليد عن القاعده المقتضيه لعدم قابليه سبب الحليه للتبعيض، على ما هو ظاهر الآيه الكريمه و جمله من النصوص.

فصل فى الطوارئ

(٣) بلا خلاف و لا إشكال فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه جمله من النصوص المعتمره:

كصحيحه الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أمه كانت تحت عبد فاعتقت الأمه، قال: «أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزع نفسها منه». قال: «و ذكر أنّ بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشترتها عائشه و أعتقتها، فخيرها رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) و قال: إن شاءت أن

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١٣

بل مطلقاً و إن كانت تحت حرّ على الأقوى [١] (١).

تقرّ عند زوجها، و إن شاءت فارقت» الحديث «١».

و صحيحه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المملوكه تكون تحت العبد ثمّ تعتق، فقال: «تخير، فإن شاءت أقامت على زوجها، و إن شاءت فارقت» «٢».

و موثقه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إنه كان لبريره زوج عبد، فلما اعتقت قال لها النبي (صلى الله عليه و آله و سلم): اختارى» «٣». و غيرها من الأخبار.

(١) و استدللّ له بجمله من النصوص تدلّ على المدعى بالصراحه أو بالإطلاق منها:

روايه أبي الصباح الكناني عن أبي

عبد الله (عليه السلام)، قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْتَقْتُ فَأَمْرَهَا بِيَدِهَا، إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ مَعَهُ، وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ» (٤).

فإنها بإطلاقها تدلّ على ثبوت الخيار للمعتقه، سواء أكان زوجها عبداً أم حراً.

ولا تنافي بين هذه الرواية و الروايات المتقدمه، حيث إن تلك الروايات و إن كان موردها العبد، إلا أنه لا دلاله فيها على اختصاص الحكم بما إذا كان زوجها عبداً و نفى الحكم عن غيره، و تكون غايه داليتها هو ثبوت الحكم فيما إذا كان زوجها عبداً من دون تعرض للنفي عن غيره، فلا تعارض ما دلّ على ثبوت الخيار للمعتقه مطلقاً حتى و إن كان زوجها حراً.

[١] فيه إشكال بل منع.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ٩.

(٤) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١٤

.....

لكن هذه الروايه ضعيفه من حيث السند و إن عبّر عنها في الجواهر بالصحيحه «١» و كذا نقل في الحدائق عن الشهيد (قدس سره) في المسالك «٢». إذ إن محمد بن الفضيل الواقع في سندها مشترك بين الثقه و غير الثقه، و لم يثبت كونه محمّداً بن القاسم بن الفضيل الثقه، و إن أصرّ الأردبيلي (قدس سره) في جامع الرواه عليه «٣».

□ □
و منها: روايه عبد الله بن بكير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل حر نكح أمه مملوكه ثم اعتقت قبل أن يطلقها، قال: «هي

أملك بيضعها» (٤).

و هي و إن كانت صريحه في المدعى، إلا أنها مرسله لا مجال للاعتماد عليها.

و منها: روايه محمد بن آدم عن الرضا (عليه السلام)، أنه قال: «إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر، إن كانت تحت عبد أو حرّ» (٥).

و هي و إن كانت صريحه في المدعى أيضاً، إلا أنها ضعيفه السند من جهتين، فإنها مرسله لعدم ذكر الواسطه بين الشيخ (قدس سره) و محمد بن آدم الذي هو من أصحاب الرضا (عليه السلام)، على أن محمد بن آدم نفسه لم يثبت توثيقه.

□
و منها: روايه زيد الشحام عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا أعتقت الأمه و لها زوج، خيّر، إن كانت تحت عبد أو حرّ» (٦).

و هي ضعيفه السند من جهه أن أبا جميله المفضل بن صالح ممن ضعفه النجاشي (٧) فلا مجال للاعتماد عليها.

(١) الجواهر ٣٠: ٢٤٤.

(٢) الحدائق ٢٤: ٢٤٩، مسالك الافهام ٨: ٣٣.

(٣) جامع الرواه ٢: ١٧٧.

(٤) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ١١.

(٥) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ١٢.

(٦) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ١٣.

(٧) رجال النجاشي: ١٢٨، (٣٣٢) في ترجمه جابر بن يزيد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١٥

.....

إذن فجميع الروايات الدالّة على ثبوت الخيار للمعتقه فيما إذا كان زوجها حرّاً ضعيفه السند، و لا مجال للاعتماد عليها.

و من هنا فيتعين الاقتصار في الحكم بثبوت الخيار على خصوص مورد الروايات المعتبره، أعنى ما لو كان زوجها عبداً، فإن التعدي عنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود كما عرفت، و مقتضى إطلاق أدله نفوذ العقد

و الإمضاء هو بقاء الزوجيه و عدم ثبوت الخيار عند عتقها فيما إذا كان زوجها حراً.

و الحاصل أن ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) و غيره، من عموم الحكم لما إذا كان زوجها حراً، مشكلاً جداً بل ممنوعاً.

ثم هل يثبت الخيار لها لو أعتقت هي و زوجها معاً، أم لا؟

الظاهر هو الثبوت. و ذلك لأن القاعده و إن كانت تقتضى عدم الخيار لها، باعتبار أنه ليس فى المقام زمان تكون الزوجه فيه حرّه و الزوج عبداً، فإنهما يعتقان فى زمان واحد و يتصفان معاً بالحرية، و من هنا فلا تشمله نصوص الخيار لاختصاصها على ما عرفت بما إذا أعتقت الزوجه و كان الزوج عبداً، و هو غير صادق فى المقام.

□ □
إلّا أن صحيحه عبد الله بن سنان دأله على ثبوت الخيار لها فى الفرض، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «إذا أعتقت مملوكيك رجلاً و امرأته فليس بينهما نكاح» و قال: «إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق» (١).

فإنها دأله على ثبوت الخيار للأمه المعتقه حتى و لو أعتق زوجها معها، فمن هنا فلا محيص عن رفع اليد عن القاعده و الالتزام بما تضمّنه النص الصحيح.

نعم، أورد صاحب الحدائق على الاستدلال بهذا النص، بأنه دال على بطلان النكاح بينهما عند انعاقهما معاً و ارتفاع الزوجيه قهراً (٢).

إلّا أنه مدفوع بالقطع بعدم بطلان الزوجيه فى الفرض، فإنه لا يخلو إما من الإلحاق بصوره كون الزوج حين عتقها عبداً، و أما بالإلحاق بصوره كونه حراً.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٣ ح ١.

(٢) الحدائق ٢٤: ٢٥٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١١٦

.....

فيثبت لها الخيار فى الأوّل إجماعاً، و فى

الثانى على ما ذهب إليه المشهور و على ما اخترناه فلا خيار لها. و أما الحكم بالبطلان قهراً فلا وجه له و لم ينسب القول به إلى أحد، و مجرد التعبير بأنه «ليس بينهما نكاح» لا يقتضى ذلك. فإنه قد ورد نظير ذلك فى تأخير المشتري للثمن، حيث ذكر (عليه السلام) أنه لا بيع بينهما «١» و الحال أنه لم يحتمل أحد الحكم بالبطلان، و إنما التزموا بثبوت الخيار للبائع خاصة.

و الحاصل أنه لا بدّ من حمل التعبير فى الصحيحه ب «فليس بينهما نكاح» على نفى لزوم العقد السابق و ثبوت الخيار لها، دون بطلان أصل العقد.

و يدلّ على ما ذكرناه أمران:

الأول: قوله (عليه السلام): «إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصدّاق». فإنه ظاهر فى ثبوت الخيار لها، و إلّا فلو كان النكاح باطلاً لم تكن محبتها خاصة كافيه فى ثبوت الجواز، بل كان ينبغى تعليق الحكم على محبتها معاً و التراضى من الطرفين فكفايه محبتها خاصّه إنما تكشف عن كون المراد بقوله (عليه السلام): «ليس بينهما نكاح» هو نفى اللزوم و ثبوت الخيار لها.

الثانى: ذيل الحديث، حيث ورد فيه: قال: سألت عن الرجل ينكح عبده أمته ثمّ يعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: «نعم، تخير فيه إذا أعتقت» «٢».

فإنّ سؤال ابن سنان عن عتقها وحدها بعد سماعه لحكم عتقها معاً، شاهد على فهمه لثبوت الخيار لها عند عتقها معاً، بحيث كان السؤال الثانى عن اختصاص الحكم بصوره عتقها معاً أو عمومه لعتقها خاصة أيضاً.

ثمّ لو شرط المولى عليها عدم فسخ النكاح بعد عتقها، فلا شك و لا إشكال فى نفوذه، لكونه أمراً سائغاً فيشملة عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط، بلا فرق

بين أن يكون الاشتراط في ضمن العتق أو في ضمن عقد لازم غيره، و سيأتي من المصنف (قدس سره) التعرض له في المسألة العاشرة من هذا الفصل.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب الخيار، ب ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١١٧

و الظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم و المنقطع (١). نعم، الحكم مخصوص بما إذا أُعتقَ كُلُّها، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى (٢). نعم، إذا أُعتق البعض

نعم، لو اشترط عليها أن لا يكون لها خيار، فقد يقال بالبطلان، لكونه شرطاً على خلاف السنّه و شرط الله قبل شرطهم.

إلّا أنه مدفوع بأنّ صحيحه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم» (١) دالّه صريحاً على الجواز.

فينكشف من ذلك أنّ سلب الخيار عنها ليس من الحكم المخالف لحكم الله على الإطلاق، و إنما هو مخالف في خصوص فرض عدم اشتراطه في ضمن العقد. نظير اشتراط الإرث في عقد المتعه و نذر الإحرام قبل الميقات، فإنه بأدله جوازه بالاشتراط أو النذر يفهم أن عدم مشروعيته مختص من الأوّل بصوره عدم الاشتراط أو النذر و إلّا فمع الاشتراط أو النذر فمشروع من الأوّل.

و حيث

إن الرواية صحيحة من حيث السند و واضحة دلالة، فلا محيص عن العمل بها و الحكم بمقتضاها، و إن كان مقتضى القاعده هو البطلان.

(١) لإطلاق الأدله، حيث لم يرد فى شىء منها التقييد بالدوام، فما عن بعضهم من القول باختصاص الحكم به لا وجه له، لا سيما مع التعبير فى صحيحه الحلبي بأن «أمرها بيدها».

(٢) فإن موضوع النصوص هو الأئمه المعتقده و هو غير صادق على المبعوضه، لأنها مملوكه فى الجملة. بل إن قوله (عليه السلام): «أمرها بيدها» يدل على اختصاص الحكم بالتى قد أعتق كلها، باعتبار أن أمر المبعوضه ليس بيدها، كما هو واضح.

(١) الوسائل، ج ٢٣ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب المكاتبه، ب ١١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١١٨

الآخر أيضاً و لو بعد مدّه، كان لها الخيار (١).

[مسأله ١: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر]

[٣٨٢٢] مسأله ١: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر (٢). و هل لمولاها، أو لها؟ تابع للجعل فى العقد، فإن جعل لها فلها و إلّا فله (٣). و لمولاها فى صورته الأولى تملكه كما فى سائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكه، بناءً على القول بالملكيه، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها، و أما بعد انعقادها فليس له ذلك (٤).

و إن كان قبل الدخول، ففى سقوطه، أو سقوط نصفه، أو عدم سقوطه أصلاً و جوه، أقواها الأخير (٥)

(١) لشمول النصوص لها، فإن أمرها بعد انعقاد البعض الآخر بيدها.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه جملة من النصوص المعتمده.

(٣) و قد تقدّم الحديث فيه مفصلاً فى المسأله الرابعه و الخامسه من الفصل المتقدم فراجع.

(٤) فإن سلطانه على مالها إنما يختص بما إذا كانت مملوكه له، فإذا خرجت عن ملكه فليس

له سلطان عليها أو على أموالها، كما هو واضح.

(٥) وقد تقدّم الكلام فى نظير هذا الفرع فى المسأله السابعه من الفصل السابق، فيما إذا ملكت المرأه زوجها قبل الدخول بها. و قد عرفت أن القول بسقوط المهر كلاً لا وجه له، إذ لا دليل على كون المانع الطارئ من الملك فسخاً للعقد، بحيث يرتفع من الأول و يفرض كأن لم يكن. كما لا دليل على التنصيف و سقوط نصف المهر، فإن الزوجه بمجرد العقد تملك تمام المهر، و سقوط النصف فى الطلاق كان للدليل الخاص بالتعدى عنه إلى غيره من موارد ارتفاع الزوجيه لا وجه له و قياس محض.

و هذا الكلام بعينه يجرى فى المقام، فإنه لا دليل على كون بطلان الزوجيه بنزع الأمه نفسها منه فسخاً للعقد كى يبطل أصل المهر، و دليل التنصيف مختص بالطلاق و لا مجال للتعدى عنه. فمن هنا يكون الصحيح هو ما اختاره الماتن (قدس سره)، من ثبوت تمام المهر و عدم سقوط شىء منه على الإطلاق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١١٩

و إن كان مقتضى الفسخ الأول (١) و ذلك لعدم معلوميه كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة، و القياس على الطلاق فى ثبوت النصف، لا وجه له.

[مسأله ٢: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]

[٣٨٢٣] مسأله ٢: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده، فإن كان المهر جعل لها فلها.

و إن جعل للمولى، أو أطلق، ففى كونه لها أو له قولان، أقواهما الثانى، لأنه ثابت بالعقد (٢) و إن كان يستقر بالدخول، و المفروض أنها كانت أمه حين العقد (٣).

[مسأله ٣: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر]

[٣٨٢٤] مسأله ٣: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عيّن فى العقد (٤).

و إن كان بتفويض البضع، فإن كان الانعتاق بعد الدخول و بعد التعيين [١] (٥)

(١) فى غير العنن، و أما فيه فقد دلّ الدليل الخاصّ على ثبوت نصف المهر، خلافاً لما تقتضيه القاعده.

(٢) على الأصح، كما تقتضيه جملة من النصوص.

(٣) فيكون المهر للمولى لا- محاله. نعم، إذا قلنا أنّ المهر إنما يثبت بالدخول كان المهر لها قهراً، لأن المولى قبل الدخول لم يكن مالكاً لشيء، و حين الدخول فهى حرّه تملك ما يثبت به، إلّا أن هذا المبنى لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

(٤) فإن جعل المهر لها كان لها، و إن جعل للمولى أو أطلق فهو له.

(٥) الظاهر أن «الواو» من غلط النساخ أو سهو القلم، و الصحيح هو «أو» حيث يكفي كل من الدخول أو التعيين في ثبوت حكم المهر المعين في أصل العقد للمقام.

[١] لا- يبعد أن يكون المراد أحدهما بمعنى أنه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٠

فحاله حال ما إذا عيّن حال العقد (١). و إن كان قبل الدخول، فالظاهر أن المهر لها (٢) لأنه يثبت حينئذ بالدخول، و المفروض حريتها حينه.

[مسألة ٤: إذا كان العتق في العدة الرجعية، فالظاهر أن الخيار باق]

[٣٨٢٥] مسألة ٤: إذا كان العتق في العدة الرجعية، فالظاهر أن الخيار باق (٣) فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، و إن اختارت البقاء بقى له حق الرجوع. ثم إذا اختارت الفسخ لا تعدد العدة، بل يكفيها عده واحده (٤)

(١) بلا خلاف فيه، فيكون المهر لها أو له على اختلاف الجعل في العقد.

(٢)

فيما إذا تحقق الدخول بعد الانعتاق و قبل الفراق.

و أما إذا لم يتحقق الدخول بعد الانعتاق، فلا شىء على الزوج لها و لا للسيد، لأن التعيين لم يحصل بحسب الفرض و الدخول لم يتحقق، و المهر إما يثبت بالتعيين أو الدخول، فإذا لم يتحققا كان حكم النزع حكم الفسخ فى عدم ثبوت شىء بالمرة.

(٣) و هو بناءً على ما اخترناه، من كون المطلقة رجعية زوجها حقيقه حيث إنها لا- ترتفع إلا بالطلاق و انقضاء العده، نظير باب السلم حيث لا يحصل الملك إلا بالعقد و القبض، واضح.

و أما بناءً على ما ذهب إليه المشهور، فلإجماع على ثبوت جميع أحكام الزوجه لها، أو للأولويه القطعيه على ما ذكر فى بعض الكلمات، فإن الزوجه المعتقه إذا جاز لها فسخ نكاحها المستقر، جاز لها فسخ نكاحها المترزل بطريق أولى.

(٤) الظاهر أن المراد من العبارة ليس هو تعدد العده و من ثم تداخلهما بحيث تصبحان عده واحده، و إنما هو ثبوت عده واحده لها هى عده الطلاق خاصه، غايه الأمر أنها تنقلب من عده الأمه إلى عده الحره.

و الوجه فيما ذكرناه عدم الدليل على ثبوت العده للفسخ إذا كان فى أثناء العده و حينئذ فلا وجه لتعدد العده كى يبحث فى تداخلهما و عدمه، و إنما السبب منحصر فى الطلاق فتثبت عده واحده خاصه.

و ذلك لأن ثبوت العده، إما من جهه الدخول و التقاء الختانين على ما دلّ عليه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٢١

و لكن عليها تميمها عده الحره (١).

و إن كانت العده بائنه فلا خيار لها، على الأقوى (٢).

النص الصحيح مطلقاً حتى و لو كان الوطاء شبهه، و إما من جهه خصوص ما ورد فى الفسخ

بالعيب بعد دخوله بها مع عدم علمه بالعيب. و الأول لا يقتضى إلّا العده الأولى، فإنّ الزوجه تعتدّ من دخول الزوج، و هو لا يوجب إلّا عدّه واحده هى التى بدأتها عند الطلاق. و أما الثانى فهو لا يقتضى ثبوت عدّه اخرى، نظراً إلى أن موردها هو الفسخ و هى زوجه غير معتده، فلا تشمل المقام أعنى الفسخ و هى فى أثناء عدّه الطلاق.

و من هنا فلا يبقى دليل على ثبوت عدّه ثانيه، كى يبحث فى تداخلهما و عدمه.

(١) لما دلّ على أن المطلقة رجعيه إذا أعتقت أثناء عدّتها، انقلبت عدّتها عدّه حرّه «١».

و هذه النصوص و إن لم تكن تشتمل على التصريح بكون العده التى أعتقت الأمه فيها عدّه رجعيه، إلّا أن القرينه قائمه على إرادتها.

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه و لا خلاف فيه.

(٢) و ظاهره وجود قول بثبوت الخيار لها فى الفرض. إلّا أنّ الأمر ليس كذلك حيث لا قائل بثبوت الخيار لها فى الفرض مطلقاً، بل لا-وجه متحصل للقول بثبوته. فإنه إنما يفيد اختيار المرأة فى بقائها على الزوجيه، أو نزع نفسها منه، و الأول لا معنى له، لفرض انفصالها عنه بالطلاق البائن. و الثانى تحصيل للحاصل.

و الظاهر أن قوله (قدس سره): على الأقوى، من سهو قلمه الشريف.

و كيف كان، فعدم ثبوت الخيار لها عند عتقها و فسخها للزوجيه فى فتره العده البائنه، ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، بل أرسله صاحب الجواهر (قدس سره) إرسال المسلمات «٢».

(١) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب العدد، ب ٥٠.

(٢) الجواهر ٣٠: ٢٤٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٢٢

[مسألة ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]

[٣٨٢٦] مسألة ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم (١).

[مسألة ٦: الخيار على الفور على الأحوط]

[٣٨٢٧] مسألة ٦: الخيار على الفور على الأحوط [١] (٢) فوراً عرفياً. نعم لو كانت جاهله بالعتق، أو بالخيار، أو بالفوريه، جاز لها الفسخ بعد العلم، و لا يضرّه التأخير حينئذ.

[مسألة ٧: إن كانت صبيته أو مجنونته، فالأقوى أن وليها يتولّى خيارها]

[٣٨٢٨] مسألة ٧: إن كانت صبيته أو مجنونته، فالأقوى أن وليها يتولّى خيارها (٣).

(١) بلا خلاف فيه بيننا. فإنه من حقوقها، نظير اعتبار إذنها في التزويج من بنت أخيها أو أختها، ولا دخل للحاكم فيه. نعم، نسب ذلك إلى بعض الشافعية، لكن وجهه غير واضح.

(٢) لشبهه الإجماع على الفوريه، على ما ادعى في بعض الكلمات.

لكن الأظهر عدم الاعتبار، وذلك لا للتمسك باستصحاب حكم المخصص الزماني في الأزمنة المتأخره، فيما إذا لم يكن للدليل الأوّل عموم أو إطلاق من حيث الزمان بل للتمسك بعموم المخصّص أعنى قوله (عليه السلام): «أمرها بيدها» في الزمان المشكوك، فإنه مقدّم على عموم الدليل الأوّل، فيعمل به من دون أن يكون هناك مجال للتمسك بالاستصحاب، كما هو واضح.

إذن فإن ثبت هناك إجماع تعبدى على الفوريه فهو لكنه في حيز المنع جداً وإلا فالمتعيّن هو الرجوع إلى عموم المخصص أو إطلاقه، ومقتضاه ثبوت الخيار لها مطلقاً ومن غير تقييد بالزمان الأوّل.

(٣) خلافاً لما يظهر من جماعه من الأصحاب، بل يظهر من كلمات بعضهم أنه لا خلاف في عدم ثبوت الخيار للولى.

و كيف كان، فالذى ينبغى أن يقال في المقام: هو التفصيل بين ما إذا لم يترتب على عدم الفسخ مفسده أو فوات مصلحه لها، و بين ما إذا ترتب على ذلك فوات مصلحه أو مفسده.

[١] و إن كان الأظهر عدم فوريتته.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٣

[مسألة ٨: لا يجب على الزوج أعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم]

[٣٨٢٩] مسألة ٨: لا يجب على الزوج أعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها (١).

ففى الصوره الاولى، لا يثبت خيار للولى، كما لو كان جنون الزوجه أدوارياً و كان زمان إفاقتها قريباً، أو كانت

الصبيبه قريبه البلوغ، فإنه لا بدّ من انتظار رشدّها أو بلوغها من دون أن يكون لوليها الخيار، لعدم الدليل على ذلك، لأن الولي إنما جعل ولياً للحفاظ على مصالح المولى عليه و دفع المفساد عنه، فإذا فرض عدمهما فلا وجه لإثبات الولاية عليها في المقام.

و الظاهر أن الماتن و كلّ من حكم بثبوت الولاية عليها في المقام غير ناظر إلى هذه الصورة.

و أما الصورة الثانيه، فالأقوى فيها ثبوت الولاية له.

و الوجه في ذلك أنه و إن لم يرد نصّ يدلّ على ثبوت الولاية في المقام بخصوصه، إلّا أن حق المسلم في ماله و دمه و عرضه لما كان محترماً، إذ «لا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم» على ما في صحيحه يزيد الكناسي «١» و «لا يصلح ذهاب حق أحد» على ما في صحيحه الحلبي «٢» كان لا بدّ من تداركها. و حيث إن من الواضح أن الحق العرضي لا يقلّ حرمة عن الحق المالي و قد ورد فيه أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه فلا- بدّ من احترامه، و لما كان صاحب الحق عاجزاً عن استيفائه و غير قادر عليه لصغر أو جنون، كان من مقتضى طبيعه الحال انتقاله إلى الولي خاصة إذ ليس لكل مسلم القيام بتحصيله، بلا خلاف.

و الحاصل أنه و إن لم يرد في هذه الصّوره نصّ خاص يدلّ على ثبوت الولاية لوليها، إلّا أن في الأدلّه العامّه ما يكفي.

(١) لعدم الدليل على الوجوب، فيكون مقتضى الأصل هو العدم.

(١) الوسائل، ج ٢٨ كتاب الحدود، أبواب مقدمات الحدود، ب ٦ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٧ كتاب الشهادات، ب ٤٠ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٤

[مسألة ٩: ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها]

[٣٨٣٠] مسألة ٩: ظاهر المشهور عدم

الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها، أو آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها. و لكن يمكن دعوى انصراف الأخبار [١] إلى صورته مباشرة المولى بلا اختيار منها (١).

[مسألة ١٠: لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها، فالظاهر صحته]

[٣٨٣١] مسألة ١٠: لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها، فالظاهر صحته [٢] (٢).

(١) و لم يعلم وجه لهذا الانصراف. فإنّ المذكور في بعض روايات المقام و إن كانت الأمة المزوجه من قبل المولى، إلّا أن الموضوع في جملة منها هو الأمة المزوجه من دون تعيين لمن هو المزوج لها، و قد حكم الإمام (عليه السلام) فيها بثبوت الخيار لها بعنوان أن أمرها أصبح بيدها، و من الواضح أنه صادق في فرض تزويجها هي، على حد صدقه في فرض تزويج المولى لها.

ثمّ لو سلم الانصراف، فلا يخفى أنه بدوى لا يلتفت إليه.

إذن فالصحيح هو ما اختاره المشهور من عدم الفرق بين الفرضين.

(٢) تقدّم الكلام فيه في ذيل التعليقه الثانيه من هذا الفصل، و قد عرفت أن الشرط سواء أ كان شرط فعل أم كان شرط نتیجه نافذ و صحيح، فلا يجوز لها الفسخ بعد ذلك.

نعم، لو كان الشرط شرط عدم الفسخ و خالفت الشرط و ارتكبت محرماً نفذ فسخها، باعتبار أن الاشتراط لا يوجب سلب القدره على الفعل، و إنما يوجب لزوم الوفاء به تكليفاً خاصه.

ثمّ هل يعتبر رضا الأمة بالشرط، أم لا؟

فيه خلاف، منشأه الاختلاف في جواز جعل المولى ذمّه مملوكه مشغوله بشىء

[١] لا وجه لهذه الدعوى.

[٢] هذا الشرط و إن كان صحيحاً و يجب عليها العمل به إلّا أنها إذا فسخت كان فسخها مؤثراً و موجباً لبطلان العقد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٥

[مسألة ١١: لو أعتق العبد لا خيار له]

[٣٨٣٢] مسألة ١١: لو أعتق العبد لا خيار له (١)

يتبع به بعد العتق، كأن يستدين على ذمّه العبد، وقد تقدّم الكلام في هذا الفرع و قد عرفت أنه ليس للمولى مثل هذه الولاية، و إنما له التصرف

فى نفس المملوك أو ما يتعلق به من المنافع خاصة.

و عليه فمقتضى القاعده فى المقام، هو اعتبار رضا الأمه بالشرط كى تدخل بذلك تحت عموم «المؤمنون عند شروطهم» فىصبح الشرط لازماً.

نعم، نسب إلى العلامه (قدس سره) التفصيل بين اشتراط الخدمه و غيرها، فاعتبر رضا المملوك فى الثانى دون الأوّل «١». و هو متين، فإن العتق مع اشتراط الخدمه يكون من عتق العين مسلوبه المنفعه، فإنّ كلّاً منهما مملوك له فلا يعتبر رضاه بالشرط، نظير وقف العين مسلوبه المنفعه، و هذا بخلاف اشتراط غيرها كالمال حيث لا يكون مملوكاً له.

هذا و يدلنا على عدم اعتبار رضا المملوك فى اشتراط الخدمه عليه، صحيحه أبان ابن عثمان عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل قال: غلامى حرّ و عليه عماله كذا و كذا سنه؟ قال: «هو حر و عليه العماله». قلت: إن ابن أبى ليلى يزعم أنه حر و ليس عليه شىء، قال: «كذب، إن علياً (عليه السلام) أعتق أبا نيزر و عياضاً و رباحاً و عليهم عماله كذا و كذا سنه، و لهم رزقهم و كسوتهم بالمعروف فى تلك السنين» «٢».

فإنها مطلقه من حيث جعل المولى الخدمه عليه و من دون تقييد برضا المملوك فتكون دليلاً على ما ذكرناه.

(١) لفقدان الدليل. على أنه لم يفت من العبد شىء، حيث إنه إذا لم يرض ببقاء الأمه زوجه له فله التخلص بالطلاق، من دون أن يتوقف دفع مذمه كون زوجته أمه

(١) جامع المقاصد فى شرح القواعد ١٣: ١٠١ و ١٠٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٣ كتاب العتق، ب ١٠ ح ٣، عن أبان، عن أبى العباس، و كذا فى التهذيب ٨: ٢٣٨ / ٨٥٧، و الفقيه ٣: ٧٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٤

و لا لزوجته (١).

[مسألة ١٢: لو كان عند العبد حرّه و أمتان، فأعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار]

[٣٨٣٣] مسألة ١٢: لو كان عند العبد حرّه و أمتان، فأعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان [١] (٢). و على الأوّل إن اختارت البقاء، فهل

على ثبوت الخيار له و الفسخ.

و ما نسب إلى بعضهم من القول بثبوت الخيار له، فيما إذا استمرت الكراهه إلى حاله الاختيار.

مدفوع بأن الإكراه في زمن العبودية لا يقتضى الفساد لأنه إكراه بالحق لا الباطل و الإكراه في زمن الحرية لو تحقق فهو يقتضى البطلان لا الخيار.

(١) فإن الأمر فيها أوضح إذ لم يفت عليها شىء، بل زيد في مقامها و شرفها حيث أصبحت زوجه للحر.

□ هذا مضافاً إلى دلالة معتبره أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى العبد يتزوج الحرّه ثمّ يعتق فيصيب فاحشه، قال: فقال: «لا- يرجم حتى يواقع الحرّه بعد ما يعتق». قلت: فللحرّه الخيار عليه إذا أعتق؟ قال: «لا- قد رضيت به و هو مملوك، فهو على نكاحه الأوّل» (١).

□ و رواه على بن حنظله عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل زوج أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: «لا، قد تزوجته عبداً و رضيت به، فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به» (٢).

و كيف كان، فالحكم مما لا خلاف فيه.

(٢) أظهرهما الأوّل لعموم أدلّه الخيار، على ما اعترف به (قدس سره) فى المسألة الثانية من فصل عدم جواز الزيادة على الأربع فى العقد الدائم.

[١] الأظهر هو الوجه الأوّل، و عليه فإن اختارت الفسخ بطل نكاحها فحسب، و إن اختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعه كما مرّ نظيره سابقاً.

(١) الوسائل، ج

٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٤ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٤ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٢٧

يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها؟ وجهان (١). و كذا إذا كان عنده ثلاث [١] (٢) أو أربع إماء [٢]، فأُعتقت إحداها (٣). و لو أعتق في هذا الفرض

(١) أما احتمال البطلان، فهو ضعيف جداً و لا وجه له بعد الحكم بصحته، إذ الممنوع إنما هو الجمع بينهما لا التزوج بكل واحده منهنّ على حده. و أما احتمال التخيير، فقد عرفت فيما تقدّم أن دليله يختص بإسلام المجوسى على سبع زوجات، و لا مجال للتعدّي عنه. فمن هنا فلا محيص عن الالتزام بالقرعه، فإنها لكل أمر مشكل و المقام منه.

و لا يقاس ذلك بالترويح بالأختين أو حرّتين و أمه فى زمان واحد، حيث يحكم فيه بالبطلان، فإن مقتضى الصحّ فى المثالين من الأوّل قاصر، بخلاف المقام حيث لا مانع من زوجه كل واحده منهنّ مستقلاً، و إنما المانع فى الجمع بينهما خاصه.

(٢) و ذكره من سهو القلم، حيث لا مانع من الجمع بين الحرّه و الأمتين، و يحتمل أن يكون فى العبارة سقط، و يكون الصحيح: فأُعتقت اثنتان منهن، كما ذكره (قدس سره) فى المسأله الثانيه من فصل عدم جواز الزيادة على الأربع فى العقد الدائم. و حينئذ فىكون المثال من مصاديق المقام، حيث إنه إذا أُعتقت اثنتان من الإماء الثلاث كان من الجمع بين حرّتين و أمه و هو غير جائز على ما تقدّم، أو أُعتقت أمه من الأربع حيث يكون من الجمع بين الحرّه و ثلاث إماء.

(٣) احتمال البطلان فى المقام، منافٍ

لما ذكره (قدس سره) في المسأله الثانيه من فصل عدم جواز الزياده على الأربعم فى العقد الدائم، حيث بنى فيها على عموم أدله الخيار لها، و احتمال فيها القرعه، و قد عرفت أن القول بها هو المتعين و الصحيح، لاحتياج التعدى عن مورد النص الدال على التخيير إلى غيره إلى الدليل، و هو مفقود.

[١] هذا من سهو القلم، فإنه إذا أعتقت واحده منها فلا مانع من الجمع بينها و بين الأمتين الباقيتين حيث إنه من الجمع بين حرّه و أمتين.

[٢] يظهر حكم ذلك مما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٢٨

جميعهنّ دفعه، ففى كون الزوج مخيراً و بعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع، وجوه [١] (١). و لا الإيجاب و القبول الفعلين.

[فصل فى العقد و أحكامه]

إشاره

فصل فى العقد و أحكامه

[مسأله ١: يشترط فى النكاح الصيغه]

[٣٨٣٤] مسأله ١: يشترط فى النكاح الصيغه، بمعنى الإيجاب و القبول اللفظيين (٢) فلا يكفى التراضى الباطنى، و لا الإيجاب و القبول الفعلين. و أن يكون

(١) ظهر الحال فيه مما تقدّم.

فصل فى العقد و أحكامه

(٢) و هو مما لا خلاف فيه، بل عليه إجماع علماء المسلمين على ما فى كلمات بعضهم.

[١] قد عرفت أن الأظهر هو ثبوت الخيار لهنّ جميعاً، فإن اخترن البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعه، و إن اخترن الفسخ بطل

نكاحهنّ جميعاً، وبذلك يظهر حال التبويض.

تتمّه: إنّ الماتن (قدس سره) لم يتعرّض لحكم البيع و الطّلاق، فالمناسب أن نتعرّض له فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجه كان ذلك طلاقاً سواء كان زوجها حرّاً أم كان عبداً و لكن يتخيّر المشتري بين إمضاء عقد النكاح و فسخه، و المشهور على أنّ خياره فوري و فيه إشكال بل منع، نعم إذا أمضى المشتري العقد و لم يفسخه سقط خياره و ليس له الفسخ بعد ذلك، و كذلك العبد المزوّج من أمته، فإذا بيع كان ذلك طلاق زوجته و كان للمشتري الخيار و أمّا لو كانت زوجته حرّة فبيع فالمشهور أنّ بيعه أيضاً طلاق زوجته إلّا أنه لا يخلو عن إشكال بل منع، و إذا تزوّج المولى عبده من أمته كان الطّلاق بيد المولى، بل له أن يفرّق بينهما بلا طلاق كما مرّ، و أمّا إذا تزوّجه من أمه لغيره أو حرّة أو تزوّج العبد بإذنه فالطلاق بيد العبد و ليس للمولى إجباره على الطّلاق، و لو بيعت الأمه المطلّقه أثناء عدّتها أتمّت العدّه، و هل عليها الاستبراء زائداً على ذلك؟ قيل: نعم، و لكن الأظهر عدم لزومه.

موسوعه الإمام

.....

و استدل عليه شيخنا الأعظم (قدس سره) بأنه الفارق بين السفاح و النكاح، إذ الأول بحسب الغالب يقع بالتراضي بين الطرفين، فإذا كان هو بوحده كافياً و لم يعتبر اللفظ لم يبق فارق بينه و بين النكاح «١».

و ما أفاده يعد غريباً منه (قدس سره)، فإن الفارق بين النكاح و السفاح لا يكمن في اللفظ فإنه أجنبي عن ذلك، إذ قد يكون السفاح مع اللفظ و قد يكون النكاح بغيره.

و إنما الفرق بينهما يكمن في أن النكاح أمر اعتباري، حيث يعتبر الرجل المرأة زوجه له و تعتبر المرأة الرجل زوجاً لها، في حين إن السفاح هو الوطاء الخارجي المجرد عن اعتبار الزوجية بينهما.

نعم، يمكن الاستدلال عليه بجمله من النصوص الدالّة على اعتبار اللفظ في المتعه بل يظهر من بعضها مفروغيه اعتباره لدى السائل، و إنما السؤال عن كفيّاته و خصوصياته «٢». فإنه إذا كان اعتباره في المتعه معلوماً و مفروغاً عنه، فاعتباره في الدوام يكون بطريق أولى.

على أن في بعض هذه النصوص أنها: «إذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها» و هو ظاهر الدلالة في عدم كفايه الرضا الباطني و اعتبار اللفظ بحيث لولا قولها: «نعم» لما تحققت الزوجية و لما كان الرجل «أولى الناس بها».

هذا كله مضافاً إلى صحيحه بريد العجلي، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قول الله عزّ و جلّ «وَ أَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» فقال: «الميثاق هو الكلمه التي عقد بها النكاح، و أما قوله «غَلِيظًا» فهو ماء الرجل يفضيه إليها» «٣».

فإنها واضحة الدلالة على اعتبار التلفظ، و عدم كفايه مجرد الرضا الباطني، بل و إظهاره بغير اللفظ المعين.

النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠: ٧٧ طبع المؤتمر العالمي.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٨.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٠

الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحوط [١]، فلا يكفي بلفظ المتعه في النكاح الدائم (١)

و كيف كان، فاعتبار الصيغه في إنشاء النكاح و عدم كفايه المعاطاه مما لا خلاف فيه بينهم و لا إشكال.

(١) و ذلك فلأن المذكور في النصوص الدالّه على اعتبار اللفظ إنما هو التزويج و مشتقاته، لكن حيث علمنا أنه لا خصوصية لهذا اللفظ بعينه، جاز استعمال لفظ النكاح في إنشاء العقد الدائم، لوروده في جملة من الآيات الكريمة و النصوص الشريفه.

و أما لفظ المتعه، فلا ينبغي الإشكال في صحّه إنشاء العقد المنقطع به، فإنه حقيقه فيه. و أما إنشاء العقد الدائم به فلا يخلو من إشكال بل منع، حيث لم نظفر بآيه أو روايه قد استعمل فيها هذا اللفظ في الزواج الدائم، فيكون استعماله فيه استعمالاً مجازياً لا محاله، و من هنا فالافتاء به في إنشائه يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود.

و بعبارة اخرى: إن استعمال لفظ المتعه في الزواج الدائم و إن كان صحيحاً على نحو المجاز، إلا أن كفايته في إنشائه بعد اعتبار لفظ خاص فيه تحتاج إلى الدليل. و الماتن (قدس سره) و غيره ممن يلتزم بالكفايه في المقام، لا يكتفون بالاستعمالات المجازيه في إنشاء العقود حتى مع نصب القرينه عليه في غير المقام كالبيع و الإجازة، لعدم الدليل عليه.

و بالجملة فلو كنا نحن و لم يكن دليل على اعتبار لفظ خاص، لكان حال النكاح حال العقود التي يكتفى في

إنشائها بكل مبرز، إلما أن مقتضى هذه الأدله هو الاقتصار على لفظ خاص، و المذكور فيها و إن كان هو التزويج إلّا أننا قد تعدينا عنه إلى لفظ النكاح أيضاً، للقطع. و أما غيره فالتعدى إليه يحتاج إلى الدليل، و حيث إنه مفقود فالأحوط لزوماً إن لم يكن الأقوى هو الاقتصار فى إنشاء النكاح الدائم على لفظى الزواج و النكاح خاصه.

[١] هذا الاحتياط لا يترك.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٣١

.....

نعم، فى بعض الكلمات الاستدلال على جواز إنشاء النكاح الدائم به، بما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً.

وفيه: أنه لم ترد و لا روايه واحده تدلّ على انقلاب العقد المنقطع دائماً فى فرض النسيان، فإن الأخبار خاليه عن ذلك بالمره، و إنما ورد ذلك فى بعض كلمات الأصحاب.

نعم، وردت جمله من النصوص تدلّ على انقلاب المنقطع دائماً فيما إذا تعمد ترك الأجل، على ما ورد التصريح بذلك فى بعضها، حيث ورد فيها: (إنى أستحى أن أذكر شرط الأيام) «١». إلما أنها أجنيبه عن جواز إنشاء النكاح الدائم بلفظ التمتع، فإنها ناظره إلى خصوصيته ذكر الأجل و عدمه خاصه، من دون أن يكون لها نظر إلى بقيه الشرائط المعبره فى العقد الدائم.

و على هذا فهى إنما تتضمن الانقلاب عند عدم ذكر الأجل، فيما إذا كان العقد قابلاً لأن يكون زواجاً دائماً.

فإذا لم يكن العقد كذلك، فلا يوجب ترك الأجل عمداً أو نسياناً انقلابه دائماً، كما لو كانت لديه أربع زوجات دائماً فتزوج بالخامسه متعه و لم يذكر الأجل، أو تزوج بالكتايه متعه و من دون ذكر الأجل بناءً على عدم جواز تزوج الكتايه بالعقد الدائم أو تزوج بالبكر كذلك من

دون إذن أبيها بناءً على اختصاص اعتبار الإذن في نكاح البكر دائماً و عدم اعتباره في المتعه، كما هو أحد الأقوال في المسأله.

فإنه حينئذ لا مجال للقول بالانقلاب و شمول تلك الأخبار لها، فإنها إنما تنظر إلى خصوص العقد القابل للانقلاب، و ليس لها نظر إلى فقدان شرط معتبر في النكاح الدائم.

و من هنا يظهر ما في استدلال شيخنا الأعظم (قدس سره) على عدم اعتبار الماضيه في الصيغه بهذه الروايات حيث ورد فيها: (أترؤجك)، و هو بضميمه انقلابه إلى النكاح الدائم عند عدم ذكر الأجل، يدلّ على إمكان إنشاء النكاح الدائم بغير

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ٢٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٢

و إن كان لا يبعد (١) كفايته مع الإتيان بما يدلّ على إرادته الدوام.

و يشترط العرييه مع التمكن منها (٢) و لو بالتوكيل على الأحوط. نعم، مع عدم

صيغه الماضي، و عدم اعتبارها فيه «١».

إذ يرد عليه ما قد عرفت، من أن هذه النصوص ليست بصدد بيان جميع الشرائط المعتمده في النكاح الدائم.

و الحاصل أنه لا يجوز إنشاء العقد الدائم بلفظ المتعه، لعدم الدليل عليه بعد أن كان استعماله فيه مجازياً، و لا أقلّ من كون ما ذكرناه هو الأحوط.

(١) قد عرفت أنه بعيد، و لا يساعد عليه دليل.

(٢) على ما هو المعروف بينهم، و استدللّ له:

أولاً: بما في كلمات المحقق الثاني (قدس سره)، من عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن منه «٢».

و فيه: أنه من غرائب ما صدر منه (قدس سره)، فإنّ العقد من الأمور القائمه بالنفس لا اللفظ، و إنما اللفظ هو المبرز خاصّه. و من هنا فكما أنّ للعرب عقوداً فلغيرهم عقود

أيضاً، وقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) خطاب لهم ولغيرهم على حد سواء، وليس للعربي دخل في مفهوم العقد.

ثم لو كان مفهوم العقد متقوماً بالعربي، لم يكن وجه للفرق بين القدره عليها وعدمها، فإنه ليس لهما دخل في المفهوم، وإنما هما يرتبطان بمقام التكليف خاصه حيث يصح مع القدره و يقبح بدونه.

فما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه.

(١) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠: ٧٨ طبع المؤتمر العالمي.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٧٤.

(٣) سورة المائدة: ٥: ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٣

التمكّن منها و لو بالتوكيل على الأحوط يكفي غيرها من الألسنه (١) إذا أتى بترجمه اللفظين من النكاح و التزويج.

ثانياً: أنّ العقد بالعربي هو القدر المتيقن من العقد الصحيح، لورودها في القرآن الكريم و ألسنه النصوص الشريفه، و كفايه غيرها تحتاج إلى الدليل و هو مفقود و مقتضى الأصل هو الفساد.

و فيه: أن القرآن الكريم قد نزل بالعربي، و النصوص كانت خطاباً و جواباً لأستله و جّها أناس يتكلمون بالعربيه إليهم (عليهم السلام)، فمن هنا يكون من الطبيعي أن لا ترد فيهما صيغه غير عربيه، و هذا لا يدلّ على الاختصاص بها.

ثم إن عمومات النكاح و مطلقاته، كقوله تعالى «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (١) و قوله (صلى آله عليه و آله و سلم): «النكاح سنّي» (٢) تمنع من الرجوع إلى الأصل و التمسك بالقدر المتيقن.

و الحاصل أنّ مقتضى عمومات النكاح و مطلقاته، هو الاكتفاء بغير العربيه في إنشاء النكاح، و إن كان الأحوط الاقتصار عليها مع الإمكان.

(١) و استدللّ عليه في بعض الكلمات بما ورد في طلاق الأخرس، من كفايه وضع القناع على رأسها (٣).

بدعوى أن المستفاد منها هو كفايه غير اللفظ العربي عند العجز عنه مطلقاً.

إلّا أنه واضح الفساد، باعتبار أن هذه النصوص وارده في خصوص طلاق الأخرس، فالتعدى عنه إلى كل عاجز غيره يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، و لذا لم يلتزم المشهور بهذا الحكم في العاجز عن التكلم من غير الأخرس، كالوارم لسانه إلى حدّ يمنعه من التكلم.

(١) سورة النور ٢٤: ٣٢.

(٢) الوسائل ٢٠: ١٥ كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، باب ١ ح ٢٤٩٠٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ١٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٤

و الأحوط اعتبار الماضيه (١)

و من هنا فقد استشكل صاحب المستند فيه، و استظهر عدم كفايه الإنشاء بغير العربية حتى مع العجز عنها «١».

إلّا أنه لا يمكن المساعدة عليه، للقطع بعدم إمكان الالتزام بتعطيل النكاح الذي عليه نظام العالم، فلا مجال للقول بتعطيل النكاح في البقاع التي لا يعلمون العربية من العالم، و بقاء الرجال و النساء من غير تزويج بحيث ينحصر أمر المقاربه بالزنا، لا سيما مع ما ورد في جملة من النصوص من ان المرأة لا تبقى معطله «٢».

و الحاصل أنه بناءً على اعتبار العربية في إنشاء النكاح و قد عرفت ما فيه فهو إنما يختص بحاله القدره على الإنشاء بالعربية و لو بالتوكيل فيه. و أما مع العجز عنها فمقتضى عمومات النكاح و إطلاقاته السليمه عن المعارض، هو الاكتفاء في إنشائه بأي لغة كانت.

(١) كما ذهب إليه المشهور من الأصحاب، و استدلل عليه:

تاره بأنه القدر المتيقن من العقد الصحيح.

و أخرى بأن صيغه الماضي صريحه في الإنشاء، بخلاف غيرها.

و فيهما معاً نظر. فإنّ الأوّل يدفعه أن مجرد كونها القدر المتيقن، لا يقتضى لزوم

الاقتصار عليها في مقام الإنشاء، و رفع اليد عن المطلقات و العمومات.

على أن مقتضى النصوص الواردة في كيفية عقد المتعه و المتضمنه إنشاءها بغير صيغه الماضي، هو جواز إنشاء العقد الدائم بغير صيغه الماضي و عدم انحصاره بها لوضوح عدم الفرق بين العقد المنقطع و العقد الدائم.

و من هنا يظهر الجواب عن الثاني، فإن مجرد كونها صريحه فيه لا يكفي في لزوم الاقتصار عليها و القول بعدم كفايه غيرها، إذ يكفي ظهور غيرها فيه حيث لا تعتبر

(١) مستند الشيعة ٢: ٤٧٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، ب ٨٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٥

و إن كان الأقوى عدمه (١) فيكفي المستقبل، و الجملة الخبرية، كأن يقول: (أزوّجك) أو (أنا مُزوّجك فلانه).

كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول، و إن كان الأقوى جواز العكس أيضاً (٢).

الصراحة، كما يؤكده ما ورد في المتعه من الإنشاء بغيرها.

على أن دعوى كون صيغه الماضي صريحه في الإنشاء، باطله من أساسها، فإنها مشتركة بينه و بين الإخبار، و لا بدّ في التعيين من القرينه.

و من هنا فهي لا تختلف عن غيرها من هذه الجهة، و ليست هي صريحه فيه كما ادعيت.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه جملة من الأصحاب من جواز الإنشاء بغيرها.

(١) على ما اختاره جملة من الأصحاب و استظهرناه.

(٢) فيقول الرجل: (أزوّجك على كتاب الله و سنّه نيّيه (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ) ... إلخ) فتقول المرأة: (زوجتك نفسي).

و يدلّنا عليه عدم الدليل على اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، بعد صدق العقد و المعاقده مع العكس أيضاً، إذ لا يعتبر في مفهومه كون الإيجاب متقدماً على القبول.

هذا مضافاً إلى إطلاقات أدلّه النكاح، و

ما ورد في بيان كيفية صيغته المتعده من أن يقول الرجل لها: «أتزوّجك متعه على كتاب الله تعالى و سنّه نبيّه (صلى الله عليه وآله وسلم) لا وارثه ولا مورثه، كذا و كذا يوماً» إلى أن قال: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت، و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها» (١).

فإن موردها ليس هو قيام الرجل بدور الإيجاب و الإنشاء و قيام المرأة بدور القبول كما توهمه بعضهم، و إنما موردها تقديم القبول على الإيجاب، فإن صيغته (أتزوّجك) من باب التفعّل فلا يكون إنشاءً، و إنما يكون قبولاً متقدّماً. و من هنا فقد

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٦

و كذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، و القبول من جانب الزوج، و إن كان الأقوى جواز العكس (١).

مثّل المحقق (قدس سره) في الشرائع لتقديم القبول على الإيجاب، بما إذا قال الرجل: (تزوّجت) فقالت المرأة: (زوّجتك نفسي) «١». فلا فرق بين التعبير ب (أتزوّجك) و (قبلت) فإن المفاد فيهما واحد تماماً من دون أي فارق، باستثناء أن القبول في الأوّل مستفاد من الهيئه، في حين إنه في الثاني مستفاد من ماده.

ثم إن هذا كله فيما إذا كان القبول المتقدم بلفظ (أتزوّجك) و ما شابهه. و أما إذا كان بلفظ (قبلت) أو (رضيت) فإن لم يذكر المتعلق، فلا إشكال في عدم كفايته في إنشاء الزوجيه. و إن ذكر المتعلق، فالظاهر أنه لا مانع من الالتزام بصحته و كفايته، لما عرفت من أنه لا فرق بين صيغته (قبلت) و صيغته (أتزوّجك) إلّا أن القبول في الأوّل مستفاد من ماده، في حين إنه

فى الثانى مستفاد من الهيئه، فىكون حاله حاله.

(١) و ذلك لكون الزوجيه من المفاهيم المتضايغه المتشابهه الطرفين، بحيث يكون المضاف إلى كل منهما عين المضاف إلى الآخر. نظير الاخوه المضافه إلى الطرفين على حد سواء، فكما أن هذا أخ لذاك فذاك أخ لهذا بلا اختلاف فى النسبه، و ليست هى كالأبوه و البنوه.

و من هنا فكما أن الرجل زوج للمراه هى زوج له، كما استعمل ذلك فى جمله من الآيات الكريمه.

قال تعالى «وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَ زَوْجُكَ الْجَنَّةَ» (٢).

و قال تعالى «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ» (٣).

و قال تعالى:

(١) راجع شرائع الإسلام ١: ٣٢٢.

(٢) سورة البقره ٢: ٣٥.

(٣) سورة النساء ٤: ١٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٣٧

و أن يكون القبول بلفظ: (قبلت) و لا- يبعد كفايه (رضيت) (١). و لا- يشترط ذكر المتعلقات (٢) فيجوز الاقتصار على لفظ: (قبلت) من دون أن يقول: (قبلت)

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرَدْنَ الْحَيَاءَ الدُّلْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعُكُنَّ وَ أُسْرُحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا» (١).

و قال تعالى «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ وَ بَنَاتِكَ وَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ» (٢).

و قال تعالى «وَ إِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ» (٣).

و قال تعالى «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ» (٤)، إلى غير ذلك من الآيات.

فالزوجيه مفهوم فى مقابل الفرديه، و هى عباره عن انضمام أحدهما إلى الآخر مع وحده علاقتها إليهما.

و عليه فلكل منهما إنشاؤها و اعتبار الآخر زوجاً له أو لها، فإذا تحقّق ذلك من أحدهما و تحقّق القبول من الآخر صدق العقد و المعاهده، و من ثَمَّ شملته

أدله اللزوم.

و الحاصل أنه لا- موجب للقول بلزوم كون الإيجاب من الزوجه خاصه و القبول منه، فإنه لا- دليل عليه و إن كان هو الغالب خارجاً.

(١) بل الأقوى كفايته، لعدم الدليل على اعتبار لفظ معين في القبول أو وجود خصوصيته له، و مقتضى الإطلاقات الاكتفاء بكل لفظ يدل على رضاه بالزوجيه كى تصدق به المعاقده و المعاهده.

و ممّا يدلّ على ما ذكرناه الصحيحه الوارده فى المتعه: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت» فإنها داله على جواز القبول بلفظ: (أتزوجك) على ما تقدّم الحديث فيها.

(٢) إذ العبره بمعلوميه المتعلقات، و هى تحصل بذكرها فى ضمن إيجاب الزوجه و لا حاجه إلى إعادتها فى ضمن القبول ثانياً.

(١) سورة الأحزاب ٣٣: ٢٨.

(٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٥٩.

(٣) سورة الأحزاب ٣٣: ٣٧ و ٥٠.

(٤) سورة الأحزاب ٣٣: ٣٧ و ٥٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٣٨

النكاح لنفسى أو لموكلّى بالمهر المعلوم).

و الأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر (١) كأن يقول: (زوّجنى فلانه) فقال: (زوّجتها) و إن كان الأحوط [١] خلافه.

و تدلّ عليه الصحيحه المتقدّمه الوارده فى المتعه، حيث حكم (عليه السلام) بتحقيق الزوجيه بمجرد قولها: «نعم» متفرّعاً على قول الزوج: «أتزوجك متعه على كتاب الله و سنّه نبّيه (صلّى الله عليه و آله و سلم) ...»

فإنه سواء جعلنا قولها: «نعم» قبولاً كما ذهب إليه بعضهم، أو إيجاباً كما اخترناه فهى داله على عدم ذكر المتعلقات، أما على ما ذكره فواضح. و أما على ما اخترناه فلعدم الفرق بين الإيجاب و القبول من هذه الناحيه، حيث إن العبره إنما هى بالمعلوميه، فإذا جاز عدم ذكر المتعلقات فى الإيجاب لتحقق المعلوميه من جهه أخرى، جاز عدم ذكرها فى القبول أيضاً.

(۱) کما ذهب إليه

جماعه. و المبني فيه أحد أمرين:

الأول: دعوى أنّ الأمر بالتزويج من قبل الزوج قبول منه، و بذلك فيكون من مصاديق المبحث المتقدم، أعني تقدّم قبول الزوج على إيجاب المرأة، على ما صرح به بعضهم في ذلك المبحث حيث ذكر الأمر بالتزويج مثلاً له.

و فيه: أنه بعيد عن المتفاهم العرفي جدّاً، فإنّ الأمر إنما هو إنشاء لطلب التزويج و هو و إن كان يكشف عن رضاه به إلّا أنه غير إنشائه لاعتبار الزوجية و التزويج و لا ظهور له فيه، و من هنا فلا مجال للاكتفاء به في المعاقده.

و بعبارة اخرى: إنّ الأمر بالتزويج و إن كان دالّاً على الرضا الباطني به، إلّا أنه لا يجدي شيئاً ما لم يستتبع إبرازه بمرز دالّ بظاهره عليه، و هو غير حاصل في المقام فإنّ الأمر به غير إنشائه للقبول، كما هو واضح.

الثاني: دعوى أنّ أمره لها أو لغيرها لما كان توكيلاً في التزويج، كفي إيجابها

[١] لا يُترك الاحتياط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٣٩

.....

خاصّه، لما تقدّم من أنّ الإيجاب و القبول إذا كان لشخص واحد بالولاية أو الوكالة أو بالتفريق بينهما و بين الأصالة، كفي الإيجاب من دون أن تكون هناك حاجة إلى القبول.

و فيه: أنه قد تقدّم في محلّه المناقشه في الكبرى، لأنه من قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى، و هو على تقدير إمكانه خلاف الظاهر في مقام الاستعمال، بل يعدّ من الأغلاط.

على أن في كون المقام من صغريات هذه الكبرى إشكالاً. و ذلك فلأنّ الأمر بالتزويج لا يعدّ عرفاً توكيلاً لها فيما هو فعله، و إنما الظاهر منه أنه طلب لما هو فعلها خاصة. نظير ما لو قال: (هبنى ما عندك) فإنّه لا

يعتبر توكيلاً له في قبول الهبه أو قبضه، كى يقال بكفايه إيجابها عن القبول.

و لا يرد علينا أنا التزمنا بأن الزوجيه من الأمور المتضايفه المتشابهه الطرفين فيكون أمره لها أمراً بإنشاء ذلك الأمر الواحد.

إذ يرد عليه أن كون الزوجيه من الأمور المتضايفه المتشابهه الطرفين و النسبه و إن كان تاماً، إلّا أن الظاهر العرفى من الأمر ليس إلّا طلب ما هو فعلها خاصّه، فلا يعتبر توكيلاً أو قبولاً فيما هو فعله.

و من هنا فيشكل ما أفاده (قدس سره) تبعاً لجماعه، من كفايه الإتيان بلفظ الأمر.

و أما النصّ الذي استدلّ به على الكفايه، أعنى صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «جاءت امرأه إلى النبيّ (صلّى الله عليه وآله وسلم) فقالت: زوّجني، فقال رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم): من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم)، زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء، قال: لا. فأعادت، فأعاد رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثمّ أعادت فقال رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) فى المرّه الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه» (١).

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٤٠

[مسأله ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشاره]

[٣٨٣٥] مسأله ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشاره [١] مع قصد الإنشاء و إن تمكن من التوكيل على الأقوى (١).

بدعوى أنه لم يرد فى شىء من طرق هذه الصحيحه قبول الرجل بعد إيجاب النبيّ (صلّى

اللَّهِ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ)، فَيُكشَفُ ذَلِكَ عَنِ الْاِكْتِفَاءِ بِأَمْرِهِ بِالتَّزْوِجِ الْمَتَقَدِّمِ عَلَى الْإِيجَابِ.

فَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ مُشْكَلٌ، فَإِنَّ دَعْوَى كَوْنِ أَمْرِ الرَّجُلِ تَوَكُّيًّا لِلنَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ) بِعَيْدِهِ، لِأَنَّهُ وَبِحَسَبِ الْمَتَفَاهِمِ الْعَرَفِيِّ لَيْسَ إِلَّا طَلْبًا فِي التَّزْوِجِ.

وَأَبْعَدُ مِنْهَا دَعْوَى كَوْنِهِ قَبُولًا مُتَقَدِّمًا وَإِنْشَاءً لِلتَّزْوِجِ، إِذْ لَيْسَ لِلطَّلَبِ ظَهْوَرٌ فِي التَّزْوِجِ لَا سَيِّمًا فِي الْمَقَامِ، حَيْثُ فَصَلَتْ جَمَلَاتُ عَيْدِهِ صَدَرَتْ مِنَ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ) وَأَجُوبُهُ صَدَرَتْ مِنَ الرَّجُلِ بَيْنَ أَمْرِهِ وَالْإِيجَابِ، وَالحَالُ أَنَّ الْمَعْرُوفَ وَالْمَشْهُورَ بَيْنَ الْأَصْحَابِ اعْتِبَارَ التَّوَالِي بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ.

عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ إِنَّمَا ذَكَرَ فِي الْإِيجَابِ خَاصَّهُ، وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي الْأَمْرِ ذِكْرٌ، فَلَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ قَبُولًا سَابِقًا، لِاسْتِزْمَامِهِ عَدَمَ تَطَابُقِهِ مَعَ الْإِيجَابِ.

وَ مِنْ هُنَا، فَإِنَّمَا أَنْ تَحْمَلَ هَذِهِ الصَّحِيحَةَ عَلَى أَنَّ الرَّوَايَةَ لَمْ يَكُنْ بِصَدَدِ بَيَانِ جَمِيعِ الْخُصُوصِيَّاتِ وَ إِنَّمَا هُوَ بِصَدَدِ بَيَانِ جِهَةِ خَاصَّهُ، هِيَ عَدَمُ لَزُومِ كَوْنِ الْمَهْرِ دَرَهْمًا أَوْ دِينَارًا بَلْ يَكْفِي كَوْنُهُ قَرَانًا، وَ لِذَا لَمْ يَذَكَرْ قَبُولَ الرَّجُلِ. أَوْ يُقَالُ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خُصُوصِيَّاتِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ)، حَيْثُ يَكْتَفَى بِإِيجَابِهِ خَاصَّهُ، وَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبُولُ مَعَ رِضَا الرَّجُلِ أَوْ حَتَّى مَعَ عَدَمِهِ، لِوَلَايَتِهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ) الْعَامَّةِ، وَ مَعَهُ فَلَا مَجَالَ لِلتَّعَدِي عَنْهُ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ) وَ الْاِسْتِدْلَالَ بِهَا عَلَى الْجَوَازِ فِي غَيْرِ إِيجَابِهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَمٍ).

وَ عَلَى كُلِّ، فَمَا أَفَادَهُ الْمَاتِنُ (قَدَسَ سِرُّهُ) لَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَيْهِ، وَ لَا أَقْلٌ مِنْ كَوْنِ خِلَافِهِ هُوَ الْأَحْوَطُ لَزُومًا.

(١) بَلْ لَمْ يَظْهَرِ الْخِلَافُ فِيهِ

من أحد. و استدللّ عليه بأن دليل اعتبار اللفظ لما كان

[١] و بتحريك لسانه أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤١

.....

هو التسالم بين المسلمين و هو دليل لبي، فلا بدّ من الاقتصار فيه على القدر المتيقن و هو غير الأخرس، و أما هو فيكتفى بإشارته، لإطلاقات أدلّه النكاح و عموماته.

إلّا أن لا يزم ذلك عدم اختصاص الحكم بالأخرس، بل لا بدّ من الالتزام بعمومه لكل عاجز عن التكلم، سواء أ كان ذلك بالأصالة و هو المسمّى بالأخرس، أم كان لعارض كالمقطوع لسانه.

نعم، لو كان اعتبار اللفظ مستفاداً من الأدلّه اللفظية كما استظهرناه، كان مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين القادر على التكلم و العاجز عنه مطلقاً، إذ الأحكام الوضعية لا تختلف بالقدره و عدمها، و حينئذ فلا بدّ من التماس دليل على صحّه عقد الأخرس بالإشارة.

و يدلّ عليه ما ورد في طلاق الأخرس، من الاكتفاء بالكتابه أو الإشارة على النحو الذي يعرف به سائر أفعاله و مقاصده، مثل حبه أو كراهته «١». فإنه إذا جاز الطلاق بالإشارة، جاز النكاح بها بطريق أولى، إذ الطلاق أشدّ حالاً من النكاح.

و ما ورد في قراءته في الصلاة أو تشهده أو تليّته «و ما أشبه ذلك» على حد التعبير الوارد في معتبره مسعده بن صدقه «٢» من أنها بتحريك لسانه و إشارته بإصبعه «٣». و من الواضح أن المراد من «ما أشبه ذلك» هو كل ما يعتبر فيه التلفظ شرعاً.

و من هنا تكون هذه الروايات شاملة للمقام و دالّه على المدعى، أعني جواز إنشاء الأخرس للنكاح بإشارته.

غير أن مقتضى هذه النصوص لزوم إضافه تحريك اللسان إلى الإشارة بإصبعه و عدم الاكتفاء بالإشارة المجردة، كما ورد ذلك في معتبره مسعده بن

صدقه المتقدمه و يظهر من روايات الطلاق، حيث قيد الحكم بكون إبرازه للنكاح بالإشارة كإبراز سائر مقاصده و أموره، و من الواضح أن المتعارف عند الأخرس في مقام بيان مقاصده هو تحريك لسانه مضافاً إلى الإشارة بإصبعه أو يده أو غيرهما، و من هنا فلا محيص

(١) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ١٩.

(٢) الوسائل، ج ٦ كتاب الصلاة، أبواب القراءة في الصلاة، ب ٥٩ ح ١، ٢.

(٣) الوسائل، ج ٦ كتاب الصلاة، أبواب القراءة في الصلاة، ب ٥٩ ح ١، ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤٢

[مسألة ٣: لا يكفي في الإيجاب و القبول الكتابه]

[٣٨٣٦] مسألة ٣: لا يكفي في الإيجاب و القبول الكتابه (١).

[مسألة ٤: لا يجب التطابق بين الإيجاب و القبول في ألفاظ المتعلقة]

[٣٨٣٧] مسألة ٤: لا- يجب التطابق بين الإيجاب و القبول في ألفاظ المتعلقة (٢). فلو قال: (أنكحتك فلانه) فقال: (قبلت التزويج) أو بالعكس، كفى. و كذا لو قال: (على المهر المعلوم) فقال الآخر: (على الصداق المعلوم). و هكذا في سائر المتعلقةات.

[مسألة ٥: يكفي على الأقوى في الإيجاب لفظ (نعم) بعد الاستفهام]

[٣٨٣٨] مسألة ٥: يكفي على الأقوى في الإيجاب لفظ (نعم) (٣) بعد الاستفهام، كما إذا قال: (زوّجتني فلانه بكذا)؟ فقال: (نعم) فقال الأول: (قبلت). لكن الأحوط عدم الاكتفاء [١].

عن اشتراط تحريك اللسان في إنشاء الأخرس للنكاح بالإشارة.

(١) لعدم الدليل على الاكتفاء بها، بعد ما دلّ على اعتبار اللفظ في الإنشاء.

(٢) و ذلك لعدم الدليل على اعتبار تطابق الإيجاب و القبول من حيث المادة، إذ إن دليل اعتبار اللفظ لا يقتضى إلّا لزوم كون الدالّ على إنشاء التزويج لفظاً، و أما اتحادهما من حيث المادة فلا دليل عليه. و مقتضى الإطلاق كفايه غير المتطابق أيضاً.

(٣) الاكتفاء ب (نعم) في مقام الإيجاب في حدّ نفسه مما لا ينبغي الإشكال فيه، إذ تدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ المعبر

فى اللفظ كونه مبرزاً للاعتبار بنظر العرف من دون وجود خصوصية للفظ معين صحيحه أبان بن تغلب المتقدمه، حيث ورد فيها: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك» بناءً على ما تقدم بيانه مفصلاً من أن كلمه (نعم) إيجاب منها، حيث لا يمكن أن تكون كلمه (أترؤجك) هو الإيجاب.

نعم، ما أفاده (قدس سره) من كفايته فى جواب الاستفهام مشكل جداً، حيث إن جواب الاستفهام إنما يكون إخباراً لا إنشاءً، فاستعماله فى مكانه يكون من الإنشاء بالمجاز المستنكر و غير المعهود و المتعارف لدى العرف، و من هنا فلا مجال للاكتفاء به.

[١] بل لا يبعد أن

يكون هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤٣

[مسألة ٦: إذا لحن في الصيغه، فإن كان معيّراً للمعنى لم يكف]

[٣٨٣٩] مسأله ٦: إذا لحن في الصيغه، فإن كان معيّراً للمعنى لم يكف (١). و إن لم يكن معيّراً، فلا بأس به إذا كان في المتعلقات (٢). و إن كان في نفس اللفظين كأن يقول: (جوزتك) بدل (زوجتك) فالأحوط عدم الاكتفاء به (٣). و كذا اللحن في الإعراب.

[مسألة ٧: يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغه]

[٣٨٤٠] مسأله ٧: يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغه (٤).

(١) لعدم صلاحيته لإبراز المعنى و الاعتبار النفساني بحسب المتفاهم العرفي.

(٢) لكونه مبرزاً للاعتبار لدى العرف.

(٣) و إن كان الأقوى الاكتفاء به، إذ العبره إنما هي بكون اللفظ مفهماً و مبرزاً للاعتبار بنظر العرف، من دون أن يكون لموازين اللغة و الإعراب دخل، فإذا كان اللفظ كذلك صح إنشاء العقد به و إن كان غلطاً بحسب اللغة.

و من هنا يظهر الفرق بين إنشاء العقود و القراءة في الصلاة. فإن المعبر في الثاني هو اللفظ الخاص النازل من الله تبارك و تعالي، فإذا وقع فيه تحريف لم يجز لعدم كونه النازل منه تعالي، و هذا بخلاف العقود حيث لا يعتبر فيها لفظ خاص، و إنما المعبر فيها هو اللفظ المفهم للمعنى و المبرز للاعتبار بنظر العرف.

و من هنا فالظاهر هو الاكتفاء بالملحون حتى و لو كان الغلط في نفس اللفظين فيما إذا كان اللحن نوعياً، بحيث يكون مبرزاً للاعتبار بنظر العرف، نعم، إن الاحتياط في عدم الاكتفاء به.

و مما تقدّم يظهر الحال في اللحن في الإعراب، فإن الحال فيه ما تقدّم.

(٤) و ذلك لأن اللفظ لصيغه العقد: إما أن لا يستعملها في معنى بحيث يكون قصده إيجاد اللفظ خاصه، و إما أن يكون قصده في استعمالها الإخبار عما مضى أو عما يأتي، و إما أن يكون قصده في استعمالها

إنشاء الزوجية. ولا رابع لهذه الاحتمالات.

و الأولان لا يتحقق بهما عنوان التزويج، لخلو الأوّل من إرادته المعنى، و قصد الإخبار في الثاني، فينحصر أمر الإنشاء في الثالث لا محاله. و لا يختص هذا باب

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤٤

[مسألة ٨: لا يشترط في المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً]

[٣٨٤١] مسألة ٨: لا- يشترط في المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً (١) بأن يكون مميّزاً للفعل و الفاعل و المفعول، بل يكفي علمه إجمالاً بأن معنى هذه الصيغه إنشاء النكاح و التزويج. لكن الأحوط العلم التفصيلي.

[مسألة ٩: يشترط الموالاه بين الإيجاب و القبول]

[٣٨٤٢] مسألة ٩: يشترط الموالاه بين الإيجاب و القبول (٢). و تكفي العرفيه منها، فلا يضرّ الفصل في الجملة، بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب. كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد، من القيود و الشروط و غيرها و إن كثرت.

النكاح، بل يجرى في إنشاء جميع العقود بلا اختلاف بينها.

(١) لأن المعاقده إنما تتقوم بالاعتبار النفساني و إبرازه بمبرز في الخارج، فإذا كان المجرى للصيغه عالماً بأنها تبرز هذا الاعتبار النفساني، كفى ذلك و إن لم يكن عالماً بخصوصياتها، و لعل أكثر العرب فضلاً عن غيرهم لا- يدركون ذلك، بل غايه ما يدركونه إنما هو معنى الجملة من حيث المجموع، دون كل جزء جزء هيئه و مادته.

(٢) على ما ذكره غير واحد من الأصحاب، و ذكروا أن الأصل في ذلك إنما هو ارتباط المستثنى بالمستثنى منه، حيث إنه إذا فصل بينهما لم يكن أحدهما مرتباً بالآخر، و من ثمّ فلا يعدان جمله واحده.

فلو قال اللفظ (لا إله) ثمّ ذكر بعد فصل طويل (إلا الله) لما اعتبر ذلك شهاده بوحدانيه الله تبارك و تعالي، بل يحكم بكفره لنفى الإله. و كذا الحال في الإقرار، فلو أقرّ لشخص بمائه دينار مثلاً، و بعد فصل طويل استثنى منه خمسين، فإنه يؤخذ بإقراره الأوّل و يعتبر استثناء الخمسين من الإنكار فلا- يلتفت إليه. و لا- يختص هذا باب الاستثناء، بل يجرى في كل أمرين مرتبطين كالقرينه و ذبيها.

و العقود

حيث تتركب من الإيجاب و القبول، فلا بدّ من عدم الفصل بينهما، كى تتحقق المعاقده و المعاهده.

و ما أفادوه بالنسبه إلى الاستثناء و القرينه و ذيهما واضح. فإن المتكلم إذا فرغ من كلامه و لم ينصب قرينه على مراده، انعقد لكلامه ظهور لا محاله، فيؤخذ بمقتضى ظهور كلامه. و على هذا الأساس كان ما ذكرناه فى محله، من أن القرينه المنفصله

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٤٥

[مسأله ١٠: ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول]

[٣٨٤٣] مسأله ١٠: ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول. فلو كان القابل غائباً عن المجلس، فقال الموجب: (زوّجت فلاناً فلانته) و بعد بلوغ الخبر إليه قال: (قبلت) لم يصح.

و فيه: أنه لا- دليل على اعتباره (١) من حيث هو. و عدم الصحّح فى الفرض المذكور، إنما هو من جهه الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقده و المعاهده، لعدم التخاطب. و إلّا فلو فرض صدق المعاقده و عدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ، كما إذا خاطبه و هو فى مكان آخر لكنّه يسمع صوته و يقول: (قبلت) بلا فصل مضر

لا توجب خللاً فى ظهور الكلام و رفعه، و إنما توجب رفع حجيه الظهور خاصه.

إلّا أن هذا لا- يجرى فى محل كلامنا، فإن المعاقده ليست هى بين اللفظين كى يقال إنها معنى واحد قائم بهما فلا بدّ من ارتباطهما، و إنما هى قائمه بين الالتزامين و الاعتبارين النفسيين، و إطلاقها على اللفظين إنما هو باعتبار إبرازهما للاعتبارين.

و من هنا فلا- عبره بالفصل بين اللفظين و عدمه، و إنما العبره بارتباط الالتزامين. فإذا كان الالتزام الأوّل باقياً على حاله من دون أن يعرض الملتزم عنه إلى حين تحقق الالتزام من الثانى، بحيث تحقق الارتباط بين الالتزامين، صحت

المعاقده حتى و لو كان الفصل بين اللفظين طويلاً.

نعم، لو أعرض الطرف الأوّل عن التّزامه قبل التّزام الطرف الآخر، لم يكن لالتّزامه بعد ذلك أثر، لعدم تحقّق الارتباط بينهما. فإنّه حين وجود الالتّزام من الأوّل لم يكن الالتّزام من الثّاني متحقّقاً، و حين تحقّق الالتّزام من الثّاني لم يكن التّزام الأوّل موجوداً. و بعبارة اخرى: إن اعتبار التّوالي من حيث الزمان لا دليل عليه و لا عبره به، و إنّما العبره بصدق المعاقده. و لما كانت هي قائمه بين الالتّامين، كفي تحقّق الثّاني في حين بقاء الأوّل و قبل رفع اليد عنه، حيث يتحقّق الارتباط بينهما.

(١) كما يظهر ذلك جلياً مما تقدّم في المسأله السابقيه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤٦

فإنّه يصدق عليه المعاقده (١).

[مسأله ١١: و يشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود]

[٣٨٤٤] مسأله ١١: و يشترط فيه التنجيز (٢) كما في سائر العقود، فلو علّقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم، لو علّقه على أمر محقق معلوم كأن يقول: (إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانه) مع علمه بأنّه يوم الجمعة صحّ، و أمّا مع عدم علمه فمشكل.

(١) بل قد عرفت أن صدق المعاقده لا يتوقف على عدم الفصل بين الإيجاب و القبول، و إنّما يكفي تحقّق الالتّزام من الطرف الآخر في زمن وجود الالتّزام من الأوّل.

(٢) و تفصيل الكلام أن يقال: إن التعليق قد يكون على أمر يكون إنشاء ذلك العقد معلّقاً عليه قهراً، سواء أذكره المنشئ أم لم يذكره، كالزوجه في الطلاق و الملكيه في البيع. فهو لا يضر بالإنشاء جزماً، فإن وجوده و عدمه بيان.

و قد يكون على أمر معلوم الحصول فعلاً، أو معلوم الحصول في المستقبل، لكن على نحو الواجب المشروط بالشرط المتأخر، كما لو علّق الزوجيه

على حصول النهار غداً. و هو كالسابق لا يضرّ بصحّح العقد و وجوده كعدمه، فإن اعتبار الزوجيه حاصل من دون تعليق على شىء، باعتبار أن المعلق عليه حاصل و معلوم بالوجدان. و لا يحتمل تحقق الإجماع المدعى على البطلان فيه.

و قد يكون على أمر معلوم العدم، أو مشكوك العدم، مع كونه حين الإنشاء معدوماً واقعاً. و فيه لا ينبغى الشك فى بطلانه، سواء اعتبرنا التنجيز أم لم نعتبره، لعدم تحقّق المعلق عليه على الثانى.

و قد يكون على أمر متأخر معلوم الحصول فى المستقبل، على نحو الواجب المشروط بالشرط المقارن، بحيث تكون الزوجيه أو الملكيه من حين حصول المعلق عليه. و هذا هو الذى قد ادعى فى الكلمات التسالم على عدم صحته بعد استثناء الوصيه و التدبير منه، حيث لا تحصل الملكيه فيهما إلّا متأخراً عن الإنشاء و بعد الموت.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٤٧

.....

هذا و قد يتوهم أنّ الإجازة المتأخره، بأن يؤجر الإنسان فعلاً داره من بعد شهر مثلاً، من هذا القبيل.

إلّا أنه واضح الفساد. فإن الإجازة بالنسبه إلى المنافع الآتية إنما هى أشبه شىء بالواجب المعلق، حيث إن التمليك فيها إنما يكون من الآن، غايه الأمر أن متعلق الملكيه و المملوك متأخر عن الإنشاء زماناً.

و قد يكون على أمر مشكوك الحصول، سواء أ كان أمراً فعلياً أم متأخراً. و قد حكم الأصحاب فيه بالبطلان أيضاً، بلا فرق بين أن يكون التعليق من قبيل الشرط المتأخر أو الشرط المقارن.

هذا و قد ذكر فى وجه البطلان فى الأول: أن الوجود و الإيجاد و إن كانا أمرين متغايرين بحسب الاعتبار، لكنهما فى الواقع أمر واحد و حقيقه واحده، و إن الاختلاف بينهما إنما ينشأ من حيث

إضافه هذا الأمر الواحد، فإنه إن أضيف إلى الماهيه عبّر عنه بالوجود، و إن أضيف إلى الفاعل عبّر عنه بالإيجاد، فاختلافهما إنما هو بالاعتبار خاصه، و إلّا فهما عنوانان لشيء واحد و متحدان واقعاً.

و من هنا فلا مجال للفصل بينهما، بحيث يقال بتحقق الإيجاد دون تحقّق الوجود فإنه أمر ممتنع لاستلزامه الخلف.

و فيه: مضافاً إلى أنه لو تمّ فهو إنما يختص بالأُمور الحقيقيه و لا يأتي في شيء من الأمور الاعتباريه التي منها المقام، حيث إن الأمر فيها سهل المثونه فلا مانع من اعتبار الإيجاد بالفعل و الوجود متأخراً عنه، أنه مبني على كون الإنشاء إيجاداً للمعنى باللفظ. لكنك قد عرفت بطلانه مفصلاً في المباحث الأصوليه، و أن الإنشاء إنما هو إبراز لما في النفس على حد الإخبار، و إن اختلفا في قصد الحكايه و عدمه. و عليه فكما يصح تعلق الإخبار بأمر متأخر يصح إنشاء الأمر المتأخر أيضاً، فيعتبر بالفعل الزوجيه غداً و هو أمر معقول و ممكن، و أدلّ دليل على إمكانه هو وقوعه في الخارج كما هو الحال في الوصيّه و التدبير على ما عرفت.

هذا بالنسبه إلى البطلان في التعليق على أمر متأخر معلوم الحصول على نحو الشرط المقارن. و أما بالنسبه إلى البطلان في التعليق على أمر مشكوك الحصول، فقد

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٤٨

.....

قيل في وجهه بأن الإيجاد لما كان هو الوجود بعينه في الحقيقه، فلا معنى للتعليق فيه فإنّ الشيء إمّا هو موجود و إمّا هو معدوم، و لا يمكن فرضه موجوداً على تقدير و غير موجود على تقدير.

و بعباره اخرى: إنه لا وجه لإيجاد القيام مثلاً على تقدير دون تقدير، و إنما هو إمّا متحقق على

كل تقدير، و إنما غير متحقق كذلك.

إلّا أنّ جوابه قد ظهر مما تقدّم، إذ لا- إيجاب في المقام كي يرد ما قيل، و إنما هو إبراز للاعتبار النفساني، و هو كما يتعلق بأمر على كل تقدير يتعلق بأمر على تقدير دون تقدير، فيكون المعتبر هو الحصة الخاصه، و هو متحقق في الإخبار أيضاً، فترى أنه يخبر عن طلوع الشمس فيما إذا كانت الساعه السادسه صباحاً مثلاً.

و من هنا فما ذكر من الدليل لا- يكفي في القول بعدم إمكان هذا النحو من التعليق و اقتضائه للبطلان، بل لا بدّ في إثباته من التماس دليل غيره.

هذا و يمكن أن يستدل على اعتبار هذا الشرط مضافاً إلى دعوى الإجماع على اعتباره، و هو ليس ببعيد أن مقتضى أصاله الفساد و عدم نفوذ العقد بعد كون مثل هذا العقد المعلق غير متعارف لدى عامه الناس بل كونه مستنكراً لديهم، و دعوى انصراف أدله العقود إلى المتعارف فلا تشملها، هو اعتباره في الصحه.

و لو أغمضنا النظر عن ذلك، فيمكن الاستدلال عليه بجمله من النصوص الوارده في النكاح و البيع و غيرهما من العقود، الظاهر في لابدّيه ترتّب أثر العقد عليه بالفعل و بلا- فصل، إلّا ما خرج بالدليل كبيع الصرف، حيث يتوقّف ترتّب الأثر عليه فيه على القبض.

و هذه النصوص كقوله (عليه السلام) في صحيحه أبان بن تغلب: «إذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك، و أنت أولى الناس بها» (١). فإنها ظاهره في أن الزوجيه و ترتب الأثر على عقد النكاح، إنما يكون بمجرد قولها: «نعم» من دون أن ينتظر تحقق شىء آخر.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص:

و ما ورد فى شراء الأمه، من أن البائع إذا أخبر عن استبرائها أو كان البائع امرأه جاز وطؤها «١». فإنها ظاهره فى أن الحكم مترتب على مجرد شرائها و ملكيته لبضعها من دون توقف على شىء آخر.

و لا يبعد أن يدل عليه قوله (عليه السلام) فى صحيحه الحلبي، الوارده فيمن قال لامرأته إن تزوجت عليك أو بت عنك فأنت طالق: «أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: من شرط شرطاً سوى كتاب الله عز و جل، لم يجز ذلك عليه و لاله» «٢». إذ من غير البعيد أن يكون المراد به هو الطلاق الشرطى بحيث تشترط المرأة الطلاق عند تحقق الشرط، لا- توكيلها فى الطلاق بحيث يكون أمر الطلاق بيده، غاية الأمر تكون المرأة و كيله عنه فى إجزائه.

و الحاصل أن الاستفادة من هذه النصوص، كون ترتب الأثر على العقد فعلياً و بمجرد تماميته من دون انتظار لشىء آخر، و من هنا فيعتبر التنجيز فى العقود مراعاة لظهور النصوص المتقدمه.

و كيف كان، فاعتبار التنجيز متسالم بين الأصحاب، لكن من غير الخفى أن اعتباره إنما يختص بالعقود المعاوضيه و ما يشبهها.

و أما العقود الإذنيه كالوكالة و ما شابهها، فالظاهر أنه لا- مانع من تعليقها على الأمور الفعلية و الآتيه، معلومه الحصول أو مشكوكته، كاشتراط الزوجه الوكالة فى الطلاق عند تزوج الرجل بغيرها، أو التوكيل فى بيع الدار إذا صادف له السفر، أو غير ذلك من القيود. فإنه أمر متعارف بل واقع فى الخارج كثيراً و لا يعتبر من المستنكرات لدى العرف، فترى أن الصديق يقول لصديقه: أنا مسافر غداً مثلاً فإن لم أرجع إلى شهر فأنت و كيلى فى بيع دارى،

و ما شاكل ذلك.

و لعلّ الوجه فيه أن الوكاله لا تحتاج إلّا إلى رضا المالك خاصه، و هو متحقق مع التعليق على حد تحقّقه مع التنجيز.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب بيع الحيوان، ب ١١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ١٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٥٠

[مسأله ١٢: إذ أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته]

[٣٨٤٥] مسأله ١٢: إذ أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعادته على الوجه الصحيح (١) و إن أراد الفراق فالأحوط الطلاق [١] (٢) و إن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجيه (٣).

و لا نظنّ فضلاً عن القطع قيام الإجماع على بطلانه، بل قد صرح المحقق القمي (قدس سره) في جامع الشتات بصحّه التوكيل المعلق في طلاق زوجته، و نسب ذلك إلى السبزواري و الملاً أحمد و الظاهر أنه الأردبيلي (قدس سره) - «١».

(١) إذ ليس لهما ترتيب آثار الزوجيه ما لم يحرزا الصحّه، فراراً من الوقوع في المخالفه الاحتماليه من غير عذر.

(٢) كي يحصل اليقين بانتفاء الزوجيه بينهما.

(٣) ما أفاده (قدس سره) ينافي كون الاحتياط لزومياً. فإن الاحتياط قد يكون حكماً ظاهرياً للمجتهد، كما في موارد العلم الإجمالي، أو موارد الشبهه قبل الفحص و فيهما لا- يمكن الرجوع إلى أصالة العدم، لاختصاصها بغيرهما، فالرجوع إليها و التمسك بها يخرج المورد عن كونه من موارد الاحتياط اللزومي.

و قد لا يكون الاحتياط كذلك، بأن يعلم المجتهد بالحكم إلّا أنه لا يريد إبداءه و إظهاره للناس لمانع خارجي، كحفظ المصالح العامه أو ما شابهه. و حينئذ فتكون وظيفه العامي هو الاحتياط لا محاله، لتنجز الواقع في حقه، باعتبار أنه يعلم بالتكاليف إجمالاً أيضاً، و لا طريق

له إلى فتوى المجتهد كما هو المفروض. وليس له الرجوع إلى أصله عدم تأثير العقد، باعتبار أن إجراء الأصول في الشبهات الحكمية إنما هو من وظيفة المجتهد خاصة.

و من هنا فينحصر أمر الفراق بينهما بالطلاق لا غير، لعدم انسجام التمسك بالأصل مع كونه من موارد الاحتياط اللزومي، من دون أن يمكن الجمع بينهما.

[١] هذا الاحتياط لا يُترك.

(١) جامع الشتات ٢: ٤٥٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٥١

و إن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستجابي، فمع إرادته البقاء الأحوط الاستجابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، و مع إرادته الفراق فاللازم الطلاق.

[مسألة ١٣: يشترط في العاقد المجري للصيغه الكمال بالبلوغ و العقل]

[٣٨٤٦] مسألة ١٣: يشترط في العاقد المجري للصيغه الكمال بالبلوغ و العقل، سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكاله أو ولايه أو فضولاً.

فلا اعتبار بعقد الصبي (١)

(١) بلا خلاف و لا إشكال فيه إذا كان مستقلاً في التصرف.

و تدلُّ عليه، مضافاً إلى قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» «١» حيث جعل الله سبحانه الغاية في دفع المال إلى الصبي بلوغه و الرشد، و من الواضح أن مقتضاه عدم جواز دفع أمواله إليه قبل البلوغ حتى و لو كان رشيداً، و عدم جواز تصرفاته فيها.

ما ورد في بعض النصوص من أن وضع القلم على الصبي إنما يكون بعد احتلامه و بلوغه، حيث إن مقتضاه كون عمله قبل ذلك كلا عمل، فلا يلزم بشيء كما لا يؤخذ على شيء منها، كما وثقه عمار الساباطي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الغلام، متى تجب عليه الصلاة؟ قال: «إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة، و جرى عليه

و الجاربه مثل ذلك ...» (٢).

و معتبره عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله أبي و انا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال «حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشدّه؟ قال: «احتلامه» (٣). و هذه الروايه رواها صاحب الوسائل (قدس سره) عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون ذكر ابن سنان، غير أنه من سهو القلم أو السقط في الاستنساخ قطعاً، و الصحيح ما ذكرناه على ما هو المثبت في المصدر، أعني كتاب

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) الوسائل، ج ١ كتاب الطهاره، أبواب مقدمه العبادات، ب ٤ ح ١٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨ كتاب الحجر، ب ٢ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٥٢

.....

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ١٥٢

الخصال «١».

و كيف كان، فالروايه معتبره، فإن أبا الحسين هذا هو آدم بن المتوكل الثقه. و هي دالّه على توقّف جواز أمر الغلام و مضيه على كون صدوره حال البلوغ، فلو لم يكن كذلك فلا ينفذ و لا عبره به.

ثم إن مقتضى إطلاقات هذه النصوص و أدلّه رفع القلم، عدم الفرق في الحكم بين كون الفعل الصادر منه على نحو الاستقلال بإذن من الولي و عدمه، فيحكم فيهما معاً بالبطلان، و لعله متسالم عليه بينهم.

هذا كلّه في فرض استقلاله بالتصرف. و أما إذا كان الصبيّ مجرباً للصيغه خاصّه بأن كان العقد بين الولي و الطرف الآخر الكامل، فهل يحكم ببطلانه أم لا؟

قد يقال بالأول، بدعوى أن المستفاد من النصوص أن الصبيّ مسلوب العبارة و أنها كاللفظ الصادر

إلّا أنّ الظاهر هو الثانى، إذ ليس فى المقام ما يدلّ على سلب عباره الصبى، فإنّ النصوص المستدلّ بها كلها وارده فيما هو أمر للصبى نفسه، فلا تشمل ما إذا كان الأمر للولّى و البالغ، غايه الأمر كان الصبى مجرياً للصبغه خاصه.

□

نعم، ورد فى بعض النصوص المعتبره، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله (عليه السلام): «عمد الصبى و خطاه واحد» «٢» فقد يقال بأنها تدل على كون الصبى مسلوب العباره، و إنه لا يترتب على فعله أى أثر.

و هذا المضمون و إن كان مذيلاً فى بعض النصوص بقوله (عليه السلام): «تحمله العاقله» و هو ظاهر فى اختصاصه بموارد الجنائيات و لا- تشمل المقام، إلّا أن بعضها الآخر لما كان خالياً عن هذا الذيل، كان مقتضى إطلاقه عموم الحكم لغير مورد الجنايه من أفعال الصبى. و لا وجه للقول بتقييد الإطلاق بما تقدّم، إذ لا منافاه بينهما.

لكنّه مدفوع بأنّ المذكور فى هذه النصوص إنما هو: «عمد الصبى و خطاه واحد»

(١) الخصال: ٤٩٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٩ كتاب الديات، أبواب العاقله، ب ١١ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٥٣

و لا المجنون و لو كان أدوارياً حال جنونه (١) و إن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه

لا- أنّ (عمد الصبى لا- عمد) و بينهما بون بعيد. إذ الثانى ظاهر فى المدعى بخلاف الأوّل، حيث إن ظاهره أن حكم عمل غير الصبى إذا كان ينقسم بلحاظ العمد و الخطأ فهو متّحد بلحاظ الصبى دائماً، و عليه فيختص النص بالجنائيات لا محاله، لكن لا من باب التقييد و إنما من جهه أن اختلاف حكم العمد و الخطأ فى غير الصبيان إنما يختص بالجنائيات، و

أما غيرها فليس للخطائي منها أثر كى يقال إنهما واحد بالنسبة إلى الصبى.

على أنه لا مجال للمساعدة على هذا النص بإطلاقه، فإنّ لازمه عدم قدح التكلم العمدى و الأكل العمدى فى صلاه الصبى و صيامه، و هو مما لا يمكن الالتزام به.

إذن فهذه الروايات ناظره إلى الجنائيات خاصّه، و لا تعمّ المقام.

و من هنا فالصحيح هو الحكم بصحّه عقد الصبى، فيما إذا كان دوره منحصرأ فى إجراء الصيغه خاصّه.

و ممّا يؤيد ذلك روايه إبراهيم بن أبى يحيى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «تزوج رسول الله (صلّى الله عليه وآله و سلم) أم سلمه، زوجها إياه عمر بن أبى سلمه و هو صغير لم يبلغ الحلم» (١).

و هى و إن كانت دالّه على أن الصبى غير مسلوب العبارة، إلّا أننا قد جعلناها مؤيده لما تقدّم، نظراً لضعف سندها ب (سلمه بن الخطاب) حيث لم يرد فيه توثيق.

(١) بلا خلاف فيه، لعدم تحقق القصد منه أصلاً، حيث لا يلتفت إلّا إلى اللفظ و أما المعنى الإنشائي له فلا التفات له إليه، فيكون حاله حال سائر الحيوانات حيث لم يصدر منه عقد. و على تقدير تحقق القصد منه، فلا ينبغى الشك فى انصراف أدله نفوذ العقود عنه، إذ العقلاء انما يتعاملون معه معاملة الحيوان نظير الصبى غير المميز، فلا يترتب على عقده أثر.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٦ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٥٤

أو إفاقته، على المشهور، بل لا خلاف فيه. لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمل [١] (١) لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعرييه، و علم قصده حقيقه، و

حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا. وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي، أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ (٢).

وكذا لا اعتبار بعقد السكران، فلا يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاهه (٣). و أما

(١) بل منع، إذ غاية ما يستفاد من النصوص المتقدمه أن عقد الصبي لا يكون نافذاً بالنسبه إلى نفسه. و أما بالنسبه إلى غيره فلا دليل على عدم نفوذه بعد فرض أنه ليس مسلوب العبارة، فإنه حينئذ ليس من أمر الصبي الوكيل، بل العقد مستند إلى الموكل حقيقه، فيكون الأمر أمره. و معه فمقتضى عمومات أدله الوفاء بالعقد نفوذه.

و بعبارة اخرى نقول: إنه لا- دليل على اعتبار البلوغ في الوكيل، بل يجوز أن يكون صبيّاً إذا كان مميّزاً عاقلًا، و الروايات الواردة في المقام غير شامله للمورد، إذ الصبي حينئذ غير مأخوذ بالعقد و إنما المأخوذ به هو الموكل خاصه، فإن الأمر أمره و العقد عقده، فتشمله عمومات الوفاء بالعقد.

(٢) إذ البطلان في المقام ليس بمعنى إلغائه كلياً، و إنما هو بمعنى عدم التأثير ما دام متصفاً بكونه عقد الصبي، فإذا ارتفع الوصف و انتفى المانع بالبلوغ و الإجازة فلا مانع من الالتزام بصحته، كما هو الحال في عقد المكره.

و كذا الحال لو أجازه الولي، لإضافه العقد حينئذ إليه، فيكون كأنه هو العاقد، نظير إجازة المولى لعقد عبده، أو المالك لعقد الفضولي.

(٣) و محلّ الكلام هو الفاقد للشعور و العقل بحيث يكون مجنوناً مؤقتاً و بالعارض فإنه حينئذ يحكم ببطلان عقده، لعدم تحقّق قصد المعنى و الاعتبار منه. و على تقدير تحقّقه، فالعقلاء لا يعتبرون ذلك و لا يرتبون عليه أثراً، لأنه هذيان نظير تكلم النائم.

[١] بل منع.

موسوعه

عقد السِّكرى إذا أجازت بعد الإفاقه فيه قولان، فالمشهور أنه كذلك. و ذهب جماعه إلى الصِّحِّه (١) مستندين إلى صحيحه ابن بزيع (٢) و لا بأس بالعمل بها (٣)

و من هنا فلا تشمله أدله نفوذ العقود، لانصرافها عنه جزماً.

و عليه فحيث يعتبر هذا العقد كالعدم، فلا تنفعه لحوق الإجازة بعد ذلك، لأنها إنما تنفع فيما إذا لم يكن العقد قاصراً في نفسه، بحيث يكون مستجمعاً لجميع شرائط الصِّحِّه عدا صدوره ممن له الأمر.

و كيف كان، فالحكم لا ينبغي الإشكال فيه، و إن كان يظهر من المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) وجود الخلاف فيه بين الأصحاب «١».

(١) كالشيخ «٢» و أتباعه «٣» و صاحب الحقائق «٤» و صاحب الوسائل «٥».

(٢) قال، سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، إحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها». قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ قال: «نعم» «٦».

(٣) بل هو متعين، و إن كان مضمونها مخالفاً للقاعده. فإنها من حيث السند صحيحه، و من حيث الدلاله واضحه، و لم يثبت إعراض الأصحاب عنها كى يقال بأنه موجب لطرحتها، فقد عمل بها جماعه كما عرفت.

(١) شرائع الإسلام، الجواهر ٢٩: ١٤٤.

(٢) النهايه: ٤٦٨.

(٣) مختلف الشيعه ٧: ١٣٠ ١٣١.

(٤) الحقائق ٢٣: ١٧٥.

(٥) الوسائل ٢٠: ٢٤٩.

(٦) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٤ ح ١.

إن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها [١] (١) على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات بحيث لا التفات لها إلى ما تقول. مع أن المشهور لم يعملوا بها، و حملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط.

[مسألة ١٤: لا بأس بعقد السفه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغه]

[٣٨٤٧] مسأله ١٤: لا بأس بعقد السفه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغه (٢) أو أصيلاً مع إجازة الولي (٣). و كذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغه للغير (٤) أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك (٥).

(١) ما ذكر من المحامل خلاف الفهم العرفي، فلا يصار إليها إلا بالدليل و هو مفقود.

(٢) فإن الحجر عليه إنما يختص بتصرفاته في أمواله على نحو الاستقلال، و ليس بمسلوب العبارة قطعاً.

(٣) لما عرفت من اختصاص الحجر عليه بصوره الاستقلال.

(٤) كما لو طلب العاقد أجراً على العقد، فأكرهه الزوجان أو أحدهما على إجرائه مجاناً.

و الوجه فيه إطلاقات نفوذ العقد بعد عدم شمول حديث نفى الإكراه له، باعتبار أن العقد لا أثر له بالنسبه إلى المكره نفسه بالمره، إذ المعاقده إنما هي بين شخصين غيره فيحكم بتأثير العقد و صحه الالتزام من الطرفين و إن كان المجري للصيغه مكرهاً.

(٥) على ما هو المعروف و المشهور بينهم.

و قد ناقش فيه بعضهم، بأن العقد لما كان حين وقوعه محكوماً بالفساد، فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و لا يقاس ذلك بالبيع و النكاح الفضوليين، فإن العقد حين وقوعه فيهما لا يكون مستنداً إلى من له الأمر و الولاية، و إنما رضاه بهما و إجازته لهما بعد ذلك، يوجب استناد ذلك العقد الواقع سابقاً إليه و انتسابه له من حين الرضا و الإجازة، فيحكم

[١] هو بعيد جداً، و العمده دعوى

إعراض المشهور، و هي غير ثابتة لعمل جماعه من المتقدمين بها، على أن كبرى هذه الدعوى غير ثابتة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٥٧

.....

بصحته. و هذا بخلاف المكره، حيث يستند العقد إليه من حين وقوعه، فيقال: باع فلان داره مكرهاً، أو اشترى كذلك.

و من هنا فإذا كان العقد المنتسب إليه حين وقوعه محكوماً بالفساد، فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل، و حيث لا دليل عليها في المقام يحكم بفساده لا محاله.

و فيه: أن دليل الفساد في المقام لا يدلّ عليه بنحو الإطلاق، و إنما هو يقتضيه ما دام الموضوع أعنى كون العاقد مكرهاً موجوداً، فإذا ارتفع هذا العنوان و انتفى هذا الموضوع حكم بصحة العقد لا محاله، إذ العقد ليس هو الإيجاب و القبول كى يقال إنه أمر حادث و قد انعدم فلا مجال للحكم بصحته، و إنما هو الالتزام بالاعتبار عن الرضا و الاختيار. فإذا لم يكن ذلك مشمولاً لعموم أدله نفوذ العقد ابتداءً، لكونه مشمولاً لأدله فساد عقد المكره، لم يمنع ذلك من الحكم بصحته استمراراً، بعد ارتفاع العنوان الموجب لانتفاء شمول دليل الفساد له، فتشمله أدله النفوذ لا محاله.

توضيح ذلك: أن دليل الفساد في عقد المكره قاصر عن إثبات الفساد حتى في فرض الرضا بالعقد بعد ذلك، فإنّ حديث الرفع وارد مورد الامتنان، فلا يقتضى إلّا الحكم بفساده ما دام الإكراه باقياً، فإذا ارتفع ذلك حكم بصحته، لارتفاع المقتضى و كون بقاء الحكم بالبطلان منافياً للامتنان.

و لأجل هذا ذكرنا في محله أن هذا الحكم لا يجرى في مورد الاضطرار، فيحكم بصحة عقد المضطر و ترتب جميع الأحكام الوضعية عليه، نظراً إلى أن الحكم بالبطلان لحديث الرفع موجب لوقوع المكلف في المشقة الشديده،

و هو منافٍ للامتنان.

لا- يقال: إنَّ هذا الكلام و إن تمَّ في الزواج و نحوه، حيث كان الدليل على فسادِه في صورِه الإكراه هو حديث نفى الإكراه، إلَّا أنه لا يتمُّ في مثل البيع و نحوه، مما يكون الدليل على فسادِه قصور دليل الصَّحِّه من الأوَّل لكونه مقيداً بالتراضى، على ما دلَّت عليه الآيه المباركه «١» بناءً على كون الاستثناء فيها متصلًا، فإنَّ مقتضاه هو الحكم

(١) سورة النساء ٤: ٢٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٥٨

.....

ببطلان كل عقد إلَّا الذى كان عن تراضٍ. و حيث إن العقد فى المقام لم يكن عن تراضٍ حين صدوره، يحكم بفساده حتى و إن رضى به بعد ذلك.

فإنه يقال: إن المراد بالتجاره ليس هو اللفظ الإيجاب و القبول و إنما المراد بها الالتزام بالمبادله نفساً، و هو و إن لم يكن عن الرضا حدوثاً، إلَّا أنه بقاءً لما كان يصدق عليه التجاره عن تراضٍ حكم بصحته.

و يؤكد ذلك: أن المستثنى منه أكل المال بالباطل بجميع أقسامه باطل، و الحال أن هذا الفرد ليس بباطل عند العقلاء جزماً. نظير ما لو غضب متاعاً ثم رضى مالكة، فإنه ينقلب الغضب إلى الأمانه و نحوها.

إذن فالصحيح فى المقام أن الحكم بالصَّحِّه لا يختص بالزواج و نحوه، بل هو عام لمثل البيع أيضاً، باعتبار أن قصور العقد إنما هو من جهه الرضا خاصه، فإذا تحقق بعد ذلك حكم بصحته. نظير التزوج بينت أخت الزوجه أو بنت أخيها من دون إذنها فإنها لو أذنت حكم بصَّحِّه العقد كما تقدّم، لانتفاء المانع.

و بعباره اخرى: إن الأمر فى المقام دائر بين رفع اليد عن عموم أدلِّه صَّحِّه العقد و نفوذه، و الالتزام ببطلان عقد المكره

مطلقاً، فيكون ذلك تخصيصاً لها. و بين رفع اليد عن إطلاقات تلك الأدلة المقتضية لثبوت الحكم من الأول مستمراً، و الالتزام بالبطان ما دام الإكراه متحققاً. فيتقدم الثاني لكونه الموافق للامتنان دون الأول.

ثم إن هذا كله مبنى على الالتزام بالنقل في الرضا المتأخر، و إن الحكم بالصحة إنما يكون من حين الرضا، كما ذهب إليه الشيخ (قدس سره). و أما بناءً على ما اخترناه من الكشف، فحديث الرفع غير شامل لمثل هذا العقد المتعقب للإجازة من الأول لكونه منافياً للامتنان.

و عليه فلا موجب للحكم بالبطان، بل ينبغي الحكم بصحة العقد من حين وقوعه، غايه الأمر أن الرضا يكون شرطاً متأخراً فيه. و من هنا فلا- يكون في المقام تخصيص و لا- تقييد، حيث لا حكم بالفساد عند لحوق الرضا واقعاً، و إن حكمنا به قبل لحوق الرضا ظاهراً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٥٩

[مسألة ١٥: لا يشترط الذكوره في العاقد]

[٣٨٤٨] مسألة ١٥: لا يشترط الذكوره في العاقد، فيجوز للمرأة الوكاله عن الغير في إجراء الصيغه (١) كما يجوز إجراؤها لنفسها (٢).

[مسألة ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد]

[٣٨٤٩] مسألة ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد (٣). فلو أوجب، ثم جنّ أو أغمى عليه قبل مجيئ القبول، لم يصحّ. و كذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّه. و كذا الحال في سائر العقود. و الوجه عدم صدق المعاقده و المعاهده، مضافاً إلى دعوى الإجماع و انصراف الأدله.

(١) لإطلاقات أدله التوكيل، حيث لا دليل على اعتبار الرجوليه في الوكيل.

(٢) و يدلّ عليه مضافاً إلى عمومات و إطلاقات أدله النكاح قوله (عليه السلام) في صحيحه أبان بن تغلب: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك، و أنت أولى الناس بها» (١).

(٣) الكلام في هذه المسأله يقع في جهات:

الجهه الأولى: فيما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سره) من اعتبار أهليه القابل للقبول حين الإيجاب «٢».

الجهه الثانيه: في اعتبار اتصاف الموجب بالأهليه حين صدور القبول من القابل.

الجهة الثالثة: فى اعتبار استمرار أهليه الموجب من حين الإيجاب إلى حين صدور القبول، بحيث لا- تتوسط بينهما حاله عدم الأهليه له.

أمّا الجهة الأولى: فما أفاده (قدس سره) مما لا دليل عليه، لأن عنوانى المعاهده و المعاقده المعتبرين فى العقود إنما يتوقفان على أهليه القابل للقبول حين القبول خاصه، و لا- يتوقفان على أهليته له حين الإيجاب، فإنه إذا كان القابل حينه أهلاً له صدقت المعاهده و المعاقده و إن لم يكن كذلك حال الإيجاب، لأنهما ليسا إلّا ضمّ عهد إلى عهد آخر و عقد التزام إلى نظيره كعقده أحد الحبلين إلى آخر و هما صادقان

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح،

(٢) كتاب النكاح للشيخ الأنصارى ٢٠: ٩٠ طبع المؤتمر العالمى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٠

.....

مع أهليه القابل له حين القبول خاصه أيضاً، فيقال إنهما تعاقدوا و تعاهدا ما لم يرجع الأول عن التزامه.

و دعوى اعتبار ما أفاده (قدس سره) لا من جهه دخله فى عنوان المعاهده و المعاقده، بل من جهه الإجماع أو التعبد.

مدفوعه بأنه لا دليل عليها، و عهدتها على مدعيها.

و من هنا يظهر أنه لا وجه لدعوى انصراف الأدله عن مثل هذا العقد، فإنه كيف يمكن قبول هذه الدعوى بعد صدق المعاهده و المعاقده عليه، كما عرفت! بل الحكم كذلك حتى و لو كان القابل غير أهل للتخاطب حال الإيجاب، كما لو كان مجنوناً أو نائماً، لصدق المعاقده و المعاهده عليه عند ضمّه لالتزامه فى حال أهليته إلى التزام الطرف الأول، و بذلك تشمله عمومات و إطلاقات أدله الصحه و النفوذ، بعد أن لم يثبت إجماع على الخلاف أو انصراف.

و الحاصل أنه تكفى أهليه القابل عند القبول خاصه و إن لم يكن كذلك عند الإيجاب، لصدق المعاهده و المعاقده، و عدم الدليل على اعتبارها حال الإيجاب.

و أما الجهه الثانيه: فالظاهر أنه لا ينبغى الإشكال فى اعتبار بقاء الموجب على أهليته حين صدور القبول من الطرف الآخر، باعتبار أن ارتفاع أهليته يستلزم سقوط التزامه و زواله. و به لا- يتحقق عنوان المعاهده و المعاقده، فإنّ تحققه كما عرفت يتوقف على انضمام أحد الالتزامين بالآخر، فإذا فرض ارتفاع التزام الطرف الأول نتيجة عدم أهليته له حين صدور الالتزام من الآخر، لم يكن لالتزام الآخر أثر بالمره. و من هنا فإذا مات الموجب قبل صدور القبول ممن له القبول، لم

تصدق المعاقده و لم يكن لقبوله بعد ذلك أثر.

بل الحال كذلك لو نام الموجب، أو غفل عن التزامه بالكلية، أو حكم عليه بالحجر، لعدم تحقق المعاهده، نظراً لعدم انضمام أحد الالتزامين إلى الآخر.

و أمّا الجبهه الثالثه: فالظاهر أنه كأول في عدم الدليل على اعتباره، فإنّ توسط حاله عدم الأهليه بين حالتي الأهليه في حين الإيجاب و القبول، لا يضّر بصدق

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٦١

[مسألة ١٧: يشترط تعيين الزوج و الزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره]

[٣٨٥٠] مسأله ١٧: يشترط تعيين الزوج و الزوجه (١) على وجه يمتاز كل

المعاقده و المعاهده، إذ العبره في صدقهما إنما هي بانضمام أحد الالتزامين إلى الآخر، كما عرفت. و حيث إن هذا متحقق في المقام، نظراً لبقاء التزام الموجب بعد حاله عدم الأهليه و حين القبول، فلا وجه للقول بعدم صدق المعاقده مع وجود حاله المتخلله.

هذا و مما يعضد ما ذكرناه السيره العقلانيه خارجاً، حيث نرى أنهم يلتزمون بصحة البيع أو الهبه أو ما شاكلهما من العقود، حتى مع تخلل حاله عدم الأهليه للموجب بين حالتي أهليته حين الإيجاب و أهليته حين القبول، كما لو كان البائع في بلد و المشتري في آخر فكتب إليه بالبيع أو ما شاكله، فإنه يلتزم بالصحة فيه فيما إذا تعقب القبول ممن له ذلك، و الحال إنه لا تخلو هذه الحالات من عروض عدم الأهليه للموجب و لا أقلّ من النوم.

نعم، في مثل الجنون لا يبعد القول بأنه مزيل للالتزام، فلا يؤثر القبول في الصحة بعد ذلك، و ذلك لأنّ المجنون لا التزام له، و على فرض وجوده فهو في حكم العدم بلا خلاف، فلا ينفع فيه القبول المتأخر.

ثمّ إن الظاهر أن الإغماء ملحق بالنوم دون الجنون، فإنه نوم حقيقه، غايه الأمر

أنه مرتبه قويه منه. و عليه فيحكم بصحة العقد عند القبول بعد ذلك، لبقاء الالتزام الأول.

و الحاصل أن طرو ما يزيل الأهليه عن الموجب قبل تحقق القبول، لا يؤثر شيئاً في صحة العقد عند تحقق القبول، فيما إذا فرض بقاء الالتزام الأول و عدم زواله بعد زوال الأمر الطارئ.

نعم، لو فرض ارتفاع الالتزام الأول نتيجة طرو ما يزيل الأهليه، لم يكن للقبول المتأخر أثر في صحة العقد.

(١) بلا خلاف فيه.

و الوجه فيه أن الزوجيه إنما تقوم بالأفراد الخارجيه من الرجال و النساء، كما يظهر ذلك من جمله من الآيات الكريمه، كقوله تعالى:

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٦٢

منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشارة.

فلو قال: (زوجتك إحدى بناتي) بطل (١). و كذا لو قال: (زوجت بنتي أحد ابنيك) أو: (أحد هذين). و كذا لو عيّن كل منهما غير ما عيّنه الآخر (٢).

بل و كذا لو عيّنا معيّناً من غير معاهده بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر (٣). و أما لو كان ذلك مع المعاهده، لكن لم يكن هناك دالّ على ذلك من لفظ أو قرينه خارجيه مفهمه، فلا يبعد الصحة (٤) و إن كان الأحوط خلافه.

«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (١) و قوله «فَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (٢) و غيرها. فإن مقتضى انحلال العموم فيها، جواز النكاح لكل فرد فرد من الإماء و النساء. و كذلك النصوص و السيره العقلانيه.

(١) لعدم وجود تعيين حتى في الواقع و علم الله. و الجامع بينهما و إن كان موجوداً إلا أنه لا يصلح لترتب آثار الزوجيه عليه، كوجوب المجامعه في كل

أربعة أشهر أو الإنفاق، و ما شاكلهما.

(٢) لعدم تحقق المعاهده، إذ لم ينضم التزام الموجب إلى التزام القابل، لعدم التطابق بينهما، نظراً لتعلق كل منهما بغير ما تعلق به الآخر.

(٣) و الوجه فيه يظهر مما تقدّم، إذ لم ينضم الالتزام من أحدهما إلى الالتزام من الآخر، لعدم التطابق بينهما، نظراً لاعتقادهما خلاف ذلك. و من هنا فلا- تتحقق المعاهده بالنسبه إلى الشخص المعين، و مجرد الانطباق الخارجى لا- يكفى فى تحقق المعاهده و صدقها، بعد عدم الانطباق بين الاعتقادين و الالتزامين.

(٤) بل لم يظهر وجه للبطلان فى المقام، فإن العبره فى صحه العقد كما عرفت غير مرّه إنما هى بانضمام أحد الالتزامين بالآخر و وقوعهما لشخص واحد، مع إبراز ذلك بمبرز من دون اعتبار لاتحاد المبرزين. و هذا المعنى لما كان متحققاً فى المقام، حيث إن

(١) سورة النور ٢٤: ٣٢.

(٢) سورة النساء ٤: ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٣

و لا- يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد (١) بل يكفى التميز الواقعى مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: (زوّجتك بنتى الكبرى) و لم يكن حال العقد عالمياً بتاريخ تولّد البنّتين، لكن بالرجوع إلى 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 [١]، لانصراف الأدلّه عن مثله (٢). فالقول بالصّحّه و التشخيص بالقرعه، ضعيف.

[مسألة ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الإشارة أخذ بما هو المقصود]

[٣٨٥١] مسألة ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الإشارة أخذ بما هو المقصود (٣) و الغى ما وقع غلطاً.

كلّاً من الالتزامين مرتبط و منضمّ إلى الآخر و هما معاً لشخص واحد، غاية الأمر أن المبرز

لكل من الالتزامين يختلف عن المبرز للآخر، حكم بصحته، فإن ذلك غير ضائر حتى مع عدم القرينه بعد علمهما بالاتحاد فلا وجه لتوهم البطلان فيه بالمره.

(١) لإطلاق الأدله، على ما سيأتى توضيحه فى التعليقه الآتیه.

(٢) لم يظهر لنا وجه ذلك. فإن المرأه معينه واقعاً و العقد واجد لجميع شروط الصحه المعتره فيه، و لا دليل على اعتبار التمييز فى مقام الإثبات، فإنه لا- قائل ببطلان العقد فيما إذا حصل الاشتباه فى الزوجه أو الزوج فور تماميه العقد بعد ما كان معيناً بالذات، كما لو دخلت المرأه بعد العقد إلى مكان فيه أقرانها ثم ادعت كل واحده منهن أنها هى المعقود عليها، بل لا يعرف لذلك موجب بعد أن كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الصحه، إذ لم يرد على شىء منها تقييد بالمعالميه فى مقام الإثبات.

نعم، لا بدّ من رفع الاشتباه و تعيين المعقود عليها، لترتب آثار الزوجيه عليه، إذ الجامع لا يصلح لذلك. و حيث إن الترجيح بلا مرجح لا مجال للقول به، يتعين المصير إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و ما نحن فيه منه.

(٣) لأنه الملاك فى تطابق الالتزامين و عدمه، فإذا اتحد صح العقد، لتحقق المعاهده

[١] فى القوه إشكال، بل الصحه غير بعيدة.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٤

مثلاً لو قال: (زوجتك الكبرى من بناتى فاطمه) و تبين أن اسمها خديجه، صحّ العقد على خديجه التى هى الكبرى.

و لو قال: (زوجتك فاطمه و هى الكبرى) فتبين أنها صغرى، صحّ على فاطمه، لأنها المقصود، و وصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فىلغى.

و كذا لو قال: (زوجتك هذه و هى فاطمه) أو (و هى الكبرى) فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى، فإن المقصود

تزويج المشار إليها، و تسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

[مسألة ١٩: إذا تنازع الزوج و الزوجه فى التعيين و عدمه]

[٣٨٥٢] مسأله ١٩: إذا تنازع الزوج و الزوجه فى التعيين و عدمه، حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً، فالقول قول مدعى الصّحّه [١] (١) كما فى سائر الشروط إذا اختلفا فيها، و كما فى سائر العقود.

من دون أن يؤثر الاشتباه فى الاسم أو الوصف أو الإشارة فى الصّحّه.

(١) و الدليل عليها هو أصالة الصّحّه فى العبادات و المعاملات غير أنه قد تقدّم الكلام فى هذا الأصل فى المباحث الأصوليه و بعض المباحث الفقيهيه المتقدمه مفصلاً و قد عرفت بما لا مزيد عليه أن هذا الأصل لم يدل عليه دليل لفظى من الكتاب أو السنّه، و إنما الدليل عليه منحصر بسيره المتشرعه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام).

و من هنا فمع الشك فى ضيق هذه القاعده و سعتها بحسب الموارد، لا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن فيها، و هو ما إذا كان الشك فى الصّحّه و البطلان من جهه عدم إحراز بعض الشروط، أو الشك فى اقترانه بمانع من الموانع الشرعيه، بعد إحراز أركان العقد و ما يعتبر فى أصل تحققه.

و أمّا مع الشك فى تحقق الأركان نفسها، فلا مجال للحكم بالصّحّه تمسكاً بأصالة الصّحّه، لعدم ثبوت سيره و البناء على الصّحّه فى مثل المقام، كما لو شككنا فى كون

[١] إذا كان النزاع فى وقوع العقد على المعين و عدمه كما هو ظاهر العبارة لم يكن مجالاً للتمسك بأصالة الصّحّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٥

و إن اتّفقا الزوج و ولّى الزّوجه على أنهما عينا معيناً، و تنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البيّنه المرجع التحالف [٢] (١) كما فى

المبيع خللاً أو خمرًا، فإنه لا تنفع أصاله الصحه في إثبات كونه خللاً و من ثمّ إلزام البائع بدفع الخلل.

و على هذا ففي المقام حيث إن الشك في ركن من أركان العقد أعنى التعيين، فلا مجال لتقديم قول الزوج و إثبات كون المرأه المعينه هي الزوجه تمسكاً بأصاله الصحه بل لا بدّ على مدعى الزوجيه و التعيين من البينه و الإثبات على وفق الموازين المبيته في مباحث القضاء.

و من هنا يظهر الحال في سائر العقود غير النكاح، فإنّ الحال فيها هو الحال فيه.

(١) فإنّ كلّاً منهما يدعى شيئاً و ينكر ما يدعيه الآخر، فالزوج مثلاً يدعى زوجيه فاطمه و ينكر زوجيه خديجه التي يدعيها وليها، و الولي يدعى زوجيه خديجه و ينكر زوجيه فاطمه التي يدعيها الزوج، فيكون المقام من التداعى. و مقتضى القاعده فيه أنه إن كانت لأحدهما بينه أخذ بيئته و قُدمّ قوله، و إن لم يكن لهما بينه وصلت النوبه إلى التحالف، فإن حلف أحدهما خاصه ثبت مدعاه، و إن حلفا معاً أو نكلا معاً سقطت الدعويان لعدم المرجح.

و هذا كله مما لا إشكال فيه. إنما الإشكال فيما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) و ادعى عليه الإجماع، من انفساخ الزوجيه في فرض حلفهما معاً أو نكولهما كذلك و كأنه لم يكن عقد في البين «١». فإنّ إثبات ذلك مشكل جداً، فإنه و إن لم يكن لأحدهما إلزام الآخر بلوازم الزوجيه ظاهراً، فليس للزوج إلزام المرأه التي يدعى زوجيتها بالتمكين، كما أنه ليس للمرأه الأخرى إلزام الزوج بالنفقه و ما شاكلها من لوازم الزوجيه، إلّا أن ذلك كله لا يعنى انفساخ الزوجيه واقعاً على ما هو ظاهر

[٢] و يترتب عليه سقوط

الدعوى فقط، فليس لكل من طرفى الدعوى إلزام الآخر بما يدّعيه و أمّا كون التحالف موجباً لانفساخ العقد كما فى الجواهر فمحل منع، بل اللّازم على كل منهما أن يعمل بما هو وظيفته فى الواقع.

(١) الجواهر ٢٩: ١٥٣ ١٥٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٦

نعم، هنا صورته واحده اختلفوا فيها، وهى ما إذا كان لرجل عده بنات فزوّج واحده، و لم يسمّها عند العقد، و لا عينها بغير الاسم، لكنه قصدها معينه، و اختلفا فيها. فالمشهور على الرجوع إلى التحالف (١) الذى هو مقتضى قاعده الدعاوى.

كلماتهم، فإنه لا دليل عليه بالمزّه.

و من هنا فلا بدّ لكل منهما من ترتيب آثار الزوجيه على نفسه فى فرض العلم بصدق مدعاه واقعاً. فلو كان الزوج عالماً بصدق مدعاه من زوجيه المرأه المعينه له واقعاً، فلا بدّ من معاملتها معاملة الزوجه فليس له أن يتزوج بأُمها أو أختها أو الخامسه، و إن لم يمكنه إثبات مدعاه ظاهراً. و هكذا بالنسبه إلى المرأه التى تدعى زوجيتها للرجل.

و هذا الحكم لا يختص بباب النكاح، بل يجرى فى جميع أبواب العقود.

نعم، فى خصوص البيع قد يستدلّ على الانفساخ الواقعى بالنبوى: «إذا اختلف المتبايعان تراداً» (١). إلّا أنها نبويه لم تثبت من طرقنا الخاصه، فلا تصلح للاستدلال. على أنها غير مختصّه بالاختلاف من هذه الجهه، بل هى مطلقه، و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(١) الظاهر أن الأمر قد اشتبه على الماتن (قدس سره)، فإن فى المقام مسألتين تُشبه إحداهما الأخرى لكنهما تختلفان فى الحكم.

أولاهما: ما إذا وقع الخلاف بين الزوج و الأب فى المعينه، بعد اتفاقهما على وقوع العقد على واحده معينه بالاسم أو الوصف أو الإشاره، فادعى الزوج أنّ المعينه

كانت هي الصغيره، و ادعى الأب أنها هي الكبيره.

و فيها لا خلاف و لا إشكال بينهم فى الرجوع إلى التحالف، كما لو كان الخلاف مع غير الأب من الأولياء، حيث إن المقام من باب التداعى كما هو واضح، و لم يذكر فى المقام قول بالتفصيل بين رؤيته لهنّ و عدمها فيما نعلم، بل و لم ينسب الخلاف فى ذلك إلى أحد.

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧ ح ٢١٨٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٧

.....

ثانيتها: أن لا تكون المعقوده عليها معينه بحسب الخارج بالاسم أو الوصف أو الإشاره بالنسبه إلى الزوج و الشهود، و إنما تكون هي متعينه لدى الأب خاصه حيث قصد هو واحده بعينها فأجرى العقد عليها و قبل الزوج ذلك، ثم وقع الخلاف بينهما، فقال الأب: إنما زوجتك ابنتى الكبرى، و قال الزوج: إنما قبلت زوجيه بنتك الصغرى، و من ثم لم يحصل التطابق بين الإيجاب و القبول.

و فيها فالأصحاب على قولين:

التفصيل بين رؤيه الزوج لهن أجمع، فيكون القول قول الأب. و عدمها، فيحكم بطلان النكاح، لصحيحه أبى عبيده الحذاء.

و البطلان تمسكاً بالقاعده، حيث عرفت أن أصله الصّحّه لا أثر لها فى مثل المقام بعد اطراح صحيحه أبى عبيده بدعوى إعراض الأصحاب عنها، أو لكونها من أخبار الآحاد كما عن ابن إدريس.

و ليس فيها قول بالتحالف لأحد على الإطلاق، بل لا موضوع له فى المقام، فإنه إنما يكون فى فرض وجود مدعين و منكرين و ليس المقام منه، فإنّ كلّاً منهما إنما يخبر عمياً فى نفسه و ما نواه فى إيجابه أو قبوله، من دون أن يكون هناك إنكار لدعوى الآخر.

فما أفاده (قدس سره) من ذهاب المشهور فى المسأله إلى التحالف من خلط

هذه المسأله بالمسأله السابقه.

و كيف كان، فالصحيح فى هذه المسأله هو القول الأول، أعنى التفصيل بين رؤيته لهنّ و عدمها. فإنّ روايه الحذاء صحيحه سنداً و واضحه دلالة، و قد عمل بها جملة من الأصحاب، كالشيخ «١» و أتباعه «٢» و العلامه «٣» و المحقّق «٤» بل نسب فى الرياض العمل بها إلى الأكثر «٥». و حملها على بعض المحامل تعسف محض.

(١) النهايه: ٤٦٨.

(٢) انظر السرائر ٢: ٥٧٣.

(٣) قواعد الاحكام ٢: ٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٢٣.

(٥) رياض المسائل ٢: ٧٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٨

و ذهب جماعه إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب و ما لم يرهن فالنكاح باطل. و مستندهم صحيحه أبى عبيده الحذاء (١) و هى و إن كانت صحيحه إلّا أن إعراض المشهور عنها، مضافاً إلى مخالفتها للقواعد، مع إمكان حملها على بعض المحامل، يمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا يخلو عن قوّه [١] (٢)،

فالمتمعّن هو الحكم بالتفصيل تعبداً، و رفع اليد عن القاعده للنص.

(١) قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوّج إحداهن رجلاً و لم يسمّ التى زوّج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثه، فقال الزوج لأبيها: إنما تزوّجت منك الصغيره من بناتك، قال: فقال أبو جعفر (عليه السلام): «إن كان الزوج رآهن كلهن، و لم يسمّ له واحده منهن، فالقول فى ذلك قول الأب، و على الأب فيما بينه و بين الله أن يدفع إلى الزوج الجاربه التى كان نوى أن يزوجه إياه عند عقده النكاح. و إن كان

الزوج لم يرهّن كلّهّن، و لم يسمّ له واحده منهّن عند عقده النكاح، فالنكاح باطل» (١).

(٢) قد عرفت أن في القوه إشكالاً بل منعاً، و مع ذلك فالاحتياط في محلّه.

[١] إنّ هنا مسألتين قد خلط الماتن (قدس سره) بينهما: الأولى □ ما إذا اتفق الزوج و أبو البنات على وقوع العقد على بنت معيّنه ثمّ اختلفا فادّعى الأب أنها الكبرى مثلاً و ادّعى الزوج أنها الصغرى □، ففي هذه المسأله ينتهى الأمر مع عدم البيّنه إلى التحالف لا محاله بلا فرق بين رؤيه الزوج إيّاهنّ و عدم رؤيته، و لم ينسب القول بالبطلان فيها فى فرض عدم الرؤيه و بتقديم قول الأب فى فرض الرؤيه إلى أحد. الثانيه ما إذا لم يتّفقا على وقوع العقد على امرأه معيّنه و اتّفقا على عدم التسميه و التعيين حال العقد فادّعى الأب أنه نوى تزويج الكبرى و ادّعى الزوج أنه نوى التزويج بالصغيره، ففي هذه الصوره حكم الشيخ و أتباعه و جملة من المتأخّرين بل قيل: إنه الأشهر؛ بتقديم قول الأب فيما إذا رآهنّ الزوج و بالبطلان فيما إذا لم يرهّن عملاً بصحيحه أبى عبيده الوارده فى هذا الموضوع، و هذا هو الصحيح، و خالف فى ذلك الحلى فحكم بالبطلان على الإطلاق فإنه مقتضى القاعده و هو لا يعمل بأخبار الآحاد، و اختاره جماعه ممّن تأخّر عنه، و لم ينسب القول بالتحالف فى هذه المسأله إلى أحد بل لا معنّى له إذ لا تداعى فى المقام حتى ينتهى الأمر إلى التحالف.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٥ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٦٩

و مع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط. و كيف كان،

[مسألة ٢٠: لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريته أو أنوثيته]

[٣٨٥٣] مسألة ٢٠: لا يصح نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريته أو أنوثيته، و ذلك لانصراف الأدلة [١] (١). كما لا يصح البيع أو الشراء منه و لو بتولّى الولي، و إن قلنا بصحة الوصية له عهديه، بل أو تملكه أيضاً (٢).

(١) الصحيح في التعليل أن يقال: إن أدلّه المقام لا إطلاق لها يشمل الحمل، فإن الآيات الكريمة و النصوص الواردة في النكاح جوازاً و منعاً، و ارده في الإنسان الخارجي، أعنى ما هو بالفعل متصف بالإنسانية كالرجل و المرأه و الصغير و البالغ و العبد و الأمه، و من الواضح عدم صدق شىء من هذه العناوين على الحمل.

إذن فليس هناك إطلاق يشمل الحمل، كى يدعى انصرافه عنه. و من هنا فيحكم بالبطلان، لعدم الدليل عليه من الكتاب أو السنة، و عدم جريان بناء العقلاء على إنكاح الحمل.

(٢) فإنه لا- يمكن قياس التزويج بالوصية، حيث إن المعتبر في الوصية لما كان هو وجود الموصى له، وقع الخلاف بينهم في كفايه الوجود في بطن الام حملًا، و عدمها و اعتبار وجوده في الخارج. فمنهم من ذهب إلى الأول، لإطلاقات أدلّه الصّحّه. و منهم من ذهب إلى الثانى، لاعتبار كون المالك إنساناً خارجياً، فلا ينفع كونه حملًا. و هذا بخلاف التزويج، حيث قد عرفت أن أدلّه النكاح قاصره الشمول للحمل نكاحاً و إنكاحاً.

ثم إن الفرق بين الوصية العهديه و التملكه في الأثر، إنما يظهر فيما إذا حكمنا ببطلانها.

ففى الأول يحكم بلزوم صرف المبلغ الموصى به فى أقرب الأمور بالفعل المعين و ذلك لعدم انتقاله إلى ملك الورثه حيث إن الإرث إنما يكون بعد الوصية، بل يبقى على ملك الميت بحكم قانون الوصية،

فإذا لم يمكن صرفه في المورد المعين صرف في أقرب الموارد بالقياس إليه.

[١] الظاهر أنه لا يوجد إطلاق يعم نكاح الحمل حتى يدعى انصرافه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٠

[مسألة ٢١: لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر ممّا يختلف به الرغبات]

[٣٨٥٤] مسألة ٢١: لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر (١) ممّا يختلف به الرغبات، و تكون موجه لزياده المهر أو قلته فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها. فلا تجرى قاعده الغرر هنا (٢).

و هذا بخلاف الثانيه، حيث يرجع الموصى به إلى الورثه، نظراً لبطلان التملك الذي حققه الميت فلم يكن قد خرج عن ملكه بذلك التصرف، و حيث إنه لم يبقه في ملكه و لم يحبس نفسه لعدم وجود وصيه اخرى، يكون حاله حال سائر أمواله ينتقل على حد باقي أمواله إلى ورثته.

(١) بلا خلاف فيه و لا إشكال بين الأصحاب، بل ادعى في الجواهر الضروره عليه «١». و تدلّ عليه السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام)، فإنها قائمه على الجواز من دون ردع.

(٢) هذه القاعده ثابتة في البيع بلا خلاف فيه، سواء تمّ النبوى المشهور (نهى النبى عن بيع الغرر) أم لم يتمّ. و أما شمولها لغيره من المعاملات، فهو مورد بحث و كلام بين الأصحاب، و لا دليل عليه سوى ما ذكره العلامة (قدس سره) في التذكرة من (أن النبى (صلّى الله عليه و آله و سلم) نهى عن الغرر) «٢» لكنه لم يثبت.

و كيف كان، فلا مجال للتعدى إلى النكاح، لأنه ليس من العقود المعاوضيه التي يراد منها تبديل الأعيان مع الاحتفاظ على الماليه، و إنما هو علقه خاصه قائمه بين الرجل المعين و المرأه المعينه، و لذا يصح العقد من غير مهر على

الإطلاق. نعم، يثبت مهر المثل عند الدخول بها، إلا أنه غير العقد، فإنه يصحّ من دونه.

و على هذا الأساس لم يلتزم أحد بثبوت الخيار في المهر له أو لها، فيما إذا تبين زياده المسمّى عن مهر المثل أو نقصانه عنه، بدعوى الغبن.

(١) الجواهر ٢٩: ١٥٧.

(٢) تذكره الفقهاء ٢: ٥٨٤ ٥٨٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧١

[فصل في مسائل متفرّقه]

إشارة

فصل في مسائل متفرّقه

[الأولى]: لا يجوز في النكاح دوماً أو متعه اشتراط الخيار في نفس العقد

[٣٨٥٥] الأولى: لا يجوز في النكاح دوماً أو متعه اشتراط الخيار في نفس العقد، فلو شرطه بطل (١).

فصل في مسائل متفرّقه

(١) بلا خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد من الأصحاب. وقد نسب إلى بعض القول بجوازه، إلا أنه لم يعرف قائله. و يدلّ عليه:

أولاً: أن جعل الخيار إنما يصحّ فيما إذا كان اللزوم من حقوق المتعاقدين أو أحدهما. و أما إذا كان ذلك من الأحكام الشرعية، فليس لهما اشتراط الخيار، لأنه من تغيير الحكم الشرعي و أمره بيد الشارع، و ليس للمكلف فيه صلاحية نفياً أو إثباتاً نظير اشتراط اللزوم في العقود الجائزه. و حيث إن اللزوم في النكاح من الأحكام الشرعية، فإن الزواج مستمر إلى تحقق ما يرفعه من الموت أو الطلاق أو انقضاء المدّه أو الإبراء في العقد المنقطع، فلا يرتفع باشتراط الخيار فيه. و الذي يكشف عن كون اللزوم في النكاح من الأحكام، أنه لو كان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحّه الإقاله فيه كما هو الحال في البيع، و الحال أنها غير جائزه فيه بلا خلاف.

ثانياً: أن جعل الخيار لما كان يرجع إلى تحديد المنشأ و توقيته بعدم الفسخ لامتناع الإهمال و عدم معقوليه الإطلاق و الشمول

لما بعد الفسخ على ما تقدم بيانه مفصلاً في كتاب البيع كانت الزوجيه مقيده و مؤقتة بقبيل الفسخ لا محاله، و إذا كانت كذلك حكم بطلانه، لأن تحديد الأجل بنحو لا- يقبل الزيادة و النقصان من أركان العقد المنقطع، و هو مفقود في المقام بحسب الفرض، حيث إن تاريخ الفسخ مجهول.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٢

و في بطلان العقد به قولان. المشهور على أنه

باطل [١]. و عن ابن إدريس أنه لا- يبطل بطلان الشرط المذكور. و لا- يخلو قوله عن قوّه (١) إذ لا- فرق (٢) بينه و بين سائر الشروط الفاسده فيه، مع أن المشهور على عدم كونها مفسده للعقد. و دعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، بخلاف سائر الشروط الفاسده التي لا يقولون بكونها مفسده، كما ترى.

و بعبارة اخرى: إن عقد الزواج لا- يخلو بحسب ما يستفاد من الأدله من قسمين: دائم، و منقطع، و لا- ثالث لهما. و الأول غير متصوّر في المقام، لاستلزام جعل الخيار التقييد. و الثاني يقتضى البطلان، لفقده ركناً من أركانه، و هو تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزيادة أو النقصان.

(١) في القوه إشكال بل منع، و الصحيح ما ذهب إليه المشهور.

و الوجه فيه يظهر مما تقدّم في الوجه الثاني من وجهى بطلان الشرط نفسه، فإن الزوجيه حينئذ ليست بدائمه، لمكان جعل الخيار و ليس الأجل فيها محدوداً بحد معلوم و مضبوط، فيحكم بفسادها، نظير ما لو قالت: زوّجتك نفسى إلى مجىء ولدى من السفر.

(٢) الفرق بين النكاح و غيره يظهر مما قدمناه. فإن هذا الشرط موجب لبطلانه من جهه استلزامه لفقد ركن من أركان العقد، و هذا لا- يأتى في سائر العقود، حيث قد عرفت فيما تقدّم أنه إنما يرجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على العقد على وجود الشرط و تحقّقه، فلا يوجب فساد فساد العقد.

[١] و هو الصحيح، و الفرق بينه و بين سائر الشروط الفاسده هو أنّ اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجيه بما قبل الفسخ لا محاله، و هو ينافى قصد الزواج الدائم أو المؤّجل إلى أجل معلوم، و هذا بخلاف سائر الشروط الفاسده، فإنها

بحسب الارتكاز العرفي لا- ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلف، وإنما ترجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط، ففسادها لا يسرى إلى العقد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٣

و أمّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه (١) و لكن لا بدّ من تعيين مدّته [١] (٢). و إذا فسخ قبل انقضاء المدّة، يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل (٣). هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر. و أما في المتعه حيث أنها لا تصحّ بلا مهر، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٤).

[الثانيه: إذا ادعى رجل زوجته امرأه فصدّقتها]

[٣٨٥٦] الثانيه: إذا ادعى رجل زوجته امرأه فصدّقتها، أو ادعت امرأه زوجته رجل فصدّقتها، حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع، و يترتب جميع آثار الزوجيه بينهما، لأنّ الحق لا يعدوهما (٥)

(١) بلا خلاف فيه. و الوجه فيه أن المهر ليس بركن في العقد، و لذا يصحّ من دونه ابتداءً، فلا محذور في جعل الخيار فيه.

(٢) لم يظهر لنا وجه هذا الاشتراط، فإنه لا فرق بين النكاح و غيره من العقود حيث يصحّ جعل الخيار فيه من غير اشتراط لتعيين المده.

نعم، يعتبر فيه أن لا- يكون مجهولاً مطلقاً و مبهماً من جميع الوجوه، بأن يجعل لنفسه الخيار في ساعه ما فقط من غير تعيين لتلك الساعه، فإنه يبطل لعدم قابليته للجعل، باعتبار أنه لا واقع له و لا تعيين حتى في علم الله سبحانه. و أما لو كان معيناً نوع تعيين و لو بجعله إلى الأبد و ما داما حيين، فلا مانع من الالتزام بصحته من دون اعتبار لتحديده زماناً بحدّ معين و مضبوط. و لعل هذا هو مقصود

الماتن (قدس سره) فى المقام.

(٣) فىما إذا دخل بها و لم يتراضيا على مسمى غير الأول.

(٤) بل ممنوع، لأن مرجعه إلى دوران العقد بين وجود المهر فيه و خلوه عنه، و هو موجب للبطلان فيه، لاعتبار ذكر المهر و الأجل فيه إجماعاً.

(٥) كما تقتضيه السيره العقلانيه القطعيه من جميع الطوائف و المذاهب بلا خلاف فيه، كما هو الحال فى دعوى النسب.

[١] فيه إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٧٤

و لقاعده الإقرار (١). و إذا مات أحدهما ورثه الآخر. و لا فرق فى ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين.

و أما إذا ادعى أحدهما الزوجيه و أنكر الآخر، فيجرى عليهما قواعد الدعوى فإن كان للمدعى بينه، و إلا فيحلف المنكر أو يردّ اليمين، فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجيه، و على المنكر ترتيب آثاره فى الظاهر (٢). لكن يجب على كل منهما

(١) التمسك بهذه القاعده لإثبات الزوجيه فى المقام غير واضح، فإنها إنما تختص بما يكون على المقرّ و يعتبر ضرراً عليه، و لا تشمل ما لا يكون كذلك أو يكون فيه نفع له. و من هنا فحيث إنّ للزوجيه نوعين من الأثر ما يكون على الزوج أو الزوجه، و ما يكون لهما بالقياس إلى الآخر، فلا مجال لإثباتها بالإقرار، و إنما يثبت بإقرارهما ما يكون عليهما خاصة من دون ما يكون لهما.

فبإقرار الزوج يثبت منعه من التزوج بأُمها و أُختها و بنتها و تلزمه نفقتها، إلى غير ذلك مما يكون عليه من الآثار. و أما جواز وطئه لها فلا يثبت بإقراره، لأنه ليس من الإقرار على نفسه.

و هكذا بالنسبه إلى الزوجه، فإنه إنما يؤثر فى منعها من التزوج بغيره و السفر أو الخروج

بغير إذنه و يلزمها تمكينه من نفسها، إلى غير ذلك من الآثار التي تكون عليها. و أما ما يكون لها من الآثار، كالدخول عليه من غير ساتر أو مطالبتها له بالنفقة، فلا يمكن إثباتها بهذه القاعده.

و الحاصل أنه لا- مجال لإثبات عنوان الزوجيه بالإقرار، حيث إنه يشتمل على ما يكون للمقرّ، و إذا لم يثبت ذلك فلا مجال لترتيب جميع الآثار كالإرث و نحوه عليه و إنما يثبت به خصوص ما يكون على المقرّ. و من هنا فالصحيح في إثبات الزوجيه في المقام، هو الاستدلال بأن الحق لا يعدوهما، على ما تقتضيه السيره العقلانيه في الترويح و النسب.

(٢) فإنّ حكم الحاكم لا يبدل من الواقع شيئاً، على ما تدلّ عليه جملة من النصوص، فلا يكون غير الزوج بموجب حكم الحاكم زوجاً و لا غير الزوجه زوجته، و إنما القضاء لفصل الخصومه ظاهراً مع بقاء الواقع على حاله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٥

□
العمل على الواقع فيما بينه و بين الله (١).

و إذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيه بينهما، لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه (٢). فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، و لا- أم المنكره و لا بنتها مع الدخول بها، و لا بنت أخيها أو أختها إلّا برضاها، و يجب عليه إيصال المهر إليها (٣). نعم، لا يجب عليه نفقتها، لنشوزها بالإنكار (٤).

و إن كانت هي المدعيه لا يجوز لها الترويح بغيره إلّا إذا طلقها [١] (٥) و لو بأن

(١) لما عرفت في التعليقه المتقدمه، من أن حكم الحاكم لا يغير و لا يبدل من الواقع شيئاً.

(٢) فإنه نافذ في حقه و إن لم يتمكن من إثباته خارجاً.

(٣) في العبارة مسامحه

أو غفله واضحه. فإن الزوج غير ملزم بالمهر بموجب إقراره، لأن إقراره بكونه مديناً للمرأة بالمهر معارض بإقرارها بعدم استحقاق شئ عليه، وبذلك يسقط الإقراران ولا يثبت عليه شئ .

□
نعم، لو علم الرجل فيما بينه وبين الله ثبوت الزوجية وصدق مدعاه، وجب عليه إيصال المهر إليها، باعتبار أنها مالكة له بالعقد، إلا أن هذا غير الثبوت بالإقرار، كما هو أوضح من أن يخفى.

و الحاصل أن ذكر وجوب إيصال المهر في عداد ما يلزم الرجل بإقراره، مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه غير ملزم به بمجرد الإقرار، وإن كان يجب عليه ذلك إذا علم فيما بينه وبين الله بزوجيتها له.

(٤) حيث إنَّ الاستفادة من جملة من النصوص، أنَّ الملاك في ثبوت النفقة إنما هو كون المرأة في بيت الزوج و تحت سلطانه، فإذا خرجت عن ذلك و لو بإنكارها للزوجيه لم تستحق النفقه.

(٥) أو طلقها الحاكم الشرعي بعد رفعها لأمرها إليه و امتناع الرجل عن الطلاق و ذلك لكونه ممتنعاً عن الإنفاق، و المرأة لا تبقى بلا زوج على ما ورد في بعض النصوص.

[١] و أمّا إذا امتنع عن الطلاق فللحاكم الشرعي أن يطلقها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٦

يقول: (هي طالق إن كانت زوجتي) (١). و لا يجوز لها السفر [١] من دون إذنه (٢). و كذا كل ما يتوقف على إذنه.

و لو رجع المنكر إلى الإقرار، هل يسمع منه و يحكم بالزوجيه بينهما؟ فيه قولان، و الأقوى السماع [٢] (٣) إذا أظهر عذراً لإنكاره، و لم يكن متهماً، و إن

(١) إذ قد عرفت فيما تقدّم أن مثل هذا التعليق لا يضرب بصحة العقد.

(٢) فيه إشكال، بل منع.

فإن عدم جواز

ذلك للزوجه إنما هو من جهه مزاحمته لحق، و لذا فلو لم تكن هناك مزاحمه لحقه كما لو كان مسافراً لم يتوقف جواز سفر المرأة على إذنه. و حيث إنه لا- مزاحمه فى المقام، باعتبار أن الرجل لا يرى حقاً لنفسه فيها، فلا وجه للحكم بتوقف جوازه على إذنه.

و مما تقدّم يظهر الحال فيما أفاده (قدس سره) بعد هذا، من عدم جواز كل ما يتوقّف على إذنه بالنسبه إليها.

(٣) فى إطلاقه إشكال، بل منع.

فإن الإقرار بعد الإنكار و إن كان مسموعاً باعتبار أنه حجه مطلقاً فيتقدم على حكم الحاكم و البينه، إلّا أن ذلك لا يعنى ثبوت الزوجيه بجميع ما لها من الآثار فى المقام، و إنما يثبت به خصوص الآثار التى تكون عليه دون ما يكون له، نظراً إلى أنه بإنكاره الأول قد اعترف بعدم استحقاقه على الآخر، فإذا رجع عن إنكاره كان ذلك بالنسبه إلى ما اعترف بعدم استحقاقه، رجوعاً عن الإنكار و ادعاءً محضاً فلا يسمع كما هو مقرر فى باب القضاء بلا فرق بين أن يكون قد أظهر عذراً و أن يكون

[١] فيه و فيما بعده إشكال.

[٢] هذا بالإضافة إلى الحقوق التى ادعت عليه، و الظاهر أنه لا- يعتبر فى سماعه حيثئذ أن يظهر عذراً لإنكاره و أن لا يكون متّهماً، و أمّا بالإضافة إلى حقوقه على المدعى ففى سماعه إشكال و كذلك الحال فيما إذا رجع المدعى عن دعواه و كذب نفسه، بلا فرق بين الرجوع قبل إقامه البينه و الرجوع بعدها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٧٧

كان ذلك بعد الحلف. و كذا المدعى إذا رجع عن دعواه و كذب نفسه (١). نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك

بعد إقامه البيّنه منه على دعواه (٢) إلّا إذا كذبت البيّنه أيضاً نفسها.

[الثالثه: إذا تزوّج امرأه تدعى خلّوها عن الزوج]

[٣٨٥٧] الثالثه: إذا تزوّج امرأه تدعى خلّوها عن الزوج، فادعى زوجيتها رجل آخر، لم تسمع دعواه إلّا بالبيّنه [١] (٣). نعم، له مع عدمها على كلّ منهما

متّهماً أم لا.

نعم، لو قامت القرينه الخارجيه على أن إنكاره الأوّل كان صورياً من دون أن يكون له واقع، ففي قبول إقراره بعد ذلك خلاف بينهم، وقد تقدّم مثله في مدعى الإقرار مواطاه.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدّم.

فإن ادعاء الرجل مثلاً لزوجه امرأه، يشتمل على اعتراف منه بعدم جواز تزوجه من أمّها، وأختها، و بنتها إذا كان قد دخل بها. و معه كيف يمكن أن يقال بجواز ذلك بمجرد إنكاره و رجوعه عن اعترافه، فإن الإقرار حجه عليه في جميع التقادير و لا مجال لرفع اليد عنه. و هكذا بالنسبه إلى المرأه لو كانت هي المدعيه.

فالصحيح هو التفصيل بين ما يكون عليه و ما يكون له، فيثبت الأوّل خاصه لأن الإقرار حجه على جميع التقادير، دون الثاني لكونه دعوى بعد الإقرار فلا أثر له و لا يسمع.

(٢) ظهر مما تقدّم أنه لا فرق في الحكم بين رجوعه قبل إقامه البيّنه و بعدها، فإنّ سماعه إنما يختص بما يكون عليه دون ما له.

(٣) على ما تقتضيه إطلاقات و عمومات القضاء. فإن مقتضاها عدم قبول قول

[١] و الظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج و لا- الزوجه، أما الزوج فيكفى له عدم علمه بالحال، و أما الزوجه فلائنّ اعترافها بالزوجه لا أثر له حتى يكون لحلفها أثر، و بذلك يظهر الحال في بقيه المسأله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٨

اليمين (١).

المدعى من غير بينه، لا

سيما بعد كون المرأة مصدقه في دعواها، كما دلت عليه جملة من النصوص «١».

مضافاً إلى مكاتبه الحسين بن سعيد الواردة في خصوص المقام، أنه كتب إليه يسأله: عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان، فسألها: لك زوج؟ فقالت: لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هي امرأته إلا أن يقيم البينه» «٢».

(١) و للنظر في ذلك مجال واسع، فإن الظاهر من مكاتبه الحسين بن سعيد المتقدمه أن القضاء في المقام منحصر بالبينه، بحيث لا يمكن الحكم بزوجيتها للمدعى إلا بها.

و الوجه فيه أنه لا مجال لوصول النوبه في المقام إلى اليمين، إذ الزوج ليس منكرًا لما يدعيه الآخر كي يتوجه إليه اليمين، فإنه لا يدعى إلا زوجيه المرأة له استناداً إلى العقد عليها و المحكوم بالصحة بحسب الظاهر، لدعواها خلوها من البعل مع كونها مصدقه في ذلك شرعاً، و من دون أن ينفي ما يدعيه الآخر واقعاً.

و من هنا فليس هو بمنكر كي يلزمه الحلف بمقتضى قواعد القضاء، بل يكفيه في ترتيب آثار الزوجيه عليها مجرد جهله بالحال و الواقع، كما هو مفروض الكلام.

و كذا الحال بالنسبه إلى المرأة. فإن اليمين إنما يتوجه على المنكر فيما إذا كان لاعترافه أثر، بحيث لو أقر لكان إقراره مسموعاً، فإذا لم يكن كذلك فلا- وجه لتحليفه عند الإنكار. و حيث إنه لا- أثر لاعتراف المرأة في المقام على ما سيأتى بيانه فلا معنى لتكليفها باليمين عند إنكارها.

و بعبارة اخرى: إن المرأة في المقام لو لم تحلف و ردّت اليمين إلى المدعى فحلف، لم يكن للحاكم الحكم بزوجيتها للمدعى، نظراً لكونها زوجة للغير ظاهراً، فلا يسمع

٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٠.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٢٣ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٧٩

فان وجه الدعوى على الامراه فأنكرت و حلفت، سقط دعواه عليها (١). و إن نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف، لا- يكون حلفه حجه على الزوج، و تبقى على زوجيه الزوج مع عدمها (٢) سواء كان عالماً بكذب المدعى أو لا، و إن أخبر ثقه واحد بصدق المدعى، و إن كان الأحوط حينئذ طلاقها (٣).

فيبقى النزاع بينه و بين الزوج، فإن حلف سقط دعواه بالنسبه إليه أيضاً. و إن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف، حكم له بالزوجيه إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجيه بعد الردّ عليه، و إن كان قبل تماميه الدعوى مع الزوجه. فيبقى النزاع بينه و بينها، كما إذا وجه الدعوى أولاً عليه.

إقرارها المنافي لذلك، و بهذا الملاك ليس للحاكم تحليفها باعتبار أنه ليس لها الإقرار بذلك.

و الحاصل أن مثل هذه الدعوى لا تنفصل إلاّ بالبينه، فإن أقامها المدعى فهو، و إلاّ فلا أثر لإقرارها أو يمينها.

و من هنا يظهر الحال فيما رتبته (قدس سره) من الفروع على هذا الحكم.

(١) يظهر من عبارته (قدس سره) هذه و ما يأتي في جانب النزاع مع الزوج، أن في المقام دعويين، إحداهما متوجهه نحو الزوج و الأخرى نحو الزوجه، و إنّ لكل دعوى حكمها. إلاّ أنّ الحال في ذلك يظهر مما تقدّم في التعليقه المتقدّمه.

(٢) أي عدم البينه للمدعى.

(٣) استدلّ عليه في الكلمات بموثقه سماعه، قال: سألته عن رجل تزوّج جاريه أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقه أو غير ثقه فقال: إن هذه امرأتى

و ليست لى بيّنه، فقال: «إن كان ثقّه فلا يقربها، و إن كان غير ثقّه فلا يقبل منه» (١).

إلّا أن هذه الموثقه أجنبيّه عن محلّ الكلام، و لا دلالة لها على المدعى، فإنها إنّما تتضمّن لزوم المفارقة فيما إذا كان المدعى هو ثقّه، و الحال إن المدعى استحباب الطلاق

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٢٣ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٠

و الحاصل أن هذه الدعوى على كل من الزّوج و الزّوجه، فمع عدم البيّنه إن حلفا سقط دعواه عليهما، و إن نكلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه.

و إن حلف أحدهما دون الآخر، فلكلّ حكمه. فإذا حلف الزوج فى الدعوى عليه فسقط بالنسبه إليه. و الزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت و ردّ الحاكم عليه فحلف، و إن كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج، إلّا أنه لو طلقها أو مات عنها ردّت إليه، سواء قلنا أن اليمين المردوده بمنزله الإقرار، أو بمنزله البيّنه، أو قسم ثالث. نعم، فى استحقاقها النفقه و المهر المسمّى على الزوج إشكال (١) خصوصاً إن قلنا أنه بمنزله الإقرار أو البيّنه.

هذا كلّّه إذا كانت منكره لدعوى المدعى. و أما إذا صدقته و أفرت بزوجيته فلا- يسمع بالنسبه إلى حق الزوج (٢) و لكنّها مأخوذه بإقرارها، فلا تستحق

فيما إذا كان للمدعى شاهد ثقّه.

و كيف كان، فهذه الروايه و إن كانت موثقه من حيث السند، إلّا أنه لا- بدّ من رد علمها إلى أهله، و ذلك للقطع ببطلان مضمونها.

إذ المراد من قوله (عليه السلام): «فلا يقربها» إن كان هو ترتب جميع آثار الزوجيه عليها ما عدا وطأها،

فمقطوع البطلان من جهه استلزامه الأمر بترك الواجب، أعنى وطأها كل أربعة أشهر مرّه. و إن كان هو بطلان الزوجيه و تقديم قول المدعى، كما يشهد له قوله (عليه السلام) فى فرض عدم كون المخبر ثقّه: «فلا يقبل منه» فمقطوع البطلان من جهه أن الدعوى لا تثبت إلّا باليّنّه أو اليمين، إذ القضاء لا يكون إلّا بهما كما تدلّ عليه جملة من النصوص، فلا فرق بين كون المدعى ثقّه و عدمه.

و الحاصل أنه لا مجال للمساعدة على ظاهر الروايه و لا بدّ من ردّ علمها إلى أهله للقطع ببطلانه، و لأجل هذا حملها غير واحد من الأصحاب على الاستحباب و لا بأس به احتياطاً و رجاءً.

(١) يظهر الحال فيه أيضاً مما تقدّم فى توجه اليمين عليها و قبول إقرارها.

(٢) لكونها إقراراً و اعترافاً فى حق الغير، فلا يسمع و لا يثبت به بطلان الزوجيه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٨١

النفقه [١] على الزوج، و لا المهر المسمّى (١) بل و لا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغيه بمقتضى إقرارها، إلّا أن تظهر عذراً فى ذلك. و تردّ على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

[الرابعة: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه و أنكرت]

[٣٨٥٨] الرابعة: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه و أنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تماميه الدعوى مع الأول، و كذا يجوز لذلك الغير تزويجها أو لا إلّا بعد فراغها من المدعى؟

المحكومه بالصّحّه ظاهراً.

(١) إن كان المراد بذلك أنه ليس للمرأة مطالبه الزوج بالمهر و النفقه، فهو صحيح و لا بأس به. و أما إذا كان المراد به عدم ثبوت المهر و النفقه واقعاً، بحيث يكون للزوج الامتناع عن إعطائها ذلك كما هو ظاهر

عبارة (قدس سره)، فهو في غاية الإشكال ولا يمكن مساعدته عليه بوجه.

و السر فيه أن الزوج حينئذ يعلم إجمالاً بحرمه الوطء أو وجوب دفع النفقة و المهر، و هو يمنع من وطئها من دون المهر و النفقة، لاستلزامه المخالفة القطعية و القطع بارتكابه المحرم، و من هنا فلا يجوز له وطؤها إلا بدفع المهر و النفقة.

نعم، لا- أثر لهذا العلم الإجمالي من جهة بطلان العقد و عدم جواز وطئه لها، إذ المفروض أن العقد محكوم بالصحة ظاهراً، فيجوز له وطؤها، غاية الأمر أنه ملزم بدفع المهر و النفقة إليها و إن لم يكن لها هي المطالبة بهما.

و الحاصل أن المرأة حينئذ إنما لا- تستحق المطالبة بهما، و إلا فالزوج ملزم بتسليمها إليها، فراراً من المخالفة القطعية للمعلوم إجمالاً.

[١] لعله يريد بذلك أنها لا تستحق مطالبه النفقة و المهر لاعترافها بأنها بغية، و أما الزوج فيجب عليه النفقة و المهر، فإن الحكم بجواز الوطء مع عدم وجوب النفقة و المهر مخالف للتكليف المعلوم إجمالاً، لكن قيام الحجّة على صحة العقد يوجب انحلال العلم، فإذا صحّ العقد وجبت النفقة و المهر لا محالة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٢

وجهان: من أنها قبل ثبوت دعوى المدعى خليه و مسلطه على نفسها. و من تعلق حق المدعى بها، و كونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعى. مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردّت الحلف عليه و حلف، فإنه ليس حجه على غيرها (١) و هو الزوج. و يحتمل التفصيل (٢) بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ، و بين غير هذه الصورة. و الأظهر الوجه الأول (٣).

و حينئذ فإن أقام المدعى بيّنه و حكم له

(١) لكونه إقراراً في حق الغير فلا يسمع، فإن اليمين المردوده إنما تؤثر بالنسبه إلى المنكر خاصه، و لا تراحم حق الغير.

(٢) الظاهر أن مفروض كلامهم فيما إذا لم يكن الرجل مماطلاً و ممتنعاً من القضاء بحيث تطول الدعوى، و إلا فلا ينبغي الشك في الجواز، فإن المرأه لا تبقى معطله و بلا زوج على ما دلت عليه النصوص.

(٣) لبطلان الوجوه التي استدلت بها على المنع. فإن مانعيه الوجه الأول و الثاني مصادره على المدعى، فإنها أول الكلام و عين محل النزاع. و الوجه الثالث لم يظهر له معنى محصل، فإن دعوى المدعى لا تسقط بالتزويج جزماً، بل له الترافع إلى الحاكم حتى بعد تزويجها من غيره.

نعم، تزويجها من غيره يوجب عجزه عن إثبات مدعاه فيما إذا لم تكن له بينه، لأنه حينئذ ليس له إحلافها على ما اخترناه، باعتبار أن توجه اليمين فرع قبول الإقرار فإذا لم يكن إقرارها مسموعاً لم يكن معنى لتوجه اليمين إليها. و كذا بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) من توجه اليمين إليها، فإنها إن حلفت انفسخت دعواه، و إن نكلت و ردت اليمين إليه فحلف لم يقتض ذلك بطلان الزوجيه الثابته ظاهراً، لأنه من قبيل الإقرار من حق الغير.

إلما أن ذلك لا محذور فيه، لعدم الدليل على عدم جواز تعجيز المدعى عن إثبات دعواه، و كون الدعوى مانعاً من تصرف المكلف في ماله أو نفسه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٣

و إن لم يكن له بينه و حلفت، بقيت على زوجيتها [١]. و إن ردت اليمين على المدعى و حلف، ففيه وجهان (١): من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها. و من

أن اليمين المردوده لا يكون مسقطاً لحق الغير و هو الزوج. و هذا هو الأوجه فيشمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ تردّ على المدعى. و المسأله سياله تجرى فى دعوى الأملاك و غيره أيضاً (٢)، و الله أعلم.

و من هنا فالظاهر أنه لا مانع من تزوّجها من غيره و تزوّج الغير منها، نظراً إلى حجيه قولها فى كونها خليه كما دلّت عليه جملته من النصوص، فيصح و إن أوجب ذلك عجز المدعى عن إثبات مدعاه باليمين المردوده.

(١) قد عرفت فيما تقدّم أنه لا وجه لتوجه اليمين عليها، كما لا أثر لحلف المدعى بعد ردّها اليمين عليه.

(٢) إلّا أن بين الزوجيه و غيرها فرقاً واضحاً. فإن فى غير الزوجيه يمكن للمدعى عند عدم البيّنه إثبات دعواه باليمين المردوده، و هذا بخلاف الحال فى الزوجيه، حيث قد عرفت أنه لا مجال لإثباتها بها.

و من هنا فلو فرضنا أن من بيده الدار مثلاً قد باعه، حكم بصحته لقاعده اليد.

إلّا أن ذلك لا يوجب سقوط دعوى المدعى، بل له الترافع لدى الحاكم. و حينئذ فإنّ أقام بيّنه على مدعاه حكم ببطلان البيع، لظهور عدم كون البائع مالكاً، و إلّا كان له إحلاف المنكر البائع فإن حلف سقطت دعواه و إلّا كان له ردّ اليمين على المدعى، فإن حلف كان أثره تغريم البائع قيمه الدار لإتلافه عليه فيكون ضامناً له دون شخص العين المبيعه إذ لا أثر لاعترافه بالنسبه إليها، لكونه من الاعتراف فى حق الغير المشتري.

[١] تقدّم أنّ الحلف لا يتوجّه على الزوجه بعد التزويج كما هو المفروض هنا حيث لا موضوع لحلفها، فإنّ موضوعه إنما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر و لا أثر

له فى المقام، و بذلك يظهر حال اليمين المردوده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٨٤

[الخامسه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فأنكرت، و ادعت زوجيته امرأه أخرى]

[٣٨٥٩] الخامسه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فأنكرت، و ادعت زوجيته امرأه أخرى، لا يصحّ شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع الامرأه الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها.

فهناك دعويان، إحداهما: من الرجل على الامرأه، و الثانيه: من الامرأه الأخرى على ذلك الرجل. و حينئذ فإما أن لا يكون هناك بينه لواحد من المدعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو لكليهما.

فعلى الأول يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان (١). و كذا إن نكلا و حلف كل من المدعين اليمين المردوده (٢). و إن حلف

و هذا بخلاف الزوجيه، حيث لا أثر لاعتراف المنكر المرأه بالنسبه إلى الزوجيه الفعلية، سواء أ كان الاعتراف صريحاً أم من جهه ردها اليمين على المدعى، لكونه اعترافاً فى حق الغير فلا يسمع.

نعم، ذكر أن أثره يظهر فيما لو مات الزوج الظاهرى أو طلقها حيث ترجع إلى المدعى، إلا أن ذلك مسأله أخرى غير ما نحن فيه. بخلاف الأموال، حيث يُسمع فيها إقرار المنكر، و فى حكمه حلف المدعى عند رده عليه، لكن لا أثر له بالنسبه إلى العين المنتقله إلى الغير، و إنما يثبت له بذلك المثل أو القيمه.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(٢) و ذلك لأنه لو نكل الرجل عن أداء اليمين و ردها إلى المدعى المرأه التى ادعت زوجيتها له فحلف، و نكلت المرأه الأولى التى ادعى الرجل زوجيتها عن أداء اليمين و ردها إلى المدعى الرجل فحلف، كان مقتضى القاعده ثبوت مدعى كل من المدعين.

لكن فى خصوص المقام لما لم يمكن الجمع بينهما، لاستلزامه الجمع بين

الأختين أو الأم و البنت و هو ممنوع، و لم يكن مرجح لإحدى الزوجتين على الأخرى، تعين تساقطهما لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٥

أحدهما، و نكل الآخر و حلف مدعيه اليمين المردوده، سقطت دعوى الأوّل و ثبت مدعى الثانى (١).

فإن قلت: إنّ حلف المدعى الأوّل اليمين المردوده عليه، يمنع من ردّ المنكر الثانى اليمين على المدعى الآخر. فإن الرجل مثلاً بعد أدائه لليمين المردوده من المرأة التى يدعى هو زوجيتها، لم يكن له ردّ اليمين المتوجه إليها نتيجة لإنكاره دعوى المرأة الثانى التى تدعى هى زوجيتها له، و ذلك لأنه لا أثر لهذه اليمين المردوده غير تساقط الدعويين، و من الواضح أنه لا معنى للحلف من أجل تساقط الدعويين.

و على هذا فلا تصل النوبه فى المقام إلى التساقط، بل تثبت الدعوى الأولى خاصه و هى ما يدعيه الرجل فى المثال دون الثانى.

قلت: إن هذه الدعوى من البعد بمكان، فإن نسبه الأدلّه الدالّه على أنّ للمدعى فى فرض عدم البيئه إحصاف المنكر، و له ردّ اليمين عليه إليهما سواء، و شمولها لكلا الدعويين على حدّ واحد، و مجرد تقدّم إحداهما زماناً لا يوجب سقوط الحكم بالنسبه إلى الدعوى المتأخره، بل الحكم ثابت لها حتى و إن كانت نتيجة ذلك هو التساقط، فإنّ كلّاً من الدعويين مورد للحكم و مشمول للدليل. لكن حيث لا يمكن الجمع بينهما، و لا ترجيح إحداهما على الأخرى، تعين الالتزام بتساقطهما.

و نظير المقام ما لو ادعى اثنان مالاً فى يد ثالث. فإنّ إقامه أحدهما البيئه قبل الآخر لا يوجب سقوط دعواه و لا يمنعه من إقامه البيئه، و ليس ذلك إلّا لكون حجيه البيئه بالنسبه إليهما على حد سواء، فلا

وجه لأن يقال بتقديم الدعوى الاولى على الثانيه، لأنه بلا مرجح إذ لا أثر لمجرد السبق الزماني، بل تسمعان معاً و تتعارضان و نتيجة لذلك تتساقطان لا محاله.

و الحاصل أن ما أفاده الماتن (قدس سره) في المقام من التساقت هو الصحيح.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء. فإن دعوى الأول تسقط نتيجة لعدم البينه كما هو المفروض و أداء المنكر اليمين على خلافها، و دعوى الثاني تثبت نتيجة لأداء المدعى اليمين المردوده عليه من قبل المنكر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٦

و على الثاني و هو ما إذا كان لأحدهما بينه يثبت مدعى من له البينه. و هل تسقط دعوى الآخر، أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه؟ قد يدعى القطع بالثاني، لأنّ كل دعوى لا بدّ فيها من البينه أو الحلف. و لكن لا يبعد تقويه الوجه الأول، لأنّ البينه حجّه شرعيه، و إذا ثبت بها زوجيه إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجيه الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأخرى (١).

و على الثالث فيما أن يكون البيتان مطلقتين، أو مؤرختين متقارنتين، أو تاريخ أحدهما أسبق من الأخرى.

فعلى الأولين تتساقطان، و يكون كما لو لم يكن بينه أصلاً (٢).

(١) و الأمارات الشرعيه حججه في لوازمها، سواء أ كان الشاهد و المخبر ملتفتاً إلى الملازمه أم لم يكن.

هذا و قد يقال: إن حجيه البينه بالنسبه إلى الدعوى الثانيه مبنيه على الالتزام بحجيه البينه من المنكر أيضاً، كما ذهب إليه جماعه من الأصحاب و استظهرناه في محله، باعتبار أن قولهم (عليهم السلام): «و اليمين على المدعى عليه» لا يعنى عدم قبول البينه منه، بل إنما

يعنى أنه ليس مطالباً بها كالمدعى، وإنما هو مطالب باليمين خاصه، وإلا فلو أقام هو البيّنه باختياره فهى مسموعه لإطلاقات أدلّه حجيتها. و أما بناءً على عدم قبولها منه كما عليه المشهور، فلا مجال لقبولها بالنسبه إليها، بل لا بدّ من الرجوع إلى يمين المنكر، أو اليمين المردوده منه على المدعى.

وفيه: أنّ المقام ليس من مصاديق النزاع المتقدم. فإن البيّنه هذه ليست بيّنه للمنكر كى يبحث فى حجيتها و عدمها، وإنما هى بيّنه خارجيه قامت على عدم مشروعيه زوجيه المرأه الثانيه له، فلا تسمع دعواها من هذه الجهه، سواء أقلنا بحجيه بيّنه المنكر أم لم نقل.

(٢) لعدم إمكان الجمع بينهما، لتعارضهما و تكاذبهما، و عدم وجود مرجح لإحداهما على الأخرى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٨٧

و على الثالث ترجّح الأسبق (١) إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ إلى زمان الثانيه. و إن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك إذا كانت الامراتان الام و البنت مع تقدّم تاريخ البنت، بخلاف الأختين و الأم و البنت مع تقدّم تاريخ الام، لإمكان صحّه العقدین، بأن طلق الاولى و عقد على الثانيه فى الأختين

(١) و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: إن البيّنتين قد تشهدان بالعقد المجرد خاصه من دون تعرض لاستمرار الزوجيه و عدمه. و قد تشهدان بالزوجيه الفعلية، بأن تشهد الاولى بالزوجيه حدوداً و استمراراً، و تشهد الثانيه بها فعلاً.

ففى الفرض الأوّل حيث لا تعارض بينهما لإمكان صدقهما معاً، بأن يكون الرجل قد تزوّج من إحدى الأختين أوّلًا ثمّ طلقها و تزوّج من الثانيه، فلا محاله تترجح الثانيه لأصالة الصحّه من دون معارض لها، و بذلك فيترتب على تلك المرأه جميع

آثار الزوجيه، كما هو واضح.

إلما أن هذا إنما يتم في غير الام و البنت إذا كان عقد البنت هو الأسبق بحسب البيئه. و أما في هذا الفرض فيحكم بفساد العقد الثانى، نظراً لخروج المرأه الثانيه الأم عن قابليتها للزوجيه لذلك الرجل بمجرد العقد على المرأه الأولى البنت فترجح البيئه الأولى، بل لا أثر للبيئه الثانيه، باعتبار أن العقد الثانى قد وقع على المرأه المحرمه أبداً.

و في الفرض الثانى تسقط البيئتان بالنسبه إلى الزوجيه الفعلية، نظراً لتعارضهما و تكاذبهما و عدم إمكان الجمع بينهما. و أما بالنسبه إلى الزمان السابق، فحيث إنه لا تنافى و لا تكاذب بينهما، حيث إن إحداهما تشهد بالزوجيه فى ذلك الزمان خاصه دون الأخرى، يتعين العمل بمقتضاها، فتثبت زوجيه تلك الأخت فى ذلك الزمان. و عليه فعند الشك فى بقائها و استمرارها إلى الزمان الحالى، يستصحب بقاؤها لا محاله، و به تثبت زوجيه تلك الأخت دون الثانيه.

و الحاصل أن زوجيه إحدى الأختين و إن ثبتت فى المقام، إلما أن ذلك ليس من أجل ترجح بيئتها على بيئه الأخرى، لما قد عرفت من سقوطهما بالتعارض بالنسبه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٨٨

و طلق الام مع عدم الدخول بها. و حينئذ فى ترجيح الثانيه أو التساقت وجهان [١].

إلى الزمان الفعلى، و إنما هو من جهه ثبوت زوجيه تلك المرأه فى الزمان السابق بالبيئه من غير معارض، و من ثم استصحابها إلى زمان الشك.

لكن هذا أيضاً إنما يتم فى غير الام و البنت مع كون عقد البنت هو السابق. و أما فيه فلا، نظراً لمعارضه البيئه الثانيه للأولى حدوداً و بقاءً، فإنه كما لا يمكن الجمع بين الزوجيه الفعلية للأم مع الزوجيه الفعلية

للبنات، لا يمكن الجمع بين زوجيه الام فعلاً و زوجيه البنت سابقاً.

و من هنا تكون بينه زوجيه الام فعلاً معارضه لبينه زوجيه البنت فعلاً و في السابق أيضاً، لعدم إمكان اجتماعهما، فينتهي الأمر إلى التساقت لا محاله. و بذلك يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى من المسأله، أعني عدم وجود البينه لكلتا

[١] تاره يفرض شهاده البيئتين على العقد و أخرى يفرض شهادتهما على الزوجيه، فعلى الأول لا تنافى بينهما إلا في الأم و البنت و كان تاريخ عقد البنت مقدماً على تاريخ عقد الأم، و في مثله تتقدم البيئه الأولى على البيئه الثانيه لأنها ترفع موضوعها، و أما في غير الأم و البنت كما في الأختين أو فيهما إذا كان تاريخ عقد الأم متقدماً على عقد البنت، فعندئذ لا تنافى بين البيئتين لإمكان صحه كلا العقدين معاً إذ من المحتمل أن يطلق الأولى و يتزوج بالأخرى، و عليه فيؤخذ على طبق البيئه الثانيه فيحكم بصحه العقد على المرأه الأخرى لأصالة الصحه، و على الثاني فإن كانت البيئه الأولى قائمه على زوجيه المرأه الأولى فعلاً فعندئذ تسقط من جهه المعارضه مع البيئه الثانيه التي تدل على زوجيه المرأه الأخرى، فيكون المرجع في المسأله هو استصحاب بقاء زوجيه الأولى إلا فيما كانت المعارضه بينهما في الأم و البنت و كانت زوجيه البنت متقدمه على زوجيه الأم، فإنه حينئذ كما أن البيئه الثانيه تعارض البيئه الأولى في البقاء كذلك تعارضها في الحدوث، و عليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقاء زوجيه الأولى، و أما الروايه الوارده في المسأله فهي ضعيفه لا يمكن الاعتماد عليها، و بذلك يظهر ما في قول الماتن قبل أسطر: «ترجح

الأسبق إذا كانت تشهد ... إلخ»، وإن كانت البيّنة الأولى قائمه على زوجيّه المرأة الأولى فحسب من دون دلالتها على أنها زوجته فعلاً فعندئذ حال هذا الفرض حال الفرض الأوّل.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٨٩

هذا و لكن وردت روايه (١) تدلّ على تقديم بيّنه الرجل، إلّا مع سبق بيّنه الامراه المدعيه أو الدخول بها في الأختين، و قد عمل بها المشهور في خصوص الأختين، و منهم من تعدى إلى الأم و البنت أيضاً. و لكن العمل بها حتى في موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد، و إمكان حملها على بعض المحامل التي لا تخالف القواعد.

الدعويين.

و مثله في الحكم ما لو شهدت البيّنه الأولى بحدوث الزوجيه للبنت في السابق و شهدت البيّنه الثانيه بالزوجيه الفعلية للام، و ذلك لعدم إمكان الجمع بينهما كما عرفت، فينتهي الأمر إلى التساقط لا محاله.

نعم، في غير هذه الصوره أعنى الأم و البنت مع سبق عقد الثانيه من فروض شهاده إحدى البيّنتين بالحدوث خاصه و شهاده الأخرى بالزوجيه الفعلية، ترجح البيّنه الثانيه لا محاله، لعدم المعارضه و المنافاه بينهما فيحكم بثبوت الزوجيه الفعلية التي شهدت البيّنه لها بذلك. و لا يعارضه استصحاب زوجيه الأولى بعد ثبوتها بالبيّنه في السابق، لسقوط الاستصحاب بالبيّنه الدالّه على ثبوت الزوجيه الفعلية للثانيه.

و مما ذكرنا كله يتضح الحال في الفروع التي ذكرها الماتن (قدس سره) بعد هذا.

(١) و هي ما رواها محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، و عن علي بن محمد القاساني، عن القاسم بن محمد، عن سليمان بن داود، عن عيسى بن يونس، عن الأوزاعي، عن الزهري، عن علي بن الحسين (عليه السلام)، في رجل ادعى على امرأته أنه تزوّجها بولي

و شهود و أنكرت المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينه أنه تزوجها بولي و شهود و لم يوقتا وقتاً، فكتب: «إن البينه بينه الرجل، و لا تقبل بينه المرأة، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، و تريد أختها فساد النكاح، فلا تصدق و لا تقبل بينتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها» (١).

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٢٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٠

[السادسه: إذا تزوج العبد بمملوكه ثم اشتراها بإذن المولى]

[٣٨٦٠] السادسة: إذا تزوج العبد بمملوكه ثم اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها [١] على حاله (١).

و قد رواها الشيخ (قدس سره) بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، عن علي بن محمد، عن القاسم بن محمد، عن سليمان بن داود، عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبي عبد الله (عليه السلام) «١».

إلّا أن هذه الروايه بطريقها ضعيفه سنداً. فإنّ علي بن محمد القاساني ممّن ضعفه الشيخ (قدس سره)، و محمد بن القاسم مشترك بين الثقة و الضعيف، و عيسى بن يونس لم يوثق، و الأوزاعي و الزهري ضعيفان، و عبد الوهاب بن عبد الحميد لم يرد فيه توثيق.

و من هنا فمثل هذه الروايه لا يمكن الاعتماد عليها بوجه، لكن لا من جهه مخالفتها للقاعده حيث إنها ليست من الأحكام العقليه كي لا تقبل التخصيص، و إنما من جهه ضعفها سنداً.

و دعوى انجبارها بعمل المشهور، فقد عرفت عدم تماميتها كبرى غير مرّه.

هذا مضافاً إلى اختصاص الروايه بالأختين، فلا مجال للتعدى عنها بعد كونها مخالفه للقاعده.

(١) هذا الحكم ذكره غير واحد، منهم المحقق (قدس سره) في الشرائع «٢». و لم يذكر صاحب الجواهر (قدس

سره) فى شرحه خلافاً من أحد، و علل ذلك بالأصل «٣». و أرسله بعضهم إرسال المسلمات.

[١] تقدّم أنّ بيع الأمه طلاقها و على هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنه المشتري لها فإن أجاز بقى النكاح، و إلّا انفسخ، و عليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلّا بإجازة المولى.

(١) الوسائل، ج ٢٧ كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، ب ١٢ ح ١٣، التهذيب ٦: ٢٣٦ / ٥٨١.

(٢) شرائع الإسلام ١: ٣٢٤.

(٣) الجواهر ٢٩: ١٦٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٩١

.....

إلّا أن فى ذلك إشكالاً، بل منعاً. و ذلك لما أجمعوا عليه بغير خلاف بينهم فى باب الطوارئ، من أن بيع الأمه بمنزله الطلاق بل هو طلاق لها على ما دلّت عليه جملة من النصوص المعتمده، من دون أن يستثنى منه هذه الصورة أعنى شراء العبد زوجته لمولاه فإن معه كيف يمكن أن يقال بقى على نكاحها! بل لا- بدّ أن يقال إنّ مولاها الجديد بالخيار، فإن أجاز فهو، و إلّا انفسخ لا محاله.

و الحاصل ان ما أفاده (قدس سره) فى المقام بل نسب ذلك إلى الأصحاب، لا يجتمع مع ما ذكر فى باب الطوارئ و لا يمكن المساعدة عليه.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر (قدس سره) بعد أن اختار فى هذه المسألة بقاء النكاح على حاله «١» ذكر فى مسأله ما لو بيعت الأمه المزوجه ما ملخصه، أن فيها وجهين: بطلان النكاح، لكون بيعها طلاقاً لها حقيقه، فيحصل الفراق بينها و بين الزوج، غايه الأمر أن للمشتري إرجاع الزوجيه فيكون نظير رجوع الزوج بزوجه المطلقه فى أثناء العده، بناءً على مسلك المشهور من أنه إرجاع للزوجيه بعد ارتفاعها. و بقاء النكاح، مع ثبوت حق الفصل بينهما للمشتري.

ثمّ ذكر (قدس سره)

أن الوجه الأوّل هو الأقوى إن لم يثبت إجماع على خلافه باعتبار أنه هو الذى تقتضيه النصوص المعتمده الداله على أن صفقتها طلاقها «٢».

□
بل حسنه حسن بن زياد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه يطأها فلبغه أن لها زوجاً، قال: «يطأها، فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرهما إذا بيعا» «٣».

و صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها» و قال فى الرجل يزوج أمته رجلاً حراً ثمّ يبيعها، قال: «هو فراق بينهما، إلّا أن يشاء المشتري أن يدعهما» «٤» كالصريحين فى المدعى.

(١) الجواهر ٢٩: ١٦٨.

(٢) الجواهر ٣٠: ٢٦٣.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٧ ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٧ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٩٢

و لا إشكال فى جواز وطئها (١). و إن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (٢) و حلّت له بالملك، على الأقوى من ملكيه العبد.

أقول: إن ما أفاده (قدس سره) و إن كان مناقضاً لما أفاده أوّلاً، إلّا أنه هو الصحيح، حيث لم يثبت إجماع على الخلاف.

ثمّ كان عليه (قدس سره) التنبيه على روايه معتبره معارضه لما تقدّم من النصوص، حيث تدلّ بالصراحه على الوجه الثانى، و هى صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تحته مملوكه بين رجلين فقال أحدهما: قد بدا لى أن أنزع جاريته منك و أبيع نصيبى فباعه، فقال المشتري: أريد أن أقبض جاريته، هل تحرم على الزوج؟ قال: «إذا اشتراها غير الذى كان أنكحها إياه

فإن الطلاق بيده، إن شاء فَرَّقَ بينهما، و إن شاء تركها معه، فهي حلال لزوجها، و هما على نكاحهما حتى ينزعها المشتري»
الحديث «١».

و هذه الروايه و إن كانت صحيحه سنداً و واضحه دلالة، إلّا أنها لما كانت معارضة للنصوص الصحيحه الصريحه و المستفيضه، فلا بدّ من رد علمها إلى أهله، حيث لا يمكن حمل هذه على محمل آخر لصراحتها، و لا رفع اليد عن تلك الروايات لصحّتها سندها و استفاضتها.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدّم.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم.

إلّا أنّ المستند فيه ليس هو عدم اجتماع الزوجيه و الملكيه المستفاد من الآيه الكريمه و النصوص المعتمده على ما ذكر في بعض الكلمات، كى يرد عليه بأن استحاله الجمع لا تقتضى حدوث الملك و زوال الزوجيه إذ من الممكن الحكم بالعكس، باعتبار أن صحّحه البيع تحتاج إلى الدليل، و مع عدمه يكون البناء على بطلان البيع و بقاء الزوجيه عملاً بالاستصحاب أولى.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٨ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٣

و هل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الإذن من المولى أو لا؟ وجهان، أقواهما ذلك (١) لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه و قد زالت بالملك (٢) فيحتاج إلى الإذن الجديد [١].

و لو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له و تبقى الزوجيه (٣). و إن اشتراها بعين ماله كانت له و بطلت الزوجيه. و كذا إن اشتراها فى الذمه، لانصرافه إلى ذمه نفسه (٤). و فى الحاجه إلى الإذن الجديد و عدمها، الوجهان.

و إنما المستند فيه ما أشرنا إليه فى التعليقه السابقه، من أن بيع الأمه

بعضاً أو كلاً طلاقاً لهما، على ما تدلّ عليه جملة من النصوص المعتبرة، ومنها ما هو وارد في خصوص المقام كموثقه سماعه، قال: سألته عن رجلين بينهما أمه فزوّجها من رجل اشترى بعض السهمين، فقال: «حرمت عليه باشرائه إياها، وذلك أن بيعها طلاقاً إلا أن يشترىها من جميعهم» (١).

(١) ما أفاده (قدس سره) وإن كان متيناً في نفسه، إلا أن الظاهر كفايه الإذن في الشراء لنفسه عن ذلك، فلا يحتاج إلى إذن آخر في الوطء. وذلك لأن الإذن في الشراء لنفسه، إذن منه في الانتفاع بها بما هو المتعارف، بمقتضى الفهم العرفي و مناسبات الحكم و الموضوع.

(٢) لتحقّق الطلاق بمجرد البيع، كما عرفت.

(٣) تقدّم ما فيه فلا نعيد.

(٤) حيث لم تقم قرينه على الخلاف، فإن كونه في ذمّه الغير يحتاج إلى مئونه زائده و خلاف ظاهر الشراء.

[١] نعم إلا أنّ الإذن في الشراء لنفسه إذن له فيه فلا يحتاج إلى إذن آخر.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٦ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٤

[السابعة: يجوز تزويج امرأه تدعى أنها خليه من الزّوج من غير فحص]

[٣٨٦١] السابعة: يجوز تزويج امرأه تدعى أنها خليه من الزّوج من غير فحص (١) مع عدم حصول العلم بقولها، بل و كذا إذا لم تدع ذلك (٢) و لكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعيت إليه. بل الظاهر ذلك و إن علم كونها ذات بعل سابقاً، و ادعت طلاقها أو موته (٣).

(١) على ما هو المعروف و المشهور بينهم، بل لم يظهر الخلاف فيه من أحد.

و تدلّنا عليه مضافاً إلى السيره القطعيه، حيث يتزوج الرجل الغريب في غير بلده معتمداً على دعواها أنها خليه من غير فحص،

من دون أن يظهر التوقف في صحّحه عقده من أحد معتبره ميسر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ألقى المرأه بالفلاه التي ليس فيها أحد، فأقول لها: أ لك زوج؟ فتقول: لا، فأترؤجها؟ قال: «نعم هي المصدقه على نفسها» (١).

□
و يؤيده خبر محمد بن عبد الله الأشعري، قال: قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يتزوج بالمرأه فيقع في قلبه أن لها زوجاً؟ فقال: «و ما عليه، أ رأيت لو سألتها البيئه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج» (٢).

□
و هي بحسب الدلاله و إن كانت لا بأس بها، إلّا أنها من حيث السند ضعيفه، حيث إن محمّد بن عبد الله الأشعري لم يوثق، و من هنا جعلناها مؤيده.

(٢) للسيره و معتبره ميسر المتقدمين، إذ لا فرق في كونها مصدقه على نفسها بين قولها و عملها، فإنّ دعوتها للرجل أو إجابتها له، إخبار منها بخلوها عن البعل و المانع.

(٣) ظهر وجهه مما تقدّم، حيث لم يرد تقييد لإطلاق قوله (عليه السلام) في معتبره ميسر: «هي المصدقه على نفسها». و كذا السيره، فإنّ الرجال يتزوجون من الثيبات

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٢٥ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٠ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٥

نعم، لو كانت متهمه في دعواها، فالأحوط الفحص [١] عن حالها (١).

و من هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبه منقطعه و لم يعلم موته و حياته، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الإمارات و القرائن أو بإخبار مخبرين، و إن 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.

من غير فحص، مع ظهور الشبويه في سبق الزوجيه غالباً.

(١) بل مقتضى صحيحه أبي مريم عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن المتعه، فقال: «إنّ المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنهنّ كنّ يومئذ يؤمن، و اليوم لا يؤمن، فاسألوا عنهنّ» (١) هو وجوب الفحص.

فإنها صحيحه سنداً، و واضحه دلالة، و مقتضى القاعده تخصيص ما دلّ على أنها مصدقه على نفسها بغير صورته التهمه.

إلا أن المشهور لم يذهبوا إلى ذلك، و التزموا باستحباب الفحص عند التهمه، و هو الصحيح.

و الوجه فيه أن المراد بالتهمه و عدم المأمونيه في روايه أبي مريم ليست هي التهمه الشخصيه، بمعنى أن تكون المرأه المعينه التي يريد الرجل تزوّجها متهمه و غير مأمونه كما هو واضح، و إنما المراد بها هي التهمه النوعيه، نظراً لتفشي الفساد و كثره الفجور.

و من هنا فحيث إن هذه التهمه كانت موجوده في عصر الإمام أبي عبد الله (عليه السلام) أكثر مما كانت عليه في زمان أبي جعفر (عليه السلام) كما يشهد لذلك نمو الفساد و تكثره يوماً بعد يوم و مع ذلك فقد حكم (عليه السلام) لميسر بجواز التزوج من غير فحص، فلا بدّ من حمل صحيحه أبي مريم على الاستحباب، جمعاً بينهما.

و من هنا يظهر الحال فيما أفاده الماتن (قدس سره) بعد هذا من الفروع.

[١] لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ٦ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٦

[٣٨٦٢] الثامن: إذا ادعت أمراه أنها خليه فتزوجها رجل، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها (١).

نعم،

لو أقامت البيّنه على ذلك فُرقّ بينها وبينه (٢) و إن لم يكن هناك زوج معين، بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الإجمال.

[التاسعه: إذا وكلًا وكيلاً في إجراء الصيغه في زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه]

[٣٨٦٣] التاسعه: إذا وكلًا وكيلاً في إجراء الصيغه في زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه بعد مضي ذلك الزمان (٣) إلّا أن يحصل لهما العلم بإيقاعه. و لا يكفي الظن بذلك، و إن حصل من إخبار مخبر بذلك، و إن كان ثقّه [١] (٤).

(١) فإنّ الاستفادة من النصوص المتقدّمه، إنما هو حجيه إخبارها بالنسبه إلى جواز التزويج. و أما بالنسبه إلى إبطال زوجيه محكومها بالصّحه ظاهراً، فلا دليل على حجيه إخبارها فيه، بل مقتضى كونه إقراراً في حق الغير عدم السماع.

نعم، إخبارها هذا حجه بالنسبه إلى نفسها، فلا تستحق المطالبه بالمهر و النفقه لاعترافها بكونها بغيه، و إن وجب على الزوج دفعهما إليها، للعلم الإجمالى بوجوبهما أو حرمة الوطء، على ما تقدّم بيانه مفصلاً في المسأله الثالثه من هذا الفصل، فراجع.

(٢) عملاً بأدله حجيه البيّنه المحكمه في المقام من غير معارض.

(٣) لاحتمال عدم وقوعه لنسيان أو غيره، و حيث لم يحرز وقوعها فلا مجال لترتيب آثارها.

(٤) على خلاف بينهم، منشأ الخلاف في أن الأصل هل هو حجيه خبر الثقه في الموضوعات إلّا ما خرج بالدليل، أو عدمها إلّا ما خرج بالدليل؟

و قد عرفت في الأبحاث الماضيه أن الصحيح هو الأوّل، باعتبار أن السيره العقلائيّه التي هي عمده الدليل على حجيه خبر الثقه، قائمه على الحجيه في الشبهات الموضوعيه و الحكميه على حد سواء، من دون أن يرد دليل على خلاف ذلك.

□

و أما خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سمعته يقول:

[١] لا يبعد حجيه قول الثقه

و إن لم يحصل الظن منه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٧

نعم، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة (١) بل مطلقاً (٢) لأن قول الوكيل حججه فيما وُكِّلَ فيه.

«كل شىء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، أو المملوك عندك و لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً، أو امرأه تحتك و هى أختك أو رضيعتك. و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيئه» «١».

فليس المراد بالبيئه فيها هو المعنى الاصطلاحي فى باب القضاء من الشاهدين أو الأربعة الشهداء أو الشاهد و اليمين، و إنما المراد بها مطلق ما يتبين به الأمر و يتضح به الحال، و ذلك لوضوح أنه لا ينحصر طريق الاستبانة بشهاده عدلين أو أربعة عدول فإن التبين يحصل بالإقرار و قول ذى اليد و الاستصحاب و نحوها، فلا دليل على اختلاف الحال فى الشبهات الموضوعيه عن الشبهات الحكميه، باعتبار التعدد فى الأولى دون الثانية.

و الحاصل أنّ الصحيح هو كفايه اخبار الثقة الواحد و إن لم يكن و كياناً، لأن الأصل حججه خبره إلّا ما ثبت بالدليل، كما هو الحال فى باب القضاء.

(١) بلا إشكال فيه للأولويه بعد أن كان قول غيره حججه.

(٢) كما ذهب إليه جماعه، باعتبار أنه من مصاديق القاعده المعروفه «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» و المدعى عليها الإجماع، بل أرسلها جماعه إرسال المسلمات.

إلّا أن إثباتها بالإجماع التعبدى على إطلاقها و كليتها بعيد غايه البعد، فإنّ جملة من الأصحاب لم يتعرض إليها، بل لم تذكر فى كلمات من تقدّم على الشيخ (قدس سره).

على أنّ الصبي مالك للوصيّة، لكن لا يسمع إقراره بها.

فالذی ينبغي أن يُقال: إنّ ما يكون إقراراً على النفس لا حاجة في إثبات حجته إلى هذه القاعدة، فإنه يكفيها فيه ما دلّ على نفوذ الإقرار على النفس، من غير حاجة إلى إثبات الإجماع و نحوه.

(١) الوسائل، ج ١٧ كتاب التجاره، أبواب ما يكتسب به، ب ٤ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٨

[فصل في أولياء العقد]

إشاره

فصل في أولياء العقد و هم الأب، و الجدّ من طرف الأب (١)، بمعنى: أب الأب فصاعداً، فلا يندرج

و هكذا الحال بالنسبه إلى ما كان الإقرار بنفسه مصداقاً للإنشاء، كما لو أخبر من له الفسخ بالفسخ، أو أخبر الزوج في أثناء العده عن الرجوع بزوجته، فإنه خارج عن محل الكلام أيضاً، حيث إنّ هذا الإخبار بنفسه يعتبر فسحاً و رجوعاً، لأنه يبرز الاعتبار النفساني من غير حاجة إلى ثبوت رجوع سابق.

هذا و قد نسب شيخنا الأنصاري (قدس سره) في رسالته في قاعده «من ملك» إلى الشهيد (قدس سره) أنه استشكل في سماع إخبار الزوج عن الرجوع في أثناء العده «١» لكننا لم نعرف لذلك وجهاً.

و أما في غير هذين الموردين، فالظاهر هو السماع أيضاً، لكن لا لما ذكروه، بل للسيره القطعيه على عدم مطالبه الوكيل بالإثبات إذا أخبر عن العمل بوظيفته، فإنه تسمع دعواه و يقبل قوله من دون أن يطالب بالبيّنه.

و من هنا يظهر الحال في الأولياء، فإنه تسمع دعواهم في ما لهم الولايه من دون أن يطالبوا بالإثبات.

فصل في أولياء العقد

(١) ثبوت الولايه لهما و للوصى و السيد و الحاكم في الجملة من القطعيّات التي لا ينبغي الشك فيها، و تدلّ عليه من النصوص جملة متضافره نتعرض إليها في

(١) انظر كتاب النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠: ١٦٧ ١٦٨ طبع المؤتمر العالمي.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ١٩٩

فيه أب أم الأب (١) والوصى لأحدهما مع فقد الآخر، والسيد بالنسبه إلى مملوكه والحاكم. ولا ولاية للأُم (٢) ولا الجَد من قبلها، ولو من قبل أم الأب،

(١) و يقتضيه مضافاً إلى أصله عدم ثبوت ولاية لأحد على غيره إلّا من خرج بالدليل، باعتبار أن نفوذ العقد يحتاج إلى الدليل، وإلّا فهو محكوم بالبطلان مفهوم صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام)، في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم» «١». فإن مقتضاه انحصار الولاية فيهما، وعدم ثبوتها لغيرهما على الإطلاق.

و كيف كان، فالحكم مما لا خلاف فيه، إلّا ما ينسب إلى ابن الجنيد (قدس سره) من الالتزام بثبوت الولاية له أيضاً، مستدلاً ببعض النصوص الواردة في ولاية الأم «٢» و ستعرف الحال فيها عند التعرض لها في التعليقه الآتية.

(٢) كما يقتضيه الأصل، بل الإجماع المحكى في كلمات غير واحد، حيث لم يخالف فيه إلّا ابن الجنيد، وقد يستدل له بروايه إبراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا كانت الجارية بين أبيها فليس لها مع أبيها أمر، وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجه إلّا برضا منها» «٣» حيث إن ظاهرها عدم اختصاص الولاية للأب و ثبوتها للأم أيضاً.

إلّا أنه مندفع بأنها مضافاً إلى معارضتها للروايات الصحيحة المستفيضه الداله بمجموعها على دوران أمر الجارية بين أن يكون بيدها مستقله، أو يكون بيد أبيها مستقلاً، أو يكون بيدهما معاً، حيث إن الاستفادة منها أنه ليس للأم من أمرها

شئ لا- دلالة لها على انفراد الأم في الولاية عليها، بل غاية ما تدلّ ثبوت الولاية لها منضمه إلى الأب، وهو مخالف للإجماع المحقق القائم على استقلال الأب في الولاية و عدم وجود ضميمه في ولايته.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٢ ح ١.

(٢) مجموعه فتاوى ابن الجنيد: ٢٥٢ مسأله ٢.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٠٠

و لا الأخ (١)

و الذى يهون الخطب أن هذه الروايه ضعيفه سنداً، و إن عبر عنها فى بعض الكلمات بالموثقه، فإن إبراهيم بن ميمون لم يرد فيه مدح فضلاً عن التوثيق.

فالروايه ساقطه من هذه الجهه، و لا تصلح للاستناد إليها.

(١) بلا خلاف فيه، و يقتضيه الأصل.

نعم، ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) روايه أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: «هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه، و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشتري، فأى هؤلاء عفا فقد جاز» (١). و قد عبّر عنها بالخبر، و هو مشعر بضعف سندها. ثم ناقشها بلزوم تأويلها أو حملها على التقية، حيث ذهب العامه إلى ثبوت الولاية له عند عدم الأب (٢).

إلّا أنه قد ورد التعبير عنها فى كلمات بعضهم بالصحيحه.

و الصحيح هو ما يظهر من كلام صاحب الجواهر (قدس سره)، فإن هذه الروايه ضعيفه، فإن أحمد بن محمد بن عيسى يرويه عن البرقى أو غيره، و حيث لم يعرف ذلك الغير تكون الروايه ضعيفه.

و كيف كان، فلا أثر لهذا النص بالخصوص، إذ قد ورد مضمونها

فى جملة كبره من الأخبار المعبره، بل فى بعضها التصريح بثبوت الولايه له «٣».

غير أن هذه الروايات على كثرتها لا بد من تأويلها و التصرف فيها، بحملها على ما إذا كان الأخ و كيداً عنها، أو إلغائها و حملها على التقيه، للإجماع و القطع بعدم ثبوت الولايه له عليها. إذ كيف يمكن أن تكون للأخ ولايه عليها، و لو فى خصوص فرض عدم وجود الأب، مع عدم ذهاب أحد منا إلى ذلك على الإطلاق! فإنّ فرض تصدى الأخ لشؤون أخته خارجاً ليس بفرض نادر، و الحال أنه لم يذهب إلى ثبوت الولايه

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٨ ح ٤.

(٢) الجواهر ٢٩: ١٧١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠١

و العم (١) و الخال (٢) و أولادهم.

له أحد من الأصحاب.

و من هنا فهذه الروايات مقطوعه البطلان.

على أن فى المقام روايتين صحيحتين تدلّان على عدم ثبوت الولايه للأخ:

□
إحداهما: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل عن رجل يريد أن يزوّج أخته، قال: «يؤامرهما، فإن سكت فهو إقرارها، و إن أبت لا يزوّجها» «١».

□
ثانيتها: صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل يريد أن يزوّج أخته، قال: «يؤامرهما، فإن سكت فهو إقرارها، و إن أبت لم يزوّجها، فإن قالت: زوّجنى فلاناً، زوّجها ممن ترضى» «٢».

فإن تلك الروايات معارضه لهاتين الصحيحتين، و لو لم نقل بترجيح هاتين، فلا أقلّ من التساقط بالمعارضه و الرجوع إلى مفهوم صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه الدالّ على عدم ثبوت الولايه لغير الأب، عدا من خرج بالدليل،

أو الأصل المقتضى للفساد.

(١) و يقتضيه مضافاً إلى الأصل و مفهوم صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه خصوص روايه محمد بن الحسن الأشعري، قال: كتب بعض بنى عمى إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام): ما تقول فى صبيه زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج؟ فكتب لى: «لا تكره على ذلك و الأمر أمرها» (٣).

و هذه الروايه و إن عبر عنها فى الجواهر بالصحيحه (٤) إلا أنها ضعيفه السند، فإن محمد بن الحسن الأشعري إنما هو محمد بن الحسن بن خالد الأشعري المعروف ب (الشنبوله)، و هو ممن لم يرد فيه توثيق.

(٢) إجمالاً، كما يقتضيه الأصل، و مفهوم صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه، و منه

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٤ ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٧ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٦ ح ٢.

(٤) الجواهر ٢٩: ١٧٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠٢

[مسأله ١: تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين]

[٣٨٦٤] مسأله ١: تثبت ولاية الأب و الجد على الصغيرين (١) و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ (٢) بل و المنفصل على الأقوى (٣). و لا ولاية لهما على البالغ

يظهر الحال فى أولادهم.

(١) بلا إشكال. و الروايات الداله على ثبوتها مستفيضه، بل لا خلاف فيه إلا ما يُنسب إلى ابن أبى عقيل من إنكار ولاية الجد و كأنه استند فى ذلك إلى النصوص الداله على حصر الولايه فى الأب. إلا أنه لا بدّ من رفع اليد عن هذه الروايات، و ذلك للنصوص الكثيره الداله صريحاً على نفوذ عقد الجد على ابنه أعنى والد البنت و أنه يقدم إنكاح

الجد للبت على إنكاح الأب لها، فإنها تقتضى أولويه ولايه الجد على ولايه الأب، كما لا يخفى.

و الحاصل أن إنكار ولايه الجد بعد الالتفات إلى هذه النصوص، ليس فى محله و لا يمكن المساعدة عليه.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، بل قد حكى عليه الاتفاق و الإجماع.

(٣) وفاقاً للمحقق فى الشرائع «١» و صاحب الجواهر «٢» و شيخنا الأعظم فى رساله النكاح «٣». و هو الصحيح، لعدم الفرق فى الجنون بين المتصل بالبلوغ و المنفصل عنه فإن حالهما واحد من حيث ثبوت الولاية، فالدليل المقتضى لثبوتها فى الأول هو بعينه يقتضى ثبوتها فى الثانى.

اللهم إله ان يثبت إجماع على الخلاف، لكنه و بالمعنى المعتبر أعنى كشفه عن رأى المعصوم (عليه السلام) غير ثابت جزماً، و ذلك لكونه معلوم المدرك. فإن الأصحاب إنما التزموا بثبوتها عند اتصال الجنون بالبلوغ من جهة التمسك باستصحاب بقاء الولاية، باعتبار أنها كانت ثابتة قبل البلوغ جزماً، فإذا شك حين

(١) شرائع الإسلام ١: ٣٢٥.

(٢) الجواهر ٢٩: ١٨٦.

(٣) رساله النكاح ٢٠: ١٧٧ ١٧٨ طبع المؤتمر العالمى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠٣

.....

البلوغ فى ارتفاعها كان مقتضى الاستصحاب هو الحكم باستمرارها. و هذا بخلاف صورته الانفصال، حيث إن الولاية قد ارتفعت بالبلوغ يقيناً، غاية الأمر أنه يشك فى ثبوتها بعد ذلك نتيجة لظرو الجنون، فلا مجال للتمسك بالاستصحاب.

لكن لا يخفى ما فى هذا الاستصحاب من خلل، فإنه من استصحاب الحكم الكلى و قد تقدم فى محله عدم جريانه مفصلاً.

على أنه يعتبر فى الاستصحاب اتحاد القضيتين المتيقنه و المشكوكه، و لا ينبغى الشك فى فقدان هذا الشرط فى المقام، فإن الصغر و الكبر كالحضر و السفر موضوعان مختلفان بنظر العرف. و من هنا فلو

فرضنا ثبوت حكم الصغر للكبير، أو الحضر للسفر، فليس ذلك من استمرار ذلك الحكم وبقائه، وإنما هو حكم آخر مماثل للحكم الأول.

و بعبارة أخرى: إنّ الولاية المسببه عن الصغر قد زالت جزماً، وإنما الشك في ثبوت ولاية جديده غير الولاية الاولى، فلا يفرق الحال فيها بين ما كان متصلاً بالصغر وما كان منفصلاً عنه. وإن لم يقيم الدليل عليها، فلا تثبت في كلتا الحالتين أيضاً.

هذا وقد استدلل شيخنا الأعظم (قدس سره) على ثبوتها بنحو الإطلاق «١» بما رواه زراره عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها، تبيع و تشتري و تعتق و تعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها. وإن لم تكن كذلك، فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها» «٢» حيث إن من الواضح أن المجنون من أظهر مصاديق التي لا تملك أمرها.

و الظاهر أنه لا- وجه للمناقشه في دلالتها، من جهة أنها لم تتعرض لإثبات من هو وليها، و هل هو أبوها أو جدّها أو الحاكم؟ و ذلك لأن الظاهر من كلمه «وليها» هو من يتصدى لأمرها و شؤونها في غير النكاح، و من هنا فاحتمال كونه الحاكم بعيد

(١) كتاب النكاح ٢٠: ١٧٥ طبع المؤتمر العالمي.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٠٤

.....

جدّاً، كما استبعده شيخنا الأعظم (قدس سره) أيضاً «١». على أن الظاهر من إضافه الولي إلى الضمير العائد لها إرادته الولي المختص بها، و من الواضح أنه إنما هو الأب و الجد لأنهما اللذان يختصان بإداره شؤونها، و أما

الحاكم فليس بولى مختص لها.

و على هذا فالمناقشه فى دلالة النص غير وجيهه.

نعم، الروايه ضعيفه سنداً، من جهه أن على بن إسماعيل الميثمى وإن كان ممدوحاً من حيث إنه من أجلاء المتكلمين، بل الظاهر أنه أول من كتب فى الإمامه، إلا أنه لم يرد فيه توثيق من حيث الروايه.

هذا و الذى ينبغى أن يقال: إن السيره القطعيه قائمه على قيام الأب و الجد بإداره شؤون المجنون و المجنونه فى النكاح و غيره، من دون أن يثبت عن ذلك ردع.

و من هنا فتكون ولايه النكاح لهما، حتى و إن ثبت كون الحاكم ولياً لمن لا ولى له.

على أنه لم تثبت ولايه للحاكم إلا فى الأمور الحسيه التى ينبغى تحقيقها فى الخارج و تقتضى الحاجه و الضروره وجودها، و ذلك من باب أن الحاكم هو القدر المتيقن. و أما غيرها من الأمور كتزويج المجنونه، فلا موجب للقول بثبوت ولايه الحاكم له. و من هنا فإذا انتفت ولايه الحاكم ثبتت الولاية للأب و الجد، للقطع و اليقين بانحصار الأمر فيهما. حيث إنها ليست لغيرهما جزماً.

هذا كله مضافاً إلى قوله تعالى «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» (٢).

فإن هذه الآيه الكريمه و بملاحظه النصوص الكثيره الوارده فى تفسير «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» بالأب و الجد و الأخ، ظاهره الدلاله فى ثبوت الولاية لهم عليها بقول مطلق. نعم، خرج الأخ بالدليل الخاص و الإجماع. و خرجت الثيب المالكه أمرها الباقى بالنص فيبقى بما فى ذلك المجنونه تحت الإطلاق.

ثم إن الأصحاب و إن ذكروا خلو النصوص من حكم المسأله، و هو كذلك إن أُريد

(١) كتاب النكاح ٢٠: ١٧٥ طبع المؤتمر العالمى.

(٢) سوره البقره ٢: ٢٣٧.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - إيران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ٢٠٥

بها النصوص الخاصه، أعني ما هو وارد في الفرض بالذات، إلّا أن في النصوص ما يمكن الاستدلال به على المدعى:

□
كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الجارية يزوجه أبوها بغير رضاه منها، قال: «ليس لها مع أبيها أمر، إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهه» (١).

و صحيحه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟ قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر» (٢).

و غيرهما مما دل على نفوذ عقد الأب على ابنته، أو الوالد على ولده. فإن مقتضى إطلاقها نفوذ عقده عليهما على الإطلاق، إلّا ما خرج بالدليل كالبنت الثيب و الولد البالغ الرشيد. و حيث إنه لا- دليل على خروج الصغيره أو المجنونه و الصغير أو المجنون فمقتضى الإطلاق ثبوت الولاية عليهم.

□ أوضح من كل هذه دلالة ما ورد في باب الطلاق من أن الولي بمنزله السلطان كصحيحه أبي خالد القمط، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: «و لم لا يطلق هو؟» قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق، قال: «ما أرى وليه إلّا بمنزله السلطان» (٣).

أو ما دل على أنه بمنزله الإمام (عليه السلام)، كروايته عنه (عليه السلام) أيضاً في طلاق

المعتوه، قال: «يطلق عنه وليه، فإنى أراه بمنزله الإمام عليه» (٤).

- (١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٧.
- (٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٨.
- (٣) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ٣٥ ح ١.
- (٤) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ٣٥ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٠٦

الرشيد، و لا على البالغه الرشيدہ إذا كانت ثيباً (١). و اختلفوا فى ثبوتها على البكر الرشيدہ على أقوال، و هى: استقلال الولي (٢)

□
أو ما دلّ على أن الولي إذا طلقها ثلاثاً اعتدت و بانث منه بواحدہ، كروايہ شهاب ابن عبد ربه، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «المعتوه الذى لا- يحسن أن يطلق عنه وليه على السنّه». قلت: فطلقها ثلاثاً فى مقعد؟ قال: «ترد إلى السنّه، فإذا مضت ثلاثه أشهر، أو ثلاثه قروء، فقد بانث منه بواحدہ» (١).

فإنه لا ينبغي الشك فى كون المراد بالولي فى هذه النصوص هو الأب و الجد فى الدرجه الأولى، باعتبار أنهما اللذان يقومان بسائر شؤونه و فى مرحله سابقه على السلطان و الإمام (عليه السلام)، و إذا ثبتت الولاية لهما فى الطلاق ثبتت فى النكاح: أما بالأولويه القطعيه حيث إن أمر الطلاق أعظم، و لذا ثبتت الولاية لهما على الصغير فى النكاح، فى حين لم تثبت لهما ذلك فى الطلاق. أو تمسكاً بقوله (عليه السلام): «ما أرى وليه إلا بمنزله السلطان» فإنه ظاهر فى كونه من باب تطبيق الكبرى على الصغرى، و جعل ما للسلطان من صلاحيات فى مثل هذه القضية له،

و حيث إن السلطان الذى هو الإمام المعصوم ولى بقول مطلق و من غير اختصاص بالنكاح يكون الأب أيضاً ولياً عليه كذلك.

إذن فما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) من ثبوت الولاية للأب و الجد على المجنون و المجنونه بقول مطلق، سواء اتصل جنونهما ببلوغهما أم انفصل «٢» هو الصحيح.

(١) بلا خلاف فيه و فيما قبله، بل الحكم مما تسالم عليه الأصحاب، عدا ما نسب إلى ابن أبى عقيل من إثبات الولاية لهما على الثيب «٣» غير أنه مما لا شاهد له من النصوص مطلقاً، بل الأخبار المستفيضه دالّة على الخلاف.

(٢) كما اختاره جملة من الأصحاب، و أصرّ عليه صاحب الحدائق (قدس

(١) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ٣٥ ح ٢.

(٢) الجواهر ٢٩: ١٨٦.

(٣) انظر مختلف الشيعة ٧: ١١٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠٧

.....

سر» (١). و تدلّ عليه نصوص كثيره صحيحه السند:

□
منها: صحيحه الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا تستأمر الجارية التى بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوجهما، هو أنظر لها. و أما الثيب فإنها تستأذن و إن كانت بين أبويها إذا أرادا أن يزوجهما» «٢».

□
و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، إلها مع أبيها أمر؟ فقال: «ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب» «٣».

و منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر» و قال: «يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» «٤».

□
و منها: صحيحه أخرى للحلبى عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الجارية يزوجهما أبوها

بغير رضا منها، قال: «ليس لها مع أبيها أمر، إذا أنكحها جاز نكاحه و إن كانت كارهه» «٥».

و الموضوع فى هاتين الصحيحتين و إن كانت هى الجارية و هى تعمّ البكر و الثيب. إلّا أنّهما بعد التخصيص بما دل على لزوم استئذان الثيب تختصان بالبكر لا محاله.

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟ قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر» «٦».

إلى غير ذلك من النصوص الصحيحة الداله على استقلال الولي بالأمر.

(١) الحدائق ٢٣: ٢١١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ١١.

(٤) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٤ ح ٣.

(٥) تقدّمت فى ص ٢٠٥ هـ ١.

(٦) تقدّمت فى ص ٢٠٥ هـ ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠٨

.....

و هذه النصوص لو لم يكن لها معارض، لتعين العمل بها و الالتزام بمضمونها، إلّا أن فى المقام معتبرتين تدلّان على لزوم استشاره البكر و عدم استقلال الأب فى أمرها و هاتان المعتبرتان هما:

□
أولاً: معتبره منصور بن حازم عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «تستأمر البكر، و غيرها و لا تنكح إلّا بأمرها» «١».

ثانياً: معتبره صفوان، قال: استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (عليه السلام) فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال: «افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها فى نفسها نصيباً». قال: و استشار خالد

بن داود موسى بن جعفر (عليه السلام) في تزويج ابنته على بن جعفر، فقال: «افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظاً»
«٢».

و من هنا فلا بدّ من الرجوع إلى ما تقتضيه قواعد المعارضه. و حيث إن هاتين المعتبرتين توافقان الكتاب باعتبار أن مقتضى إطلاقاته عدم اعتبار إذن غير المرأه في العقد عليها و نفوذ عقدها مستقلة، و تخالفان المشهور من الجمهور فإن المنسوب إلى الشافعي و أحمد و مالك القول باستقلال الأب «٣» تترجحان على تلك الروايات مع كثرتها. و حينئذ فلا بدّ من حمل تلك على التقيه، أو عدم استقلال البكر في الزواج و اشتراط انضمام إذن الأب إلى رضاها.

ثمّ لو فرضنا عدم رجحان هاتين الروايتين على ما دلّ على استقلال الأب و التزمنا بتساقطهما جميعاً نتيجة المعارضه، فلا يخفى أن مقتضى الأصل هو عدم نفوذ تصرف أحد بالنسبه إلى غيره. و عليه فلا بدّ من اعتبار رضاها معاً، أما رضا الأب فلما دلّ عليه من غير معارض، و أما رضاها فللقاعده و الأصل.

و الحاصل أن الروايات التي استدلّ بها على استقلال الأب، على طوائف ثلاث:

الاولى: ما تدلّ على اعتبار رضا الأب فقط، و من دون تعرّض لاعتبار رضاها

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٢.

(٣) البحر الرائق ٣: ١١٧، تحفه الفقهاء ١: ١٥٢، المجموع ١٦: ١٤٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٠٩

و استقلالها (١)

نفيّاً أو إثباتاً. و هذه الطائفة لا يمكنها معارضه المعتبرتين المتقدمتين معتبره منصور ابن حازم و معتبره صفوان لإمكان الجمع بينهما، بالقول باشتراكهما

فى الأمر و اعتبار رضاهما معاً.

الثانية: ما تعارض المعتبرتين السابقتين بالإطلاق، و هى ما تضمنت نفى الأمر عنها و أنه ليس لها مع أبيها أمر، فإنه أعم من نفى استقلالها فى الأمر و نفى مشاركتها فيه. و هى أيضاً قابله للجمع مع المعتبرتين، بالالتزام باشتراكهما فى الأمر و تقييد إطلاق هذه النصوص. و لا يبعد دعوى ظهور بعض هذه الروايات فى نفى استقلالها كما يظهر ذلك من مقابلتها للثب التى لها الأمر كله و تتصرف فى نفسها بما شاءت مستقلة.

الثالثة: ما دلّت على استقلال الأب صريحاً، كصحيحه الحلبي الداله على جواز إنكاحه لها و إن كانت هى كارهه. و هذه الطائفة و إن كانت تعارض المعتبرتين المتقدمتين، إلا أنها ليست من الكثرة بحيث يقطع بصدورها منهم (عليهم السلام).

و من هنا تتقدم هاتان المعتبرتان على هذه الطائفة، نظراً لموافقتهما للكتاب و السنّه، و مخالفتهما للمشهور من العامه.

و نتيجة ذلك اشتراك البنت و أبيها فى الأمر، و عدم استقلال كل منهما فيه، نظراً للطائفة الأولى و الثانية الداليتين على اعتبار إذن الأب، و المعتبرتين الظاهرتين فى الاشتراك كما يظهر ذلك من التعبير بالحظ و النصيب و الصريحتين فى اعتبار إذنها.

(١) على ما هو المشهور و المعروف بين القدماء و المتأخرين، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات السيد المرتضى «١».

و يقتضيه من الأدله العامه إطلاقات الآيات و النصوص الوارده فى النكاح، فإن العقد إنما هو الصيغه التى تقع بين الرجل و المرأة فيجب الوفاء به، سواء أرضى الأب

(١) الانتصار: ٢٨٦.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢١٠

.....

أو الجدّ أم لم يرضيا بذلك.

كما يقتضيه إطلاق قوله تعالى «وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ» «١».

و كذلك إطلاق ما دلّ على

جواز نكاح المرأة بعد انقضاء عدتها، فإن مقتضاه عدم اعتبار إذن الولي من غير فرق في ذلك بين البكر و الثيب.

و ما ورد في معتبره ميسره، من جواز التزوج من المرأة التي تدعى خلوها من البعل «٢».

فهذه الإطلاقات و غيرها تقتضى استقلال البنت مطلقاً في أمرها، بحيث لو كنا نحن و هذه الآيات و النصوص، و لم يكن هناك نص خاص يقتضى الخلاف، لكان القول باستقلالها هو المتعين.

و أما النصوص الخاصة، فقد استدل بجمله منها على استقلال البكر في أمرها، إلا أن هذه النصوص لا تخلو بأجمعها من الضعف في الدلالة أو السند.

منها: صحيحه الفضلاء عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «المرأة التي قد ملكت نفسها، غير السفيهه و لا المولى عليها، تزويجها بغير ولي جائز» «٣». فإن المراد ب «المولى عليها» هي من لها ولي عن غير النكاح قطعاً، إذ لو كان المراد به الولاية في النكاح لكان الحمل ضرورياً و لم تكن هناك حاجة إلى بيانه، فإن من لا ولاية عليه في النكاح نكاحه جائز بغير إذن الولي.

إلما أن المناقشه في الاستدلال بهذه الصحيحه تكاد أن تكون واضحه. فإن الموضوع فيها هي الجارية و هي أعم من البكر و الثيب، و من هنا فلا تكون هذه الصحيحه صريحه في المدعى و من النصوص الخاصة للمقام، و إنما هي مطلقه فيكون حالها حال الآيات و النصوص المتقدمه، لا تصلح لمعارضه ما دلّ على اعتبار إذن الولي، لو تمت دلالة و سنداً.

(١) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح

.....

و منها: روايه زراره عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا كانت المرأه مالكه 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 إلّا بأمر وليها» (١).

إلّا أنها مطلقه كالصحيحه المتقدمه، فحالها حالها.

هذا و قد يقال بأنها ضعيفه سنداً، من جهه جهاله طريق الشيخ إلى على بن إسماعيل. و لكنّه لا يتم، فإنّ طريق الصدوق إليه صحيح، و طريق الشيخ إلى كتب الصدوق و رواياته صحيح، فيكون طريق الشيخ إليه صحيحاً لا محاله. نعم، الروايه ضعيفه لعدم توثيق على بن إبراهيم الميثمي نفسه، كما تقدّم.

□

و منها: روايه سعدان بن مسلم، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن أبيها» (٢).

وهي و إن كانت صريحه دلالة، إلّا أنها ضعيفه، لكن لا من جهه أن سعدان لم يرد فيه توثيق كما أفاده صاحب الحقائق (قدس سره) (٣) فإنه ممن وقع في إسناد كامل الزيارات و تفسير على بن إبراهيم، و قد عرفت أن المختار هو وثاقه كل من يقع في أسناد هذين الكتابين، و إنما من جهه أن هذه الروايه قد رويت بطريقتين:

الأول: ما رواه الشيخ (قدس سره) بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن العباس و هو العباس بن معروف عن سعدان بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) (٤).

الثاني: ما رواه الشيخ (قدس سره) بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن العباس بن معروف، عن سعدان بن مسلم، عن رجل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)

(١) تقدّمت في ص ٢٠٣ هـ ٢٠٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٤.

(٣) الحدائق.

(٤) التهذيب ٧: ٣٨٠ / ١٥٣٨.

(٥) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١ ح ٤، التهذيب ٧: ٢٥٤ / ١٠٩٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢١٢

.....

و حيث إن من المقطوع به أنّ النص روايه واحده، و أن سعدان لم يروها للعباس ابن معروف مره عن الإمام (عليه السلام) مباشره و أخرى عن رجل عنه (عليه السلام)، و كذا الحال بالنسبه إلى العباس بالقياس إلى محمد بن علي بن محبوب و محمد ابن أحمد بن يحيى، كانت هذه الروايه غير محرزه السند، لعدم إحراز كونها مسنده لا مرسله، فتسقط عن الحجيه لا محاله.

على أننا لو فرضنا تماميه هذه الروايه سنداً، فهي روايه شاذه لا يمكنها معارضه الأخبار الكثيره جداً بحيث تكاد تبلغ حدّ التواتر، الدالّه على اعتبار رضا الأب في الجملة استقلالاً أو اشتراكاً للجزم بصدورها و لو بعضاً منهم (عليهم السلام).

□

و منها: معتبره أبي مريم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «الجاريه البكر التي لها الأب لا تتزوج إلّا بإذن أبيها» و قال: «إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى ما شاءت» «١». بدعوى حمل الجملة الأولى على الصغيره، و الثانيه على البالغه الرشيد.

إلّا أن في الاستدلال بها ما لا يخفى. فإن الموضوع فيها ليس هو الجاريه فقط و من غير قيد، و إنما هو الجاريه البكر، و هو مما يكشف عن وجود خصوصيّة للبكاره. و من هنا فلا يمكن حمل الجملة الأولى على خصوص الصغيره، و حمل الجملة الثانيه على البالغه، لأنه يستلزم إلغاء خصوصيّة البكاره، باعتبار أن أمر الصبيه بيد أبيها

سواء أ كانت باكرًا أم ثيبًا.

و على هذا الأساس فلا بدّ من حمل الجملة الثانية: إما على فرض موت الأب، أو تشيب البنت بعد ذلك.

و منها: معتبره عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «تزوَّج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها، فإن شاءت جعلت ولياً» (٢).

و فيها: أنه لو سلمنا صحّحه حمل قوله (عليه السلام): «مالكة لأمرها» على البالغه فدلالته على المدعى إنما هي بالإطلاق. و من هنا فيكون حال الأخبار المطلقة

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٨.

موسوعة الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢١٣

و التفصيل بين الدوام و الانقطاع باستقلالها في الأوّل دون الثاني (١) و التشريك

المتقدّمه، إنما يصحّ الاستدلال بها لو لم يثبت مخصّص.

هذه هي الأخبار التي يمكن الاستدلال بها على المدعى، و قد عرفت أنها جميعاً لا تخلو من الضعف في الدلالة، أو السند، أو هما معاً.

نعم، هي موافقة للكتاب و عمومات السنّة، حيث قد عرفت أن مقتضاها نفوذ العقد مطلقاً، و عدم ثبوت سلطنه لأحد على غيره. إلّا أن ذلك لا يكفي في المصير إلى هذا القول، لو ثبت هناك ما يدلّ على سائر الأقوال.

و قد ظهر لك الحال فيما تقدّم في التعليقه السابقه، و سنزيد ذلك وضوحاً فيما يأتي إن شاء الله.

(١) تمسكاً بإطلاقات أدله النكاح المنقطع، بعد فرض انصراف ما دلّ على اعتبار رضا الأب إلى العقد الدائم.

و فيه ما لا يخفى. فإنّ دعوى الانصراف في غير محلّها، فإنّ المتعه نوع و قسم من النكاح، يجري عليها

جميع الأحكام الثابتة لعنوان الزواج، كحرمه الأم، أو البنت في فرض الدخول، و حرمتها هي بالزنا بها و هي ذات البعل، أو التزوج بها في أثناء العده مع الدخول أو العلم بالحال.

على أنه لو سلم ذلك، ففي المقام معتبرتان تدلان على اعتبار إذن الأب في خصوص المتعه، و هما:

أولاً: صحيحه البنزطي عن الرضا (عليه السلام)، قال: «البكر لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها» «١».

ثانياً: صحيحه أبي مريم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «العدراء التي لها أب لا تزوج متعه إلا بإذن أبيها» «٢».

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١ ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١ ح ١٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢١٤

.....

و من هنا يكون حكم المتعه حكم الزواج الدائم في اعتبار رضا الأب.

نعم، في خصوص المتعه دلت روايتان على جوازها من غير إذن الأب فيما إذا اشترط عدم الدخول، و هما:

أولاً: روايه الحلبي، قال: سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها، قال: «لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك» «١».

ثانياً: روايه أبي سعيد القمط عمّن رواه، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): جاريه بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سراً من أبويها، أفعل ذلك؟ قال: «نعم و اتق موضع الفرج». قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟ قال: «و إن رضيت، فإنه عار على الأبكار» «٢».

و هاتان الروايتان لو تمتا سنداً فلا محيص عن الالتزام بمضمونهما، لعدم المعارض لهما، و بذلك فتكونان مخصصتين لما دل على اعتبار إذن الأب في تزويج البكر.

إلا أنهما ضعيفتان سنداً، و لا تصلحان للاعتماد عليهما.

و ذلك أما الثانيه فلقوع محمّد بن سنان

فى الطرىق، مضافاً إلى إرسالها.

و أما الاولى فقد ذكرها الشيخ بإسناده عن أبى سعيد. وقد ذكر (قدس سره) فى (الفهرست) أن أبى سعيد له كتاب الطهارة ثم ذكر طريقه إليه «٣» غير أنه لم يذكر أنه من هو بالذات. و من هنا فتكون الروايه ضعيفه من حيث جهاله أبى سعيد، على أن طريقه (قدس سره) إليه ضعيف بأبى الفضل.

ثم لو فرضنا أن المراد بأبى سعيد هو أبو سعيد القمط، فلم يعلم طريق الشيخ (قدس سره) إليه. و ذلك لأن المعروف من أبى سعيد هو خالد بن سعيد القمط، و هو و إن كان من الثقات إلا أن الشيخ (قدس سره) لم يذكر طريقه إليه بعنوانه و لعلّه غفله منه (قدس سره) و إنما ذكر طريقه إلى أبى سعيد و قد عرفت ضعفه.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١ ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١ ح ٧.

(٣) الفهرست: ١٨٤ رقم ٨٢٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢١٥

بمعنى: اعتبار إذهما معاً (١). و المسأله مشكله، فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان منهما.

(١) هذا القول هو المتعين فى المقام، لما فيه من الجمع بين النصوص الوارده و لخصوص ظهور قوله (عليه السلام) فى معتبره صفوان: «فإن لها فى نفسها نصيباً» أو: «فإن لها فى نفسها حظاً» فإنهما ظاهران فى عدم استقلالها، و كون بعض الأمر خاصه لها.

هذا كله مضافاً إلى صحيحه زراره بن أعين، قال: سمعت أبى جعفر (عليه السلام) يقول: «لا ينقض النكاح إلا الأب» «١».

و صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «لا ينقض النكاح إلا الأب» «٢».

فإنه و بعد الالتفات إلى أنه إنما يكون

بالنسبة إلى الأمر المبرم، و أن المقصود من العقد المبرم في المقام لا- يمكن أن يكون العقد الصحيح بالفعل، لأنه غير قابل للنقض مطلقاً إذ ليس لأحد الخيار في فسخ النكاح الصحيح جزماً و إجماعاً من المسلمين قاطبه، لا بدّ من الحمل على الإبرام الشأني و الصحّة التأهليه، أي ما يكون صادراً من أهله و واقعاً في محلّه، بحيث له قابليه الإتمام و الصحّة عند استكمال سائر الشروط المعتميره.

و استعمال الإبرام في هذا المعنى ثابت في غير هذا المورد أيضاً، فقد ورد في أبواب الصلاه أن من أجهر في موضع الإخفات، أو أخفت في موضع الجهر، فقد نقض صلاته «٣». فإن من الواضح أنه ليس المقصود بذلك هو نقض الصلاه المحكوم به بالصحّة بالفعل.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٤ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٤ ح ٥.

(٣) انظر الوسائل ٦: ٧٧، أبواب القراءة في الصلاه، باب ٢٢ ح ٧٣٩٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢١٦

.....

و على هذا الأساس تدلّ هاتان المعبرتان على اشتراك الأمر في الترويج بين البنت و أبيها، لانحصار موردهما في تزوج البكر بغير إذن أبيها و ذلك لأن الثيب ليس لأبيها نقض عقدها مطلقاً، و عقد الصبيه محكوم بالبطلان و إن إذن الأب فإن العقد محكوم بالصحّة حينئذ، لأنه صادر من أهله و واقع في محله، غايه الأمر أن الصحّة هذه شأنيه و تأهليه متوقفه على رضا الأب، فإن رضى به صح بالفعل، و إلّا انتقضت الصحّة الشأنيه أيضاً.

ثمّ إن مما يدلنا على أن المراد بالنقض في هاتين المعبرتين هو ما يقابل الإبرام الشأني لا الإبرام

الحقيقى، إطلاقهما الشامل للولد و البنت البكر و الثيب. إذ لو كان المراد به الثانى، لكان مقتضاه أن للأب أن ينقض كل عقد صحيح و تآم صادر من ابنه أو بنته البكر و الثيب و هو مقطوع البطلان، و لا- موجب لحملهما على خصوص البكر إذ لا- قرينه تساعد عليه. و هذا بخلاف ما لو كان المراد به الأول، فإنهما حينئذ تختصان بالبكر و لا تعمّان الولد و الثيب، لكون عقدهما محكوماً بالصحة و الإبرام الفعلين.

و الحاصل أن الصحيح فى الاستدلال على الاشتراك، هو التمسك بهاتين الصحيحتين المتضمنتين لحق الأب فى نقض العقد و موثقه صفوان.

و أما صحيحه منصور بن حازم فلا تصلح للاستدلال بها على المدعى، لكونها مطلقة فتقيد بقوله (عليه السلام) فى صحيحه محمد بن مسلم: «يستأمرها كل أحد عدا الأب».

ثم إن المعروف و المشهور بينهم عدم اختصاص الولايه على البنت الباكر بالأب و ثبوتها للجد أيضاً، و على هذا الأساس حكموا بصحة عقدها لو أذن الجد فى ذلك غير أن بعضهم ذهب إلى اختصاصها بالأب فقط و عدم ثبوتها للجد.

و كأن الوجه فى ذلك عدم ورود ذكر للجد فى شىء من روايات المقام على اختلاف ألسنتها، عدا ما ورد فى نسخه من التهذيب من إضافته إلى ذيل قوله (عليه السلام): «لا ينقض النكاح إلا الأب» فى صحيحه زراره بن أعين المتقدمه، إلا أنها نسخه لم تثبت.

لكن الظاهر أن الصحيح هو ما ذهب إليه المشهور، إذ لا يبعد دعوى أن المراد

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢١٧

و لو تزوّجت من دون إذن الأب، أو زوّجها الأب من دون إذنهما، و جب (١) أما إجازة الآخر، أو الفراق بالطلاق.

بالأب ما يعم الأب بلا واسطه

و الأب مع الواسطه.

و الذى يدلنا على ذلك جملة من الروايات المعتبره الداله على ثبوت الولايه للجد فى كل مورد ثبتت للأب، معللاً ذلك بأن فعل الجد نافذ على الأب، و بذلك تكون حاكمه على أدله اعتبار إذن الأب فى نكاح البكر، و هى كثيره:

□
منها: معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه» قال: «و لابنه أيضاً أن يزوّجها، فإن هوى أبوها رجلاً و جدّها رجلاً، فالجدّ أولى بنكاحها» «١». فإنها و بإطلاقها تشمل الصغيره و الكبيره البكر.

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج أحدهما و هوى أبوه الآخر، أيهما أحقّ أن ينكح؟ قال: «الذى هوى الجد أحقّ بالجاريه، لأنّها و أباهما للجدّ» «٢».

□
و منها: معتبره الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن الجد إذا زوّج ابنه ابنه، و كان أبوها حياً و كان الجد مرضياً، جاز» «٣». و مقتضى إطلاقها و إن كان الجواز على الإطلاق، إلّا أنّها و بقريته الروايات السابقه تحمل على الجواز على الأب خاصه. و هى بإطلاقها تعمّ الصغيره و الكبيره البكر.

(١) احتياطاً، فراراً من الوقوع فى الحرام.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٨.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢١٨

نعم، إذا عضلها الولى، أى منعها من التزويج

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد.

وقد يستدل له بقوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (١).

إلّا أن فساده أوضح من أن يخفى، فإنّ الموضوع في هذه الآية الكريمة إنما هو المطلقات المدخول بهنّ، كما يشهد لذلك قوله تعالى في صدرها «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ».

و من هنا فتكون الآية الكريمة أجنبيه عن محلّ كلامنا بالكلية، فإنّ موضوعها عدم جواز منع المطلقة المدخول بها من التزوج بغير زوجها الأول، أو الرجوع إليه بعد العده، و أين هذا من عدم ثبوت الولاية للأب على ابنته البكر في فرض عضلها و منعها من التزويج بالكف ء! فالصحيح في الاستدلال هو التمسك:

أولاً: بمناسبة الحكم و الموضوع، فإنّ الاستفادة من جملة من النصوص أن ولاية الأب ثابتة لها لا عليها، و من الواضح أن هذا إنما يقتضى النظر في أمرها و مراعاة مصلحتها في كل ما يقوم به لها.

ثانياً: ما ورد في المرأه إذا طلقها زوجها طلاقاً صحيحاً على وفق مذهبه و باطلاً عندها كتطليقها ثلاثاً من جواز تزوج الغير لها، معلماً ذلك بأنها لا تبقى معطله و لا تترك بلا زوج (٢) حيث يعلم من هذا التعليل عدم ثبوت الولاية للأب، بمعنى منعها من التزويج بالمره، باعتبار أن المرأه لا تبقى معطله و لا تترك بلا زوج.

ثالثاً: صحيحه أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر (عليه السلام)، إن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) قال لرجل: «أنت و مالك لأبيك» ثم قال أبو جعفر (عليه السلام):

(١) سورة البقره ٢: ٢٣٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب

و أمّا إذا منعها من التزويج بغير الكف ء شرعاً (١) فلا يكون عضلاً (٢). بل و كذا لو منعها من التزويج بغير الكف ء عرفاً (٣) ممن في تزويجه غضاظه و عار عليهم كان كفاً شرعياً. و كذا لو منعها من التزويج بكف ء معين مع وجود كف ء آخر (٤).

ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه مما لا بدّ منه، إنّ الله لا يحبّ الفساد» (١). فإنّ تحديد ولاية الأب إذا ثبت في المال، ثبت في العرض بطريق أولى فلا يكون للأب منعها عن التزويج بالمره، لأنه فيه الفساد و الله لا يحبّ الفساد.

رابعاً: دليل نفى الحرج إذا فرضنا أن في بقائها كذلك حرجاً، فإنّ هذا الدليل يرفع في هذه الحاله اعتبار إذن الأب و الجد على نحو الاستقلال أو الاشتراك.

و تقريب ذلك: أن المستفاد من إطلاقات الآيات الكريمة و النصوص الشريفه، أن أمر الزواج إنما هو بيد المرأه نفسها و من دون أن يكون للأب أو الجد دخل فيه، و قد رفعنا اليد عن ذلك لما دلّ على اعتبار رضاهما، فإنّ هذه النصوص تقيد تلك الإطلاقات لا محاله، لكن هذه النصوص لما كانت هي نفسها مقيده بغير فرض الحرج لدليل نفى الحرج، كان المقيد للمطلقات هو خصوص ما لم يكن اعتبار إذنه حرجياً.

(١) و المراد به هو من ورد النهى عن التزويج بهم و لو بنحو الكراهه، كشارب الخمر، و تارك الصلاة و المتجاهر بالفسق. و ليس المراد به من يفقد الكفاهه المعتبره شرعاً في صحّه النكاح، كالإسلام إذا كانت المرأه مسلمه، إذ إنها لا بدّ منها و بدونها يحكم ببطلان العقد، سواء

أذن الأب أم لم يأذن، كانت البنت بكرًا أم ثيبًا.

و ليس هذا الفرض محلًّا للخلاف، من حيث كونه عضلاً و عدمه، و سقوط ولايه الأب و الجد و عدمه.

(٢) لشمول أدله الولايه بإطلاقها لهذا الفرض أيضاً.

(٣) لإطلاقات أدله اعتبار إذن الأب و ولايته، و عدم ما يقتضى الخلاف.

(٤) لشمول إطلاقات أدله اعتبار إذنه لهذه الصوره أيضاً.

(١) الوسائل، ج ١٧ كتاب التجاره، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٨ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٠

و كذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه، مع حاجتها إلى التزويج (١).

[مسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء]

[٣٨٦٥] مسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها [١] بغير الوطاء من وثبه و نحوها فحكمها حكم البكر (٢).

(١) بلا خلاف فيه. و يقتضيه ما دلّ على سقوط ولايه الأب عند العضل، فإنه بحكمه.

(٢) محتملات المراد بالبكاره ثلاثه:

الأول: من لم تذهب عذرتها.

الثاني: من لم تتزوج.

الثالث: من لم يدخل بها.

و الروايات الواردة في المقام على كثرتها لم تتعرض إلى معنى البكر و الثيب بهذين العنوانين، و الذي يظهر من اللغه و يساعد عليه العرف أنّ البكر هي التي لم يدخل بها، و هو المستفاد من قوله تعالى «إِذَا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَاراً» «١» بضميمه قوله تعالى «فِيهِنَّ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ لَمْ يَطْمِئِنَّهُنَّ أَنْسَ قَبْلَهُمْ وَ لَا جَانٌّ» «٢».

فإنّ من الواضح أن الآيه الثانيه ناظره للأولى، و بصدد تفسير ما ورد فيها من وصف حور الجنه بالأبكار، كما يظهر ذلك جلياً

من الآيات المتقدِّمه و المتأخره عن الآيتين المذكورتين.

هذا كَلِّه مضافاً إلى صراحه صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟

[١] یعنی عذرتها، و

إلّا فالبكاره لا تزول بغير الوطء.

(١) سورة الواقعة ٥٦: ٣٥ ٣٦.

(٢) سورة الرحمن ٥٥: ٥٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢١

و أمّا إذا ذهب بالزنا أو الشّبّهه ففیه إشكال (١).

قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر» (١) في أن المرأة التي لا تحتاج إلى إذن أبيها في صحّة النكاح إنما هي التي دخل بها، و من هنا فتكون هذه الروايه شارحه للنصوص الكثيره الداله على احتياج البكر إلى إذن أبيها في نكاحها.

و على هذا الأساس يظهر صحّه ما أفاده الماتن (قدس سره)، من أن البكاره إذا ذهب بغير الوطء فحكمها حكم البكر.

(١) بعد ما عرفت أن المراد بالبكر هي من لم يدخل بها، يقع الكلام في أنه هل لا يعتبر إذن الأب في نكاح مطلق الثيب، أو أنه يختص بالتي دخل بها دخولاً شرعياً صحيحاً؟

مقتضى إطلاق صحيحه على بن جعفر المتقدّمه هو الأوّل، فإنه (عليه السلام) لم يعتبر في اعتبار استثمار المرأة إلّا الدخول بها من غير تعرض لاعتبار كون ذلك عن زواج صحيح، إلّا أن هناك عدّه روايات قد يستدلّ بها على الثاني:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها، قال: «هي أملك بنفسها، تولى أمرها من شاءت إذا كان كفاً بعد أن يكون قد نكحت رجلاً قبله» (٢).

و منها: روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الثيب تخطب إلى نفسها، قال: «نعم، هي أملك بنفسها، تولى أمرها من شاءت إذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله» (٣) و غيرهما من الأخبار.

(١) الوسائل،

ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ١٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٢

و لا يبعد الإلحاق [١]، بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج (١). و عليه فإذا تزوجت و مات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها، لا يلحقها حكم البكر (٢). و مراعاة الاحتياط أولى.

□
إلّا أن الأخبار الواردة بهذا المضمون جميعاً باستثناء صحيحه الحلبي ضعيفه الإسناد، فإن روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ضعيفه بالقاسم الذي يروى عن أبان فإنه مشترك بين الثقة و غيره.

و أما صحيحه الحلبي فهي قاصره من حيث الدلالة، فإنه (عليه السلام) ليس بصدد بيان القضييه الشرطيه و إن النكاح معتبر في كونها «أملك بنفسها» و إنما هو (عليه السلام) بصدد تكرار الموضوع المسئول عنه أعنى الثيب بلسان ذكر الوصف الغالب، باعتبار أن الثيبوبه غالباً ما تكون بالنكاح، فيكون المعنى أن المرأه أملك بنفسها إذا كانت ثيبه. و من هنا فلا تكون للروايه دلالة في تقييد الثيبوبه بالتي زالت عذرتها بالدخول بها بالنكاح الصحيح، بل التقييد بعد الروايات المطلقه و تصريح صحيحه على بن جعفر باعتبار الدخول خاصه بعيد جداً.

□
(١) ما أفاده (قدس سره) المذكور في روايه واحده خاصه، هي روايه إبراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا كانت الجاريه بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، و إذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلّا برضا منها» (١).

□
إلّا أنها مضافاً إلى ضعف سندها بإبراهيم بن ميمون

مطلقه لا- تصلح لمعارضه صحيحه على بن جعفر المتقدمه، بل المتعين رفع اليد عن إطلاقها، و حملها على الغالب فى الزواج حيث يستتبع الدخول بها.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

[١] بل هو بعيد، و دعوى التبادر لا أساس لها.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٢٣

[مسألة ٣: لا يشترط فى ولاية الجدّ حياه الأب و لا موته]

[٣٨٦٦] مسألة ٣: لا يشترط فى ولاية الجدّ حياه الأب و لا موته (١).

(١) لإطلاقات الأدله الدالّ على ولاية الجدّ فى النكاح، فإنها و إن كان موردها جميعاً فرض وجود الأب، إلّا أن المتفاهم العرفى منها ثبوت الولاية لكل من الأب و الجدّ على نحو الإطلاق، و من دون تقييد ولاية كل منهما بفرض وجود الآخر أو عدمه، فإنّ مجرد فرض وجود الأب لا يوجب تقييداً فى إطلاق جعل الولاية له.

ففى صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضاً أن يزوجه». فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً و جدّها رجلاً؟ فقال: «الجدّ أولى بنكاحها» (١). و من الواضح أن مقتضى إطلاقها كون ولاية الجدّ مطلقه و غير مقيدة بوجود الأب، و إن فرض ذلك فى فرض وجوده.

و مثلها معتبره عبيد بن زراره المتقدمه (٢) فإن المستفاد منها ثبوت الولاية للجدّ على حدّ ثبوتها للأب، بل كونها أقوى من ولاية الأب.

و لعل الأوضح منهما دلالة صحيحه على بن جعفر المتقدمه أيضاً (٣) المتضمّنه لتعليل الحكم بكون إنكاح الجدّ للبتت مقدماً على إنكاح الأب بقوله: «لأنها و أباهما للجدّ» إذ من الواضح أنه ليس المراد كون مجموعهما بما هو مجموع للجد، و إنما المراد كون

كل منهما على حده مستقلاً له، و مقتضى هذا ثبوت الولايه المطلقه على البنت سواء أ كان الأب موجوداً أم كان ميتاً.

ثم إنه قد يتمسك لإثبات الحكم بالمقام بالاستصحاب، بدعوى أن الولايه كانت ثابتة للجد في حياه الأب، فعند الشك في ثبوتها بعده يستصحب بقاؤها.

إلا أنه مدفوع بما تقدّم غير مره، من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكليه. على أنه لا يتم إلا فيما إذا كانت هناك حاله سابقه متيقنه، فلا يتم في مثل ما لو كانت البنت حين موت أبيها حملاً في بطن أمها.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ١.

(٢) تقدّمت في ص ٢١٧ هـ ١.

(٣) تقدّمت في ص ٢١٧ هـ ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٤

و القول بتوقّف ولايته على بقاء الأب كما اختاره جماعه ضعيف (١). و أضعف منه القول بتوقّفها على موته (٢) كما اختاره بعض العامه.

[مسأله ٤: لا خيار للصغيره إذا زوجها الأب]

[٣٨٦٧] مسأله ٤: لا خيار للصغيره إذا زوجها الأب [١] أو الجدّ بعد بلوغها و رشدها، بل هو لازم عليها (٣).

(١) نسب القول به إلى جملة من الأصحاب.

و استدل عليه بصحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدّمه عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن الجد إذا زوج ابنه ابنه، و كان أبوها حياً و كان الجدّ مرضياً جازاً» (١). فإن مقتضى مفهوم الشرط عدم ثبوت الولايه له عند عدم الأب، و إلا لكان الشرط لغواً.

إلّا أن للمناقشه في ذلك مجالاً. فإنّ الظاهر عدم ثبوت المفهوم لهذا الشرط، و ذلك لأنّ المصرح به في جملة من الروايات المعبره، أنّ المراد بالجواز في المقام هو الجواز على الأب، بمعنى أنه ليس له معارضه الجد و نقض

إنكاحه لها. و من هنا يكون ذكر الشرطيه في هذه الصحيحه من قبيل القضايا التي تساق لبيان وجود الموضوع، فإنه إذا لم يكن الأب موجوداً لم يكن موضوع لمعارضه الجد، و كون ولايه الجد نافذة في حقه. و إذا لم يكن للشرطيه مفهوم، كانت المطلقات سالمه عن المعارض و المقيد.

إذن فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره)، من ثبوت الولاية للجد مطلقاً.

(٢) فإنه باطل جزمياً، لدلاله جملة كبيره من النصوص على ثبوت الولاية له في حياه الأب، بل و كون ولايته أقوى من ولايه الأب، و لذا يتقدم إنكاحه على إنكاح الأب، ما لم يكن إنكاح الأب أسبق زماناً من إنكاحه.

(٣) و يقتضيه مضافاً إلى إطلاقات ما دلّ على نفوذ عقد الأب و الجد خصوص

[١] هذا هو المعروف، بل ادعى فيه عدم الخلاف، إلما أنّ في روايه صحيحه ثبوت الخيار لها و للصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوّجها أبواهما حال الصغر، فالاحتياط في هذه الصورة لا يُترك.

(١) تقدّمت في ص ٢١٧ هـ ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٥

.....

صحيحه عبد الله بن الصلت، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت، قال: «لا، ليس لها مع أبيها أمر» (١).

و صحيحه علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام): أ تزوّج الجارية و هي بنت ثلاث سنين، أو يزوّج الغلام و هو ابن ثلاث سنين، و ما أدنى حدّ ذلك الذي يُزوّج فيهِ، فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليها» (٢). إلى غيرهما من النصوص التي تكاد تبلغ حد التظافر.

إلّا أن

الأولى: رواه يزيد الكناسي، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: «إذا جازت تسع سنين، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين» (٣).

إلا أن هذه الرواية لا يمكن العمل بها من جهة بُعد التفصيل المذكور فيها، فإنه لا يحتمل ثبوت الخيار للتي زوّجها الأب قبل تسع سنين، و عدم ثبوته للتي زوّجها بعد ذلك، مع معارضتها للنصوص الكثيرة الدالة على نفوذ إنكاح الأب، وأنه ليس لها من الأمر شىء. و فى مقام حلّ المعارضه لا ينبغى الشك فى تقدّم تلك عليها.

على أنها ضعيفه السند. فإن المذكور فى نسخ التهذيب و الاستبصار و إن كان يزيد الكناسي (٤) إلا أنه لم يثبت توثيقه أيضاً. و ذلك لأن النجاشي (قدس سره) ذكر يزيد أبا خالد القمّاط و وصفه بأنه كوفي و وثّقه (٥). و الشيخ (قدس سره) ذكر يزيد الكناسي فى كتابه الرجال و أفاد أنه ينتسب إلى كناسه محله فى الكوفه، من دون أن يذكر له توثيقاً (٦) لكنه (قدس سره) لم يتعرض لذكر يزيد أبى خالد القمّاط لا فى الفهرست

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٦ ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٦ ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٦ ح ٩.

(٤) التهذيب ٧: ٣٨٢ / ١٥٤٤، الإستبصار ٣: ٢٣٧ / ٨٥٥.

(٥) رجال النجاشي: ٤٥٢ رقم ١٢٢٣.

(٦) رجال الطوسي: ١٤٩ رقم ١٦٥٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٦

.....

بأن يزيد الكناسى هو يزيد أبو خالد القماط، و حينئذ فينفع توثيق النجاشى ليزيد أبى خالد القماط فى إثبات وثاقه يزيد الكناسى.

غير أن ذلك معارض بأن البرقى الذى هو أقدم من الشيخ و أعرف منه بالرجال لقرب عهده إلى الرواه ذكر العنوانين معاً، فقد ترجم يزيد الكناسى و يزيد أبى خالد القماط كلياً على حده «١» و هو إنما يكشف عن عدم اتحاد الرجلين. و على هذا الأساس فلا تنفع وثاقه يزيد أبى خالد القماط فى إثبات وثاقه يزيد الكناسى.

و عليه فتكون الروايه ساقطه عن الاعتبار سنداً.

الثانيه: صحيحه محمد بن مسلم، قال: سألت أبى جعفر (عليه السلام) عن الصبى يزوج الصبيه، قال: «إن كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعّم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا» «٢».

و هى كما ترى واضحه الدلاله بل صريحه الدلاله فى عدم لزوم العقد الصادر من الولى، و ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ، فإن حمل الخيار على الطلاق كما أفاده الشيخ (قدس سره) - «٣» بعيد غايته، و لا وجه للمصير إليه.

و من هنا فهى صالحه لتقييد ما تقدّم من النصوص، الداله على نفوذ عقد الأب أو الجد بغير هذا الفرض، اعنى ما لو كان كل من الزوجين صغيراً. إلّا أنه لم يعلم قائل به من فقهاءنا.

و عليه فإن تمّ إجماع على عدم ثبوت الخيار لها فهو، و به يتعيّن رفع اليد عن هذه الصحيحه و ردّ علمها إلى أهلها، و إلّا فيتعيّن العمل بها، حيث قد عرفت مراراً أن إعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب وهنها و سقوطها عن الحجيه.

و حينئذ فلا أقلّ من الالتزام بالاحتياط بالطلاق عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ.

(١) رجال البرقى: ٣٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب

النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٦ ح ٨.

(٣) التهذيب ٧: ٣٨٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٧

و كذا الصغير على الأقوى (١).

(١) و هو المشهور و المعروف بين الأصحاب، و يدلّ عليه جملة من النصوص المعتبرة.

□
كصحيحه الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «أما تزويجه فهو صحيح، و أما طلاقه فينبغي أن تحبس امرأته حتى يدرك» (١).

□
و صحيحه عبيد بن زرار، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزوجه ابنه و هو صغير، قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن» (٢). فإن تفصيله (عليه السلام) في المهر دالّ على المفروغية عن صحّحه النكاح.

□
و صحيحه الفضل بن الملك، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزوجه ابنه و هو صغير، قال: «لا بأس» (٣). و غيرها من النصوص المعتبرة.

فإن مقتضى إطلاق الصحيحه في هذه النصوص، هو النفوذ حتى بعد بلوغ الطفل و فسخه للعقد.

و دعوى أن الصحّحه لا- تنافي عدم اللزوم و ثبوت الخيار، نظراً إلى أن موضوع الخيار هو العقد المحكوم بالصحّحه، إذ لا مجال للبحث عن الخيار في العقد المحكوم بالبطلان.

مدفوعه بأن موضوع الخيار إنما هو نفس الصحّحه، و عدم الخيار مستفاد من إطلاقها لا منها بنفسها، فلا يكون هناك أي محذور.

ثم إن هذه النصوص و إن كانت بأجمعها وارده في الأب، إلما أنه لا- بدّ من التعدى إلى الجدّ، و ذلك لما ذكرناه في إثبات الولايه للجد على البنت الباكر، فإنّ تلك الوجوه

الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الأزواج، ب ١١ ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٨ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢٨ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٨

و القول بخياره في الفسخ و الإمضاء (١) ضعيف.

تأتي بعينها في المقام.

(١) نسب هذا القول إلى الشيخ «١» و ابن البراج «٢» و ابن حمزه «٣» و ابن إدريس «٤» (قدس سرهم).

و ذكر في وجهه مضافاً إلى التمسك بصحيحه محمد بن مسلم و خبر يزيد الكناسي المتقدمين أن الحال في الابن يختلف عن البنت من حيث احتمال تطرق الضرر عليهما، فإن الابن يجب عليه بدل المهر و النفقه دون مقابل، بخلاف البنت حيث إنها تأخذها دون أن تخسر شيئاً. و من هنا لا بدّ من جعل الخيار للابن، لكي يتمكن من دفع الضرر عن نفسه، دون البنت حيث إنها ليست بحاجة إليه.

و فيه: أن ما ذكره لا يرجع إلى محصل، فإنه وجه اعتباري صرف لا يمكن إثبات الحكم الشرعي به. على أن النكاح و إن كان من الأمور الاعتبارية، إلّا أنه أشبه الأمور بالمعاوضه. و من هنا فلا يكون بذل الرجل للمهر و النفقه بإزاء لا شيء، فإنه إنما يملك الزوجيه بإزاء ما يبذله، كما إن المرأة لا تحصل عليهما بإزاء لا شيء، فإنها إنما تفقد حريتها و تكون تحت سيطره الغير و في حالته بإزاء ما تقبضه، فكل منهما يحصل على شيء و يفقد بإزائه شيئاً.

و عليه فإن كان في المقام خيار و جب أن يثبت لهما، و إن لم يكن فهو غير ثابت لهما أيضاً.

و أمّا خبر يزيد الكناسي، فقد عرفت الحال فيه

فلا نعيد.

نعم، صحيحه محمد بن مسلم دأله على ثبوت الخيار، و بذلك تكون مقيدته لما تقدم من المطلقات. إلا أنها و كما عرفت تختص بما إذا كان الزوجان معاً صغيرين، فلا

(١) النهاية: ٤٦٧.

(٢) المراسم: ١٤٨.

(٣) الوسيله: ٣٠٠.

(٤) السرائر ٢: ٥٦٢ و ٥٦٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٢٩

و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (١).

[مسألة ٥: يشترط في صحه تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسده]

[٣٨٦٨] مسألة ٥: يشترط في صحه تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسده (٢) و إلا يكون العقد فضولياً كالأجنبي، و يحتمل عدم الصحه [١] بالإجازة

تشمل ما لو زوج الأب الصغير من المرأة البالغه.

(١) يظهر الحال فيه ممّا تقدم، فإن مقتضى إطلاق صحه العقد الصادر من وليه و نفوذه، هو عدم ثبوت الخيار له بعد إفاقته.

(٢) اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.

و يدلنا عليه، مضافاً إلى عموم صحيحه أبي حمزه الثمالي المتقدمه المتضمنه لقوله تعالى «وَاللَّهُ لَا يُجِبُّ الْفُسَادَ» حيث إن مقتضاه عدم الفرق بين المال و النكاح.

و قوله (عليه السلام) في صحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدمه أيضاً: «و كان الجد مرضياً» حيث إن ظاهر التقييد و بملاحظه مناسبات الحكم و الموضوع، هو اعتبار كونه مرضياً بلحاظ تصرفاته الصادره تجاه البنت، و إلا فكونه مرضياً بالنسبه إلى سائر تصرفاته أجنبي عن ولايته على البنت.

و صحیحہ عبید بن زرارہ، قال: قلت لأبی عبد اللہ (علیہ السلام): الجاریہ یرید أبوها أن یرزوها من رجل، و یرید جدّها أن یرزوها من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم یکن مضاراً» «١». فإنّ التقیید بعدم كونه مضاراً، إنّما یدلّ علی عدم ثبوت الولاية للجد إذا كان فی مقام الإضرار بها.

دلیل نفی الضرر، فإنه و بحکم كونه حاکماً

على جميع الأدله، يقتضى نفى جعل الولايه للأب و الجد فيما إذا كان فى إنكاحهما لها ضرر عليها، و بذلك فتختص ولايتهما عليها و على الصبى بفرض عدم المفسده لا محاله.

[١] لكنّه بعيد، و كذلك الحال فى المسأله الآتیه.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٣٠

أيضاً (١) بل الأحوط مراعاة المصلحه (٢). بل يشكل الصحه إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف، أو من أجل كثره المهر أو قلته بالنسبه

(١) و الوجه فيه هو اعتبار وجود مجيز حال العقد فى الحكم بصحه العقد الفضولى على ما ذكره الماتن (قدس سره) فى المسأله الآتیه. و حيث إن الصبى و الصبيه فيما نحن فيه ليسا أهلين للإجازة و الإمضاء حين صدور العقد، فيحكم ببطلانه من رأس لا محاله.

إلّا أن هذا الكلام مبنى على عدم الالتزام بكون صحه العقد الفضولى بعد لحوق الإجازة على القاعده، و اختيار كونها نتيجة للنصوص الخاصه الدالّه عليها. فإنه حيثئذ يمكن أن يقال: بأن النصوص الخاصه و بأجمعها وارده فى فرض وجود المجيز، فلا وجه للتعدى منه إلى فرض عدم وجوده.

لكنك قد عرفت منّا مراراً، عدم تماميه هذا المبنى و كون صحه العقد الفضولى بعد لحوق الإجازة على القاعده، باعتبار أن الإجازة توجب انتساب الأمر الاعتبارى الصادر من الغير إلى المجيز من حينها، فيكون العقد من ذلك الحين عقداً له، و من هنا فتشمله أدله وجوب الوفاء بالعقود.

و على هذا الأساس فلا وجه لاعتبار وجود مجيز حال العقد، فإنه يكفى فى الحكم بصحته كون المجيز أهلاً لها فى حينها، و من دون أن يكون لأهليته حين

صدور العقد و عدمه دخل في الصحه أو الفساد.

(٢) نسب القول باعتبارها في الولاية على مال الطفل إلى المشهور من الأصحاب و استدلوا عليه بقوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» * (١).

و ذكر الشيخ (قدس سره) أنها و إن لم تكن تشمل الأب، باعتبار أنه مع وجوده لا يكون ابنه يتيماً، إلا أنها تشمل الجد. و حينئذ فيثبت الحكم للأب، بالقطع بعدم الفصل.

(١) سورة الانعام ٦: ١٥٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣١

إلى الصغير، فاختر الأب غير الأصحح لتشهي نفسه (١).

[مسألة ٦: لو زوجها الولي بدون مهر المثل]

[٣٨٦٩] مسألة ٦: لو زوجها الولي بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد و المهر و لزم (٢). و إلا ففي صحه العقد و بطلان المهر و الرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضاً، قولان (٣) أقواهما الثاني. و المراد من البطلان عدم النفوذ، بمعنى توقفه على إجازتها بعد

إلما أننا لم نرتض هذا القول في محله. و على تقدير القول به فلا نقول به في النكاح و ذلك لإطلاقات الأدله الواردة في المقام السالمه عن المقيد، حيث لم يرد في شيء من النصوص اعتبار وجود المصلحة في إنكاح الأب أو الجد.

نعم، الاحتياط في محله حتى و إن كان الظاهر عدم الاعتبار.

(١) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإن مقتضى إطلاقات الأدله السالمه من المقيد و الشامله للفرض، هو الحكم بالصحه و النفوذ.

نعم، الاحتياط على كل حال حسن.

(٢) لإطلاقات الولاية السالمه عن المقيد.

(٣) بل أقوال ثلاثه، ثالثها ما نسب إلى الشيخ (قدس سره) من الحكم بالصحه فيهما معاً «١» و كأن الوجه فيه إطلاقات أدله الولاية.

إلّا أن ضعفه أظهر من أن يخفى،

و لعلّه لذلك أهمل الماتن (قدس سره) ذكره، فإن أدله الولاية قاصره عن شمول ما كان فيه ضرر و مفسده على المولى عليه، كما عرفت في المسأله السابقه.

و أما القول الأول فهو منسوب إلى شيخنا الأعظم (قدس سره) «٢». بدعوى أن العقد الصادر من الولي إنما ينحل إلى أمرين: التزويج و المهر، و حيث إن الضرر في الثاني خاصه يحكم بطلانه مع بقاء التزويج على حاله، و حينئذ فينتقل إلى مهر المثل لا محاله.

(١) كتاب الخلاف ٤: ٣٩٢ المسأله ٣٧.

(٢) كتاب النكاح: ١٧٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣٢

البلوغ. و يحتمل البطلان و لو مع الإجازة، بناءً على اعتبار وجود المجيز في الحال (١).

[مسأله ٧: لا يصح نكاح السفیه المبذّر]

[٣٨٧٠] مسأله ٧: لا يصح نكاح السفیه المبذّر [١] (٢) إلّا بإذن الولي (٣)

و فيه: أنه إنما يتم فيما إذا كان المنشأ هو التزويج المطلق، و حيث إن الأمر ليس كذلك باعتبار أن المنشأ إنما هو التزويج المقيد بالمقدار المعين من المهر، فلا- محيص عن الحكم بطلان التزويج أيضاً لما فيه من الضرر على المولى عليه، و سقوط ولايه المزوج لكونه مضاراً.

على أن لازم ما أفاده (قدس سره) من بطلان المهر عدم التطابق بين الإيجاب و القبول حتى و لو قلنا بتعدد الإنشاء، فإن الزوج إنما قبل العقد بالمهر المعين و لم يقبل التزويج الخالي عن المهر، و هذا نظير أن ينشئ البائع بيع شىء و يقبل المشتري شراء شىء آخر. و حيث أن تطابق الإيجاب و القبول في المتعلق معتبر في صحه العقد بلا- خلاف، كان فقده في المقام موجباً للبطلان.

و من هنا فالصحيح هو ما اختاره الماتن (قدس سره) من الحكم بطلانهما معاً وفاقاً لكثير من الأصحاب.

ثم لا يخفى

أن محلّ البحث في تزويج الولي للصغير بأكثر من مهر المثل إنما هو فيما إذا كان للصغير مال حيث يكون المهر حينئذ عليه، لا ما إذا لم يكن له مال لأن المهر حينئذ على الأب، و معه لا مجال للحكم بالبطلان، لعدم ترتب أى ضرر على الطفل.

(١) وقد عرفت ما فيه مفصلاً في المسألة السابقة فلا نعيد.

(٢) المراد بالقيّد إن كان من لا- يعرف مصالحه و مفسده فهو قيد توضيحي، و إن كان غير ذلك فلا- دليل عليه، و لا نعلم لاعتباره وجهاً.

(٣) استدللّ عليه في بعض الكلمات، بأن الزواج لما كان من الأمور الماليه لاستلزامه ثبوت المهر و النفقه على الزوج، و كان السفية ممنوعاً من التصرفات الماليه

[١] الظاهر أنه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه و فساده، و لأجل ذلك يكون القيد توضيحياً لا احترازياً حيث إنّ ذلك معنى السفية في الماليات، و إلّا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣٣

.....

بلا خلاف، كان اللازم الحكم بالفساد في المقام.

و فيه مضافاً إلى اختصاصه بالولد دون البنت:- أنه إنما يتم فيما إذا كان المهر عيناً معيّنه من أمواله الموجوده بالفعل، دون ما إذا كان كلياً في الذمه، فإنه لا إجماع على منعه منه أيضاً. على أنه قد يفرض كون المهر من غيره، و من دون أى تصرف في شىء من أمواله.

و أما وجوب الإنفاق، فهو حكم شرعى متفرع على التزويج و ليس من مصاديق التصرف المالي، فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبه إليه.

و من هنا فالصحيح في الاستدلال هو التمسك بالنسبه إلى منع الولد بصحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله

أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال «حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أكثر و لم يحتلم؟ قال: «إذا بلغ و كتب عليه الشىء جاز أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» (١).

□
و هذه الروايه و إن رواها صاحب الوسائل (قدس سره) عن أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد الله (عليه السلام) مباشره، إلّا أن الصحيح وساطه عبد الله بن سنان فى البين، على ما هو مذكور فى الخصال «٢»، و لعل عدم ذكره فى الوسائل من سهو القلم عند النسخ.

و كيف كان، فهى واضحه الدلاله على عدم جواز أمر السفیه و بقاء الولايه عليه.

و أما بالنسبه إلى منع البنت فبالتمسك بصحيحه الفضلاء المتقدمه عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «المراه التى قد ملكت نفسها، غير السفیهه و لا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز» (٣). حيث قيد (عليه السلام) استقلالها فى النكاح بعد بلوغها المعبر عنه بملك الأمر بعدم كونها سفیهه.

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب الحجر، ب ٢ ح ٥.

(٢) الخصال: ٤٩٥.

(٣) تقدّمت فى ص ٢١٠ هـ ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٣٤

و عليه أن يعين المهر و المراه (١). و لو تزوّج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن رأى المصلحه و أجاز صحّ، و لا يحتاج إلى إعادته الصيغه، لأنه ليس كالمجنون و الصبى مسلوب العبارة (٢) و لذا يصح و كالتة عن الغير فى إجراء الصيغه و مباشرته لنفسه بعد إذن الولى.

[مسأله ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً فى المالىات]

[٣٨٧١] مسأله ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً فى المالىات، لكن لا رشد له بالنسبه إلى أمر التزويج و خصوصياتة

من تعيين الزوجه و كفيته الإمهارة و نحو ذلك، فالظاهر كونه كالسفيه فى المائيات فى الحاجه إلى إذن الولى (٣) و إن لم أر من تعرّض له.

[مسألة ٩: كل من الأب و الجدّ مستقل فى الولاية]

[٣٨٧٢] مسألة ٩: كل من الأب و الجدّ مستقل فى الولاية (٤) فلا يلزم الاشتراك، و لا الاستئذان من الآخر، فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته

(١) على ما يقتضيه قانون الولاية، فإن معناها رجوع الزواج بتمام شؤونه و مقتضياته إلى نظره.

(٢) فإنه لا قصور فى إنشائه، و إنما القصور فى النفوذ خاصة.

(٣) كما يقتضيه قوله (عليه السلام) فى صحيحه الفضلاء المتقدمه: «غير السفيه و لا- المولى عليها» إذ المتيقن و بملا-حظه خصوصية المورد أعنى كون الصحيحه واردة فى الزواج هو السفيه فيه. و إذا ثبت الحكم بالنسبه إلى السفيه ثبت فى السفيه بالقطع بعدم الفرق بينهما.

و يؤيده إطلاق صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه.

(٤) بلا خلاف فيه، و يقتضيه إطلاق النصوص.

نعم، لصاحب الجواهر (قدس سره) عبارته رّبما تشعر بتوقفه فيه، حيث قال فى شرح قول المحقق (قدس سره): (فمن سبق عقده صح): بناء على استقلال كل منهما بالولاية «١».

(١) الجواهر ٢٩: ٢٠٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٣٥

لم يبق محل للآخر (١). و لو زوج كلّ منهما من شخص، فإن علم السابق منهما فهو المقدم و لغى الآخر، و إن علم التقارن قدّم عقد الجدّ (٢). و كذا إذا جهل التاريخان.

غير أن مما يقطع به أنه ليس مراده (قدس سره) منها اشتراك الأب و الجد فى الولاية، بمعنى اعتبار رضاهما معاً، و ذلك لاختياره (قدس سره) بعد أسطر من هذه العبارة تقديم إنكاح الجدّ لها على إنكاح الأب فيما لو أوقعاه دفعه، مدعياً الإجماع عليه.

الدلالة على عدم اختياره (قدس سره) القول باشتراكهما معاً في الولاية، وإنما مراده (قدس سره) منها هو الاحتراز عن تزويج البكر، حيث إنّ كلّاً منهما يشترك حينئذ في الولاية معها من دون أن يكون له حق الاستقلال.

و على هذا فيكون معنى ما أفاده (قدس سره) هو: أنّ السبق في إيقاع العقد إنما يكون له أثر، فيما إذا كانت المولى عليها صغيره أو كانت كبيره بكرًا، و قلنا باستقلال الأب و الجد في إنكاحها. و أما إذا قلنا باعتبار استئذانها، باعتبار أنّ «لها في نفسها نصيباً» (١) فلا أثر للسبق، بل الخيار لها تجيز من العقدين ما شاءت.

(١) إجماعاً و من غير الخلاف فيه، و تدلّ عليه جملة من النصوص المتقدّمة كصحيحه عبيد بن زراره و غيرها، فراجع.

(٢) و تدلّ عليه مضافاً إلى التسالم و عدم الخلاف فيه عدّه من النصوص المعتبره الدالّاه على تقديم عقد الجدّ.

□
كصحيحه هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول، فإن كان جميعاً في حال واحده فالجد أولى» (٢).

□
و صحيحه عبيد بن زراره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الجارية يريد

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣٦

و أمّا إذا علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدم أيضاً. و إن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمال تقدّمه (١). لكن الأظهر تقديم عقد الجد، لأنّ المستفاد من خبر عبيد بن زراره

أولويه الجدّ ما لم يكن الأب زوّجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقاً (٢) و ما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ أولى.

فتحصّل أنّ اللّازم تقديم عقد الجدّ في جميع الصور، إلّا في صورته معلومته سبق عقد الأب.

أبوها أن يزوّجها من رجل، و يريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوّجها قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ» (١).

فإنّ مقتضى قوله (عليه السلام): «إن لم يكن الأب زوّجها قبله» هو تقديم عقد الجدّ في فرض التقارن، نظراً لعدم صدق ما اعتبر في تقديم عقد الأب، فتكون مقيدته لأدله و لايه الأب لا محاله. و بها نخرج عن القاعده المقتضيه للبطلان، حيث إن الجمع بينهما غير ممكن، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح.

(١) لأصالة عدم وقوع العقد من الجدّ إلى حين وقوع العقد من الأب، فيحكم بصحته لعدم المعارض.

(٢) و توضيح ذلك: أن مقتضى صحيحه عبيد بن زراره هو تقديم عقد الجدّ مطلقاً، و من دون فرق بين جميع الصور باستثناء ما إذا كان عقد الأب سابقاً، فإنّ هذه الصورة هي المستثناه من ولايه الجدّ و نفوذ عقده و خارجه منها خاصّه.

و من هنا ففي جميع هذه الصور يجرى استصحاب عدم سبق عقد الأب على عقد الجدّ، من غير فرق بين العلم بالتاريخ أو الجهل به، و القول بجريان الاستصحاب في معلوم التاريخ و عدمه. و لا يعارضه استصحاب عدم وقوع العقد من الجدّ إلى زمان وقوع العقد من الأب، لأنّه لا يثبت السبق.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٢.

موسوعه الإمام

و لو تشاح الأب و الجدّ، فاختر كل منهما واحداً، قدّم اختيار الجدّ (١).

و بعبارة اخرى نقول: إنّ صحيحه عبيد و إن لم تكن تتضمن لفظ السبق، و إنما المذكور فيها عنوان القبليه، فما أفاده الماتن (قدس سره) لا يخلو من التسامح فى التعبير. و مع ذلك فالمراد به ليس هو تقديم عقد الجد ما لم يسبقه عقد الأب، بمعنى لحقوق عقد الجد له، كى يتمسك باستصحاب عدم وقوعه إلى حينه، فإنه غير معتبر جزءاً و لذا يحكم بصحّه عقد الأب حتى و لو لم يقع عقد من الجد بالمره، مع أنه لم يتحقق السبق بهذا المعنى لعدم تحقق اللحق، فإنهما من العناوين المتضايغه لا يمكن تحقق أحدهما من دون تحقق الآخر. و إنما المراد منها الحكم بصحّه عقد الجد على الإطلاق ما لم يكن عقد الأب سابقاً عليه، كما يظهر ذلك من الالتفات إلى أن الكلام إنما هو فى المزاحمه و حيث إن هذا العنوان عنوان وجودى، فلا- يمكن إحرازه باستصحاب عدم عقد الجد إلى زمان عقد الأب.

و من هنا فيحكم بصحّه عقد الجد فى جميع هذه الصور، لعدم إحراز شرط تقديم عقد الأب.

و بالجملة: إنّ المعتبر فى تقديم عقد الجدّ قيد عدمى، فيمكن إحرازه عند الشك فيه بالأصل. و هو بخلاف القيد المعتبر فى تقديم عقد الأب فإنه وجودى، فلا ينفع فى إحرازه التمسك باستصحاب عدم تقدّم عقد الجد عليه، فإنه لا يثبت كون عقده قبل عقد الجدّ.

(١) و تدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضاً أن يزوجه». فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً

و جدّها رجلاً؟ فقال: «الجدّ أولى بنكاحها» (١).

□

و قوله (عليه السلام) في صحيحه عبيد الله بن زراره: «فإنّ هوى أبوها رجلاً و جدّها رجلاً فالجدّ أولى بنكاحها» (٢) و معتبرته الثانيه المتقدّمه.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣٨

و لو بادر الأب فعقد، فهل يكون باطلاً، أو يصح؟ وجهان، بل قولان (١) من كونه سابقاً فيجب تقديمه، و من ان لازم أولويه اختيار الجد [١] عدم صحّه 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 جدّ، فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجد على الأب (٢).

(١) كما يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره)، حيث ذكر بعد القول بالصحّه أنه: قد يقال ببطلان عقده حينئذ «١» فإنه ظاهر في كونه قولاً و إن كان نادراً.

و كيف كان، فالصحيح هو الثاني.

و الوجه فيه أن أولويه عقد الجد في هذه الموارد كما دلّت عليه النصوص المعتبره ليست هي بمعنى الأفضليه، و إنما هي بمعنى ثبوت الولايه له دون الأب، و من هنا فتكون هذه النصوص مقيده لأدلّه ولايه الأب، بغير فرض هوى الجدّ رجلاً آخر، و معه فلا مجال للقول بالصحّه في المقام.

و منه يظهر الحال في التمسك بإطلاق صحيحه هشام بن سالم و محمّد بن حكيم فإنه لا مجال للتمسك به بعد ثبوت المقيد له.

و أما حمل الأولويه على الأولويه الاستحبابيه أو الوجوبيه التكليفيه، فهو على

خلاف الظاهر جدًّا، كما يشهد له ورود عين هذا التعبير في فرض تقارن عقديهما.

و الحاصل أن هذا القول و إن كان نادراً بل لم يعلم القائل به، إلّا أنه هو المتعيّن بحسب الأدلّة و النصوص.

(٢) إلّا أنه قد يشكل على ما أفاده (قدس سره)، بأنّ النصوص الواردة في المقام و إن كانت كلّها تختص بالأب و الجدّ، غير أن مقتضى التعليل المذكور في روايتين هو

[١] لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر.

(١) الجواهر ٢٩: ٢٠٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٣٩

.....

التعدّي إلى الجدّ الأسفل مع الجدّ الأعلى، و هاتان الروايتان هما:

أولاً: روايه عبيد بن زراره عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدى على أبيه فقال: أصلح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير إذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل. قال: ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلم) أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسوله الله (صلّى الله عليه و آله و سلم): أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: كيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟! قال: فأخذ بقولهم، و ترك قولي» «١».

فإنّ التعليل بقوله (صلّى الله عليه و آله و سلم): «أنت و مالك بفتح اللام كما يقتضيه استشهاده (عليه السلام) بهذه الكلمه في النكاح لأبيك» يقتضى عدم اختصاص الحكم بالأب بلا واسطه مع الجدّ،

و عموم الحكم للجد الأسفل مع الجد الأعلى، فإنه و ماله له.

ثانياً: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوى أن يزوّج أحدهما و هوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: «الذى هوى الجد أحقّ بالجارية، لأنها و أباهما للجد» «٢».

فإنها و بعموم التعليل تدلّ على ثبوت الحكم للجدين الأسفل و الأعلى.

لكن فى الاستدلال بكلتا الروايتين نظر:

أما الأولى: فهى مضافاً إلى ضعف سندها بسهل بن زياد لا دلالة فيها على تقدّم هوى الجد على هوى الأب عند التشاح، أو عقد الجد على عقده عند التقارن

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤٠

[مسألة ١٠: لا يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب]

[٣٨٧٣] مسألة ١٠: لا-يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب، سواء كان من العيوب المجوزه للفسخ أو لا، لأنه خلاف المصلحة (١). نعم، لو كان هناك مصلحة لازمه المراعاة جاز.

بل غايه دلالتها هو ثبوت الولايه للجد، و أنّ له أن يفعل كل ما كان للأب أن يفعله. و من هنا فلا يمكن التمسك بهذه الروايه لإثبات المدعى.

و أما الثانيه: فهى لو تّمت دلالتها فإنما تدل على تقديم هوى الجد الأعلى على هوى الجد الأدنى، و أما تقديم عقد الأعلى على عقد الأدنى فى فرض التقارن فلا دلالة لها عليه. على أن دلالتها على الأول محل نظر أيضاً، و ذلك لما ذكرناه فيما تقدّم من أنّ محل الكلام إنما هو فى فرض استقلال الأب و الجد فى الولايه، كما

هو الحال فى الولايه على الصغيره، و أما الكبيره الرشيدَه فالأمر بيدها تختار من العقدين ما شاءت. نعم، يأتى قريباً إن شاء الله أنه يستحب لها أن ترضى بما رضى به الجدّ.

و حيث إنّ الظاهر أنّ مورده هذه الصحيحه هو فرض كونها كبيره، كما يظهر ذلك من قول السائل: (رجلان يخطبان ابنته) فإنّ ذلك إنما يكون بالنسبه إلى الكبيره غالباً، تكون الصحيحه أجنبيه عن محلّ الكلام.

و ممّا يؤيّد ما ذكرناه، أنه (عليه السلام) إنما حكم بأحقّيه الرجل الذى هواه الجدّ و لم يحكم بأحقّيه الجد نفسه، فإنه إنما ينسجم مع ما ذكرناه من استحباب الرضا بما رضى به الجدّ، من دون أن يكون له دلالة على سلب الولايه عن الأب.

و من هنا فلا مجال للتمسك بهذه الصحيحه لإثبات تقدّم عقد الجدّ على عقد الأب عند التشاح، فضلاً عن التعدى منهما إلى الجد الأعلى مع الجد الأدنى.

إذن فالصحيح فى المقام هو ما اختاره الماتن (قدس سره)، من اختصاص الحكمين بالأب بلا واسطه مع الجد، و عدم ثبوته فى الجدين الأعلى و الأدنى.

(١) فى التعبير مسامحه واضحه و المراد به وجود المفسده، كما يقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤١

و حينئذ لا خيار له و لا للمولى عليه إن لم يكن من العيوب المجوّزه للفسخ. و إن كان منها، ففى ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقتة، و عدمه لأن المفروض إقدام الولى مع علمه به، و جهان. أو جههما الأوّل، لإطلاق أدلّه تلك العيوب، و قصوره بمنزله جهله (١) و علم الولى و لحاظه المصلحه لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، و غايه ما تفيد المصلحه إنما هو صحّه العقد، فتبقى أدلّه الخيار

بحالها.

بل ربّما يحتمل ثبوت الخيار للولى أيضاً، من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق، و هل له إسقاطه أم لا؟ مشكل (٢) إلّا أن يكون هناك مصلحه ملزمه

(١) استشكل فيه بعضهم بأنّ علم الولى و الوكيل لما كان بمنزله علم المولى عليه و الموكل، خرج المورد عن منصرف أدلّه الخيار.

و فيه: أنّ التوكيل أو الولاية لا يقتضيان إلّا كون الفعل الصادر من الوكيل أو الولى، بمنزله الفعل الصادر من الموكل أو المولى عليه. و أما كون علمهما بمنزله علمهما فهو مما لا يمكن إثباته بدليل، و لا موجب لتقييد المطلقات الدالّة على ثبوت الخيار عند ظهور العيوب المعينه.

نعم، فى خصوص ما إذا اشترى الوكيل أو الولى بأعلى من ثمن المثل لمصلحه تقتضى صحّه العقد، يمكن القول بعدم ثبوت خيار الغبن للمولى عليه و الموكل، و ذلك لأنّ منشأ هذا الخيار إنما هو الاشتراط الضمنى بمبادله كل من المتبايعين ماله بما يساويه فى المالىة من الآخر، و من الواضح أنّ هذا الشرط الضمنى يتوقّف على الجهل بالغبن، إذ مع العلم به لا يمكن القول باشتراط التساوى فى المالىة.

إلّا أنّ هذا أجنبى عن محلّ الكلام. فإنّ عدم ثبوت الخيار فيه إنما هو من جهه فقد المقتضى، أعنى الاشتراط الضمنى بالتساوى فى المالىة، فلا يمكن التعدى إلى المقام حيث إن تقييد المطلقات يحتاج إلى الدليل، و لا دليل على كون علم الولى بمنزله علم المولى عليه.

(٢) لا وجه للاستشكال، بل ينبغى الجزم بعدم الثبوت، فيما إذا لم يكن هناك

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤٢

لذلك (١).

و أما إذا كان الولى جاهلاً بالعيب و لم يعلم به إلّا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزه للفسخ، فلا

إشكال في ثبوت الخيار له (٢) و للمولى عليه إن لم يفسخ، و للمولى عليه فقط إذا لم يعلم به الولى إلى أن بلغ أو أفاق.

و إن كان من العيوب الأخر، فلا خيار للولى (٣). و فى ثبوته للمولى عليه و عدمه و جهان، أوجههما ذلك [١]، لأنه يكشف عن عدم المصلحه فى ذلك التزويج. بل يمكن أن يقال أن العقد فضولى حينئذ لا أنه صحيح، و له الخيار (٤).

مصلحه ملزمه، و ذلك لما فيه من تفويت حق الصغير و الإفساد فى أمره.

(١) و حينئذ فلا ينبغى الإشكال فى ثبوت الولاية له، فإنه من الأمور الراجعة إلى المولى عليه، فيكون له التصرف فيه.

(٢) لعدم المقتضى، لسقوطه، و تقييد إطلاقات أدله الخيار.

(٣) بما هو عاقد و مزوج للصغير أو المجنون، و ذلك لعدم ثبوته للزوج إذا كان هو المباشر للعقد، فلا يثبت لمن هو فرع له. إلا أن هذا لا ينافى ثبوته له من جهة ثبوته للمولى عليه، باعتبار أن العقد الواقع خارجاً على خلاف مصلحته، لو قيل به.

(٤) و الذى ينبغى أن يقال: إنَّ العقد إذا كان خالياً عن المفسده بالنسبه إلى الصغير و إن لم تكن فيه مصلحه له أيضاً، فلا بدّ من الحكم بصحته من دون ثبوت الخيار للولى أو المولى عليه. أما الصحه، فلما عرفت من كفايه عدم وجود المفسده فى الحكم بها. و أما عدم ثبوت الخيار، فلاختصاص أدلتها بعيوب معينه.

و أمّا إذا كان فيه مفسده له، فينبغى الحكم بالبطلان رأساً، و لا وجه للحكم بالصحّه و ثبوت الخيار.

[١] فيه إشكال بل منع، فإنّ تزويج الأب إن كان نافذاً فى حقّه على أساس أنّ المعترف فى ولايته عليه عدم المفسده فلا يكون

عدم المصلحه مانعاً عن نفوذ تصرفه في حقه كما مرّ سابقاً و عليه فلا خيار له، و إن لم يكن نافذاً فالعقد فضولي تتوقف صحته على إجازة المولى عليه بعد البلوغ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٤٣

[مسألة ١١: مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى]

[٣٨٧٤] مسألة ١١: مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى (١).

[مسألة ١٢: للوصي أن يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج]

[٣٨٧٥] مسألة ١٢: للوصي أن يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج (٢)، بل

و الحاصل أنه لا وجه للجمع بين الحكم بالصحة و ثبوت الخيار في المقام، فإن الصحة متوقفه على عدم المفسده، و معه يكون العقد نافذاً من دون أن يكون لأحد الخيار فيه. و أما مع وجود المفسده، فالعقد فضولي و غير محكوم بالصحة، إلّا مع التعقيب بالإجازة.

(١) سواء التزمنا بقباليه العبد للملك كما هو المختار، أم قلنا بعدمها.

و الوجه فيه أن المولى مالك للعبد و لما يملكه، فلا يجوز نكاحه من غير إذنه. و قد تقدّم البحث في هذه المسألة مفصلاً في نكاح العبيد و الإماماء، فراجع.

(٢) بلا خلاف فيه في الجملة، و تقتضيه إطلاقات أدله نفوذ الوصيه، كقوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ. فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ. فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (١).

فإن صدرها و إن كان يقتضى نفوذ الوصيه الماليه خاصه بالنسبه إلى خصوص الوالدين و الأقربين، إلّا أن المستفاد من قوله تعالى «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا» نفوذها مطلقاً و لزوم العمل بمقتضاها دائماً باستثناء ما خرج، أعنى ما كان فيها جنف أو إثم أو ضرر على الوارث على ما دلّت عليه النصوص فإنه لا يجب العمل بها.

و من هنا فتكون الآيه المباركه شامله للوصيه بالمجنون، فيجب العمل على وفق

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٤٤

.....

الوصيّه،

لأنّ في مخالفتها تبديلاً لها، فيكون «إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدُلُّونَهُ».

و توهم أنّ الآيه المباركه و جميع النصوص الوارده فى الاستدلال بها مختصه بالوصيه المالىه، فلا دليل على نفوذ الوصيه فى نكاح المجنون أو المجنونه.

مدفوع بأنّ صدر الآيه الكريمه و إن كان موردها الوصيه بالمال، إلّا أنه غير ضارّ بإطلاق الآيه المباركه. على أنه يكفى فى إثبات عدم اختصاص نفوذ الوصيه بالأموال المالىه، ما دلّ على نفوذ الوصيه بالمضاربه بمال اليتيم، مع أنه وصيه بالتجار لا المال.

□
كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن عند الوصيه أن يعمل بالمال و أن يكون الريح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» «١». و قريب منها خبر خالد الطويل «٢».

فإنّ مقتضى عموم التعليل بقوله (عليه السلام): «إن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» نفوذ الوصيه بكل ما كان للأب فى حياته.

□
و يؤيد ما ذكرناه ما ورد فى تفسير من «بِيَدِهِ عُقْمَةُ النِّكَاحِ» «٣» حيث اشتملت جمله منها على الوصى أيضاً، فإنّ المراد به و بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع، هو من أوصى إليه بالنكاح دون من كان وصياً فى إداره شؤونه العامه.

و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى نفوذ الوصيه بالنكاح بالنسبه إلى المجنون.

ثمّ إن الحكم بنفوذ الوصيه مطلقاً إنما يتم فى المقام بناءً على ما اخترناه، من عدم اختصاص ولايه الأب أو الجد على المجنون بما إذا كان الجنون متصلًا بالصغر. و أما لو قلنا بذلك، كان اللازم اختصاص نفوذ الوصيه بذلك الفرض أيضاً و عدم تماميته فى

الجنون المنفصل، إذ ليس للأب أو الجد الإيصاء لغيره بما ليس له.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٩٢ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٩٢ ح ٢.

(٣) سورة البقره ٢: ٢٣٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٤٥

الصّيغ غير أيضاً لكن بشرط نصّ الوصى عليه [١] (١) سواء عيّن الزّوجه أو الزّوج أو أطلق. ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجدّ، لكن

(١) أمّا مع النص عليه، فيقتضيه جميع الوجوه المتقدّمه في المجنون، من الآيه المباركه، و صحّحه محمد بن مسلم، و ما ورد فيمن بيده عقده النّكاح.

إلّا أنه قد يستدلّ على عدم النفوذ في المقام بصحّحتين هما:

أولاً: صحّحه ابن بزيع، قال: سأله رجل عن رجل مات و ترك أخوين و ابنه و البنت صغيره، فعمد أحد الأخوين الوصى فزوج الابنه من ابنه ثمّ مات أبو الابن المزوج، فلما أن مات قال الآخر: أخى لم يزوّج ابنه فزوج الجاربه من ابنه، فقيل للجاربه: أىّ الزوجين أحب إليك الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخر الثانى مات و للأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجاربه: اختارى أيهما أحب إليك الزوج الأوّل أو الزوج الآخر؟ فقال: «الروايه فيها أنها للزوج الأخير، و ذلك أنها قد كانت أدركت حين زوجها، و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» (١).

وفيه: أنها أجنبيه عن محل الكلام، إذ لم يفرض فيها كون الوصى وصياً في التزويج فلا تعارض ما تقدّم، لما عرفت من ورودها و لو بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع في التزويج، بل لا بدّ من حملها على الوصى في غير النكاح كاداره شؤونها العامه، كما هو الغالب

فى الوصية.

ثانياً: صححه محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟ قال: «إن كان أبواهما اللذان زوجها فنعم» «٢». فإنها و بإطلاقها تدلّ على نفى التوارث فيما إذا زوجها الوصى، و عدم التوارث يدلّ على بطلان النكاح.

و فيه: أن المتفاهم العرفى من هذه الصححه أنه لا خصوصية للأبوين جزماً، وإنما

[١] إذا لم ينص الموصى على الزواج و لكن كان للوصى التصرف فى مال الصغير بالبيع و الشراء فالاحتياط بالجمع بين إذنه و إذن الحاكم لا يُترك.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٨ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤٤

.....

ذكرنا من جهه أنهما أظهر مصداق للولى، و لذا يثبت التوارث بلا- خلاف فيما إذا زوجها الجد أو الوكيل باعتبار أن فعله فعل الموكل.

و من هنا فليس فيها أى دلالة على بطلان العقد الصادر من غير الأبوين، و إنما هى دالّة على اعتبار صدور العقد ممن بيده الأمر، سواء أ كان هو الأب أم غيره.

إذن فلا مناص من الالتزام بنفوذ نكاح الوصى، فيما إذا كان الأب قد نصّ عليه بالخصوص.

و أما مع عدم النص عليه بخصوصه، فإن كانت الوصاية أجنبيه عن الصغير و خارجه عن شؤونه، كما لو أوصى لشخص بصرف ثلثه أو تكفينه و دفنه، فلا- ينبغى الإشكال فى عدم ثبوت وصايه للوصى على الطفل مطلقاً، لا- فى النكاح و لا فى غيره إذ لا يحتمل أن يكون هذا مصداقاً للوصى المذكور فى عداد من بيده عقده النكاح.

و إن كانت الوصاية راجعه إلى الطفل، فإن لم

تكن هناك مصلحة ملزمه للزواج و لو لأمر غير الحاجه إليه، فلا شك في عدم ثبوت الولاية له على النكاح، لعدم المقتضى له. و لعل صحيحه ابن بزيع المتقدمه محموله على هذه الصوره.

و إن كانت هناك مصلحة ملزمه له كما لو توقف حفظ حياته أو حياتها على التزويج، فالذى ذهب إليه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره) كما يأتي التصريح به في المسأله القادمه هو ثبوت الولاية للحاكم الشرعى، إذ لا دليل على ثبوتها للوصى.

إلّا أنه مشكل، باعتبار أنّ ولاية الحاكم لم تثبت بدليل لفظى خاص، كى يؤخذ بإطلاقه فى مثل هذه الصور. فإن التمسك بالنبوى: «السلطان ولى من لا ولى له» أو معتبره أبى خديجه لإثباتها لا يخلو من إشكال بل منع. فإنّ الأوّل مضافاً إلى كونه روايه نبويه مختص بالسلطان و هو الإمام المعصوم (عليه السلام)، فلا مجال للتعدى عنه إلى الحاكم. و الثانى وارد فى الترافع و القضاء، و إنّ قضاء نافذ و حكمه لا يجوز نقضه، فالتعدى عنه إلى مثل الولاية على اليتيم و المجنون يحتاج إلى الدليل.

و إنما هى ثابتة له من باب أنه القدر المتيقن ممن يجوز له التصدى له، إذ لا احتمال

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤٧

بشرط عدم وجود الآخر (١) و إلّا فالأمر إليه.

[مسأله ١٣: للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له]

[٣٨٧٦] مسأله ١٣: للحاكم الشرعى تزويج من لا ولى له (٢) من الأب و الجدّ و الوصى، بشرط الحاجه إليه، أو قضاء المصلحه اللّازمه المراعاة.

لثبوتها لغيره دونه، و إذا كان الأمر كذلك فلا مجال لثبوتها فى المقام لاحتمال ثبوتها للوصى، فإنّ نفس هذا الاحتمال يكفى فى نفيها عن الحاكم، إذ به يخرج عن كونه القدر المتيقن.

و بعباره اخرى: إنّ تزويج اليتيم

أو المجنون في فرض وجود مصلحه ملزمه لهما لما كان مما لا بدّ من وقوعه خارجاً، و كان لا بدّ من تصدى شخص معين له، ثبتت الولايه للحاكم في فرض عدم وجود الوصى، لكونه هو القدر المتيقن ممن له التصدّي للتزويج. و أما مع فرض وجود الوصى، فحيث لا يكون الحاكم هو القدر المتيقن، فلا مجال للقول بثبوتها له.

و على هذا فمقتضى الاحتياط هو الجمع بين رضا الحاكم و الوصى، فإنّ الأمر لا يعدو هما.

و من هنا يظهر الحال في المجنون، فإنّ الكلام فيه عين الكلام في الصغير. فإنّ التفاصيل المتقدّمه من النص على النكاح و عدمه، و وجود مصلحه ملزمه و عدمه كلّها آتية فيه أيضاً.

(١) بلا خلاف فيه بينهم، بل و عليه التسالم.

و يقتضيه قوله تعالى «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا» فإن مقتضاه عدم نفوذ الوصيّه التي فيها إثم أو جنف، و حيث إنّ في نفوذ هذه الوصيّه جنفاً على الولى الآخر، فلا يثبت.

و بعبارة اخرى: إنّ وصيّه الولى إنما تنفذ بالنسبه إلى المولى عليه، فإنه الذى يلزم بما فعله الوصى. و أما بالنسبه إلى الولى الآخر فلا دليل على نفوذها، بل تقييد ولايته بما إذا لم يسبقه الوصى تعدّ عليه و جنف في حقه فلا تنفذ.

(٢) قد عرفت الحال في هذه المسأله و ما يمكن أن يستدلّ به و مناقشته في ذيل المسأله السابقه، فلا نعيد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٤٨

[مسأله ١٤: يستحب للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أباه أو جدّها]

[٣٨٧٧] مسأله ١٤: يستحب للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أباه أو جدّها (١). و إن لم يكونا فتوكل أخاهما، و إن تعدّد اختارت الأكبر.

(١) لا يخفى اختصاص مورد الكلام بالثيب، و عدم شموله للبكر لأنها لا تملك أمرها، لما

عرفت من اعتبار انضمام رضا أبيها أو جدها إلى رضاها.

نعم، لو قلنا باستقلالها في النكاح، فلا بأس في القول باستحباب استئذنها لهما. و ذلك لما ورد من أن البكر لا تتزوج إلا بإذن أبيها، فإنّ ظاهره توقّف صحّته عقدها عليه، فإذا فرض رفع اليد عن هذا الظهور، تعيّن حملها على الاستحباب لا محاله.

و كيف كان، ففي مورد الكلام لا يمكن إثبات استحباب الاستئذان بعنوانه الخاص نظراً لعدم الدليل عليه.

و دعوى أن الروايات الدالة على اعتبار استئذنها إذا سقطت عن ظهورها في الوجوب، حملت على الاستحباب لا محاله.

مدفوعه بأنه لم يرد في المقام ولا روايه واحده تدل على اعتبار استئذان الثيب لأبيها في النكاح، كي تحمل على الاستحباب بعد رفع اليد عن ظهورها في الوجوب.

نعم، ورد ذلك في البكر، و قد عملنا بظاهرها كما عرفت فيما تقدّم. كما وردت روايات مطلقة تدلّ على اعتبار استئذان الجارية، من غير تقييد بالبكر أو الثيب، إلّا أنها محمولة على البكر جمعاً بين الأخبار، و بعد تقييدها لا وجه لحمل الأمر على الاستحباب.

و أما الاستدلال على المدعى بروايه سعيد بن إسماعيل عن أبيه، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل تزوّج ببكر أو ثيب لا يعلم أبوها ولا أحد من قراباتها، و لكن تجعل المرأة وكيلاً فيزوّجها من غير علمهم، قال: «لا يكون ذا» (١).

فمردود بأنها أجنبيه عما نحن فيه، فإنها دالّة على وجوب الإعلام، و لذا لم يذكر فيها الأب خاصّه و إنما ذكر الأقرباء أيضاً، فلا دلالة لها على استحباب الاستئذان.

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ١٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٤٩

[مسأله ١٥: ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها]

[٣٨٧٨] مسأله ١٥: ورد

فى الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها، و أفتى به العلماء، لكنها محموله على ما إذا ظهر رضاها، و كان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك (١).

و بعبارة اخرى: إن الروايه داله على وجوب الإعلام و اعتباره فى صحه النكاح فلا بدّ من حملها على التقيه لذهاب العامه إليه، و وضوح عدم اعتباره عندنا. و على كل تقدير فهى أجنبيه عن محل الكلام.

نعم، لا- بأس بإثبات الاستحباب فى المقام، من جهه كون الاستئذان من أظهر مصاديق احترام الأب و الجد و تجليلهما، إلّا أنه حينئذ لا يختص الحكم بالمذكورين فى المتن، بل يعمّ مثل الام و العم بل و كل كبير للأسره.

(١) ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) فى المقام صوراً: سكوتها مقرونأ بقرائن تدلّ على رضاها بالعقد جزماً أو اطمئناناً، و الشك فى رضاها مع عدم وجود قرينه تدلّ على رضاها أو عدمه، و قيام قرينه ظئيه تدلّ على رضاها، و قيام قرينه تدلّ على عدم رضاها بالعقد جزماً أو اطمئناناً، و قيام قرينه ظئيه تدلّ على عدم رضاها به و قيام القرينتين معاً. و قد حكم (قدس سره) بالصحه فى الصور الثلاث الاولى و البطلان فى الثلاث الباقيه.

أمّا الصحه فى الأولى و البطلان فى الرابعه فوجههما واضح، فإنهما خارجتان عن مورد النص بلا إشكال. أما الاولى فلأن العبره إنما هى بإحراز رضاها كيف اتفق و بأى مبرز كان، من دون حاجه إلى بيان أن سكوتها رضاها. و أما الثانيه فلأنّ السكوت فى النصوص منزل منزله الإذن اللفظى، فى كونه كاشفاً عن الرضا الباطنى و أماره عليه.

و من هنا فلا يبقى مجال لحمل النصوص على بيان حكم تعبدى، و لا تكون الروايه شامله للفرض،

إذ مع العلم بعدم الكشف و عدم رضاها لا أثر للسكوت، كما لا أثر لإذنها الصريح.

و بعبارة اخرى: إنّ النصوص إنما دلت على تنزيل السكوت منزله الإذن اللفظي

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٠

[مسألة ١٦: يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، والعقل والحريه، والإسلام]

[٣٨٧٩] مسأله ١٦: يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ، والعقل والحريه، والإسلام إذا كان المولى عليه مسلماً.

فلا ولاية للصغير و الصغيره على مملوكهما (١) من عبد أو أمه، بل الولاية حينئذ لوليها. و كذا مع فساد عقلهما (٢) بجنون (٣) أو إغماء

في كونه أماره كاشفه عن الرضا الباطني، و لم تدلّ على تنزيه منزله الرضا نفسه، كي يكون حكماً تعدياً و يكون له موضوعيه، بحيث يكتفى به حتى مع العلم بعدم الرضا. و حينئذ فحيث إنه مع العلم بعدم الرضا يسقط عن الكاشفيه، فلا وجه للاستناد إليه و الاكتفاء به.

و أما التفصيل في باقي الصور فلم يظهر له وجه.

و الذي يظهر بالتأمل في هذه النصوص أن السكوت إنما هو منزل منزله الإذن الذي هو أماره و كاشف عن الرضا الباطني، و لذا عرفت خروج فرض الاطمئنان بعدم رضاها قلباً، و من هنا تكون حجيه السكوت على حدّ حجيه الإذن الصريح. و حيث إنه حجه ما لم يعلم عدم رضاها، يكون الأمر في السكوت كذلك أيضاً، من غير فرق بين قيام الظن بالوفاق أو الخلاف و عدمه، فإن الأمارات كاشفه كشفاً نوعياً و حجه بقول مطلق ما لم يحصل العلم بالخلاف، على ما هو محرر في محلّه.

(١) بلا خلاف فيه، للحجر عليهما في التصرف فيما يملكانه، فتكون الولاية لوليها لا محاله.

(٢) العبارة لا تخلو من قصور، فإن ظاهرها رجوع الضمير إلى الصغير و الصغيره إلّا أنه غير مراد

جزماً، فإن الجنون مانع عرضي فلا يكون له أثر مع وجود المانع الذاتي أعنى الصغر بل المراد به المالكان الكبير والكبيره إذا عرض عليهما الجنون كما يشهد له عدم تعرضه (قدس سره) لحكهما بعد ذلك.

(٣) لأنه محجور عليه، فيكون تصرّفه بمنزله العدم، وحيث فتنتقل ولايته إلى وليّه لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥١

أو نحوه [١] (١).

و كذا لا ولايه للأب والجدّ مع جنونهما و نحوه [٢] (٢). و إن جُنَّ أحدهما دون

ثمّ كان عليه (قدس سره) أن يذكر اعتبار الرشد، فإنّ السفيه محجور عليه في التصرفات الماليه أيضاً.

(١) كالسكر.

ثمّ إنّ المراد بنفي الولاية، إن كان عدم الولاية من باب السالبه بانتفاء الموضوع باعتبار أنّ الولاية عباره عن التسلط و التمكّن من التصرف في ماله أو مال غيره و هو يتوقف على الشعور و الإدراك، فهو واضح، إلّا أن مقتضاه نفي الولاية عن النائم و الغافل أيضاً، لعدم تمكّنهما من التصرف لعدم الشعور و قصورهما عن التصرف.

و إن كان عدم الولاية بمعنى سلبها عنهما و انتقالها إلى غيرهما، كما هو الحال في الصغير و المجنون على ما هو ظاهر العبارة، فلا يمكن إثباته بدليل. و من هنا فلو أُغمى على رجل، لم يكن لأبيه أو الحاكم التصرف في أمواله بالبيع و الشراء و غيرهما.

نعم، لو كانت فتره نومه أو إغمائه طويله إلى حدّ لم يتمكن معه من التصرف في ماله، و كان المال في معرض التلف، ثبتت الولاية عليه حسبه، لأنّ مال المسلم محترم و يجب حفظه. إلّا أنه أجنبي عن انتقال الولاية بالإغماء إلى غيره.

و الحاصل أن ما أفاده (قدس سره) من نفي الولاية عن المغمى عليه و من هو

بحكمه و انتقالها إلى غيره، غير تامّ و لا يمكن إثباته بدليل.

(٢) الكلام في هذا الفرع يقع في مقامين:

الأول: في ولايتهما على الصغير و الصغيره.

الثاني: في اعتبار إذهما في نكاح الباكر.

أما المقام الأول: فلا ينبغي الشك في عدم ثبوتها لهما، فإنهما إذا كانا محجورين عن

[١] لا تنتقل الولاية عن المالك إلى غيره بالإغماء و نحوه.

[٢] إذا كان زمان الإغماء و نحوه بل الجنون أيضاً قصيراً فالظاهر أنّ البكر البالغه لا تستقل في أمرها، بل لا بدّ لها من الانتظار حتّى يفيق أبوها أو جدّها فتستجيز منه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٢

الآخر فالولاية للآخر (١).

التصرّف في أنفسهما و أموالهما، فهما أولى بالحجر عن التصرف في نفس الغير و ماله.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - إيران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ٢٥٢

و يؤكّد ذلك مضافاً إلى انصراف جمله من النصوص الواردة في المقام إلى غير المجنون قوله (عليه السلام) في صحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدّمه: «و كان الجدّ مرضياً» (١).

و كذا ما ورد في لزوم المهر للأب إذا لم يكن للولد مال (٢) فإنها مختصّه بالعاقل لا محاله، فإن المجنون لا يلزمه شيء، فلا معنى لكون المهر عليه في حياته، و خروجه من تركته بعد وفاته.

و أما المقام الثاني: فلا إشكال في سقوط الولاية عنهما. و إنما الإشكال في استقلال البكر في تزويج نفسها، أو وجوب انتظارها

إفاهه الأب من جنونه إذا كان أدوارياً أو إغمائه أو سكره، بناءً على سقوط ولايته في هاتين الحالتين.

الظاهر هو الثاني. فإن جملة من النصوص الواردة في اعتبار إذن الولي، وإن كانت

قاصره الشمول لمثلها باعتبار أنها لا ولي لها، إلّا أن بعضها الآخر و هي التي وردت بلسان اعتبار استئذان الأب غير قاصر الشمول لها، فإن استئذانها منه ممكن و ذلك بالانتظار يسيراً حتى يفوق مما هو فيه، كما هو الحال في سائر موارد الأعذار غير الجنون و الإغماء، كالنوم و الحبس و غيرهما.

نعم، لو كانت المدّة طويله بحيث يستلزم الانتظار تضرّرها، فلا بأس بالقول باستقلالها حينئذ، إلّا أنه إنما يتمّ في الجنون حيث يمكن فرض كونه إطباقياً دون الإغماء و السكر، حيث لا يمكن فرض طول المده فيهما، فيجب عليها الانتظار لا محاله.

(١) لعموم دليل ولايته السالم عن المعارض.

(١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٩٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، باب ١١ ثبوت الولاية للجدّ للأب في حياه الأب خاصّه، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٨٧ كتاب النكاح، أبواب المهور، باب ٢٨ إنّ من زوّج ابنه الصغير و ضمن المهر أو لم يكن للابن مال. موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٣

و كذا لا ولاية للمملوك و لو مبعوضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً (١) بل الولاية في الأوّل للحاكم (٢) و في الثاني لمولاه. و كذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (٣)

(١) أمّا مع حريه الولد، فلائنّ العبد حتى و لو كان مبعوضاً، فهو لا يقدر على شىء و ممنوع من التصرف في نفسه فضلاً عن غيره. و أمّا مع رقيته فالأمر أوضح، فإن أمره بيد مولاه و ليس للأب ولاية عليه حتى و لو كان حرّاً، فإن ولايته إنما هي بلحاظ ولده الصغير أو بنته البكر و بالنسبه إليهما خاصه، و أمّا بالنسبه إلى مالكهما فدليل ولايته قاصر الشمول له.

(٢) تقدّم

الكلام فيه في المسأله الثانيه عشره من هذا الفصل، و قد عرفت أن الولد إذا كان كبيراً فهو مستقل في أمره يفعل ما يشاء، و أما إذا كان صغيراً فلا ولايه للحاكم عليه، إلا فيما تقتضيه المصلحه الملزمه و يعلم من الشارع وجوب التصدى إليه و تحقيقه، و أما في غير ذلك فلا دليل على ولايه الحاكم عليه.

(٣) بلا خلاف فيه، بل الظاهر من كلماتهم أنه من الواضحات المتسالم عليها.

و قد استدلل عليه في بعض الكلمات بجملة من الآيات الكريمة و النصوص الشريفه كقوله تعالى «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١). و قوله (صلى الله عليه و آله و سلم): «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (٢).

و قد تعرّض شيخنا الأعظم (قدس سره) إلى مناقشه دلاله هذه النصوص مفضيلاً و لقد أجاد (قدس سره) فيما أفاد. فإن السبيل المنفى في الآيه المباركه إنما هو الحجّه لا التسلّط عليه، و لذا يثبت للكافر السلطنه على أجيره المسلم، حيث يجب عليه تنفيذ ما استأجره عليه. و علو الإسلام لا يستلزم عدم ثبوت الولايه للكافر على المسلم.

فالعمده في الاستدلال أمران:

(١) النساء ٤: ١٤١.

(٢) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب موانع الإرث، ب ١ ح ١١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٤

فتكون للجدّ إذا كان مسلماً (١) و للحاكم إذا كان كافراً أيضاً (٢). و الأقوى (٣) ثبوت ولايته على ولده الكافر [١].

الأول: انصراف الأدله. فإن المتفاهم العرفي منها كون الولايه من جهه احترامهم و أداء حقوقهم، فلا تشمل الكافر الذي يجب عدم موادته و الابتعاد عنه.

الثاني: قاعده الإلزام. فإنّ الكفار و بحسب ما هو معلوم من الخارج لا يلتزمون بجواز إنكاح الصغير مطلقاً، كما

لا يلتزمون بالولاية على بناتهم الأبكار و توقف نكاحهنّ على إذنهم، و حينئذ فمقتضى هذه القاعده سقوط الولاية عنه، و الالتزام بصحّه نكاحها من غير إذنه.

(١) لعموم أدله ولايته.

(٢) قد عرفت الكلام فى ولاية الحاكم، فلا نعيد.

□ (٣) و هو إنما يتمّ فيما إذا كان الزوج مسلماً، □ كان المستند فى نفى ولاية الكافر على ولده المسلم قوله تعالى «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» أو قوله (صلى الله عليه و آله و سلم: «الإسلام يعلو و لا يُعلَى عليه» (١) فإنه حينئذ يمكن أن يقال بثبوت ولايته عليه، لعدم شمول الدليلين له.

و أمّا إذا كان الزوج كافراً، أو كان المستند فى نفيها عنه انصراف أدله الولاية عن الكافر أو قاعده الإلزام كما عرفت أنه هو الصحيح ففيما أفاده (قدس سره) إشكال بل منع. فإن الزوج إذا كان كافراً لم يعتبر فى نكاحهما شىء من شرائط الإسلام من إذن الأب أو غيره، فإنّ لكل قوم نكاحاً. و كذا لو كان مسلماً، و لكن كان المستند فى النفى ما اخترناه، فإنّ مقتضاه هو الحكم بالصحّه سواء أَرْضَى الأب أم لم يرض، لعدم الولاية له بمقتضى انصراف الأدله و قاعده الإلزام، فإنهما شاملان للمقام أيضاً.

[١] فيه إشكال بل منع.

(١) سنن البيهقى ٦: ٢٠٥، فيض القدير ٣: ١٧٩، الفردوس بمأثور الخطاب ١: ١١٦ ح ٣٩٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٥٥

و لا يصحّ تزويج الولى فى حال إحرامه، أو إحرام المولى عليه (١) سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل (٢).

(١) لأنّ تصرّفه مقيد بكونه مشروعاً، فإذا لم يكن كذلك لكون الولى أو المولى عليه محرّماً، لم يكن له ولاية عليه و حكم بطلانه، لما دلّ على أن المحرّم

لا يتزوج ولا يزوج. وليس هذا لقصور في ولايته، وإنما القصور في الفعل الصادر منه، فهو نظير تزويج الخامسة أو ذات البعل.

(٢) سواء أ كان التوكيل في حال الإحرام، أم كان في حال إحلاله، مع وقوع العقد في حال الإحرام.

و استدللّ عليه بأنّ الوكيل نائب عن الموكل، و فعله فعله لانتسابه إليه حقيقة.

و من هنا فإذا صدر العقد من الوكيل في زمان لم يكن الموكل أهلاً له لكونه محرّماً حكماً ببطلانه، لانتساب العقد إليه و هو محرّم.

و قد أورد عليه بأنه لا- يتمّ فيما إذا كان التوكيل قبل الإحرام، إذ لم يصدر من الموكل بعد إحرامه ما هو حرام بالنسبة إليه، و مجرد انتساب العقد إليه في ذلك الحال لا يقتضى بطلانه.

إلّا أنه مدفوع بأن العبرة في البطلان إنما هي في انتساب العقد إليه في حال كونه محرّماً، و حيث إنه لا إشكال فيه في المقام، إذ لا انتساب إليه قبل الإحرام، حكماً بطلانه لا محاله. و لذا لا يحتمل الحكم بالصحة في فرض اختصاص الوكالة بحاله الإحرام.

لكن الظاهر عدم تماميه ما استدللّ به على المدعى في كلا الفرضين. و ذلك لأن فعل الوكيل إنما يكون فعل الموكل فيما إذا كان العقد و الوكالة صحيحه، فإنه حينئذ ينتسب كل ما يصدر من الوكيل إلى الموكل حقيقة. و أما إذا كانت الوكالة باطله كما هو الحال في المقام، باعتبار أنه ليس لأحد التوكيل فيما ليس له القيام به مباشرة، فلا- معنى لانتساب فعل الغير إليه حقيقة و اعتباره فعلاً له.

و الحاصل أن بطلان العقد في المقام ليس من جهة أن فعل الوكيل فعل الموكل

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٦

نعم، لا بأس

بالتوكيل حال الإحرام، ليقع العقد بعد الإحلال (١).

[مسألة ١٧: يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل]

[٣٨٨٠] مسأله 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) موقوفاً على الإجازة. و مع الإطلاق و عدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (٣) من سائر الجهات. و مع التعدى يصير فضولياً (٤).

و لو وكت المرأة رجلاً في تزويجها، لا يجوز له أن يزوجه من نفسه للانصراف عنه (٥). نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً، بالعموم أو الإطلاق، جاز. و مع التصريح فأولى بالجواز. و لكن ربّما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، و الجواز مع العموم. بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه، لروايه عمّار (٦)

حقيقه و هو محرم، و إنما هو لأجل بطلان الوكاله و كون من صدر منه العقد أجنبياً بالمره، باعتبار أن الولي لما لم يكن له القيام بالعقد في ذلك الحال مباشره، لم يكن له تفويضه إلى غيره.

(١) لعمومات الأدله السالمه عن المخصص أو المعارض.

(٢) لأن ما وكله فيه لم يقع في الخارج، و ما وقع منه لم يكن وكيلاً فيه.

(٣) لانصراف التوكيل عرفاً إلى ما فيه مصلحة للموكل.

(٤) لما تقدّم.

(٥) فإن التزويج و بحسب الفهم العرفي غير التزوج، فإن الأوّل ظاهر في الإنكاح من الغير، و من هنا فلا- يشمل التوكيل فيه الوكيل نفسه.

(٦) قال، سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أ يحلّ لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكتتك فاشهد على تزويجي؟ قال: «لا». قلت له: جعلت فداك، و إن كانت أيماً؟ قال:

«وإن كانت أئيمًا». قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه؟ قال: «نعم» (١).

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١٠ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٥٧

المحمولة على الكراهه (١) أو غيرها من المحامل.

(١) و هو بعيد جدًا. فالصحيح أن يقال: إن الموثقه أجنبيه عن محل الكلام بالمره فإنها غير ناظره إلى توكيل الزوج في إجراء العقد، و إنما هي ناظره إلى اعتبار الإشهاد في الزواج، و السؤال عن كفايه شهاده الزوج في المقام، فهو نظير ما ورد في القذف بالزنا من السؤال عن عدّ الزوج في جملة الشهود، و حيث إن هذا مما لا يقول به أحد منا، فلا بدّ من حملها على التقية لذهاب العامه إليه.

و بعبارة اخرى نقول: إنّ المشهور بين فقهاء العامه اعتبار حضور شاهدين حال الزواج، و قد ذهب بعضهم إلى كفايه حضورهما حال الزفاف و إن لم يكونا حاضرين حال العقد، و اعتبر بعضهم كونهما غير الزوج و الزوجه، و ذكر بعضهم أنه لا بأس بكون أحدهما هو الوكيل، و أما عندنا فالإشهاد غير معتبر في صحه النكاح إجماعاً. نعم، هو معتبر في الطلاق، و لا يجوز أن يكون الزوج هو أحد الشاهدين. و أما الوكيل فقد ذكر في المسالك وجهين: كفايته لإطلاق أدله اعتبار الشاهدين غير الزوج و الزوجه، و عدمها لكونه نائباً مناب الزوج فيثبت له ما ثبت له (١).

إذا عرفت ذلك فنقول: إن هذه الموثقه لما كانت دالّه على عدم كفايه شهاده الزوج الوكيل في النكاح، باعتبار أن قوله (عليه السلام): «لا» متعلق بالتوكيل بجميع شؤونه و خصوصياته، فلا بدّ من حملها على التقية، إذ قد عرفت عدم

اعتبار الإِشهاد فى النكاح عندنا بلا خلاف، و إنما هو معتبر عندهم خاصة.

ثم إنَّ صاحب المسالك (قدس سره) قد رَمى الروايه بضعف السند «٢». و هو مبنى على اعتبار الإيمان بالمعنى الأخص فى الرواه فى صحَّه الروايه، و هو مما لا نقول به، بل و لا يلتزم به هو (قدس سره) أيضاً، و إلَّا فرواه الروايه ثقات جميعاً و لا خدشه فى أحد منهم.

(١) مسالك الأفهام ٩: ١١٥.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٥٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٥٨

[مسألة ١٨: الأقوى صحَّه النكاح الواقع فضولاً مع الإِجازه]

[٣٨٨١] مسألة ١٨: الأقوى صحَّه النكاح الواقع فضولاً مع الإِجازه (١) سواء كان فضولياً من أحد الطرفين أو كليهما، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً حرّاً أو عبداً.

و مما تقدّم يظهر الإشكال فيما أفاده صاحب الوسائل (قدس سره) فى المقام، حيث أخذ (قدس سره) فى عنوان الباب الذى ذكر فيه هذه الروايه: و لا يجوز أن يتولّى طرفى العقد.

فإنه مضافاً إلى كونه أخصّ من المدعى، إذ النسبه بين توليه للعقد و كونه وكيلاً عنها إنما هى العموم و الخصوص من وجه، فإن من الممكن أن يوكل هو غيره فى القبول عنه، فلا- يكون متولياً لطرفى العقد مردود، بأنّ الروايه غير ناظره إلى المنع عن كونه موجباً قابلاً، و إنما هى ناظره إلى التوكيل مع جعله شاهداً للعقد.

و الحاصل أن الصحيح فى المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، من جواز توكيلها للرجل الذى يريد تزوّجها، بل لا مانع من توليه لطرفى العقد، كما هو الحال فيما إذا كان ولياً على الطرفين، لعدم الدليل على المنع منه.

(١) و تقتضيه مضافاً إلى القاعده، باعتبار أن مقتضى عمومات الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و عدم جواز نقضه و هو شامل

للفضولى، نظراً لعدم اعتبار مقارنه الالتزام للعقد فى صدقه، بل هو صادق حتى مع تأخر الالتزام عنه، فإنه يوجب انتسابه إليه و من ثم يجب عليه الوفاء به و لا يجوز له نقضه النصوص الواردة فى المقام:

كصحيحه أبى عبيده، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين، قال: فقال: «النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا». قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز عليه ذلك إن هو رضى». قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجاريه و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجاريه، أترثه؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه، حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر».

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٥٩

و المراد بالفضولى هو العقد الصادر من غير الولى و الوكيل (١) سواء كان قريباً كالأخ و العم و الخال و غيرهم أو أجنبياً. و كذا الصادر من العبد أو الأمه لنفسه بغير إذن الولى. و منه العقد الصادر من الولى أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل، ما إذا وقع الولى العقد على خلاف المصلحه أو تعدى الوكيل عمّا عينه الموكل.

و لا يعتبر فى الإجازة الفورىّ (٢) سواء كان التأخير من جهه الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به و إرادته التروى، أو عدمها أيضاً.

قلت: فإن ماتت الجاريه و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت». قلت:

فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه»
«١».

فإن صدرها الدال على صحه النكاح إذا تعقبته الإجازة بعد البلوغ و ارد فى الفضولى، حيث إن المراد بالوليين هو من يتولى أمرهما عرفاً دون الولى الشرعى كما يشهد له ذيل الصحيحه، حيث إنه (عليه السلام) حكم بلزوم العقد على الصغير أو الصغيره و عدم ثبوت الخيار لهما لو كان العقد صادراً من أبيهما.

و يؤيده ما دل على صحه نكاح العبد إذا تعقبه إذن المولى، معلماً ذلك ب «أنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز». فإنه و إن كان وارداً فى العبد، إلا أنه دال على عدم اعتبار مقارنه الرضا للعقد، و كفايه الرضا المتأخر إذا كان العقد فى نفسه مشروعاً.

(١) و الجامع له، هو العقد الصادر ممن ليس له ولايه أو سلطنه عليه.

(٢) فإن الإجازة بمنزله إنشاء العقد ممن له ذلك، لأنها إنما توجب إسناد العقد الصادر إليه فيكون حكمها حكمه، له ذلك فى أى زمان شاء و لا يلزمه التعجيل، كما لا يلزمه الإنشاء لو لم يكن هناك عقد فضولى.

(١) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج، ب ١١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦٠

.....

و لا- وجه لقياس المقام بالخيارات الثابته للبائع أو المشتري حيث يلتزم فيها بالفوريه، فإن العقد فى موارد تام، غايه الأمر أن لأحدهما أو كليهما حق الفسخ. و هذا بخلاف المقام، فإن العقد غير تام، و لا يجب عليه إتمامه و إنما له ذلك إذا شاء.

هذا مضافاً إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال:

«قضى فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليده الأول أجاز بيع ابنه» (١).

فإنها واضحة الدلالة فى عدم لزوم الفوريه، و أنه لا محذور فى الفصل بين الإجازة و العقد و إن كان كثيراً.

ثم لو زوجت المرأة نفسها من رجل فضوله، فهل يلزمه الإمضاء أو الرد فوراً، أو يثبت لها الفسخ كى لا تتضرر المرأة ببقائها معطله، أو لا هذا و لا ذاك؟

أقوال مبنيه على الالتزام بلزوم العقد الواقع بين الأصل و الفضولى بالقياس إلى الأول، بحيث لا يكون له التصرف على خلاف ما التزم به، كما التزم به شيخنا الأعظم (قدس سره) «٢».

إلا أنه قد تقدم منا فى مباحث المكاسب عدم تماميه هذا المبني، باعتبار أن العقد متقوم بطرفين، و حيث إنه لم يتحقق الالتزام من الطرف الآخر، فلم يصدق العقد و من ثم فلا تشمله أدله اللزوم، فهو نظير بيع البائع للمبيع قبل قبول المشتري من غيره.

و من هنا فلا يكون فى تأخير الإجازة أى ضرر عليها، باعتبار أن لها التزوج من غيره.

ثم على تقدير تماميه هذا المبني، فلا يمكن الحكم بلزوم الفوريه و إلزام الرجل

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٨٨ ح ١.

(٢) كتاب النكاح ٢٠: ١٦٢ طبع المؤتمر العالمى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦١

بالإجازة أو الرد، لدليل نفي الضرر. فإنّ تضرر المرأة نتيجة لفعالها لا يوجب توجه تكليف إلى الرجل، بعد أن لم يكن قد صدر منه أى فعل و لم يكن هو سبباً فى تضررها. كما لا موجب للالتزام بثبوت الفسخ لها، فإنه لا يرد النكاح إلّا بأمر معينه، ليس ما نحن فيه منها.

على أنّ تضررها قد نشأ من إقدامها فإنها هى التى أقدمت على ذلك و أضرت بنفسها، و ليس ناشئاً من الحكم الشرعى، فلا موجب لرفع ضررها بالالتزام بالفسخ.

و قد تقدّم بيان هذا مفصّلاً فى الاستدلال على خيار الغبن بدليل نفي الضرر، حيث قد عرفت أنه غير شامل له، باعتبار أن الضرر إنما هو فى نفس المعاملة لا الحكم بالزوم، و شموله له يعنى إثبات ما يتدارك به الضرر، و الحال أن دليل نفي الضرر قاصر عن إفاده هذا المعنى.

و الذى يهون الخطب أنّ مبنى هذا القول غير تامّ من أساسه، كما عرفت.

(١) ذهب إليه جملة من الأصحاب. منهم شيخنا الأستاذ (قدس سره) بدعوى أن الإجازة و الردّ ضدّان، فهما ضدّان أيهما سبق لم يبق مجالاً للآخر. فى حين ذهب آخرون إلى خلافه، منهم الماتن (قدس سره) فى المسألة الرابعة من باب الوصيّة حيث أفاد بأن القول بعدم نفوذ الإجازة بعد الردّ مشكل إن لم يكن إجماع خصوصاً فى الفضولى.

و كيف كان، فقد استدل على القول الأوّل بأمر:

الأوّل: الإجماع، و يظهر من المصنف (قدس سره) التمسك به فى باب الوصيّة.

و فيه: أنه ضعيف جدّاً، إذ لم يتعرض لهذا الفرع فيما نعلم قبل الشهيد (قدس سره) «١» أحد من الأصحاب، و معه كيف يمكن دعوى الإجماع عليه! على أننا لو

فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها.

(١) انظر الدروس ٢: ٣٠١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٤٢

.....

سلمنا ذلك فلا مجال لإثبات كونه إجماعاً تعديلاً، إذ من الممكن استناد المجمعين إلى ما يأتي من الوجوه.

الثاني: دعوى أنّ الإجازة في العقد الفضولي بمنزلة القبول في سائر العقود، فإنّ استناد العقد إليه وتماميته إنما يكون بها. و من هنا فكما أنّ الرد قبل القبول مانع من القبول المتأخّر عنه، فكذلك الردّ في العقد الفضولي يمنع من حقوق الإجازة و صحتها.

وفيه: أنّ الرد الذي يكون مانعاً من حقوق القبول، إنما هو ردّ الموجب و رفع يده عمّا التزم به، فإنه حينئذ لا يبقى مجال لصدق العقد بالتزام الآخر، إذ ليس هناك التزام ينضمّ إليه التزام القابل، ليصدق معه المعاهده و المعاقده.

و أما ردّ القابل مع بقاء التزام الموجب على حاله، فلا دليل على مانعيته و عدم اتصال القبول بالإيجاب، لأنه لم يحدث بذلك شيئاً، فإنّ غايه ما يفيد إنما هو إظهار عدم رضاه بالعقد، و من الواضح أنه يرتفع بالقبول المتأخّر، من دون أن يضر ذلك بصدق المعاهده و المعاقده.

و لو تنزلنا عن ذلك، فالفرق بين الإجازة و القبول أوضح من أن يخفى. فإنّ الإجازة ليست قبولاً، و إنما هي إسناد للقبول المتحقق من الفضولي من غير فصل بينه و بين الإيجاب إليه. و من هنا فلا يزيد الردّ اللاحق عن النهي السابق على العقد، حيث لا يؤثر في صحته شيئاً بعد إبرازه لرضاه من غير فصل بينه و بين الإيجاب.

الثالث: إنّ الفضولي بإنشائه للإيجاب أو القبول، يحدث حقاً لمن قام مقامه في ماله، من حيث الإجازة أو الرد. و من هنا فإذا لم يكن رد الولى مسقطاً

للعقد عن قابليه الإجازة، كان ذلك منافياً لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الناس مسلطون على أموالهم».

وفيه: أنّ هذه الرواية نبويه لم تثبت، على أنها ليست مشرعه ولا تقتضى تشريع السلطنه للمالك على قطع العلقه الموجوده على تقدير ثبوتها، وإنما دأله على عدم حجر المالك عن التصرف المشروع فى ماله أو نفسه. هذا مضافاً إلى أنّ الفضولى لم يحدث

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦٣

كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة (١) فمعها يلزم العقد.

[مسأله ١٩: لا يشترط فى الإجازة لفظ خاص]

[٣٨٨٢] مسأله ١٩: لا يشترط فى الإجازة لفظ خاص، بل يقع بكل ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد (٢) بل تقع بالفعل الدالّ عليه (٣).

فى المال شيئاً، وإنما أحدث عقداً قابلاً للإجازة والردّ، وإلّا فلو كان تصرفاً فى المال لكان اللازم الحكم ببطلانه رأساً، لمنافاته لسلطنه المالك. إذن فهذه النبويه أجنبيه عن المقام بالكلية، ولا علاقته لها به.

و ممّا تقدّم يظهر أنه لا دليل على عدم تأثير الإجازة بعد الردّ، بل من غير البعيد دعوى دلاله صحيحه محمد بن قيس المتقدمه على جوازها، فإنها تضمنت الحكم بنفوذ إجازة المالك الأول بعد ردّه أولاً.

(١) بلا خلاف فيه بينهم. فإنّ العقد بالإجازة ينتسب إلى المجيز حقيقه، و من هنا تشمله أدلّه لزوم العقد، فيحتاج فسخه بعد ذلك إلى الدليل، كما هو الحال فيما لو كان هو المباشر للعقد.

(٢) إذ لا يعتبر فيها إلّا ما يكشف عن إسناد المجيز للعقد السابق إلى نفسه وإقراره به، فإنه يكفى فى الحكم بصحّه ذلك العقد من دون أن تكون خصوصيته فى الكاشف. و من هنا فلا يعتبر فيها اللفظ فضلاً عن صيغته معينه، حتى و

لو قلنا باعتبار اللفظ الصريح في العقد بدعوى أن العقد لا يصدق إلّا به، فإنّ العبرة في الإجازة إنما هي بانكشاف رضاه كيف اتفق، كما هو واضح.

(٣) وقد ذهب جماعة إلى اعتبار اللفظ فيها، تارة بدعوى أنها بمنزلة العقد الجديد، و أخرى بدعوى أن الاستقراء يقتضى اعتبار اللفظ فيما يقتضى لزوم.

إلّا أن للتأمل في كلا هذين الوجهين مجالاً.

أمّا الأول: فهو مصادره على المدعى، فإن الإجازة ليست عقداً و لا هي بمنزلة و إنما هي إبراز للرضا به.

و بعبارة أخرى: إنّ قياس الإجازة بالعقود قياس مع الفارق. فإنّها ليست بعقد

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٦٤

[مسألة ٢٠: يشترط في المجيز علمه بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد]

[٣٨٨٣] مسأله ٢٠: يشترط في المجيز علمه [١] بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد (١). فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضى به، لم يكف في الإجازة.

و إنما هي موجه لاستناد العقد السابق إليه. و من هنا فاعتبار اللفظ في العقود لو قيل به، لا يقتضى اعتباره في الإجازة أيضاً.

و أمّا الثانى: فهو غير ثابت و لا دليل عليه، و قد ذكرنا في محله أنّ الأظهر لزوم المعاطاة، و الحال أنها خالية من اللفظ. على أنّ الاستقراء ليس بحججه، فإنّه ليس من الأدلّة الشرعية.

إذن فلا دليل على اعتبار اللفظ في الإجازة، و إنما العبرة باستناد العقد السابق إليه كيفما اتفق، و إن كان ذلك بالفعل أيضاً.

هذا بل يمكن استفادة ما ذكرناه من بعض النصوص، كالتى دلّت على أن سكوت البكر إقرارها، إذ لا يبعد دعوى إطلاقها لفرض الفضولى أيضاً. و يؤيده ما ورد في تزويج العبد من غير إذن مولاه، حيث حكم (عليه السلام) بأنّ سكوت المولى بعد علمه إقرار منه «١».

و كيف كان، فالعمد في المقام عدم

الدليل على اعتبار اللفظ.

(١) الظاهر أنه لا- دليل على هذا الاشتراط، إذ العبرة إنما هي باستناد العقد السابق إليه. و من هنا فيكون الحال في اعتقاد لزوم العقد، كالحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك من اعتقاد لزوم الإجازة. فإنَّ إجازته إذا لم تكن من جهة رضاه بالعقد، بأن كان من جهة رضاه بحكم الله سبحانه و تعالى و إن كان هو كارهاً له، فلا أثر لها لأنه في الحقيقة لم يجر العقد، فإنَّ ما رضى به أعنى حكم الله سبحانه غير متحقق في الخارج، و ما هو متحقق في الخارج أعنى العقد لم يجره.

[١] العبرة في صحه العقد إضافته إليه بإجازته و رضاه بذلك العقد حقيقه، و لا يعتبر في ذلك علمه بأنَّ له ذلك.

(١) الوسائل ٢١: ١١٧، باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ٢٦٦٧١، ٢٦٦٧٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٦٥

نعم، لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد، فأجاز، فإن كان على وجه التقييد لم يكف (١) و إن كان على وجه الداعي يكون كافياً (٢).

[مسألة ٢١: الإجازة كاشفه عن صحه العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه]

[٣٨٨٤] مسألة ٢١: الإجازة كاشفه عن صحه العقد من حين وقوعه (٣) فيجب ترتيب الآثار من حينه.

[مسألة ٢٢: الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضوليه]

[٣٨٨٥] مسألة ٢٢: الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضوليه (٤)، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد، إلّا أنه كان بحيث لو كان حاضراً و ملتفتاً كان راضياً، لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة. بل لو كان حاضراً حال العقد و راضياً به، إلّا أنه لم يصدر منه قول و لا فعل يدلّ على رضاه، فالظاهر أنه فضولي (٥) فله أن لا يجيز.

نعم، إذا كانت إجازته من جهة رضايته بالعقد واقعاً، و مع قطع النظر عن كونه لازماً أو غير لازم و إن كان هو يعتقد لزومه، فهي نافذه و مؤثره باعتبار أنها غير مقيده به.

و الحاصل أن العبرة في نفوذ الإجازة و صحتها إنما هي باستناد العقد السابق بها إليه، و أما اعتقاد اللزوم و عدمه فهو أجنبي بتمام معنى الكلمه عنها.

(١) لانتفاء المقيد بانتفاء القيد لا محاله.

(٢) فإن تخلف الداعي لا يؤثر شيئاً.

(٣) تقدّم الكلام فيه مفصلاً فى المسأله الثانيه من فصل نكاح العبيد و الإماماء، فلا نعيد.

(٤) بلا- خلاف فيه بين الأصحاب. فإنّ الرضا الباطنى و إن كان كافياً فى حلّ التصرفات الخارجيه التكوينيّه، نظير الأكل و ما شاكله، كما يدلّ عليه السيره العمليه القطعيه، إلّا أن كفايته فى انتساب العقد إليه لم يدلّ عليها دليل. و من هنا فلا تشمله عمومات الوفاء بالعقد.

(٥) على ما هو المشهور بين الأصحاب، باعتبار أن الذى يخرج العقد عن

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦٦

.....

الفضوليه إما هو الإذن السابق أو الرضا المتأخر، و لا شىء منهما متحقق فى المقام.

إلّا أن الشيخ الأعظم (قدس سره) لم

يرتض ذلك، حيث ذهب إلى كفايته في خروج العقد عن الفضوليه، واستند فيه إلى ظواهر كلمات الفقهاء وجملة من النصوص.

فإنهم حكموا بعدم كفايه السكوت، معللين ذلك بأنه أعم من الرضا، فإنه إنما يكشف عن أن العبره في صحه العقد إنما هي بالرضا، وأن السكوت إن لا ينفع لعدم كشفه عن الرضا.

كما يقتضيه جملة من النصوص، كالتى دلت على أن رضا البكر صماتها، و ما دلّ على نفوذ عقد العبد إذا علم به المولى و سكت، و ما ورد في السكرى إذا زوجت نفسها ثم أفاقت و أقامت معه كان ذلك رضا منها بالعقد، و ما ورد في الخيار من أنه إذا علم بالعيب و سكت كان رضا منه به.

على أننا لو قلنا بعدم اعتبار اللفظ، و كفايه الفعل كما هو الصحيح، فمن البعيد جداً أن يقال بوجود موضوعيه للفعل في الحكم بالصحة، و إنما العبره بالمنكشف، أعنى الرضا.

إلّا أنّ ما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه. و ذلك أمّا كلمات الفقهاء فهى ليست بحجّه ما لم تبلغ الإجماع. على أن النسبه بين السكوت و الرضا إنما هى التباين فإنّ السكوت من الأفعال الخارجيه، فى حين أن الرضا صفة نفسيه. و من هنا فلا يمكن أن يكون المراد من قولهم أن السكوت أعم من الرضا، كون السكوت أعم من نفس الرضا، و إنما المراد به كونه أعم منه كشافاً، بمعنى أنه قد يكون كاشفاً كما هو الحال فى البكر، و قد لا يكون كذلك. و عليه فلا دلالة فيه على كفايه نفس الرضا فى الحكم بالصحة، بل الأمر على العكس من ذلك تماماً، حيث أنه يدل على اعتبار المبرز و الكاشف فى

الحكم، نظراً لأن السكوت أعم من الرضا كشافاً.

و أما النصوص، فأما ما دلّ على أن سكوت البكر إقرارها فالاستدلال به غير واضح، إذ لم يرد في شيء منها أن سكوتها رضاها، كى يقال أنها دالّة على كفايه الرضا، وإنما الوارد أنّ سكوتها إقرارها، أو أن إذنها صماتها. و من الواضح أنّ التعبير بالإقرار أو الإذن دالّ على اعتبار المبرز و الكاشف، و عدم كفايه مجرد الرضا الباطنى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦٧

.....

على أننا لو سلمنا ورود التعبير بالرضا فى هذه النصوص، فهى لا تقتضى كفايه مجرد الرضا الباطنى، إذ يرد حينئذ ما تقدّم من أنه لا يمكن حمل الرضا على الفعل الخارجى، بل لا بدّ من كون المراد أن السكوت أعم من الرضا كشافاً.

و عليه فتكون هذه الروايات دالّة على أنّ العبره و الملاك إنما هو بالرضا مع الكاشف، و عدم كفايه الرضا الباطنى المجرّد.

و من هنا يظهر الحال فيما دلّ على أن سكوت المولى مع علمه بعقد العبد إقرار منه فإنه دالّ على اعتبار الإقرار، و لا دلالة فيه على كفايه الرضا الباطنى. على أنّ احتياج نكاح العبد إلى إجازة المولى أجنبى عن الفضولى تماماً، فإن العبد طرف للعقد حقيقه و هو ينتسب إليه حين صدوره بلا أى عناية، غاية الأمر أن صحته متوقفه شرعاً على إجازة المولى، و هذا نظير اعتبار إذن الزوجه فى التزويج من بنت أخيها أو أختها، بخلاف عقد الفضولى حيث إن انتساب العقد إليه إنما يكون بالإجازة.

و من هنا فلا مجال للاستدلال بهذه النصوص فى المقام.

و أمّا التمسك بما ورد فى الخيار و عقد السكرى، فيرد عليه أنهما خارجان عن الفضولى موضوعاً، فإنّ العقد فى مورد الخيار

صحيح و مستند إليه حقيقه، غايه الأمر أن له رفعه أو الالتزام به. و كذا الحال في السكرى، فإن العقد منتسب إليها واقعاً غايه الأمر أنه لا يحكم بصحته إلا بعد إجازتها. فكفايه الرضا الباطنى فيهما، لا تقتضى كفايته فى الفضولى أيضاً. على أن كفايته فيهما أيضاً محل منع، و ذلك لما تقدم من أن الرضا أمر باطنى، فلا يمكن حمله على الفعل الخارجى، إلا باعتبار كاشفيته و كونه إمضاءً عملياً.

إذن فما أفاده شيخنا الأعظم (قدس سره) غير تام، و لا مجال للمساعدة على شىء منه.

و من هنا فالحق فى المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، من عدم كفايه الرضا الباطنى و اعتبار المبرز له فى الخارج، نظراً لعدم استناد العقد إليه بدونه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٦٨

[مسألة ٢٣: إذا كان كارهاً حال العقد]

[٣٨٨٦] مسألة ٢٣: إذا كان كارهاً حال العقد، إلا أنه لم يصدر منه رد [١] له (١) فالظاهر صحته بالإجازة (٢).

نعم، لو استؤذن فنهى و لم يأذن، و مع ذلك أوقع الفضولى العقد، يشكل صحته بالإجازة، لأنه بمنزلة الرد بعده. و يحتمل صحته [٢] (٣) بدعوى الفرق بينه و بين الرد بعد العقد، فليس بأدون من عقد المكروه، الذى نقول بصحته إذا لحقه الرضا، و إن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال (٤).

(١) بل حتى و لو صدر منه رد، فإنه لا أثر له، على ما عرفته فى المسألة الثامنة عشره من هذا الفصل.

(٢) أما بناءً على ما اخترناه من عدم تأثير الرد بعد العقد، فالأمر أوضح، فإن الكراهيه قبل العقد لا تزيد عن الرد اللاحق له.

و أما بناءً على ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) من منع الرد اللاحق عن لحوق الإجازة

به، فالأمر كذلك أيضاً. فإنَّ العمده في الدليل على منع الردِّ اللاحق إنما كانت دعوى سلطنه المالك على إسقاط قابليه العقد عن لحوق الإجازة به، وهى لا- تجرى في المقام، لأن الردَّ إنما يتوسط بين العقد و الإجازة. و من هنا فقد يقال إنَّه يوجب الانقطاع، و أما مع الكراهة السابقة أو المقارنه فليس هناك ما يوجب الانقطاع، إذ ليس هناك عقد في حينها. و من هنا فلو تحققت الإجازة بعد ذلك، كانت هى ملحقه بالعقد مباشره.

(٣) هذا الاحتمال هو المتعين، إذ يجرى فيه ما تقدّم في الفرع السابق بعينه، فإنه لم يصدر من المالك ما يوجب قطع الإجازة عن العقد، فإنَّ النهى لا يزيد العقد ما كان يقتضيه قبل ذلك من عدم التأثير، نظراً لكونه فضولياً.

(٤) إلّا أنه ضعيف جداً، و الصحيح هو الالتزام بالصحة، على ما هو المشهور

[١] تقدّم أن الرد لا أثر له.

[٢] هذا الاحتمال هو الأظهر، حتى على القول بكون الرد بعد العقد مانعاً عن الإجازة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٦٩

.....

بينهم. و ذلك أما مع مقارنه الرضا للإكراه فالأمر واضح، لأن التجاره حينئذ تجاره عن تراضٍ و الإقدام عليها إقدام مع الرضا، فإنَّه الذى يدعوه نحو الفعل، و الإكراه ليس إلّا داعياً آخر منضمّاً إلى الداعى الأول.

و أما مع تأخره عنه، فلأن العقد حين صدوره لم يكن فاقداً لشيء غير الرضا فإذا لحقه حكم بصحته.

و ما استدل به لبطلان عقد المكره، من قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» «١» بناءً على كون المراد بالتراضى هو ما يقابل الإكراه لا ما يقابل القصد و حديث نفى الإكراه، فغير شامل للمقام.

أمّا الأول: فلأنَّ المعلوم أن المراد بالتجاره ليس

هو مجرد اللفظ و الإنشاء الذى يوجد فى الخارج و ينعدم، فإنه ليس إلماً مبرزاً لها فى الخارج، و إنما المراد بها هو المنشأ و المعبر فى الخارج.

و من هنا فحيث إن للتجاره بهذا المعنى بقاءً و استمراراً، فلا مانع من القول بعد لحوق الرضا بها أنها تجاره عن تراض.

و أمّا الثانى: فلأن حديث الرفع إنما هو وارد فى مقام الامتنان كما هو معلوم، و من هنا فلا بدّ فى الحكم بالرفع من ملاحظه ما يقتضيه الامتنان، و لذا لا يحكم بفساد بيع المضطر. و حيث إنه فى المقام إنما يقتضى رفع الحكم حدوثاً لا استمراراً و بقاءً، فلا محاله يختص الرفع به دون البقاء، لأن رفعه ينافى الامتنان.

و الحاصل أنّ الامتنان إنما يكون فى رفع الحكم ما دام الإكراه باقياً، و أما رفعه بعد ارتفاع الإكراه و رضا المكره به فليس فيه أى امتنان عليه. و بذلك يظهر أن صحّه عقد المكره لا تتوقف على الإجازة، بل يكفى فيها مجرد الرضا الباطنى.

ثم هل يكفى مجرد الرضا الباطنى للمولى فى الحكم بصحّه نكاح العبد و نفوذه، أم لا؟

(١) سورة النساء ٤: ٢٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧٠

[مسأله ٢٤: لا يشترط فى الفضولى قصد الفضوليه و لا الالتفات إلى ذلك]

[٣٨٨٧] مسأله ٢٤: لا يشترط فى الفضولى قصد الفضوليه (١) و لا الالتفات إلى ذلك. فلو تحيّل كونه ولياً أو وكيلًا و أوقع العقد، فتبين خلافه، يكون من

اختار شيخنا الأعظم (قدس سره) الأوّل «١» حتى بناءً على القول باعتبار الإذن فى نفوذ نكاح الفضولى، و ذلك لما يستفاد من صحيحه زراره الوارده فى نفوذ عقد العبد إذا لحقه إذن المولى، معللاً ذلك بقوله (عليه السلام): «إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له

جائز» «٢» من أنّ العبره فى عدم النفوذ إنما هى معصية السيد، و حيث إن مع الرضا الباطنى للمولى و علم العبد به لا يكون عاصياً له، يحكم بصحّه عقده من دون حاجه إلى الإجازة.

إلّا أن ما أفاده (قدس سره) لا- يمكن المساعدة عليه. و ذلك لأنّ المستفاد من قوله تعالى «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» «٣» و النصوص الكثيره، اعتبار إذن المولى فى نفوذ نكاح المملوك، و عدم كفايه مجرد الرضا الباطنى فيه.

و أما الصحيحه المتقدمه فالمراد بالعصيان فيها ليس هو العصيان التكليفى، أعنى المخالفه فى التكليف و ارتكابه المحرم على ما صرح بذلك فى بعض النصوص و إنما المراد به صدور العقد عن عدم الإذن، و تصرف العبد فى نفسه من غير إذن المولى و لذا اعتبر (عليه السلام) فى جوازه إجازة المولى، و لم يقل إذا رضى فهو له جائز.

إذن فالمستفاد من الآيه الكريمة و النصوص الكثيره لا سيما ذيل هذه الصحيحه اعتبار الإذن و الإجازة فى الحكم بالصحّه و نفوذ العقد، و عدم كفايه مجرد الرضا الباطنى.

و من هنا فىكون الحال فى تزويج العبد من غير إذن مولاه كالحال فى نكاح الفضولى، و إن كان بينهما فرق من حيث انتساب العقد و عدمه.

(١) إذ لا خصوصيّة لعنوان الفضوليه كى يعتبر قصده، فإنّ العبره إنما هى بالواقع

(١) انظر كتاب النكاح ٢٠: ١٨٤ طبع المؤتمر العالمى.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٢٤ ح ١.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧١

الفضولى (١) و يصحّ بالإجازة (٢).

[مسألة ٢٥: لو قال فى مقام إجراء الصيغه: (زوّجت موكّلتى فلانه) مثلاً]

[٣٨٨٨] مسألة ٢٥: لو قال فى مقام إجراء الصيغه: (زوّجت موكّلتى فلانه) مثلاً، مع أنه لم يكن وكيلاً عنها،

فهل يصح و يقبل الإجازة، أم لا؟ الظاهر الصحه (٣).

نعم، لو لم يذكر لفظ: (فلانه) و نحوه، كأن يقول: (زوّجت موكلتي) و كان من قصده امرأه معينه، مع عدم كونه وكيلاً عنها، يشكل صحته [١] بالإجازة (٤).

و الملاك في صحه العقد إنما هو باستناد العقد بالإجازة إلى المجيز، و أما العاقد فهو أجنبي عنه، و لا يقوم إلّا بدور إنشاء العقد و التلفظ بالصيغه.

(١) لعدم انتساب العقد إلى من له الأمر.

(٢) لاستناده إليه حينئذ، فتشمله عمومات الوفاء بالعقد، و لا أثر لما قصده الفضولي، بل ربّما يستفاد ذلك من صححه أبي عبيده المتقدمه في المسأله الثامنه عشره من هذا الفصل، حيث حكم (عليه السلام) بصحه نكاح الغلام و الجاربه غير المدركين اللذين زوجهما وليهما إذا أدركا و أجازا العقد.

حيث إنّ المراد بالولي فيها ليس هو الولي الشرعي جزماً، فإنه (عليه السلام) قد حكم في ذيلها بنفوذ نكاحها إذا كان المزوج لهما هو الأب، و إنما المراد به الولي العرفي كالأخ و العم، فإن مقتضى إطلاق الحكم بالصحه حينئذ هو الحكم بالصحه، سواء اعتقد العاقد ولايته و نفوذ عقده أم اعتقد كونه فضولياً، بل لا يبعد أن يكون الغالب في هؤلاء اعتقاد ولايتهم على القصر و نفوذ تصرفاتهم في حقهم.

(٣) فإنّ كلمه (موكلتي) بعد ذكر اسمها تكون زائده لا محاله، حيث إن العقد يتعلق حينئذ بما ذكر من الاسم.

(٤) فإنّ الترويج إنما وقع بعنوان الموكله، و حيث إنه ليس وكيلاً عنها و لم يذكر اسمها، فيحكم بفساده لا محاله.

[١] لا إشكال فيها إذا كانت المرأه معينه بالقرينه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٧٢

[مسأله ٢٦: لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين]

[٣٨٨٩] مسأله ٢٦: لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين، هل يجوز إجازة

العقد دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر، من حيث الجنس، أو من حيث القلّة والكثرة؟ فيه إشكال، بل الأظهر عدم الصّحّة في الصورة الثانيه [٢] (١) وهى ما إذا عيّن المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط (٢).

ثمّ إنه ربّما يعلل ذلك بأنه من قبيل العقد بالمجازات البعيده، إذ لا يقع العقد عليها صريحاً ولا ظاهراً، ولا دليل على صحّته العقد بها.

إلّا أنه مدفوع بأن الذى ذكره الأصحاب فى باب العقود، من اعتبار كون اللفظ صريحاً أو ظاهراً، إنّما هو فى مفاهيم العقود نفسها لا متعلقاتها. فلو قال: (وهبتك الدار) وقصد به البيع لم يصح، لعدم ظهوره فيه فضلاً عن الصراحه. و أما بالنسبه إلى المتعلقات فلا يعتبر ذلك فيه، لعدم الدليل عليه.

على أن المقام ليس من الإنشاء بالمجاز، فضلاً عن كونه من المجازات البعيده، فإن اللفظ (موكلتى) مستعمل فى معناه الحقيقى، غاية الأمر أنه قد كذب فى تطبيقه على الخارج، و ادعائه أنها وكلته فى ذلك.

و من هنا فلو نصب قرينه على إرادته المرأه المعينه، كالعهد و ما شاكله، صحّ العقد.

(١) فإنّ الذى تعلقت به الإجازة غير الذى تعلّق العقد به، فلا تنفع الإجازة لأنها إنّما تصحّح العقد الواقع فى الخارج و تنسبه إلى المجيز. و حيث إنّ المفروض فى المقام أنّ ما وقع فى الخارج لم تتعلق به الإجازة، و ما تعلقت به لم يقع فى الخارج حكم بطلانه لا محاله، لعدم التطابق بينهما.

(٢) إذ يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول، و الإجازة بمنزله القبول من حيث إيجابها استناد العقد

إلى المجيز حقيقه، فمع اختلافهما لم يصدق العقد، لأن ما أوجبه الأوّل لم يقبله الثانى، و ما قبله لم يوقعه الأوّل. و معه فلا يستند ذلك العقد الصادر فضوله إليه.

[٢] بل فى الصوره الأولى أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧٣

[مسألة ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّه، فتيبين كونه وكيلاً فالظاهر صحته]

[٣٨٩٠] مسأله ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّه، فتيبين كونه وكيلاً فالظاهر صحته (١) و لزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً. بل و كذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد و لكن لم يبلغه الخبر، على إشكال فيه [١] (٢). و أما إذا أوقعه

و من هنا يظهر الحال فيما استشكل فيه الماتن (قدس سره) فى صدر المسأله، أعنى الصوره الأولى و هى إجازة العقد دون المهر، فإنّ الحال فيها كالحال فى سائر صور المسأله، لأن ذكر المهر فى العقد لا يقلّ عن الاشتراط، بمعنى كون التزامه بالعقد معلقاً على الالتزام بذلك المهر. و حينئذ فيجرى فيها ما تقدّم فى الاشتراط، من عدم التطابق بين الإيجاب و القبول، و عدم استناد العقد إلى المجيز، لأن ما أنشأه هو النكاح بمهر معلوم، و ما قبله المجيز إنما هو طبعى النكاح. و معه فلا مجال للحكم بالصّحّه.

و الحاصل أنه يعتبر التطابق بين المجاز و الإجازة، كما يعتبر ذلك فى الإيجاب و القبول.

(١) إذ لا- يعتبر فيما يصدر عن الوكيل الالتفات إلى الوكاله و إيقاع العقد بعنوان أنه و كيل، فإنه ليس كالعبادات المتوقفه على النيه، و إنما العبره فى الحكم بالصّحّه بالواقع أعنى صدوره ممن هو أهل له و مفوض فيه، و هو متحقق فى المقام.

(٢) الإشكال قوى جداً، فإن قياس هذه الصوره على الصوره السابقيه قياس مع الفارق. فإن المجرى للصيغه فى الأوّل و كيل حقيقه، و الفعل

الصادر منه صادر ممن له السلطنة واقعاً، فيحكم بصحته على القاعده و ينتسب إلى الموكل لا محاله. و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإن من صدر منه العقد ليس بوكيل و ليس له السلطنة على ذلك فإنّ الوكاله ليست من الإيقاعات، و إنما هي من العقود المتوقفه صحتها على الإيجاب و القبول. و من هنا فلا ينفع في الحكم بصحّه ما صدر مجرد إنشاء التوكيل، ما لم يصل ذلك إلى المباشر و يقبله.

و الحاصل أنّ الفعل في المقام صادر من غير الوكيل، و لم يتحقق هناك ما يوجب انتسابه إلى من له الأمر، فيحكم بفساده لا محاله.

[١] بل لا يبعد عدم اللزوم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٧٤

بعنوان الفضوليّه، فتبين كونه ولياً، ففي لزومه بلا إجازة منه، أو من المولى عليه إشكال [١] (١).

و توهم أن الفعل محكوم بالصحّه، نظراً لتضمن إنشاء الوكاله للإذن فيه و إن لم تتحقق الوكاله في الخارج.

مدفوع بأن الإذن متوقف على العلم به أيضاً، فإنه لا يصدق أن من له الأمر قد أذن له و أنه مأذون في الفعل بمجرد إنشاء الإذن، ما لم يصل ذلك إلى المباشر فيعلم به فإنه ليس إلّا إبرازاً للرضا الباطني.

إذن فتدخل هذه المسأله في المسأله الثانيه و العشرين، أعنى عدم كفايه الرضا الباطني في الحكم بصحّه العقد الصادر من الفضولي، و احتياج ذلك العقد إلى الإجازة.

(١) لم يظهر لنا وجه التفرقه بين الوكيل و الولي، فإن لكل منهما السلطنة على الفعل.

اللهمّ إلما أن يقال: إن الولي بمنزله المالك المباشر للعقد. و حيث إن المالك المباشر إذا كان ناسياً لملكه أو غافلاً عنه حين العقد، فأوقع العقد على أنه للغير ثم بان أنه له كما

لو باع الولد مال أبيه معتقداً أنه ملك أبيه، ثم انكشف موت أبيه في ذلك الحين و انتقل المال بالإرث إليه، لم يحكم بصحته إذ لم يصدق عليه التجاره عن تراض و بيع ماله بطيبه نفسه، فإنه لم يبع ماله و إنما باع مال غيره و أنشأ ملكيه مال الغير، ففي المقام يكون الحال كذلك.

إلما أن الفرق بين الولي و المالك لا يكاد يخفى، إذ لا يعتبر في الولي إلّا رضاه بالعقد، لغرض أنه يعلم أن المال ليس له و أنه لغيره، و لا يقاس بالأصيل حيث إنه يعتقد خلاف الواقع و لا يقصده. إذن فالصحيح في الولي هو الحكم بالصحة، كما التزمنا بها في الوكيل.

[١] أظهره اللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٧٥

مسألة ٢٨: إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي

[٣٨٩١] مسألة ٢٨: إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي، و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولي، فهل يصح و يلزم أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه [١]، أقواها عدم الصحة (١) لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء و العدم. و بعبارة أخرى: أوقع العقد متزلزلاً.

(١) و تفصيل الكلام في هذه المسألة أن يقال:

أن العقد الصادر من الولي أو الوكيل بعنوان الفضولي، مع العلم بكونه ولياً أو وكيلًا: تاره يكون منجزاً و غير معلق على شىء، غايه الأمر أنه يقرنه بادعاء كاذب و يبنى عليه، و هو أنه ليس بوكيل أو ولي. و أخرى يكون معلقاً على إجازة الموكل، أو هو نفسه.

فإن كان من قبيل الأول حكم بصحته لا محاله، إذ لا قصور في الإنشاء أو المنشأ أو

شىء آخر مما يعتبر فى صحه العقد، و مجرد كونه مقروناً ببناء كاذب لا يضرب بعد تماميه أركان العقد و ما يعتبر فى صحته.

و من هنا يظهر الحال فيما لو كان المنشئ هو المالك الأصيل بانياً على الفضوليه، مع التفاته إلى كونه مالكاً، فإنه يحكم بصحته، لعدم القصور فيما يعتبر فى صحه العقد.

و إن كان من قبيل الثانى فالحكم بصحته أو بطلانه، مبنى على الخلاف فى اقتضاء التعليق للبطلان و عدمه، و قد تقدّم الحديث فيه مفصلاً.

نعم، لو أوقع العقد مترزلاً، بأن أنشأه منجزاً و من غير تعليق، لكن جعل الخيار فيه لنفسه، حكم ببطلانه، لأن النكاح لا يقبل جعل الخيار فيه، على ما تقدّم الكلام فيه فيما تقدّم.

إلا أنّ الظاهر من عباره الماتن (قدس سره) إرادته التعليق لا جعل الخيار فيه.

[١] أقواها الصحه، نعم لو علق عقده على رضائه أو رضائه موكله متأخراً جاء فيه إشكال التعليق، و لعل مراده (قدس سره) هو هذه الصوره.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧٦

[مسأله ٢٩: إذا زوج الصغيرين وليهما، فقد مر أنّ العقد لازم عليهما]

[٣٨٩٢] مسأله ٢٩: إذا زوج الصغيرين وليهما، فقد مر أنّ العقد لازم عليهما [١] (١) و لا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه. و على هذا (٢) فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٣).

و أمّا إذا زوجهما الفضوليان، فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ (٤) أو إجازته وليهما قبله. فإن بلغا و أجازا ثبتت الزوجيه، و يترتب عليها أحكامها من حين العقد، لما مرّ من كون الإجازة كاشفه. و إن ردّا، أو ردّ أحدهما، أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحه من حين الصدور (٥).

و إن بلغ أحدهما و أجاز، ثم مات قبل بلوغ الآخر، يعزل

ميراث الآخر على تقدير الزوجية. فإن بلغ و أجاز، يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الإرث

(١) مرّ الكلام فيه في المسألة الرابعة من هذا الفصل، وقد عرفت أن مقتضى صحيحه محمد بن مسلم هو ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ.

(٢) لا يخفى عدم تماميه ما أفاده (قدس سره)، من تفرع ثبوت الإرث على لزوم العقد، و عدم ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ. فإنه ثابت حتى مع القول بثبوت الخيار لهما كما اخترناه، و ذلك لأنّ منشأ التوارث إنّما هو صحّحه العقد و ثبوت الزوجية بينهما، لا لزومه.

(٣) على ما تقتضيه القاعدة، و يدلّ عليه غير واحد من النصوص الصحيحة صريحاً.

(٤) على ما تقتضيه القاعدة في عقد الفضولي.

(٥) و تقتضيه مضافاً إلى القاعدة صحيحه أبي عبيدة الحذاء، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و جاريه زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين، قال: فقال: «النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث

[١] مرّ الاشكال فيه، و لكنّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث، لأنّ المفروض صحّحه العقد و إن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٧٧

فإن حلف يدفع إليه (١). و إن لم يجز، أو أجاز و لم يحلف، لم يدفع (٢) بل يرد إلى الورثة. و كذا لو مات بعد الإجازة و قبل الحلف (٣).

هذا إذا كان متهماً بأنّ إجازته للرغبة في الإرث. و أما إذا لم يكن متهماً بذلك، كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللّازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك، فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف (٤).

بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد

أدركا و رضيا». قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز عليه ذلك إن هو رضى». قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل ان تدرك الجارية، أ ترثه؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر». قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت». قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية» (١).

(١) على ما دلّ عليه صريحاً الصحيح المتقدّم.

ثم إن مورد الصحيحه و إن كان هو موت الزوج و بقاء الزوجه، إلّا أن الظاهر أنه لا خصوصية لذلك كما عليه معظم الأصحاب، فإنّ موت الزوج إنما ذكر فى كلام السائل خاصة. و الظاهر أنّ الحلف إنما هو للاحتياط فى المال بالنسبة إلى الوارث و هو لا يختص بفرض موت الزوج و بقاء الزوجه، بل يثبت الحكم مع موت الزوج و بقاء الزوج أيضاً.

(٢) لأنّ ظاهر الصحيحه ترتب الإرث على الإجازة و الحلف معاً.

(٣) لما تقدّم آنفاً.

(٤) لأنّ الظاهر من النص أنّ الحلف ليس تعبدًا محضاً، و إنما هو طريق لدفع

(١) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الزوج، ب ١١ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧٨

[مسألة ٣٠: يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية]

[٣٨٩٣] مسألة ٣٠: يترتب على تقدير الإجازة و الحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (١) من المهر، و حرمة الام و البنت [١]

(٢) و حرمتها إن كانت هى الباقية على الأب

و الابن، و نحو ذلك. بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة، من غير حاجة إلى الحلف (٣). فلو أجاز و لم يحلف مع كونه متهماً لا يرث، و لكن يترتب سائر الأحكام.

[مسألة ٣١: الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين]

[٣٨٩٤] مسأله ٣١: الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر التعدى إلى سائر الصور (٤). كما إذا كان أحد الطرفين الولي و الطرف الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون و الطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً و الآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك.

التهمه، فمع العلم بعدمها يكون لغواً.

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و يقتضيه صحيح أبي عبيده المتقدم.

(٢) ذكر البنت من سهو القلم جزماً، فإنّ البنت لا تحرم إلّا بعد الدخول بأُمّها و حيث إن مفروض كلامنا أن إجازته للعقد إنما كانت بعد وفاتها، فلا مجال لتصور الدخول بالأُم كي تثبت حرمة البنت. على أن الكلام إنما هو في الصغيره، و معه لا مجال لفرض البنت لها كي يبحث في حرمتها و عدمها.

(٣) فإن الحكم على طبق القاعده. و ذلك لما عرفت من أن الإجازة توجب الحكم بصحّه العقد و انتسابه إلى المجيز من حين صدوره، لكن بالكشف الحكمى بالمعنى الذى ذكرناه، و مقتضى عمومات الصحّه ترتب جميع الآثار بلا استثناء.

نعم، خرجنا عن هذه العمومات فى خصوص الإرث، لصحيحه أبي عبيده الحذاء المتقدمه، حيث دلّت صريحاً على اعتبار الحلف فى ثبوته، و لو لا هذه الصحيحه لقلنا بثبوته بمجرد الإجازة أيضاً.

(٤) نظراً لكون الحكم على طبق القاعده، فلا يختص بفرض معين.

[١] هذه الكلمه من سهو القلم أو غلط النسخ.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٧٩

ففى جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبه إليه

لعدم الحاجة إلى الإجازة، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده و بقى الآخر، فإنه يعزل حصه الباقي من الميراث إلى أن يرد أو يجيز.

بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (١). و لكن الأحوط الإحلاف في الجميع [١] بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

[مسألة ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً]

[٣٨٩٥] مسأله ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً، و الطرف الآخر فضولياً و لم يتحقق إجازته و لا ردّ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات (٢)، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأه و بنتها و أختها و الخماسه، و إذا كانت زوجته يحرم عليها التزويج بغيره؟ و بعبارة اخرى: هل يجرى عليه آثار الزوجيه و إن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟.

(١) ما أفاده (قدس سره) لا- يتم بعد التعدي عن وفاه الزوج و بقاء الزوجه، إلى فرض وفاه الزوجه و بقاء الزوج. فإن الملاك المصحح له، أعنى الاحتياط في المال بالنسبه إلى الوارث، بعينه موجود في جميع هذه الصور، و لا- يختص هذا بالإرث، بل يجرى في أخذ الزوجه المهر أيضاً، نظراً للتهمه. و أما دفع الزوج للمهر، فلا حجه فيه إلى الحلف، نظراً لكونه عليه لا له.

(٢) الكلام في هذه المسأله يقع في نقاط:

النقطه الاولى: في لزوم العقد بالنسبه إلى الأصيل أو المجيز، بحيث لا يكون له رفع اليد عنه ما لم يرد الطرف الآخر. و عدمه، كما هو الحال في رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول.

[١] لا يترك الاحتياط بالإضافة إلى الإرث و إلى أخذ المهر، و أما بالإضافة

إلى بقيه الأحكام فالظاهر عدم الحاجه إلى الحلف، مع أنه أحوط.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٠

.....

الذى يظهر من كلمات بعضهم، و اختاره شيخنا الأستاذ (قدس سره) «١» بل يظهر من كلمات الشيخ (قدس سره) «٢» هو الأول. و استدلل عليه بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بدعوى أنه انحلالى بالنسبه إلى طرفى العقد، فيجب على الطرف الأول الالتزام به، حتى و لو لم يجب ذلك على الطرف الآخر لعدم صدور القبول منه.

وفيه: أن موضوع الأمر بالوفاء و الحكم باللزوم إنما هو العقد، و هو على ما تقدم غير مره عباره عن ربط التزام بالتزام آخر، كما هو الحال فى عقد الجبل و شده بآخر. و من هنا فمع عدم التزام الطرف الآخر لا يصدق العقد، و لا يكون موضوع الأمر بالوفاء و اللزوم، الذى هو بمعنى عدم قابليته للنقض و الانحلال، متحققاً.

و عليه فيكون حاله حال رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول، بل يكون هو من مصاديقه، فإن قبول الفضولى لا يعتبر التزاماً كى ينضم إلى التزام الأصيل، فإنه لا يلتزم بشىء و إنما ينشئ أمراً يتعلق بالغير.

ثم إن شيخنا الأستاذ (قدس سره) قد استدلل على اللزوم، بأن الأصيل بنفس الإنشاء قد ملك التزامه للطرف الآخر، و من هنا فليس له أن يرجع فيه، نظراً لكونه مملوكاً للغير.

وفيه: أن الالتزام ليس متعلقاً لتملكك و إنما هو التزام به، فليس هو مملوكاً للغير بل لم يتحصل لنا معنى معقول لملكيه الالتزام و إن كانت الاعمال قابله للملك. على أن لا يزم ذلك بقاء الملك بلا مالك، فإن الأصيل لا يملكه لأن المفروض أنه قد ملكه للغير، و الفضولى أجنبى عنه بالمره فلا معنى لكونه هو المالك، و

لا- يملكه من له الإجازة لعدم صدور القبول منه، و الملكية لا تكون قهريه بل تحتاج إلى الإيجاب و القبول، فلا معنى لحصولها قبل القبول. فيبقى الملك بلا مالك، و هو محال.

إذن فلا دليل على لزوم هذا الالتزام و عدم جواز رفع اليد عنه، لعدم صدق العقد

(١) كتاب النكاح ٢٠: ١١٠ طبع المؤتمر العالمي.

(٢) انظر النهايه: ٤٦٦.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨١

.....

فى المقام، و إن عبر عنه بالعقد الفضولى مسامحه. و يترتب على ذلك صحه جميع التصرفات المنافيه له و نفوذها، و يكون ذلك فسخاً فعلياً للإشياء الأول، و معه فلا يبقى أثر للقبول اللاحق. و منه يظهر ما فى صدر عباره الماتن (قدس سره) من التعبير ب (إذا كان العقد لازماً) فإنه لا وجه له، اللهم إلا أن يحمل على المسامحه.

النقطه الثانيه: فى جواز التصرفات المنافيه للإشياء و عدمه من حيث الحكم التكليفى، بعد البناء على لزوم الالتزام من طرف الأصيل و المجيز.

اختار شيخنا الأنصارى (قدس سره) الأول بناءً على القول بالنقل، و الثانى بناءً على القول بالكشف. و استدل عليه بالأمر بالوفاء بالعقد، حيث إن مقتضاه ترتيب آثاره عليه، و هو يعنى عدم جواز التصرف المنافى له «١». و هذا منه (قدس سره) يبتنى على ما ذكره فى مبحث أصاله اللزوم فى المعاطاه، من أن المراد من الوفاء بالعقد هو ترتيب آثاره عليه. إلا أننا قد ذكرنا فى محله، أن معنى الوفاء إنما هو إنهاء الالتزام و استمراره، فصرفه عن معناه و الالتزام بأن المراد به هو ترتيب الآثار عليه، يحتاج إلى القرينه و هى مفقوده.

إذن فالوفاء الذى تعلق به الأمر، يدور أمره بين أن يكون حكماً تكليفاً، أو يكون إرشاداً

إلى عدم تحقق نقضه في الخارج، نظير قوله (عليه السلام): «دعى الصلاة أيام أقرائك» (٢). وحيث إن الأول غير محتمل، لأن لازمه نفوذ الفسخ وإن كان محرماً من حيث الحكم التكليفي، وذلك لأن الحكم لا يتعلق إلا بأمر مقدور إذ لا معنى لوجوب الممتنع أو حرمة، و عليه فيكون معنى حرمة الفسخ هو نفوذه و تأثيره و هذا ممّا لا يقول به أحد، فيتعيّن الثاني.

و لو تنزّلنا عن هذا كلّه، و قلنا بأن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب الآثار، و أن الآية الكريمة تتضمن حكماً تكليفاً، إلا أن ذلك لا ينعف فيما ذكره (قدس سره) من اللزوم في المقام. و الوجه فيه أن موضوع الأمر بالوفاء إنما هو العقد، و قد عرفت أنه غير

(١) كتاب النكاح ٢٠: ١١٠ طبع المؤتمر العالمي.

(٢) الوسائل ٢: ٢٨٧ أبواب الحيض باب (٧) ح ٢١٥٦.

موسوعة الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٢

.....

متحقّق في الخارج، لعدم تحقق الالتزام من الطرف الآخر.

و من هنا يظهر أنه لا وجه لتقييد الماتن (قدس سره) للجواز بما إذا لم يعلم لحقوق الإجازة من الآخر بعد ذلك، حتى بناءً على القول بالكشف، إذ ليس بالفعل حكم بالملكية أو الزوجية، نظراً لعدم تحقق العقد كما عرفت، فيكون تصرفه فيه تصرفاً في ملكه.

نعم، قد يقال بذلك بناءً على الكشف الحقيقي، لانكشاف وجود الزوجية حين العقد واقعاً بعد ذلك.

إلّا أنه أيضاً قابل للدفع، باعتبار أن الكشف الحقيقي أيضاً إنما يكون مع استمرار الطرف الأصيل على التزامه و بقائه إلى حين الإجازة، و أما بعد رفع اليد عنه فلا مجال للكشف بالإجازة من الطرف الثاني عن وجود الزوجية آن ذاك.

النقطة الثالثة: في نفوذ تصرفات الأصيل المنافية لالتزامه

قبل الإجازة و عدمه على تقدير لحوق الإجازة و القول بأنها كاشفه.

ذهب الماتن (قدس سره) إلى الثاني مع التزامه بالجواز تكليفاً، بدعوى أن الإجازة لما كانت كاشفه عن صحه العقد من حينه و إن كان الاعتبار من حينها، كان لازم ذلك بطلان جميع التصرفات المنافية له و المتأخره عنه زماناً. فلو تزوج إحدى الأختين فضولاً، ثم تزوج الأخرى برضاها، ثم أجازت الأولى العقد، كانت هذه الإجازة كاشفه عن زوجه الاولى له من حين العقد، و لازم ذلك هو بطلان عقد الثانية، نظراً لحرمة الجمع بين الأختين.

و التحقيق: أن الحكم فى هذه النقطة مبنى على المختار فى النقطة الأولى. فإن قلنا فيها بلزوم العقد، كما اختاره شيخنا الأنصارى (قدس سره)، كان الأمر كما ذكره الماتن (قدس سره)، من نفوذ العقد الفضولى بالإجازة، و بطلان التصرف المنافى له. و إن قلنا بما اخترناه من عدم اللزوم لعدم تحقق مفهوم العقد، فالظاهر هو الحكم بصحة العقد الثانى و نفوذه، و بطلان الالتزام الأول لرفع اليد عنه بالتصرف المنافى له فإنه يعد فسخاً و رداً له، و معه فلا يبقى مجال للحقوق الإجازة و انضمامها إليه كى يتحقق به مفهوم العقد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٨٣

قولان، أقواهما الثانى، إلّا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك [١] الكاشفه عن تحققها من حين العقد (١). نعم، الأحوط الأول، لكونه فى معرض ذلك بمجىء الإجازة. نعم، إذا تزوج الأم أو البنت مثلاً، ثم حصلت الإجازة كشف عن بطلان ذلك [٢] (٢).

[مسألة ٣٣: إردّ المعقود أو المعقوده فضولاً العقد و لم يجزه]

[٣٨٩٦] مسألة ٣٣: إردّ المعقود أو المعقوده فضولاً العقد و لم يجزه لا- يترتب عليه شىء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا،

لعدم حصول الزوجيه بهذا العقد الغير المجاز، و تبين كونه كأنه لم يكن.

و الحاصل أن العقد الثاني محكوم بالصحة لصدوره من أهله و وقوعه في محلّه، فإن الإجازة لا محل لها لارتفاع الالتزام الأول، و معه فلا مجال للكشف عن صحّة العقد الأسبق المقتضيه لبطان العقد الثاني لا محاله.

نعم، بناءً على القول بالكشف الحقيقي بحيث تكون الإجازة مجرد معرف فقط، ربّما يقال ببطان العقد الثاني، لانكشاف كون الأخت الاولى زوجه له من حين العقد واقعاً و إن لم يكن هو عالمياً به، و معه تبطل زوجيه الثانيه لا محاله.

إلّا أنك قد عرفت فيما تقدّم، أن القائلين بالكشف الحقيقي إنما يقولون به مع بقاء الأول على التزامه، و أما مع رفع اليد عنه فلم يعرف منهم قائل به.

(١) عرفت فيما تقدّم أنه لا أثر للعمل بحصول الإجاره بعد ذلك و عدمه، في جواز التصرف المنافى للالتزام الأول و نفوذه، فإن للأصيل ذلك ما لم يتحقق مفهوم العقد بإجاره الطرف الآخر فعلاً و يؤمر بالوفاء.

(٢) ما أفاده (قدس سره)، حتى على تقدير تسليم ما تقدّم منه (قدس سره) من كشف الإجاره عن صحّة العقد الأول من حينه، إنما يتمّ في الأختين و البنت و الأم، مع فرض تقدّم عقد البنت دون العكس.

و أما فيه، كما لو تزوّج الام فضوله ثم تزوّج بنتها قبل إجازتها هي العقد ثم

[١] بل مع هذا الفرض أيضاً.

[٢] فيه منع، نعم يتم ذلك على الكشف الحقيقي ببعض معانيه، على إشكال فيه أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٤

و ربّما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١). و هو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح، و مجرد العقد لا يوجب

شيئاً، مع أنه لا- فرق بينه و بين نكاح البنت [١] (٢). و كون الحرمة فى الأول غير مشروطه بالدخول، بخلاف الثانى، لا ينفع فى الفراق.

أجازت العقد، فالحكم بالبطلان و إن كان هو المشهور و المعروف بينهم، و إن لم يكن قد دخل بها كما صرح به بعضهم، إلا أننا لم نعثر على دليل له، فإنه لم يرد فى شىء من النصوص حرمة الجمع بينهما كما هو الحال فى الأختين، و إنما المذكور فى الآيه الكريمة و النصوص الشريفه حرمة الربيبه إذا دخل بأُمها، فإذا فرض عدم الدخول بها كانت الربيبه داخله فى عنوان «مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» الذى تَضَمَّنَت الآيه المباركه حَلَّتِيه و مقتضى حلِّ نكاحها هو صَحَّه العقد عليها كما هو واضح، و حينئذ تحرم الام لقوله تعالى «وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» و معه فلا يبقى مجال لإجازتها للعقد السابق.

و الحاصل أنّ البطلان إنما يكون فى عقد الام دون عقد البنت، كما هو الحال فى الرضاع و ما شاكله من الأسباب الموجبه لبطلان عقد الام قبل الدخول بها.

نعم، لو ثبت ما يدلّ على حرمة الجمع بين الام و البنت بهذا العنوان، تم ما أفاده (قدس سره) من بطلان عقد البنت، بناءً على تسليم ما أفاده (قدس سره) من كشف الإجازة عن صحّحه العقد من حينه، إلا أن مثل هذا الدليل مفقود.

(١) و كأن وجهه كفايه العقد الفضولى و المتحقّق من جانب واحد فقط و الربط الحاصل به، فى حرمة أُمها و إن لم تحصل الزوجيه.

(٢) الأمر و إن كان كما ذكره (قدس سره) فى المقام، فإنّ مجرد العقد لا يوجب شيئاً، إلا أن ما أفاده (قدس سره) من النقض و عدم الفرق بين نكاح الام

و نكاح البنت لا يمكن المساعده عليه، حتى بناءً على ما ذهب إليه المشهور من حرمة الجمع بينهما.

[١] الأمر وإن كان كذلك في المقام حيث لم يتحقق عقد قبل الإجازة إلا أن بين نكاح الأم و نكاح البنت فرقاً من جهة أخرى، و هي أن مجرد نكاح الأم لا يوجب بطلان العقد على البنت، فلو عقد على البنت و الحال هذه بطل عقد الأم، و هذا بخلاف عقد البنت فإنه بمجرد يوجب بطلان العقد على الأم.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٥

[مسألة ٣٤: إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجل و لم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر]

[٣٨٩٧] مسأله ٣٤: إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجل و لم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد، ليس لها أن تجيز لفوات محل الإجازة (١). و كذا إذا زوج رجل فضولاً بامرأه، و قبل أن يطلع على ذلك تزوّج أمها أو بنتها أو أختها، ثم علم.

و دعوى أن الإجازة حيث إنها كاشفه إذا حصلت، تكشف عن بطلان العقد الثاني، كما ترى.

و ذلك لأن الموجب لحرمة البنت ينحصر في أحد أمرين: الدخول بالأم، أو الجمع بينهما في الزوجية على ما اختاره المشهور و إن لم نرتضه و لا شىء من هذين العنوانين متحقق في المقام. فإن الأول مفروض العدم، نظراً لعدم إجازتها للعقد. و الثاني متوقف على تحقق العقد، و هو غير صادق بمجرد الالتزام من طرف واحد و لا قائل بكفايه مثل هذا الالتزام الصادر من جانب الرجل في حرمة البنت، و إن قيل بها في حرمة الأم.

و إذن فيصح عقد البنت بلا محذور، و معها لا يبقى مجال لإجازة الام للعقد السابق حيث إنها أصبحت أم الزوجه.

و الحاصل فما أفاده (قدس سره) من النقض غير تام، و لا

يمكن المساعدة عليه لوجود الفرق بين المقامين.

(١) وفاقاً للشيخ الأعظم (قدس سره) في مبحث ثمرات القول بالكشف أو النقل من المكاسب «١».

و هو بناءً على ما اختاره المشهور من عدم تأثير الإجازة بعد الردّ واضح، فإنها وإن لم تكن ملتفتة إلى ذلك، إلا أن التزامها بالعقد الثاني لما كان التزاماً منها بجميع خصوصياته و لوازمه و منها عدم كونها زوجة لغيره، كان ذلك رداً للعقد السابق و رفضاً له و إن لم تكن هي عالمه به.

(١) المكاسب: ١٣٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٤

[مسألة ٣٥: إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، و زوّجها الوكيل الآخر من آخر]

[٣٨٩٨] مسألة ٣٥: إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، و زوّجها الوكيل الآخر من آخر، فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح (١). و إن علم الاقتران بطلا- معاً (٢). و إن شك في السبق و الاقتران فكذلك، لعدم العلم بتحقيق عقد صحيح، و الأصل عدم تأثير واحد منهما (٣).

و إن علم السبق و اللّحوق، و لم يعلم السابق من اللّاحق، فإن علم تاريخ أحدهما

و أما بناءً على ما اخترناه، من عدم مانعيه الرد عن لحوق الإجازة، فالأمر كذلك أيضاً، باعتبار أنها تخرج بالعقد الثاني عن قابلية الإجازة.

و الوجه فيه ما تقدّم مراراً من أن العقد إنما يكون عقداً لها و ينتسب إليها بعد الإجازة، و أما قبلها فلا انتساب إليها و ليست هي بزوجه لذلك الرجل.

و من هنا فحين الترويج الثاني تكون المرأة خلية من البعل، فيحكم بصحّه هذا العقد لا محالة لصدوره من أهله و وقوعه في محله، و بذلك تصبح المرأة ذات بعل فلا يصحّ لها أن تتزوج لفوات المحل، بلا فرق في ذلك بين كون زمان الزوجية بالفعل أو السابق، فإنه الآن لا يمكن الحكم بتلك

نعم، بناءً على الكشف الحقيقى قد يقال بذلك. لكنك قد عرفت فيما سبق أنه لا يتم أيضاً، لأنه إنما يتم فيما إذا كان العقد قابلاً للاستناد بالإجازة إلى المجيز. و حيث إنه لا قابليه فى المقام، لأن الزوجه لا تتزوج ثانياً، فلا مجال للإجازة كى يقال إنها تكشف عن وجود الزوجه فى ذلك الزمان حقيقه.

(١) بلا خلاف فيه، و يقتضيه إطلاقات و عمومات أدله نفوذ العقد.

(٢) لعدم إمكان الجمع بينهما، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح.

(٣) ما أفاده (قدس سره) إنما يتم بناء على ما سلكناه فى الاستصحاب، من جريانه فى كلا الطرفين المعلوم التاريخ و مجهوله، فإن أصله عدم زوجه أختها فى زمان العقد عليها معارضه بمثلها فى الأخرى، و حيث لا يمكن الجمع بينهما يتساقطان لا محاله، حتى مع العلم بتاريخ أحدهما دون الآخر. فإن معلوم التاريخ و إن لم يجر فيه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٨٧

حكم بصحته [١] (١) دون الآخر. و إن جهل التأريخان، ففى المسأله وجوه: أحدهما: التوقيف حتى يحصل العلم (٢)، الثانى: خيار الفسخ للزوجه، الثالث: أن الحاكم يفسخ، الرابع: القرعه.

الاستصحاب بالنسبه إلى عمود الزمان، إلا أنه بالنسبه إلى الزمانى أعنى عقد الأخت الثانیه يجرى بلا محذور، حيث يشك فى وقوع العقد على الأخت قبل ذلك الزمان، فيجرى الاستصحاب.

و أما على مبنى الماتن (قدس سره) و المشهور من عدم جريان الاستصحاب فى معلوم التاريخ، فلا يتم ما ذكره (قدس سره) على إطلاقه، بل لا بد من التفصيل بين كونهما معاً مجهولين، و كون أحدهما معلوماً و الآخر مجهولاً.

(١) و هو إنما يتم على مسلكه (قدس سره) من عدم جريان الأصل فى معلوم التاريخ.

بناءً على ما اخترناه من جريان الأصل في كلا الطرفين، بلا فرق في ذلك بين معلوم التاريخ و مجهوله، باعتبار أن الأصل و إن لم يكن جارياً بالنسبة إلى عمود الزمان، إلا أنه لا محذور في جريانه فيه بلحاظ الحدث الآخر عقد الأخت الثانيه فلا فرق في الحكم بين صورتين، بمعنى كون حكم معلوم التاريخ هو حكم مجهوله.

(٢) الظاهر أن هذا القول لا يعتبر تفصيلاً في المقام، لأن مفروض الكلام عدم إمكان تحصيل العلم، إذ مع إمكانه لا تكون هناك شبهة أو مشكله في المقام. و لا- يحتمل فيه القول بثبوت الخيار لها أو للحاكم أو القرعه، كما لو عقد الوكيل عن الزوج على إحدى ابنتي زيد معينه و كان الزوج جاهلاً بها، أ فيحتمل القول بثبوت الخيار له أو للحاكم أو القرعه، مع تمكنه من السؤال من الوكيل؟! نعم، لو كان تحصيل العلم من الصعوبه بمكان بحيث يلحق بعدمه، كما لو توقّف على الانتظار خمسين سنه مثلاً المستلزم لبقاء المرأه معطله، لم يكن به اعتبار.

[١] الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٨

و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير [١] (١).

و كذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعه و الآخر بأخرى، أو زوّجه أحدهما

(١) بل هو المتعين. و ذلك لأن الضرر المتوجه إليها لم ينشأ من الزوجيه أو آثارها كى يقال بثبوت الخيار لها أو للحاكم في فسخها، فإنه لا ضرر في الزوجيه نفسها أو في آثارها المترتبه عليها كلزوم التمكين و غيره، و لذا لو كان الزوج معلوماً لم يكن فيهما أى ضرر، و إنما الضرر ناشئ من الجهل بالزوج، و حكم العقل بلزوم الاحتياط و عدم تمكنها من

تمكين نفسها لزوجها الواقعي. فغايه ما يقتضيه دليل نفى الضرر، هو عدم لزوم الاحتياط و البناء على زوجيه نفسها لأحد الرجلين، و هو يحصل بالقرعه. و أما ثبوت الفسخ لها، أو للحاكم، فلا مبرر له.

على أننا قد ذكرنا في مبحث خيار الغبن حيث تمسكوا لإثباته بدليل نفى الضرر أن الضرر إنما هو في نفس العقد. فلو كان دليل نفى الضرر شاملاً له للزم الحكم ببطلانه رأساً، لا القول بصحته مع ثبوت الخيار للمتضرر، إذ الذي يظهر من دليل نفى الضرر أن الحكم الضرري غير مجعول في الشريعة المقدسه لا أنه مجعول، غايه الأمر أنه يتكفل إثبات ما يتدارك به.

إذن فلا وجه لإثبات الخيار للزوجه، فضلاً عن الحاكم حيث لا دليل على ولايته. و عليه فيدخل المقام تحت قولهم (عليهم السلام): «القرعه لكل أمر مشكل»^(١) حيث إنه لا طريق لتخلصها و المرأة لا تبقى معطله.

ثم لا يخفى أن مقتضى الاحتياط هو أن يطلقها أحدهما فيتزوجها الآخر بعقد جديد إن شاء و إلا فيطلقها هو أيضاً، كي يجوز لها جزماً التزوج من ثالث غيرهما.

[١] و إن كان الأحوط أن يطلقها أحد الرجلين فإن شاء الآخر تزوّجها بعقد جديد، و إلا فالأحوط أن يطلقها هو أيضاً، و كذلك يُراعى الاحتياط في الفروع الآتية.

(١) انظر الوسائل ٢٦: ٢٩٠ كتاب الفرائض و المواريث.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٨٩

بامرأه و الآخر بينتها [١] (١) أو أمها أو أختها. و كذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل و زوجها و كيلها من آخر، أو تزوّج بامرأه و زوجه و كيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما.

و لو ادّعى أحد الرجلين المعقود لهما سبق، و قال الآخر: لا أدري من السابق و صدقت المرأة

المدعى للسبق، حكم بالزوجيه بينهما لتصادقهما عليها (٢).

(١) و هو إنما يتم بناءً على ما ذهب إليه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره) من حرمة الجمع بين الام و البنت. و أما بناءً على ما اخترناه، من اختصاص حرمة البنت بفرض الدخول بالأُم، فالمتعين هو الحكم بصحّحه عقد البنت و بطلان عقد الام، سواء أ كان عقدها متقدماً أم مقارناً أم متأخراً.

(٢) و الحق لا يعدوهما، فيؤخذ كل منهما بإقراره بالنسبه إلى ما للآخر عليه من حقوق، بل تقتضيه السيره القطعيه حيث يحكم بزوجه كل متصادقين عليها من دون أن يطالبا بالبينه أو اليمين، بل لا يبعد كونه من مصاديق كبرى تصديق المدعى إذا لم يكن له معارض.

□
و الله ولى العصمه.

□ □
إلى هنا انتهى ما أفاده سماحه آيه الله العظمى الإمام الوالد أدام الله ظله العالى على رؤوس المسلمين مناراً للإسلام و ذخراً لهم، فى مجلس درسه الشريف شرحاً على كتاب النكاح من العروه الوثقى.

□ □
و الحمد لله على توفيقه لى فى الحضور و الكتابه، و أسأل الله عزّ و جلّ أن يطيل عمر سيّدنا دام ظلّه لإحياء فقه آل محمّد (صلّى الله عليه و آله و سلم) و تراثهم الخالد و أن يوفقنى للحضور و الفهم و الكتابه، إنه سميع مجيب.

و كان الفراغ من تسويده فى اليوم الحادى و العشرين من شهر محرم الحرام سنه أربعمائه و ثلاث بعد الألف من الهجره النبويه الشريفه، و صلّى الله على محمّد و آله الطيبين الطاهرين.

[١] الظاهر أنّ عقد البنت صحيح و عقد الأم باطل كما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٩١

[كتاب الوصيه]

إشاره

كتاب الوصيه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٩٣

كتاب الوصيه

[فصل فى معنى الوصية و أقسامها و شرائطها] و هى إما مصدر: وَصَى يَصِي، بمعنى الوصل (١) حيث إن الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة. و أما اسم مصدر، بمعنى العهد من: وَصَى يُوصِي تَوْصِيه (٢) أو: أوصى يوصى إيضاء.

[فصل فى معنى الوصية و أقسامها و شرائطها]

(١) كذا ذكر جماعه من الأصحاب، و لعل الأصل فيه ما ذكره الشيخ (قدس سره) فى المبسوط «١».

إلّا أنه ضعيف جداً، حيث لم يعلم و لا مورد واحد لاستعمالها فيه، كما لم يذكر فى شىء من كتب اللغة ذلك، فهذا الاحتمال بعيد بل مقطوع البطلان، كما تبه عليه الشيخ الأعظم (قدس سره) فى رسالته «٢».

(٢) و هذا الاحتمال هو المتعين، كما يشهد له استعمالها فيه فى الآيات الكريمة و عرف المشرعه.

كقوله تعالى «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» «٣».

و قوله تعالى «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ» «٤».

(١) المبسوط ٤: ٣.

(٢) الوصايا و الموارث للشيخ الأنصارى ٢١: ٢٣ طبع المؤتمر العالمى.

(٣) سورة النساء ٤: ١١.

(٤) سورة النساء ٤: ١٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٩٤

و هى أما تملكه أو عهديه (١). و بعبارة اخرى (٢): أما تملكك عين، أو منفعه

و قوله تعالى «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ» «١».

وقوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ» «٢». إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

فإنَّ الكلمه فى جميع هذه الموارد مستعمله فى العهد و اسم المصدر لوصى يوصى توصيه.

ثمَّ لا يخفى أنَّ المراد بها فى عرف المتشرعه إنما هو قسم خاص و حصه معينه من العهد، و هى ما يتعلق بما بعد

الموت فحسب.

(١) الفرق بين القسمين يكمن في أن الاولى إنما تتعلق بالأُمور الاعتبارية التي هي نتيجة للفعل الخارجى، و تتضمن تملك الموصى له شيئاً من العين أو المنفعة، و يلحق بها كل وصيه لم يكن متعلقها فعلاً خارجياً، كالوصيه بفك الملك كالندبير و إبراء المديون، فإنها و إن لم تكن تملكه بالمعنى الذى ذكرناه حيث إنها لا- تتضمن تملك أحد شيئاً، إلا أنها تلحق بها لكون متعلقها نتيجة الفعل نفسه. و هذا بخلاف الثانيه حيث إنها تتعلق بالأفعال الخارجيه، كتغسيله و كفنه و دفنه و غيرها.

و بعبارة اخرى: إنَّ الاولى تصرف اعتبارى من الموصى نفسه فيما يتعلّق بما بعد وفاته، مستتبع لتحقيق النتيجة قهراً بالموت. فى حين إن الثانيه عهد إلى الغير بأن يتولى بعد موته فعلاً خارجياً من تجهيز أو زياره أو إطعام و نحوهما، أو اعتبارياً من تملك أو عتق أو إيقاف أو نحوها.

(٢) لا يخفى أن ما ذكره (قدس سره) لا يتضمن الفرق بين الوصيتين التملكيه و العهديه، بل لا يخلو من الإجمال من حيث كون ما ذكره (قدس سره) من الأمثله

(١) سورة النساء ٤: ١٢.

(٢) سورة البقره ٢: ١٨٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٩٥

أو تسليط على حق (١) أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصيه بما يتعلق بتجهيزه. و تنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

[مسأله ١: الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول]

[٣٨٩٩] مسأله ١: الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول (٢). و كذا الوصيه بالفك، كالعق (٣).

غير الأولين و غير ما ذكره أخيراً من العهد المتعلق بنفسه أو بغيره من القسم الأول أو الثاني.

نعم، يظهر من قوله (قدس سره) فى المسأله الاولى من أن: الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول و كذا

الوصية بالفك كالعق، أنها من الوصية التملكيه، إذ لو كانت عهديه لما كان هناك حاجه إلى قوله (قدس سره): و كذا.

(١) فى العبارة مسامحة واضحه، فإن التسليط لا يتعلّق بالحق و إنما يتعلّق بالتصرف، إذ الحق هو السلطنه بعينها. فالأنسب تبديل العبارة بالقول: أو تسليط على التصرف.

(٢) و هو إنما يتم على إطلاقه بالنسبه إلى الموصى إليه الوصى فإنه لا يعتبر قبوله، بلا خلاف فيه بين الأصحاب. نعم، له الردّ ما دام الموصى حيّاً بشرط إبلاغه بذلك، و إلّا فلا أثر لردّه أيضاً.

دون الموصى له، فإنه و بالنسبه إليه لا بدّ من ملاحظه متعلق الفعل الذى تعلقت به الوصية. فإن كان مما يحتاج إلى القبول كالبيع و الإجاره و نحوهما اعتبر قبوله جزءاً و إلّا كالوقف و العتق و نحوهما فالأمر كما ذكره (قدس سره) من عدم الحاجه إلى القبول. و كأن نظره (قدس سره) فى نفى الحاجه إلى القبول فى الوصية العهديه إلى الموصى إليه خاصه.

(٣) بلا خلاف فيه و فى الإبراء، فإنهما من الإيقاع غير المحتاج إلى القبول إذا وقعا حال الحياه منجزين، فيكونان كذلك إذا وقعا معلقين على الموت على وجه الوصية.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٩٦

و أمّا التملكيه فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، و عليه تكون من العقود (١).

(١) كما ادعى عليه الإجماع فى بعض الكلمات، و يشهد له ذكر الفقهاء (قدس سرهم) لها فى أبواب العقود.

و كيف كان، فالقائلون به على مذهبين:

الأول: ما اختاره الشيخ الأعظم (قدس سره) من كونه جزءاً ناقلاً «١».

الثانى: كونه جزءاً كاشفاً.

و استدلل الشيخ الأعظم (قدس سره) على مختاره بوجه، عمدتها عدم الإطلاق فى أدله الوصية كى يستكشف منه عدم الحاجه إلى القبول، و

الأصل عدم انتقال المال إلى الموصى له قبل القبول.

و لا يخفى عدم تماميه كلا هذين المذهبين، و المناقشه فيهما تكون من ناحيتين: الثبوت، و الإثبات.

أما الأولى: فالظاهر أنه لا مجال للالتزام بكون الوصيه من العقود.

و الوجه فيه ما تقدم مراراً من أن العقد إنما هو عبارته عن ضم التزام بالتزام و ربط أحدهما بالآخر، كما هو الحال في عقد حبل بحبل آخر. و هو غير متحقق في المقام، إذ لا يبقى التزام للموصى بعد وفاته كي ينضم إليه التزام الموصى له، فإن الميت لا التزام له.

و من هنا فلو اعتبر القبول، فلا بد من جعله شرطاً كشفاً أو نقلاً لا محاله لاستحاله القول بكون الوصيه عقداً.

و أما الثانيه: فبناءً على النقل كما اختاره (قدس سره)، لا تشمله أدله الوفاء بالعقد.

(١) الوصايا و الموارث للشيخ الأنصاري ٢١: ٢٧ طبع المؤتمر العالمي.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٩٧

.....

و ذلك فلأن الذي أنشأه الموصى، أعنى الملكيه بعد الموت، لم يمض من قبل الشارع. و ما يدعى إمضاؤه له، أعنى الملكيه بعد القبول، لم ينشئه الموصى. فيكون من قبيل ما وقع لم يقصد، و ما قصد لم يقع.

و دعوى أن الاختلاف و التفاوت بين المنشأ و الممضى واقع في موارد من الأبواب الفقهييه، نظير الهبه حيث أن المنشأ فيها هو التملك الفعلي، في حين أن الإمضاء متعلق بالتمليك بعد القبض.

مدفوعه بأن ذلك و إن كان ممكناً في نفسه إلا أنه يحتاج إلى دليل خاص، لعدم شمول الأمر بالوفاء له، لما عرفت من أن المنشأ لم يمضه الشارع و ما يدعى إمضاؤه له لم ينشأ، و هو مفقود.

فما أفاده (قدس سره) لا يمكن الالتزام به ثبوتاً و إثباتاً.

و توهم أن

تأخره عن القبول لا- ينافي شمول أدله الوفاء بالعقد له، لأنه موجود في جميع المعاملات حيث يكون هناك فاصل زمني و لو كان قليلاً جداً بين الإيجاب و القبول لا محاله، من غير أن يقال أن ما أنشأه المنشئ لم يتعلق به الإمضاء، و ما تعلق به الإمضاء لم ينشأ. و حيث إن الوصيّه كسائر العقود، و إن كان زمان الفصل فيها أطول، كان حكمها حكم غيرها في شمول أدله الوفاء بالعقد لها.

مدفوع بأنّ المنشأ في سائر العقود كالبيع مثلاً ليس هو الملكيه في زمان الإنشاء، و إنما هو الملكيه على تقدير القبول، فإنه مبادله مال بمال و معامله بينهما بالتراضي، فلا ينشئ البائع الملكيه للمشتري سواء أقبل أم لم يقبل. بخلاف الوصيّه حيث إن المنشأ مقيد بالزمان أعنى زمان الموت و هو لم يتعلق به الإمضاء، على ما اختاره الشيخ الأعظم (قدس سره) من أن القبول ناقل لا كاشف، و ما تعلق به لم ينشأ.

فالفرق بين الوصيّه و غيرها ظاهر.

هذا بناءً على القول بالنقل. و أما بناءً على الكشف بأن يحكم بالقبول بالملكيه من حين الموت، فهو لو فرضنا إمكانه و سلمنا صدق العقد عليه، مخالف لما هو المعهود في

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٩٨

أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من الإيقاعات (١). و يحتمل قوياً

العقود و المرتكز في الأذهان من تأخر الأثر عن القبول بناءً على اعتباره، ففرض تحقّق العقد و كون الأثر قبله، مما لا يمكن المساعده عليه.

(١) و يرد عليه:

أما بناءً على النقل فمضافاً إلى عدم الدليل عليه أنه مخالف لأدله الوفاء بالعقد كما تقدّم، فإن المنشأ إنما هو الملكيه بعد الموت، فالالتزام بالملكيه بعد القبول و

لو على نحو الشرطيه مخالف لدليل الإمضاء.

و أمّا بناءً على الكشف فهو و إن كان ممكناً و لم يكن ينافيه دليل الإمضاء، فإن الإنشاء متعلق بالملكيه بعد الموت و بالقبول يحكم بها، فيكون من الشرط المتأخر لا محاله، إلّا أنه يحتاج إلى الدليل في مقام الإثبات.

و قد استدللّ عليه في بعض الكلمات بأصالة عدم الانتقال إلى الموصى له بغير القبول. و هذا الأصل لو تمّ فلا بدّ من الالتزام بشرطيه القبول، إلّا أنه مدفوع بإطلاقات أدله الوصيه و إن ناقش فيها شيخنا الأعظم (قدس سره) الداله على نفوذ الوصيه من غير تقييد بالقبول، مثل قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ. فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ. فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (١).

فإنها و إن كان موردها خصوص الوصيه إلى الوالدين و الأقربين، إلّا أن مقتضى استدلالهم (عليهم السلام) بها في جملة من النصوص على نفوذ وصيه الموصى على الإطلاق، هو عدم اختصاصها بموردها، و إطلاق الحكم لجميع موارد الوصيه.

بل و يمكن استفادة إطلاقها من الاستثناء، نظراً إلى أن الوصيه للوالدين و الأقربين بالمعروف لا يكون فيها جنف إطلاقاً.

(١) سورة البقره ٢: ١٨٠ ١٨٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٢٩٩

.....

إذن فالمستفاد من هذه الآيه الكريمه و غيرها و النصوص الوارده في المقام، أن الوصيه نافذه و لازمه على الإطلاق و من غير اعتبار لقبول الموصى له، حيث لم يذكر ذلك في شىء من الآيات و الروايات، و معه فلا تصل النوبه إلى الأصل.

ثمّ إنه

ربّما يستدلّ على اعتبار القبول بما دلّ على سلطنه الناس على أنفسهم، حيث إن دخول شىء في ملكه قهراً و بغير اختياره ينافى هذه السلطنة، و ثبوت مثله في الإرث و الوقف إنما كان بدليل خاص، فلا مجال للتعدى عنه.

إلّا أنه مدفوع أن هذه الجملة و إن وردت في كلمات الفقهاء، إلّا أنها لم تذكر في شىء من النصوص، و لم يدلّ عليها دليل.

اللّهمّ إلّا أن يتمسك لها بقوله تعالى «قَالَ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي» «١».

إلّا أن الاستدلال بها يعتبر من الغرائب، فإنّها في مقام بيان قدره موسى (عليه السلام) على تنفيذ أمر الله تبارك و تعالى، و أنه لا قدره له إلّا على نفسه و أخيه دون سائر بنى إسرائيل، و أين هذا من محلّ كلامنا؟! فالآية أجنبه عن السلطنة على النفس، و لا يصحّ الاستدلال بها.

على أنا لو فرضنا ورود هذه الجملة في نص معتبر، فهي لا تدلّ على اعتبار القبول كما هو المدعى، إذ يكفي في السلطنة قدرته على الرد، فإنه حينئذ لا تكون الملكية ملكيه قهريه، و لا تنافى سلطنته على نفسه.

نعم، لو قيل بثبوت الملكية المستقره غير القابله للزوال بالرد، كان هذا القول منافياً لقاعده السلطنة بناءً على ثبوتها، إلّا أنها لا قائل بها و لم يذهب إليها أحد، فإن القائل بعدم اعتبار القبول يرى اعتبار عدم الرد في حصول الملكية لا محاله.

ثمّ إن من غرائب ما ورد في المقام ما استدلّ به بعضهم على اعتبار القبول، بأن اعتبار عدم الرد في ملكيه الموصى له للموصى به، ملازم و مساوق لاعتبار القبول. و ذلك لأنه لو لم يكن الأمر كذلك، و كان الموصى له يملك الموصى

به بمجرد الموت، لم يمكنه بالرد إرجاعه إلى ملك الميت ثانياً، لعدم ثبوت ولايه له تقتضى ذلك.

(١) سورة المائدة ٥: ٢٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠٠

عدم اعتبار القبول فيها [١]، بل يكون الردّ مانعاً (١) و عليه تكون من الإيقاع الصريح.

و دعوى أنه يستلزم الملك القهري، و هو باطل في غير مثل الإرث. مدفوعه بأنه لا مانع منه عقلاً، و مقتضى عمومات الوصية ذلك، مع أن الملك القهري موجود في مثل الوقف.

فإنه مندفع بأن الملكية المدعاه في المقام إنما هي الملكية المترلزله على ما ذكره الشيخ (قدس سره) و نسب إلى العلامة في التذكرة «١» و هي ليس معناها إلّا ذلك، أعنى ملكية الموصى له ما لم يرد، فإذا رد كان المال للميت، من دون حاجه إلى الولايه و ما شابهها.

على أن الذى يقول بمانعيه الرد يلتزم بكشفه عن عدم الملك من الأوّل، لا رجوع المال إلى ملك الميت بعد ما كان قد انتقل منه إلى الموصى له.

و يظهر ثمره القولين في منافع الموصى به. فإنها على الأوّل للموصى له، حيث إن العين كانت مملوكه له فيتبعها ثمارها في الملكيه، فإذا انتقلت هي عن ملكيته إلى ملكيه الميت ثانياً بقيت منافعها على ملكه لا- محاله. و على الثانى تكون للميت، لأنه و برد الموصى له للوصية ينكشف و يظهر بطلانها، و على هذا الأساس تبقى العين هي و منافعها على ملك الموصى كما كانت.

إذن فالمتحصل مما تقدّم أنه لا- دليل على اعتبار القبول في نفوذ الوصية، بل مقتضى إطلاقات الآيات الكريمة و النصوص الواردة في المقام هو نفوذها، و ملكيه الموصى له للموصى به من دون حاجه إلى القبول.

(١) بمعنى كشف الردّ عن بطلان

الوصية و عدم ملكيه الموصى له للموصى به، كما ادعى عليه الإجماع، و هو غير بعيد. و ما اختاره (قدس سره) هو الصحيح.

[١] هذا الاحتمال هو الصحيح، بل لا دليل على كون الرد مانعاً سوى ظهور التسالم عليه فإن تم إجماع، و إلا فلا وجه له أيضاً.

(١) انظر تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٣ و ٤٥٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠١

[مسألة ٢: بناءً على اعتبار القبول في الوصية، يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى]

[٣٩٠٠] مسألة ٢: بناءً على اعتبار القبول في الوصية، يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى بلا إشكال (١) و قبل وفاته على الأقوى (٢).

و لا وجه لما عن جماعه من عدم صحته حال الحياة، لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية، فلا محل له، و لأنه كاشف أو ناقل، و هما معاً منتفیان حال الحياة. إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل

و يؤكده ما ورد في موت الموصى له قبل بلوغه خبر الوصية من دفع الموصى به لورثته، فإنه و إن أمكن أن يكون حكماً تعبدياً، إلما أن الظاهر منها أن الدفع إليهم إنما هو باعتبار ملكهم له و كونهم ورثته، فيكون مؤكداً لعدم الحاجة إلى القبول في حصول الملك.

(١) و به تلزم الوصية لإطلاقات أدلتها، و لو التزمنا بتقييدها بالقبول من الموصى له، فإن القبول بعد الموت هو المتيقن كفايته في تحقق الملكية.

(٢) و هو المشهور و المعروف بينهم، و يدلنا عليه أمران:

الأول: إطلاقات أدله نفوذ الوصية. فإن مقتضاها و كما عرفت نفوذ الوصية مطلقاً و من غير اعتبار القبول، غايه الأمر أننا خرجنا عنها للأصل أو الملازمه أو قاعده السلطنة و اعتبرنا في نفوذها القبول، إلما أن هذا لا يقتضى إلا اعتبار طبيعي القبول، و أما خصوصية

كونه بعد الموت فهي تحتاج إلى الدليل و هو مفقود. و حينئذ فالمتع هو الإطلاق.

الثاني: إطلاقات و عمومات أدله نفوذ العقود. فإننا و إن ناقشنا في جزئيه القبول بعد الوفاء و تحقّق العقد به، إلّا أنه لا إشكال في تحقّقه به إذا كان في حياه الموصى و ذلك لانضمام التزامه بالتزامه، كما لا يخفى. و حينئذ فلا يبقى مانع من شمول أدله نفوذ العقد له، حتى و لو فرضنا عدم وجود دليل على نفوذ الوصيه بالخصوص.

نعم، قد يرد عليه أنه موجب للتعليق، و هو يضرّ بصحّه العقد.

إلّا أنه مدفوع بأنه لا دليل على اعتبار التنجيز إلّا الإجماع، و من الواضح البديهي أنه لا يشمل الوصيه، لتقومها بالتعليق.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠٢

فيمكن القبول المطابق له (١). و الكشف و النقل إنما يكونان بعد تحقّق المعلق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً (٢).

(١) و بعبارة أخرى نقول: إن الإنشاء على جميع المباني فيه فعلى و غير معلق على شيء، و إنما التعليق في متعلقه أعنى الملكيه فإنه المعلق على الوفاء.

و عليه فإذا تعلق به القبول كان معلقاً عليها لا محاله، فما تعلق به إنشاء الموجب تعلق به قبول القابل أيضاً، من دون أى اختلاف بينهما.

و على هذا الأساس ذكرنا في مبحث اعتبار التنجيز، أنه لولا-الإجماع على اعتباره لقلنا بجواز التعليق في العقود مطلقاً، و حيث عرفت أن هذا الإجماع لا يشمل المقام فلا يبقى محذور في الحكم بصحتها.

(٢) ثم إن هناك إشكالاً آخر لم يتعرض إليه الماتن (قدس سره)، و هو ما ذكره بعضهم من أنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم تأثير الرد قبل الموت، نظراً لعدم تحقق شيء يكون الرد

رافعاً له، حيث إن الملكيه إنما تكون بعد الموت لا قبله. و إذا كان الرد غير مؤثر كان القبول كذلك، للملازمه بين تأثيرهما.

و فيه: أن معنى تأثير الرد فى حياه الموصى. إنما هو عدم إيجابه لإلغاء إنشاء الموصى و إسقاطه، بحيث لا يكون قابلاً للقبول بعده، و هو ثابت فى القبول أيضاً، فإنه لا يلزم العقد بحيث لا يكون له الرد بعده مع حياه الموصى. فالملازمه بينهما بهذا المعنى ثابتة و لا تقبل الإنكار، إلّا أنها لا تنفع فى إثبات المدعى، إذ لا ملازمه بين عدم تأثير الرد بالمعنى الذى ذكرناه و عدم كفايه القبول و إن استمر إلى حين الموت، فهى محض دعوى و لا دليل عليها.

بل إن ما ذكرناه هو مقتضى الجمع بين الأدله، و ذلك لما عرفت من أن أدله نفوذ الوصيه غير مقيده بشىء. و إنما التزمنا باعتبار القبول على القول به للأصل أو الملازمه أو قاعده السلطنه، و بمانعيه الرد للإجماع، و إلّا لقلنا بكونها من الإيقاعات المحضه، من غير اعتبار القبول أو مانعيه الرد.

و عليه فأما بالنسبه إلى مانعيه الرد، فالذى ثبت بالإجماع هو مانعيه خصوص

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٠٣

[مسأله ٣: تنضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت]

[٣٩٠١] مسأله ٣: تنضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت (١) مثل

الرد بعد الموت، و أما الرد فى حياته فالمشهور على عدم مانعيته، بل قيل إنه لا خلاف فيه. و من هنا فلا يكون مثل هذا الرد مانعاً عن الإيجاب و موجباً لإلغائه.

و أما بالنسبه إلى القبول، فلأننا لو سلمنا اعتباره فدليله لا يقتضى إلّا اعتبار القبول فى الجملة، و أما اعتبار كونه بعد الموت فلا دليل عليه.

ثم إن الملازمه بالمعنى الذى ذكرناه، أعنى إذا كان الرد

غير مبطل للإيجاب فالقبول غير ملزم للعقد، إنما تختص بالمقام باعتبار أن الملكيه غير حاصله و العقد جائز، و لا تثبت في غيره كموارد العقد الفضولي. إذ قد عرفت في محله أن رد من بيده الأمر للعقد لا يمنع من لحوق القبول، في حين إن إجازته موجب للزوم العقد و نفوذه.

بل الحكم كذلك في سائر العقود. فلو تحقق الإيجاب من البائع، و رده المشتري ثم قبله قبل فوات الموالاه، صحّ البيع. و هكذا الحال في غير البيع من العقود.

ثم إن الاستدلال بالملازمه إنما هو مبنى على ما ذهب إليه المشهور، من عدم تأثير الرد في حال حياه الموصى، فلا يتم بناءً على ما سيجىء من الماتن (قدس سره) في المسأله الرابعه من مانعيه الردّ حال الحياه كما نعيته بعده، لأن مقتضاه كون القبول نافذاً أيضاً.

إلّا أن الصحيح على ما سيأتى هو ما ذهب إليه المشهور.

(١) مقتضى ما سيأتى من الدليل على هذا الحكم، عدم اختصاصه بفرض ظهور أمارات الموت، أو حصول الظن به، بل يكفى فيه مجرد احتمالاه. فما ذكره (قدس سره) لا خصوصيته فيه، و لا دليل على حجتيه بالخصوص.

نعم، قد يستدل له بالإجماع القولى و العملى على جواز التأخير، مع عدم الظن بالضيق.

إلّا أنه مدفوع بأن الإجماع القولى لم يثبت جزءاً، و كذلك الإجماع العملى، إذ لم يثبت لدينا تأخير الصالحين من المتشرعه و الذين يهّمهم أمر دينهم لأعمالهم حتى مع احتمالهم للفتور.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٠٤

قضاء الصلوات، و الصيام، و النذور المطلقه، و الكفارات، و نحوها. فيجب (١) المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان. و مع عدمه يجب الوصيه بها، سواء فات لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفرغ الذمه بما أمكن

فى حال الحياه، و إن لم يجرز فىها النياه فبعء الموت تجرى فىها، و يجرز التفريغ بها بالإيصاء.

و كذا يجرز رء أعيان أموال الناس التى كانت عنءه (٢) كالوءيعه و العارىه و مال المضاربه و نحوها، و مع عءم الإمكان يجرز الوصيه بها.

(١) لءكم العقل بوجوب تفريغ الءمه يقيناً بعء اشتغالها كءلك. أما مباشره مع الءمكن، أو بالنياه فى موارد جوازها، أو الوصيه فىما إذا لم يءمكن من التفريغ حال الحياه. فإنّ العقل بعء الالءفات إلى اءءمال طرو ما يءنع من اءءءال أمر المولى الءابء فى الءمه، من موت أو نوم مسءغرق للوقت أو غيرهما، لا يءكم بالءخير بالنسبه إلى الأفراد الطولىه للواجب، و حينئء فىلزم المكلف الإءيان به فوراً، حيث لا عءر له فى الءآخر.

و الءاصل أنه إذا ءيقن المكلف أو اءطمأن بءمكنه من اءءءال الأمر فى الأفراد الطولىه المءأخره، أو قام الءءليل على جواز الءآخر فهو، و إلما فمجرء اءءءمال العجز عنه يكفى فى لزوم الإءيان به فوراً، ءءصيلاً للءراغ الءقنى. فإنّ ءكم العقل بالءخير بين الأفراد الطولىه و جواز الءآخر و اءءيار الفرد المءأخر، يءءص بما إذا أءرز الءمكن من ذلك ليكون مءرزاً للءمكن من تفريغ الءمه يقيناً، و مع عءم الإءراز المءبور و اءءمال طرو المانع، ءسقط ءلك الأفراد عن الطرفيه، للءخير العقلى المءءور.

(٢) ما أفاءه (ءءس سره) لا يءكن المساعءه على إءلاقه، و ذلك لأنّ عنوان الأمانه إنما يقءضى لزوم ءفظها. و عليه فإذا كانت العين مءفوظه على الءءءيرين ءيائه و موءه و علم الأمين بعءم ءيائه و رءءه و أءائهم للأمانات إلى أربابها، فلا-وجه للالءءرام بوجوب الرء.

نعم، يءم ما ذكره (ءءس سره) فى عكسه، أى فىما إذا لم يعلم

بعدم خيانه ورثته ففى مثله يلزمه الإيصال إلى المال، لاقتضاء لزوم حفظ الأمانه ذلك، بلا فرق بين الأمانه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٠٥

و كذا يجب أداء ديون الناس الحالّه (١). و مع عدم الإمكان، أو مع كونها مؤجله، يجب الوصيّه بها (٢) إلّا إذا كانت معلومه، أو موثقه بالإسناد المعتمره.

و كذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أدائها أو الوصيّه بها.

و لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه أو لا، إذا احتمل وجود متبرّع أو أداءها من بيت المال.

[مسأله ٤: ردّ الموصى له للوصيّه مبطل لها]

[٣٩٠٢] مسأله ٤: ردّ الموصى له للوصيّه مبطل لها (٣) إذا كان قبل حصول الملكيه [١]، و إذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلًا لها.

الشرعيه و الأمانه المالكيه.

(١) لم يظهر لنا وجه ذلك. فإنه إن كان مطالبًا بها من قبل المالك فعلاً و جب عليه أدائها، سواء أظهرت عنده أمارات الموت أم لم تظهر، كان مطمئنًا بالبقاء أم لم يكن لحرمة حبس حق الغير عنه، بل هو من الكبائر، و إلّا فلا وجه لوجوب أدائها.

و ما قيل من أن بقاءها حينئذ عنده و عدم دفعها إلى أربابها، تصرّف فى مال الغير بغير إذنه، أو حبس للحق عن مالكه، و كلاهما حرام بل يعدّان من الكبائر.

مدفوع بأن التصرف يتوقّف على تقليب المال، فلا يشمل البقاء فى الذمّه، فإنه باق على حاله و لا يعدّ تصرّفًا. كما أن البقاء إذا كان مستندًا إلى عدم مطالبه المالك، لم يعتبر حبسًا للحق عن مالكه.

بل يمكن دعوى قيام السيره القطعيه عليه، فإنه لا- يبادر المديون إلى أدائها ما لم يطالبه المالك، كما هو الحال فى مهور الزوجات.

(٢) لتوقف أدائها فيما بعد

عليها، فتجب من جهة لزوم تفرغ الذمه.

(٣) على تفصيل ستعرفه في التعليقات القادمة.

[١] المعروف بينهم أن رد الوصية حال حياة الموصى لا يبطلها، وهو الصحيح، وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول [في التعليقه المتقدمه]، وأمّا الرد في سائر العقود فالظاهر أنه لا يبطلها، فلو قبل بعده صحّت، بل الأمر كذلك في العقد الفضولي أيضاً إن لم يجم إجماع على خلافه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠٦

فعلى هذا إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك، يكون مبطلًا لها (١) لعدم حصول الملكيه بعد.

و إذا كان بعد الموت و بعد القبول لا يكون مبطلًا، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، و سواء كان قبل القبض أو بعده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها، لعدم الدليل على اعتباره (٢) و ذلك لحصول الملكيه حينئذ له، فلا تزول بالرد. و لا دليل على كون الوصية جائزه بعد تماميتها بالنسبه إلى الموصى له، كما أنها جائزه بالنسبه إلى الموصى، حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيته، كما سيأتي.

و ظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالردّ عدم صحّه القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى. كما أن الأمر كذلك في سائر العقود

(١) و هو إنّما يتم بالنسبه إلى الصورة الأولى خاصه حيث إن الإجماع بقسميه قائم على مانعيته، دون الصورة الثانيه حيث لا إجماع على مانعيته فيها، بل الشهره التي تكاد تبلغ الإجماع إذ لم ينسب الخلاف إلّا إلى شاذ على عدمها، و حينئذ فمقتضى إطلاقات أدله نفوذ الوصية صحتها في هذه الصورة.

(٢) و مقتضى

إطلاقات أدلّه نفوذها صحّتها، سواء أقبض الموصى له للموصى به أم لم يقبض، فإنها تامّة و سالمه عن المعارض.

و لو تنزلنا و وافقنا الشيخ الأعظم (قدس سره) في عدم تماميه الإطلاق بالنسبه إلى اعتبار القبول، و قلنا بجريان استصحاب عدم الملكيه قبله، فلا نسلم به في غيره كالقبض، فإن الإطلاقات بالنسبه إليه تامه و محكمه. و من هنا فلا مجال للتمسك بالأصل.

و أمّا قياس الوصيه بالهبه و الوقف، حيث يعتبر في صحّتهما القبض مع أنهما تنجيزيان و الوصيه تعليقيه، فقياس مع الفارق، فإنها إيقاع محض، و لا موجب لرفع اليد عن إطلاقاتها من غير مقيد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠٧

حيث إن الردّ بعد الإيجاب يبطله و إن رجع و قبل بلا- تأخير. و كما في إجازة الفضولي، حيث إنها لا تصحّ بعد الردّ. لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصى باقياً على إيجابه. بل في سائر العقود أيضاً مشكل (١) إن لم يكن إجماع، خصوصاً في الفضولي، حيث إنّ مقتضى بعض الأخبار صحّتها و لو بعد الردّ. و دعوى عدم صدق المعاهده عرفاً إذا كان القبول بعد الردّ، ممنوعه.

(١) ما ذكره (قدس سره) و إن كان صحيحاً بالنسبه إلى سائر العقود، لما تقدّم من عدم الدليل على إبطال ردّ الطرف الثاني لإيجاب الطرف الأول، بل يصدق العقد و المعاهده عليه فيما إذا كان الموجب باقياً على التزامه، و حينئذ فلا مانع من التمسك بإطلاقات و عمومات أدلّه الصّحّه و النفوذ.

و كذلك الحال في العقد الفضولي، حيث إن الرد فيه لا يكون مانعاً من الإجازة بعده، بل ربّما يستفاد ذلك من صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى في وليده

باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليده الأول أجاز بيع ابنه» (١).

إلّا أن قياس الوصيّه عليها قياس مع الفارق، لأن أدلتها ظاهره فى كونها إيقاعاً كما عرفت، و عليه فلا حاجه إلى القبول و لا أثر للرد بل بها يحصل الملك القهرى، و لذا ورد فى الأخبار أنه لو مات قبل بلوغه الخبر دفع الموصى به إلى ورثته، و إنما خرجنا عن ذلك فى خصوص الرد للإجماع على مانعيته بعد الموت.

و من هنا فإن لم يتم هذا الإجماع فعدم مانعيه الرد واضح، و إلّا كما هو الصحيح-

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٨٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٠٨

ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياه صحّ. و هو أيضاً مشكل (١) على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان فى حال الحياه أو بعد الموت. إلّا إذا قلنا: إن الردّ و القبول لا أثر لهما حال الحياه و إن محلّهما إنما هو بعد الموت، و هو محل منع (٢).

فلا وجه للحكم بصحّه الوصيّه بعد القبول، بل يتعين الحكم بطلانها، نظراً لارتفاع التزام الموصى عند القبول، فإن الميت لا التزام له.

و بعبارة اخرى: إن الموصى إنما أنشأ الملكيه بعد الموت

و التزم به إلى حين وفاته و أمّا بعد وفاته فلا التزام له لعدم قابليه الميت له. و حينئذ فإن التزمنا بثبوت الملكيه قهراً، سواء أقبل الموصى له أم لم يقبل لإطلاقات الأدله فلا أثر للردّ أصلاً. و إن خرجنا عنها و قلنا باعتبار عدم الردّ للإجماع، فالردّ يبطل ذلك الالتزام، و حين القبول يحتاج إلى التزام جديد، و هو ممتنع نظراً لموته.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ٣٠٨

فالصحيح في المقام هو التفصيل بين الوصيه و غيرها. ففي غيرها يحكم بصحته مع بقاء الموجب على التزامه، و بطلانه مع عدمه. و فيها بالبطلان، بناءً على القول بمانعيه الرد، كما هو الصحيح.

(١) لا- وجه للاستشكال فيه، بعد ما عرفت من أن مقتضى إطلاقات أدله الوصيه نفوذها مطلقاً، من دون اعتبار للقبول أو تأثير الرد، و إنما خرجنا عنها في خصوص الرد المتأخر عن الوفاة للإجماع. و حيث لا دليل على مانعيه الرد حال الحياه، إذ لا إجماع عليها بل الشهره على خلافها، فلا مانع من التمسك بإطلاقات أدله نفوذ الوصيه، و مقتضاها الحكم بصحتها.

و لا يقاس ما نحن فيه بغيره من العقود، فإنها مؤلفه من الإيجاب و القبول، فيمكن أن يقال و إن لم نرتضه:- إن الردّ يقطع اتصال القبول بالإيجاب و يمنع منه. و أما ما نحن فيه فقد عرفت أنه إيقاع و لا- يحتاج إلى القبول، فلا وجه للقول بمنع الرد للاتصال بينهما.

(٢) في القبول خاصه على ما تقدّم بيانه في المسأله الثانيه دون الرد، حيث قد

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٠٩

[٣٩٠٣] مسألة ٥: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صحَّ فيما قبل، و بطل فيما ردَّ (١). و كذا لو أوصى له بشيئ ع فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً و ردَّ بعضه الآخر. و إن لم نقل بصحَّه مثل ذلك في البيع و نحوه. بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب و القبول، لأن مقتضى القاعده الصحَّه في البيع أيضاً إن لم يكن إجماع. و دعوى عدم التطابق ممنوعه.

عرفت فيما تقدّم اختصاص دليل المانعيه أعنى الإجماع بالرد المتأخر عن الوفاء و أما ما يكون في حياه الموصى فلا أثر له، لعدم الدليل عليه.

(١) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في غير الوصيّه من العقود.

الثاني: في الوصيّه.

أما المقام الأول: فقد ذكر الأصحاب أنّ الحكم فيه البطلان، لاعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، و إلّا لم يحصل معنى العقد و لم يتحقق مفهومه، فإنه و كما عرفت عبارته عن ضم الترام بالتزام و ربط تعهد بتعهد.

إلّا أنه إنما يتم فيما لو لوحظ الاثنان بما هما واحد، كمصراعى الباب و الحذاء و الجورب مما لهما وحده عرفيه، حيث يكون بيع كل منهما مشروطاً بقبول المشتري لبيع الآخر. فإذا قبل المشتري شراء أحدهما دون الآخر حكم ببطلانه، لأن ما أنشأه البائع أعنى البيع المشروط لم يقبله المشتري، و ما قبله المشتري أعنى البيع غير المشروط لم ينشئه البائع. فلم يرد الالتزامان على شئ ع واحد، و لم يتحقق انضمام أحدهما إلى الآخر، و هذا هو معنى عدم التطابق بين الإيجاب و القبول.

و أمّا إذا لم يكونا كذلك، بأن كان المقصود تمليك كل منهما مستقلاً و بضمن معين، إلّا أنه قد جمع بينهما في مقام

الإبراز خاصه، فلا مانع من الحكم بصحة ما قبله، و ذلك لصدق المعاقده و المعاهده عليه إذ المفروض عدم ارتباط أحدهما بالآخر، فإنهما يبعان مستقلان من غير اشتراط أحدهما بقبول الآخر. و من هنا فقبول كل منهما يكون مطابقاً لإيجابه لا محاله، و به يتحقق مفهوم العقد، فتشمله أدله الصحة.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٠

نعم، لو علم من حال الموصى إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع، لم يصح التبويض [١] (١).

و الحاصل أن العبره فى صحه العقد فى المقام إنما هو بالتطابق بين الإيجاب و القبول فإذا تحقق حكم بصحته و إن بطل الآخر، لعدم الارتباط بينهما، و إلا فيحكم ببطلانه.

و أمّا المقام الثانى: فإن كانت الوصيه من قبيل القسم الثانى من العقود، بأن كان مقصود الموصى تمليك الموصى له كلاً من الأمرين مستقلاً و من غير تقييد بالآخر و إنما جمع بينهما فى الإبراز خاصه، فلا ينبغى الإشكال فى صحتها بالنسبه إلى ما قبله بناءً على اعتبار القبول، أو ما لم يردّه بناءً على ما اخترناه، و بطلانها بالنسبه إلى ما ردّه، نظراً لكونها فى حكم الوصيتين.

و إن كانت من قبيل القسم الأول، بأن كان تمليك كل منهما بشرط قبول الموصى له للآخر بوصف المعيه، فالظاهر هو الحكم بصحة ما قبله أيضاً.

و لا تقاس الوصيه بالبيع و غيره من العقود حيث يعتبر فيه التطابق بين الإيجاب و القبول، فإنها ليست من العقود، سواء اعتبرنا القبول أم لم نعتبره. أما على الثانى فواضح، لأنها إيقاع محض. و أمّا على الأول فلما عرفت من أنه لا معنى لاعتباره إلا كونه شرطاً، كاشفاً أو ناقلاً و عليه فليس هو ركناً و طرفاً للعقد، كى يعتبر التطابق

بينه و بين الإيجاب.

نعم، غايه ما يحصل عند ردّ الموصى له بعض الموصى به هو تخلف الشرط و حينئذ فيثبت للموصى الخيار، و حيث إنه ميت ينتقل إلى ورثته، لأنه حق فيدخل فيما تركه.

و الحاصل أن قياس الوصية التي هي من الإيقاع على سائر العقود في اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، قياس مع الفارق، و الفرق بينهما واضح.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم. فإنّ المجموع من حيث هو مجموع لا يصحّ

[١] بل صحّ فيه أيضاً، فإنّ تملك المجموع من حيث إنّهُ مجموع لا محصل له، إلّا أن يكون قبول الوصية في كل جزء أو عدم ردّها على القول بالاعتبار شرطاً في الوصية بالجزء الآخر، و عليه فلا يترتب على التخلف إلّا الخيار دون البطلان.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١١

[مسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها]

[٣٩٠٤] مسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها، قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الردّ (١). و ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً (٢) إلّا إذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم، فيجبره الحاكم

تمليكه، فإنه أمر انتزاعي لا وجود له في الخارج، فالمراد به هو تملك أحدهما بشرط معيته للآخر. و مقتضى تخلفه برد الموصى له لأحدهما، هو ثبوت الخيار للموصى، لا بطلان الوصية من رأس.

(١) لعدم كونها ملكاً لهم بالفعل، فإنها بعد موت الموصى إما ملك للموصى له و إما ملك للموصى. فإنها ملك للموصى له على تقدير عدم الرد أو القبول بناءً على الكشف، و ملك للميت على تقدير الرد أو القبول بناءً على النقل.

و كيف كان، فليس للورثة التصرف فيها. أما على التقدير الأوّل واضح. و أما على التقدير الثاني فلتأخر الإرث

عن الوصيّه، كما دلّت عليه الآيه الكريمه صريحاً.

و من هنا يظهر ما فى القول بجوازه، ظاهراً لاستصحاب عدم القبول المترتب عليه جواز التصرف بناءً على الكشف، أو واقعاً بناءً على كون القبول ناقلاً. فإن المال فعلاً ليس لهم و لم ينتقل إليهم، و إنما هو باقٍ على ملك الميت، لتأخر الإرث عن الوصيّه.

و الحاصل أنه ما لم يتحقق الرد من الموصى له لم ينتقل المال إليهم، و لا يجوز لهم التصرف فيه لا ظاهراً و لا واقعاً. فإن الوصيّه و إن لم تنفذ بعد، لعدم تحقق شرطها و هو القبول أو عدم الرد، إلّا أنه يصدق على المال الموصى به أنه مال وصيّه، فتشمله الآيه المباركه. أما بقاؤه على ملك الميت، فلأنه لما لم ينتقل إلى الموصى له لعدم نفوذ الوصيّه بعد، و لا إلى الورثه لاستثناء مال الوصيّه عن حكم الإرث، و لم يمكن بقاء المال بلا مالك، فلا محيص عن كونه باقياً على ملك الميت، و لا مانع من الالتزام به كما هو الحال فى ملكه للثلث بالوصيّه.

(٢) لعدم كونها ملكاً لهم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١٢

حينئذ على اختيار أحدهما [١] (١).

[مسأله ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد]

اشاره

[٣٩٠٥] مسأله ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد، فالمشهور قيام وارثه مقامه فى ذلك (٢). فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيّه، من غير فرق بين كون موته فى حياه الموصى أو بعد موته، و بين علم الموصى بموته و عدمه.

و قيل بالبطلان بموته قبل القبول.

و قيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل و بين غيره فلورثته.

(١) و فيه: أنه بعد فرض عدم انتقال المال إليهم لتأخر الإرث عن الوصيّه،

لا يمكن تصور الضرر في حقهم حتى ولو طال المدّة ما طال.

نعم، بتأخير الرد يفوت عليهم الانتفاع بها، إلّا أنه لا دليل على لزوم إيجاد سبب الانتفاع لهم.

(٢) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأوّل: في موت الموصى له في حياة الموصى.

الثاني: في موته بعد وفاه الموصى.

أمّا المقام الأوّل: فلا ينبغي الشك في كون مقتضى القاعدة فيه البطلان، لأنّ المنشأ من قبل الموصى إنّما هو ملكية الموصى له بعد موته الموصى و هذا غير قابل للتحقق في الخارج، نظراً لسقوط الموصى له بموته عن قابليته للملك.

لكن ومع ذلك ذهب المشهور إلى الصّحّه و انتقال الوصّيّه إلى الورثه.

و استدل عليه بوجوه:

الوجه الأوّل: أن القبول حق للموصى له، فينتقل بموته إلى ورثته.

[١] لا وجه له و لو قلنا باعتبار القبول في صحّه الوصّيّه، إذ لا ضرر على الورثه في التأخير غايه الأمر أنه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٣

و القول الأوّل و إن كان على خلاف القاعدة مطلقاً بناءً على اعتبار القبول في صحّتها لأين المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له. و كون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع. كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضاً محل منع صغرى و كبرى، لمنع كونه حقاً، و منع كون كل حق منتقلاً إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به، الذي لا يصدق كونه من تركته.

و على ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الرد مانعاً أيضاً، يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورته موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته في حياة الموصى.

و يردّه ما ذكره الماتن (قدس سره) من منعه صغرى

و كبرى. إذ ليس كل ما يجوز للإنسان أن يفعله يعدّ من الحقوق، بل حال القبول هنا حال سائر الأمور السائغة له و كالقبول فى سائر المعاملات. فإن الحق عبارته عن حكم تكليفى محض أو وضعى محض يتعلق دائماً بفعل الإنسان نفسه قابل للإسقاط، فكل حكم تكليفى أو وضعى قابل للإسقاط فهو حق بالمعنى المصطلح و كل حكم كذلك لا يقبل الإسقاط و ليس أمره بيد المكلف فهو حكم بالمعنى الذى يقابل الحق.

بيان ذلك: أن الملكيه التى هى فى قبال الحكم التكليفى قد تتعلّق بالأعيان الخارجيه، أو فى الذمّه، و قد تتعلّق بالمنافع، سواء أ كانت من قبيل الأعمال الخارجيه أم كانت قائمه بعين خارجى كسكنى الدار و ركوب الدابه. و لا تتعلّق بفعل الإنسان نفسه، فإنه ليس من الملكيه بالمعنى المصطلح، و إن كان منها بمعنى السلطنه.

و أما الحقوق فهى تتعلّق دائماً بفعل من له الحق نفسه، و قد يكون من عليه الحق معيناً كحق الشفعه و الخيار، و قد لا يكون كذلك كحق التحجير، حيث إن من عليه الحق إنما هو جميع البشر. و لكن على كلا التقديرين، لا يكون الحق إلّا حكماً متعلقاً بفعل نفس من له الحق.

و الفرق بينه و بين سائر الأحكام، أن من له الحق له إسقاطه إذا شاء، و هو بخلاف سائر الأحكام، و إلّا فليس هناك أى فرق بينهما.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١٤

لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصّحّه كما هو المشهور، و ذلك لصحيحه محمّد بن قيس الصريحه فى ذلك، حتى فى صورته موته فى حياه الموصى، المؤيّد

و الذى يدلنا على ذلك أنا لا نرى أى فرق بين جواز قتل القاتل عمداً قصاصاً و

جواز قتل الكافر الحربى، و كذا جواز الفسخ فى البيع الخيارى و جواز الفسخ فى الهبه لغير الرحم، و مثله اللزوم الحقى كالبيع و اللزوم الحكمى كالنكاح.

فإنه لا- فرق بين هذه الأحكام من أى جهه من الجهات كانت، سوى أن الأوّل منها قابل للإسقاط، سواء بالعفو، أو إسقاط الخيارات، أو الإقاله. بخلاف الثانى حيث إن أمره ليس بيد المكلف و ليس له إسقاطه، اتفق مع الطرف الآخر أم لم يتفق فإنّ النكاح مثلاً لا يرتفع بتواطؤ الزوجين عليه بل لا بدّ من الطلاق، أو سائر الأسباب الموجبه لرفعه.

و الحاصل أن الحق ليس شيئاً وراء الحكم الشرعى التكليفى أو الوضعى و إنما هو هو بعينه، غايه الأمر أنه متعلق بفعل الإنسان نفسه و قابل للإسقاط من قبله و ليس هو مرتبه ضعيفه من الملكيه.

فإن قلت: إن الحكم الشرعى كيف يمكن انتقاله إلى الورثه بالإرث.

قلت: إن ذلك لا يختص بما ذكرناه بل يجرى على جميع التقادير فى الحق، فإنه بأى معنى كان حتى و لو بمعنى الملكيه يختلف عن سائر الأموال فى الإرث. فإن الإرث فى غيره إنما يكون فى المال لا فى الملكيه التى هى أمر اعتبارى، إذ الذى ينتقل إلى الورثه بعد الديون و الوصايا إنما هو أموال الميت بما فيها المنافع و الأعمال المملوكه له و التى يعبر عنها فى الاصطلاح ب «ما ترك» حيث يوجد للورثه ملكيه جديده بعد زوال ملكيه الميت عنها.

و هذا بخلاف الحق، فإنه و بعد أن لم يكن من الأعيان الخارجيه أو المنافع، حيث إنه ليس من الموجودات التكوينيّه من الجواهر أو الأعراض، و إنما هو محض اعتبار شرعى أو عقلائى على جميع معانيه، يكون المنتقل إليهم نفس المعتر

بهذا الاعتبار لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٥

.....

و الحاصل أن الحق يغير غيره في الإرث. فإن المنتقل إلى الورثة في غيره إنما هو نفس المال الذي تتعلق به الملكية، و أما نفس الملكية فهي لا تقبل الانتقال. في حين إن المنتقل فيه إنما هو نفس الحق، و المعتبر بالاعتبار الشرعي أو العقلاني.

و مما تقدّم يتضح ما أفاده الماتن (قدس سره) من منع كون قبول الوصيِّه حقًا، لأنها ليست إلّا إنشاءً للملكية الموصى له بعد وفاه الموصى، و قبول ذلك على تقدير القول باعتباره كالقبول في سائر العقود، بل كسائر الأفعال المباحة كالقيام و الجلوس، محكوم بالجواز الحكمي و لا يكون من الحقوق في شيء.

و مع غض النظر عن ذلك، فإن ثبوت الحق إما أن يكون بجعل من الشارع كحق الشفعة و التحجير، و إما أن يكون بجعل من المكلف و إمضاء الشارع له كالخيار في العقود. و الحق المدعى في المقام ليس من أحدهما، فإن الذي أنشأه الموصى ليس إلّا الملكية بعد الموت، و الذي أمضاه الشارع هو الملكية بعد الموت أيضاً. نعم، اعتبر القبول في نفوذ الوصيِّه بناءً على القول به، للإجماع. و لا شيء من ذلك يقتضى كونه حقًا له.

ثمّ إنا إذا تنزلنا و بنينا على أنه حق للموصى، فإن مثل هذا الحق غير قابل للانتقال إلى الورثة. و كبرى قابلية كل حق للانتقال إلى الوارث ممنوعه، فإن منه ما يقوم بذى الحق نفسه، فلا يقبل الانتقال إلى غيره. و القبول من هذا القبيل، فإن الوارث لا يمكنه القبول لنفسه، لأن الموصى لم ينشئ ذلك، و لا يمكنه القبول للموصى له، لأنه غير قابل للملكية.

الوجه الثاني: ما ذكره بعضهم من أن

مقتضى إطلاقات الوصية نفوذها، سواء أ تعقبها القبول أم لم يتعقبها، إلا أننا قد خرجنا عنها بالإجماع على اعتبار القبول و حيث إن الإجماع دليل لبي فلا بدّ من الاقتصار فيه على القدر المتيقن منه، و هو القبول في الجملة و الأعم من قبول الموصى له هو و قبول ورثته، فيحكم عند تحققها بصحتها لا محاله.

و فيه: أنه إنما يتم على تقدير كون موت الموصى له بعد موت الموصى و قبل قبوله و القول بكون القبول كاشفاً فيقال حينئذ: إن قبول الوارث كافٍ، لأن الإجماع إنما

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٦

.....

قام على اعتبار القبول في الجملة.

و أما لو كان موته في حياة الموصى كما هو مفروض الكلام، فلا معنى لقيام ورثته مقامه، بعد أن لم يكن هو قابلاً للملكية نتيجة للموت.

و منه يظهر الحال فيما لو كان موته بعد موت الموصى، لكن قلنا بكون القبول ناقلاً فإنه لا أثر له من الورثة، إذ المنشأ إنما هو ملكية الموصى له بعد الموت، و هو غير قابل لها بالفعل.

الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصى، قال: الوصية لو ارث الذي أوصى له، قال: و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً، فتوفى الموصى له قبل الموصى، فالوصية لو ارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته» (١). فإنها صحيحه سنداً و صريحه دلاله.

و دعوى أن اشتراك محمد بن قيس بين الثقة و الضعيف، يمنع من الحكم بصحتها و الأخذ بها.

مدفوعه بأن الذي يروى قضاء أمير المؤمنين (عليه السلام)

عن أبي جعفر (عليه السلام) و يروى عنه عاصم بن حميد، إنما هو الثقة، على ما حقق في محله من الرجال «٢».

و يؤيدها أولاً: صحيحه العباس بن عامر، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيته، فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقباً؟ قال: «أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه». قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟ قال: «اجهد على أن تقدر له على ولى، فإن لم تجد و علم الله منك الجد فتصدق بها» «٣».

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٣٠ ح ١.

(٢) معجم رجال الحديث ٩: ١٨٠ رقم ٦٠٥٤.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٣٠ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٧

بخبر الساباطى و صحيح المثنى. و لا يعارضها صحيحنا محمد بن مسلم و منصور ابن حازم بعد إعراض المشهور عنهما، و إمكان حملها على بعض المحامل منها التقيّه، لأن المعروف بينهم عدم الصحّه.

و وجه جعلها مؤيده التردد فى المراد بالقبض. فإن المراد به إن كان هو القبض الخارجى فقط، فالروايه أجنبيه عن محل الكلام، فإن الظاهر حينئذ أن الموصى له كان له أن يقبض و لكنه مات قبل قبضه، و عليه فحياه الموصى له و موت الموصى مفروغ عنهما. و أما إن كان المراد به هو القبول، كما هو ليس ببعيد من جهه أن القبول غالباً ما يكون به، فهى بترك الاستفصال و عدم السؤال عن أن موت الموصى له كان بعد موت الموصى أو قبله، تدلّ على المدعى.

و أمّا المناقشه فى سندها من جهه أن المذكور فى الكافى و إن كان روايه العباس بن عامر عن الإمام (عليه السلام) بلا واسطه «١» إلّا انها لم تثبت. فإن الصدوق

و الشيخ رواها عن العباس بن عامر، عن المثنى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) «٢» و حيث إن المثنى هذا مجهول، فلا مجال للحكم بصحتها.

مدفوعه بأن الظاهر أن المثنى هذا هو عبد السلام، كما صرح به في تفسير العياشي «٣» و هو ثقة.

على أنه لو تمّ التردّد، فهو مردّد بين المثنى بن عبد السلام، و المثنى بن الوليد و كلاهما ثقة على ما ذكره الكشي عن مشايخه «٤».

ثانياً: رواه محمد بن عمر الباهلي (السابطي)، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إليّ و أمرني أن اعطى عمّاً له في كل سنة شيئاً، فمات العم؟

فكتب: «أعط وورثته» «٥». فإنها بترك الاستفصال، تدلّ على عموم الحكم لصوره

(١) الكافي ٧: ١٣.

(٢) التهذيب ٩: ٢٣١ / ٩٠٥، الاستبصار ٤: ١٣٨ / ٥١٧، الفقيه ٤: ١٥٦ / ٥٤٢.

(٣) تفسير العياشي ١: ٧٧ / ١٧١.

(٤) رجال الكشي: ٣٣٨ رقم ٦٢٣.

(٥) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٣٠ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٨

نعم، يمكن دعوى انصراف الصحيحه عمّا إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد. بل ربّما يقال: إنّ محل الخلاف غير هذه الصورة. لكن الانصراف ممنوع، و على فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصى، و إلّا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالاً بعد فرض عدم ردّه، فينتقل إلى ورثته.

موت الموصى له قبل الموصى أيضاً.

و وجه جعلها مؤيده أنها ضعيفه سنداً، لأن محمد بن عمر الباهلي لا وجود له في الرجال، و محمد بن عمر السابطي لم يوثق.

على أن موردها هي الوصيه العهديه، و محل الكلام هي الوصيه التمليكيه.

فالعنده فى الاستدلال هى صحىحه محمد بن قىس الداله

على المدعى صريحاً.

إلّا أن يازائها صحيحتين:

□
أولاهما: صحيحه محمّد بن مسلم و أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال: «ليس بشيء» (١).

□
ثانيتها: صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيه إن حدث به حدث، فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: «ليس بشيء» (٢).

و معارضه هاتين الصحيحتين لصحيحه محمد بن قيس، مبنية على رجوع الضمير في قوله (عليه السلام): «ليس بشيء» إلى الإيضاء، إذ لو كان الضمير راجعاً إلى الموت كما يقتضيه قربه إليه، كانت هاتان الصحيحتان موافقتين لصحيحه محمّد بن قيس.

و كيف كان، فمع فرض التعارض بينها لا ينبغي الشك في تقديم صحيحه محمد بن قيس، نظراً لمخالفتها لمذهب العامة.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٣٠ ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٣٠ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣١٩

.....

إذن فهي المعتمد في مقام الفتوى، على ما عليه المشهور.

و أما الجمع بين هذه النصوص بحمل صحيحه محمد بن قيس على فرض عدم تقييد الوصيه، و حمل المعارض لها على فرض التقييد، فيلتزم بصحتها و انتقال الموصى به إلى ورثه الموصى له في الأوّل، و البطلان في الثاني.

فمدفوع بان المراد من تقييد الوصيه بالموصى له إن كان تعلق غرضه به شخصاً، في قبال تعلق غرضه بكون الموصى به من جملة أموال الموصى له يتصرف به هو في حياته و ينتقل إلى ورثته بعد وفاته، فهو و إن كان أمراً ممكناً إلّا أنه لا أثر له في مقام الإنشاء فإن العبرة في الحكم بالصحة و الفساد ليست بغرض المنشئ و داعيه إلى

الإنشاء، وإنما هي بما ينشئ.

مع أن حمل صحيحه محمّد بن قيس على الفرض الثانى مما لا شاهد له، بل هو بعيد و مناف للإطلاق، بل خلاف الظاهر، و حمل على الفرد النادر من الوصايا، حيث إن الغالب منها هو الفرض الأوّل، أعنى وجود خصوصيّة للموصى له.

و إن كان المراد أن نظر الموصى فى مقام إنشاء الوصيّة قد يكون إلى شخص الموصى له، و قد يكون إليه هو على تقدير حياته و إلى ورثته على تقدير وفاته فالوصيّة قد تكون مقيدة بشخص معين و قد تكون جامعه بينه و بين غيره، فهو و إن كان ممكناً أيضاً إلا أن صحتها حينئذ على القاعده و لا تحتاج إلى النص، إذ الوارث موصى له حقيقة، فحمل الصحيحه عليها حمل بعيد و لا شاهد فيها عليه، بل الظاهر منها كون الوصيّة لشخص الميت بنفسه.

و إن كان المراد أن الموصى تاره يقيد الوصيّة بحياه الموصى له و أخرى يطلق، فإذا كانت الوصيّة من قبيل الأوّل حكم ببطلانها عند موت الموصى له، لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، فهو و إن كان أقرب الوجوه المذكوره فى التقييد، بل يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره) أن البطلان فى هذه الصوره ليس محلاً للكلام بينهم «١» إلا أنه أيضاً لا يمكن المساعده عليه، نظراً لعدم الشاهد فى صحىحتى محمد بن مسلم و منصور بن حازم على تقييدهما بذلك.

(١) الجواهر ٢٨: ٢٥٧ ٢٥٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٠

.....

على أن هذا التقييد لا أثر له. فإن الوصيّة مقيدة بذلك فى مقام الثبوت، سواء أقيدها الموصى فى مقام الإثبات أم لم يقيدها، فإن الميت غير قابل للتملك ابتداءً فالحياه مأخوذه فى الموضوع على نحو مفروض الوجود.

و من هنا فلا يكون للتقييد أثر.

و الحاصل أن مقتضى القاعده و إن كان هو البطلان في فرض موت الموصى له في حياه الموصى، إلّا أنه لا بدّ من الخروج عنها لصحيحه محمد بن قيس، الداله على النفوذ و انتقال المال إلى ورثته صريحاً.

و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين فرض التقييد و عدمه.

و أمّا المقام الثاني: فإن قلنا بأن الوصيّه إيقاع و لا تحتاج إلى القبول كما هو الصحيح، غايه الأمر أنه يعتبر في نفوذها عدم الرد، فالأمر واضح. فإن الموصى به ينتقل بمجرد موت الموصى إلى ملك الموصى له لفرض عدم الرد، و بموته ينتقل إلى ملك ورثته لا محاله، فحاله في ذلك حال سائر أمواله، فلا يعتبر قبولهم جزءاً.

نعم، يبقى الكلام في تأثير ردهم، و هل أنه كردّ الموصى له يوجب بطلانها أم لا؟

فيه خلاف. و الظاهر هو الثاني، و ذلك لإطلاقات أدله نفوذ الوصيّه، فإن مقتضاها نفوذها مطلقاً، سواء أتحقّق ردّ أم لم يتحقّق، غايه الأمر أننا خرجنا عنها للإجماع على مانعيه الرد، و حيث إنه دليل لبي فلا بدّ من الاقتصار فيه على القدر المتيقن و هو ردّ الموصى له نفسه، فيبقى تأثير رد الورثه بلا- دليل. على أن الورثه إنما يتلقون المال من أبيهم بعنوان الإرث، و لا يتلقونها من الموصى بعنوان الوصيّه. و من هنا فلا يكون لردهم أي أثر.

و إن قلنا باعتبار القبول، فإن اعتبرناه كاشفاً، فالأمر كما تقدّم، إذ المتيقن من الإجماع الدالّ على اعتبار القبول اعتباره في الجملة، أعنى الأعم من قبول الموصى له هو و قبول ورثته، فإذا قبل الورثه كشف ذلك عن ملكيه الموصى له للموصى به من حين موت الموصى، و حينئذ فينتقل

إلى ملكهم كسائر أمواله.

و إن اعتبرناه ناقلاً، أشكل الحكم بصحة الوصية من هذه الجهة، فإن ما أنشأه الموصى غير قابل للتحقق في الخارج، و ما تعلق به القبول لم ينشئه الموصى.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٢١

[بقي هنا أمور]

إشارة

بقي هنا أمور:

[أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث]

أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول و مات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصية لوارث الوارث، أو لا؟ وجوه [١] الشمول (١) و عدمه لكون الحكم على خلاف القاعده، و الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، و كونه الأخبار فلا.

إلا أن هذا لا يمنع من الحكم بنفوذ الوصية و انتقالها إلى الورثه. و ذلك لصحيحه محمد بن قيس المتقدمه، فإنها و إن كانت وارده في موت الموصى له في حياه الموصى لكن الظاهر أنه لا خصوصية له، بل المقام أولى في الحكم بالنفوذ من فرض موته في حياه الموصى. إذ الموصى له في الثاني لم يكن قابلاً للملكيه، نظراً لعدم تحقق شرطها أعنى موت الموصى، بخلاف المقام، فيكون الحكم فيه ثابتاً بالأولويه القطعيه.

و احتمال ملكيه الميت في المقام المال آناً ما عند قبول الوارث، بعيد غايته و لا دليل عليه.

و الحاصل أن الموصى به ينتقل إلى ملك الورثه في المقام لانتقال الوصية إليهم تعبداً، و كأنهم هم الموصى لهم ابتداءً. (١) و هو الصحيح.

و ذلك أما مع فرض تأخر موت الموصى له عن وفاه الموصى، و القول بعدم اعتبار القبول في نفوذها، فالأمر واضح. فإنه لا ينبغي الشك في قيام وارث الوارث مقامه فإن الموصى له قد ملك الموصى به بمجرد موت الموصى، فبموته هو مع فرض عدم رده ينتقل ذلك المال إلى وارثه لا محاله، و بموت الوارث ينتقل المال إلى وارثه كسائر أمواله، و لا موجب للقول بعدم قيامه

و كذا الحال لو اعتبرنا القبول في نفوذها و قلنا بكشفه، فإن قبول وارث الوارث يكشف عن ملكيه الموصى له للمال حين

[١] أقواها الأول، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصى على ما مر من عدم اعتبار القبول.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٢٢

[الثاني: إذا قبل بعض الورثة و ردّ بعضهم، فهل تبطل]

الثاني: إذا قبل بعض الورثة و ردّ بعضهم، فهل تبطل، أو تصحّ و يرث الرادّ أيضاً مقدار حصته، أو تصحّ بمقدار حصه القابل فقط، أو تصحّ و تمامه للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل، أو بعده فتصحّ بالنسبه إلى مقدار حصّيه القابل؟ وجوه [١] (١).

أموال الموصى به بموته إلى وارثه، و بموته إليه لا محاله.

نعم، بناءً على القول بناقلية القبول، لا مجال للحكم بصحّ الوصيه و قيام الوارث مقام الموصى له فضلاً عن وارث الوارث، مع قطع النظر عن صحّحه محمّد بن قيس فحكم هذا الفرض حكم ما بعده.

و أمّا مع فرض تقدّم موته على موت الموصى، فالحكم بالانتقال إلى الوارث و إن كان على خلاف القاعده، و لذا تعين الحكم بالطلاق لولا صحّحه محمّد بن قيس، إلّا أن الظاهر ثبوته في المقام أيضاً. و ذلك لتضمن الصحّحه لبيان كبرى كليه، هي انتقال الوصيه إلى الوارث في فرض موت الموصى له، فإن مقتضاها ثبوت وصيتين في المقام:

الاولى: الوصيه بكون المال للموصى له، و هذه الوصيه هي التي أنشأها الموصى.

الثانية: الوصيه بكون المال لورثه الموصى له، و هذه الوصيه إنما هي بجعل من الشارع و تعبد منه.

و عليه فإذا ثبتت الوصيه لورثه الموصى له و لو تعبداً، كان مقتضى هذه الصحّحه ثبوتها لورثته.

و على هذا الأساس يظهر عدم الفرق، بين كون مدرك الحكم هو انتقال حق القبول من الموصى له إلى ورثته، و بين كونه هو

صحيحه محمد بن قيس. ففي كل مورد كان للوارث أن يقبل الوصية، كان ذلك لوارثه أيضاً.

(١) أصحها التفصيل بين موت الموصى له قبل وفاه الموصى، و موته بعد وفاته و قبل القبول.

[١] إذا كان موت الموصى قبل موت الموصى له، فلا ريب في تعيين الوجه الثاني على ما مرّ، و أمّا إذا انعكس الأمر فعلى القول باشتراط تملك الوارث بعدم ردّه فالمتعيّن هو الثالث، و أمّا على ما قويناه من أنه لا أثر للرد فيتعيّن الوجه الثاني أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٢٣

.....

ففي الأول فالحكم بالبطلان و إن كان مقتضى القاعده كما عرفت، إلّا أن الدليل الخاص صحيحه محمد بن قيس دل على انتقال الوصية إلى ورثه الموصى له تعبدًا، و كأنها وصية لهم ابتداءً، و حيث إن الوصية للمتعدد تقتضي انحلالها إلى وصايا بعددهم، تكون هذه الوصية منحلّه لا محاله، فيكون لكل منهما بنسبته إلى المجموع.

و من هنا فاحتمال بطلانها من رأس لا وجه له. و كذا احتمال صحتها مع كون جميع الموصى به للقابل، فإنّ الموصى لم ينشئ ذلك و ليست الوصية كذلك، بل له منها بنسبته إلى المجموع خاصّه.

و عليه فيدور الأمر بين الالتزام بصحتها مطلقاً مع إرث الرادّ أيضاً، أو التفصيل بالالتزام بالصحة بالنسبة إلى حصه القابل و البطلان بالنسبة إلى حصه الرادّ.

و منشأ هذا التردد هو الخلاف في تأثير الرد في المقام، أعنى الوصية التعبدية.

فإن قلنا إنه لا- أثر لمثل هذا الردّ كما هو الصحيح، لأن الدليل على تأثيره إنما كان هو الإجماع، و حيث إنه مفقود في المقام لاختلاف الأقوال فيه كما عرفت، فلا يكون له أثر. و عليه فتصحّ الوصية، و يأخذ الرادّ حصته منها، كما يأخذ

القابل حصته.

و إن قلنا إن الرد من الوارث يؤثر أثره، فلا بد من التفصيل في الصحه بين حصه القابل و حصه الراد، لانحلالها.

و أما في الثاني، فإن قلنا بعدم اعتبار القبول كما اخترناه، فلا ينبغي الإشكال في نفوذ الوصيه مطلقاً، من دون أن يكون لرد الراد أثر، إذ المال قد انتقل إليهم بالإرث لا بالوصيه، فإن الميت الموصى له قد ملكه بمجرد موت الموصى و عدم رده للوصيه.

و إن قلنا باعتبار القبول، فإن التزماً بكاشفيته، فالحكم كذلك أيضاً، لما عرفت من أن الدليل على اعتباره ليس إلّا الإجماع، و هو على تقدير تسليمه لا يقتضى إلّا اعتباره في الجملة، أعني الأعم من قبوله هو و قبول بعض ورثته، و حيث إنه متحقق لفرض قبول بعض الورثه، كشف ذلك عن ملكيه الموصى له للمال من حين موت الموصى. و من هنا فيكون انتقاله إليهم بالإرث، فلا يكون لرد بعضهم أثر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٢٤

[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؟ (١) و جهان، أوجهما الثاني [١] (٢).

و إن التزماً بناقليته، جرى فيه ما تقدّم من الخلاف في تأثير الرد في المقام و عدمه. فعلى الأول تصحّ بالنسبه إلى حصه القابل خاصه دون حصه الراد، لانحلال الوصيه. و على الثاني تصحّ مطلقاً، فيأخذ الراد كما يأخذ القابل.

(١) يظهر أثر هذا النزاع في أخذ الزوجه من الأرض إذا تعلق بها الوصيه على الثاني دون الأول، و خروج ديون الميت و وصايا من الموصى به على الأول دون الثاني.

(٢) بل الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له في حياه الموصى، و موته بعد وفاته.

ففي الأول ينتقل الموصى به

إليهم مباشرة، و من دون وساطة الموصى له لعدم قابليته للمكيه، حين موت الموصى.

و فى الثانى ينتقل المال إلى الموصى له أوّلاً، حيث لم يتحقق منه الرد كما هو المفروض، و من ثمّ ينتقل إليهم بالإرث، فحاله فى ذلك حال سائر ما تركه الميت.

هذا إذا لم نقل باعتبار القبول، كما هو الصحيح. و أما بناءً على اعتباره، فإن قلنا بكونه كاشفاً فالأمر كذلك، حيث يكشف قبولهم عن ملك الميت له أوّلاً، و انتقاله بعد ذلك إليهم بالإرث.

و احتمال الكشف عن ملكيه الورثه له من حين موت الموصى، ضعيف و لا-وجه له، فإن الوصيه إنما كانت للموصى له دون الورثه، فانتقالها إليهم يحتاج إلى الدليل. و إن قلنا بكونه ناقلاً، كان مقتضى الدليل انتقال الموصى به إلى الورثه ابتداءً و من دون نقصان، لانتقال الوصيه إليهم تعبدًا.

[١] هذا فيما إذا مات الموصى له قبل الموصى، و أمّا فى عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصى له على ما مرّ.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٥

و ربّما بينى (١) على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً. فعلى الثانى الثانى. و على الأوّل الأوّل. و فيه: أنه على الثانى أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنأ ما ثمّ إلى وارثه. بل على الأوّل يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى، لأنه كأنه هو القابل، فيكون منتقلاً إليه من الأوّل.

[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 الوارث حين موت الموصى، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثمّ إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أوّلاً من الموصى فعلى الأوّل الأوّل،

و على الثانى الثانى؟ وجوه [١] (٢).

[الخامس: إذا اوصى له بأرض فمات قبل القبول]

الخامس: إذا اوصى له بأرض فمات قبل القبول، فهل ترث زوجته منها أو لا؟

و احتمال تملك الميت للمال على هذا التقدير آنما و إن كان ممكناً إلاً أنه لا دليل عليه، فإن مقتضى الوصية ملكية الموصى له للمال حين موت الموصى و هى لم تتحقق و الملكيه عند القبول من الوارث لم ينشئها الموصى و لم يدل عليها دليل.

(١) ظهر الحال فيه و فيما يأتى مما تقدم.

(٢) أوجهها الأول.

و ذلك أما بناءً على انتقال المال إلى الموصى له الميت أولاً، و من ثم انتقاله إليهم فالأمر واضح. فإنه و بعد انتقاله إليه، ينتقل عند موته إلى ورثته الموجودين فى ذلك الزمان لا محاله، على ما تقتضيه قواعد الإرث.

و أما بناءً على انتقاله إليهم مباشرة، فلظاهر قوله (عليه السلام) فى صحيحه محمد ابن قيس: «الوصية لو ارث الذى اوصى له» فإنه ظاهر فى وارثه حين موته. و حمله على وارثه حين موت الموصى، تقييد بلا دليل، و لا وجه للمصير إليه.

و من هنا فلو كان للموصى له حين موته ابن و أخ، فمات الابن قبل موت الموصى و ترك أولاداً ثم مات الموصى، كانت الوصية لأولاد الابن دون عم أبيهم.

[١] أوجهها الأول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٦

وجهان مبينان على الوجهين فى المسأله المتقدمه [١] (١). 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. كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون و الوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث و عدمه (٢).

أما إذا كانت بما

يكون من الحبوه، ففي اختصاص الولد الأكبر به، بناءً على الانتقال إلى الميت أولاً، فمشكل (٣) لانصراف الأدلة عن مثل هذا.

(١) يعنى الأمر الثالث. وقد عرفت فيه أن الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له في حياة الموصى، و موته بعد وفاته. ففي الأول ترث منها، لانتقال الوصية إليهم مباشرة. و في الثاني لا ترث منها، إلا على تقدير اعتبار القبول و القول بكونه ناقلاً.

و قد يستشكل فيه بأن الدليل لما دلّ على كونها على نحو الإرث، كان المستفاد منه حرمان من يحرم من الإرث كلاً أو بعضاً منها. و حيث إن الزوجه تحرم من الأراضى إرثاً، فهي تحرم منها وصية أيضاً، لتنزيلها منزلته.

إلا أنه مدفوع بأن الصحيحه لم تتضمن تنزيل الموصى به منزله التركة، و إنما تضمنت تنزيل الورثه منزله الموصى له الميت، و كأنه هم الموصى لهم ابتداءً. و حيث إن الزوجه داخله فيهم بلا خلاف و إن كانت هي لا ترث من الأرض، و لذا لا إشكال في شمول الوصية لها فيما لو أوصى الموصى بالأرض للورثه ابتداءً، فهي أيضاً ممن جعلت الوصية له تعبداً.

و هذا لا ينافى تقسيمها عليهم على نحو تقسيم الإرث، فإنها و إن كانت الوصية لهم بالتعبد إلا أن ظاهر الدليل كونها لهم بما هم ورثه الموصى له، فينبغي تقسيمها على نحو تقسيم الإرث.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم في الأمر الثالث، فراجع.

(٣) و ذلك لاختصاص الحبوه بما أعده الميت لنفسه و جعله مختصاً به، فلا تشمل ما لم يكن كذلك حتى و لو كان مملوكاً له.

[١] و قد عرفت التفصيل فيها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٢٧

[السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له]

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى

هذا كله فيما إذا مات الموصى له بعد وفاه الموصى، و قلنا بعدم اعتبار القبول، أو اعتبرناه و جعلناه كاشفاً. و أما لو مات في حياه الموصى أو بعده، مع القول باعتبار القبول ناقلاً، فلا ينبغي الإشكال في عدم إجراء حكمها عليه، نظراً لعدم انتقاله إليه بالمزّه.

(١) الكلام في هذه المسأله:

تاره يقع في الموصى به الذي ينعق على الموصى له خاصه دون وارثه، كما لو اوصى له بابنه الرق و كان له أولاد أحرار، فإنه ينعق عليه خاصه دون أولاده، حيث لا مانع من ملك الرجل لأخيه.

و أخرى في الموصى به الذي ينعق على الوارث أيضاً، كما لو اوصى له ببنته، حيث لا يجوز للرجل أن يملك محارمه من النساء.

أمّا المقام الأول: فإن كان موت الموصى له في حياه الموصى، فعلى ما اخترناه من انتقال الوصيّه منه إلى ورثته بالتعبد، فلا إشكال في عدم انعقاه إذ لم يدخل و لا- آنأ ما في ملك الموصى له، و إنما انتقل من الموصى إليهم مباشرة، و المفروض قابليتهم لتملكه و عدم انعقاه عليهم قهراً.

و على ما ذهب إليه بعضهم، من انتقاله إلى الموصى له آنأ ما و من ثم انتقاله إلى الورثه بالإرث، ينعق لا محاله، لانعقاه بمجرد الدخول في ملك الموصى له، و معه فلا- يبقى مجال لانتقاله إلى الورثه، نظراً لعدم شمول ما ترك له. و بذلك يكون من مصاديق الوارث المتجدد بعد الموت، فيأخذ تمام التركة إذا كان انعقاه قبل القسمه و كان هو في مرتبه سابقه على الموجودين و إلا شاركهم فيها، و إن كان انعقاه بعد القسمه فلا شىء له.

و إن كان موت الموصى له بعد وفاه الموصى،

فعلى ما اخترناه من كون الوصيه إيقاعاً محضاً فالأمر واضح. فإنه و بمجرد موت الموصى ينتقل إلى ملك الموصى له آنأ ما،
فالحال فيه هو الحال فى موت الموصى له قبل موت الموصى طابق النعل بالنعل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٨

.....

فإن قلنا بانتقاله من الموصى إليهم مباشرة، فلا ينعقد. و إن قلنا بانتقاله إلى الموصى له أولأ، و من ثم إليهم، ينعقد بدخوله فى
ملك الموصى له قهراً.

و إن جعلناه كاشفاً، كشف قبولهم عن انعقاده حين موت الموصى، فيرث معهم إذا كان فى طبقتهم، و يختص بالتركة إذا كان
سابقاً عليهم، بلا فرق فى ذلك بين كونه قبل القسمه أو بعدها، فإنه ليس من مصاديق الوارث المتجدد بعد الوفاه إذ المفروض
حريته فى حياه الموصى له، غايه الأمر أن الكشف عن ذلك كان بالفعل.

و قد يستشكل فيه فيما إذا كان الموصى به أحق منهم بالإرث و متقدماً عليهم بحسب الطبقة، كما إذا كان الموصى به ابن
الموصى له و كانت الورثه إخوته، بأن لازم ذلك كشف قبولهم عن انتقال حق قبول الوصيه إليه أيضاً و اختصاصه به دون غيره
و معه كيف يكون قبولهم كاشفاً عن حريته، حيث يلزم من كونه وارثاً عدم كونه وارثاً، و ما يلزم من وجوده عدمه محال.

و بعباره اخرى: إن إخوه الموصى له إن كانوا ورثه له، فكيف ينتقل المال إلى ابنه بعد انعقاده، و إن لم يكونوا كذلك فلا أثر
لقبولهم أيضاً! و قد يجاب عنه بأن حق القبول إنما هو لوارث الميت عند موته، دون من تجدد إرثه و لو كاشفاً.

و فيه: أنه لا فرق فى القبول بين الوارث عند موت الميت و المتجدد، و لذا لو

أعتق العبد قبل قبول إخوته كان حاله حالهم. فإذا كان هذا حال المعتق بعد وفاه الموصى له، ففي ما نحن فيه يكون ذلك بالأولوية، حيث إن التجدد في الكشف دون الحره.

فالصحيح أن يقال: إن ثبوت حق القبول للوارث و كفايته عن قبول الموصى له، لم يكن بدليل لفظي كى يقال إنه يلزم من وجوده عدمه، و إنما كان اعتباره فى صحه الوصيه بناءً على القول به للإجماع، و المتيقن منه من كان وارثاً من غير جهه القبول و أما الوارث من جهه القبول فلا إجماع على اعتباره قبوله.

و بعبارة اخرى: إن القبول حق لمن يكون وارثاً فى مرتبه سابقه عن هذا الحق و أما من يكون وارثاً بهذا الحق فلا إجماع على اعتباره قبوله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٩

إليه أولًا بعد قبول الوارث، فإن قلنا به كشفًا، و كان موته بعد موت الموصى [١] (١) انعتق عليه، و شارك الوارث ممن فى طبقته، و يقدم عليهم مع تقدّم طبقته، فالوارث يقوم مقامه فى القبول، ثم يسقط عن الوارثيه، لوجود من هو مقدّم عليه.

و إن كان موته قبل موت الموصى، أو قلنا بالنقل و أنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آناً ما، فينعتق (٢) لكن لا يرث إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمه الورثه

و عليه فبقبولهم ينكشف انعتاقه من حين موت الموصى، و به ينتقل جميع المال إليه.

و أما المقام الثانى: ففيه ينعق الموصى به على جميع التقادير. إلا أن الأثر بين الفروض المتقدمه يظهر فى إرثه من الموصى له.

فإن كان موت الموصى له قبل موت الموصى، و قلنا بانتقال الموصى به إلى الورثه مباشره، فهو من مصاديق الوارث المتجدد، فيرث قبل قسمه لا بعدها.

و إن قلنا بانتقاله إلى الموصى له أوّلاً و من ثمّ إليهم، فهو يكشف عن اعتاقه حين موت الموصى و هو يقتضى إرثه مطلقاً، سواء قبل القسمة و بعدها.

و إن كان موت الموصى له بعد موت الموصى، فإن لم نعتبر القبول في الوصية، أو اعتبرناه و جعلناه كاشفاً، فهو يرث مطلقاً، لانكشاف حرّيته حين موت الموصى له. و إن جعلناه ناقلاً، كان الموصى به من مصاديق الوارث المتجدد بعد الوفاة.

(١) عرفت فيما تقدّم أنه لا- حازه في هذا الفرض إلى قبول الوارث، إذ الموصى به ينتقل و بمجرد موت الموصى إلى ملك الموصى له، و عليه فينعتق سواء أقبل الورثة أم لم يقبلوا.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم في الفرض الأوّل، حيث لا مجال للقول بالاعتاق بعد

[١] لا حازه في هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مرّ، فيحكم باعتاق الموصى به من الأوّل، و أمّا إذا مات بعد الموصى له فلا وجه للاعتاق أصلاً، لأنّ الوارث حينئذ يتلقّى الموصى به من الموصى دون الموصى له.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٣٠

و ذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق سائر الورثة بالإرث. نعم، لو انعتق قبل القسمة في صورته تعدد الورثة شاركهم.

و إن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له (١) فلا ينعق عليه، لعدم ملكه، بل يكون للورثة، إلّا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق، و لكن لا يرث إلّا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة و قبل قسمتهم.

[السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكه و العهديه]

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكه و العهديه (٢).

[مسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكه]

[٣٩٠٦] مسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكه كما عرفت، فلا- يعتبر في العهديه (٣). و يختصّ بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين. و أما إذا كان للنوع أو للجهات، كالوصية للفقراء و العلماء أو للمساجد

فرض انقلاب الوصية إلى الوارث، و انتقاله من الموصى إليه مباشرة و من غير وساطة الموصى له.

(١) كما هو الصحيح على ما تقدّم بيانه.

(٢) و الوجه فيه إطلاق صحیحه محمّد بن قيس، فإن السؤال فيها إنما هو عن رجل أوصى لآخر، و هو كما يشمل الوصيّه التملكيه يشمل الوصيّه العهديه، فإنه مطلق من حيث تملك الموصى شيئاً له، أو أمره للموصى بأن يدفع إليه شيئاً.

و دعوى اختصاصها بالوصيّه التملكيه، عاريه عن القرينه و لا شاهد لها.

ثم إن هذه الصحیحه وافيّه بالمدعى، و معه فلا حاجه إلى التمسك بروايه محمد بن عمر الباهلي (السباطي) المتقدمه كي يورد عليها بضعف السند. نعم، لا بأس بجعلها مؤيده للحكم في المقام، فإنها وارده في ذلك و داله عليه بوضوح لولا ضعف سندها.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال، لا من الموصى إليه و لا من الموصى له.

أمّا الأول: فلجمله من النصوص الداله على عدم اعتبار قبوله صريحاً. نعم، له حق الرد بشرط إعلام الموصى به.

و أمّا الثاني: فقد يفرض أن الموصى به أمر غير متوقف على قبوله، كما لو أوصى

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٣١

فلا- يعتبر قبولهم (١) أو قبول الحاكم فيها للجهات (٢) و إن احتمل ذلك أو قيل. و دعوى أن الوصيّه لها ليست من الوصيّه التملكيه بل هي عهديه، و إلّا فلا

يصح تملك النوع أو الجهات، كما ترى (٣).

وقد عرفت سابقاً قوه عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنما يكون الرد مانعاً، وهو أيضاً لا يجرى فى مثل المذكورات، فلا تبطل بردّ بعض الفقهاء مثلاً، بل إذا

الوصى بدفع ديونه و تفرغ ذمته. ففيه تنفذ الوصية و يلزم الوصى القيام بها، سواء أقبّل الوصى له أم لم يقبل.

وقد يفرض توفقه على القبول و عدم تحققه قهراً، كما لو أوصى بهبه داره له، أو بيعه له بنصف ثمن مثله. ففيه أيضاً لا يكون عدم قبوله موجباً لبطلان الوصية، فإن القبول إنما يعتبر فى صحه العقد الموصى به لا فى صحه الوصية، و إنما يوجب رفضه جعل الوصية متعذر المصرف. و حينئذ فيبقى الموصى به على ملك الميت، و لا يكون إرثاً لأنه قد أبقاه على ملكه، غاية الأمر أنه عين له مصرفاً معيناً و هو متعذر، نظراً لرفض الموصى له، فيصرف فى وجه البر مع تحرى الأقرب فالأقرب إلى الوصية.

و هذا بخلاف الوصية التملكيه، بناءً على اعتبار القبول فيها. فإن الموصى قد أخرج الموصى به عن ملكه و ملكه للموصى له، فإذا رفض الموصى له القبول كشف ذلك عن بطلان الوصية. و من هنا فينتقل الموصى به إلى ملك الورثه، حيث لم يبقه الموصى على ملكه.

إذن يصح أن يقال و على نحو الإطلاق: إن القبول غير معتبر فى الوصية العهديه سواء فى ذلك الموصى إليه و الموصى له.

(١) لعدم إمكانه من الكلى و النوع و الجبهه، و قبول الأشخاص و إن أمكن إلا أنه لا يجدى، باعتبار أن قبولهم ليس قبولاً للكلى.

(٢) لعدم الدليل عليه، بل مقتضى إطلاق أدلتها نفوذها من غير قبول.

(٣) لما تكرر منّا

غير مره، من أن الملكيه ليست من الأعراض الخارجيه كى تحتاج إلى معروض خارجى، وإنما هى من الاعتبارات، وهى كما يصحّ تعلقها بالكلى يصح أن تكون للكلى، كما التزموا بذلك فى باب الخمس و الزكاه و الوقف بلا خلاف.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٣٢

انحصر النوع فى ذلك الوقت فى شخص فرد لا تبطل (١).

[مسأله ٩: الأقوى فى تحقّق الوصيه كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ]

[٣٩٠٧] مسأله ٩: الأقوى فى تحقّق الوصيه كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ، ولا يعتبر فيه لفظ خاصّ (٢) بل يكفى كل فعل دلّ عليها (٣) حتى الإشاره و الكتابه و لو فى حال الاختيار إذا كانت صريحه فى الدلاله بل أو ظاهره، فإنّ ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعه اختصاص كفايه الإشاره و الكتابه بحال الضروره لا وجه له. بل يكفى وجود مكتوب منه بخطّه و مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيه (٤).

و يمكن أن يستدلّ عليه بقوله (عليه السلام): «لا ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلّا و وصيته تحت رأسه» (٥). بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم

و عليه فإذا لم يكن فى قيام الملكيه بالكلى أو كونها للكلى محذور، لوقوعه فى الخارج فضلاً عن إمكانه، أمكن الالتزام به فى الوصيه أيضاً، بأن يوصى بداره للفقراء أو العلماء أو الزائرين.

(١) لأنه رد من الشخص بخصوصه، و هو بما هو شخص ليس بموصى له، فلا أثر لردّه. و بهذا تفرق هذه الوصيه عن الوصيه إلى المعين.

(٢) على ما تقتضيه إطلاقات أدلتها.

(٣) لإطلاق أدلتها أيضاً، فإنها غير مقيده باللفظ، بل مقتضاها اللزوم و حرمة التبديل بمجرد صدق الوصيه كيفما تحققت.

و دعوى تقييد الإطلاقات بالإجماع على احتياج العقود إلى اللفظ.

مدفوعه

بأنه لو تمّ فهو إنما يختصّ بالعقود اللّازمه، و أما العقود الجائزه التي منها الوصيه بناءً على كونها عقداً فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيها.

(٤) لصدق الوصيه عليها، و عليه فيتعين العمل بها لإطلاقات الأدله.

(٥) رواه المفيد في المقنعه باختلاف يسير جداً «١». إلّا أنه لا يصلح للاستدلال به

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١ ح ٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٣٣

ابن محمّد الهمداني (١) قال: كتبتُ إليه: كتب رجل كتاباً بخطّه، و لم يقل لورثته هذه وصيتي، و لم يقل إنّي قد أوصيت، إلّا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان

فإنه مضافاً إلى ضعف سنده بالإرسال مخدوش دلالة، إذ لا دلالة فيه على كفايه ما يوجد بخطه و كونه حجه على الورثه بحيث يلزمهم العمل به، فإنه وارد في الترغيب في الاستعداد للموت و عدم الاتكال على طول الأمل، و أين هذا من حجه ما يوجد بخطّه؟!.

(١) رواه الصدوق (قدس سره) بإسناده عن إبراهيم بن محمد الهمداني «١». و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن عمر بن علي، عن إبراهيم بن محمد الهمداني «٢».

و الطريق الثاني ضعيف بعمر بن علي الذي هو عمر بن علي بن عمر بن يزيد حيث لم يرد فيه توثيق، غير أن أحمد بن محمد بن يحيى قد روى عنه و لم يستثنه ابن الوليد، إلّا أننا قد ذكرنا في كتابنا معجم رجال الحديث أن ذلك لا ينفع في إثبات الوثاقه للرجل، فراجع «٣». على أن الروايه بطريقها ضعيفه بإبراهيم بن محمّد الهمداني نفسه، فإنه

لم تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم (عليهم السلام)، لما أوضحناه في مقدّمه كتابنا معجم رجال الحديث من أن الوكاله وحدها لا تكفى فى إثبات وثاقه الوكيل.

نعم، ورد فى جملة من النصوص مدح الرجل و تجليله، إلّا أنّها جميعاً ضعيفه السند، بل و راوى بعضها هو إبراهيم بن محمد الهمداني نفسه، فلا تصلح للاعتماد عليها لإثبات وثاقه الرجل.

بل و على تقدير تماميتها سنداً لا تصلح دليلاً للحكم. و ذلك لما تضمنته من حجيه

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٨ ح ٢، الفقيه ٤: ١٤٦ / ٥٠٧.

(٢) التهذيب ٩: ٢٤٢ / ٩٣٦.

(٣) معجم رجال الحديث ٩: ١٨٠ رقم ٦٠٥٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٣٤

له ولد ينفذون كل شىء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجوه البرّ و غيره».

[مسأله ١٠: يشترط فى الموصى أمور]

اشاره

[٣٩٠٨] مسأله ١٠: يشترط فى الموصى أمور:

[الأول: البلوغ]

الأول: البلوغ، فلا تصحّ وصيته غير البالغ (١). نعم، الأقوى وفاقاً للمشهور صحّحه وصيته البالغ عشرّاً إذا كان عاقلاً، فى وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم [١] (٢) لجملة من الأخبار المعتمده (٣) خلافاً لابن إدريس، و تبعه جماعه.

هذه الوصيه لولد الميت خاصه بعد أن كان السؤال عن حجيتها لمطلق الوارث، و مفهوم ذلك عدم حجيتها لدى غيرهم، و هذا التفصيل ممّا لم يقل به أحد و لا يمكن الالتزام به، فلا بدّ من رفع اليد عنها.

إذن فالصحيح فى الحكم هو التمسك بإطلاقات أدله نفوذ الوصيه و لزومها.

(١) في الجملة إجماعاً.

(٢) في نفوذ وصيته لغير الأرحام إشكال يأتي عند استعراض النصوص، فلاحظ.

(٣) منها معتبره عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» (١).

و معتبره زراره عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو جائز» (٢).

و معتبره عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام) أيضاً، قال: «إذا بلغ الصبي خمسهُ أشبار أُكلت ذبيحته، و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته» (٣).

و معتبره أبي أيوب عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال: «إذا أصاب موضع الوصية جازت» (٤).

[١] صحّحه وصيته للغرباء محل إشكال.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٧٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٧٣.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٧٣.

(٤) الوسائل، ج

.....

□
و معتبره منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن وصية الغلام، هل تجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» (١).

إلى غير ذلك من النصوص المعتبرة سنداً و البالغه حد الاستفاضه، الداله على نفوذ وصيه الصبي إذا بلغ عشر سنين صريحاً.

و دعوى منافاتها لما دلّ على اعتبار العقل، كمعتبره جميل بن دراج (عن محمد بن مسلم على ما فى التهذيب-) عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم» (٢) حيث إنها جعلت العبره فى نفوذ الوصيه العقل دون البلوغ عشر سنين.

مدفوعه بأن العقل معتبر لا محاله و على كل تقدير، سواء أورد ذكره فى النص أم لم يرد، فإنه معتبر فى الموصى البالغ فضلاً عن الصبي الذى لم يبلغ الحلم. و من هنا فلا يكون ذكره قيداً زائداً، و من ثم فلا يكون المقام من اختلاف الشرطيتين.

نعم، هذه الروايه تخالف تلك النصوص من حيث إطلاقها لعدم البلوغ، فتشمل حتى الذى لم يبلغ عشر سنين، إلا أن من الواضح لزوم تقييد إطلاقها بتلك، على ما تقتضيه قواعد الجمع بين المطلق و المقيد.

هذا و لكن دلّ بعض النصوص على نفوذ وصيه الصبي إذا بلغ ثمان سنوات. ففى روايه الحسن بن راشد عن العسكرى (عليه السلام)، قال: «إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازت أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تمّ للجاريه سبع سنين فكذلك» (٣). و قد ذهب إليه ابن الجنيد (قدس سره) (٤).

إلا أن هذه الروايه لا يمكن الاعتماد

عليها، و ذلك لما اتفقت عليه نسخ الروايه فى المصادر على نقلها عن على بن الحسن بن فضال عن العبدى عن الحسن بن راشد

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٧٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوقوف و الصدقات، ب ١٥ ح ٢، التهذيب ٩: ١٨٢ / ٧٣٣.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوقوف و الصدقات، ب ١٥ ح ٤.

(٤) انظر فتاوى ابن الجنيد: ٢٣٨ ٢٤٤.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٣٦

.....

حيث إن العبدى مجهول و لا يعلم من هو، لعدم ورود ذكر له فى كتب الرجال على الإطلاق.

نعم، من المحتمل أن تكون النسخ جميعاً مغلوطة نتيجة للسهو فى النسخه الأصلية، و إن الصحيح هو العبيدى الذى هو محمد بن عيسى بن عبيد، بقرينه روايه على بن الحسن بن فضال عنه كثيراً، و روايته عن الحسن بن راشد كذلك. فالروايه تكون معتبره، فإن العبيدى ثقه، بل قال ابن نوح: (من مثل العبيدى) و إن ناقش فيه ابن الوليد، إلّا أننا ذكرنا فى معجمنا أن الرجل ثقه «١».

لكن ذلك كله لا ينفع فى التمسك بهذه الروايه و الاستدلال بها. و ذلك لأنها غير وارده فى الوصيه بخصوصها، و إنما هى دالّه على جواز أمره مطلقاً و نفوذ جميع تصرفاته عند بلوغه ثمانى سنين، و هى بهذا تخالف جميع النصوص الموافقه للكتاب الدالّه على الحجر عليه و رفع القلم عنه، و عدم مؤاخذته بشىء من أفعاله أو أقواله ما لم يبلغ. فلا بدّ من طرحها و رفع اليد عنها، حتى على تقدير تماميتها سنداً.

□

ثمّ إنّ هذه النصوص لا تنافيهما صحيحه أبى بصير المرادى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين

و أوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته» (٢).

حيث تضمنت التفصيل بين الغلام إذا بلغ عشر سنين فتنفذ وصيته بقدر ثلثه، و بين ما إذا بلغ سبع سنين حيث تنفذ فى اليسير من ماله، فإنها غير مخالفه لما تقدم بقدر مدلول تلك النصوص.

نعم، هى تضمنت نفوذ وصيه من بلغ سبع سنين فى اليسير من ماله. و هذا إن لم يتم إجماع على خلافه فهو، و إلا كما هو الظاهر فلا بد من رفع اليد عنها و رد علمها إلى أهله.

(١) معجم رجال الحديث ١٧: ١١٠ رقم ١١٥٠٨.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٣٧

[الثانى: العقل]

الثانى: العقل، فلا تصح وصيه المجنون (١). نعم، تصح وصيه الأذوارى منه إذا

□
و منه يظهر الحال فى صحيحه محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك، جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء» (١).

فإن الحال فيها هو الحال فى معتبره أبى بصير المتقدمه. فإن تم إجماع على عدم التفصيل فلا بد من طرحها، كما يظهر ذلك من ذهاب المشهور إلى عدم الفرق، و إلا كما هو الظاهر فلا بد من تقييد إطلاق ما دل على نفوذ وصيه الصبى إذا بلغ عشرًا.

و بعبارة اخرى نقول: إن النسبه بين صحيحه محمد بن مسلم و بين ما دل على نفوذ وصيه الغلام إذا بلغ عشرًا، إنما هى العموم و الخصوص من وجه، فهما قد يجتمعان و قد يفترقان. فيجتمعان فى وصيه الغلام البالغ عشرًا لأرحامه. و يفترقان فى موردين:

وصيّه البالغ عشريناً لغير أرحامه، و وصيّه من لم يبلغ عشريناً لأرحامه. حيث إن مقتضى ما دل على نفوذ وصيّه البالغ عشريناً هو صحّه الأوّل و فساد الثاني، في حين إن مقتضى صحّحه محمّد بن مسلم هو العكس فيهما. و حينئذ فمقتضى القواعد هو التساقط، و الرجوع إلى عموم ما دلّ على حجب الصبي و عدم نفوذ تصرفاته ما لم يحتلم.

فما أفاده الماتن (قدس سره) وفاقاً للمشهور، لا يمكن المساعدة عليه، لأن القدر المتيقن من نفوذ وصيّه الصبي هو ما إذا بلغ عشريناً و كانت وصيته للأرحام. اللهم إلّا أن يثبت إجماع على عدم الفرق، لكنه غير ثابت.

(١) لرفع القلم عنه فلا- أثر لتصرفاته، و لا- تثبت له الكتابه في قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ» (٢). و كذا النصوص الواردة في المقام.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ١.

(٢) سورة البقره ٢: ١٨٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٣٨

كانت في دور إفاقته (١). و كذا لا تصحّ وصيّه السكران حال سكره (٢). و لا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثم جن، لم تبطل (٣).

(١) لتماميه الشرط في حقه.

(٢) إذا بلغ حد فقد العقل و سلب الإدراك و الشعور، فإنه يلحق حينئذ بالمجنون و إلّا فلا دليل على اعتبار عدمه، لأن الدليل منحصر في إلحاقه بالمجنون و هو ليس كذلك.

(٣) كما هو مقتضى صريح كلماتهم و حكمهم بصحّه وصيّه المجنون الأدواري في حال إفاقته.

و دعوى أن الوصيّه من العقود الجائزه، و هي تبطل بالجنون المتأخر ما لم يدلّ دليل على عدمه، و هو مفقود في المقام.

مدفوعه بأنها من الدعاوى التي لم يقيم عليها دليل.

نعم، هي ثابتة في موردين: أحدهما من العقود،

و الآخر ليس منها.

فالأول: الوكالة، حيث إن الوكيل إنما يجوز له التصرف فيما جاز للموكل التصرف فيه، فإذا لم يكن للموكل ذلك للحجر عليه، لم يكن للوكيل أيضاً. وهذا يعنى بطلان الوكالة، و هل هو على الإطلاق، أو أنها تعود بعد ارتفاع الجنون؟ فيه كلام يأتي في محله.

و الثاني: الإباحة و الإذن، حيث يبطلان بالجنون المتأخر بلا إشكال، باعتبار أنها شرط معتبر في كل تصرف حيث لا بدّ من كونها مقارناً له، و هي لا تصحّ من المجنون. إلا أنها ليست من العقود.

و كيف كان، فثبوت هذه القضية في مورد من العقود، لا- يقتضى ثبوتها و عمومها لكل العقود الجائزه. و من هنا فلا مجال للحكم بالبطلان في المقام عند طرو الجنون للموصى بعد الحكم بصحتها.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٣٩

كما أنه لو أُغْمِيَ عليه (١) أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية.

[الثالث: الاختيار]

الثالث: الاختيار (٢).

[الرابع: الرشد]

الرابع: الرشد، [١] فلا تصحّ وصية السفیه (٣) و إن كانت بالمعروف، سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده. و أمّا المفلس فلا مانع من وصيته و إن كانت بعد

(١) يظهر الحال فيه مما تقدّم في الجنون، بناءً على إلحاقه به لا بالنوم.

(٢) إجماعاً، و لرفع القلم عن المكره. حيث قد عرفت في بعض الأبحاث السابقة أن ظاهر الرفع ارتفاع كل ما يترتب على العمل من الآثار، سواء في ذلك الكفاره و الحدّ و غيرهما، فيفرض ذلك الإنشاء كالعدم و لا يترتب عليه أثر. و من هنا فيكون دليل الرفع حاكماً على ما دلّ على ثبوت شيء و ترتبه على ذلك الفعل.

و لا موجب لدعوى اختصاصه بالمؤاخذه خاصه، فإنها دعوى بلا دليل، بل يشهد لبطلانها صحیحه البنظی عن أبي الحسن (عليه السلام) في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال (عليه السلام): «لا، قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): وضع عن أمتي ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» «١».

فإنّ استشهاده (عليه السلام) بنفى الإكراه فى المقام، دليل على عدم اختصاصه بنفى المؤاخذه.

(٣) اختاره العلامة (قدس سره) «٢» و جملة من الأصحاب. و كأنّ الوجه فيه إطلاق ما دلّ على الحجر على السفیه و أنه لا يجوز أمره، فإنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ما إذا كانت بالمعروف و عدمه، و بين ما إذا حكم الحاكم بحجره و عدمه.

[١] فى اعتباره إشكال، و الاحتياط لا يُترك.

(١) الوسائل، ج ٢٣ كتاب الأيمان، ب ١٢ ح ١٢.

(٢) انظر مختلف الشيعة ٦: ٣٦٣ مسأله ١٤١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص:

لكن عن جامع المقاصد أنّ المشهور بين الأصحاب جواز وصيته السفية في البر والمعروف «١».

و الصحيح أن أدله الحجر قاصره الشمول لوصيته السفية. أما الآية الكريمة «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» «٢» فهي ناظره إلى دفع أموالهم إليهم ليتصرفوا فيها كيف يشاؤون، فهي منصرفه عن الوصية ولا تنظر إليها. ولا يبعد دعوى ذلك في نصوص الحجر أيضاً.

ولعل الوجه فيه أن هذا الجعل (الحجر) إنما هو لمصلحة السفية و مراعاة حفظ أمواله، وإلا فهو مالك له بلا إشكال، فيختص بتصرفاته فيها حال حياته حيث تكون الأموال مملوكة له، ولا تشمل بعد مماته لأنها تنتقل عنه إلى غيره لا محالة و بناءً على صحه وصيته تنتقل إلى الموصى له في الوصية التملكية، و تبقى في ملكه في العهديه. و من هنا لا يكون في الحجر عليه من هذه الجهة أى امتنان عليه، بل يكون هو خلاف الامتنان في حقه.

□

و يؤيده معتبره أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سأله أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال «حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أكثر و لم يحتلم؟ قال: «إذا بلغ و كتب عليه الشىء ء جاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» «٣».

فإنها ظاهره في اختصاص الحجر على السفية بما يكون عليه، فلا يشمل ما لا يكون كذلك، و الوصية منها كما عرفت. و لذا يصح قبوله للوصية له بلا خلاف فيه فيما نعلم و إن كان المال لا يدفع إليه.

كما يؤيده معتبره محمد بن مسلم

كما فى التهذيب عن أحدهما (عليهما السلام)

(١) جامع المقاصد ١٠: ٣٣.

(٢) سورة النساء ٤: ٦.

(٣) الوسائل، ج ١٨ كتاب الحجر، ب ٢ ح ٥.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٤١

حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء (١) لتقدم الدين على الوصية.

[الخامس: الحرّية]

الخامس: الحرّية، فلا تصحّ وصية المملوك، بناءً على عدم ملكه و إن أجاز مولاه (٢). و كذا بناءً على ما هو الأقوى من ملكه، لعموم أدلّة الحجر (٣)، و قوله

قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم» (١). فإنّ ظاهرها كون العبرة فى النفوذ بالعقل خاصه، و من غير اعتبار للرشد.

إذن فما نسب إلى المشهور من نفوذ وصية السفية هو الصحيح.

ثمّ إن مقتضى ما تقدم عدم الفرق بين وصيته بالمعروف أى ما يكون راجحاً شرعاً و غيره، فتنفذ وصيته و إن تعلقت بالمباح.

نعم، لا تصحّ الوصية بما يخالف الكتاب و السنه، إلّا أنه لا يختص بالسفيه.

(١) و اختصاص الحجر عليه بالتصرف المزاحم لحقهم، فحاله حال من أوصى و عليه ديون مستوعبه لجميع أمواله و بعد لم يحجر عليه.

(٢) حيث لا تكون من الوصية الفضولية كى تصحّ بإذن مولاه، لأنها إنما تكون فضولية فيما لو علق التمليك على وفاه المولى. و أما إذا علقه على وفاته هو كما هو المفروض، فلا تصحّ حتى مع إجازة المولى، إذ لا يصحّ تعليق الملكيه على وفاه غير المالك.

(٣) كقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ» (٢).

و صحیحہ محمد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام) أنه قال فی المملوک: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحریر و لا کثیر عطاء و لا

وصيّته، إلّا أن يشاء سيّده» (٣).

(١) تقدّمت في ص ٣٣٥ هـ ٢.

(٢) سورة النحل ١٦: ٧٥.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٧٨ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٢

(عليه السلام): «لا وصيّته لمملوك» (١) بناءً على إرادته نفى وصيّته لغيره (٢) لا نفى الوصيّته له. نعم، لو أجاز مولاه صحّ (٣) على البناء المذكور.

هذا كلّه مضافاً إلى ما دلّ على نفوذ وصيّته المكاتب بحساب ما أعتق منه كصحيحه محمّد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه، أن يجاز من وصيّته بحساب ما أعتق منه. وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصيّته، فأجاز نصف الوصيّته. وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه فأوصى بوصيّته، فأجاز ثلث الوصيّته» (١) فإنها تدلّ على عدم نفوذ وصيّته العبد.

(١) رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن علي بن حديد، عن جميل بن دراج، عن أحدهما (عليهما السلام) (٢).

وقد رده صاحب الجواهر (قدس سره) لضعف سنده بعلي بن حديد (٣). لكن ناقش فيه بعضهم بأنّ الأظهر وثاقته، لكننا لا نعلم له وجهاً، فإنه لم يرد في شيء من النصوص مدحه فضلاً عن توثيقه، إلّا روايتين هما ضعيفتا السند، فلا تصلحان للاعتماد عليهما. نعم، ورد ذكره في أسناد كامل الزيارات و تفسير علي بن إبراهيم. فعلى ما اخترناه من وثاقه كل من يقع في إسنادهما فلا بأس بتوثيقه، لولا أن الشيخ (قدس سره) قد ذكر في مواضع من كتابيه أنه ضعيف جداً (٤) فإنه يمنع من الحكم بوثاقته.

(٢) أي بمعنى كون إضافته إضافة إلى الفاعل كما هو الظاهر، لا إضافته إلى

(٣) كما صرّحت به صحيحه محمّد بن قيس المتقدّمه.

و كذا الحال فيما لو أوصى من دون إجازة المولى ثم أمضاها السيد، حيث يشملها

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ٨١ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٧٨ ح ٢.

(٣) الجواهر.

(٤) راجع التهذيب ٩: ١٦٩ / ٦٨٨.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٣

و لو أوصى بماله ثم انعتق و كان المال باقياً في يده صحت (١) على إشكال [١] (٢). نعم، لو علّقها على الحرّيّه، فالأقوى صحّتها (٣). و لا يضرّ التعليق المفروض

تعليله (عليه السلام) في صحيحه زراره الواردة في نكاح العبد من دون إذن مولاه من: «أنه لم يعص الله، و إنما عصى سيّده، فإذا أجازته جاز» (١) فإن مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالنكاح. و حينئذ فيحكم بالصّحّه فيما نحن فيه أيضاً، و نتيجه ذلك هو القول بأن الإجازة المعتبره أعمّ من الحدود و البقاء، بمعنى أن المصحّح للعقد هو الأعمّ من الإذن السابق و الإجازة اللاحقه.

(١) و كأنّ الوجه فيها هو زوال المانع، بعد عدم الدليل على مانعيه الرقيه على الإطلاق و البطلان إلى الأبد، إذ الدليل يختص بما دام رقاً.

(٢) قوى جداً، لأن مقتضى إطلاقات أدلّه اعتبار الحريه و عدم نفوذ وصيّه العبد إلّا بإذن مولاه أو إمضائه كصحيحه محمد بن قيس، عدم الفرق في البطلان بين تحرره و بقائه على الرقيه، فتكون كوصيّه الصبي قبل بلوغه عشرّاً، فإنها حين وقوعها لم تكن محكومها بالصّحّه، فالحكم بصّحتها بعد ذلك يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل مقتضى إطلاق صحيحه محمّد بن قيس عدم تأثير الحريه المتأخره في نفوذها.

نعم، لو أمضاها بعد حرّيته حكم بصّحتها، نظراً إلى أن إمضاءها لها بمنزله

(٣) بل الأقوى فسادها، لأن المراد بالتعليق إن كان هو ما يكون على نحو الشرط المتأخر، بمعنى كون الوصيّه فعلية و كون المعلق عليه أمراً متأخراً، فلا حاجة في إثبات بطلانها إلى دعوى أن التعليق يقتضى البطلان، فإنه و إن لم نقل بذلك فإنّ الروايات الواردة في المقام كصحيحه محمد بن قيس تكفيها في الحكم ببطلانها، إذ أن المستثنى فيها إنما هو خصوص فرض مشيئه السيّد، و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين الوصيّه المعلقه و غيرها.

[١] الإشكال قوى فيه و فيما بعده، نعم إذا أجازها بعد العتق صحّت و إن لم يجزها المولى.

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العيب و الإماء، ب ٢٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٤

كما لا يضّر إذا قال: هذا لزيد إن متّ في سفرى (١). و لو أوصى بدفنه في مكان خاصّ لا يحتاج إلى صرف مال، فالأقوى الصحّه (٢). و كذا ما كان من هذا القبيل.

و إن كان هو ما يكون من قبيل الشرط المقارن، بأن ينشئ العبد من الآن الوصيّه المتأخره عن حريره، بحيث لا يكون بالفعل غير الإنشاء و أما المنشأ فظرفه هو الزمان الآتى، فمثل صحيحه محمد بن قيس و إن لم يقتض بطلانها حيث إن المنع و الحجر إنما يتعلقان بنفس المنشأ دون اللفظ و الصيغه، فإنه لا دليل على حجره بالنسبه إليهما أيضاً، إلّا أن مثل هذا التعليق مبطل جزماً بل هو القدر المتيقن من التعليق المبطل. و لا يقاس ذلك بتقييد الموصى له بكونه عالماً أو خيراً، على ما سيأتى توضيحه.

إذن فالصحيح بطلان مثل هذه الوصيّه من العبد، سواء أ كان التعليق من قبيل الشرط المتأخر أم كان

من قبيل الشرط المقارن، ما لم ينشئ وصيه جديده بعد العتق و لو يامضائه للوصيه الأولى.

□

(١) ما أفاده (قدس سره) يعد من غرائب ما صدر منه رحمه الله. فإنّ التعليق على الموت مقوم لعنوان الوصيه، سواء أ كان تعليقاً على مطلق الموت و طبيعته أم كان تعليقاً على موت خاصّ، فلا يقاس على التعليق على الحره.

و دعوى أنه لا دليل على بطلان الوصيه بالتعليق، فإنها لا تقاس بسائر العقود، إذ لا مانع من تعليقها على كون الموصى لهم طلبه أو متدينين أو سكنه مدينه معينه.

مدفوعه بأنها أيضاً من غرائب الكلام. فإن التقييد ليس من التعليق في الوصيه بل هي مطلقه و غير معلقه على شىء، غايه الأمر أن الموصى له قد يكون مطلقاً و قد يكون مقيداً بصنف أو نوع معين، فالتقييد إنما يكون في الموضوع خاصه. و هذا بخلاف ما نحن فيه، حيث إن تقييد الوصيه بالحره يرجع إلى تعليقها عليها، بمعنى أنه إن كان حرّاً فقد أوصى، و إن لم يكن كذلك فهو لم يوص.

(٢) لم يظهر لنا وجه أقوائه الصحه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٥

[السادس: أن لا يكون قاتل نفسه]

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه، من جرح أو شرب سمّ أو نحو ذلك، فإنها لا تصحّ وصيته على المشهور (١) المدعى عليه الإجماع، للنصّ الصحيح الصريح (٢) خلافاً لابن إدريس

□
□
فإنّ إطلاقات الحجر محكمه و شامله للمقام، كقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (١) «فإنّ الوصيه» شىء
ء». كما يشهد له استشهاد الامام (عليه السلام) في صحيحه زراره لبطلان طلاق العبد بالآيه الكريمه (٢).

و صحيحه محمد بن قيس المتقدمه عن أبي جعفر

(عليه السلام) أنه قال في المملوك: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيته، إلا أن يشاء سيده» (٣).

فإن مقتضى إطلاق نفي نفوذها من دون مشيئة السيد، عدم الفرق بين الوصية بالمال و الوصية بغيرها.

و دعوى انصرافها إلى الوصية بالمال، لا وجه لها.

(١) بل المتسالم عليه في الجملة، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد غير ابن إدريس (٤) و تبعه بعض.

(٢) و هو صحيح أبي ولاد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها». قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيته ثم قتل نفسه من ساعته، تنفذ وصيته؟ قال: فقال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحه أو قتل أجزت وصيته في ثلثه، و إن كان أوصى بوصيته بعد ما أحدث في نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» (٥).

(١) سورة النحل ١٦: ٧٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ كتاب النكاح، أبواب مقدماته و شرائطه، ب ٤٥ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٧٨ ح ١.

(٤) السرائر ٣: ١٩٧.

(٥) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٥٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٤

و تبعه بعض. و القدر المنصرف إليه الإطلاق الوصية بالمال (١). و أما الوصية بما يتعلق بالتجهيز و نحوه مما لا تعلق له بالمال، فالظاهر صحتها.

كما إن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً (٢) لا سهواً أو خطأً، و برضاء أن يموت (٣) لا لغرض آخر، و على وجه العصيان (٤) لا مثل الجهاد في سبيل الله. و بما لو مات من

ذلك.

و أما إذا عوفى ثم أوصى، صحت وصيته بلا إشكال (٥). و هل تصح وصيته

(١) ربّما يقال: إن الصحيح مختصّ بالمال، بقريته قوله (عليه السلام): «في ثلثه». و معه فلا وجه لدعوى الانصراف، فإنه أساساً لا يشمل الوصية بغير المال.

و فيه: أن قوله (عليه السلام): «في ثلثه» قيد لصوره تقدّم الوصية على الحدث في النفس، و أما صورته تأخرها عنه التي هي محلّ الكلام فهي مطلقه و غير مقيدة بالثلث.

و بعبارة اخرى: إن قوله (عليه السلام): «في ثلثه» قيد لفرض جواز الوصية و أما فرض عدم جوازها فهو مطلق من هذه الناحية.

نعم، الحكم في هذا الفرض منصرف إلى الوصية الماليه، بقريته تقييده لفرض النفوذ بالثلث، فلا مانع من الالتزام بنفوذها في غيره.

(٢) و ذلك لا لقوله (عليه السلام) في صدر الصحيحه: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها» فإنّ من المحتمل أن يقال باختصاص هذا الحكم بالذات بالمتعمد، و أما عدم نفوذ وصيته فهو غير مقيد بالمتعمد، و إنما لقوله (عليه السلام): «لعله يموت» فإنه صريح في الإتيان بالفعل عمداً لا سهواً أو خطأً.

(٣) لقوله (عليه السلام): «لعله يموت». و من هنا فلو لم يكن الفعل لهذا الغرض فلا تشمله الصحيحه، و إن ترتّب الموت عليه من باب الاتفاق.

(٤) للانصراف العرفي و لو بقريته صدر الصحيحه، حيث حكم (عليه السلام) بأنه في نار جهنم خالداً فيها.

(٥) بل الظاهر أن المسألة متفق عليها. و ذلك لظهور صحيحه أبي ولاد في كون

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٧

قبل المعافاه؟ إشكال (١). و لا يلحق التنجيز بالوصية (٢). هذا و لو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحته وصيته، و إن

كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم (٣) مضافاً إلى العمومات.

الوصية مقارنه لاحتمال الموت من قبل ذلك الحدث، فلا تشمل ما إذا عوفى من الحدث و أوصى في حال الصحة، فإنَّ الحدث السابق يكون حينئذ كالعدم.

(١) منشأه أن مقتضى صدر الصحيحه أن موضوع الحكم هو القاتل نفسه، فلا يشمل ما نحن فيه، لأن المفروض أنه عوفى منه، و إن كانت وصيته في زمان يحتمل فيه الموت نتيجة للحدث.

في حين إن مقتضى ذيلها، أعنى قوله (عليه السلام): «و إن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» هو عدم نفوذها سواء أ تعقبها الموت أم لم يتعقبها. فالموضوع في عدم النفوذ هو المقدم على قتل نفسه من غير اعتبار لتحقق الموت في الخارج.

و الثاني هو الأقوى، و يدلنا عليه مضافاً إلى ظاهر الصحيحه شمولها لمن أحدث في نفسه حدثاً لعله يموت ثم مات بسبب آخر غير ذلك الحدث، كقتل غيره له أو الزلزاله أو نحوهما، قبل المعافاه منه، فإنه لم يلتزم أحد من الفقهاء بصحة وصيته، بل لا يحتمل الحكم بنفوذها بدعوى أنه لم يمت بسبب ذلك الحدث. حيث يستكشف منه أنه لا يعتبر في عدم نفوذ وصيته تعقبها للموت نتيجة للفعل، بل هي ملغاه في هذه الحالة عقوبه له، فتعتبر كالعدم ما لم ينشئ وصية جديدة بعد المعافاه.

(٢) نظراً لكون الحكم في مورد الصحيحه على خلاف القاعده، فلا وجه لقياس غيرها من التصرفات عليها.

(٣) فإنَّ مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام): «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحه أو قتل أُجيزت وصيته في ثلثه» عدم الفرق بين كونه بانياً

على قتل نفسه حين الوصية و عدمه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٨

[مسألة ١١: يصح لكل من الأب و الجدّ الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر]

[٣٩٠٩] مسألة ١١: يصح لكل من الأب و الجدّ الوصية بالولاية على الأطفال (١) مع فقد الآخر، و لا تصح مع وجوده (٢).

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب. و تدلّ عليه جملة من النصوص عمدتها معتبره محمد بن مسلم الواردة في المضاربه عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصى إلى 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 أنّ أباهم قد أذن له في ذلك و هو حيّ» (١).

فإن مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربه، و شموله لكل ما كان له التصرف فيه في حياته. ثم إنها و إن كانت واردة في الأب، إلّا أنّ الحكم ثابت للجدّ أيضاً، نظراً لأقوائيه ولايته من ولاية الأب، على ما تقدّم في كتاب النكاح.

هذا و يمكن أن يستدلّ على الحكم بما دلّ على أنّ عقده النكاح بيد الأب و الجدّ بدعوى أنّه إذا ثبت ذلك في النكاح ثبت في الأموال بالأولوية القطعية، باعتبار أنّ أمر الزواج أهمّ من غيره جزماً.

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه، و لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب.

و استدللّ له بأنه ليس لدليل ثبوت الولاية إطلاق يشمل هذه الصورة أيضاً.

إلّا أنّ الأولى أن يستدلّ له بأنّ ولاية الأب و الجد بمقتضى دليلها ولاية مطلقه و غير مقيدة. و من هنا فلا تنسجم مع جعل الولاية لغيرهما مع وجود واحد منهما في عرضه، حيث إنّ مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك الغير قبل تصرّفه.

فهو نظير ما ذكرناه في باب الأوامر، من أن مقتضى إطلاق الأمر كونه تعييناً لا تخييرياً، باعتبار أن جعل البدل له ينافي إطلاقه.

ففيما نحن فيه، إطلاق الدليل ينافي كون الولي هو الجامع بين الباقي منهما ووصى الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٤٩

كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (١) فإنه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً، وليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب و الجد مع وجود الآخر.

و لا ولاية في ذلك للام (٢) خلافاً لابن الجنيد، حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة (٣).

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 (٤). بل يكون للأب و الجد مع وجود أحدهما، و للحاكم مع فقدهما. نعم، لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم، يمكن أن يقال بصحته (٥) و عدم رجوع أمره إلى الأب و الجد أو الحاكم.

(١) لقصور دليل ولايته، لأنها إنما ثبتت له من باب كون الفعل مما لا بد من تحققه في الخارج و يرغب الشارع في حصوله و هو يحتاج إلى من يقوم به، و القدر المتيقن منه هو الحاكم الشرعي، فإنه يختص بحال حياته و ما دام حاكماً شرعياً، فلا يشمل إيصاءه لغيره بالولاية بعد مماته.

(٢) بلا إشكال فيه، لعدم

الدليل على ثبوت الولاية لها في عرض الأب و الجد أو طولهما.

(٣) و لم يظهر لنا دليله.

(٤) حيث لا يصح لأحد التشريع و جعل حكم لم يكن ثابتاً في الشريعة المقدسه فإنّ الولاية على أموالهم منحصره بالمذكورين، فلا يصح جعلها لغيرهم.

(٥) بل هو المتعين، لأنه حينئذ ليس بمال للأطفال أو حقّ لهم، وإنما هو مال للميت و باق على ملكه، غاية الأمر أنه أمر وصيه بصرفه عليهم أو تمليكهم بعد بلوغهم إيّاه، و هذا لا مانع منه حتى مع وجود الأبوين.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٠

[فصل في الموصى به]

اشاره

فصل في الموصى به تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل، من عين، أو منفعه، أو حقّ قابل للنقل (١). و لا فرق في العين بين أن تكون موجوده فعلاً أو قوه. فتصح الوصيه بما تحمله الجاربه أو الدابّه أو الشجره (٢) و تصح بالعبد الآبق منفرداً (٣) و لو لم يصح بيعه إلّا بالضميمه.

و لا تصح بالمحرّمات (٤) كالخمر و الخنزير و نحوهما، و لا بآلات اللهو، و لا بما

فصل في الموصى به

(١) لإطلاقات أدلّه الوصيه، و عمدتها قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ» (١). فإنّ الاستفادة منها كون العبره في نفوذ الوصيه بصدق ما ترك على الموصى به، و هو صادق على الأعيان و المنافع و الحقوق القابله للانتقال التي يخلفها المكلف بعد وفاته.

(٢) للإطلاقات. فإنّ الوصيه إنما تتعلق بثلث ما ترك لا ثلث ما هو موجود حينها، كما يشهد له تأخر الإرث عنها، و على هذا الأساس يدخل ما يتجدد له من الملك بعدها فيها.

نعم، لو أوصى بثلث ما هو موجود عنده بالفعل، لم يدخل الملك

المتجدد في ضمنها.

(٣) لما تقدّم من إطلاق دليل النفوذ، و عدم الدليل على التقييد.

(٤) لأنها لا تكون مملوكة له و لا متعلّقه لحقه، و معه فلا تدخل في عنوان ما ترك.

(١) سورة البقره ٢: ١٨٠.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥١

لا نفع فيه و لا غرض عقلائي (١) كالحشرات و كلب الهراش، و أمّا كلب الصّيد فلا مانع منه (٢) و كذا كلب الحائط و الماشيه و الزرع، و إن قلنا بعدم مملوكيه ما عدا كلب الصّيد، إذ يكفي وجود الفائده فيها (٣). و لا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق (٤) كحق القذف و نحوه. و تصحّ بالخمير المتخذ للتخليل (٥).

و لا فرق في عدم صحّه الوصيه بالخمير و الخنزير بين كون الموصى و الموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين، لأنّ الكفار أيضاً مكلفون بالفروع [١] (٦). نعم هم يقرّون على مذهبهم و إن لم يكن عملهم صحيحاً.

(١) لعدم اعتبار الملكيه أو حقّ الاختصاص له أيضاً.

(٢) لكونه مالاً و مملوكاً على حد سائر الأموال.

(٣) فإنه يوجب كونه متعلقاً للحق و مختصاً بمن هو في يده عند العقلاء، و من هنا فيدخل في عنوان ما ترك.

(٤) لعدم صدق ما ترك عليه.

(٥) لما تقدّم في كلب الحائط و الماشيه و الزرع.

(٦) الظاهر أنّ بطلان مثل هذه الوصيه، لا يتوقّف على دعوى تكليف الكفار بالفروع على حد تكليفهم بالأصول، بل هي لا تصحّ حتى بناءً على ما استظهرناه من بعض النصوص الصحيحه من عدم تكليفهم بالفروع.

و ذلك لأنّ الإسلام و إن أقزّم على ما هم عليه، فلا يزاحمهم في بيع الخمر و الخنزير أو الوصيه بهما أو انتقالهما إلى الغير بالإرث، إلّا أن ذلك لا

يعنى الحكم بالصحة و الأمر بنفوذها بعد ما كان مبغوضاً واقعاً و منهيّاً عنه شرعاً، بحيث يلزم الوصى بتنفيذها و يحرم عليه مخالفتها. فإنّ بين المسألتين، أعنى إقرارهم على مذهبهن و الحكم بالنفوذ، من البون ما لا يخفى. فهو نظير إيصال الصبى لصبى مثله بالخمير، فإنّه

[١] الحكم ببطان الوصى بالخمير و الخنزير و لو من الكافر للكافر لعلّه لا يتوقّف على تكليفهم بالفروع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥٢

و لا تصحّ الوصى بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (١). نعم، لو أوصى فضولاً عن الغير احتمال [١] صحّته إذا أجاز (٢).

و إن قلنا بصحة وصيته، إلّا أن ذلك لا يعنى إلزام الشارع بتنفيذها، نظراً لعدم كونه مكلفاً بالفروع.

(١) بلا خلاف ظاهر فيه بين الأصحاب. فإنّ الإجازة إنما تصحّ العقد إذا كان للمجيز القيام بذلك التصرف بالمباشرة، و أما ما ليس له من التصرفات فليس له أن يجيزه إذا صدر من غيره. و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الوصى و إن كانت من العقود المعلّقة، إلّا أنّها معلقة على موت نفس المالك، و أمّا تعليقها على موت غيره فلا دليل على نفوذها.

و بعبارة اخرى: إنّ التعليق فى التمليك غير جائز، و إنما خرجنا عنه فى التعليق على موت المالك لأدله نفوذ الوصى، حيث عرفت أنّ قوامها بالتعليق، فيبقى غيره على عموم المنع. فليس للمالك أن يعلّق التمليك على موت غيره، و إذا لم يكن له هذا التصرف بالمباشرة، لم تصح إجازته له إذا صدر من غيره.

(٢) بل هو المتعين، بناءً على ما هو الصحيح، و اختار الماتن (قدس سره) فى حاشيته على المكاسب من كون صحّحه العقد الفضولى عند

إجازه من بيده الأمر على القاعده، لأنه و بإجازته لها تنتسب تلك الوصيّه إليه، فتكون وصيّه له حقيقه و إن لم يتلفظ بها مباشره. و عليه فما أفاده الماتن (قدس سره) من الترديد في الصّحّه في غير محلّه، و المتعيّن هو الحكم بالصّحّه بضرر قاطع.

و توهم أنّ ترديده (قدس سره) ناشئ من كون الوصيّه إيقاعاً على ما صرّح به و الإجماع قائم على عدم جريان الفضوليه في الإيقاعات.

مدفوع بعدم قيام دليل لفظي على عدم جريان الفضوليه في الإيقاعات كي يتمسك بإطلاقه، و إنما الدليل يختص بقيام الإجماع على عدم جريانها في الطّلاق و العتق

[١] هذا هو الأطهر.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٣

[مسأله ١: يشترط في نفوذ الوصيّه كونها بمقدار الثلث أو بأقلّ منه]

[٣٩١٠] مسأله ١: يشترط في نفوذ الوصيّه كونها بمقدار الثلث أو بأقلّ منه. فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد (١)

حيث يعتبر فيهما لفظ خاص صادر من الزوج أو المولى. و حيث إن الإجماع دليل لبي و مورده يختص بهذين الإيقاعين، فلا وجه للقول بعدم جريانها و عدم نفوذها بالإجازة في سائر الإيقاعات، مثل الإبراء و الوصيّه، بل إنّ نفوذها بالإجازة في المقام أولى من نفوذها بها في العقود.

فإنّ العقد يتقوم بالقبول، فيمكن أن يرد عليه أن في زمان تحقّق القبول لم تكن إجازة، و عند الإجازة لا قبول. بخلاف الإبراء و الوصيّه، حيث لا- يعتبر فيها إلّا الاعتبار النفساني مع إبرازة في الخارج بمبرز. و من هنا فتكون نفس الإجازة مصداقاً للإبراء أو الوصيّه، فإنها ليست إلّا إبراز الاعتبار النفساني المتعلق بإسقاط ما في ذمه المدين، أو تملك ماله عند موته لغيره، فيكون نفوذها في المقام أولى من نفوذها في العقود.

و من هنا يظهر الفرق بين هذه الصوره و الصوره السابقه،

حيث تصح هذه إجازة المالك، ولا تصح تلك بها.

هذا وقد ذكر شيخنا الأستاذ (قدس سره) في تعليقه أمراً غريباً لم يكن متوقفاً من مثله، حيث ذكر أنه: لو كانت الوصية بمال الغير قابله لأن تصح بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين. فإن الفرق بين الصورتين أوضح من أن يخفى كما عرفت، فلا وجه لقياس إحداهما بالأخرى.

(١) و النصوص الدالة عليه كثيرة و متضافره، بل قيل إنها متواتره، و لا يبعد دعوى التواتر الإجمالي و صدور بعضها منهم (عليهم السلام) جزماً.

ففي بعضها: «إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث» (١).

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٦٧ ح ٤.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٤

إلّا مع إجازة الورثة بلا إشكال (١). و ما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً (٢) على تقدير ثبوت النسبه شاذ.

و في بعضها إن أحدهم أوصى بجميع أمواله له (عليه السلام) فبعث إليه، فأخذ (عليه السلام) الثلث و ردّ الباقي «(١)».

بل و في بعضها تفسير قوله تعالى «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» بالزيادة على الثلث «(٢)».

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد غير علي ابن بابويه على خلاف في النسبه و هو شاذ.

(١) إذا كانت الإجازة بعد وفاه الموصى، فإن أمر المال حينئذ بيدهم، فلهم أن يفعلوا به ما يشاؤون. و أما إذا كانت في حياته، فقد وقع الخلاف في نفوذها. نعم المشهور هو النفوذ، على ما سيأتي تحقيقه في المسألة الرابعة من هذا الفصل.

(٢) استدلل لهذا القول بروايات ثلاث:

الأولى: روايه محمد بن عبدوس، قال: أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمد (عليه

السلام)، فكتبت إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتي أخت له، فأريك في ذلك؟ فكتب إليّ: «بع ما خلف و ابعث به إليّ» فبعث و بعثت به إليه، فكتب إليّ: «قد وصل» «٣».

□
الثانية: رواه عمار بن موسى عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كلّ فهو جائز» «٤».

□
الثالثة: موثقه علي بن الحسن، قال: مات محمد بن عبد الله بن زراره و أوصى إلى أخى أحمد بن الحسن، و خلف داراً و كان أوصى في جميع تركته أن تباع و يحمل ثمنها

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ١٦.

(٤) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ١٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٥

و لا فرق بين أن يكون بحصه مشاعه من التركة أو بعين معينه (١).

إلى أبي الحسن (عليه السلام) فباعها، فاعترض فيها ابن أخت له و ابن عم له فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشىء بحضرتي إلى أيوب بن نوح، فأخبره أنه جميع ما خلف، و ابن عم له و ابن أخته عرض و أصلحنا أمره بثلاثة دنانير، فكتب: «قد وصل ذلك» و ترخّم على الميت، و قرأت الجواب «١».

و قد ردّها بعضهم بأنها و إن كانت تعارض ما دلّ على أن حدّ الوصيّه الثلث، إلّا أنّ الطائفة الثانية ترجّح عليها، نظراً لأصحيه سندها، و أكثره عددها، و أوضحه دلالتها، و موافقتها لفتوى الأصحاب ظاهراً.

لكن الظاهر أن الأمر ليس كذلك، فإنّ هذه

الطائفه تقصر عن معارضه تلك أساساً.

فإنّ الروایتين الأوليين ضعيفتا السند، وإن عبّر عنهما في بعض الكلمات بموثقه محمّد بن عبدوس، و موثقه عمار بن موسى. أما الأولى فلأنّ محمّد بن عبدوس مجهول، و لم يردّ فيه مدح فضلاً عن التوثيق. و أما الثانيه فلأنّ في طريقها عمر بن شداد على ما في الكافي و التهذيب «٢» أو عمرو بن شداد على ما في الفقيه و الاستبصار «٣» و السرى. و الأوّل مجهول، لم يردّ فيه مدح فضلاً عن التوثيق. و الثاني مشترك بين أشخاص متعددين، و من ثمّ فمجهول.

و أما الروايه الثالثه فلعلّ الجواب عنها واضح. فإنّها أجنبيه عن محلّ الكلام، فإنّ مفروضها إجازة الوارث للوصيّ نتيجة لأخذه ثلاثه دنانير، فلا تكون معارضه لما دلّ على أن حدّها الثلث، و إلّا فقد وردت جمله من النصوص الدالّة على أنه (عليه السلام) اقتصر على أخذ الثلث في نظائر هذا المورد.

(١) بلا خلاف فيه بينهم. و يقتضيه مضافاً إلى إطلاقات الأدلّه صريح جمله

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ١٧.

(٢) الكافي ٧: ٧، التهذيب ٩: ١٨٧ / ٧٥٣.

(٣) الفقيه ٣: ١٥٠ / ٥٢٠، الاستبصار: ٤: ١٢١ / ٤٥٩.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٦

و لو كانت زائده و أجازها بعض الورثه دون بعض، نفذت في حصّه المجيز فقط (١) و لا يضرّ التبويض، كما في سائر العقود. فلو خلف ابناً و بنتاً و أوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثه إلّا ثلث من سته (٢). و لو انعكس كان له اثنان و ثلث من سته.

[مسألة ٢: لا يشترط في نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله الشارع له]

[٣٩١١] 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، صحّت. و لو قصد كونها من الأصل، أو من ثلثي الورثه و بقاء ثلثه
سليماً

منها، حيث إنّ النصوص التي استدللّ بها على مذهب المشهور وارده في كلا القسمين.

(١) كما هو ظاهر النصوص. و دعوى توقف نفوذها في حصته على إجازة الآخر لحصته، بحيث يكون نفوذ الزائد بالإجازة على
نحو الواجب الارتباطي، بعيدة عن الفهم العرفي.

(٢) باعتبار أنه يستحق اثنين من سته بمقتضى أصل الوصية، فيكون الفارق بينه و بين النصف سهماً واحداً من سته. و حيث إنه
مشترك بين الولد و البنت بمقتضى الإرث على نحو التفاضل، يكون مقتضى إجازة الولد نفوذها في حصته و البالغه ثلثي هذا
الواحد.

و منه يظهر الحال في إجازة البنت للزائد دونه.

(٣) إذ العبرة إنما هي بالواقع، و كون الموصى به بمقدار الثلث أو أقل منه بحسب نفس الأمر. و أما قصد العنوان و علم الموصى
به أو التفاته إليه، فلا عبرة به و لا دخل له في النفوذ و عدمه، على ما يقتضيه إطلاقات الأدلة.

و لذا لو أوصى بعين معتقداً أنها تمام ماله، ثم انكشف كونها بمقدار ثلثه أو أقل نفذت وصيته، سواء أ كان الانكشاف قبل موته
أم بعده. و العكس بالعكس، فإنه لو أوصى بها معتقداً كونها بمقدار ثلثه أو أقل، ثم بان كونها أكثر منه، لم تنفذ الوصية إلّا في
الثلث خاصه.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٧

سليماً، مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً، بطلت مع عدم إجازة الورثه (١).

(١) في إطلاق كلامه (قدس سره) إشكال، بل منع.

و التحقيق أن يقال: أما في صورته قصد كونها من ثلثي الورثه مع بقاء ثلثه سليماً فالأمر

كما أفاده (قدس سره). فإنَّ الوصِيَّه بالعين المعينه، مع فرض تحفظه على الثلث و عدم رفع اليد عن الوصِيَّه به سابقاً أو لاحقاً، تكون من الوصِيَّه الزائده عن الثلث لا محاله، و حينئذ و بطبيعته الحال يتوقف نفوذها على إجازة الورثه.

و أما في صورته قصد كونها من أصل المال، فالأمر في ثلثيها للذين يخرجان من ثلثي الورثه أيضاً كذلك. و أما ثلثها الذي يخرج من ثلث الميت، فلم يظهر لنا وجه الحكم بطلانه، فإنَّ للميت أن يعين ثلثه في أي عين من أعيان أمواله شاء على ما تقدّم لإطلاق الأدلّه، بل لصريح بعضها، و من دون أن يكون فيه أي مخالفه للشرع.

ثمَّ إن هذا الذي ذكرناه لا يختص بما إذا كانت له وصِيَّه بالثلث سابقه على وصِيَّته بهذه العين، بل يجري فيما لو أوصى بها أوّلاً ثمَّ أوصى بالثلث بعدها. فيقال: إنَّ الوصِيَّه الأولى تنفذ في ثلثها الذي يكون من ثلث الوصِيَّه الثانيه، و أما بالنسبه إلى ثلثيها الآخرين فيتوقف نفوذها على إجازة الورثه، كما هو الحال فيما لو أوصى بكون جميعها من ثلثي الورثه.

و الوجه فيه مع أنّ في الوصِيَّه الأولى لم يكن الموصى به زائداً على الثلث، هو أنّ العبره في الزيادة عن الثلث و عدمها إنما هي بحال الموت لا حال الوصِيَّه. و لذا لو أوصى بتمام الدار التي لم يكن يملك حين الوصِيَّه غيرها لزيد، ثمَّ رزقه الله أموالاً بحيث أصبحت الدار حين موته بمقدار ثلثه أو أقلّ، حكم بنفوذها. كما أنه لو كانت الدار حين الوصِيَّه ثلث ما يملكه، و لكنها أصبحت حين موته تمام ما يملكه، نفذت الوصِيَّه في ثلثها فقط.

و على هذا فلو أوصى أوّلاً بكون عين من

أعيان أمواله لزيد، بقصد كونها من مجموع المال أو خصوص ثلثي الورثه، ثم أوصى بعد ذلك بالثلث، انقلبت الوصيه

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٥٨

بل و كذا ان اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً. لأن الوصيه المفروضه مخالفه للشرع [١] (١) و إن لم تكن حينئذ زائده عن الثلث. نعم، لو كانت في واجب نفذت لأنه يخرج من الأصل [٢] (٢) إلا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

الاولى عن وصف عدم كونها زائده على الثلث إلى وصف كونها زائده عليه، فكانت وصيته زائده على الثلث بقاءً و إن لم تكن كذلك حدوثاً، حيث لم تكن له وصيه بالثلث.

و من هنا فتنفذ الوصيه في ثلثها خاصه، و أما ثلثها الآخران فيتوقف نفوذها فيها على إجازة الوارث.

خويي، سيد ابو القاسم موسوي، موسوعه الإمام الخوئي، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

موسوعه الإمام الخوئي؛ ج ٣٣، ص: ٣٥٨

فالمحصّل من جميع ما تقدّم، أن إطلاق الماتن (قدس سره) للحكم بالبطلان، لا وجه له و لا يمكن المساعده عليه.

(١) فيه منع ظاهر، إذ عرفت أن العبره في الزيادة على الثلث إنما هي بحين الموت و هي غير متحققه في المقام و إن كان الموصى قد قصد هذا العنوان، إلا أنه لا أثر لقصد هذا. و لذا لو أوصى بداره و كان يعتقد أنها تمام ما يملكه، ثم انكشف في حياته أو بعد وفاته الخلاف و أنها بمقدار ثلثه أو أقل، نفذت الوصيه. فإن العبره على ما تقدّم إنما هي بالواقع، لا بقصد كونه من الثلث أو من الزائد عليه.

و بعباره اخرى نقول: إن تعنون هذه الوصيه بكونها وصيه زائده على الثلث يتوقف على

الوصية في مرحله سابقه على هذه الوصية أو لاحقه لها بالثلث. و أما مع عدمها، فلا معنى لأن يقال بأنها زائده عليه، إذ لا شىء كى تكون هذه زائده عليه بالقياس إليه.

و عليه فالحكم بالبطلان فى هذه الصورة، لا وجه له و لا دليل عليه.

(٢) مَرَّ فى بحث الصلاة أنّ هذا الحكم إنما يختص بالواجبات الماليه الواجبه

[١] فيه منع ظاهر.

[٢] مَرَّ أنّ الواجبات الدينيه كالصلاه و الصوم لا تخرج من الأصل، و بذلك يظهر حال المسأله الآتية.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥٩

[مسأله ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ]

[٣٩١٢] مسأله ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثه، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان.

ربّما يقال بالأوّل، و يحمل عليه ما دلّ من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كلّ فهو جائز، و أنه أحقّ بماله ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثانى، لأنّ مقتضى ما دلّ على عدم صحّتها إذا كانت أزيد من ذلك، و الخارج منه كونها بالواجب، و هو غير معلوم (١).

نعم، إذا قرّر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢).

بالأصله كالديون، و منها الخمس و الزكاه و حجه الإسلام. و لا يعمّ الواجبات البدنيه، كالصلاه و الصوم و الواجب بالعارض كالحج المنذور، فإنّ حالها حال غير الواجبات فى الخروج من الثلث خاصه.

(١) فإنّ احتمال كونه مدينًا مدفوع بالأصل، كما هو الحال فيما لو لم يكن قد أوصى أصلًا، أو كان قد أوصى بثلثه فى جهه معينه. و عليه فلا يكفى مجرد الاحتمال فى جواز الإخراج من

الأصل. و أما الإخراج من حيث الوصية فكذلك، لكونه خلاف ما دلّ على عدم نفوذها في الزائد عن الثلث.

و بعبارة اخرى: إنّ الإخراج من أصل التركة، إما يكون بالوصية أو لكونه من الواجبات التي تخرج منه. و الأوّل خلاف النصوص الدالّة على عدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلّا بإجازه الوارث. و الثاني خلاف الأصل.

و عليه ففي مورد الشك لا يجوز إخراج الزائد، لا من حيث احتمال كونه من الواجبات التي تخرج من الأصل، و لا من حيث الوصية.

(٢) بلا إشكال فيه، لقاعده نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم فإنه منه، و ليس من الإقرار على الورثة كما قيل، إذ الإرث إنما يترتب على عنوان ما ترك، و إذا أقرّ

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٦٠

بل و كذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاه أو نذراً أو نحو ذلك، و شكّ في أنها واجبه عليه أو من باب الاحتياط المستحبي، فإنها أيضاً تخرج من الأصل، لأنّ الظاهر من الخمس و الزكاه الواجب منهما (١) و الظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما (٢).

[مسألة ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصي، فلا إشكال في نفوذها]

[٣٩١٣] مسألة ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصي، فلا إشكال في نفوذها (٣) و لا يجوز له الرجوع في إجازته (٤).

الموصي في حال حياته بالدين الزم به و أُجبر على دفعه إذا امتنع عنه، و عندئذ فلا يبقى موضوع لإرث الورثة، أعني عنوان ما ترك.

و بعبارة اخرى: إنّ دعوى كون إقرار الموصي هذا إقراراً في حقّ الورثة، إنما تتم فيما إذا لم يكن لهذا الإقرار أثر إلّا الإخراج من أصل المال، و أما إذا كان له أثر في حال حياته كلزوم دفعه و ما شاكله نفذ إقراره، و به

يثبت موضوع يرتفع معه إرث الوارث.

هذا مضافاً إلى إمكان استفادة الحكم من جملة من النصوص الداله على أنّ الميت إذا كان أوصى بحجّه، فإن كانت هي حجّه الإسلام خرجت من أصل المال، وإلا فمن التّلت «١» فإنها تدل على أنّ اعتراف الميت في حياته مسموع و يلزم العمل على وفقه.

(١) إذ إن غير الواجب لا يكون خمساً أو زكاه، وإنما هو تبرع و هديه.

(٢) فلا أثر يترتب على احتمال الخلاف.

(٣) بلا خلاف فيه بيننا، ولأنهم مالكون للمال حقيقه لانتقاله إليهم بالإرث، فلهم أن يتصرّفوا فيه كيف ما شاؤوا.

(٤) لنفوذ الوصيّه و انتقال الموصى به إلى الموصى له بمجرد الإجازة، بناءً على كون الإجازة تنفيذاً لعمل الموصى، على ما سيأتى اختياره منا. و أما بناءً على كونها هديه منهم، فلهم الرجوع فيها قبل القبض مطلقاً، و بعده فيما إذا لم تكن الهبه لازمه بشرط أو لكونها إلى ذى رحم.

(١) الوسائل ١٩: ٣٥٧ و ٣٥٨ كتاب الوصايا، باب ٤١ ح ٢٤٧٥٦ و ٢٤٧٥٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٦١

و أمّا إذا أجاز في حياة الموصى، ففي نفوذها و عدمه قولان (١). أقواهما الأوّل، كما هو المشهور، للأخبار (٢)

(١) بل أقوال:

النفوذ مطلقاً.

و عدمه مطلقاً. ذهب إليه المفيد (قدس سره) في المقنعه «١» و ابن إدريس (قدس سره) «٢» و غيرهما، باعتبار أنهم أجنبيون عن المال تماماً، و لا حقّ لهم فيه ما دام الموصى على قيد الحياة، فلا تكون إجازتهم نافذه، و لهم الرجوع عنها و المطالبه بالإرث بعد موت الموصى.

و التفصيل بين كون الوصيّه حال المرض فتنفذ إجازتهم، و كونها حال الصّحه فلا.

و التفصيل بين غنى الوارث و فقره، فتنفذ في الأوّل إذا كانت

الإجازة من غير استدعاء الموصى، ولا تنفذ إذا كانت باستدعائه أو كان الوارث فقيراً.

ولا دليل على شيء من الأقوال الثلاثة الأخيره.

نعم، القاعده الأولى تقتضى عدم نفوذها فى حياه الموصى، لأن الوارث أجنبى حينئذ عن المال. و من هنا فتكون إطلاقات ما دلّ على عدم نفوذ الوصيه فيما زاد عن الثلث محكمه، حيث إن مقتضاها عدم الفرق بين إجازتهم فى حياه الموصى و عدمه. لكن هذا إنما ينفع على تقدير عدم النص فى المقام، و حيث إنه موجود فلا أثر له.

□
(٢) منها: صحيحه محمد بن مسلم و التى رواها المشايخ الثلاثة عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ فقال: «ليس لهم ذلك، و الوصيه جائزه عليهم إذا أقرؤا بها فى حياته» (٣).

(١) المقنعه (مصنّفات الشيخ المفيد) ١٤: ٦٦٩ ٦٧٠.

(٢) السرائر ٣: ١٨٥، ١٩٤.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦٢

المؤيده باحتمال كونه ذا حقّ فى الثلثين (١) فيرجع إجازته إلى إسقاطه حقّه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الداله على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث.

□
و منها: صحيحه منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بوصيه أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك له، قال: «جائز» (١).

فإنهما صحيحتا السند و صريحتا الدلاله، و معهما فلا أثر للرجوع إلى القاعده و إطلاقات ما دلّ على عدم نفوذ الوصيه فيما زاد عن الثلث.

ثمّ إنه لا فرق فى المقام بين كون الإجازة سابقه على الوصيه أو لاحقه لها، و إن كان

مورد الصحيحتين هو الثانى. فإنه إذا صحت الوصية بالإجازة صحّت بالإذن بطريق أولى، إذ لا يحتمل أن يكون لتأخره دخل فى التأثير، فإنّ العبرة إنما هى بالرضا مع إبرازه فى الخارج.

(١) و فيه: أنّ هذا الاحتمال ساقط جزمًا، و ذلك لما عرفت من أنّ العبرة فى الثلث أو الزيادة عليه، إنما هى بحال الموت لا حال الوصية.

و عليه فإذا فرضنا تحقق الموت بعد الوصية بلا- فصل، لكانت هذه الدعوى ممكنة و إن لم يكن دليل عليها. و أما إذا فرضنا الفصل بينهما، فلا- حقّ لهم فيه جزمًا، لأنه حينها ليس فى حال المرض أو الموت كى يقال بأنّ لهم حقًا فيه، لا سيما إذا كانت ملكيته لبعض الأموال متأخره عن الوصية، فإنه حينئذ لم يكن لنفس الموصى حق فيه فضلًا عن ورثته.

و أما النصوص التى لم يستبعد (قدس سره) استفاده ذلك منها، فهى أجنبيه عن المقام، حيث إنها لا تدلّ إلّا على أنه ليس للموصى الوصية بأزيد من الثلث، و أما كون ذلك نتيجة لثبوت حق للورثة فى الثلثين الآخرين، فلا دلالة فيها على ذلك بالمره.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٣ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦٣

هذا و الإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصى (١) و ليست ابتداء عطيه من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولًا، ثم ينتقل إلى الموصى له بل و لا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصى من الأول.

(١) خلافًا لما ذهب إليه جماعه من الأصحاب، منهم صاحب الحقائق (قدس سره) حيث يظهر منه الميل إليه «١».

و هو و إن كان مقتضى القاعدة، فإن مقتضى ما دلّ على

بطلان الوصية في الزائد عن الثلث و عدم نفوذها، انتقاله إلى الورثة و كونه ملكاً لهم على حد سائر أموالهم غاية الأمر أنا خرجنا عنها في فرض إجازتهم للزائد في حياته لصحيحتي محمد بن مسلم و منصور بن حازم المتقدمين، فيبقى الباقي بما في ذلك فرض إجازتهم له بعد وفاته على القاعدة، فيحكم بطلانها فيه و انتقاله إليهم. نعم، لهم صرف المال فيما أوصى به الميت، باعتبار أنّ للمالك السلطنة في صرف ماله كيف ما يشاء.

إلّا أنه إنما يتم فيما إذا لم يكن دليل يقتضى رفع اليد عن القاعدة في المقام أيضاً و حيث إنه موجود فلا مجال للتمسك بالقاعدة. فإنه يمكن أن يستدل عليه بالأولوية القطعية، فإنّ الوصية إذا نفذت بإجازتهم لها في حال حياته مع كونهم أجنبيين عن المال بالكلية، فنفوذها بإجازتهم بعد أن أصبحوا مالكين له يكون بطريق أولى.

هذا مضافاً إلى النصوص التي يمكن استفادته ذلك منها.

ففي صحيحه أحمد بن محمد، قال: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن (عليه السلام): إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاصاً في مواضع، و أوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحبينا إنهاء ذلك إلى سيّدنا، فإن أمرنا بإمضاء 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 إلّا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء

(١) الحدائق ٢٢: ٤٢٤ و ٤٢٥.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٦٤

[مسألة ٥: ذكر بعضهم: أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة]

[٣٩١٤] مسألة ٥: ذكر بعضهم: أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة،

ثم قالوا: ظننا إنه 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 ظنّ الزائد. فلو وصى له نصف ألف درهم من التركة و ثلث البقية، و ذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد، و أصالة عدم علمهم بالزائد.

بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا، ثم ادعوا أنهم ظنوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأنّ إجازتهم تعلقت بمعلوم، و هو الدار أو العبد.

□
الله « ١ ».

حيث إن الظاهر منها أن التفضل انما هو إمضاء الوصية لا إهداء المال إليه (عليه السلام)، و يؤكده قوله (عليه السلام): «و كنتم الورثة» فإنّ تقييده (عليه السلام)، بذلك لا معنى محصل له غير كون حق إجازة الوصية لهم، و إلّا فهبه المال جائزه، سواء أ كان قد استحصله عن طريق الإرث أم من غيره.

□
و صحيحه على بن الحسن، قال: مات محمد بن عبد الله بن زرارته و أوصى إلى أخى أحمد بن الحسن، و خلف داراً و كان أوصى في جميع تركته أن تباع و يحمل ثمنها إلى أبى الحسن (عليه السلام) فباعها، فاعترض فيها ابن أخت له و ابن عم له فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشئ بحضرتى إلى أيوب بن نوح فأخبره أنه جميع ما خلف، و ابن عم له و ابن أخته عرض و أصلحنا أمره بثلاثة دنانير فكتب: «قد وصل ذلك» و ترخّم على الميت و قرأت الجواب « ٢ ».

حيث إنها تدلنا على نفوذ الوصية بتمام المال إذا

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٢١ ح ١٧.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٦٥

و منهم من سوى بين المسألتين في القبول. و منهم من سوى بينهما في عدم القبول. و هذا هو الأقوى (١) أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة، كما في سائر المقامات. كما إذا أقرّ بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه.

ثم إن ثمره هذا الخلاف تظهر فيما لو مات الوارث أو الموصى له بعد الإجازة و قبل القبض. فعلى ما مال إليه صاحب الحقائق (قدس سره) ينتقل المال إلى ورثة الوارث المجيز، حيث إن الهبة لا تصحّ إلّا بالقبض و هو غير متحقّق، فيكون المال باقياً على ملك الواهب، و بموته ينتقل إلى ورثته. و أما على ما اخترناه ينكشف بمجرد الإجازة ملك الموصى له للزائد من حينها.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الوصية بعين معينه، و بين الوصية بالسهم كالنصف و الثلثين و نحوهما.

ففي الأولى: يحكم بنفوذها من دون أن يكون للورثة حق نقضها، و ذلك لإجازتهم لها، و انتقال الموصى به إلى ملك الموصى له. و اعتقادهم أنها تسوى كذا فضلاً عن ظنهم لا- أثر له، لأنه من قبيل تخلف الداعي و هو لا يوجب بطلان الإجازة. كما هو الحال في الهبة اللازمه، فإنه لو وهب لزيد عيناً باعتقاده أنها لا تسوى إلّا مائة درهم، ثم انكشف له أنها تسوى ألف درهم، فإن ذلك لا يوجب بطلان الهبة و جواز رجوعه فيها، لأنه ليس إلّا من قبيل تخلف الداعي، و هو لا

يقتضى البطلان.

و في الثانيه: فلا بد من التفصيل أيضاً بين ما إذا كان المراد من النصف هو النصف الخارجى على نحو الاشتراك، بأن يكون الموصى له شريكاً للورثه فى نصف ما تركه الموصى عيناً، وإن كان ذلك نادراً جداً. و ما إذا كان المراد به الشركه فى المالىه بتلك النسبه، كما هو الغالب فى الوصيه، لا أن يكون الموصى له شريكاً للورثه فى عين المال، نظير ما تقدم منا اختياره فى باب الزكاه.

فإن كانت الوصيه من النحو الأول، فهى ملحقه بالوصيه بعين معينه، حيث يحكم

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦٦

بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم فى دعواهم [١] (١) إلما إذا علم كون إجازتهم مقيده بكونه بمقدار كذا (٢) فيرجع إلى عدم الإجازة. و معه يشكل السماع [٢] (٣) فيما ظنوه أيضاً.

بنفوذها من غير تأثير لظنهم قله الزائد أو كثره التركة، فإنه من تخلف الداعى، و هو لا يوجب بطلان الإجازة. بل الحال كذلك حتى مع تيقنهم لقله الزائد، فإنه لا أثر لانكشاف الخلاف، كما هو الحال فى الهبه اللازمه.

و إن كانت الوصيه من النحو الثانى، فإن علمنا بصدق دعواهم، فلا مجال للقول بعدم سماعها، لأنهم إذا اعتقدوا كون التركة ألف درهم فقط فأجازوا الوصيه بالنصف، فإنهم إنما أجازوا الخمسمائه درهماً خاصه، فإذا انكشف كونها ألف دينار فهم لم يمضوا الخمسمائه دينار، و معه فكيف تكون نافذه فيها.

و منه يظهر أنه مع الشك فى صدق دعواهم و عدمه، لا ترد بقول مطلق بحيث تنفذ عليهم مطلقاً، بل هى مسموعه و إن كانت تحتاج فى مقام القضاء إلى الإثبات، حيث إنها على خلاف الظاهر. فإن أثبتوها فهو، و إلا مضت الإجازة

عليهم.

(١) قد عرفت أنه إنما يتمّ فيما إذا كانت الوصية متعلقة بالعين الخارجي أو بالنسبة على نحو الإشاعه و الشركه بالعين، و أما إذا كانت متعلقه بالنسبه على نحو الشركه فى المالىه خاصه فالمتعين هو السماع.

(٢) بلا فرق فيه بين تعلق الوصية بالعين أو النسبه على نحوها.

(٣) الظاهر كون كلمه (السماع) من سهو القلم، فإنّ دعواهم على ما عرفت-

[١] هذا إنّما يتم في مثل الوصية بمعلوم كالعبد و الدار، فإنّ الإجازة حينئذ تكون نافذه و لو علم مخالفه علم المجيز لما عليه الموصى به من المائيه، فإنّ التخلف حينئذ من قبيل تخلف الداعى و هو لا يضرّ بصحة الإجازة، و أمّا فى مثل الوصية بالنصف مثلاً فالمجاز على تقدير اعتقاد المجيز بأنّ المال ألف درهم فرضاً إنّما هى الوصية بخمسائه درهم فلا تكون الإجازة نافذه فى الزائد، و بذلك يظهر أنه لا مانع من سماع الدعوى فى هذه الصوره، إلّا أنها محتاجه إلى الإثبات لأنها مخالفه لظاهر الكلام.

[٢] لعله من سهو القلم، و صحيحه «يشكل القضاء».

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦٧

[مسأله ٦: المدار فى اعتبار الثلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصيه]

[٣٩١٥] مسأله ٦: المدار فى اعتبار الثلث على حال وفاه الموصى (١) لا حال الوصيه، بل على حال حصول قبض الوارث للترکه (٢) إن لم تكن بيدهم حال الوفاه.

مسموعه. نعم، لا يقضى بمجردھا، لكونها على خلاف الظاهر، بل لا بدّ لهم من الإثبات. فالصحيح هو كلمه (القضاء) بدلاً من (السماع).

(١) بلا خلاف فيه.

و يقتضيه قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ».

و روايه عمار بن موسى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كلّ فهو جائز»
«١». و غيرها

من النصوص التي تضمنت التعبير «بما ترك» أو «ماله» أو «ما خلف» فإن الاستفادة منها كون العبره بما يتركه من بعده لا بما يملكه فعلاً.

بل و يدلّ عليه صريحاً معتبره السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من أوصى بثلثه ثمّ قتل خطأ، فإنّ ثلث ديته داخل في وصيّته» (٢) و غيرها. فإنّ الديه من الملك المتجدد له المتأخر عن الوصيّه، و قد حكم (عليه السلام) بخروج الثلث منها أيضاً.

(٢) و ذلك لما عرفت من أنّ الوصيّه إنما تكون على نحو الإشاعه في الماليه، فيكون ثلث الميت مشاعاً بين تمام المال.

و عليه فإذا ورد نقص على الأموال، كان النقص على الجميع ثلث الميت و ثلثي الورثه بلا فرق في ذلك بين النقص الوارد على العين أو الماليه، فلا موجب لاختصاص أحدهما به.

و لا يقاس ذلك بالدين، حيث لا بدّ من إخراجه على كل تقدير، لأنّه من قبيل الكلّي في المعين، و الوصيّه من قبيل الإشاعه في جميع المال.

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١١ ح ١٩.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٤ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٦٨

فلو أوصى بحصه مشاعه كالربع أو الثلث و كان ماله بمقدار ثمّ نقص، كان النقص مشتركاً بين الوارث و الموصى. و لو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً، و إن كانت كثيره جداً. و قد يقيد بما إذا لم تكن كثيره، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدده، و الأصل عدم تعلق الوصيّه بها. و لكن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصيّه (١). نعم، لو كان هناك قرينه قطعيه (٢) على عدم إرادته الزيادة المتجدده، صحّ ما ذكر.

لكن عليه لا فرق بين كثره الزيادة و قلتها.

و لو أوصى بعين معينه كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص فى المال أو زياده فى قيمه تلك العين، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاء، بطلت بالنسبه إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث (٣). و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصيّه، ثم زادت التركة أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصيّه فيها. و كذا الحال إذا أوصى بمقدار معيّن كلّى كمائه دينار مثلاً.

[مسأله ٧: ربّما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنه أو بكلى]

[٣٩١٦] مسأله ٧: ربّما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنه أو بكلى كمائه دينار مثلاً أنه إذا تلف من التركة بعد موت الموصى، يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبه، كما فى الحصة المشاعه، و إن كان الثلث وافياً. و ذلك بدعوى أن الوصيّه بها ترجع إلى الوصيّه بمقدار ما يساوى قيمتها، فيرجع إلى الوصيّه بحصّه مشاعه.

(١) و المراد بها إطلاق كلمه «ما ترك» و «ماله» و «ما خلف». فإن مقتضاه عدم الفرق بين ما كان موجوداً بالفعل حين الوصيّه و ما يملكه بعد ذلك، و لذا لو كانت الزيادة قليله لدخلت فى الوصيّه بلا خلاف.

و يؤيده أن الناس و بحسب الغالب يتجدد لهم أموال فى الفتره بين الوصيّه و الموت فإنه خير قريبه على كون العبره بحال الوفاء لا حال الوصيّه. و مجرد كون الزيادة غير متوقّعه، لا أثر له بعد شمول الإطلاق له.

(٢) و المراد بها مطلق ما يكون حجه.

(٣) لما عرفت من كون المدار فى الزيادة و النقصان عن الثلث على حال الوفاء لا حال الوصيّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٦٩

و الأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً (١). و رجوعهما

إلى الحصه المشاعه فى الثلث أو فى التركة، لا وجه له، خصوصاً فى الوصيه بالعين المعينه.

[مسأله ٨: إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقه فيها صيد بعد موته]

[٣٩١٧] مسأله ٨: إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقه فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصيه كما يخرج منه الديون. فلو أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً. و إذا أوصى بعين، و كانت أزيد من الثلث حين الموت، و خرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها (٢). و كذا إذا أوصى بكلى كمائه دينار مثلاً.

(١) لإطلاقات أدله نفوذ الوصيه، فإنها شامله للمقام، باعتبار أن الموصى به حين موت الموصى ليس زائداً على ثلثه، فلا موجب لورود النقص عليه.

على أن لازم ملاحظه النسبه و حمل الوصيه بالعين أو الكلى على الحصه المشاعه هو القول بزيادتها عند زياده التركة. فلو أوصى بمائه دينار و كانت ملكيته عند ذلك تبلغ ألف دينار، و قلنا بأن هذه الوصيه ترجع إلى الوصيه بالعشر ثم زادت بعد ذلك فبلغت ألفين، كان لازم ذلك إخراج مائتى دينار للموصى له، نظراً لكونها بالفعل عشر الوصيه. و لا أظن أن أحداً يقول به، لا سيما إذا كان الموصى به عيناً معينه، فإنها لو كانت حين الوصيه تسوى ألفاً و كانت ماله الموصى عشره آلاف ثم زادت بحيث بلغت عند موته عشرين ألفاً، فلا قائل بلزوم إخراجها مع مثلها أو قيمتها، باعتبار أن مرجع الوصيه حينئذ إلى الحصه المشاعه و هى العشر فى المثال.

(٢) الكلام لا بدّ و أن يفرض فيما إذا كانت الأموال مقسمه، و قد وقعت الشبكه فى حصه الوارث ثم وقع فيها الصيد. أو يفرض كون الموصى به عيناً معينه تزيد قيمتها عن الثلث قبل وقوع الصيد

فى الشبكه، و بعده تكون قيمتها بمقدار الثلث أو أقل. إذ لو كانت الوصيه بالحصه المشاعه، و كان وقوع الصيد فى الشبكه قبل القسمه، فلا- ينبغى الإشكال فى اشتراك الميت مع الوارث فيه، و عدم اختصاص أحدهما به لاشتراك الشبكه كسائر أموال الميت بينه و بين الورثه.

و كيف كان، فالمشهور بينهم أن ما يقع فى الشبكه يكون ملكاً للميت، و من ثم

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٧٠

.....

ينتقل بعد إخراج ديونه و وصاياه إلى الوارث، فحاله فى ذلك حال سائر أمواله.

و لكن قد يورد عليه، بأن الصيد ملك جديد للوارث، باعتبار أنه نتاج لما هو مملوك له، فالموصى أجنبى عنه، و معه فلا موجب لاشتراكه فيه.

غير أن الحق هو ما ذهب إليه المشهور. و ذلك لأن الصيد لا يتبع الآله فى الملكيه و إنما هو تابع للصائد، و لذا لو اصطاد شخص بالشبكه المغصوبه كان الصيد له دون مالك الشبكه. و حيث إن عنوان الاصطياد و الصائد لا يصدقان على الوارث باعتبار أنه لم يفعل شيئاً بالمره، و إنما هما صادقان على الميت لأنه الذى تصدى له و نصب الشبكه، يكون الصيد فى جميع التقادير قبل القسمه و بعدها، كانت الوصيه بعين معينه أم لا ملكاً للميت، فيكون حاله حال سائر أمواله يخرج منها ديونه و وصاياه، ثم ينتقل الباقي إلى الوارث بالإرث.

بل و كذا الحال فى عكس المسأله. بأن رمى سهماً فأصاب شخصاً عمداً أو سهواً، ثم مات قبل موت المصاب ثم مات المصاب، كانت عليه الديه، لفوات محل القصاص فى العمد، و لا يذهب دم امرئ مُسلم هدرًا. و تخرج من أصل تركته بلا خلاف فيه و إن كان القتل متأخرًا.

و ليس

الحكم فى هذين المقامين إلاً لكون سبب الملكيه فى الأول، و الضمان فى الثانى، هو فعل الميت الموصى.

و لا يقاس ما نحن فيه بنتاج الحيوانات، كما توهمه بعض. بدعوى أنه لو كان يملك بقرتين متساويتى القيمه، فأوصى بإحدهما المعينه لزيد، ردت الوصيه فى الزائد حتى و لو ولدت الثانيه فأصبحت قيمه الأولى تساوى الثلث، إذ لا- يكون نقص الأولى متداركاً بولد الثانيه.

فإنه من القياس مع الفارق. فإن النتاج فى الحيوانات يكون تابعاً لأمه، على ما تقدم الكلام فيه مفضيلاً فى مباحث نكاح العبيد و الإمام. بل و كذا الحكم فى الإنسان أيضاً، على ما اخترناه فى محله.

و عليه فلا يحتمل أن يكون المولود فى المقام مشتركاً بين الميت و الوارث، و هذا

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٧١

بل و لو أوصى ثم قتل، حسبت ديته من جمله تركته، فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه، إذا كان القتل خطأ (١) بل و إن كان عمداً (٢) و صولحوا على

بخلاف الصيد حيث إنه يكون تابعاً للصائد دون الآله كما عرفت، فلا وجه لقياس أحدهما على الآخر.

(١) إجماعاً و من غير خلاف ينقل.

و يقتضيه، مضافاً إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «فضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لرجل بوصيه مقطوعه غير مسماه من ماله، ثلثاً أو ربعاً أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودى، ففضى فى وصيته أنها تنفذ من ماله و من ديته كما أوصى» «١».

و معتبرته الأخرى، قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ، يعنى الموصى؟ فقال: «يجاز لهذه الوصيه من ماله و من

□
و معتبره السكونى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ، فإن ثلث ديته داخل فى وصيته» (٣).

ما عرفت من أن الوصية لا تلاحظ بالقياس إلى ما يملكه الموصى حالها، بل تعم مطلق ما يدخل فى ملكه و لو بعد الموت، فإن الديه منها حيث يملكها الميت أولاً ثم تنتقل إلى الورثة، على ما يستفاد من جملة من النصوص.

(٢) أمياً إخراج الدين منها فمنصوص، ففى معتبره يحيى الأزرق عن أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالاً، فأخذ أهله الديه من قاتله عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: «نعم». قلت: و هو لم يترك شيئاً، قال: إنما أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا دينه» (٤).

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٤ ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٤ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ١٤ ح ٢.

(٤) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب الدين و القرض، ب ٢٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٧٢

الديه، للنصوص الخاصه، مضافاً إلى الاعتبار، و هو كونه أحقّ بعوض نفسه من غيره.

□
و معتبره أبى بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟ فقال: «إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الديه للغرماء، و إلّا فلا» (١).

و أما الوصية فهى غير منصوصه بخصوصها فى المقام. و من هنا فقد يستشكل فيها بان الواجب فى قتل العمد إنما هو القصاص، نظراً إلى كون نفس القاتل بدلاً

عن نفس المقتول، و الدية إنما تثبت بالمصالحة بين القاتل و أولياء المقتول، فهي عوض في المصالحة الواقعة بينه و بينهم، و هذا يقتضى دخولها في ملكهم ابتداءً، لا بعد دخولها في ملك الميت إرثاً كي يخرج منه ديونه و وصاياه.

إلّا أن هذا الإشكال موهون، نظراً لإمكان إثبات الحكم بالتمسك مضافاً إلى صحيحه إسحاق بن عمار عن جعفر (عليه السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) قال: إذا قُبلت دية العمد فصارت مالاً، فهي ميراث كسائر الأموال» (٢) بإطلاق صحيحه محمد بن قيس المتقدمه، فإنها غير مقيدة بالقتل الخطائي، بل و معتبرته الأخرى حيث إن التقييد به إنما هو في كلام السائل دون الإمام (عليه السلام)، فلا يدلّ على الاختصاص.

و أمّا معتبره السكوني فالتقييد به و إن كان في كلامه (عليه السلام)، إلّا أنها لا تدلّ على الاختصاص أيضاً، نظراً لكونه من قيد الموضوع، حيث إن الدية لا تكون إلّا في القتل الخطائي. و أما القتل العمدى فالواجب هو القصاص و إن كان للوارث العفو عنه بإزاء المال، فلا تدلّ على عدم ثبوت الحكم في القتل العمدى.

(١) الوسائل، ج ٢٩ كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، ب ٥٩ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٦ كتاب الفرائض و الموارث، أبواب موانع الإرث، ب ١٤ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص: ٣٧٣

و كذا لو أخذ دية جرحه خطأً بل أو عمدًا (١).

هذا كالمه مضافاً إلى إمكان استكشاف الحكم مما دلّ على خروج الديون منها حيث قد عرفت أنّ المستفاد منها أنهم إنما يأخذونها إرثاً من الميت لا استقلالاً و بالملكية الابتدائية بحيث تنتقل من الدافع إليهم مباشرة، و لذا يقتسمونها قسمه الميراث، فيكون

الميراث متأخراً عن الوصية كما هو متأخر عن الدين.

(١) لكونه مالكا لها في حياته، فنتقل إلى ورثته على حد انتقال سائر أمواله إليهم. إلا أن من غير الخفى أن الديه هذه خارجة عن محل الكلام، نظراً إلى أنها ليست من الأموال المتجددة بعد الموت، و كلامنا فيها.

نعم، لو كان مراده (قدس سره) من الجرح الجرح الواقع عليه بعد الموت، فديته وإن كانت من الأموال المتجددة بعد الموت، إلا أنها لا تورث بل تصرف في وجوه البر، على ما هو مذكور في محله.

و الحمد لله أولاً و آخراً هذا آخر ما أدركه فهمى القاصر من محاضرات سماحه آية الله العظمى السيد الوالد دام ظلّه شرحاً و تعليقاً على كتاب الوصية من العروة الوثقى.

و إنى إذ ابتهل إلى العلى القدير أن يحفظ سيدنا الأعظم و يطيل في عمره الشريف ذخراً و سنداً للإسلام و المسلمين، أسأله أن يوفقنى للاستمرار في هذا النهج، إنه سميع مجيب.

و كان الفراغ منه في اليوم الثالث من شهر ربيع الثانى من عام أربعمائه و ثلاثه بعد الألف من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف الصلاة و السلام في مدرسه دار العلم بجواز الحضرة العلوية سلام الله عليه.

و أنا الأقل محمد تقى الخوئى

خويى، سيد ابو القاسم موسى، موسوعه الإمام الخوئى، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

