

كتاب النكاح

الجزء: ٢

السيد الخوئي

الكتاب: كتاب النكاح
المؤلف: السيد الخوئي
الجزء: ٢
الوفاة: ١٤١١
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة:
سنة الطبع: ١٤٠٤ - ١٩٨٤ م
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٣٤(ش)	الأقوال في الكشف وبيان المختار منها
٣٧(ش)	في دفع ما يورد على المختار من الكشف
٣٩(ش)	صحة العقد الفضولي بالإجازة وان وقع على وجه محرم
٤١(ش)	ما افاده شيخنا المحقق (قده) في تعلق الوجوب أو الحرمة بالمقدمة ومناقشته
١٦١(ش)	عدم صحة انشاء العقد الدائم بلفظ المتعة
٣٣١(ش)	هل يكفي الرضا الباطني للمولى في صحة نكاح مملوكه
٣٤٥(ش)	هل يجوز للأصيل التصرفات المنافية للانشاء
٣٤٧(ش)	هل تنفذ التصرفات المذكورة على تقدير لحوق الإجازة وكونها كاشفة
٣٦٣(ش)	مناقشة القول بكون القبول جزء
٤٠٤(ش)	إذا كان الموصى به ممن ينعق على الوارث
٣٨٥(ش)	الفرق بين الحق والحكم
٣٨٧(ش)	استعراض الأدلة على قيام الوارث مقام الموصى له إذا مات في حياة الموصي
٣٩٣(ش)	حكم موت الموصى له بعد موت الموصي وقبل قبوله أو رده
٩	(فصل) جواز نكاح الأمة على الحرية مع اذنها
١١	حكم نكاح الأمة على الحرية مع اجازتها اللاحقة
١٥	جواز نكاح الحرية على الأمة
١٧	حكم اقتران عقد الحرية مع عقد الأمة
١٨	حكم نكاح المبعضة على المبعضة وعلى الحرية
١٩	لو ماتت الحرية بعد عقد الأمة لم يحكم بصحته
١٩	حكم نكاح الأمة في عدة زوجته الحرية المطلقة
٢٠	نكاح الأمة بعد التزوج بحره فضولة وقبل اجازته
٢١	لو شك في السابق من عقدي الحرية والأمة
٢٣	لو شرط في عقد الحرية اذنها في نكاح الأمة
٢٤	(فصل - في نكاح العبيد والإماء) امر تزويج العبد والأمة بيد السيد
٢٥	هل يحرم العقد على المملوك بغير اذن سيده؟
٢٧	لو تزوج المملوك بغير اذن مولاه وقف على اجازته
٢٨	جريان الحكم المذكور في الأمة أيضا
٣٢	في أن الإجازة كاشفة
٤٤	هل يشترط في تأثير الإجازة عدم مسبقيتها بالرد؟
٤٦	هل يشترط في تأثيرها عدم مسبقيتها بالنهي؟
٤٦	حكم نكاح العبد من حيث المهر وانه عليه أو على المولى
٤٩	حكم المهر إذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ثم أجاز
٥٢	في انصراف المهر - مع الاطلاق - إلى المتعارف

- لو تزوج باذن مولاه أو بغير اذنه ثم ظهر فساد العقد
 مهر الأمة المزوجة للمولى
 نفقه الأمة المزوجة على زوجها
 للمولى استخدام الأمة بما لا ينافي حق الزوج
 حكم مسافرة كل من المولى والزوج بالأمة
 صحة اذن المولى في تزويج أمته وجعل المهر لها
 في ملكية المولى المال مملوكة ملكية طولية
 حكم نكاح المملوك المشترك والمبعض
 بطلان النكاح بشراء الحرة زوجها المملوك
 حكم المهر إذا بطل النكاح بالشراء المزبور قبل الدخول أو بعده
 حكم شرائها زوجها بالمهر الذي لها في ذمة السيد
 صحة الشراء المذكور إذا كان بعد الدخول
 ما افاده شيخنا الأستاذ (قده) في المقام ومناقشته
 الولد بين المملوكين رق
 حرية الولد إذا كان أحد أبويه حرا
 انسحاب الحكم المذكور في ولد الشبهة
 رقية المتولد من زنا الحر بالمملوكة
 حكم المولود بين مملوكين واختيار كونه تابعا للأمة في الملك
 حكم اشتراط المالكين التفاوت في ملكية الولد أو اختصاصه بأحدهما
 حكم الولد مع عدم اذن المالكين في النكاح
 تبعية الولد لأمه المملوكة - في الملك - إذا زنى بها العبد
 بطلان اشتراط رقية من أحد أبويه حر
 عدم سراية فساد الشرط المزبور إلى عقد التزويج
 تحقيق في معنى الشرط في العقود
 عدم جريان خيار الاشتراط في النكاح
 لو تزوج حر أمة من غير اذن مولاه
 ثبوت العشر أو نصفه على الزاني بالأمة
 حرية المولود من الشبهة وعلى الواطي المشتبه قيمته يوم سقط حيا
 عدم نفوذ إجازة وارث المولى العقد الواقع على أمته بغير اذنه
 ثبوت العشر أو نصفه على المتزوج بالأمة المدلسة
 حكم المهر إذا أتلفته الأمة المدلسة
 هل ولد المدلسة حر أو رق؟
 رقية ولد المدلسة إذا كان الواطي زانيا
 بطلان عقد العبد من دون اذن مولاه واجازته
 حكم ولد الحرة إذا تزوج بها العبد بدون اذن مولاه
 إذا زنى العبد بحرة فالولد حر
 إذا زنى الحر بأمة فالولد لمولاه

- جواز تحليل المولى أمته لعبده ١١٨
- جواز انكاح المولى عبده وعدم حاجته إلى القبول ١٢١
- هل ايجاب الولي على الطرفين أو الوكيل عنهما يغني عن القبول ١٢٤
- كفاية أمر المولى مملوكيه بالمفارقة عن الطلاق ١٢٥
- للمولى التفرقة بين مملوكيه بالطلاق ١٢٦
- إذا زوج عبده أمته استحب ان يعطيها شيئاً ١٢٩
- لورثة المولى بعد موته أمر المملوكين بالمفارقة ١٣٠
- هل يكفي أمر أحدهم بالمفارقة ١٣١
- إذا زوج الأمة غير مولاها من بحر فعليه للمولى العشر أو نصفه ١٣٢
- تحقيق حول قاعدة الغرور وحجيتها (١٣٢)ش
- بطلان النكاح إذا اشترى الزوج بعض زوجته المملوكة ١٣٥
- جواز وطئه إياها إذا حللها له الشريك ١٣٧
- جواز التمتع بالأمة المهاية في الزمان الذي لها (فصل - في الطوارئ) تخير الأمة في نكاحها بعد تحررها إذا كانت تحت عبد ١٤٠
- المناقشة في أدلة الخيار المذكور إذا كانت تحت حر (١٤١)ش
- عموم الحكم لما إذا تحرر زوجها معها (١٤٣)ش
- صحة اشتراط المولى على أمته المعتقة عدم فسخ النكاح أو عدم خيارها (١٤٥)ش
- حكم المهر إذا فسخت نكاحها قبل الدخول أو بعده ١٤٦
- حكم المهر إذا كان نكاحها بالتفويض ١٤٨
- ثبوت الخيار لها إذا كان العتق في العدة الرجعية ١٤٩
- هل الخيار المذكور فوري؟ ١٥١
- تولي الولي خيار الصبية والمجنونة ١٥٢
- اعتبار رضا الأمة باشتراط المولى عليها عدم الفسخ ١٥٤
- عدم ثبوت الخيار للعبد إذا أعتق ولا لزوجه ١٥٥
- لو كانت عند العبد حرة وأمتان فأعتقت إحداهما ١٥٦
- (فصل - في العقد واحكامه) اشتراط الصيغة في النكاح ١٥٩
- اشتراط العربية مع التمكن ١٦٣
- عدم اعتبار الماضوية ١٦٥
- جواز تقديم القبول على الايجاب ١٦٦
- جواز الايجاب من الزوج ١٦٧
- عدم اشتراط ذكر المتعلقات ١٦٩
- عدم كفاية الاتيان بلفظ الامر ١٧٠
- كفاية الإشارة من الأخرس ١٧٢
- عدم اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول في ألفاظ المتعلقات ١٧٤
- كفاية الايجاب بلفظ نعم ١٧٤
- كفاية اللفظ الملحون إذا لم يكن مغيرا ١٧٥
- اعتبار قصد الإنشاء في اجراء الصيغة ١٧٦

١٧٧	عدم اعتبار المعرفة التفصيلية لمعنى الصيغة
١٧٧	هل تعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول
١٧٩	عدم اعتبار اتحاد مجلس الايجاب والقبول
١٧٩	اعتبار التنجيز في العقد
١٨٤	إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط
١٨٥	اعتبار الكمال في العاقد
(١٨٧)ش	لا مانع من تولي الصبي اجراء الصيغة
١٨٩	عدم صحة عقد الصبي والمجنون بإجازتهما بعد الكمال
١٩٠	بطلان عقد السكران دون السكري
١٩١	صحة اجراء السفية للصيغة
١٩٢	صحة عقد المكره بإجازته اللاحقة
١٩٥	اعتبار بقاء أهلية المتعاقدين إلى تمام العقد
١٩٨	اعتبار تعيين الزوج والزوجة
٢٠١	لزوم الاخذ بالمقصود عند اختلاف الاسم مع الوصف أو أحدهما مع الإشارة
٢٠٢	إذا تنازعا في التعيين وعدمه
٢٠٣	إذا اتفقا على التعيين واختلفا في المعين
٢٠٤	إذا قصد الأب تزويج إحدى بناته معينة ولم يذكرها للزوج
٢٠٧	بطلان نكاح الحمل وانكاحه
٢٠٨	عدم اعتبار علم كل من الزوجين بأوصاف الاخر
٢١٠	(فصل - في مسائل متفرقة) عدم جواز اشتراط الخيار في النكاح
٢١٠	بطلان النكاح باشتراط الخيار فيه
٢١٢	جواز اشتراط الخيار في المهر
٢١٣	إذا تصادق الرجل والمرأة على الزوجية
٢١٤	إذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكرها الاخر
٢١٨	إذا تزوج امرأة وادعى غيره زوجيتها
٢٢٣	إذا ادعى زوجية امرأة وأنكرتها
٢٢٦	إذا ادعى زوجية امرأة وادعت أختها أو أمها أو بنتها زوجيتها له
٢٣٣	إذا تزوج العبد بأمة ثم اشتراها باذن المولى
٢٣٧	قبول دعوى المرأة كونها خلية
٢٣٩	عدم سماع دعوى الزوجة كونها ذات بعل
٢٤٠	حجية اخبار الثقة في الموضوعات
٢٤٤	(فصل - في أولياء العقد) من له ولاية العقد ومن ليس له
٢٤٨	ولاية الأب والجد على الصغير والمجنون
٢٥٤	أدلة استقلال الولي في نكاح البكر ومناقشتها
(٢٥٨)ش	أدلة استقلال البكر ومناقشتها
٢٦٢	القول بالتفصيل بين الدوام والانقطاع ومناقشته
٢٦٤	القول بالتشريك واختياره

٢٦٨	سقوط الولاية بالعضل
٢٧٠	حكم من ذهبت بكارتها بغير الوطاء
٢٧١	حكم من ذهبت بكارتها بالزنا أو الشبهة
٢٧٣	لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب ولا موته
٢٧٦	لزوم تزويج الولي على الصغيرة بعد بلوغها
٢٧٩	لزوم تزويج الولي على الصغير بعد بلوغه
٢٨١	اشتراط عدم المفسدة في صحة تزويج الولي
٢٨٣	لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوجه بأكثر منه
٢٨٥	بطلان نكاح السفية المبذر الا باذن الولي
٢٨٧	حكم السفية في النكاح خاصة
٢٨٨	استقلال كل من الأب والجد في الولاية
٢٨٩	تقديم عقد الجد على عقد الأب مع التقارن أو الجهل بالتاريخ
٢٩١	تقديم اختيار الجد عند تشاحه مع الأب
٢٩٣	لو تشاح الجد الأسفل والأعلى
٢٩٦	حكم تزويج المولى عليه بمن به عيب
٢٩٨	مملوك المملوك كالمملوك
٢٩٩	ولاية الوصي على تزويج المجنون
٣٠١	ولايته على تزويج الصغير
٣٠٤	ولاية الحاكم على تزويج من لا ولي له
٣٠٥	استحباب استئذان المرأة المالكة أمرها وليها
٣٠٦	حكم سكوت البكر
٣٠٨	الشرائط المعتبرة في ولاية الأولياء
٣٠٨	سقوط ولاية الصغير والمجنون بالنسبة إلى غيره
٣١١	سقوط ولاية المملوك بالنسبة إلى غيره
٣١١	سقوط ولاية الكافر بالنسبة إلى المسلم
٣١٢	ثبوت ولاية الكافر على ولده الكافر
٣١٣	بطلان تزويج الولي حال احرامه أو احرام المولى عليه
٣١٤	عدم جواز تعدي الوكيل عما عينه الموكل
٣١٥	عدم شمول التوكيل في الزواج للوكيل نفسه
٣١٧	صحة النكاح الفضولي بالإجازة
٣١٩	عدم اعتبار الفورية في الإجازة
٣٢١	هل الإجازة لا تصح بعد الرد
٣٢٣	لا ينفذ الرد بعد الإجازة
٣٢٣	عدم اعتبار لفظ خاص في الإجازة
٣٢٥	هل يعتبر علم المجيز بعدم لزوم العقد عليه
٣٢٦	حكم اعتقاد المجيز لزوم الإجازة عليه
٣٢٦	عدم كفاية الرضا الباطني في تصحيح العقد الفضولي

٣٢٩	نفوذ الإجازة مع الكراهة حال العقد
٣٣٠	نفوذ الإجازة وان استؤذن قبل العقد فنهى
٣٣٣	لا يشترط في عقد الفضولي قصد الفضولية
٣٣٣	لو قال غير الوكيل زوجته موكلتي فلانة
٣٣٥	لزوم التطابق بين الإجازة والمجاز
٣٣٦	إذا أوقع العقد فضولا فبان وكيلا
٣٣٦	إذا أوقع العقد فضولا فبان وليا
٣٣٨	إذا أوقع العقد فضولا وهو يعلم بأنه وكيل أو ولي
٣٣٩	إذا زوج الصغيرين وليهما لزم العقد
٣٤٠	إذا زوج الصغيرين فضوليان وقف على الإجازة بعد البلوغ
٣٤٣	عموم الحكم المذكور لسائر الصور كالمجنونين
٣٤٤	هل عقد الفضولي لازم بالنسبة إلى الأصيل
٣٤٨	حكم التزوج بأم المعقودة فضولا أو بنتها إذا لحقته اجازتها
٣٥١	حكم تزويج المرأة فضولا من رجل وتزوجها من آخر قبل الإجازة
٣٥٢	إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل والآخر من غيره
٣٥٥	إذا زوجه أحد الوكيلين بأمره والآخر ببنتها مثلا
٣٥٧	(كتاب الوصية)
٣٥٩	معنى الوصية لغة وشرعا
٣٦٠	تقسيم الوصية إلى تمليكية وعهدية
٣٦١	عدم احتياج الوصية العهدية إلى القبول
٣٦٢	هل الوصية التمليكية تحتاج إلى القبول؟
٣٦٤	مناقشة القول بكونه شرطا وناقلا أو كاشفا
٣٦٩	كفاية قبول الموصى له حال حياة الموصي
٣٧٢	تضييق الواجبات الموسعة بظهور امارات الموت
٣٧٣	هل يجب رد الأمانات عند ظهور امارات الموت
٣٧٣	هل يجب أداء الديون الحالية عند ظهور امارات الموت
٣٧٥	بطلان الوصية برد الموصى له
٣٧٦	حكم القبول بعد الرد
٣٧٩	لو أوصى بشيئين بايجاب واحد فقبل أحدهما
٣٨١	عدم جواز تصرف الورثة في الموصى به قبل اختيار الموصى له
٣٨٣	قيام وارث الموصى له مقامه إذا مات قبل القبول أو الرد
٣٩٥	شمول الحكم لو ارث الوارث
٣٩٦	لو قبل بعض الورثة ورد بعضهم
٣٩٨	كيفية انتقال الموصى به إلى الوارث بقبوله
٣٩٩	ما هو المدار في الوارث
٤٠٠	إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول
٤٠١	حكم الوصية بما يكون من الحبة

٤٠٢	إذا كان الموصى به ممن يعتقد على الموصى له
٤٠٦	عدم الفرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية
٤٠٦	عدم اعتبار القبول في الوصية العهدية
٤٠٧	عدم اعتبار قبول الموصى له إذا كان كلياً
٤٠٨	عدم اعتبار اللفظ في الوصية
٤١١	شروط الموصي - البلوغ
(٤١٢) ش	صحة وصية البالغ عشرين
٤١٥	شرطية العقل في الموصى
٤١٦	عدم بطلان الوصية بالجنون المتأخر
٤١٧	شرطية الاختيار في الموصى
٤١٧	هل الرشد شرط في الموصى
٤١٩	شرطية الحرية في الموصي
٤٢١	صحة وصية المملوك بإجازة مولاه
٤٢١	إذا أوصى بماله ثم اعتق
٤٢٢	إذا علق وصيته على الحرية
٤٢٤	اشتراط عدم كون الموصى قاتل نفسه
٤٢٥	اختصاص الحكم بالقتل العمدي وبرجاء الموت والعصيان
٤٢٦	هل تصح وصيته قبل المعافاة
٤٢٧	صحة وصية الأب أو الجد بالولاية على الأطفال مع انفراده
٤٢٩	عدم ثبوت الولاية للام
٤٣١	(فصل - في الموصى به) صحة الوصية بكل ما فيه غرض عقلائي محلل
٤٣٣	بطلان الوصية بمال الغير
٤٣٤	صحة الوصية الفضولية بالإجازة
٤٣٥	اشتراط كون الوصية بمقدار الثلث أو أقل
٤٣٦	توقف الصحة في الزائد على إجازة الورثة
(٤٣٦) ش	مناقشة القول بنفوذ الوصية مطلقاً
٤٣٨	إذا كانت زائدة على الثلث وأجازها بعض الورثة
٤٣٨	لا يشترط قصد الوصي كونها من الثلث
٤٣٨	لو أوصى بعين بقصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة
٤٤١	خروج الواجبات المالية من الأصل
٤٤٢	إذا أوصى بالأزيد وشك في كونه مما يخرج من الأصل
٤٤٢	إذا أقر بكون ما أوصى به ما يخرج من الأصل
٤٤٣	حكم إجازة الورثة بعد وفاة الموصي
٤٤٤	حكم اجازتهم في حياته
٤٤٦	الإجازة تنفيذ لعمل الموصي
٤٤٨	لو ادعى الوارث ظن قلة المجاز
٤٥١	المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي

٤٥٣
٤٥٤
٤٥٦
٤٥٦
٤٥٩

لو أوصى بعين معينة ثم تلف بعض التركة
إذا حصل للموصي مال بعد الموت
دخول الدية في جملة التركة
لزوم قضاء دين الميت من ديته
ثبوت الحكم في دية الجرح أيضا

منشورات
مدرسة دار العلم
(٩)
مباني
العروة الوثقى
كتاب النكاح
تقريراً لبحث آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الخوئي
دام ظله العالي
تأليف
محمد تقي الخوئي
الجزء الثاني

(١)

مطبعة الآداب في النجف الأشرف
٥١٤٠٤

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

(٣)

مباني العروة الوثقى كتاب النكاح
الجزء الثاني

(٥)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله. والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته محمد وآله
الطيبين الطاهرين، واللجنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى قيام
يوم الدين.

وبعد، فهذا هو الجزء الثاني من كتابنا (مباني العروة الوثقى)
نقدمه للطبع بعون الله وتوفيقه، وهو يتضمن ما بقي من كتاب النكاح
وكتاب الوصية.

وإني إذ أبتهل إلى العلي القدير في أن يوفقني لطبع ما بقي من
الكتب التي تشرفت بحضور محاضرات سماحة آية الله العظمى سيدنا
الوالد دام ظلّه فيها، أسأله أن يطيل في عمره ملاذاً للإسلام
والمسلمين والله من وراء القصد. وهو الموفق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
النجف الأشرف ٢٠ / ع ٢ / ١٤٠٥ هـ محمد تقي الخوئي

فصل
الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرة مع إذنها (١).

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٦ من أبواب المتعة ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(٩)

والأحوط (١) اعتبار الشرطين من عدم الطول وخوف العنت وأما مع عدم إذنهما فلا يجوز، وإن قلنا في المسألة المتقدمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين (٢).

ومقتضى الجمع بينهما حمل الثانية على صورة عدم الإذن من الحرية هذا ولو قطعنا النظر عن معارضة الصحيحتين فإن صحيحة الحلبي وغيرها من أدلة المنع معارضة بما دل على الجواز في فرض خشية العنت وعدم الطول أو الاضطرار على ما دلت عليه الآية الكريمة والنصوص الكثيرة المتقدمة إذ أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين من كانت عنده حرة وغيره، كما أن مقتضى إطلاق الصحيحة وغيرها عدم الفرق بين موارد الاضطرار وغيرها وحينئذ فيتعارضان ويسقطان ويكون المرجع هو عمومات الحل ومقتضاها جواز التزوج من الأمة في هذا الحال متعة كان أو دواما.

فإن قلت: إذن فما الدليل على اعتبار إذن الحرية في جواز نكاح الأمة.

قلت: أن الدليل هو صحيحة ابن بزيع فإنه إذا اعتبر الإذن في النكاح المنقطع الذي هو أهون حالا من العقد الدائم ولا سيما إذا كانت المدة قصيرة جدا - اعتبر الإذن في العقد الدائم بطريق أولى قطعاً.

وبالجملة: فما ذهب إليه المشهور من القول بالجواز مع إذن الحرية هو الصحيح.

(١) بل الأقوى لما تقدم:

(٢) فإن كلا منهما شرط مستقل وله دليله الخاص فلا يلزم من

بل هو باطل (١).
نعم لو أجازت بعد العقد صح على
الأقوى (٢).

القول بعدم اعتبار أحدهما القول بعدم اعتبار الآخر.
(١) لصحيحة الحلبي المتقدمة.

(٢) كما اختاره جملة من الأصحاب، خلافا للشرايع وغيرها حيث
التزموا بالبطلان بل في بعض الكلمات دعوى الاجماع عليه
وكيف كان: فالاجماع غير متحقق يقينا، والقواعد تقتضي
البطلان فإن العقد حين وقوعه لما كان باطلا فصحته بعد ذلك تحتاج
إلى الدليل

وقد ذكرنا في مسألة التزوج من بنت الأخ من دون إذن العمة
أو بنت الأخت من دون إذن الخالة ثم أذنتنا أن العقد الفضولي وإن
كان صحيحا على القاعدة إلا أن ذلك إنما يختص بما إذا كانت إجازة
من له الأمر موجبة لاستناد العقد إلى المجيز ولا يشمل مثل المقام
الذي قد تحقق استناد العقد إلى الرجل في حينه وكانت صحته متوقفة
على إذن شخص معين تعبدا، فإن العقد حينئذ حين انتسابه لم يكن
صحيحا وليس بعده عقد فلا موجب للحكم بالصحة.
وبعبارة أخرى: إن صحة العقد الفضولي بالإجازة اللاحقة إنما
تكون على القاعدة فإن العقد بالإجازة يستند إلى المجيز ومن له الأمر
فتشملة العمومات الدالة على الصحة وأما إذا كان العقد مستندا إلى
من له الأمر وكان محكوما بالبطلان فلا تكون إجازة من اعتبرت
إجازته تعبدا مصححة له.

نعم ذكرنا هناك أيضا إن القاعدة وإن كانت تقتضي البطلان،

إلا أنه لا بد من الخروج عنها في مثل هذه الموارد للتعليل المذكور في صحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع): (في مملوك تزوج بغير إذن سيده) حيث ورد فيها قوله (ع): (إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز) (١)، فإن مقتضاه هو الحكم بصحة كل عقد لم يشتمل على معصية الله تعالى كالجمع بين الأختين بل كان حلالاً في نفسه غاية الأمر كان فاقداً لإذن من يعتبر إذنه خاصة فيما إذا لحقته الإجازة كالمقام.

والحاصل: إن المقام يلحق بالعقد الفضولي في الحكم بالصحة فيما إذا لحقته الإجازة لكن بفارق أن الحكم في العقد الفضولي للقاعدة في حين أنه في المقام للتعليل المذكور في النص.

هذا وربما يستدل للصحة بصحيحة ابن بزيع المتقدمة بدعوى إنها مطلقة من حيث تقدم الإذن وتأخره.

إلا أنه مدفوع بأن الظاهر (ع): (نعم إذا رضيت

الحرّة) هو اعتبار الإذن في صحة العقد والتمتع بمعنى كونه في مرحلة سابقة على العقد بحيث لا يجوز العقد إلا به فلا تشمل الرضاء المتأخر بالتمتع السابق.

ثم إن الشيخ (قده) قد حكم في المقام بتخير الحرّة بين إمضاء عقد الأمة أو فسخه أو فسخ عقد نفسها، مستدلاً عليه بموثقة سماعة عن أبي عبد الله (ع): (عن رجل تزوج أمة على حرّة فقال: إن شاءت الحرّة تقيم مع الأمة أقامت وإن شاءت ذهبت إلى أهلها قال: قلت: فإن لم ترض وذهبت إلى أهلها أله عليها سبيل

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

بشرط تحقق الشرطين على الأحوط (١).

إذا لم ترض بالمقام؟ قال: لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟ قال نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت (١) وهذه الموثقة تدل على تخيرها في عقد نفسها وأما تخيرها في عقد الأمة فهو قد ثبت بالأدلة السابقة.

وما أفاده (قده) هو الصحيح لو تم متن الرواية، غير أن الأمر ليس كذلك فإن الكليني (قده) قد رواها بعين السند والمتن فيما عدا اختلاف يسير فإنه ذكر في الكافي هكذا: (في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة ولم تعلم الحرة أنه له امرأة قال: إن شاءت الحرة.. الحديث)، فتكون الموثقة على هذا أجنبية عما نحن فيه وحيث لا يحتمل تعدد الروايتين فلا محالة قد وقع الخطأ في إحدى النسختين، ومن هنا فيتعين ترجيح نسخة الكليني (قده) لكونه (قده) أضبط نقلاً من الشيخ (قده) فإن أخطاء الشيخ (قده) في التهذيب والاستبصار كثيرة، بل ذكر صاحب الحدائق (قده) أنه قل ما توجد رواية تخلو من الخطأ في السند أو المتن، وما ذكره (قده) وإن كان لا يخلو من مبالغة ومسامحة فإنه ما أكثر الروايات التي تخلو من الخطأ في السند والمتن فيهما، غير إن وجود الخطأ فيهما ليس بعزيز، وعلى كل فلا أقل من الالتزام بتساقطهما وحينئذ فلا يبقى دليل على تخيرها في عقد نفسها.

(١) لبنائه (قده) الحكم في أصل المسألة على الاحتياط:

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣.

ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين (١)، بل الأقوى عدم الفرق (٢) بين إمكان وطئ الحرة وعدمه لمرض، أو قرن، أو رتق، إلا مع عدم الشرطين (٣). نعم لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرة قابلة للإذن (٤).

(١) أما بالنسبة إلى عقد الحرة فلاطلاق قوله في صحيحة ابن بزيع: (وله امرأة حرة) وأما بالنسبة إلى عقد الأمة فالنص المذكور وإن كان وارداً في خصوص المتعة إلا أنك قد عرفت أنه لا بد من التعدي عنها إلى عقد الدوام أيضاً للأولوية القطعية. (٢) لاطلاق الدليل.

(٣) لم يظهر وجه لهذا الاستثناء إذ الكلام إنما هو في فرض تحقق الشرطين وإلا يتعين القول بعدم الجواز جزماً أو احتياطاً على الخلاف.

(٤) نظراً لانصراف دليل اشتراط إذن الحرة أعني صحيحة ابن بزيع إلى القابلة له - على ما هو الظاهر منها عرفاً - وعليه فيرجع في غيرها إلى عمومات الحل، ومن هنا يظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة اعتبار إذن العمة والخالة في التزوج من بنت الأخ أو بنت الأخت حيث ذكرنا فيها أنه لا فرق في اعتبار إذنهما بين كونهما قابلتين للإذن وعدمه.

والوجه في ذلك: إن نصوص تلك المسألة دالة على عدم جواز التزوج من بنت الأخ على العمة وبنت الأخت على الخالة على الإطلاق غير أننا قد خرجنا عنه في فرض إذنهما لبعض النصوص الخاصة ومن

لصغر أو جنون، خصوصا (١) إذا كان عقدها انقطاعيا
ولكن الأحوط مع ذلك المنع.
وأما العكس - وهو نكاح الحرة على الأمة - فهو جائز
ولا لازم إذ كانت الحرة عالمة بالحال (٢).

هنا فإذا فرضنا عدم قابليتهما للإذن كانت إطلاقات المنع هي المحكمة
وهذا بخلاف المقام إذ قد عرفت إن مقتضى القاعدة هو الجواز نظرا
لتعارض أدلة المنع مع ما دل على الجواز في فرض الضرورة، غاية
الأمر إننا قد اعتبرنا إذن الحرة لصحيحة ابن بزيع وحيث قد عرفت
إنها منصرفة إلى فرض قابليتها للإذن فلا محالة يكون المرجع في فرض
عدم قابليتها للإذن هو عمومات الحل والجواز.

(١) لم يظهر وجه للخصوصية، بعد ما تقدم 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 أبدا، غير أن هذا لا يختص بالزوجة
الصغيرة أو المجنونة بل يجري حتى في الزوجة الكبيرة العاقلة.

(٢) لموثقة سماعة المتقدمة بناء على نسخة الكليني (قده) وعلى
فرض سقوطها نتيجة لمعارضتها لنسخة الشيخ (قده) تكفيينا صحيحة
يحيى الأزرق: (قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كانت
له امرأة وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة فقال:
إن شاءت الحرة أقامت وإن شاءت لم تقم، قلت: قد أخذت المهر
فتذهب به؟ قال: نعم بما استحل من فرجها) (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة
وفسختها ورجوعها إلى أهلها (١)، والأظهر عدم وجوب
إعلامها بالحال (٢). فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبدا
لم يفعل محرما.

ثم إن صاحب الوسائل (قده) قد اقتصر في ذكر اسم راوي
هذه الرواية على: (يحيى بن الأزرق)، وهو إن كان نتيجة سقط
في النسخ فهو وإلا فهو خلاف أصول نقل الحديث فإن يحيى هذا
مشارك بين يحيى بن حسان الأزرق المجهول ويحيى بن عبد الرحمن
الأزرق الثقة، مع أن الشيخ (قده) قد روى هذه الرواية في
التهذيب عن يحيى بن عبد الرحمن الأزرق، فالرواية على هذا
صحيحة السند وإن عبر عنها في الجواهر بخبر يحيى بن الأزرق.
(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب وتدل عليه موثقة سماعة
وصحيحة يحيى بن عبد الرحمن الأزرق.
(٢) بلا إشكال، لعدم الدليل عليه إذ غاية ما دل عليه الدليل
هو ثبوت الخيار لها عند علمها بالحال، وهذا لا يعني وجوب إعلامها
بذلك كما هو الحال في سائر موارد الخيار في العقود كالعيب والغبن
وما شاكلهما، بل يمكن استفادة عدم الوجوب من موثقة سماعة
وصحيحة ابن الأزرق باعتبار أن الإمام (ع) فيهما لما كان في مقام
البيان فعدم ذكره لوجوب الاعلام يكون دليلا على عدمه.
ومن الغريب ما حكاه صاحب الجواهر (قده) عن الرياض من
أنه قال: (ولو أدخل الحررة على الأمة جاز ولزم علم الحررة بأن
تحتة أمة إجماعا ونصوصا) ثم أشكل عليه بأنه لم نتحقق ذلك، وذكر

(مسألة ١): لو نكح الحرة والأمة في عقد واحد مع علم الحرة صح (١). ومع جهلها صح بالنسبة إليها وبطل بالنسبة إلى الأمة (٢)، إلا مع إجازتها (٣). وكذا

أن من الممكن أن يريد الاجماع والنصوص على الحكم الأول أعني الجواز. والظاهر أن نسخته (قده) كانت مغلوطة والصحيح إضافة كلمة (مع) بعد قوله (لزم) كما هو الحال في النسخ المطبوعة من الرياض، وإلا لكانت العبارة غير مستقيمة جزماً، إذ ينبغي أن تكون (ولزم اعلام الحرة) لو كان المقصود هو ما ذكره صاحب الجواهر (قده). (١) باعتبار أن رضا الحرة بهذا العقد مع علمها بالحال رضا بتزوج الرجل من الأمة، فتشمله أدلة جواز ادخال الأمة على الحرة إذا رضيت بذلك.

(٢) لصحيحة أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر (ع): (قال: سئل أبو جعفر (ع) عن رجل تزوج امرأة وأمّتين مملوكتين في عقد واحد قال: أما الحرة فنكاحها جائز وإن كان سمي لها مهراً فهو لها، وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما) (١).

(٣) والوجه فيه بعد اطلاق صحيحة أبي عبيدة المقتضي للبطلان بلا فرق بين علم الحرة وجهلها والإذن وعدمه هو ما ادعاه صاحب الجواهر (قده) من اليقين بتقييدها بصورة عدم الإذن والرضا، وهو غير بعيد، ولعل منشأ الروايات التي دلت على جواز ادخال الأمة على الحرة بإذنها، فإنه إذا جاز ادخالها عليها برضاها جاز

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

الحال لو تزوجهما بعقدين في زمان واحد على الأقوى (١).
(مسألة ٢): لا اشكال في جواز نكاح المبعضة على
المبعضة (٢). وأما على الحرة ففيه اشكال. وإن كان

الاقتران بطريق أولى.

هذا ويمكن أن يقال في توجيه الحكم أن صحيحة أبي عبيدة
معارضة للآية الكريمة الدالة على جواز التزوج من الأمة عند عدم
الطول وحشية العنت، والنصوص الدالة عليه مع الضرورة، باعتبار
أن النسبة بينهما إنما هي نسبة العموم والخصوص من وجه، فيتعارضان
في مورد الاجتماع حيث إن مقتضى الآية هو الجواز في حين أن
مقتضى صحيحة أبي عبيدة هو المنع وعليه فإن قلنا بترجيح الآية فهو
وإلا كان مقتضى تساقطهما هو الرجوع إلى عمومات الجواز.
ومقتضى هذا التقرير وإن كان هو الجواز حتى مع عدم رضا الحرة
إلا أننا لما علمنا بأن للحرة حقا على الأمة كما يظهر ذلك مما دل على
تخير الحرة في عقد نفسها إذا دخلت هي على الأمة وفي عقد الأمة
إذا دخلت الأمة عليها، كان تخييرها عند الجمع بينهما في عقد واحد
في عقد نفسها أو عقد الأمة مما لا ينبغي الشك فيه إذ أن الجمع بينهما
لا يقصر عن دخولها على الأمة أو العكس، غير أن الاحتمال الأول
- أعني تخييرها في عقد نفسها - لما كان مخالفا لصريح صحيحة أبي عبيدة
تعيين الثاني لا محالة فيحكم حينئذ بالبطلان لو لم تجز الحرة العقد.
(١) وذلك للقطع بعدم خصوصية وحدة العقد في الحكم وإنما
العبرة باقتران التزوجين.
(٢) من دون اعتبار لإذنها لعدم شمول الأدلة لها باعتبار عدم

لا يبعد جوازه (١) لأن الممنوع نكاح الأمة على الحرية ولا يصدق الأمة على المبعضة، وإن كان لا يصدق أنها حرة أيضا (٢).

(مسألة ٣): إذا تزوج الأمة على الحرية فماتت الحرية أو طلقها أو وهب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة (٣) بل لا بد من العقد على الأمة جديدا إذا أراد. (مسألة ٤): إذا كان تحتها حرة فطلقها طلاقا بائنا

صدق الحرية عليها:

(١) لعمومات الحل بعد عدم شمول أدلة المنع لها لما ذكر في المتن:
(٢) لكونها ملفقة منهما.

(٣) لأنه حينما حدث ووقع في الخارج لم يكن مشمولاً لأدلة لزوم الوفاء بالعقد والصحة باعتبار أنه يعتبر فيها إذن الحرية وهو لم يتحقق بحسب الفرض، وبعد انقطاع عصمة الحرية لم يكن هناك عقد جديد كي يحكم بصحته، وحيث إن الانقلاب غير معقول فلا بد من الحكم ببطلانه

وبعبارة أخرى: أن أدلة اللزوم والصحة ناظرة إلى امضاء العقد من حين وقوعه وحيث إن العقد في المقام لم يكن مشمولاً لها من ذلك الحين لعدم تحقق الإذن فشمولها له بعد ذلك يحتاج إلى الدليل. نظير ما يذكر في علم البائع والمشتري بالثمن بعد العقد مع جهلهما به في حينه وحيث إن الدليل في المقام منحصر فيما دل على اعتبار إذن الحرية وهو لم يتحقق فمقتضى القاعدة هو البطلان.

يجوز له نكاح الأمة في عدتها (١). وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال، وإن كان لا يبعد الجواز، لانصراف الأخبار عن هذه الصورة (٢).
(مسألة ٥) إذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي، فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمة على الحرية فلا مانع منه (٣)،

(١) لانقطاع عصمتها، ومعه فلا يصدق عليه أنه أدخل أمة على امرأته الحرية فلا تشمله نصوص المنع.
(٢) سواء أقلنا بأن المعتدة رجعية زوجة حقيقة أم قلنا بأنها في حكم الزوجة وذلك لظهور قوله في صحيحة ابن بزيع المتقدمة: (وله امرأة حرة) في كونه ذا زوجة حرة باعتباره ونظره وحيث إن المطلقة رجعية ليست كذلك وإن كانت زوجة بحكم الشارع كانت الصحيحة قاصرة الشمول عن مثلها.
وبعبارة أخرى: أن المطلقة رجعية وإن كانت زوجة بحكم الشارع إلا أن سؤال الراوي في صحيحة ابن بزيع منصرف عنها ولا يشملها وحينئذ فمقتضى العمومات هو الجواز.
هذا كله فيما إذا لم يرجع الزوج بالزوجة في أثناء العدة وإلا فلا ينبغي الشك في صدق أنه تزوج من أمة وله امرأة حرة فإن الرجوع لا يحدث زوجية جديدة حتى في اعتبار الزوج ونظره وإنما هو ابطال للطلاق وإزالة لأثره وحينئذ فيتعين اعتبار إذن الحرية لا محالة.
(٢) نظراً لتأخر زوجية الحرية عن زوجية الأمة بحسب الفرض فلا تشمله

وعلى الكشف مشكل (١).
(مسألة ٦): إذا عقد على حرة وعقد وكيه له على
أمة وشك في السابق منهما لا يبعد صحتها (٢). وإن لم
تجز الحرة.

أدلة اعتبار إذن الحرة في نكاح الأمة.

(١) والظاهر هو التفصيل نظير ما تقدم في مسألة الجمع بين العمة
وبنت الأخ أو الخالة وبنت الأخت، فإنه بناء على الكشف الحكمي
لا ينبغي الاشكال في عدم اعتبار إذن الحرة باعتبار أن استناد زوجيتها
إليه إنما يكون من حيث الإجازة وإن ترتبت الآثار والأحكام من
حين وقوع العقد تعبداً إلا أن ذلك لا يعتبر من التزويج بالحرة قبل
الأمة، وحينئذ فيكون الحال على هذا كالقول بالنقل، وأما بناء على
الكشف الحقيقي بمعنى انكشاف استناد العقد إليه من حينه بحيث تكون
الإجازة كالبينة فلا ينبغي الاشكال في صدق عنوان ادخال الأمة على
الحرة، نظراً لكون زوجية الحرة على هذا موجودة قبل زوجية الأمة
وسابقة عليها فلا بد من اعتبار إذنها للنصوص المتقدمة، وأما بناء على
الانقلاب فلا تخلو المسألة من اشكال باعتبار أن زوجية الحرة وإن
كانت سابقة على زوجية الأمة إلا أنها لما كانت سابقة من حين الإجازة
بمعنى أنها من حين الإجازة تصبح كذلك وكان ظاهر صحيحة
ابن بزيع كونها سابقة على زوجية الأمة في حين وقوع العقد على
الأمة فلا تشمل هذه الصحيحة، وحينئذ فلا يخلو الحكم من اشكال.
(٢) أما عقد الحرة فلكونه صحيحاً على كل حال سواء أكان
سابقاً أم لاحقاً إذ الممنوع إنما هو ادخال الأمة على الحرة وأما

والأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرة (١).
(مسألة ٧): لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في
نكاح الأمة عليها صح (٢)، ولكن إذا لم تأذن لم يصح (٣)
بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة (٤).

-
- (١) ولعله (قده) ناظر إلى خصوص الفرض الثالث، ومعه فقد عرفت أن له طريقاً آخر غير الطلاق.
 - (٢) لعموم ما دل على نفوذ الشرط.
 - (٣) فإن شرطية إذنها لا تسقط بعصيانها لأمر الوفاء بالشرط.
 - (٤) باعتبار أن مرجعه إلى توكيل الزوج في الإذن، وقد عرفت فيما تقدم أن الوكالة إذا كانت شرطاً في عقد لازم كانت لازمة ولا يصح عزله عنها، وحينئذ فيكون إذنه بمنزلة إذن الزوجة الحرة حتى ولو لم ترض هي بذلك.

فصل
في نكاح العبيد والإماء
(مسألة ١): أمر تزويج العبد والأمة بيد السيد،
فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما، أو اجبارهما (١)

فصل
في نكاح العبيد والإماء
(١) بلا خلاف ولا اشكال فيه وتدل عليه عدة من الآيات
الكريمة والنصوص الشريفة فقد قال تعالى: (وانكحوا الأيامى منكم
والصالحين من عبادكم وإمائكم) (١) فإنه بعد الفراغ عن أنه ليس
للعبد والأمة شيء من الأمر يكون الخطاب في الآية متوجها إلى المولى
لا محالة فتدل على جواز تزويجه لهما، وقال تعالى: (فانكحوهن
بإذن أهلهن) (٢) حيث يستفاد منها أن أمر تزويجهما بيد المولى فله
أن يزوجهما وله أن يمتنع عن ذلك، وقال تعالى: (ضرب الله

(١) النور: ٣٢.

(٢) النساء: ٢٥.

على ذلك.

ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه (١) كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما (٢) كذلك حتى لو كان لهما أب حر. بل يكون ايقاع العقد منهما أو بمن غيرهما عليهما حراما (٣) إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر. ولولا

مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء (١) فإنها دالة على أن المملوك سواء في ذلك العبد والأمة ليس له من الأمر شيء ومن هنا فلا يترتب على ما يقوم به من معاملات وغيرها ومنها النكاح أي أثر. وأما النصوص فهي متضافرة وكثيرة بل في بعضها التصريح بأنه ليس له النكاح والطلاق، وأن من تزوج بالأمة من دون إذن سيدها كان زانيا، ويدل عليه ما ورد من أن طلاق الأمة بيد المولى إذا زوجها من العبد ويبد الحر إذا زوجها منه. وعلى كل: فالحكم مما لا خلاف فيه بينهم وتدل عليه الآيات الكريمة والنصوص المتضافرة بل ومع غض النظر عن ذلك تقتضيه القاعدة فإن العبد والأمة لما كانا قابلين للتزويج ولم يكن لهما من الأمر شيء كان أمر ذلك بيد المولى لا محالة.

(١) ويقتضيه ما تقدم.

(٢) لما تقدم أيضا.

(٣) وهو مبني على ما اختاره جماعة في محله من ثبوت الحرمة لمقدمة الحرام إذا كان بقصد ترتب الحرام عليها نظير حرمة المقدمة التوليدية، إلا أننا قد ذكرنا هناك أنه لا دليل على هذا المدعى بالمرّة إذ أن قصد الاتيان بالحرام إنما يدخل في نية المعصية وهو نوع من

(١) النحل: ٧٥.

مع إجازة المولى. نعم لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة لأنه ليس تصرفاً في مال الغير عرفاً (١) كبيع الفضولي مال غيره. وأما عقدهما على نفسيهما من غير إذن المولى، ومن غيرهما (٢) بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة (٣) لسلب قدرتهما وإن

التجري وقد عرفت أنه لا دليل على حرمة وإن كان فيه نوع طغيان وتعد على حق المولى، فإن مجرد ذلك لا يقتضي الحكم بالحرمة التشريعية حتى ولو قلنا باستحقاق المكلف للعقاب على ذلك إذ لا يلزم منه أن يكون الفعل حراماً.

والحاصل: أن المقام داخل في التجري وقد عرفت أنه ليس بحرام سواء أتى بالمقدمة أم لم يأت بها.

(١) فلا تشمله أدلة عدم جواز التصرف في مال الغير.

(٢) العبارة لا تخلو من تشويش والظاهر أن موضع هذه العبارة إنما هو بعد قوله (قده) (نعم لو كان ذلك).

(٣) اختاره صاحب الجواهر (قده) ولعله لكونه تصرفاً منهما

في نفسيهما فتشمله أدلة حرمة التصرف في مال الغير. وفيه: أن

سلب القدرة إنما يكون منشأً للحكم الوضعي أعني عدم نفوذ العقد وصحته وأما الحكم التكليفي فلا مجال لاستفادته منه فيكون حال هذا التلطف حال سائر تلفظاته وتكلماته.

هذا مضافاً إلى دلالة صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع):

(في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه

قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنه حرام وقل له لا يفعل إلا

لم يكونا مسلوبي العبارة لكنه مشكل لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولة، فإنه ليس بحرام (١) على الأقوى وإن قيل بكونه حراما (٢).

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

بإذن مولاه (١) صريحا على عدم الحرمة.
(١) لما تقدم.

(٢) اختاره صاحب الجواهر (قده) أيضا.

(٣) على ما ذهب إليه الأكثر من الأصحاب، بل لم ينسب الخلاف فيه إلا إلى ابن إدريس (قده) حيث التزم بالبطلان نظرا إلى أن النصوص الواردة في المقام أخبار آحاد وهو لا يلتزم بحجيتها والقاعدة تقتضي البطلان لأن العقد حين وقوعه لم يكن صحيحا لفقدان إذن المولى فصحته بعد ذلك بالإجازة المتأخرة تحتاج إلى الدليل وهو مفقود.

إلا أن ما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه لجملة من النصوص الصحيحة الدالة على الصحة صريحا كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) عن أبيه عن آبائه عن علي (ع): (إنه أتاه رجل بعبده فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني فقال (علي (ع): لسيده: فرق بينهما، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال له (ع) كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق، فقال علي (ع)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

وكذا الأمة على الأقوى (١).

للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فامسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق أقررت له بالنكاح (١)، وصحيحة معاوية ابن وهب قال: (جاء رجل إلى أبي عبد الله (ع) فقال: إني كنت مملوكا لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي، قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول) (٢) وصحيحة الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لأبي عبد الله (ع): (إني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فأجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئا. قال: ذلك اقرار منهم أنت على نكاحك) (٣) إلى غير ذلك من النصوص الدالة على صحة العقد عند لحوق الإجازة.

(١) خلافا لما ذهب إليه صاحب الحقائق (قده) حيث فصل بين العبد والأمة فالتزم بصحة عقد العبد إذا لحقته الإجازة بخلاف الأمة فإن عقدها لا يصح حتى وإن لحقته الإجازة، بدعوى: أن

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

النصوص كلها واردة في العبد خاصة فتبقى الأمة مشمولة للقاعدة المقتضية للبطلان.

وما أفاده (قده) إنما يتم لو انحصرت نصوص صحة عقد العبد عند لحوق الإجازة بما تقدم فإنه حينئذ يمكنه أن يقال بأن القاعدة لما كانت تقتضي البطلان وكانت نصوص الصحة مختصة بالعبد كان مقتضى الصناعة الحكم بالبطلان في عقد الأمة لعدم الدليل على خروجها عن القاعدة، إلا أن الأمر ليس كذلك فإن في نصوص الصحة ما يقتضي التعدي من العبد إلى الأمة ويدل على شمول الحكم لها أيضا كصحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما، قلت أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له فقال أبو جعفر (ع): إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جاز (١) وصحيحته الأخرى عنه (ع) أيضا قال: (سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر (ع): فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر (ع) إنما أتى شيئا حلالا وليس بعاص لله إنما عصى سيده ولم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

في عدة وأشباهه) (١).

فإن التعليل المذكور فيهما يدل على عدم اختصاص الحكم بالعبد بل يجري في الأمة على حد جريانه في العبد لجريان التعليل المذكور بعينه فيها فيقال إن نكاح الأمة في نفسه ليس بمحرم كتزوجها من أخيها مثلا وليست هي عاصية لله تبارك وتعالى وإنما هي عاصية لسيدها فإذا أجاز جاز. هذا مضافا إلى ما ذكره الفقهاء في غير واحد من الأبواب الفقهية من أن الحكم إذا تعلق بعنوان اشتقائي ولم تكن هناك قرينة على الاختصاص عم الرجل والمرأة كالأحكام الثابتة للمحرم والمسافر والحاضر والصائم والبيعين وصاحب الحيوان وغيرها فإنه لا قائل باختصاصها بالرجل بل لم يناقش في عمومها أحد حتى صاحب الحدائق (قده)، وحيث إن المقام من هذا القبيل باعتبار أن المملوك المذكور في صحيحتي زرارة عنوان اشتقائي جامع بين العبد والأمة فلا وجه للتفريق بينهما في الحكم ولا ينافي هذا ما دل على أن التزوج من الأمة بغير إذن مولاهما زنا، فإنه مما لا اشكال فيه ولا يختص بالأمة بل يجري في جانب العبد أيضا فإنه وإن لم يرد فيه هذا التعبير بخصوصه إلا أنه قد ورد في جملة من النصوص ما يلزمه قهرا نظير ما دل على عدم جواز تزوج العبد من غير إذن مولاه فإن لازم بطلان العقد ولازم البطلان هو كون الواقعة زنا، وما دل على أن الحرية إذا زوجت نفسها من العبد بغير إذن مولاه فقد أباحت نفسها وليس لها صداق، فإنه ظاهر في كون الفعل زنا، وإلا فلا وجه للحكم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

والإجازة كاشفة (١). ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا بل على الوجه المحرم.

(١) وذلك فلأن النقل وإن كان ممكنا في نفسه بل قد وقع في بعض الموارد كبيع الصرف والسلم فيما إذا تأخر القبض عن العقد حيث يكون البيع في زمان والملكية في زمان آخر، وكذا كل ما هو مشروط بالقبض كالهبة والوقف على جهة معينة إذا تأخر القبض عن العقد، إلا أن الدليل لا يساعد عليه، باعتبار أن الإجازة والامضاء إنما تتعلقان بالعقد الذي وقع في حينه، ومن هنا فيكون الحكم بالملكية من حين الإجازة على خلاف الامضاء ودليل النفوذ، فيحتاج إلى دليل خاص وحيث إنه مفقود فلا مجال للالتزام به.

بل هو مناف لظاهر صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه) (١).

فإنها ظاهرة في الكشف والحكم بالصحة من حين صدور العقد وإلا لكان على المشتري أن يدفع لسيدها الأول مهر أمثالها نظرا لوطنه أمة الغير شبهة، والحال أنه (ع) لم يتعرض لذلك.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

وصريح صحيحة أبي عبيدة الحذاء قال: (سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين؟ قال: فقال: النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز عليه ذلك إن هو رضي. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منها حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر.. الحديث) (١).

فإنها صريحة في الكشف إذ لو لاه لم يكن مجال للحكم بعزل نصيب البنت حتى تدرك، لأنه وبمجرد موت أحد الطرفين لا يبقى مجال للحكم بالزوجية فإنها من الزوجية بين الحي والميت وهو باطل جزما. على أن القول بالنقل لا يتم في العقود المتقيدة بالزمان كالإجارة ونكاح المتعة كما لو آجر الفضولي الدار شهرا أو تزوج من الأمة شهرا ولم يجز المالك إلا بعد انقضاء نصفه، فإنه لو كانت الإجازة ناقلة لكانت الملكية أو الزوجية في خصوص النصف الباقي من الشهر أي من حين الإجازة إلى انقضاء الشهر والحال أن المنشأ إنما هو الملكية والزوجية شهرا كاملا فيرد عليه أن ما أنشأ لم يمض وما أمضي لم ينشأ فكيف يمكن الالتزام بصحته.

والحاصل: أن النقل وإن كان ممكنا في نفسه إلا أن دليل الامضاء والنفوذ لا يساعد عليه باعتبار أن ظاهره امضاء ما وقع، ومن هنا

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

ولا يضره النهي، لأنه متعلق بأمر خارج متحد (١).
والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الإجازة،

الانقلابي أو الحكمي بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأعظم (قده) لما
عرفت من أنها بين ما هو ممتنع في نفسه وما لا يساعد عليه الدليل.
(١) لما اختاره (قده) من أن وجوب المقدمة أو حرمتها إنما
هو لعنوان المقدمة، فيكون النهي في المقام متعلقا بأمر خارج أعني
عنوان المقدمة فلا يؤثر شيئا، نظير ما التزم به (قده) في باب الوضوء
فيما إذا كانت له غايتان إحداهما واجبة والأخرى مستحبة وكان الوضوء
مقدمة لهما من ثبوت الحكمين معا للوضوء فيلتزم بكونه واجبا ومستحبا
بالفعل لأنه من اجتماع الحكمين في عنوانين يتحدان خارجا وهو (قده)
ممن يرى جواز ذلك بل يرى جواز اجتماع الأمر والنهي إذا تعلقا
بعنوانين وإن كانا منطبقين على شيء واحد في الخارج، فيحكم بكون
الوضوء واجبا بما هو مقدمة للواجب ومستحبا بما هو مقدمة للمستحب
ففي المقام يقال: إن العقد بما هو تزويج في نفسه فهو مباح وبما
هو مقدمة للحرام حيث أتى به بقصد التوصل إلى الحرام فهو حرام
فيكون متعلق النهي أمرا خارجا عن التزويج فيحكم بصحته لا محالة.
غير أنك لما عرفت في باب الوضوء أن الصحيح أن عنوان المقدمة
إنما هي من العناوين التعليلية لا من الجهات التقييدية كانت هذه
المسألة أجنبية بالمرّة عن مسألة اجتماع الأمر والنهي بعنوانين، إذ
البحث المعروف في جواز الاجتماع وعدمه إنما هو فيما إذا تعلق الأمر
بعنوان وتعلق النهي بعنوان آخر غيره وكانت بين العنوانين نسبة العموم
والخصوص من وجه كما هو الحال في مثال الغضب والصلاة، ولا يجري فيما نحن

فلا تنفع الإجازة بعد الرد (١)، وهل يشترط في تأثيرها عدم

يهون الخطب أننا لم نلتزم بالحرمة في المقام أصلاً، وقد عرفت أنه من مصاديق التجري وهو غير محرم، إذن فلا مجال للبحث في حرمة المقدمة سواء أقصد بها التوصل إلى امضاء المولى أم قصد ترتيب الأثر عليه سواء أذن المولى أم لم يأذن.

(١) على ما هو المعروف والمشهور بين الأصحاب بل ادعى الشيخ الأنصاري (قده) الاجماع عليه: وقد عللوا ذلك بأنه كرد البائع وعدوله الفاصل بين ايجابه وقبول المشتري حيث يمنع من تأثير قبول المشتري بلا كلام.

إلا أن ما ذكروه لا يخلو من الاشكال بل المنع وذلك فلأن من غير المحتمل أن يكون الاجماع في المقام اجماعاً تعبدياً يكشف عن رأي المعصوم (ع) بل من الواضح أن مستنده إنما هو استظهار كون المقام من قبيل رجوع البائع قبل قبول المشتري وحيث إن بين المسألتين بونا بعيد فلا مجال للالتزام بما ذكروه.

والوجه فيه: أن الموجب إذا رجع عن ايجابه قبل القبول لم يتحقق مفهوم العقد لأنه عبارة عن ضم التزام إلى التزام وربط تعهد 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 ويربط بينهما، فلا يتم مفهوم العقد، وأين هذا من المقام الذي ليس هناك أي التزام من المولى وانتساب للعقد إليه قبل الرد وبعده كي يقال إن الرد قد أبطل أثره، بل الرد وعدمه في المقام سيان حيث لا أثر له بالمرّة، فإن العقد لم يكن منتسباً إليه قبل الرد وكذا الحال بعده، كما أنه لم يكن قبل الرد التزام من المولى وكذلك الحال بعده.

بل وكذا الحال لو اعتبرنا رضا المشتري بالمعاملة حين الايجاب أيضا علي ما ذهب إليه الشيخ (قده). وإن لم نرتضه في محله وذلك لأن المفروض أن العقد قد وجد في ظرفه واجدا لجميع الشرائط عدا استناده إلى المولى فمتى أجاز استند العقد إليه، وليس هذا قبولا وإنما هو اسناد للعقد الواقع إليه بعد أن لم يكن كذلك ومن هنا فلا يكون الرد قاطعا ومانعا من لحوق الإجازة من المولى: والحاصل: أن ما ذكره مضافا إلى أنه لا دليل عليه مخالف لاطلاقات النصوص المتقدمة والقاعدة المقتضية لصحة العقد الفضولي، إذ ليس في المقام مانع من نفوذ العقد غير عدم إذن المولى ومعصية العبد له، فإذا أجاز المولى ارتفع هذا المانع وجاز لعدم المقتضي للبطلان بعد اقتضاء القاعدة للصحة.

هذا كله مضافا إلى دلالة صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك وابنها. فنأشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه) (١)، صريحا على المدعى، فإن المخاصمة والمطالبة أظهر أفراد الرد ومع ذلك فقد حكم (ع) بصحة العقد بعد الإجازة. وبالجملة: فما ذكره من مانعية الرد للإجازة مما لا يمكن المساعدة عليه، بل الأدلة العامة والخاصة على خلافه، فالمتعين هو القول

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد
أولاً؟ وجهان. أقواهما: الثاني (١).

(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره
على التزويج فالمهر إن لم يعين في عين يكون في ذمة المولى (٢)
ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه
وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه اشكال (٣) كما إذا استدان

بنفوذ العقد عند إجازة المولى سواء أصدر منه رد قبلها أم لم يصدر.
(١) لاطلاقات الأدلة حيث إن مقتضاها نفوذ العقد بالإجازة
مطلقاً سواء أكان هناك نهي سابق أم لم يكن، وما ذكر من مانعية
الرد فهو على تقدير الالتزام به إنما يختص بالانشاء ولا يشمل مجرد
الكرهة النفسانية، كما هو الحال في الإجازة أيضاً حيث إن مجرد
رضا المولى لا ينفذ في الحكم بصحة العقد واستناده إلى إجازة المولى.
(٢) بلا اشكال ولا خلاف في الحكم بالنسبة إلى الفرض الأول،
وأما الفرض الثاني فالحكم كما أفاده (قده) لما يأتي من أنه في حكم
مباشرة المولى للعقد إذ ليس له فرض شئ في ذمة العبد.
(٣) بل منع، فإن غاية ما ثبت بالدليل إنما هو جواز تصرف
المولى في عين العبد ومنافعه وأمواله - إن كانت - وأما التصرف في
ذمته فلا دليل عليه، بل هو مقطوع البطلان كما هو الحال في الاستدانة
أو الشراء في ذمة العبد فإنه لو كان جائزاً لأمكن للمولى أن يصبح
من أثرى الأثرياء بالاستدانة أو الشراء في ذمة العبد ثم عتق العبد فيتبع
به دون المولى، والحال أنه مما لا ينبغي الشك في بطلانه.

على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير رضاه. وأما لو
أذن له في التزويج فإن عين كون المهر في ذمته، أو ذمة
العبد أو في عين معين تعين (١). وإن أطلق ففي كونه
في ذمته أو في ذمة العبد مع ضمانه له وتعهده أداءه عنه، أو كونه في
كسب العبد وجوه. أقواها: الأول (٢). لأن الإذن
في الشيء إذن في لوازمه. وكون المهر عليه - بعد عدم قدرة
العبد على شيء وكونه كلاً على مولاه (٣)

(١) بلا خلاف أو اشكال فيه.

(٢) وذلك فلأن القول الثاني وإن كان ممكناً إلا أنه لا دليل عليه
والقول الثالث لا وجه له بالمرّة، فإن كسب العبد لما كان من جملة
أموال المولى لم تكن خصوصية فيه بالذات.
وبعبارة أخرى: أن المهر إن كان على المولى فلا موجب لتعيينه
في مال خاص من أمواله وإن لم يكن عليه فلا موجب لأخذه من
كسب العبد الذي هو من جملة أمواله، فإنه لا دليل على خروجه منها.
إذن: فيتعين القول الأول الذي عليه القرينة العرفية التي ذكرها
الماتن (قده).

(٣) إن كان (قده) يشير بذلك إلى الآية الكريمة التي تضمنت
هذا التعبير فلا يخفى أنها غير واردة في العبد وإنما هي واردة في
الأبكم، قال الله تعالى: (وضرب الله مثلاً رجلين أحدهما أبكم
لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت بخير هل

من لوازم الإذن في التزويج عرفا (١). وكذا الحال في
النفقة (٢). ويدل عليه في المهر رواية علي بن
أبي حمزة (٣)،

يستوي هو ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم) (١) بل لم
يرد في شيء من النصوص أن العبد كل على مولاه، بل الأمر قد
يكون بالعكس من ذلك تماما كما إذا كان العبد كسوبا وكان المولى
عاجزا لا عمل له:

(١) كما هو أظهر من أن يخفى، وهذه القرينة لا تختص بالمولى
والعبد وإنما هي قائمة في الإذن لكل من كان عيالا للآذن بالشراء لنفسه
كالأب والابن فإن الظاهر من إذنه هو كون الثمن عليه.
ثم لو فرضنا عدم تمامية هذه القرينة فالمتعين هو الالتزام بأن
المهر في ذمة العبد من دون أن يكون للمولى دخل فيه مطلقا فلا يضمن
شيئا على الإطلاق، بل يكون إذنه هذا من باب رفع المانع من قبله
خاصة نظير إذن العممة أو الخالة في التزوج من بنت الأخ أو الأخت
حيث لا يحتمل أن يكون إذنهما مسلتزما لثبوت المهر عليهما.
وبذلك فيكون الحال في المقام كسائر موارد ضمانات العبد الثابتة
نتيجة اتلافه لشيء أو غيره باستثناء القتل وقصاص الجروح حيث
إن له أحكاما خاصة فإنه يتبع به بعد العتق من دون أن يكون
المولى ملزما بشيء على الإطلاق على ما تقتضيه القاعدة.
(٢) فإن الكلام فيها كالكلام في المهر بلا اختلاف بينهما.
(٣) عن أبي الحسن (ع): (في رجل يزوج مملوكا له امرأة

(١) النحل: الآية ٧٦.

وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (١).

ولو تزوج العبد

من غير إذن مولاه ثم أجاز ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر على المولى، أو بتعهده، أولاً، وجهان. ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمته فلا دخل له بالمولى (٢) وإن أجاز العقد. أو في مال معين من المولى

حرة على مائة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيده (١).

إلا أنها ساقطة سندا باعتبار أن علي بن أبي حمزة هذا هو البطائني الكذاب المعروف.

(١) قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أذن لعبدته في تزويج امرأة فتزوجها ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من موالي العبد، فقال: ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه.. الحديث) (٢).

وهي واضحة الدلالة على المدعي حيث إن ظاهرها أن نفقة زوجة العبد على مولاه ما لم يبق فتسقط لانتفاء عصمتها.

(٢) لأن الإجازة لما كانت إجازة للعقد السابق بجميع خصوصياته وكان مقتضى العقد السابق كون المهر في ذمة العبد كان المهر على العبد لا محالة يتبع به بعد العتق من دون أن يكون للمولى دخل فيه،

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

أو في ذمته فيكون كما عين (١)

نظير ما لو أذن المولى قبل العقد في تزوج العبد على أن يكون المهر في ذمته، حيث لا يقوم إذنه حينئذ إلا بدور رفع المانع من قبله كما عرفت.

ولكن مع ذلك فقد قيل بأن المهر على المولى لأن ذمة العبد بعينها ذمة المولى، كما قيل بأن القرينة الخارجية بأن العبد لا يقدر على شيء قائمة على تعهده بالمهر عند الإذن.

إلا أنه لا يمكن المساعدة عليهما وذلك: أما الأول: فلأن ما ذكر من أن ذمة العبد غير مغايرة لذمة المولى فهو مما لا أساس له، بل للعبد ذمة مغايرة لذمة المولى ولذا لو أجاز المولى أن يتزوج العبد مع كون المهر في ذمته صح العقد وكان المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق، بل قد عرفت أن ذمة العبد تنشغل بالضمانات الناتجة عن الاتلاف بلا خلاف فيه كما أنه لو أقر بشيء قبل إقراره وتبع به بعد العتق من دون أن تنشغل ذمة المولى بشيء، فما ذكر من أن العبد لا ذمة له لا يمكن المساعدة عليه ولا دليل يعضده.

وأما الثاني: فلأن القرينة لا تجري في المقام، لأن الإجازة إنما هي إجازة للعقد السابق بجميع خصوصياته وبكيفية التي وقع عليها، وحيث إنه قد اشتمل على كون المهر في ذمة العبد فلا مبرر للقول بتعهد المولى به، على أنه لو فرضنا ثبوت التعهد فلا ينفع ذلك في الزام المولى به لما يأتي قريباً.

(١) بلا خلاف ولا اشكال لما عرفت من أن الإجازة إنما تتعلق بالعقد السابق بجميع خصوصياته، فيتعين ما عينه العبد لا محالة،

أو أطلق، فيكون على المولى (١)

ويكون حاله حال الإذن السابق في التزويج مع كون المهر في ذمة المولى أو عينا معينة من أمواله.

(١) للقرينة العرفية التي تقدمت، فيكون حال الإجازة اللاحقة في هذا الفرض حال الإذن السابق في فرض الاطلاق وعدم تعيين شئ بخصوصه.

إلا أن للمناقشة في هذا مجالا وذلك فلأن الذمم لما كانت مختلفة ولم يمكن جعل المهر على ذمة مجهولة انصرف عدم التعيين إلى ذمة العبد نفسه لأنه طرف المعاملة والمعاقدة، ومن هنا فحيث إن الإجازة متعلقة بما وقع وإجازة للعقد المتقدم وكان ما وقع عبارة عن تزوج العبد مع كون المهر في ذمته وإن لم يذكر ذلك بالتصريح فحال هذه الإجازة حال الإذن السابق في العقد مع التصريح بكون المهر في ذمة العبد، ولا تجري القرينة العرفية المتقدمة في المقام.

على أننا لو فرضنا جريانها في المقام بل لو فرضنا تصريح المولى عند الإجازة بتعهده بثبوت المهر في ذمته فلا يخرج ذلك عن كونه وعدا محضا لا دليل على الزامه به حيث لا موجب لانتقال المهر من ذمة العبد إلى ذمة المولى وفراغ ذمة العبد به.

اللهم إلا أن يضمه المولى عند الإجازة بالضمان الشرعي، فإن الحق حينئذ ينتقل إلى ذمة المولى بلا اشكال.

نعم في فرض عدم الضمان لو قامت القرينة على أن اقدام العبد على هذا التزويج اقدام على أن يكون المهر في ذمة المولى كما لو علمت المرأة بأن العاقد عبد لا يملك شيئا، فلا بأس بالقول بأن

ثم إن المولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهر، وتارة يعمم، وتارة يطلق، فعلى الأولين: لا اشكال. وعلى الأخير: ينصرف إلى المتعارف (١). وإذا تعدى وقف على إجازته (٢).

المهر عند الإجازة يكون في ذمة المولى للقرينة المتقدمة حيث إن الإذن فيه إذن في كون المهر في ذمته، وبهذه القرينة يرفع اليد عن انصراف الاطلاق إلى كون المهر في ذمة العبد.

(١) خارجا بالنسبة إلى تزويج العبد من المرأة التي تناسبه، والوجه في ذلك بعد ما ذكرنا في باب الاطلاق أن المطلق شامل للفرد النادر أيضا على حد شموله للفرد الشائع، هو ما ذكرناه في باب الوكالة والاستعارة من أن الملاك الأصلي والواقعي إنما هو الرضا الباطني للموكل والمعير والآذن دون اللفظ فإنه إنما يعتبر لكشفه عن الرضا الباطني لا غير. فبهذا اللحاظ لا بد من الاقتصار على الفرد المتعارف لأن الإذن لا يكشف إلا عن الرضا الباطني بالتصرف المتعارف كاللبس فيما يلبس والمطالعة في الكتاب، ولا يكشف عن غير المتعارف كفرش ما يلبس أو سد فرجة الحائط بالكتاب أو البيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأكثر منه.

ومن هنا فالإذن في المقام ينصرف إلى الفرد المتعارف دون غيره لعدم كاشفية اللفظ عن الرضا الباطني بغيره.

(٢) لأن ما وقع لم يأذن فيه وما أذن فيه لم يقع لكونه مقيدا بالمعين أو المتعارف.

وقيل: يكون الزائد في ذمته يتبع به بعد العتق (١). وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعفة. فإن تعدى وقف على إجازته (٢).

(١) وفيه أنه لا موجب للتفكيك بين ما أذن المالك فيه والزائد، لما عرفت من أن ما أذن فيه لم يقع وما وقع لم يأذن فيه، فالصحيح هو القول بالتوقف على الإجازة.

(٢) كل ذلك لما تقدم من أن ما وقع لم يأذن فيه المولى وما أذن فيه لم يقع.

ثم إن في المقام فرعين يرتبطان بمسألة المهر لم يتعرض إليهما الماتن (قده) ولا بأس بالتعرض إليهما:

الأول: لو أطلق المولى الإذن فتزوج العبد من دون مهر، كان مهر المثل عند الدخول بها على المولى دون العبد لما تقدم من أن إذنه في التزويج التزام منه بالمهر للقرينة العرفية فإنها قائمة على كون المهر عليه عند إذنه في التزويج وإن كان ثبوته بالدخول بها.

الثاني: لو تزوج العبد بإذن المولى وبعد الدخول بها ظهر فساد لكون المرأة ذات بعل أو ذات عدة 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 بدلا من المسمى.

وأما لو تزوج العبد من غير إذن المولى ودخل بها ثم ظهر الفساد فإن كانت المرأة عالمة بالحال فلا تستحق شيئا لأنها بغية ولا مهر لبغي

ففي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص) (أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه فقد أباحت نفسها ولا صداق لها) (١).

وهي وإن كانت مطلقة إلا أنه لا بد من تقييدها بصورة علم المرأة لقوله (ع): (فقد أباحت نفسها) فإنها خير قرينة على اختصاصها بصورة العلم، وإن كانت المرأة جاهلة بالحال كما لو تخيلت حرته أو أخيرها العبد بذلك فصدقته استحققت المهر في ذمة العبد يتبع به بعد العتق لكونه حين العبودية غير قابل لأداء المهر باعتبار أنه وما في يده لمولاه من دون أن يكون للمولى دخل فيه لعدم إذنه في ذلك. ثم هل المهر الثابت في ذمة العبد هو المسمى في العقد أم مهر المثل؟

ذكر الفقهاء في أبواب متفرقة من الفقه كالبيع والإجارة ونحوهما أن فساد العقد يوجب الانتقال إلى ثمن المثل إن كانت المعاملة بيعا وأجرة المثل إن كانت إجارة أو ما شاكلها باعتبار أن المشتري أو المستأجر إنما أقدم على قبض العين أو المنفعة بالضمان لا مجانا فإذا لم يسلم المسمى لعدم امضاء العقد من قبل الشارع ثبت عليه المثل إذ لا يذهب مال المسلم هدرا، وعلى هذا الأساس ذكروا أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

غير أننا قد ذكرنا في محله أن ما ذكر لا يمكن المساعدة عليه باطلاقه بل لا بد من التفصيل في المقام وذلك لأن بطلان العقد قد يكون من جهة عدم أهلية من سلطه على المال لذلك كما هو الحال في بيع الغصب أو الوكيل مع اشتباهه في متعلق الوكالة نظير ما لو وكله شخص في

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(مسألة ٤): مهر الأمة المزوجة للمولى (١)،

إلى الزائد، وهذا الحكم مضافا إلى كونه على طبق القاعدة يدل عليه صحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: (سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا.. الحديث) (١)، فإنها واضحة الدلالة على ثبوت المهر المسمى عند ظهور البطلان ما لم يكن العبد معتديا فيه ومن الواضح أن فرض عدم الاعتداء كما يشمل تساوي المهرين يشمل كون مهر المسمى أقل من مهر المثل.

والماتن (قده) قد تعرض لهذا الفرع في المسألة الثالثة عشرة من هذا الفصل، لكن الأولى تقديمه إلى المقام لشدة المناسبة. (١) لأن المهر وإن لم يكن عوضا في النكاح ولذا يصح من دونه إلا أنه شبيه به لأن اعتباره إنما هو من جهة تمكن الزوج من الانتفاع بالمرأة والاستمتاع بها المعبر عنه بملكية البضع، ومن هنا فحيث إن هذه المنافع مملوكة للمولى بلا اشكال بتبع ملكيته للأمة نفسها كان عوضه له لا محالة.

ومما يؤكد ذلك معتبرة أبي بصير عن أحدهما (ع): (في رجل زوج مملوكة له من رجل حر على أربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم وأخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل لمن تكون المائتان المؤخرة على الزوج؟ قال: إن كان

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

سواء كان هو المباشر، أو هي بإذنه، أو بإجازته.
ونفقتها
على الزوج (١)،

الزوج دخل بها وهي معه ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها
فلا شيء له عليه ولا لغيره (١).
فإنها من حيث السند معتبرة لأن سعدان بن مسلم المذكور في سندها
وإن لم يرد فيه توثيق في كتب الرجال إلا أنه مذكور في اسناد كامل
الزيارات وتفسير علي بن إبراهيم، ومن حيث الدلالة واضحة بل
صريحة في أن المهر للمولى.
نعم إنها تضمنت سقوط المؤجل من المهر بالدخول بها وهي مسألة
خلافية لاختلاف الأخبار فيها حيث دلت جملة منها على السقوط في
حين دلت جملة أخرى منها على عدمه، إلا أنها خارجة عن محل
كلامنا وسيأتي الحديث عنها في محلها انشاء الله.
(١) بلا اشكال فيه على ما يستفاد من قوله تعالى: (وعلى المولود
له رزقهن) (٢) وجملة من النصوص المعتبرة، فإذا وجبت على
الزوج - وضعا - كانت المرأة غنية باعتبار كونها مالكة لها في ذمته
فلا يجب على المولى الانفاق عليها لأن وجوبها عليه تكليفي محض فلا
يجب مع غناها.
نعم لو سقطت بالنشوز كما ذهب إليه المشهور أو بخروجها من
داره وانفصالها عنه - كما اخترناه - وجبت نفقتها على المولى لكونها
فقيرة حينئذ.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) البقرة: ٢٣٣.

إلا إذا منعها مولاه عن التمكين لزوجها أو اشترط كونها عليه (١).

وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج (٢) والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهارا ويخلي بينها وبين الزوج ليلا ولا بأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار (٣) ولو اشترط غير ذلك فهما على شرطهما (٤).

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

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

(٣) وهو ما رواه في الجعفریات قال: أخبرنا عبد الله أخبرنا محمد حدثني موسى قال حدثنا أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (ع) أنه قال: (إذا تزوج الحر الأمة تخدم أهلها نهارا وتأتي زوجها ليلا وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك به وإن حالوا بينه وبين امرأته فلا نفقة لهم عليه) (١) إلا أن سند الكتاب غير موثق وإن أصر الشيخ النوري (قده) على صحته غير أنه لا دليل عليه ومن هنا فلا وجه لما ذكر بل لا بد من الالتزام بالجواز مطلقا ما لم يكن منافيا لحق الزوج، وعدم الجواز كذلك عند منافاته له.

(٤) لعموم وجوب الوفاء بالشرط.

(١) الجعفریات: ص ١٠٥.

ولو 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 والأقوى العكس (١)،

(١) بل الأقوى هو القول بعدم الجواز لكل منهما، وذلك 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 في استخدامها، فلا يجوز ذلك لكل منهما إلا بإذن الآخر بل لو خالف الزوج ضمن المنافع الفاتئة للمولى. ثم في فرض تعارضهما فهل تجب على الأمة إطاعة زوجها أم تجب عليها طاعة مولاها؟

الصحيح هو أن يقال: إن المقام لما كان من مصاديق التزاحم حيث لا يمكن الأمة الجمع بين السفر وعدمه فلا بد من القول بالتحخير إن لم يكن هناك مرجح لأحد الطرفين، لكن من غير البعيد أن يقال بترجيح حق المولى لأنه أقوى باعتبار كونه مالكا للعين والمنفعة بخلاف الزوج حيث لا يملك إلا منفعة الاستمتاع، ويكفي في تقديم حق المولى احتمال الأقوائية فإنه منجز في باب التزاحم على ما بين في محله.

وبعبارة أخرى نقول: إن الأمة لما لم يمكنها الجمع بين حق المولى وحق الزوج حيث يأمر أحدهما بالسفر والآخر بالبقاء، وقع التزاحم بين الأمرين لا محالة باعتبار أن كلا منهما مشروط بالقدرة، ومقتضاه

لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية، والرجال قوامون على النساء (١). وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلا ما كان واجبا عليه من الوطئ في كل أربعة أشهر (٢) ومن حق القسم. (مسألة ٥) إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صح على الأقوى من ملكية العبد والأمة (٣)،

هو التخيير ما لم يحتمل أهمية أحدهما وإلا قدم ما احتمل أهميته، وحيث في المقام يحتمل أهمية أمر المولى لكونه مالكا للعين وجميع منافعها باستثناء منفعة الاستمتاع، تعين عليها أطاعته لا محالة.

(١) الظاهر أن هذه الآية الكريمة أجنبية عن محل الكلام فإنها واردة في أن الرجل يقوم ظهر المرأة ووجوب إطاعته عليها، ومن الواضح أن هذا لا ينافي وجوب إطاعة المولى عليها أيضا. (٢) فلا تجب إطاعته لمخالفته لأمر الله تبارك وتعالى، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

(٣) الكلام تارة في امكان ملكيتهما وأخرى في وقوعه خارجا والدليل عليه.

أما المقام الأول: فلا ينبغي الشك فيه، فإن الملكية إنما هي من الأمور الاعتبارية وقائمة بالاعتبار وهو سهل المؤنة، فللشخص أن يعتبر ما يشاء ما دام يترتب عليه الأثر - كي لا يكون لغوا - وأما من تقوم به الملكية ويكون مالكا فلا دليل على اعتبار كونه حرا، بل

وإن كان للمولى أن يملك ما ملكاه.
بل الأقوى كونه
مالكا لهما ولمالهما ملكية طويلة (١).

يمكن أن يكون جمادا كالوقف على المسجد وما شاكله.
وأما المقام الثاني: فيمكن الاستدلال على وقوعه بجملة من النصوص
المعتبرة كالتالي دلت على نفي الزكاة في مال العبد، فإنه ظاهر في
كون العبد مالكا غاية الأمر أن أمواله مستثناة من حكم الزكاة وإلا
فلو لم يكن العبد مالكا لم يكن وجه لنفي الحكم عنه لكونه سالبة
بانتفاء الموضوع، والتي دلت على أن العبد لا يرث ولا يورث فإن
الحكم بأنه لا يورث ظاهر في أنه يملك إلا أن أمواله لا تنتقل بموته
إلى ورثته، وإلا فلو لم يكن له مال لعدم قابليته للملكية لم يكن
وجه للقول بأنه لا يورث، والتي دلت على أن العبد ليس له التصرف
في أمواله من دون إذن سيده كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله
عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من
ماله إلا بإذن مولاه (١). فإنها تدل وبكمال الصراحة على أن العبد
يملك غاية الأمر أنه محجور عليه وليس له التصرف إلا بإذن مولاه.
(١) إذ لا محذور فيه عقلا نظرا إلى أن الملكية من الأمور الاعتبارية
فلا يأتي فيها التضاد أو التناقض أو التماثل لأنها إنما تختص بالأموال
التكوينية الموجودة في الخارج، فلا مانع من اعتبار شيء واعتبار
عدمه في آن واحد عقلا غاية الأمر أنه يكون لغوا ولا يصدر من
الحكيم إذا لم يكن له أثر وإلا فلا لغوية فيه أيضا كما هو الحال في
اعتبار وكيلين أو متولين مستقلين بحيث يعمل كل منهما منفردا عن الآخر.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

محذور عقلي لأن العبد ممنوع من التصرف ولا يورث فلا يأتي فيه ما ذكر من أن اعتبار الملكية له يقتضي جواز تصرفه فيه كيف يشاء وانتقاله إلى ورثته بعد موته، إذ أنه لا يقدر على شيء.

إلا أنه لا دليل عليه، بل ربما ينافي ما دل على جواز هبة المولى لعبده شيئا فإن مفهومها إنما هو رفع اليد عن الملكية وسلب ملكيته عن شيء وجعلها لآخر فإنه لا ينسجم مع كون المولى مالكا لذلك الشيء في عرض الملكية العبد أيضا، إذ أنه إنما يكون حينئذ من إضافة مالك إلى مالك لا سلب الملكية عن شخص وجعلها لآخر، بل وربما ينافيه ما دل على نفي الزكاة عن مال العبد، فإن المال لو كان مملوكا للمولى أيضا لوجب فيه الزكاة من هذه الجهة وهو يتنافى مع الحكم بأنه لا زكاة فيه.

وبالجملة: فالالتزام بملكية المولى للمال في عرض ملكية العبد له مضافا إلى أنه لا دليل عليه، ينافيه بعض النصوص الواردة في أبواب متفرقة من الفقه.

إذن: فالصحيح هو الالتزام بما ذكره الماتن (قده) من ملكية المولى للمال ملكية طولية بمعنى أن المال مملوك للعبد أولا وبالذات غاية الأمر أن المولى يملكه أيضا باعتبار ملكيته لمالك المال أعني العبد فهو مملوك له بالتبع لا بالأصل، فإن هذا الالتزام لا محذور فيه أصلا وتدل عليه صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) أنه قال: (في المملوك ما دام عبدا فإنه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا أن يشاء سيده) (١) وصحيحة إسحاق بن عمار

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

قال: قلت لأبي عبد الله (ع): (ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر، فيقول: حللني من ضربتي إياك ومن كل ما كان مني إليك وما أخفتك وأرهبتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيما أعطاه، ثم إن المولى بعد أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى، أحلال هي؟ فقال: لا فقلت له: أليس العبد وماله لمولاه؟ فقال: ليس هذا ذاك: ثم قال (ع): قل له فليردها عليه، فإنه لا يحل له، فإنه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة) (١). فإن قول إسحاق (أليس العبد وماله لمولاه) وإجابة الإمام (ع) عنه بأنه (ليس هذا ذاك) ظاهر الدلالة في أن ملكية المولى للعبد ومن ثم لما يملكه من الأمور أمر مفروغ عنه. والحاصل: أن العبد مالك لأمواله أولا وبالذات، ومولاه مالك لتلك الأموال لكن يتبع ملكيته للعبد نفسه، فملكية المال المعين معتبرة مرتين تارة للعبد بالذات وأخرى للمولى يتبع ملكيته للعبد، وقد عرفت أنه لا محذور في هذين الاعتبارين ما دامت هناك مصلحة فيه. هذا مضافا إلى دلالة صحيحتي محمد بن قيس وإسحاق بن عمار على ما ذكرناه.

نعم لا بد من استثناء صورة واحدة من هذا الحكم حيث لا يملك المولى فيها مال العبد يتبع ملكيته له وهي ما لو أعطى المولى شيئا لعبده في قبال أن يحلله مما اعتدى عليه فرارا من العقاب الأخرى، وذلك لصريح صحيحة إسحاق بن عمار المتقدمة فيملك العبد هذا المال مستقلا ومن دون أن يملكه المولى بالملكية الطولية.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب بيع الحيوان ح ٣.

(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر
توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١).
ولو كانا مبعوضين توقف على إذنهما وإذن المالك (٢).
وليس له اجبارهما حينئذ (٣).

(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤)

(١) لما تقدم في المالك المتحد، إذ لا فرق بين المتحد والمتعدد
فإنهم جميعا يملكونه ولكل منهم حصة فيه، فلا يصح التزويج من
دون إذن المالك أو إجازته.

(٢) أما اعتبار إذنهما فللحفاظ الجزء الحر حيث لا سلطنة للمولى
عليه، وأما اعتبار إذن المالك فللحفاظ الجزء المملوك حيث يكون
التصرف فيه بغير إذنه تعديا على سلطانه وتصرفا في ماله بغير رضاه.

(٣) لعدم السلطنة على جزئهما الحر.

(٤) الروايات الواردة في المقام أربع إحداها واردة في شراء
الحررة زوجها العبد وهي رواية سعيد بن يسار قال: سألت أبا عبد الله
عليه السلام (عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتره هل يبطل
نكاحه؟ فقال: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء) (١) إلا أنها
ضعيفة السند من جهة أن شيخ الكليني (قده) أبا العباس محمد بن جعفر
لم يرد فيه توثيق.

وثلاث منها واردة في الإرث هي:

١ - صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (ع)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

يقول (في رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب في زوج أمه، ثم مات الولد أترثه أمه؟ قال: نعم، قلت: فإذا ورثته كيف يصنع وهو زوجها؟ قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبدها) (١).

ثم إن صاحب الوسائل (قده) قد جعل كلمة (وهو عبدها) بين قوسين وجعل عليها حرف (خ) إشارة إلى أنها نسخة غير أننا عند مراجعتنا إلى المصدر وجدنا أن الكلمة ثابتة فيه من غير الإشارة إلى كونها نسخة، فما فعله (قده) لعله من سهو القلم.

٢ - صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: (قضى أمير المؤمنين في سرية رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفي سيدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ثم توفي ولدها فورثت زوجها من ولدها، فجاءا يختلفان يقول الرجل: امرأتي ولا أطلقها، وتقول المرأة عبدي لا يجامعني، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين إن سيدي تسراني فولدني ولدا ثم اعزلني فانكحني من عبده هذا، فلما حضرت سيدي الوفاة اعتقني عند موته وأنا زوجة هذا وأنه صار مملوكا لولدي الذي ولدته من سيدي، وإن ولدي مات ثم ورثته هل يصلح له أن يطأني، فقال لها: هل جامعك منذ صار عبدك وأنت طائعة؟ قالت: لا يا أمير المؤمنين، قال: لو كنت فعلت لرجمتك اذهبي فإنه عبدك ليس له عليك سبيل إن شئت أن تبيعي وإن شئت أن ترقني، وإن شئت إن تعتقي) (٢).

٣ - معتبرة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) قال: (في

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

وتستحق المهر إن كان ذلك بعد الدخول (١). وإما أن كان قبله ففي سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه وجوه مبنية على أنه بطلان أو انفساخ (٢). ثم هل يجري عليها حكم الطلاق الدخول أو لا؟ وعلى السقوط كلا إذا

امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: ليس بينهما نكاح (١). وهذه النصوص وإن كانت واردة في تملكها له بالإرث، إلا أن الظاهر من الصحيحتين الأوليين هو أن انفساخ الزوجية إنما هو من جهة عدم اجتماع الزوجية والعبودية مطلقاً وأن الرجل الذي هو عبد للمرأة وليس له عليها سبيل لا يصلح أن يكون زوجها لها ويقوم ظهرها من دون أن يكون لسبب العبودية خصوصية ومن هنا فيتم ما ذكره الماتن (قده) وإن كانت الرواية الواردة في شرائها لزوجها ضعيفة السند. (١) بلا اشكال فيه ولا خلاف، لاستقراره بالدخول بعد أن كان العقد صحيحاً، فلا موجب لسقوط بعضه فضلاً عن تمامه. (٢) وذلك 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 الرافع كأنه لم يقع في الخارج ولم يكن في حينه كما هو الحال في موارد الفسخ بالخيار.
الثاني: زواله من حين طرو العذر وبطلانه عند تحقق السبب كما هو الحال في الطلاق.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة السيد بطل الشراء،
للزوم خلو البيع عن العوض (١).
نعم لا بأس به إذا كان

المهر ولا جزء من الألف فضلا عن نصفه، بل تستحق تمام ما سمي
في العقد.

(١) لانفساخ الزوجية بمجرد شراء الزوجة زوجها فيرجع المهر
إلى السيد لا محالة وبذلك لا يتحقق مفهوم البيع الذي هو عبارة عن
مبادلة مال بمال لأن تملك العبد حينئذ يكون بلا عوض، وليس
هذا تخصيصا في أدلة البيع أو شراء الزوجة زوجها وإنما هو خروج
عنها بالتخصيص، حيث لا يتحقق فيه مفهوم البيع والشراء.
وقد خالف في ذلك شيخنا الأستاذ (قده) حيث التزم بالصحة
بدعوى أن سقوط المهر معلول لشراء الزوجة العبد وإلا فالزوجية
قبل ذلك ثابتة والمهر لازم للمولى وهي تملكه بلا خلاف وإنما يعرض
البطلان في مرتبة متأخرة عن الشراء ومن هنا فحيث إن المرأة تملك
المهر في رتبة الشراء فلا وجه للحكم بالبطلان لعدم خلو البيع عن العوض.
وقد أشكل عليه في بعض الكلمات بأنه لا فرق في البطلان بين
أن يكون في مرتبة متقدمة عن الشراء أو يكون في مرتبة لاحقة له
فإن سقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء موجب لبطلان الشراء في
الرتبة اللاحقة فيلزم نفس المحذور المذكور في المتن.
ولكنه مندفع بأنه: لا موجب للحكم ببطلان البيع فيما إذا كان
سقوط المهر في مرحلة متأخرة عنه، بل لا بد من الحكم بالصحة
ولزوم دفع بدل المهر إلى السيد على الزوجة، نظرا لتلف نفس المهر
حكما بانتقاله إلى البائع في مرحلة سابقة عن انفساخ العقد، كما هو

الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذ (١). وعن العلامة في القواعد: البطلان إذا اشترته بالمهر الذي في ذمة العبد وإن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض. وهو مبني على عدم صحة ملكية المولى في ذمة العبد. ويمكن منع عدم الصحة (٢). مع أنه لا يجتمع ملكيتها له ولما في ذمته،

ومن هنا فرمان الحدث هو بعينه زمان الخروج من الصلاة وإن كان الثاني متأخرا في الرتبة عن الأول، إلا أنه لا عبرة بذلك وإنما العبرة بالزمان وحيث إنه لا زمان يقع فيه الحدث مغايرا لزمان الخروج عن الصلاة بحيث يصدر منه الحدث وهو في الصلاة، فلا موجب للحكم بالبطلان.

فإن هذا الكلام يجري بعينه في المقام فيقال إن الزوجة في زمان انتقال العبد إلى ملكها لم تكن مالكة للمهر لانتقاله في ذلك الزمان إلى ملك من كان عليه المهر، وإن كانا يختلفان في الرتبة، وعلى هذا فليس هناك زمان ينتقل فيه المهر إلى البائع كي ينتقل العبد إلى ملك الزوجة وتحصل به مبادلة المال بالمال، كي يحكم بالصحة، بل لا محيص عن الالتزام بالبطلان لخلو البيع عن العوض وعدم تحقق مبادلة بالمال.

(١) بلا خلاف فيه. حيث يكون ملكا طلقا لها تفعل به ما تشاء فإذا اشترت به العبد من مولاه حكم بصحة البيع وبه يسقط ما في ذمة المولى كما هو الحال في الشراء من المدين.

(٢) بل قد عرفت أنه هو الصحيح، فإنه يضمن ما يتلفه من

بل ينتقل ما في ذمته إلى المولى بالبيع (١) حين انتقال
العبد إليها،
(مسألة ٨): الولد بين المملوكين رق (٢)، سواء

أموال المولى بلا خلاف، فيتبع به بعد العتق.
(١) ثمنا وعضوا لانتقاله هو إلى الزوجة.
(٢) بلا اشكال ولا خلاف فيه بين المسلمين قاطبة، فإنه نماء
لهما فيتبعهما في الرقية.
وتدل عليه - مضافا إلى السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع)
فإن المسلمين كانوا يملكون للعبيد والإماء وكانوا يملكون أولادهم
أيضا من غير ردع أو زجر - جملة من النصوص المعتبرة الدالة على
حرية المولود من أبوين أحدهما حر، فإن هذه الأسئلة والأجوبة إنما
تكشف عن وضوح مملوكية المولود من المملوكين لدى السائل،
ويؤيد ذلك خبر أبي هارون المكفوف: (قال: قال لي أبو عبد الله (ع):
أيسرك أن يكون لك قائد؟ قلت: نعم، فأعطاني ثلاثين دينارا،
وقال: اشتر خادما كسوميا فاشتراه، فلما أن حج دخل عليه فقال
له: كيف رأيت قائدك يا أبا هارون؟ قال: خيرا، فأعطاه خمسة
وعشرين دينارا وقال له: اشتر له جارية شبانية فإن أولادهن فره
فاشترت جارية شبانية فزوجتها منه فأصبت ثلاث بنات فأهديت
واحدة منهن إلى بعض ولد أبي عبد الله (ع) وأرجو أن يجعل ثوابي
منها الجنة وبقيت ثنتان ما يسرني بهن ألوف) (١).
غير أن هذه الرواية لا تخلو من الاشكال في السند.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة (١) أو عن زنا منهما أو من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أو عند أحدهما (٢) وأما إذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح (٣)،

-
- (١) بلا خلاف فيه، فإنه نماء لهما وينتسب شرعا إليهما فيكون رقا لا محالة كما هو الحال في التزويج الصحيح.
- (٢) كل ذلك لكونه نماء لهما فلا يتصف بالحرية مع كونهما رقين بل يتبعهما في العبودية لا محالة.
- (٣) أما إذا كانت الأم حرة فلا اشكال ولا خلاف في حرية الولد وتدل عليه مضافا إلى السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) جملة من النصوص الصحيحة الدالة باطلاقها أو نصها على المدعى كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: (في العبد تكون تحته الحرية، قال: ولده أحرار فإن أعتق المملوك لحق بأبيه) (١) وغيرها من النصوص التي يأتي ذكرها.
- وأما لو كان الأب حرا وكانت الأم أمة، فالمشهور شهرة عظيمة بل ادعي عليه الاجماع أنه يلحق بالأب في الحرية ولا عبرة بعبودية الأم، قد دلت على ذلك جملة من النصوص الصحيحة كمعتبرة جميل ابن دراج قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قلت فعبد تزوج حرة، قال:

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

يلحق الولد بأمه) (١). وغيرها من الأخبار.
ولكن قد خالف في ذلك ابن الجنيد فالتزم بتبعية الولد للأم في
الرقية إلا إذا اشترط حرته، واستدل عليه بعدة روايات معتبرة
كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) (في رجل زوج أمته من
رجل وشرط عليه أن ما ولدت من ولد فهو حر فطلقها زوجها أو
مات عنها فزوجها من رجلا آخر ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها،
ما جعل ذلك إلا الأول وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء
أمسك) (٢).

وهذه المعتبرة كما تراها صريحة في لحوق الولد بالأمه في صورة
عدم الاشتراط.

ومن هنا فيقع التعارض بينها وبين النصوص المتقدمة التي دلت
على تبعية الولد للأب في هذا الفرض صراحة، وحيث لا مجال
لحملها على صورة الاشتراط نظرا إلى أن الظاهر منها أنه (ع) إنما
هو في مقام بيان تبعية الولد للأب من حيث حرية الأب بحد ذاتها
ومع قطع النظر عن جهة أخرى كالاشرط، يتعين حمل صحيحه الحلبي
على التقية إذ ينسب إلى العامة القول باللحوق إلى الأم وإلا فلا
محيص عن الالتزام بسقوط الطائفتين معا للتعارض ويكون المرجع حينئذ
هو عمومات أو اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الشريفة المثبتة
للأحكام التكليفية والوضعية حيث إن مقتضاها ثبوت هذه الأحكام
لجميع المكلفين من دون توقف على إذن أحد أو رضاه، إلا أنه قد
خصص بالدليل المنفصل بالمملوك حيث لا يقدر على شئ ولا بد له في

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١٣.

أو شبهة مع العقد أو مجردة (١) حتى فيما لو دلست الأمة نفسها بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى وإن كان يجب

الله بفعله أو نهى عنه، بالعقل والآيات والنصوص، فإن البشر مطلق العنان في تصرفاته يفعل ما يريد ويترك ما يشاء غير ما أمر به المولى عز وجل، ومن هنا فإذا شككنا في جعل التقييد كان لنا التمسك بالأصل لنفيه.

وعليه فحيث إن مرجع الرقية إلى التقييد بخلاف الحرية حيث إن مرجعها إلى الاطلاق، كان المرجع عند الشك في جعلها لفرد هو أصالة العدم ولا يعارض ذلك بأصالة عدم جعل الحرية حيث لا أثر لهذا الجعل بالمرّة. فيحكم بحرية هذا المولود لا محالة.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب إليه المشهور بل كاد أن يكون اجماعاً من لحوق الولد بالحر من الوالدين سواء أكان هو الأب أم كان الأم.

(١) فإن الحر المشتبه إذا كان هو الزوج فلا اشكال في لحوق الولد به وتدل عليه مضافاً إلى أصالة الحرية، جملة من النصوص المعتبرة كالتالي وردت فيمن تزوج امرأة ادعت الحرية فأولدها ثم انكشف كونها أمة حيث حكم (ع) بتبعية الولد للأب في الحرية والتي وردت فيمن يشتري الأمة من السوق فيستولدها ثم يظهر كونها مغصوبة ولم يحز مالکها البيع، فحكم الإمام (ع) بحرية الولد أيضاً. فإن هذه النصوص تدل على تبعية الولد للأب الحر وحرية فيما إذا كان هو المشتبه في الوطء.

وأما إذا كان الاشتباه من جانب الأم الحرة فالمشهور والمعروف بينهم هو الحكم بتبعية الولد لها في الحرية، وقد خالف في ذلك

الشيخ المفيد (قده) في المقنعة ووافقه عليه الشيخ الطوسي (قده) حيث إنه (قده) قد أورد كلام المفيد (قده) وذكر رواية تدل عليه من دون أن يعلق عليه بشيء، فيظهر منه الرضا بما ذكر في المتن وهذه الرواية هي رواية العلاء بن رزين عن أبي عبد الله (ع) قال: في رجل دبر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد وولده لورثة الميت، قلت: أليس قد دبر العبد؟ قال: أنه لما أبق هدم تديره ورجع رقا).

إلا أن هذه الرواية مضطربة السند إلى حد لم يعهد لها مثيل في الروايات على الإطلاق، فإن الشيخ (قده) قد ذكرها في التهذيب في موردين أحدهما في باب العقود على الإمام وقد ورد السند هكذا (البزوفري عن أحمد بن إدريس عن الحسين (الحسن) بن أبي عبد الله ابن أبي المغيرة (عن ابن أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) وثانيهما في باب التدبير وقد ورد السند هكذا (البزوفري عن أحمد بن إدريس عن الحسن بن علي بن أبي عبد الله (عبد الله) بن المغيرة (أبي المغيرة) عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) هذا بحسب الطبعة القديمة، وأما الطبعة الحديثة فقد ورد في المورد الأول 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) وأما المورد الثاني فقد ورد فيه (البزوفري عن أحمد بن إدريس عن الحسن بن علي بن عبد الله بن المغيرة عن

(١) التهذيب: ج ٧ ص ٣٥٣.

الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين (١) وقد ذكرها صاحب الوافي (قده) أيضا في موردين ففي باب النكاح رواها عن (البزوفري عن القمي عن الحسن بن أبي عبد الله عن ابن المغيرة عن ابن فضال عن العلاء بن رزين) من دون تعرض لاختلاف النسخ، وأما في باب التدبير فقد ذكر أن في أكثر النسخ (الحسين بن علي أبي عبد الله بن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) إلا أن في بعضها الحسن بدلا عن الحسين كما أن في بعضها (الحسين ابن علي عن أبي عبد الله بن أبي المغيرة عن الحسن بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) ثم استظهر بعد ذلك كله أن الصحيح هو ما ورد في المورد الثاني من الطبعة الحديثة للتهذيب. ثم إن صاحب الوسائل (قده) قد رواها أيضا 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 ابن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) (٢) كما رواها في أبواب نكاح العبيد والإماء عن (محمد بن الحسن عن البزوفري عن الحسين ابن أبي عبد الله عن ابن أبي المغيرة عن الحسين بن علي بن فضال عن العلاء بن رزين) (٣)، من دون أن يتعرض إلى اختلاف النسخ في كلا موردين.

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

(١) التهذيب: ج ٨ ص ٢٦٥.

(٢) الوسائل: ج ١٦ باب ١٠ من أبواب التدبير، ح ٢.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

مباشرة ومن دون واسطة لاختلاف طبقتيهما، ومن هنا فمن المطمئن به سقوط (أحمد بن إدريس) من القلم أو الطبع.

وعلى هذا: فالرواية ساقطة من حيث السند ولا مجال للاعتماد عليها. ومنه يظهر الحال فيما ذكره صاحب الحدائق (قده) من أن المشهور وإن ذهبوا إلى تبعية الولد لأشرف أبويه وهو الأم في المقام لكونها حرة إلا أن الرواية المعتبرة لما كانت واردة في خصوص هذا المورد ودالة على الحاقهم بأبيه العبد فلا بد من تخصيص القاعدة.

فإن هذه الرواية غير معتبرة - كما عرفت - على أنه لو فرض تمامية سندها فهي مبتلاة بالمعارض وهو صحيح محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله (ع): (عن مملوك لرجل أبق منه فأتى أرضاً فذكر لهم أنه حر من رهط بني فلان وأنه تزوج امرأة من أهل تلك الأرض فأولدها أولاداً، وأن المرأة ماتت وتركت في يده مالا وضيعة وولدها، ثم إن سيده بعد أتى تلك الأرض فأخذ العبد وجميع ما في يديه وأذعن له العبد بالرق. فقال: أما العبد فعنده، وأما المال والضيعة فإنه لولد المرأة الميتة لا يرث عبد حراً، قلت فإن لم يكن للمرأة يوم ماتت ولد ولا وارث لمن يكون المال والضيعة التي تركتها في يد العبد؟ فقال: يكون جميع ما تركت لإمام المسلمين خاصة) (١) فإنها واردة في محل النزاع وصريحة في حرية الولد.

فلو تم سند تلك الرواية لكانت معارضة بهذه الرواية فتسقطان معا لا محالة ويكون المرجع حينئذ هو عمومات ما دل على تبعية الولد لأشرف أبويه، وأصالة الحرية.

ومن الغريب أن الشيخ (قده) وصاحب الحدائق (قده) لم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب العيوب والتدليس، ح ٣.

عليه حينئذ دفع قيمة الولد إلى مولاهما (١) وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحر منهنما، فالولد رق (٢)،

يلتفتا إلى هذه الرواية عند تمسكهما برواية العلا بن رزين، مع تضلعهما في الأخبار.

(١) وسيأتي الحديث في هذا الفرع والذي سبقه في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل انشاء الله.

(٢) فإن الحر الزاني إن كان هو الأب، كان الولد رقا لكن لا لما قيل من انتفاء الانتساب عنه شرعا فيلحق بالأم المملوكة فيكون رقا لا محالة، فإنه مردود بأنه لم يعثر في شيء من الأخبار المعتبرة منها وغير المعتبرة ما يدل على انتفاء النسب بين الزاني أو الزانية والولد، إذ غاية ما ورد في النصوص إنما هو نفي التوارث بينهما ومن الواضح بأنه لا يدل على انتفاء النسب، فإنه ثابت في القاتل والكافر والحال أنه لا قائل بانتفاء النسب بينهما.

وأما قوله صلى الله عليه وآله: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فهو أجنبي عن محل الكلام بالمرّة فإن مورده إنما هو حالة الشك وفرض عدم العلم فلا يشمل ما إذا علم تكون الولد من ماء الزاني، حيث لا يلحق الولد بالزوج بلا خلاف.

ومن هنا كان التزامنا بترتب جميع أحكام الأبوة والبنوة - عدا الإرث - عليهما، فلا يجوز للزاني أن يتزوج من البنت المخلوقة من مائه.

بل لجملة من النصوص المعتمدة التي دلت على الحكم بالصرحة ، كصحيحة سماعة قال: سألته (عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: ولده مملوكون إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة فلا يملك ولده ويكونون أحرارا) (١)

وهي وإن كانت تشمل باطلاقها صورة الوطئ شبهة أيضا، إلا أنه لا بد من تقييد الاطلاق بغير فرض الشبهة وذلك للنصوص المعتمدة المتقدمة الدالة على لحوق الولد بالحر إذا كان مشتبهًا، وبذلك تكون الرواية دالة على لحقوق الأولاد بالأمة في فرض الزنا وإن كان أبوهم حرا وصحيحة عاصم بن حميد عن أبي عبد الله (ع): (في رجل ظن أهله أنه قد مات أو قتل فنكحت امرأته وتزوجت سرية فولدت كل واحدة منهما من زوجها ثم جاء الزوج الأول وجاء مولى السرية فقضى في ذلك أن يأخذ الأول امرأته فهو أحق بها ويأخذ السيد سرية وولدها إلا أن يأخذ رضاه من الثمن ثمن الولد) (٢).

ومثلها صحيحة محمد بن قيس عنه (ع) (٣).
فإنهما ظاهرتان في الزنا حيث إنهما واردتان فيمن ظن موت الرجل فتزوج بامرأته أو جاريتها المسراة، ومن الواضح أن الظن لا يغني شيئا فيكون الفعل زنا لا محالة.

ومعتبرة حريز عن زرارة قال: قلت لأبي عبد الله (ع):
(أمة أبقت من موالها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦.

(٣) الوسائل: ج ١٧ باب ٦ من أبواب الغصب، ح ١.

فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها فظفر بها مولها بعد ذلك وقد ولدت أولادا، قال: إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها، وذهب القوم بأمتهم، وإن لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده) (١).

وهذه الرواية معتبرة سنداً باعتبار أن عبد الله بن يحيى المذكور في سندها من جملة رواة تفسير علي بن إبراهيم، وليس هو الكاهلي كما توهمه بعضهم.

نعم ذكر الكليني (قده) في الكافي هذه الرواية بعين هذا المتن والسند إلا أن فيه عبد الله بن بحر بدل عبد الله بن يحيى وهو ممن لم يوثق، وحيث إن الكليني أضبط نقلاً يشكل اعتبار هذه الرواية معتبرة من جهة السند.

وخبر علي بن حديد عن بعض أصحابه عن أحدهما (ع) (في رجل أقر على نفسه بأنه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب: قال: ترد الجارية والولد على المغصوب إذا أقر بذلك الغاصب) (٢).

والحاصل: أن الصحيح في المقام وإن كان هو ما ذهب إليه المشهور من عدم لحوق الولد بأبيه الحر، إلا أن الوجه فيه لم يكن ما ذكره من عدم الانتساب إليه شرعاً، فإنك قد عرفت بطلانه، وإنما كان هو النصوص المعتبرة الواردة في المقام.

ومن هنا يظهر اندفاع توهم: أن الولد لما كان مولوداً من الحر كان مقتضى أصالة الحرية وما دل على عدم استرقاق من كان أحد

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ثم إذا كان المملوك كان لمالك واحد فالولد له (١). وإن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية (٢)،

أبويه حرا هو الحكم بحريته، فإنه في غاية الفساد، فإن النصوص التي تقدمت تمنع من الرجوع إلى الأصل وتخصص عمومات ما دل على عدم استرقاق من كان أحد أبويه حرا. وإن كان الحر الزاني هي الأم فقد يقال بأن الولد مملوك لمالك الأب العبد، لكنه مدفوع بأنه لا أساس له سوى ما ذكرناه من دعوى ارتفاع النسب بالزنا، فهو حينئذ لا يكون ولدا للحر، فيتبع أباه في الرقية لا محالة، لكنك قد عرفت فسادها حيث لا دليل عليها بالمرّة ومن هنا فالقول بتبعيته للأم هو المتعين فإنه نماء لها والرجل ليس إلا لقاحا ويدل عليه ما دل على أنه لا يسترقت من كان أحد أبويه حرا، ومع التنزل عنه تكفينا اطلاقات وعمومات الكتاب والسنة المقتضية للحرية، حيث لا دليل على رقيته والشبهة حكمية، ومع الاغماض عنها فأصالة الحرية هي المحكمة.

(١) بلا خلاف ولا اشكال لكونه نماء لملكه سواء أقلنا بتبعيته لأبيه أم قلنا بتبعيته لأمه.

(٢) لا نعلم لذلك وجهها صحيحا كما اعترف به غير واحد من الأصحاب فإن المولود إنما هو نماء المرأة، والرجل لا يقوم إلا بدور اللقاح كما هو الحال في سائر الحيوانات حيث يعد المولود نتاجا للأنثى من دون أن يكون للذكر فيه نصيب إلا قيامه بدور اللقاح. وما يقال من أن الانسان غير الحيوان حيث إن النسب مقصود في آدميين فيلاحظ أب المولود، بخلاف الحيوانات.

لم يكن ماله بعد ذلك محترماً فيلحق الولد بالأمة، وهو بخلاف العبد فإنه لا يملك شيئاً فلو كان منيه مملوكاً وكان الولد من نتاجه أو نتاجهما معا لكان ينبغي القول باختصاص مولاه أو اشتراكه مع مولى الأمة في الولد، حيث لا يتأتى هنا القول بأنه قد أقدم على الغاء احترام ماله. هذا ويمكن الاستدلال على تبعية الولد للأم وكونه من نتاجها بطوائف من الأخبار.

منها: ما ورد في المولود من فجور الحر بالأمة حيث دلت على كونه رقاً لمالكها وقد تقدمت جملة منها فإنه إنما يتم بناءً على ما ذكرناه من كون الولد نتاجاً للأم وإلا لم يكن وجه لكونه بتمامه رقاً لمالك الأمة، بل كان ينبغي أن يكون نصفه حراً ونصفه الآخر مملوكاً له. ومنها: ما دل على أن الأمة إذا دلست نفسها وادعت الحرية فتزوجها حر كان الأولاد أحراراً وكان على الأب أن يدفع قيمته إلى مولاه يوم سقط حياً، كصحيحة سماعة قال: سألت أبا عبد الله (ع): (عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البيعة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهم هي وولدها، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه) (١).

فإنه لو كان الولد نتاجاً للأبوين لكان ينبغي أن يدفع إلى مولاهم نصف قيمته خاصة فالحكم بضمانه لتمام القيمة دليل على كونه من نتاج الأمة خاصة.

ومنها: ما دل على أن حمل المدبرة إن كان بعد التدبير فهو مدبر كالأم وإلا فلا يتبع الأم في التدبير كموثقة عثمان بن عيسى الكلابي عن أبي الحسن الأول (ع) قال: (سألته عن امرأة دبرت جارية

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة هي مدبرة أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة؟ أقبل ما دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري ولكن أجنبي فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه) (١)، وكذلك ما ورد في الأود المدبرة بعد التدبير كصحيحة أبان بن تغلب قال: سألت أبا عبد الله (ع) (عن رجل دبر مملوكته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها وترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيتها فإذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار (٢).

وعنوان الرجل في هذه الرواية وإن كان أعم من الحر والمملوك إلا أنه لا بد من حملة على المملوك إذ لو كان الأب حرا لم يكن وجه للسؤال عن كون الأولاد مدبرين أم لا، لكونهم حينئذ أحرارا تبعا لأشرف أبويهم، وعلى هذا فالرواية غير شاملة في نفسها لما إذا كان الزوج حرا، وعلى فرض شمولها له فهو خارج بما دل من النصوص على حرية الولد إذا كان أحد أبويه حرا.

ومن هنا فقد أطلق صاحب الشرائع (قده) حيث ذكر أن المدبرة لو حملت بمملوك سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهة كان مدبرا ولم يقيده بما إذا كان المملوك متولدا من عبد له فيعم الحكم ما إذا كان من عبد لغيره، ونعم ما صنع.

وعلى كل: فمقتضى إطلاق هذه الرواية أن الولد يكون لمالك الأمة ويكون مدبرا بتبعها سواء أكان الأب مملوكا له أم كان مملوكا

(١) الوسائل: ج ١٦ باب ٥ من أبواب التدبير ح ٥.

(٢) الوسائل: ج ١٦ باب ٥ من أبواب التدبير ح ١.

إلا إذا اشترط التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (١)،

لغيره، بل إن اطلاق رواية الحمل يشمل ما إذا كان الزوج حراً وكان التزويج فاسداً، فيلحق الولد بأمه ويكون مدبراً، وهو يدل على كونه من نتائجها خاصة.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب إليه أبو الصلاح وجماعة من تبعية الولد لأمه فيكون رقا لمالكها على ما تقتضيه القواعد.

(١) وكأنه لعموم قوله صلى الله عليه وآله: (المؤمنون عند شروطهم) حيث إن مقتضاه نفوذ كل شرط لا يخالف الكتاب أو السنة.

إلا أنه لا يمكن المساعدة على ذلك والوجه فيه ما بيناه في مبحث الشروط مفصلاً من أن دليل نفوذ الشرط ليس بمشروع بحيث يقتضي

شرعية ما هو غير مشروع، وإن غاية ما يقتضيه هو الزام المؤمن

بالوفاء بما هو مشروع في نفسه ومع قطع النظر عن الاشتراط بحيث يكون للمشروط عليه أن يفعله من دون الاشتراط، وأما ما ليس

للمكلف أن يفعله فلا أثر لاشتراطه ولا يقتضي ذلك لزومه ونفوذه،

باعتبار أنه شرط مخالف للكتاب والسنة ومستلزم لتغيير حكم الله تبارك وتعالى، وحيث إن المقام من هذا القبيل باعتبار أن الولد حينما يولد

مملوك لمالك الأم خاصة على ما اخترناه أو مشترك بينه وبين مولى

العبد على ما اختاروه كان اشتراط الزيادة أو الاختصاص مخالفاً

لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله.

والحاصل: إن كل أمر لم يكن مع قطع النظر عن الشرط مشروعاً

لا يتصف نتيجة الشرط بالمشروعية، ولا يلزم العمل به.

وعلى هذا الأساس لم يلتزم فقيه بصحة هذا الاشتراط في غير النكاح

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين (١) أو مع عدم الإذن من واحد منهما (٢).

(١) فيكون الولد مشتركاً بينهما لوحدة النسبة على ما اختاروه ومملوكاً لمالك الأم خاصة على ما اخترناه.

(٢) ما ذكره (قده) لم يظهر له وجه، إذ قد تقدم في جملة من النصوص المتقدمة التصريح بأن المملوك إذا تزوج بغير إذن مولاه كان زانياً، فلا ينسجم حكمه (قده) هذا مع ما يذكره (قده) صريحاً في ذيل هذه المسألة وعليه اجماع الأصحاب من أن العبد إذا كان زانياً لحق المولود بالأمة سواء أكانت هي زانية أيضاً، أم لم تكن. ومن هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) بعد ذلك من اشتراك الموليين فيه فيما إذا كان النكاح عن إذن من أحدهما خاصة. ومن غير البعيد أنه (قده) يريد بذلك فرض الشبهة وعدم العلم بفساد العقد لاعتقادهما مع الإذن أو اعتقادهما عدم اعتباره فإنه حينئذ يتم ما ذكره (قده) من الحاق الفرض بالزواج الصحيح وعليه فإن كانت الشبهة من الطرفين كان الولد مشتركاً بينهما على ما اختاروه ولمالك الأمة على ما اخترناه وإن كان الشبهة من أحدهما خاصة وكان الآخر مأذوناً كان الولد لمالك المشتبه باعتبار أن الإذن يقتضي تنازل الآذن عن حقه وإقدامه على فوات الولد منه باعتبار أن الإذن في التزويج مطلقاً يستلزم جواز تزويج المملوك من الحر فينعتد الولد حراً، فيكون حال هذا الفرع كصورة اشتراط أحد الموليين وهو في المقام من لم يأذن الاختصاص بالولد. غير أنك قد عرفت أنه لا أثر لاشتراط الاختصاص نظراً لكونه

وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك (١).
ولكن المشهور أن الولد حينئذ لمن لم يأذن. ويمكن أن
يكون مرادهم في صورة اطلاق الإذن، بحيث يستفاد
منه اسقاط حق نمائية الولد حيث إن مقتضى الاطلاق جواز
التزويج بالحر أو الحرة، وإلا فلا وجه له. وكذا لو
كان الوطئ شبهة (٢) منهما سواء كان مع العقد أو شبهة
مجردة، فإن الولد مشترك (٣).
وأما لو كان الولد عن
زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة
سواء كان من طرفها شبهة أو زنا (٤)

من شرط النتيجة، فيكون الإذن من أحدهما مثله بطريق أولى باعتبار
أنه لا يملك الولد حين الإذن وإنما يملكه حين التولد.
وكيف كان: فالعبارة لا تخلو من تشويش وغموض، وإن
ذكرت في كلمات غيره أيضا.
(١) ظهر الحال فيه مما تقدم فراجع.
(٢) بلا خلاف فيه بينهم حيث يجري على المولود من الشبهة
أحكام المولود من الزواج الصحيح.
(٣) على ما اختاروه، ومختص بمالك الأمة على ما اخترناه.
(٤) وهو إنما يتم على ما اخترناه من تبعية المولود للأب وأما على
ما اختاره الماتن تبعا للمشهور من الاشتراك فلا وجه له بل لا بد من
الحكم باشتراك المالكين في المولود، فإن زنا العبد لا يوجب سقوط
حق المولى عن نمائه وأما النص الوارد في زنا الحر بالأمة وأن الولد

(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر (١)
لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى (٢) في ضمن عقد

حينئذ لمالك الأمة فلا يمكن التعدي عن موضوعه إلى العبد ولا سيما مع وضوح الفارق بينهما فإن الزاني إذا كان حراً فقد أقدم على الغاء احترام مائه وأما العبد فليس له ذلك فإنه هو ونمائه مملوك لغيره. (١) لجملة من النصوص المعتبرة، على ما تقدم بيانها مفصلاً. (٢) خلافاً للمشهور حيث التزموا بصحة الشرط ونفوذه مستدلين له تارة بعمومات أدلة نفوذ الشرط كقوله (ص): (المؤمنون عند شروطهم) وأخرى برواية إبراهيم بن هاشم عن أبي جعفر عن أبي سعيد (أبي سعد) عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (لو أن رجلاً دبر جارية ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته وولدها مدبرين، كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك (١)). بدعوى أنها وإن كانت مطلقة من حيث الاشتراط وعدمه إلا أنه لا بد من الحمل على صورة الاشتراط جمعاً بينها وبين ما دل على حرية المتولد من أبوين أحدهما حر. غير أن الصحيح هو ما ذهب إليه الماتن (قده) فإن الاستدلال بالعمومات لا يمكن المساعدة عليه لما عرفته من أنها ليست مشرعة وإنما هي تقتضي نفوذ الشرط المشروع خاصة، فلا توجب لزوم الحكم المخالف للكتاب والسنة. ولو تنزلنا عن ذلك وقلنا بصحة شرط النتيجة، فلا مجال للقول

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١٠.

التزويج فضلا عن عقد خارج لازم. ولا يضر بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج (١).

وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والأقوى عدمه (٢). ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في

هذا كله من جهة ومن جهة أخرى فإن أبا سعيد أو أبا سعد على ما في بعض النسخ مجهول ولم يرد فيه توثيق، ومن هنا فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند.

وأما المقام الثاني: فالرواية أجنبية بحسب الدلالة عن محل الكلام لأنها كالصريحة إن لم تكن صريحة بالفعل في أن تبعية الولد للأم إنما هي من جهة مملوكية الأم، بحيث تكون رقية الولد ناشئة من نفس رقية الأم مع قطع النظر عن سائر الجهات على الإطلاق، فلا تكون دليلا على اقتضاء الاشتراط لرقيته على ما هو محل الكلام فلو تم سند هذه الرواية لكانت من النصوص الدالة على مدعي ابن الجنيد من الحكم برقية الولد إذا كانت أمه مملوكة وإن كان أبوه حرا، ولا ترتبط بما نحن فيه بشيء.

ومن هنا: فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قده) وغيره من الغاء هذا الشرط واعتباره كالعدم، لكونه مخالفا للكتاب والسنة، وإن ذهب المشهور إلى خلافه.

(١) كما لو زوج المولى أمته من حر من غير اشتراط ثم باعه شيئا واشترط عليه أن يكون الولد رقا له، فإنه حينئذ لا مجال للقول بسراية فساد الشرط إلى عقد التزويج الذي وقع مطلقا ومن غير تقييد.
(٢) باعتبار أن الشرط أجنبي عن العقد ولا يوجب تقييده بوجه

فلا مجال لأن يقال: إن المنشأ لما كان هو المقيد كان فاسداً بفساد القيد إذ الدليل على الصحة منحصر بعموماتها كقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) فإذا لم يمتص المقيد شرعاً لفساد القيد وغير المقيد لم ينشأ، فلا محيص عن الحكم بفساده.

وذلك لما ذكرناه في محله من أن الشروط في باب العقود لا تكون قيدياً لها، ولا يكون العقد مقيداً بالشرط كي يكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد نفسه، فإن للشرط في باب العقود معنى غير ما يذكر في الفلسفة أو في باب الأحكام حيث يفسر في الأول بجزء العلة وفي الثاني بالقيود للموضوع أو متعلق الحكم، وقد تقدم ذلك مفصلاً. وملخصه: أن معنى الشرط في العقد لا يخلو من أحد معنيين على نحو منع الخلو فإنهما قد يجتمعان وهما:.

أولاً: تعليق العقد على التزام الطرف الآخر بشيء، بحيث يكون المنشأ هو الحصة المقيدة بالتزام الطرف الآخر، وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والايقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار، فإن فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى - أعني تعليق المنشأ على التزام الآخر - إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي نذكره للشرط، ومن هنا فلا محالة يكون نفس الالتزام قيدياً للمنشأ دون الملتزم به، فلو قالت المرأة زوجتك نفسي على أن لا تخرجني من هذا البلد مثلاً فقبل الرجل أصل الزواج من دون التزام بالشرط، بطل العقد، لأن ما أنشأته المرأة إنما هي الزوجية المقيدة بالالتزام، فإذا لم يلتزم الزوج بذلك انتفى المقيد كلياً وحكم ببطان العقد. لعدم تحقق ما علق الانشاء عليه.

بل المستفاد من بعض النصوص خلافه.

وهذه النصوص عديدة: منها ما هو صريح في عدم فساد العقد بفساد الشرط، ومنها ما هو ظاهر الدلالة فيه كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: (من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل) (١)، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع): أنه سئل عن رجل قال لامرأته: (إن تزوجت عليك أو بت عنك فأنت طالق، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط شرط سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه ولا له) (٢).

وهما ظاهران في الغاء الشرط خاصة وأنه يفرض كالعدم، إذ لو كان أصل العقد فاسدا لم يكن وجه لنفي نفوذ الشرط خاصة حيث لا موضوع له مع فساد العقد.

وأوضح منهما صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): (إنه قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة ووليت حقا ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة) (٣) وصحيحته الأخرى عنه (ع) أيضا أنه قال: (قضى علي (ع) في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه، ح ٢.

(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ١٣ من أبواب المهور، ح ١.

الشرط جاهلا بفساده، لأن في سائر العقود يمكن جبر
تخلف شرطه بالخيار (١)،
بخلاف المقام حيث إنه لا يجري
خيار الاشتراط في النكاح (٢). نعم مع العلم بالفساد
لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضا.

فإن شاء وفي لها بالشرط، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها (١).
وهذه كما تراها صريحة في صحة العقد وبطلان الشرط خاصة.
(١) وهو غريب منه (قده)، إذ لا قائل بثبوت الخيار عند
تخلف الشرط الفاسد، وإنما هو فرع امضاء الشارع للشرط، فإذا لم يكن
كذلك فلا يفرق الحال فيه بين النكاح وغيره.
(٢) على ما هو المشهور شهرة عظيمة، بل إن اشتراطه مبطل
للعقد حتى وإن لم نقل باقتضاء فساد مطلق الشرط لفساد العقد.
والوجه في ذلك أن جعل الخيار في العقد لا ينفك عن تقييد العقد
بزمان فسخ من له الخيار، فيكون المنشأ محدودا بعدم الفسخ لا محالة
إذ أن اطلاق المنشأ لما قبل الفسخ وبعده كالأهمال ممتنع فإنه بعد الفسخ
يرجع كل شئ إلى مالكة، وحيث إن النكاح إما أبدي وإما مؤقت
مع الأبدية تعيين الوقت على ما دلت عليه النصوص فلا مجال
للالتزام بالصحة في المقام نظرا لعدم معلومية وقت الفسخ، بل إن
أصل تحققه غير محرز، فإن من له الخيار قد يفسخ وقد لا يفسخ بالمرّة
وهذه خصوصية في النكاح توجب فساد العقد عند اشتراط الخيار
فيه، نظير فساد البيع عند اشتراط أمر مجهول لكونه غرريا، وليس
هذا من باب اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد، إذ النزاع في كبرى اقتضاء فساد

(١) الوسائل: ج ١٥ باب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.

(مسألة ١٠): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاهما
حرم عليه وطؤها (١)، وإن كان بتوقع الإجازة (٢)
وحيثئذ فإن أجاز المولى كشف عن صحته، على الأقوى
من كون الإجازة كاشفة (٣).

الشرط لفساد العقد إنما هو في العقد الجامع لجميع شرائط الصحة
فلا يشمل مثل المقام حيث إن الفساد من ناحية عدم تعيين الوقت
أو الغرر.

(١) بلا خلاف فيه، ولا يختص الحكم بالمقام بل يعم كل عقد
يتوقف على إجازة من له الإجازة سواء أكان هو السيد أم كان غيره
كالتزوج ببنت الأخ أو بنت الأخت قبل إجازة العمة أو الخالة أو
التزوج بالبكر قبل إذن أبيها.

(٢) إذ لا أثر لمجرد توقعها، وإنما المعتبر في الحل هو تحققها
في الخارج.

(٣) هذا إذا التزمنا بالكشف الحقيقي كما اختاره الماتن (قده)
حيث ينكشف صحة العقد من حين وقوعه وكون الوطء حلالاً في
حينه، وإن كان حراماً ظاهراً لاستصحاب عدم تحقق سبب الزوجية
في فرض الشك في لحوق الإجازة. ولذا يحكم بتعزيره: وأما إذا
علم حين الوطء بأن المولى سيجيزه بعد ذلك وقد تحققت الإجازة
بالفعل لم يثبت حتى التعزير حيث يعلم بحصول الزوجية فلا يكون في
الفعل مخالفة للحكم الواقعي أو الظاهري.

وأما إذا التزمنا بالكشف الحكمي كما اخترناه فالأمة محكومة
بعدم الزوجية إلى ما قبل الإجازة وعندها يحكم بكونها زوجة من حين

وعليه المهر، والولد حر (١). ولا يحد حد الزنا وإن كان عالما بالتحريم بل يعزر، وإن كان عالما بلحوق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة (٢) وعدم التعزير أيضا. وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج. ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالما بالحكم، ولم يكن مشتبهها من جهة أخرى وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمة

العقد، ومن هنا فلا فرق بين العالم بلحوق الإجازة والشاك فيه، فيحكم بكونه زانيا مطلقا باعتبار أنه قد وطأ أجنبية من غير استحقاق أو شبهة ومن ثم فيحد حد الزنا.

نعم لو لحقت الإجازة بل اجراء الحد سقط لا محالة، إذ بها تجري عليه أحكام الزوجية فلا يعتبر الوطئ السابق فعلا زنا وإن كان كذلك إلى ما قبل الإجازة، إلا أن هذا لا يعني سقوط التعزير أيضا فإن الحرمة والمبغوضية لا تنقلبان بالإجازة إلى الإباحة ومن هنا فيعزر على فعله حتى مع علمه بلحوق الإجازة، بل وحتى مع تحققها في الخارج أيضا.

(١) لانكشاف صحة العقد من حينه فيكون ولدا للحر فيحكم بحريته من هذه الجهة.

(٢) بل الظاهر هو التحريم، فإن الفعل على ما اخترناه من الكشف الحكمي محرم قبل تحقق الإجازة في الخارج واقعا ولا ينافيه الحكم بحليته بعد الإجازة، إذ لا مانع من اعتبارين لأمرين متضادين أو متناقضين في زمانين مختلفين كما عرفته مفصلا - وكذلك الحال في التعزير إلا إذا فرض كونه مشتبهها.

أيضا عالمة على الأقوى (١). وفي كونه المسمى، أو مهر
المثل،
أو العشر إن كانت بكرا ونصفه إن كانت ثيبا.
وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير (٢).

(١) وهو مناقض لما تقدم منه (قده) في المسألة الخامسة عشرة
من فصل عدم جواز التزويج في عدة الغير، حيث اختار هناك عدم
استحقاق مولاها للمهر فيما إذا كانت الأمة عالمة، وقد عرفت أنه
الصحيح، فما ذكره (قده) هنا مضافا إلى كونه غير تام في نفسه
مناقض لما تقدم منه (قده).

(٢) وذلك فلأن الأول لا وجه له مطلقا بعد فرض فساد العقد،
والثاني وإن كان على طبق القاعدة، إلا أنه إنما يتم فيما إذا لم يكن
دليل على الخلاف وحيث إن النصوص الخاصة دالة على القول الأخير
فلا مجال للعمل بمقتضى القاعدة وليست من هذه النصوص صحيحة
الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (ع): (في رجل تزوج امرأة
حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له قال: إن كان الذي زوجها
إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي
أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه، وإن لم يجد
شيئا فلا شيء له، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما
أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا. وإن كانت غير
بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها) (١).
بدعوى إنها لا تختص بالتدليس بل تعم وبمقتضى التعليل المذكور
في ذيلها كل مورد يستحل الرجل فرج الأمة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

فإنه مدفوع: بأنها واردة في الوطئ بعقد صحيح غاية الأمر أن للزوج حق الفسخ من جهة التدليس، فلا مجال للتعدي عن موردها إلى فرض الزنا الذي هو محل الكلام.

ولا صحيحة الفضيل بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله (ع): (جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريتيه فهي له حلال، فقال: نعم يا فضيل، قلت: فما تقول في رجل عنده جاريتة له نفيسة وهي بكر حل لأخيه ما دون فرجها، أله أن يقتضها؟ قال: لا، ليس له إلا ما أحل له منها، ولو أحل له قبلة منها لم يحل له سوى ذلك، قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها، قال: لا ينبغي له ذلك قلت: فإن فعل أيكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها (١).

فإنها واردة في مورد خاص وليس فيها تعليل كي يتعدى به، ومن هنا فاثبات حكمها في مورد الزنا يحتاج إلى الدليل.

وإنما هي صحيحة طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) قال: (إذا اغتصب أمة فاقتضها فعليه عشر قيمتها، وإن كانت حرة فعليه الصداق) (٢). فإنها واردة في البكر وواضحة دلالة، وصحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله (ع): (عن رجل اشترى جاريتة حبلى ولم يعلم حبلا فوطأها، قال: يردها على

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٨ باب ٣٩ من أبواب أحكام الزنا، ح ٥.

ويكون الولد لمولى الأمة (١). وأما إذا كان جاهلا
بالحكم أو مشتتبا من جهة أخرى فلا يحد.
ويكون الولد
حرا. نعم ذكر بعضهم: إن عليه قيمته يوم سقط
حيا. ولكن لا دليل عليه في المقام (٣). ودعوى: أنه
تفويت لمنفعة الأمة. كما ترى،

الذي ابتاعها منه ويرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها (١).
وموردها وإن كان وطئ ما يملكه الانسان لا الزنا إلا أن التعليل
المذكور في ذيلها أعني قوله (ع): (لنكاحه إياها) يدل على
اقتضاء مطلق النكاح وطبيعية لثبوت نصف العشر في الثيب التي هي
موردها باعتبار أن الحبل لا يكون غالبا إلا بالوطئ، وعلى فرض
تسليم اطلاقها فهي مخصصة بالنصوص الدالة على ثبوت العشر بتمامه
عند وطئ الباكر.

إذن: فالنتيجة في المقام هو القول بثبوت تمام العشر عند زنا
الحر بالأمة البكر لصحيحة طلحة بن زيد، ونصفه عند الزنا بالثيب
لصحيحة عبد الله بن سنان

(١) وقد تقدم الكلام فيه مفصلا في المسألة الثامنة من هذا
الفصل، حيث قد عرفت أن فرض زنا الأب مستثنى من عموم
حرية الولد فيما إذا كان أحد أبويه حرا.
(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، وقد تقدم الكلام فيه أيضا.
(٣) ما أفاده (قده) غريب منه، إذ الروايات الواردة في تدليس
الأمة نفسها وتزوجها بدعوى الحرية، غير قاصرة الشمول للمقام،

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٥ من أبواب أحكام العيوب، ح ١.

كموثقة سماعة قال: سألت أبا عبد الله (ع) (عن مملوكة أتت قوما وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدا أن مولاهما أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهما هي وولدها، وعلى مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمة يوم يصير إليه) (١).

إذ من الظاهر أنه لا اعتبار بالخصوصيات المذكورة فيها من التدليس وغيره في الحكم، وإنما المدار على جهل الزوج بالحرمة سواء أكان ذلك ناشئا من جهله بالموضوع أم جهله بالحكم خاصة فيشمل الحكم كلتا صورتين وإن كان موردها هو الأول خاصة.

ومما يؤكد ذلك قوله (ع) في ذيل الصحيحة في جواب السؤال عما لو امتنع الأب عن السعي في ثمن ولده: (فعلى الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حر) فإنه واضح الدلالة على عدم اختصاص الحكم بفرض الشبهة الموضوعية وأن العبرة إنما هي بكون الوطئ شبهة بحيث ينتسب الولد إليه شرعا ويتصف بكونه ولدا للحر من دون فرق بين أن يكون ذلك من جهة التدليس أو من جهة أخرى غيره، ومن هنا فيحكم بحرية الولد مع لزوم دفع قيمته إلى مولاهما جمعا بين الحقين. ومع قطع النظر عن ذلك فمن البعيد جدا أن يكون حكم الجهل بالحكم لا سيما إذا كان عن تقصير أهون من حكم الجهل بالموضوع فيجب في الثاني مضافا إلى دفع العشر أو نصفه، قيمة الولد في حين يكون الولد له في الأول من دون دفع شيء.

وكيف كان: فما ذكره جماعة من المحققين من وجوب دفع قيمة الولد يوم يسقط حيا الذي هو يوم يصير الولد إلى أبيه لمولاهما هو

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية. وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولد، بل مقتضى القاعدة (١) قيمة يوم الانعقاد لأنه انعقد حراً، فيكون التفويت في ذلك الوقت.

(مسألة ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يرده أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما عدم، لأنها على فرضها كاشفة، ولا يمكن الكشف هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك.

الصحيح، على ما تقتضيه نصوص التدليس.

(١) لكن العمل بها يتوقف على عدم النص، وحيث قد عرفت وجوده فلا مجال للعمل بها.

(٢) الكلام تارة يقع في غير النكاح من العقود كالبيع ونحوه وأخرى في النكاح بخصوصه.

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

أما الفرض الأول: كما لو باع الوارث المنحصر مالا لمورثه في حياته ثم مات مورثه فانتقل المال إلى البائع فالأقوال فيه مختلفة حيث ذهب جماعة إلى النفوذ مطلقاً وذهب آخرون إلى العدم مطلقاً وفصل ثالث بين الإجازة بعد الملك فيحكم بالنفوذ وعدمها فيحكم بالبطلان. وقد تقدم منا في محله من مباحث المكاسب اختيار القول الأخير

(مسألة ١٢): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة
فتزوجها حر ودخل بها ثم تبين الخلاف وجب عليه
المفارقة (١). وعليه المهر لسيدها وهو العشر ونصف
العشر على الأقوى (٢)، لا المسمى، ولا مهر المثل. وإن

وإن قلنا بها في غيره من العقود الفضولية.
والوجه فيه: أن الصحة في غير النكاح لم تكن تحتاج إلى الدليل
الخاص وإنما كانت على وفق القاعدة حيث إن العقد كان مستجمعا
للشرائط غير الانتساب فإذا أجاز من له الأمر والولاية استند العقد
إليه وحكم بصحته، بخلاف النكاح حيث إن مقتضى القاعدة فيه هو
البطلان غاية الأمر أننا التزمنا بالصحة فيه لقوله (ع): (إنه لم
يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز) ولما كان هذا
التعليل لا يشمل المقام نظرا إلى أن الحر حينما تزوج بالأمة كان العقد
باطلا لكونها عاصية لسيدها وهو لم يجز حتى مات وانتقلت هي عن
ملكه إلى ملك غيره، والمالك الجديد ليس له صلاحية إجازة العقد
المتقدم لأنها لم تكن عاصية له حين العقد باعتبار أنه لم يكن مولاه،
ومن هنا فيحكم بالبطلان لا محالة حتى وإن قلنا بصحة البيع ونحوه.
(١) بلا خلاف فيه ولا اشكال.

(٢) وقد تقدم الحديث فيه مفصلا حيث قد عرفت أنه مقتضى
صحيحة الوليد بن صبيح وموثقة سماعة المتقدمتين.
ثم إن الحكم مما لا اشكال فيه فيما إذا كانت الأمة جاهلة بالحال
ومشتبهة أيضا، وأما إذا كانت عالمة بالحال فربما يتوقف في ثبوتها
لما تقدم من أنه لا مهر لبغي، إذ قد عرفت أن هذا التعبير وإن لم

كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجودا، وإلا تبعت به بعد العتق (١).

يرد في شيء من النصوص المروية عن طرقنا، إلا أن مضمونه قد ورد في جملة من النصوص المعتبرة كالتي دلت على أن أجرة الفاجرة سحت. إلا أنه مدفوع: بأن المهر الذي يثبت بالتقاء الختانيين كالتعبير بالأجر ظاهر في المسمى أو المثل فيما إذا لم يكن هناك تعيين ومن الواضح أنه لا منافاة بين نفي هذا وبين ثبوت العشر أو نصفه بحكم تعبدية ولأمر خاص هو استحلال الرجل لفرج أمة الغير ووطؤها بعنوان أنه حلال له.

ومع الاغماض عن هذا فلا ينبغي الشك في أن حمل هذه النصوص على فرض كون الأمة مشتبهة أيضا، حمل على فرد نادر جدا باعتبار أنها واردة في التي تدلس نفسها، وعجز العبد والأمة عن كل شيء وعدم جواز تزوجهما بغير إذن مولاها ليس من الأمور التي تخفى على أحد إلا الشاذ ولذا ضرب الله به مثلا فإنه إنما يكشف عن وضوح ذلك لدى الكل، ومن هنا فتكون الرواية شاملة لمورد علمها أيضا فيثبت الحكم من ناحية النص الصحيح.

(١) على ما تقتضيه القواعد، فإنها هي التي أتلفت المال، فيثبت في ذمتها ما دامت مملوكة وعليها الأداء بعد الانعتاق غير أن رواية صحيحة واردة في المقام قد دلت على التفصيل بين ما إذا كان الذي زوجها إياه ممن له ولاية عليها وبين ما إذا كان الذي زوجها إياه غيره حيث يرجع في الأول على وليها في حين لا شيء له في الثاني. وهذه الصحيحة هي ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله (ع)

ولو جاءت بولد ففي كونه حرا أو رقا لمولاها قولان (١)
فمن المشهور: أنه رق ولكن يجب على الأب فكه بدفع
قيمته يوم سقط حيا وإن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في
قيمته، وإن أبى وجب على الإمام (ع) دفعها من سهم
الرقاب أو من مطلق بيت المال.

(في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له قال:
إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت:
فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطها
شيئا فليأخذه وإن لم يجد شيئا فلا شيء له، وإن كان زوجها إياه ولي
لها ارتجع على وليها بما أخذت منه) (١).

فإن مقتضاها عدم ثبوت شيء في ذمتها عند تلف المسمى في يدها
مطلقا سواء في ذلك زمان الرقية وبعده، وحيث إنها صحيحة السند
فلا محيص من العمل بها ورفع اليد عما تقتضيه القاعدة، وإن كان
القول به مشهورا بين الفقهاء بل أرسلوه ارسال المسلمات.
(١) والصحيح هو التفصيل بين إقامة الزوج للبينة على قيام البينة
على حريتها حين تزوجه منها فيحكم بكون ولده أحرارا وعدمه فيحكم
بكونهم مملوكين لمولاها، لكن لا على نحو الملك المطلق كما هو الحال
في سائر أرقائه وعبيده وإنما على نحو الملك المتزلزل 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

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

لهم لا تكون مستقرة فلا يجوز له المعاملة عليهم ببيع أو غيره، وإنما
يُعتقدون عليه بمجرد دخولهم في ملكه أنا ما.
والوجه فيما اخترناه هو النصوص الواردة في المقام، فإن بعضها
صريح الدلالة في رقيتهم مطلقا كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع)
قال: (قضى أمير المؤمنين (ع) في المرأة إذا أتت قوما فخبرتهم
أنها حرة فتزوجها أحدهم وأصدقها صداق الحرة ثم جاء سيدها،
فقال: ترد إليه وولدها عبيد) (١)، وصحيحة الوليد بن صبيح
المتقدمة حيث ورد في ذيلها (قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال:
أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي) (٢).
إذ أن حمل هذه الجملة على الخبرية لا يستقيم، باعتبار أن مراده (ع)
منها لو كان بيان حرية الولد لما كان هناك حاجة إلى ذكر الشرطية
أعني قوله (ع): (إذا كان النكاح بغير إذن الموالي) على أن هذه
الشرطية مما لا يمكن الالتزام بها في نفسها نظرا إلى أن مفهومها هو
رقية الأولاد إذا كان النكاح بإذن مواليتها، وهو فاسد قطعاً.
فمن هنا يتعين حملها على الاستفهام الاستنكاري فتكون هذه الصحيحة
موافقة في المدلول لصحيحة محمد بن قيس.
وعلى كل: فلا يهمنا كون الجملة خبرية أو استفهامية لأنهما معا
مقيدتان بموثقة سماعة قال: سألته (عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير
قبيلتها وأخبرتهم أنها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال:
ولده مملوك إلا أن يقيم البينة أنه شهد له شاهدان أنها حرة فلا

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

يملك ولده ويكونون أحرارا (١).

فإنها تقيد صحيحة محمد بن قيس بما إذا لم يكن للزوج بينة على حريتها عند تزوجه منها كما تقيد صحيحة الوليد بن صبيح على التقديرين فتقيد بما قيدت به صحيحة محمد بن قيس لو حملت الجملة على الاستفهامية في حين تقيد بخلافه أعني ما لو كانت للزوج بينة لو حملت على الخبرية. ثم إن ظاهر المملوكية في فرض عدم قيام البينة وإن كان هو الرق المطلق بحيث لمولاها أن يتصرف فيهم كيف يشاء، إلا أن موثقة سماعة الثانية تدل على أنه ليس لمولاها هذا الاختيار وأن رقيتهم إنما هي غير مستقرة فلا بد له من دفعهم إلى أبيهم ومطالبته بثمانهم، فإن لم يكن لأبيه ما يأخذهم به كان عليه السعي فإن أبي فعلى الإمام أن يفتديه.

وهذه الموثقة هي ما رواها سماعة قال: سألت أبا عبد الله (ع) (عن مملوكة أتت قوما وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدا ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاها هي وولدها وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده قلت: فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه، قال: فعلى الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حر) (٢).

والاحتمالات في هذه الموثقة ثلاثة: -

الأول: أن تحمل على صورة قيام البينة لدى الزوج حين التزويج

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥.

والأقوى كونه حرا (١)، كما في سائر موارد اشتباه الحر حيث إنه لا اشكال في كون الولد حرا، فلا خصوصية لهذه الصورة. والأخبار الدالة على رقيته منزلة على أن للمولى أخذه ليتسلم القيمة (٢)، جمعا بينها وبين ما دل على كونه حرا. وعلى هذا القول أيضا يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة، أو السعي، ودفع الإمام (ع)، لموثقة سماعه.

هذا كله إذا كان الوطئ حال اعتقاده كونها حرة وأما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رق (٣)، لأنه من زنا حينئذ، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت إن مولاهم أعتقها. ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان، فإن الوطئ حينئذ أيضا لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقية (٤).

به كان عليه السعي فإن أبي كان على الإمام دفع قيمتهم وفكهم.

(١) بل الأقوى هو التفصيل كما عرفت.

(٢) وهو في غاية البعد، فإنه إنما يتم في خصوص ما دل على أن لمولاهم أن يأخذهم، ولا يتم فيما ورد فيه التصريح بكونهم أرقاء وعبيد كصحيحة محمد بن قيس المتقدمة إذ لا مجال لحملها على أخذه لهم مقدمة لاستلام قيمتهم.

(٣) بلا خلاف فيه ولا اشكال، إذ يكون الفعل حينئذ زنا فيجري عليه جميع أحكام الزنا من اجراء الحد وكون الولد رقا لمالكها.

(٤) ولعدم حجية قول المملوك ومن هنا فيكون الفعل زنا فيجري

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها،
لأصالة الحرية (١). فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية

عليه جميع أحكامه.

نعم لا بد من تقييد ذلك بما إذا لم تحصل شبهة في البين، وإلا
كما لو اعتقد حجية قولها فلا وجه لاجراء أحكام الزنا عليه.
ولعل والله العالم على هذا الفرض - أعني الاستناد إلى قولها
في العتق من دون حصول قطع أو قيام بينة - تحمل موثقة زرارة قال:
قلت لأبي عبد الله (ع): (أمة أبقت من موالها فأتت قبيلة غير
قبيلتها فادعت أنها حرة فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها فظفر بها
مولها بعد ذلك وقد ولدت أولادا، قال: إن أقام البينة الزوج على
أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها، وذهب القوم بأمتهم، وإن
لم يقم البينة أوجع ظهره واسترق ولده) (١).
فإنها تحمل على علم الرجل الذي وثب عليها برقيتها قبل ذلك،
والزوجة منها من دون قيام بينة على حرقتها أو حصول قطع من دعواها
وإلا فالحكم باجراء الحد عليه ورقية أولاده بلا موجب.
(١) الاستفادة من صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله
(عليه السلام) يقول: (كان علي بن أبي طالب (ع) يقول:
الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من
عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا) (٢).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٦ باب ٢٩ من أبواب العتق، ح ١.

الولد. وكذا مع سبقها مع قيام البينة على دعواها (١).
(مسألة ١٣): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلا (٢)، فلا تستحق مهرا (٣) ولا نفقة (٤) بل الظاهر أنها تحدد حد الزنا (٥) إذا كانت عالمة بالحال، وأنه لا يجوز لها ذلك. نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحدد. كما أنه كذلك إذا علمت بمجئ الإجازة (٦). وأما إذا كان بتوقع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدد مع عدم حصولها بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزر حينئذ، لمكان تجريها (٧)

-
- (١) أو حصول القطع له بصدقها، لاستناده حينئذ إلى الحجة الشرعية.
 - (٢) بلا خلاف فيه، على ما تقدم بيانه مفصلا.
 - (٣) لكونها زانية ولا مهر لبغي.
 - (٤) لأنها فرع الزوجية ومع فرض بطلانها فلا موضوع لها.
 - (٥) لعموم أدلته.
 - (٦) وقد تقدم الاشكال فيه في المسألة العاشرة فراجع.
 - (٧) بناء على ما اختاره (قده) من الكشف الحقيقي، فإنها كانت معتقدة بالحرمة وأقدمت على الفعل مع جهلها بالحلية، وأما بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمي تعزر لارتكابها المحرم الواقعي حيث إن الفعل إنما يتصف بالحلية من حين الإجازة وإلا فهو قبلها حرام واقعا، وقد عرفت فيما تقدم من الكلام في المسألة العاشرة أنه

وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (١).

لا مانع من اعتبار الحرمة لفعل في زمان واعتبار الحلية له في زمان آخر. (١) فيه اشكال بل منع، فإن قاعدة النمائية غير ثابتة في جانب الأب إذ قد عرفت أن الولد من نتاج الأم خاصة وأن الأب لا يقوم إلا بدور اللقاح، وعلى تقدير ثبوتها فلا وجه لتفصيله (قده) بين الزنا المقرون بالعقد الفاسد الذي هو محل كلامنا في هذه المسألة وبين الزنا المجرد عنه الذي هو موضوع المسألة الآتية فإن الوجه في الحاق الولد بالأب في المقام إن كان هو نفي انتساب الولد إلى الزاني من الأبوين وهو في الفرض الأم فيكون نماءً للآخر أي الأب قهراً، فهو بعينه جار في الزنا المجرد عن العقد الفاسد فلا بد من الحكم بلحوقه بالأب كما صرح به في المسألة الثامنة، وإن كان هو رواية العلا بن رزين عن أبي عبد الله: عليه السلام قال (في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره، فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد وولده لورثة الميت، قلت أليس قد دبر العبد؟ قال: إنه لما أنه لما أبق عدم تدبيره ورجع رقا) (١) على ما يظهر ذلك من صاحب الجواهر (قده) حيث دلت على لحوق الولد بالعبد في العقد الفاسد فيبقى غيره أعني فرض عدم وجود العقد خالياً من الدليل فلا يلحق الولد به. فهي مضافاً إلى كونها مضطربة السند إلى حد لم يعهد لها مثيل في جميع النصوص على ما عرفت تقتضي عدم الفرق بين علمها بالحال وجهلها به، إذ أن موردها إن لم يكن هو فرض جهل المرأة، كما يظهر

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

مع كونه مشتبهها، بل مع كونه زانيا أيضا، لقاعدة
النمائية بعد عدم لحوقه بالحرية. وأما إذا كانت جاهلة
بالحال فلا حد. والولد حر (١). وتستحق عليه المهر،
يتبع به بعد العتق (٢).
(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد
حر (٣)،

ذلك من قوله (ولم يعلمهم أنه عبد) فلا أقل من شمولها له،
وحيث فلا وجه للتفصيل بين علم المرأة وجهلها بل ينبغي الحكم بلحوق
الولد بأبيه في فرض وجود العقد الفاسد. مطلقا مع أنه (قده)
قد حكم بحرية الولد في فرض جهل المرأة.
والأصل: أن كلام الماتن (قده) هنا مضافا إلى عدم التمامه
مع ما ذكره هو (قده) في المسألة الثامنة، غير تام في نفسه.
فالصحيح هو ما ذكرناه في المسألة الثامنة من تبعية الولد لأمه
مطلقا سواء أكانت عالمة بالحال أو جاهلة فإن الولد من نمائها ولا
دليل على نفي النسب بين المولود منه شرعا، إذ غاية
ما دل عليه الدليل هو نفي التوارث ومن الواضح أنه لا يقتضي
نفي الانتساب.
(١) لانتساب الولد إليها شرعا حيث لا خلاف أو اشكال
فيتبعها في الحرية لكونها أشرف أبويه.
(٢) لعدم إمكان الاستيفاء منه في حال الرقية.
(٣) علي ما تقدم بيانه في المسألة الثامنة.

وإن كانت الحرة أيضا زانية. ففرق (١) بين الزنا المجرد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا أن الولد لمولى العبد.

(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٢)

وإن كانت هي أيضا زانية. وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فإن الولد لمولاها (٣).

(مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمته لعبد (٤).

(١) لكنك قد عرفت أنه لا وجه للتفريق.

(٢) تقدم الكلام في هذا الفرع، في المسألة الثامنة وقد عرفت أن عموم أدلة حرية المتولد من حر ومملوك وإن كان يقتضي حرية الولد هذا، إلا أن مقتضى بعض النصوص المعتبرة الواردة في خصوص هذا الفرض هو رقيته، فتكون مخصصة للعمومات لا محالة.

(٣) بلا خلاف فيه بينهم، إلا أنه إنما يتم بناء على ما اخترناه من كون الولد من نماءات الأم خاصة. أما بناء على ما ذهب إليه المشهور واختاره الماتن (قده) من كونه نماءا للعبد والأمة فاللزام هو الحكم بكونه مشتركا بين موليهما، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة الثامنة.

وكيف كان: فاجماعهم هنا على كون الولد لمولاها خاصة، خير مؤيد لما اخترناه من كونه من نماءات الأمة فقط.

(٤) على ما هو المشهور بينهم، وقد خالف فيه بعضهم مستدلا عليه: -
أولا: بأن التحليل نوع من التمليك والعبد غير قابل لأن يملك.
وثانيا: بصحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي (ع):

(أنه سئل عن المملوك يحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاها؟ قال: لا يحل له) (١).

وفي الاستدلال بهما نظر.

أما الأول: فلأن التحليل ليس بتمليك ولا تزويج وإنما هو إباحة يشبه العارية في غير مورد التحليل، وبذلك يكون مخصصا لقوله تعالى: (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) (٢).

على أنه لا دليل على عدم أهلية العبد للملك بل الدليل ثابت على خلافه، غاية الأمر أنه محجور عليه حيث لا يجوز له التصرف إلا بإذن مولاها.

وأما الثاني: فلمعارضتها بما ورد في تفريق المولى بين العبد وزوجته الأمة من أنه يأمره بالاعتزال وتعتد من العبد ثم له أن يطاءها بعد ذلك أن شاء، وإن شاء ردها إلى العبد بغير تزويج كصحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (ع) عن قول الله عز وجل: ((والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحتته أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح) (٣). فإنها ظاهرة في كون ردها إليه بالتحليل إذ أن النكاح الأول قد بطل بأمره باعتزالها والذي هو بمنزلة الطلاق والمفروض أنه لا نكاح جديد، فينحصر الأمر بالتحليل لا محالة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) المؤمنون: الآية ٥.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

وبذلك تتساقطان ويكون المرجع بعد ذلك هو اطلاقات ما دل على جواز التحليل من غير تقييد.

هذا وقد حمل بعض الأصحاب صحيحة علي بن يقطين على التقية وهو غير بعيد باعتبار أن العامة لا يرون جواز التحليل مطلقا. ثم إن في المقام رواية تتضمن التفصيل بين تعيين المحللة وعدمه، هي رواية الفضل مولى راشد قال: قلت لأبي عبد الله (ع) (لمولاي في يدي مال، فسألته أن يحل لي ما اشتري من الجواري، فقال: إن كان يحل لي أن أحل لك فهو لك حلال، فقال: إن أحل لك جارية بعينها فهي لك حلال وإن قال: اشترى منهن ما شئت فلا تطأ منهن شيئا إلا ما يأمرك، إلا جارية يراها فيقول: هي لك حلال، وإن كان لك أنت مال فاشترى من مالك ما بدا لك) (١).

فرما يقال: إنه وجه جمع بين صحيحة علي بن يقطين وبين ما دل على الجواز، فتحمل الأولى على عدم التعيين وتحمل الثانية على فرض تعيين المحللة.

إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه، نظرا إلى أن هذا الجمع بعيد في نفسه لمخالفته لظاهر صحيحة علي بن يقطين، مع كون الرواية ضعيفة السند وإن عبر عنها في بعض الكلمات بالصحيحة فإن فضيل مجهول ولم يرد فيه توثيق فلا مجال للاعتماد عليها، حتى وإن كان الراوي عنه هو ابن أبي عمير، لما قد عرفت غير مرة من أنه لا مجال للقول بوثاقة كل من يروي عنه ابن أبي عمير فإنه غير ثابت بل الثابت في بعض الموارد خلافه.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

وكذا يجوز أن ينكحه إياها (١). والأقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل (٢). كما أن الأقوى كفاية أن يقول له: (أنكحتك فلانة)، ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد (٣)

(١) بلا خلاف فيه بينهم وتدل عليه جملة من النصوص المعتمدة كصحيحة علي بن يقطين المتقدمة حيث إن ظاهرها المفروغية عن جواز التزويج ومشروعيته.

(٢) وتشهد له جملة من النصوص كصحيحة علي بن يقطين المتقدمة، وما ورد في طلاق العبد وأنه ليس له أن يطلق زوجته إذا كانت مملوكة لمولاه، أو الواردة في كيفية نكاح المولى عبده من أمته وغيرها فإنها بأجمعها ظاهرة في ثبوت النكاح والتزويج في العبد على حد ثبوته في الأحرار.

وقد ذهب بعض إلى الثاني مستدلا عليه بما دل على جواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال حيث يظهر منه أنه تحليل إذ لو كان تزويجا حقيقة لما ارتفع إلا بالطلاق.

وفيه: أن الزوجية من الأمور التعبدية الاعتبارية التي أمرها بيد الشارع، فلا محذور في التعبد بارتفاعها بالأمر بالاعتزال كالطلاق.

(٣) على ما تقتضيه القاعدة، إذ العقد إنما هو عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر وهو في غير المقام واضح حيث يعتبر الانشاء والابراز من كل من الطرفين لعدم كفاية مجرد الرضا القلبي في صدق العقد، لأنه إنما يصدق فيما إذا كان كل من الالتزامين مبرزا في الخارج وإلا فلا يصدق عقد الالتزامين وربط أحدهما بالآخر كما هو واضح، وأما في المقام فالزوجية وإن كانت قائمة بالعبد والأمة إلا أنهما لما كانا

بالنظر إلى مملوكيهما 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 خاصة ومن هنا فيكون المقام من الايقاع لا العقد كي يحتاج إلى التزام آخر يرتبط مع التزامه.

ومجرد قيام الزوجية في العبد والأمة لا يعني كونهما طرفي العقد كي يعتبر قبولهما، بل الانشاء ليس له إلا طرف واحد هو المولى فيكون التزامه بزوجية العبد لها التزاما منه بزوجية الأمة له أيضا، وعليه فيكفي بمجرد انشائه من دون حاجة إلى القبول منه أو من العبد.

(١) كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال: (سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه ولا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك) (١).

وصحيحته الأخرى عنه (ع) أيضا: (في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما أن ينكحه نكاحا أو يجزيه أن يقول قد أنكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئا أو من قبل العبد؟ قال: نعم، ولو مدا وقد رأيتُه يعطي الدراهم) (٢).

وعبد الله بن محمد المذكور في سند هذه الرواية والذي يروي عنه محمد بن يحيى هو عبد الله أخو محمد بن عيسى الملقب ببنان وهو ثقة، فالرواية معتبرة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

وصحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله (ع): (الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك) (١). فإن هذه الروايات المعتبرة ظاهرة وواضحة الدلالة على كفاية انشاء المولى ومن غير حاجة إلى اعتبار القبول. هذا وقد ناقش صاحب الجواهر في دلالة هذه الروايات بوجهين: الأول: إنها واردة لبيان كيفية قيام المولى مقام العبد في الانشاء وليس لها نظر إلى ما به تمام العقد، فلا تدل على كفاية انشاء المولى خاصة في تحقق التزويج. وفيه: أنه خلاف ظاهر هذه الروايات ولا سيما صحيحة محمد بن مسلم الثانية حيث إن الظاهر منها هو كونها في مقام بيان تمام العقد لا خصوص قيام المولى في الانشاء مقام العبد. الثاني: ما عن كشف الثام من أن الاكتفاء بقوله (أنكحتك فلانة) ليس من جهة عدم اعتبار القبول في نكاح العبد والأمة بحيث يكون تخصيصا في أدلة اعتبار الإيجاب والقبول في التزويج، وإنما هو من جهة دلالة قول المولى هذا على قبوله أيضا فيكون انشاؤه إيجابا وقبولا في آن واحد. وفيه: أنه إن أريد بدلالة انشاء المولى على القبول استكشاف رضاه من طرف الأمة أيضا فهو تام إلا أنك قد عرفت أن مجرد الرضا لا يكفي بل لا بد من إبرازه وانشائه، وإن أريد به أن انشاءه انشاء من طرف العبد والأمة معا فهو مما لا يمكن المساعدة عليه لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى الإيجاب والقبول وهو وإن كان

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

ولأن الأمر بيده، فإيجابه مغن عن القبول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات (١)، مثل الولي والوكيل عن الطرفين.

ممكنا إلا أنه خلاف الاستعمال العرفي بلا اشكال بل يعد من الأغلاط. فالصحيح: هو ما اخترناه من كفاية مجرد انشاء المولى من غير حاجة إلى القبول منه أو من العبد.

(١) بل هو في غاية العبد فإن الفرق بين المقام وسائر المقامات واضح، ففي المقام حيث لا يوجد هناك التزام ينضم إلى التزام آخر باعتبار أن طرف العقد منحصر بالمولى خاصة إذ العبد والأمة مملوكان لا أثر لرضاهما وعدمه، يكتفى بانشائه ولا يعتبر في صحته قبوله أو قبول العبد، وهذا بخلاف سائر المقامات كالبيع والإجارة وما شاكلهما حيث لا يوجد مورد يخلو من الالتزامين فإن لكل من الطرفين البائع والمشتري التزاما مستقلا عن التزام الآخر غاية الأمر أنهما لا يقومان بأنفسهما بابرار التزامهما وإنما يقوم الوكيل عنهما بهذا الدور فينشأ وبه يبرز التزام موكله الأول - البائع - ثم يقبل وبه يبرز التزام موكله الثاني - المشتري -، ولا يمكن له أن يبرز بانشائه الأول كلا الاعتبارين والالتزامين معا لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى وهو على تقدير القول بإمكانه، مخالف للسيرة العرفية في مقام الاستعمال قطعا بل لا يبعد عده من الأغلاط.

ومن هنا يظهر الحال في الولي أيضا إذ الالتزام في الحقيقة قائم بالمولى عليهما والعقد بينهما غاية الأمر أنه حيث لا عبرة بانشائهما مباشرة، يقوم الولي مقامهما في الابراز والانشاء.

وكذا إذا وكل غيره في التزويج (١)، فيكفي قبول الوكيل:
(أنكحت أمة موكلي لعبد فلان)، أو (أنكحت عبد
موكلي أمته). وأما لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما
فالظاهر الحاجة إلى الإيجاب والقبول (٢).
(مسألة ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة
إلى الطلاق، بل يكفي أمره أيهما بالمفارقة (٣).

فالولي إنما يلتزم من قبل المولى عليه في حين أن السيد إنما
يلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد أو الأمة.
فالفرق بين المقامين واضح ومعه لا مجال للتعدي عن مورد تزويج
المولى أمته من عبده إلى مثل مورد الوكالة من قبل الطرفين أو الولاية
عليهما، بل لا بد فيهما من ضم قبوله إلى إيجابه كي يكون بذلك مبرزاً
لالتزام الطرف الآخر أيضاً.
(١) لأن الوكيل كالأصيل وفعله فعله، من دون فرق بين أن يكون
الوكيل عبده أو أمته اللذين يريد تزويجهما أو غيرهما ويكون انشاء
الوكيل انشاء للسيد فيكتفى به ولا يحتاج إلى القبول.
(٢) إذ الظاهر من هذا الإذن كونه قائماً بهما معا بحيث يكون
كل منهما مأذوناً فيما يخصه ويرتبط به فتكون الأمة مأذونة في الإيجاب
والعبد مأذوناً في القبول ومن هنا فلا بد من صدور الصيغة منهما معا
ولا يقاس هذا بتوكيل السيد لشخص واحد حيث ينزل الوكيل
منزلة السيد ويكتفى بانشائه خاصة فإن الفرق بينهما لا يكاد يخفى.
(٣) وتدل عليه جملة من النصوص المعتبرة الدالة على أن أمره
بالاعتزال طلاق للأمة، كصحيحة محمد بن مسلم التي تقدمت في
المسألة السابقة، وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم (ع)

ولا يبعد جواز الطلاق أيضا (١) بأن يأمر عبده بطلاقها وإن كان لا يخلو من اشكال أيضا.

قال: (سألته عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقا من العبد؟ فقال: نعم لأن طلاق المولى هو طلاقها ولا طلاق للعبد إلا بإذن مواليه) (١).
فإنها أصرح الروايات الدالة على أن نزع المولى للأمة وعزلها عن العبد طلاق لها.

(١) وتفصيل الكلام أن يقال: إن المطلق إن كان هو المولى فلا اشكال في صحته لأن العبد والأمة لا يملكان من الأمر شيئا وإنما أمرهما بيد المولى.

وتدل عليه مضافا إلى اطلاقات أدلة الطلاق، صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج المتقدمة وصحيحة زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام) قالوا: (المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء، أفشئ الطلاق) (٢).
فإن هاتين الروايتين وغيرهما تدلان وبكل وضوح على أن أمر الطلاق إنما هو بيد المولى دون العبد.

نعم في قبال هذه الروايات هناك رواية قد يتوهم دلالتها على كون أمر الطلاق بيد العبد وهي رواية محمد بن عيسى عن علي بن سليمان قال: كتبت إليه: (رجل له غلام وجارية زوج غلامه جاريته ثم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

وقع عليها سيدها هل يجب في ذلك شيء؟ قال: لا ينبغي له أن يمسه حتى يطلقها الغلام) (١).

إلا أن من غير الخفي أن هذه الرواية في نفسها ومع قطع النظر عن معارضتها للصحاح المتضافرة والموافقة للكتاب الكريم، لا يمكن الاعتماد عليها وذلك فلأن عنوان الغلام وإن كان يطلق على العبد إلا أن من الواضح أنه من باب التطبيق لا الوضع فإن الغلام غير موضوع للعبد بل يطلق على الشاب والخدام أيضا، وعليه فليس في الرواية ظهور في كون الزوج عبدا، ومن هنا فمن الممكن حملها على كون الزوج حرا فلا تكون هذه الرواية دالة على خلاف ما دلت عليه النصوص المعتمدة.

على أن هذه الرواية لا تخلو من الاشكال في السند وذلك فلأن المسمى بعلي بن سليمان في الرواية كثير غير أن الثقة منهم منحصر بعلي بن سليمان الزراري الذي وثقه النجاشي (قده)، وأما غيره فلم يرد فيه توثيق ولا مدح ومن هنا فحيث إن الراوي عنه في المقام هو محمد بن عيسى وهو من أصحاب الرضا (ع) فمن البعيد جدا أن يكون علي بن سليمان هو الزراري صاحب المكاتبات والتوقيعات لاختلاف الطبقة والفصل الزمني الكثير.

إذن فعلي بن سليمان هنا إما هو ابن داود وإما هو ابن رشيد الذي روى عنهما محمد بن عيسى في غير هذا المورد أيضا، وحيث إنهما لم تثبت وثاقتهما فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند أيضا. ومع التنزل عن ذلك كله فلا بد من رفع اليد عنها لمعارضتها للنصوص الصحيحة والموافقة للكتاب الكريم.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

وكذا الحال فيما إذا وكل المولى غيره في الطلاق.
وإن كان المطلق هو العبد بأمر المولى فإن كان أمره على نحو التوكيل فلا ينبغي الاشكال في صحته إذ المطلق حينئذ هو المولى في الحقيقة وإن كان على نحو ارجاع الأمر إليه فربما يستشكل في صحته بأن العبد لما كان عاجزا وغير قادر على شيء لقوله تعالى: (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء)، لا ينقلب إلى القدرة بإذن المولى، فإن الإذن غير قابل لجعل من ليس بقادر قادرا، نظير ما يذكر في إذن الولي للصبي في المعاملة حيث إن إذنه لا يصحح المعاملة. إلا أنه مدفوع: بأن الآية المباركة ظاهرة في عدم استقلال المملوك في شيء بحيث يكون أمره فعلا أو تركا بيده فلا تدل على عجزه وعدم قدرته على الفعل حتى مع إذن المولى.
ولو سلمنا عمومها فالروايات الصحيحة الدالة على عدم جواز نكاح العبد أو طلاقه إلا بإذن مولاه وبغير إذن مولاه على اختلاف التعابير مخصصة لها، فيكون الحاصل اختصاص عدم الجواز بصورة عدم إذن المولى، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة وصحيحة شعيب بن يعقوب العقرقوفي عن أبي عبد الله (ع) قال: (سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال ليس له طلاق ولا نكاح، أما تسمع الله تعالى يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه) (١).
والحاصل: إن عجز العبد عن الطلاق كعجزه عن النكاح فكما لا يجوز العبد أن يستقل بالنكاح لا يجوز له أن يستقل بالطلاق، بل لا بد من إذن المولى فيهما فإذا أذن صح طلاقه كما يصح نكاحه بلا خلاف

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(مسألة ١٨): إذا زوج عبده أمتة يستحب (١) أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا. بل هو الأحوط وتملك الأمة ذلك بناء على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

فيه ولا اشكال.

(١) بل يجب عليه، لعدم وجود قرينة صالحة لصرف الأوامر الواردة في المقام عن ظاهرها. وما ذكر في وجه الاستحباب من التمسك بأصالة عدم الوجوب تارة وبعدم تصور استحقاق المولى لنفسه على نفسه شيئاً باعتبار أن مهر الأمة مملوك لمولاه أخرى. مدفوع بأن الأصل لا مجال للتمسك به مع وجود النصوص الصحيحة الآمرة باعطائها شيئاً والظاهرة في الوجوب. والثاني يدفعه أنه لو تم فلا يختص بالوجوب بل يجري حتى مع القول بالاستحباب أيضاً، فإنه كما لا يمكن تصور وجوب المحال لا يمكن تصور استحبابه. على أننا لو التزمنا بملكية العبد أو الأمة فلا موضوع للاشكال في المقام إذ المولى حينئذ لا يستحق على نفسه شيئاً وإنما الأمة تستحق على مولاه، وتملك ما أعطاه المولى تتصرف فيه كيف شاءت، وكذا الحال لو قلنا بعدم ملكيتها فإن عدم الملكية لا يلازم القول بعدم وجوب اعطائها شيئاً في الخارج بحيث يجعل بعض أمواله تحت سلطنتها تتصرف فيه باختيارها، بل من الممكن القول بعدم ملكيتها ووجوب تسليطها على بعض ماله.

(مسألة ١٩): إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة
فلهم الأمر أيضا بالمفارقة بدون الطلاق. (١)

إذن: فليس هناك ما يوجب رفع اليد عن ظهور النصوص في
اللزوم وحملها على الاستحباب.
وأما ما في بعض الكلمات من أن القائلين بالوجوب إنما ذهبوا إليه
بدعوى كون ما يعطيها المولى مهرا لها، والحال أنه ليس في الأخبار
ظهور فيه فيكون المدعى بلا دليل والدليل لا يساعد على المدعى.
ففيه: أن ما نسب إلى القائل بالوجوب لم يعرف له وجه، إذ
لا ملازمة بين الوجوب وبين عدم كونه مهرا، فمن الممكن القول
بعدم كونه مهرا - كما يساعد عليه ظاهرا النصوص والحكم بجواز تأخير
إلى بعد العقد - والقول بوجوب الاعطاء نظير المتعة الثابتة بالتزوج
من دون مهر ثم الطلاق قبل الدخول فإنها لازمة والحال أنها ليست بمهر.
وبعبارة أخرى: إن مجرد عدم دلالة الروايات على كون المعطى
لها مهرا، لا ينافي دلالتها على وجوب الاعطاء ولزومه.
والحاصل: أن رفع اليد عن ظهور الروايات في الوجوب بمجرد
فتوى جماعة من الأصحاب بالاستحباب لا وجه له.
(١) بلا خلاف فيه، لكونه حقا من حقوق المولى فينتقلان إلى
وارثه باعتبار قيامه مقامه بما عليهما من الحق.
وتدل عليه جملة من النصوص الواردة في أن أمر المولى بالاعتزال
طلاق لها المتضمنة للتعليل أو الاستشهاد بقوله تعالى: (عبدا مملوكا
لا يقدر على شيء) حيث إن الظاهر منها أن الحكم إنما هو من أحكام
المولوية والعبودية من دون وجود خصوصية لكونه هو المزوج لهما

(١٣٠)

والظاهر كفاية أمر أحدهم في ذلك (١).

وعدمه ومن هنا يثبت الحكم حتى ولو انتقلا إليه بغير الإرث كالشراء ونحوه. (١) وهو لا يخلو من اشكال بل منع لأنهم شركاء فيهما لأن المالك إنما هو مجموع الورثة لا كل منهم مستقلا، وعليه فكما لا يجوز للشريك الاستقلال في التزويج والطلاق انفاقا لا يجوز له الأمر بالاعتزال ولا يتحقق بذلك لو صدر منه الطلاق.

وبعبارة أخرى نقول: إن الطلاق أو الأمر بالاعتزال إنما هو من صلاحيات المالك وأمره بيده وحيث إن كل واحد من الورثة ليس هو المالك وإنما هو نصف المالك على تقدير كونهما اثنين، فليس له الطلاق والأمر بالاعتزال مستقلا ومع قطع النظر عن سائر الورثة.

نعم ربما يقال: إن أحد الورثة إذا نهى العبد عن الوطئ وأمره بالاعتزال حرم عليه وطؤها بلا خلاف لكونه أحد الشركاء فإذا حرم عليه وطؤها انفسخت الزوجية لا محالة للملازمة بينهما، على ما بين ذلك في محله عند التعرض لبطلان العقد على المحارم النسبية أو السببية، وفيه: أنه ليس للمولى نهى العبد عن الوطئ دائما وعلى الاطلاق وإنما له النهي عن غير الوطئ الواجب شرعا، فإذا وجب عليه الوطئ لمرور أربعة أشهر عن وطئه السابق فليس له النهي ولا يجب عليه امتثاله حتى ولو كانت الأمة مملوكة له أيضا، ومن الواضح أنه لا مجال لدعوى الملازمة بين النهي الموقت وبطلان النكاح. على أنه لو فرضنا أن للمولى النهي المطلق فلا مجال للقول بايجاب الحرمة الناشئة منه لزوال الزوجية باعتبار أن الحرمة التي توجب زوال الزوجية إنما

(مسألة ٢٠): إذا زوج الأمة غير مولاهما من حر فأولدها جاهلا بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاهما، وقيمة الولد (١) ويرجع بها على ذلك الغير (٢) لأنه كان مغرورا من قبله.

هي الحرمة الذاتية كحرمة المحارم النسبية مثل الأم والأخت وأما الحرمة العارضية والتي تزول بزوال العارض كالحرمة الناشئة من الحيض أو المرض فلا توجب زوالها وحيث إن الحرمة في المقام من هذا القبيل لأنها عارضة نتيجة لنهي المولى وتزول برجوع المولى عنه فلا توجب بطلان النكاح وزوال الزوجية.

(١) وقد تقدم الكلام فيه مفصلا في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل.

(٢) وفيه اشكال بل منع فإن قاعدة الغرور لا دليل عليها.

وما ذكره بعضهم من أنها مستفادة من النبوي (المغرور يرجع

على من غره) والتي قد عمل بها المشهور في جملة من الموارد.

ففيه أنه لم يثبت كون الجملة المتقدمة رواية ليدعى انجبار ضعفها

بعمل 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 الشهادة في غير ما يوجب الحد وإلا

فالاقتصاص منه.

إلا أن هذا حكم تعبدى ولم يظهر كون الوجه فيه هو الغرور بل

ثبوته في غير مورد الغرور أيضا يدل على العدم فإنه لو رجع الشاهد

عن شهادته لظهور اشتباهه وتبين الخطأ له فإنه يضمن بنسبته إلى عدد الشهود المعتبر في القضية المال فيما إذا كانت الشهادة على غير ما يوجب الحد وإلا فالدية، والحال أنه ليس فيه أي غرور، فيكشف ذلك عن أن الحكم ليس من هذه الجهة وإنما هو من جهة فرض الشارع المقدس للشاهد هو المتلف فيضمن وإن لم يكن هو المباشر لأقوائية السبب عن المباشر حينئذ.

ثم إنه قد يستدل على الحم بروايات ثلاث:

الأولى: خبر رفاة بن موسى قال: سألت أبا عبد الله (ع)

(إلى أن قال): (وسألت عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين (ع)

في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها وأن المهر على الذي زوجها وإنما صار المهر عليه لأنه دلستها ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجها إياه رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها (١).

بدعوى: أن المستفاد من التعليل أعني قوله (ع): (لأنه دلستها)

عموم الحكم لجميع موارد التدليس وعدم اختصاصه بموردها.

وفيه: أن أصل الحكم في مورد الرواية وإن كان مسلماً لدلالة

جملة من النصوص المعتبرة عليه، إلا أنه لا مجال للتعدي عن موردها إلى غيره لقصورها دلالة وسندا.

أما الأول فإن غاية ما تفيده هو الرجوع على الذي قد دلس

بالمهر خاصة، وأما الرجوع بكل ما يخسره الزوج نتيجة للزواج

والتدليس فلا دلالة لها عليه، وحيث إن كلامنا في المقام إنما هو في

قيمة الولد لا المهر تكون الرواية أجنبية عن محل الكلام ولا تصلح للاستدلال.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، ح ٢.

وأما الثاني: فلكونها ضعيفة سنداً لوقوع سهل بن زياد في طريقها وهو ممن لم تثبت وثاقته.

الثانية: رواية إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله (ع):
(عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان
فأتى أباه فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها
بعد أنها غير ابنته وأنها أمة، قال: ترد الوليدة على مواليتها والولد
للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما
غر الرجل وخذعه) (١).

ولا بأس بدلالاتها على المدعى فإن قوله (ع): (كما غر الرجل
وخذعه) (١) بمنزلة التعليل وكأنه (ع) قال: (لأنه غار وخذاع
للرجل) فيكمن التعدي عن موردها، إلا أنها ضعيفة من حيث
السند لوقوع محمد بن سنان في طريقها وهو ممن لم تثبت وثاقته لتعارض
الروايات الواردة في توثيقه بما اشتمل على ذمه وجرحه.

الثالثة: صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبد الله (ع): (في
الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية
قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع
على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه) (٢).
وهي وإن كانت واضحة الدلالة على رجوع مالك الأمة على
المشتري بالجارية وقيمة الولد وضمن البائع لقيمة الولد، إلا أنها
واردة في خصوص البيع فالتعدي عن موردها يحتاج إلى الدليل
لا سيما وأن مقتضاها رجوع المشتري على البائع عند رجوع المالك عليه

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٧ من أبواب العيوب والتدليس، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

كما إذا غرته الأمة بتدليسها ودعواها الحرية تضمن القيمة (١)
وتتبع به بعد العتق. وكذا إذا صار مغرورا من قبل
الشاهدين على حريتها.
(مسألة ٢١): لو تزوج أمة بين شريكين بإذنها ثم
اشترى حصة أحدهما أو بعضها، أو بعضا من حصة كل منهما
بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٢).

مطلقا حتى ولو لم يكن البائع غارا له كما لو كان البائع جاهلا
بالحال أيضا فمن المحتمل قويا أن يكون ثبوت الضمان عليه من جهة
ترتب يده عليها الموجب للضمان، فتكون الرواية أجنبية عن محل
الكلام فلا بد من الاقتصار على موردها ولا مجال للتعدي عنه إلى غيره.
والحاصل: أن ما أفاده الماتن (قده) من رجوع الزوج على الذي
زوجه الأمة بقيمة الولد لا دليل عليه لعدم ثبوت قاعدة الغرور مطلقا
وضعف الروايات التي استدلت بها على المدعى سندا أو دلالة.
(١) ظهر الحال فيه مما تقدم هنا وفي المسألة الثانية عشرة، ومنه
يظهر الحال فيما ذكره (قده) بعد ذلك.
(٢) على ما هو المشهور شهرة عظيمة، بل كاد أن يكون اجماعا
فإن البضع لا يتبع فلا يجوز له أن يستحلها بالملكية والزوجية بحيث
يكونان معا سببا لحليتها.
ويدل عليه قوله تعالى: (الذين هم لفروجهم حافظون إلا على
أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) (١).

(١) المعارج: الآية ٣٠.

فإن مقتضاها انحصار سبب جواز الوطء بأحد الأمرين التزويج أو ملك اليمين وقد أضيف إليهما التحليل بمقتضى النصوص الخاصة، فتبقى الملفقة منهما خارجة عنها لأنها ليست بزوجية ولا ملك يمين. والنصوص الدالة على أن المولى إذا أراد أن يتزوج أمته كان عليه أن يعتقها ثم يتزوجها بما ينفقان عليه من المهر أو يجعل عتقها مهرها. وموثقة سماعة الواردة في خصوص المقام أعني شراء الزوج لبعض حصة أحدهما قال: (سألته عن رجلين بينهما أمة تزوجاها من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، فقال: حرمت عليه باثرائه إياها وذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم) (١). فإنها صريحة في عدم جواز وطئها لا بالزوجية لارتفاعها ولا بملك اليمين لعدم استقلاله في ملكيتها وكونها مشتركة بينه وبين غيره . وكيف كان: فالحكم مما لا خلاف فيه بين الأصحاب إلا ما نسب إلى الشيخ (قده) من الالتزام بالجواز إذا رضي الشريك بالعقد، وقد تبعه على ذلك القاضي قال في النهاية على ما حكاه عنه في الجواهر ما لفظه إذا تزوج الرجل أمة بين شريكين ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر ويرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقدا مستأنفا انتهى.

والذي يظهر من عبارته (قده) أن المراد بالعقد إنما هو عقد التزويج الذي كان قبل البيع.

غير أن صاحب الجواهر (قده) قد نقل عن المحقق (قده) أن (أو) المذكور في الجملة من غلط النساخ والصحيح هو (الواو) فيكون المراد بالعقد هو شراء الزوج للنصف الآخر، لكنه (قده)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها (١).
وهل يجوز
له وطؤها إذا حللها الشريك، قولان، أقواهما: نعم،
للنص (٢).

استبعد ذلك إلا أنه اعتبره أقرب من الاحتمال الأول نظرا إلى أن
رضا الشريك بعقد التزويج لا أثر له فإن الزوجية إذا أمكن اجتماعها
مع الملك فلا حاجة إلى رضاه لوقوع العقد في وقته صحيحا، وأما
إذا لم يمكن اجتماعهما فلا أثر لرضاه، فإنه لا يجعل الممتنع ممكنا فما
ذكر لا يمكن نسبه إلى من له أدنى معرفة بالفقه فضلا عن شيخ
الطائفة (قده).

ثم احتمل (قده) أن يكون المراد به هو عقد التحليل فتكون
الحلية من هذه الجهة.

وعلى كل حال: فلو ثبت ما نسب إلى الشيخ (قده) من جواز
وطئه لها برضا الشريك بعقد النكاح السابق، فهو مما لا يمكن المساعدة
عليه، لعدم الدليل، بل لدلالة موثقة سماعة المتقدمة باطلاقها على خلافه.
(١) لما تقدم من عدم جواز التبويض في البضع.

(٢) وهو صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال:
(سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها
لشريكه، قال: هو له حلال، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار
نصفها حرا من قبل الذي مات ونصفها مدبرا، قلت: رأيت إن
أراد الباقي منهما أن يمسه أله ذلك: قال: لا إلا أن يثبت عتقها
ويتزوجها برضى منها مثل ما أراد، قلت له: أليس قد صار نصفها
حرا قد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما؟ قال:

وكذا لا يجوز وطئ من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقية
لا بالعقد، ولا بالتحليل منها (١). نعم لو هاياها فالأقوى
جواز التمتع بها في الزمان الذي لها، عملا بالنص

بلى، فقلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها وأحلت له
ذلك، قال: لا يجوز له ذلك، قلت: لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت
للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن
الحرمة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم
وللذي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشئ في اليوم الذي
تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشئ قل أو كثر (١).
وهذه الرواية صحيحة سندا وصریحة دلالة وقد عمل بها جماعة
من الأصحاب فلا موجب لرفع اليد عنها بدعوى اعراض الأصحاب
أو غيرها.

ومن الممكن حمل كلام الشيخ (قده) على هذا المعنى كما ذكره
صاحب الجواهر (قده).
ومن هنا يظهر أنه لا مجال للتمسك بالقاعدة لا ثبات الحرمة بدعوى
أن الملق من التحليل والملك لا يشمل شئ من أسباب الحل المذكورة
في الآية والنصوص، فيبقى على أصل المنع، فإنه مردود بأن الصحيحة
مخصصة لعموم الحرمة.
(١) على ما صرحت به صحيحة محمد بن قيس المتقدمة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

الصحيح (١)، وإن كان الأحوط خلافه.

(١) وهو صحيح محمد بن قيس المتقدم، حيث ورد في ذيلها التصريح بجواز التمتع بها في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتعين العمل بها ورفع اليد عن القاعدة المقتضية لعدم قابلية سبب الحيلة للتبعيض على ما هو ظاهر الآية الكريمة وجملة من النصوص.

(١٣٩)

فصل في الطوارئ
وهي العتق والبيع والطلاق:
أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة كان لها فسخ
نكاحها إذا كانت تحت عبد (١)

فصل في الطوارئ
(١) بلا خلاف ولا اشكال فيه بين الأصحاب، وتدل عليه جملة
من النصوص المعتبرة كصحيحة الحلبي قال: (سألت أبا عبد الله (ع)
عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال: أمرها بيدها إن شاءت
تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه، قال:
وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة وأعتقتها
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال: إن شاءت أن تقر عند زوجها
وإن شاءت فارقتة.. الحديث) (١).
وصحيحة محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن
المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق، فقال: تخير فإن شاءت أقامت
على زوجها، وإن شاءت فارقتة) (٢).

- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٧.

بل مطلقا وإن كانت تحت حر على الأقوى (١).

وموثقة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع): (أنه كان لبريرة زوج عبد، فلما أعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله: اختاري) (١) وغيرها من الأخبار.

(١) واستدل له بجملة من النصوص تدل على المدعى بالصرحة أو بالاطلاق منها: رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع): (قال أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته) (٢).

فإنها باطلاقها تدل على ثبوت الخيار للمعتقة سواء أكان زوجها عبدا أم حرا، ولا تنافي بين هذه الرواية والروايات المتقدمة، حيث إن تلك الروايات وإن كان موردها العبد إلا أنه لا دلالة فيها على اختصاص الحكم بما إذا كان زوجها عبدا ونفي الحكم عن غيره، وتكون غاية دلالتها هو ثبوت الحكم فيما إذا كان زوجها عبدا من دون تعرض للنفي عن غيره فلا تعارض ما دل على ثبوت الخيار للمعتقة مطلقا حتى وإن كان زوجها حرا.

لكن هذه الرواية ضعيفة من حيث السند - وإن عبر عنها في الجواهر بالصحيحة وكذا نقل في الحدائق عن الشهيد (قده) في المسالك - إذ أن محمد بن الفضيل الواقع في سندها مشترك بين الثقة وغير الثقة، ولم يثبت كونه محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة وإن أصر الأردبيلي (قده) في جامع الرواة عليه.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٩.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٨.

ومنها: رواية عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) (في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها، قال: هي أملك ببضعها) (١).

وهي وإن كانت صريحة في المدعى، إلا أنها مرسلة لا مجال للاعتماد عليها.

ومنها: رواية محمد بن آدم عن الرضا (ع) أنه قال: (إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر) (٢). وهي وإن كانت صريحة في المدعى أيضا، إلا أنها ضعيفة السند من جهتين، فإنها مرسلة لعدم ذكر الواسطة بين الشيخ (قده) ومحمد بن آدم الذي هو من أصحاب الرضا (ع)، على أن محمد بن آدم نفسه لم يثبت توثيقه.

ومنها: رواية زيد الشحام عن أبي عبد الله (ع): (قال: إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر) (٢). وهي ضعيفة السند من جهة أن أبا جميلة المفضل بن صالح ممن ضعفه النجاشي فلا مجال للاعتماد عليها.

إذن: فجميع الروايات الدالة على ثبوت الخيار للمعتقة فيما إذا كان زوجها حرا ضعيفة السند ولا مجال للاعتماد عليها، ومن هنا فيتعين الاقتصار في الحكم بثبوت الخيار على خصوص مورد الروايات المعتبرة أعني ما لو كان زوجها عبدا، فإن التعدي عنه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود كما عرفت ومقتضى اطلاقات أدلة نفوذ العقد

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١٢.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١٣.

والامضاء هو بقاء الزوجية وعدم ثبوت الخيار عند عتقها فيما إذا كان زوجها حرا. والحاصل: أن ما ذهب إليه الماتن (قده) وغيره من عموم الحكم لما إذا كان زوجها حرا مشكل جدا بل ممنوع. ثم هل يثبت الخيار لها لو أعتقت هي وزوجها معا أم لا؟ الظاهر هو الثبوت وذلك: لأن القاعدة وإن كانت تقتضي عدم الخيار لها باعتبار أنه ليس في المقام زمان تكون الزوجة فيه حرة والزوج عبدا، فإنهما يعتقان في زمان واحد ويتصفان معا بالحرية، ومن هنا فلا تشمله نصوص الخيار لاختصاصها على ما عرفت بما إذا أعتقت الزوجية وكان الزوج عبدا وهو غير صادق في المقام، إلا أن صحيحة عبد الله بن سنان دالة على ثبوت الخيار لها في الفرض قال: (سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إذا أعتقت مملوكيك رجلا وامرأته فليس بينهما نكاحا وقال: إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق) (١).

فإنها دالة على ثبوت الخيار للأمة المعتقة حتى ولو أعتق زوجها معها فمن هنا فلا محيص عن رفع اليد عن القاعدة والالتزام بما تضمنه النص الصحيح.

نعم أورد صاحب الحدائق على الاستدلال بهذا النص بأنه دال على بطلان النكاح بينهما عند انعتاقهما معا وارتفاع الزوجية قهرا. إلا أنه مدفوع: بالقطع بعدم بطلان الزوجية في الفرض فإنه لا يخلو إما من اللاحق بصورة كون الزوج حين عتقها عبدا، وإما باللاحق بصورة كونه حرا فيثبت لها الخيار في الأول اجماعا، وفي

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

الثاني على ما ذهب إليه المشهور وعلى ما اخترناه فلا خيار لها، وأما الحكم بالبطلان قهرا فلا وجه له ولم ينسب القول به إلى أحد، ومجرد التعبير بأنه ليس بينهما نكاح لا يقتضي ذلك، فإنه قد ورد نظير ذلك في تأخير المشتري الثمن حيث ذكر (ع) أنه لا يبيع بينهما، والحال أنه لم يحتمل أحد الحكم بالبطلان، وإنما التزموا بثبوت الخيار للبائع خاصة. والحاصل: أنه لا بد من حمل التعبير في الصحيحة ب (فليس بينهما نكاح) على ففي لزوم العقد السابق وثبوت الخيار لها، دون بطلان أصل العقد.

ويدل على ما ذكرناه أمران:

الأول، قوله (ع): (وإن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق) فإنه ظاهر في ثبوت الخيار لها، وإلا فلو كان النكاح باطلا لم تكن محبتها خاصة كافية في ثبوت الجواز بل كان ينبغي تعليق الحكم على محبتها معا والتراضي من الطرفين، فكفاية محبتها خاصة إنما تكشف عن كون المراد بقوله (ع): (ليس بينهما نكاح) هو نفي اللزوم وثبوت الخيار لها.

الثاني: ذيل الحديث حيث ورد فيه: (قال: سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم يعتقها تخير فيه أم لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا أعتقت) (١).

فإن سؤال ابن سنان عن عتقها وحدها بعد سماعه لحكم عتقهما معا شاهد على فهمه لثبوت الخيار لها عند عتقهما معا بحيث كان السؤال الثاني عن اختصاص الحكم بصورة عتقهما معا أو عمومهما لعتقها خاصة أيضا.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ثم لو شرط المولى عليها عدم فسخ النكاح بعد عتقها فلا شك ولا اشكال في نفوذه لكونه أمرا سائغا فيشملة عموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط، بلا فرق بين أن يكون الاشتراط في ضمن العتق أو في ضمن عقد لازم غيره وسيأتي من المصنف (قده) التعرض له في المسألة العاشرة من هذا الفصل.

نعم لو اشترط عليها أن لا يكون لها خيار، فقد يقال بالبطلان لكون شرطاً على خلاف السنة وشرط الله قبل شرطهم.

إلا أنه مدفوع بأن صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال: (سألته عن رجل كان له أب مملوك وكانت لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت 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؟ قلت: نعم فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم) (١) دالة صريحا على الجواز، فيكشف من ذلك أن سلب الخيار عنها ليس من الحكم المخالف لحكم الله على الاطلاق وإنما هو مخالف في خصوص فرض عدم اشتراطه في ضمن العقد نظير اشتراط الإرث في عقد المتعة ونذر الاحرام قبل الميقات، فإنه بأدلة جوازه وبلا اشتراط أو النذر يفهم أن عدم مشروعيته مختص من الأول بصورة عدم الاشتراط أو النذر، وإلا فمع الاشتراط أو النذر فمشروع من الأول.

وحيث إن الرواية صحيحة من حيث السند وواضحة دلالة فلا محيص عن العمل بها والحكم بمقتضاها، وإن كان مقتضى القاعدة

(١) الوسائل: ج ١٦ باب ١١ من أبواب المكاتب، ح ١.

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع (١).
نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها، فلا خيار لها مع
عتق بعضها على الأقوى (٢). نعم إذا أعتق البعض
الآخر أيضا - ولو بعد مدة - كان لها الخيار (٣).
(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام
المهر (٤) وهل لمولاها أو لها؟ تابع للجعل في العقد فإن
جعل لها فلها وإلا فله (٥) ولمولاها في الصورة الأولى تملكه
كما في سائر الموارد. إذ له تملك مال مملوكة بناء على
القول بالملكية، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها وأما بعد

هو البطلان

- (١) لاطلاق الأدلة، حيث لم يرد في شيء منها التقييد بالدوام،
فما عن بعضهم من القول باختصاص الحكم به لا وجه له، لا سيما مع
التعبير في صحيحة الحلبي بأن أمرها بيدها.
- (٢) فإن موضوع النصوص هو الأمة المعتقة وهو غير صادق على
المبعضة لأنها مملوكة في الجملة، بل إن قوله (ع): (أمرها بيدها)
يدل على اختصاص الحكم بالتي قد أعتق كلها باعتبار أن أمر المبعضة
ليس بيدها كما هو واضح.
- (٣) لشمول النصوص لها، فإن أمرها بعد انعقاد البعض الآخر بيدها.
- (٤) بلا خلاف فيه بين الأصحاب وتدل عليه جملة من النصوص المعتبرة.
- (٥) وقد تقدم الحديث فيه مفصلا في المسألة الرابعة والخامسة من
الفصل المتقدم فراجع.

انعتاقها فليس له ذلك (١) وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً، وجوه أقواها الأخير (٢). وإن كان مقتضى الفسخ الأول (٣)

(١) فإن سلطانه على مالها إنما يختص بما إذا كانت مملوكة له فإذا خرجت عن ملكه فليس له سلطان عليها أو على أموالها كما هو واضح

(٢) وقد تقدم الكلام في نظير هذا الفرع في المسألة السابعة من الفصل السابق فيما إذا ملكت المرأة زوجها قبل الدخول بها وقد عرفت أن القول بسقوط المهر كلاً لا وجه له إذ لا دليل على كون المانع الطارئ من الملك فسخاً للعقد بحيث يرتفع من الأول ويفرض كأن لم يكن، كما لا دليل على التنصيف وسقوط نصف المهر فإن الزوجة بمجرد العقد تملك تمام المهر، وسقوط النصف في الطلاق كان للدليل الخاص فالتعدي عنه إلى غيره من موارد ارتفاع الزوجية لا وجه له وقياس محض

وهذا الكلام بعينه يجري في المقام، فإنه لا دليل على كون بطلان الزوجية بنزع الأمة نفسها منه فسخاً للعقد كي يبطل أصل المهر، ودليل التنصيف مختص بالطلاق ولا مجال للتعدي عنه، فمن هنا يكون الصحيح هو ما اختاره الماتن (قده) من ثبوت تمام المهر وعدم سقوط شيء منه على الإطلاق.

(٣) في غير العنن، وأما فيه فقد دل الدليل الخاص على ثبوت نصف المهر، خلافاً لما تقتضيه القاعدة.

وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ، لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة، والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أن أطلق، ففي كونه لها أو له قولان، أقواهما: الثاني، لأنه ثابت بالعقد (١) وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمة حين العقد (٢).

(مسألة ٣): لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أن حاله حال ما إذا عين في العقد (٣) وإن كان بتفويض البضع فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين (٤)

-
- (١) على الأصح، كما تقتضيه جملة من النصوص.
 - (٢) فيكون المهر للمولى لا محالة. نعم إذا قلنا أن المهر إنما يثبت بالدخول كان المهر لها قهرا لأن المولى قبل الدخول لم يكن مالكا لشيء وحين الدخول فهي حرة تملك ما يثبت به، إلا أن هذا المبني لا يمكن المساعدة عليه بوجه.
 - (٣) فإن جعل المهر لها كان لها وإن جعل للمولى أو أطلق فهو له.
 - (٤) الظاهر أن (الواو) من غلط النساخ أو سهو القلم والصحيح هو (أو) حيث يكفي كل من الدخول أو التعيين في ثبوت حكم

فحالها حال ما إذا عين حال العقد (١) وإن كان قبل الدخول فالظاهر أن المهر لها (٢) لأنه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينئذ.

(مسألة ٤): إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق (٣) فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع، ثم إذا اختارت الفسخ لا تعدد العدة، بل يكفيها عدة واحدة (٤)

المهر المعين في أصل العقد للمقام.

(١) بلا خلاف فيه فيكون المهر لها أو له على اختلاف الجعل في العقد.

(٢) فيما إذا تحقق الدخول بعد الانعتاق وقبل الفراق.

وأما إذا لم يتحقق الدخول بعد الانعتاق فلا شيء على الزوج لها ولا للسيد، لأن التعيين لم يحصل بحسب الفرض والدخول لم يتحقق، والمهر إما يثبت بالتعيين أو الدخول فإذا لم يتحققا كان حكم النزاع حكم الفسخ في عدم ثبوت شيء بالمرة.

(٣) وهو بناء على ما اخترناه من كون المطلقة رجعية زوجة حقيقة، حيث إنها لا ترتفع إلا بالطلاق وانقضاء العقدة نظير باب السلم حيث لا يحصل الملك إلا بالعقد والقبض، واضح.

وأما بناء على ما ذهب إليه المشهور فللاجماع على ثبوت جميع أحكام الزوجة لها أو للأولوية القطعية على ما ذكر في بعض الكلمات فإن الزوجة المعتقة إذا جاز لها فسخ نكاحها المستقر جاز لها فسخ نكاحها المتزلزل بطريق أولى.

(٤) الظاهر أن المراد من العبارة ليس هو تعدد العدة ومن ثم تداخلهما

ولكن عليها تميمها عدة الحرة (١) وإن كانت العدة بائنة

بحيث تصبحان عدة واحدة، وإنما هو ثبوت عدة واحدة لها هي عدة الطلاق خاصة غاية الأمر أنها تنقلب من عدة الأمة إلى عدة الحرة. والوجه فيما ذكرناه عدم الدليل على ثبوت العدة للفسخ إذا كان في أثناء العدة، وحينئذ فلا وجه لتعدد العدة كي يبحث في تداخلهما وعدمه، وإنما السبب منحصر في الطلاق فتثبت عدة واحدة خاصة. وذلك لأن ثبوت العدة أما من جهة الدخول والتقاء الختانيين على ما دل على النص الصحيح مطلقا حتى ولو كان الوطئ شبهة وإما من جهة خصوص ما ورد في الفسخ بالغيب بعد دخوله بها مع عدم علمه بالغيب، والأول لا يقتضي إلا العدة الأولى فإن الزوجة تعتد من دخول الزوج وهو لا يوجب إلا عدة واحدة هي التي بدأتها عند الطلاق، وأما الثاني فهو لا يقتضي ثبوت عدة أخرى نظرا إلى أن موردها هو الفسخ وهي زوجة غير معتدة فلا تشمل المقام أعني الفسخ وهي في أثناء عدة الطلاق، ومن هنا فلا يبقى دليل على ثبوت عدة ثانية كي يبحث في تداخلهما وعدمه.

(١) لما دل على أن المطلقة رجعية إذا اعتقت أثناء عدتها انقلبت عدتها عدة حرة (١).

وهذه النصوص وإن لم تكن تشتمل على التصريح بكون العدة التي اعتقت الأمة فيها عدة رجعية إلا أن القرينة قائمة على إرادتها. وكيف كان فالحكم متسالم عليه ولا خلاف فيه.

(١) راجع الوسائل: ج ١٥ باب ٥٠ من أبواب العدد.

فلا خيار لها على الأقوى (١).
(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم (٢).
(مسألة ٦): الخيار على الفور على الأحوط (٣) فورا عرفيا
نعم لو كانت جاهلة بالعتق، أو بالخيار، أو بالفورية
جاز لها الفسخ بعد العلم ولا يضره التأخير حينئذ.

(١) وظاهره وجود قول بثبوت الخيار لها في الفرض، إلا أن الأمر ليس كذلك حيث لا قائل بثبوت الخيار لها في الفرض مطلقا، بل لا وجه متحصل للقول بثبوتها فإنه إنما يفيد اختيار المرأة في بقائها على الزوجية أو نزع نفسها منه والأول لا معنى له لفرض انفصالها عنه بالطلاق البائن والثاني تحصيل للحاصل.
والظاهر أن قوله (قده): (على الأقوى) من سهو قلمه الشريف.
وكيف كان فعدم ثبوت الخيار لها عند عتقها وفسخها للزوجية في فترة العدة البائنة مما لا خلاف فيه ولا اشكال، بل أرسله صاحب الجواهر (قده) ارسال المسلمات.
(٢) بلا خلاف فيه بيننا، فإنه من حقوقها نظير اعتبار إذنها في ن التزويج من بنت أخيها أو أختها ولا دخل للحاكم فيه. نعم نسب ذلك إلى بعض الشافعية، لكن وجهه غير واضح.
(٣) لشبهة الاجماع على الفورية على ما ادعي في بعض الكلمات لكن الأظهر عدم الاعتبار وذلك لا للتمسك باستصحاب حكم المخصص الزمني في الأزمنة المتأخرة فيما إذا لم يكن للدليل الأول عموم أو اطلاق من حيث الزمان، بل للتمسك بعموم المخصص أعني قوله (ع):

(مسألة ٧): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها (١).

(فإن أمرها بيدها) في الزمان المشكوك، فإنه مقدم على عموم الدليل الأول فيعمل به من دون أن يكون هناك مجال للتمسك بالاستصحاب كما هو واضح.

إذن: فإن ثبت هناك اجماع تعبدى على الفورية فهو لكنه في حيز المنع جدا وإلا فالمتعين هو الرجوع إلى عموم المخصص أو اطلاقه ومقتضاه ثبوت الخيار لها مطلقا ومن غير تقييد بالزمان الأول.

(١) خلافا لما يظهر من جماعة من الأصحاب، بل يظهر من كلمات بعضهم أنه لا خلاف في عدم ثبوت الخيار للولي. وكيف كان فالذي ينبغي أن يقال في المقام هو التفصيل بين ما إذا لم يترتب على عدم الفسخ مفسدة أو فوات مصلحة لها وبين ما إذا ترتب على ذلك فوات مصلحة أو مفسدة.

ففي الصورة الأولى: لا يثبت خيار الولي كما لو كان جنون الزوجة أدواريا وكان زمان إفاقتها قريبا أو كانت الصبية قريبة البلوغ فإنه لا بد من انتظار رشدتها أو بلوغها من دون أن يكون لوليها الخيار لعدم الدليل على ذلك، لأن الولي إنما جعل وليا للحفاظ على مصالح المولى عليه ودفع المفسد عنه، فإذا فرض عدمهما فلا وجه لاثبات الولاية عليها في المقام.

والظاهر أن الماتن وكل من حكم بثبوت الولاية عليها في المقام غير ناظر إلى هذه الصورة. وأما الصورة الثانية: فالأقوى فيها ثبوت الولاية له.

(مسألة ٨): لا يجب على الزوج اعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم بل يجوز له اخفاء الأمر عليها (١).
(مسألة ٩): ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو إذنها فاختارت هي زوجها برضاها، ولكن يمكن دعوى انصراف الأخبار

والوجه في ذلك أنه وإن لم يرد نص يدل على ثبوت الولاية في المقام بخصوصه، إلا أن حق المسلم في ماله ودمه وعرضه لما كان محترماً إذ لا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم على ما في صحيحة يزيد الكناسي (١) ولا يصلح ذهاب حق أحد على ما في صحيحة الحلبي (٢) كان لا بد من تداركها، وحيث إن من الواضح أن الحق العرضي لا يقل حرمة عن الحق المالي وقد ورد فيه أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه فلا بد من احترامه، ولما كان صاحب الحق عاجزاً عن استيفائه وغير قادر عليه لصغر أو جنون كان من مقتضى طبيعة الحال انتقاله إلى الولي خاصة إذ ليس لكل مسلم القيام بتحصيله بلا خلاف.

والحاصل أنه وإن لم يرد في هذه الصورة نص خاص يدل على ثبوت الولاية لوليها إلا أن في الأدلة العامة ما يكفي.
(١) لعدم الدليل على الوجوب فيكون مقتضى الأصل هو العدم.

(١) الوسائل: ج ١٨ باب ٦ من أبواب مقدمات الحدود وأحكامها العامة، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٨ باب ٤ من أبواب الشهادات، ح ١.

إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها (١).
(مسألة ١٠): لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها
فالظاهر صحته (٢).

(١) ولم يعلم وجه لهذا الانصراف فإن المذكور في بعض روايات
المقام وإن كانت الأمة المزوجة من قبل المولى إلا أن الموضوع في
جملة منها هو الأمة المزوجة من دون تعيين لمن هو المزوج لها وقد
حكم الإمام (ع) فيها بثبوت الخيار لها بعنوان أن أمرها أصبح
بيدها. ومن الواضح أنه صادق في فرض تزويجها هي على حد صدقه
في فرض تزويج المولى لها.
ثم لو سلم الانصراف فلا يخفى أنه بدوي لا يلتفت إليه.
إذن: فالصحيح هو ما اختاره المشهور من عدم الفرق بين الفرضين.
(٢) تقدم الكلام فيه في ذيل التعليقة الثانية من هذا الفصل وقد
عرفت أن الشرط سواء أكان شرط فعل أم كان شرط نتيجة نافذ
وصحيح، فلا يجوز لها الفسخ بعد ذلك.
نعم لو كان الشرط شرط عدم الفسخ وخالفت الشرط وارتكبت
محرمًا نفذ فسخها، باعتبار أن الاشتراط لا يوجب سلب القدرة على
الفعل وإنما يوجب لزوم الوفاء به تكليفا خاصة.
ثم هل يعتبر رضا الأمة بالشرط أم لا؟ فيه خلاف منشأ الاختلاف
في جواز جعل المولى ذمة مملوكه مشغولة بشئ يتبع به بعد العتق
كأن يستدين على ذمة العبد، وقد تقدم الكلام في هذا الفرع وقد
عرفت أنه ليس للمولى مثل هذه الولاية، وإنما له التصرف في نفس
المملوك أو ما يتعلق به من المنافع خاصة. وعليه فمقتضى القاعدة في

(مسألة ١١) لو أعتق العبد لا خيار له (١)

المقام هو اعتبار رضا الأمة بالشرط كي تدخل بذلك تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم)، فيصبح الشرط لازماً. نعم نسب إلى العلامة (قده) التفصيل بين اشتراط الخدمة وغيرها فاعتبر رضا المملوك في الثاني دون الأول. وهو متين، فإن العتق مع اشتراط الخدمة يكون من عتق العين مسلوقة بالمنفعة فإن كلا منهما مملوك له فلا يعتبر رضاه بالشرط، نظير وقف العين مسلوقة بالمنفعة وهذا بخلاف اشتراط غيرها كالمال حيث لا يكون مملوكاً له. هذا ويدلنا على عدم اعتبار رضا المملوك في اشتراط الخدمة عليه صحيح أبان بن عثمان عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن رجل قال غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة. قال: هو حر وعليه العمالة، قلت: أن ابن أبي ليلى يزعم أنه حر وليس عليه شيء قال: كذب أن علياً (ع) أعتق أبا نيروز وعياضاً ورباحاً وعليهم عمالة كذا وكذا سنة ولهم رزقهم وكسوتهم بالمعروف في تلك السنين (١). فإنها مطلقة من حيث جعل المولى الخدمة عليه ومن دون تقييد برضا المملوك، فتكون دليلاً على ما ذكرناه.

(١) لفقدان الدليل، على أنه لم يفت من العبد شيء حيث إنه إذا لم يرض ببقاء الأمة زوجة له فله التخلص بالطلاق من دون أن يتوقف دفع مذمة كون زوجته أمة على ثبوت الخيار له والفسخ. وما نسب إلى بعضهم من القول بثبوت الخيار له فيما إذا استمرت الكراهة إلى حالة الاختيار.

(١) الوسائل: ج ١٦ باب ١٠ من أبواب العتق، ح ٣.

ولا لزوجته (١).
(مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرة وأمتان فأعتقت
إحدى الأمتين فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان (٢) وعلى

مدفوع بأن الاكراه في زمن العبودية لا تقتضي الفساد لأنه اكراه
بالحق لا الباطل، والاكراه في زمن الحرية لو تحقق فهو يقتضي
البطلان لا الخيار.

(١) فإن الأمر فيها أوضح إذ لم يفت عليها شيء بل زيد في
مقامها وشرفها حيث أصبحت زوجة للحر.

هذا مضافا إلى دلالة معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع):

(في العبد يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة قال: فقال: لا يرجم
حتى يواقع الحرة بعد ما يعتق، قلت: فللحرة الخيار عليه إذا أعتق؟
قال: لا، قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الأول) (١).

ورواية علي بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع): (في رجل زوج
أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها هل يكون لها الخيار؟
قال: لا، قد تزوجته عبدا ورضيت به فهو حين صار حرا أحق
أن ترضى به) (٢).

وكيف كان فالحكم مما لا خلاف فيه.

(٢) أظهرهما الأول لعموم أدلة الخيار على ما اعترف به (قده)
في المسألة الثانية من فصل عدم جواز الزيادة على الأربع في العقد الدائم.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

الأول: إن اختارت البقاء، فهل يثبت للزوج التخيير
أو يبطل نكاحها؟ وجهان (١) وكذا إذا كان عنده ثلاث (٢)
أو أربع إماء فأعتقت إحداها (٣). ولو أعتق في هذا

(١) أما احتمال البطلان فهو ضعيف جدا ولا وجه له بعد الحكم
بصحته، إذ الممنوع إنما هو الجمع بينهما لا التزوج بكل واحدة منهن
على حدة، وأما احتمال التخيير فقد عرفت فيما تقدم أن دليله يختص
باسلام المجوسي على سبع زوجات ولا مجال للتعدي عنه. فمن هنا فلا
محيص عن الالتزام بالقرعة، فإنها لكل أمر مشكل، والمقام منه.
ولا يقاس ذلك بالتزوج بالأختين أو حرتين وأمة في زمان واحد
حيث يحكم فيه بالبطلان، فإن مقتضى الصحة في المثاليين من الأول
قاصر بخلاف المقام حيث لا مانع من زوجية كل واحدة منهن مستقلا
وإنما المانع في الجمع بينهما خاصة.

(٢) وذكره من سهو القلم حيث لا مانع من الجمع بين الحرة
والأمتين، ويحتمل أن يكون في العبارة سقط ويكون الصحيح (فأعتقت
اثنان منهن) كما ذكره (قده) في المسألة الثانية من

فصل عدم جواز الزيادة على الأربع في العقد الدائم، وحينئذ فيكون
المثال من مصاديق المقام حيث إنه إذا أعتقت اثنان من الإماء الثلاث
كان من الجمع بين حرتين وأمة وهو غير جائز على ما تقدم، أو
أعتقت أمة من الأربع حيث يكون من الجمع بين الحرة وثلاث إماء.

(٣) احتمال البطلان في المقام مناف لما ذكره (قده) في المسألة
الثانية من فصل عدم جواز الزيادة على الأربع في العقد الدائم.
حيث بنى فيها على عموم أدلة الخيار لها، احتمال فيها القرعة وقد

الفرض جميعهن دفعة ففي كون الزوج مخيرا وبعد اختياره
يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات،
فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع،
وجوه (١).

عرفت أن القول بها هو المتعين والصحيح، لاحتياج التعدي عن
مورد النص الدال على التخيير إلى غيره إلى الدليل وهو مفقود.
(١) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(١٥٨)

فصل
في العقد وأحكامه
(مسألة ١): يشترط في النكاح الصيغة، بمعنى
الايجاب والقبول اللفظيين (١) فلا يكفي التراضي الباطني

فصل
في العقد وأحكامه
(١) وهو مما لا خلاف فيه، بل عليه اجماع علماء المسلمين - على
ما في كلمات بعضهم - .
واستدل عليه شيخنا الأعظم (قده) بأنه الفارق بين السفاح
والنكاح إذ الأول بحسب الغالب يقع بالتراضي بين الطرفين،
فإذا كان هو بوحده كافيا ولم يعتبر اللفظ لم يبق فارق بينه وبين النكاح.
وما أفاده يعد غريبا منه (قده) فإن الفارق بين النكاح والسفاح
لا يمكن في اللفظ فإنه أجنبي عن ذلك إذ قد يكون السفاح مع اللفظ
وقد يكون النكاح بغيره.
وإنما الفرق بينهما يكمن في أن النكاح أمر اعتباري حيث يعتبر
الرجل المرأة زوجة له وتعتبر المرأة الرجل زوجا لها، في حين أن
السفاح هو الوطئ الخارجي المجرد عن اعتبار الزوجية بينهما.
نعم يمكن الاستدلال عليه بجملة من النصوص الدالة على اعتبار
اللفظ في المتعة، بل يظهر من بعضها (١) مفروغية اعتباره لدى
السائل، وإنما السؤال عن كفياته وخصوصياته، فإنه إذا كان اعتباره

(١) راجع الوسائل: ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة.

ولا الايجاب والقبول الفعليين، وأن يكون الايجاب بلفظ
النكاح أو التزويج على الأحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في
النكاح الدائم (١)

في المتعة معلوما ومفروغا عنه فاعتباره في الدوام يكون بطريق أولى.
على أن في بعض هذه النصوص أنها: (إذا قالت نعم فقد رضيت
وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها) وهو ظاهر الدلالة في عدم
كفاية الرضا الباطني واعتبار اللفظ بحيث لولا قولها: (نعم) لما
تحققت الزوجية ولما كان الرجل أولى الناس بها.
هذا كله مضافا إلى صحيحة بريد العجلي قال: (سألت أبا جعفر (ع)
عن قول الله عز وجل: (وأخذن منكم ميثاقا غليظا) فقال: الميثاق
هو الكلمة التي عقد بها النكاح، وأما قوله: (غليظا) فهو ماء
الرجل يفضيه إليها) (١).
فإنها واضحة الدلالة على اعتبار التلفظ وعدم كفاية مجرد الرضا
الباطني بل واظهاره بغير اللفظ المعين.
وكيف كان: فاعتبار الصيغة في انشاء النكاح وعدم كفاية
المعاطاة مما لا خلاف فيه بينهم ولا اشكال.
(١) وذلك فلأن المذكور في النصوص الدالة على اعتبار اللفظ إنما
هو التزويج ومشتقاته، لكن حيث علمنا أنه لا خصوصية لهذا اللفظ بعينه
جاز استعمال لفظ النكاح في انشاء العقد الدائم لوروده في جملة من الآيات
الكريمة والنصوص الشريفة، وأما لفظ المتعة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١ من أبواب النكاح وأولياء العقد، ح ٤.

نعم وردت جملة من النصوص تدل على انقلاب المنقطع دائما فيما إذا تعمد ترك الأجل (١) على ما ورد التصريح بذلك في بعضها حيث ورد فيها: (إني أستحي أن أذكر شرط الأيام) -، إلا أنها أجنبية عن جواز انشاء النكاح الدائم بلفظ التمتع فإنها ناظرة إلى خصوصية ذكر الأجل وعدمه خاصة من دون أن يكون لها نظر إلى بقية الشرائط المعتبرة في العقد الدائم.

وعلى هذا فهي إنما تتضمن الانقلاب عند عدم ذكر الأجل فيما إذا كان العقد قابلا لأن يكون زواجا دائما، فإذا لم يكن العقد كذلك فلا يوجب ترك الأجل عمدا أو نسيانا انقلابه دائما كما لو كانت لديه أربع زوجات دائمات فتزوج بالخامسة متعة ولم يذكر الأجل أو تزوج بالكتابية متعة ومن دون ذكر الأجل بناء على عدم جواز تزوج الكتابية بالعقد الدائم أو تزوج بالبكر كذلك من دون إذن أبيها بناء على اختصاص اعتبار الإذن في نكاح البكر دائما وعدم اعتباره في المتعة، كما هو أحد الأقوال في المسألة فإنه حينئذ لا مجال للقول بالانقلاب وشمول تلك الأخبار لها، فإنها إنما تنظر إلى خصوص العقد القابل للانقلاب وليس لها نظر إلى فقدان شرط معتبر في النكاح الدائم. ومن هنا يظهر ما في استدلال شيخنا الأعظم (قده) على عدم اعتبار الماضوية في الصيغة بهذه الروايات حيث ورد فيها: (أتزوجك) وهو بضميمة انقلابه إلى النكاح الدائم عند عدم ذكر الأجل، يدل على امكان انشاء النكاح الدائم بغير صيغة الماضي، وعدم اعتبارها فيه. إذ يرد عليه ما قد عرفت من أن هذه النصوص ليست بصدد بيان جميع الشرائط المعتبرة في النكاح الدائم.

(١) راجع الوسائل: ج ١٤ باب ٢٠ من أبواب المتعة.

وإن كان لا يبعد (١) كفايته مع الاتيان بما يدل على
إرادة الدوام،
ويشترط العربية مع التمكن منها (٢)

والحاصل: أنه لا يجوز انشاء العقد الدائم بلفظ المتعة لعدم الدليل
عليه بعد أن كان استعماله فيه مجازيا، ولا أقل من كون ما ذكرناه
هو الأحوط.

(١) قد عرفت أنه بعيد، ولا يساعد عليه دليل.

(٢) على ما هو المعروف بينهم واستدل له.

الأول: بما في كلمات المحقق الثاني (قده) من عدم صدق العقد
على غير العربي مع التمكن منه.

وفيه: أنه من غرائب ما صدر منه (قده)، فإن العقد من

الأمر القائمة بالنفس لا اللفظ، وإنما اللفظ هو المبرز خاصة. ومن
هنا فكما أن للعرب عقودا فلغيرهم عقود أيضا، وقوله تعالى: (أوفوا
بالعقود) خطاب لهم ولغيرهم على حد سواء، وليست للعربية دخل
في مفهوم العقد.

ثم لو كان مفهوم العقد متقوما بالعربية لم يكن وجه للفرق بين
القدرة عليها وعدمها فإنه ليس لهما دخل في المفهوم، وإنما هما
يرتبطان بمقام التكليف خاصة، حيث يصح مع القدرة ويقبح بدونه.
فما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه.

ثانيا: إن العقد بالعربية هو القدر المتيقن من العقد الصحيح
لورودها في القرآن الكريم والسنة النصوص الشريفة، وكفاية غيرها
تحتاج إلى الدليل وهو مفقود ومقتضى الأصل هو الفساد.
وفيه: أن القرآن الكريم قد نزل بالعربية، والنصوص كانت

ولو بالتوكيل على الأحوط. نعم مع عدم التمكن منها
ولو بالتوكيل على الأحوط يكفي غيرها من الألسنة (١)
إذا أتى بترجمة اللفظين من النكاح والتزويج.

خطابا وجوابا لأسئلة وجهها أناس يتكلمون بالعربية إليهم (ع)
فمن هنا يكون من الطبيعي أن لا ترد فيهما صيغة غير عربية، وهذا
لا يدل على الاختصاص بها.
ثم إن عمومات النكاح ومطلقاته كقوله تعالى: (وانكحوا الأيامي
منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) وقوله صلى الله عليه وآله: (النكاح سنتي)
تمنع من الرجوع إلى الأصل والتمسك بالقدر المتيقن.
والحاصل: أن مقتضى عمومات النكاح ومطلقاته هو الاكتفاء
بغير العربية في انشاء النكاح وإن كان الأحوط الاقتصار عليها مع الامكان.
(١) واستدل عليه في بعض الكلمات بما ورد في طلاق الأخرس
من كفاية وضع القناع على رأسها، بدعوى أن المستفاد منها هو
كفاية غير اللفظ العربي عند العجز عنه مطلقا.
إلا أنه واضح الفساد باعتبار أن هذه النصوص واردة في خصوص
طلاق الأخرس فالتعدي عنه إلى كل عاجز غيره يحتاج إلى الدليل
وهو مفقود، ولذا لم يلتزم المشهور بهذا الحكم في العاجز عن
التكلم من غير الأخرس، كالوارم لسانه إلى حد يمنعه من التكلم.
ومن هنا فقد استشكل صاحب المستند فيه، واستظهر عدم كفاية
الانشاء بغير العربية حتى مع العجز عنها.
إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه للقطع بعدم امکان الالتزام بتعطيل
النكاح الذي عليه نظام العام، فلا مجال للقول بتعطيل النكاح في

البقاع التي لا يعلمون العربية من العالم، وبقاء الرجال والنساء من غير تزويج بحيث ينحصر أمر المقاربة بالزنا، ولا سيما مع ما ورد في جملة من النصوص من أن المرأة لا تبقى معطلة.

والأصل: أنه بناء على اعتبار العربية في انشاء النكاح وقد عرفت ما فيه فهو إنما يختص بحالة القدرة على الانشاء بالعربية ولو بالتوكيل فيه، وأما مع العجز عنها فمقتضى عمومات النكاح واطلاقاته السليمة عن المعارض هو الاكتفاء في إنشائه بأي لغة كانت.

(١) كما ذهب إليه المشهور من الأصحاب، واستدل عليه: تارة: بأنه القدر المتيقن من العقد الصحيح.

وأخرى: بأن صيغة الماضي صريحة في الانشاء بخلاف غيرها. وفيهما معا نظر: فإن الأول يدفعه أن مجرد كونها القدر المتيقن لا يقتضي لزوم الاقتصار عليها في مقام الانشاء، ورفع اليد عن المطلقات والعمومات.

على أن مقتضى النصوص الواردة في كيفية عقد المتعة والمتضمنة انشاءها بغير صيغة الماضي هو جواز انشاء العقد الدائم بغير صيغة الماضي وعدم انحصاره بها، لوضوح عدم الفرق بين العقد المنقطع والعقد الدائم.

ومن هنا يظهر الجواب عن الثاني فإن مجرد كونها صريحة فيه لا يكفي في لزوم الاقتصار عليها والقول بعدم كفاية غيرها، إذ يكفي ظهور غيرها فيه، حيث لا تعتبر الصراحة كما يؤكد ما ورد في المتعة من الانشاء بغيرها.

وإن كان الأقوى عدمه (١) فيكفي المستقبل والجملة
الخيرية كأن يقول: (أزوجك) أو (أنا مزوجك فلانة)
كما أن الأحوط تقديم الايجاب على القبول وإن كان الأقوى
جواز العكس أيضا (٢).

على أن دعوى كون صغية الماضي صريحة في الانشاء، باطلة من
أساسها، فإنها مشتركة بينه وبين الأخبار ولا بد في التعيين من القرينة.
ومن هنا فهي لا تختلف عن غيرها من هذه الجهة، وليست هي
صريحة فيه - كما ادعيت -.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب إليه جملة من الأصحاب من جواز
الانشاء بغيرها.

(١) على ما اختاره جملة من الأصحاب واستظهرناه.

(٢) فيقول الرجل: (أزوجك على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله
. الخ) فتقول المرأة: (زوجتك نفسي)، ويدلنا عليه عدم
الدليل على اعتبار تقدم الايجاب على القبول، بعد صدق العقد والمعاقدة
مع العكس أيضا، إذ لا يعتبر في مفهومه كون الايجاب متقدما
على القبول.

هذا مضافا إلى اطلاقات أدلة النكاح، وما ورد في بيان كيفية
صيغة المتعة من أن يقول الرجل لها: (أزوجك متعة على كتاب
الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوما
(إلى أن قال) فإذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى

وكذا الأحوط أن يكون الايجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج وإن كان الأقوى جواز العكس (١)

الناس بها) (١).

فإن موردها ليس هو قيام الرجل بدور الايجاب والانشاء وقيام المرأة بدور القبول - كما توهمه بعضهم - وإنما موردها تقديم القبول على الايجاب فإن صيغة (أتزوجك) من باب التفاعل فلا يكون انشاء وإنما يكون قبولاً متقدماً، ومن هنا فقد مثل المحقق (قده) في الشرائع لتقديم القبول على الايجاب بما إذا قال الرجل: (تزوجت) فقالت المرأة: (زوجتك نفسي). فلا فرق بين التعبير ب (أتزوجك) و (قبلت) فإن المفاد فيهما واحد تماماً من دون أي فارق باستثناء أن القبول في الأول مستفاد من الهيئة في حين أنه في الثاني مستفاد من المادة.

ثم إن هذا كله فيما إذا كان القبول المتقدم بلفظ (أتزوجك) وما شابهه، وأما إذا كان بلفظ (قبلت) أو (رضيت) فإن لم يذكر المتعلق فلا اشكال في عدم كفايته في انشاء الزوجية، وإن ذكر المتعلق فالظاهر أنه لا مانع من الالتزام بصحته وكفايته لما عرفت من أنه لا فرق بين صيغة (قبلت) وصيغة (أتزوجك) إلا أن القبول في الأول مستفاد من المادة في حين أنه في الثاني مستفاد من الهيئة، فيكون حاله حاله.

(١) وذلك لكون الزوجية من المفاهيم المتضايقة المتشابهة الطرفين بحيث يكون المضاف إلى كل منهما عين المضاف إلى الآخر نظير

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة، ح ١.

الأخوة المضافة إلى الطرفين على حد سواء فكما أن هذا أخ لذلك
فذاك أخ لهذا بلا اختلاف في النسبة وليست هي كالأبوة والبنوة،
ومن هنا فكما أن الرجل زوج للمرأة هي زوج له، كما استعمل ذلك
في جملة من الآيات الكريمة قال تعالى: (وقلنا يا آدم أسكن أنت
وزوجك الجنة) (١)، وقال تعالى: (ولكم نصف ما ترك أزواجكم
إن لم يكن له ولد) (٢)، وقال تعالى: (يا أيها النبي قل لأزواجك
إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا
جميلا) (٣)، وقال تعالى: (يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك
ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن) (٤)، وقال تعالى:
(وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك) (٥)
وقال تعالى: (يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك) (٦)، إلى غير
ذلك من الآيات.

فالزوجية مفهوم في مقابل الفردية وهي عبارة عن انضمام أحدهما
إلى الآخر مع وحدة علاقتها إليهما.

وعليه: فلكل منهما انشاؤها واعتبار الآخر زوجها له أولها، فإذا
تحقق ذلك من أحدهما وتحقق القبول من الآخر صدق العقد والمعاهدة
ومن ثم شملته أدلة اللزوم.

(١) البقرة: ٣٦.

(٢) النساء: ٢١.

(٣) الأحزاب: ٢٨.

(٤) الأحزاب: ٥٩.

(٥) الأحزاب: ٣٧.

(٦) الأحزاب: ٥٠.

وأن يكون القبول بلفظ: (قبلت) ولا يبعد كفاية
(رضيت) (١)

ولا يشترط ذكر المتعلقات (٢) فيجوز
الاقتصار على لفظ: (قبلت) من دون أن يقول:
(قبلت النكاح لنفسى أو لموكلتي بالمهر المعلوم) والأقوى

والحاصل: أنه لا موجب للقول بلزوم كون الايجاب من الزوجة
خاصة والقبول منه، فإنه لا دليل عليه وإن كان هو الغالب خارجا.
(١) بل الأقوى كفايته لعدم الدليل على اعتبار لفظ معين في القبول
أو وجود خصوصية له، ومقتضى الاطلاقات الاكتفاء بكل لفظ يدل
على رضاه بالزوجية كي تصدق به المعاهدة والمعاهدة.
ومما يدل على ما ذكرناه الصحيحة الواردة في المتعة: (فإذا قالت
نعم فقد رضيت) فإنها دالة على جواز القبول بلفظ: (أتزوجك)
على ما تقدم الحديث فيها.

(٢) إذ العبرة بمعلومية المتعلقات وهي تحصل بذكرها في ضمن
ايجاب الزوجة ولا حاجة إلى إعادتها في ضمن القبول ثانيا.
وتدل عليه الصحيحة المتقدمة الواردة في المتعة حيث حكم (٤)
بتحقق الزوجية بمجرد قولها: (نعم) متفرعا على قول الزوج:
(أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله. الخ) فإنه
سواء جعلنا قولها: (نعم) قبولا كما ذهب إليه بعضهم أو ايجابا كما اخترناه
فهي دالة على عدم ذكر المتعلقات، أما على ما ذكروه فواضح،
وأما على ما اخترناه فلعدم الفرق بين الايجاب والقبول من هذه الناحية حيث
إن العبرة إنما هي بالمعلومية فإذا جاز عدم ذكر المتعلقات في الايجاب
لتحقق المعلومية من جهة أخرى جاز عدم ذكرها في القبول أيضا.

كفاية الاتيان بلفظ الأمر (١) كأن يقول: (زوجني فلانة)
فقال: (زوجتكها) وإن كان الأحوط خلافه.

(١) كما ذهب إليه جماعة، والمبنى فيه أحد أمرين:
الأول: دعوى أن الأمور بالتزويج من قبل الزوج قبول منه،
وبذلك فيكون من مصاديق المبحث المتقدم أعني تقدم قبول الزوج
على ايجاب المرأة - على ما صرح به بعضهم في ذلك المبحث حيث
ذكر الأمر بالتزويج مثالا له - .
وفيه: أنه بعيد عن المتفاهم العرفي جدا، فإن الأمر إنما هو انشاء
لطلب التزويج وهو إن كان يكشف عن رضاه به إلا أنه غير إنشائه
لاعتبار الزوجية والتزويج، ولا ظهور له فيه، ومن هنا فلا مجال للاكتفاء
به في المعاقدة.
وبعبارة أخرى: إن الأمر بالتزويج وإن كان دالا على الرضا
الباطني به، إلا أنه لا يجدي شيئا ما لم يستتبع ابرازه بمبرز دال
بظاهره عليه، وهو غير حاصل في المقام فإن الأمر به غير إنشائه
للقبول كما هو واضح.
الثاني: دعوى أن أمره لها أو لغيرها لما كان توكيلا في التزويج،
كفى ايجابها خاصة لما تقدم من أن الايجاب والقبول إذا كان لشخص
واحد بالولاية أو الوكالة أو بالتفريق بينهما وبين الأصالة كفى
الايجاب من دون أن تكون هناك حاجة إلى القبول.
وفيه: أنه قد تقدمت في محله المناقشة في الكبرى، لأنه من
قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى وهو على تقدير امكانه خلاف
الظاهر في مقام الاستعمال بل يعد من الأغلاط.

على أن في كون المقام من صغريات هذه الكبرى اشكالا،
وذلك فلأن الأمر بالتزويج لا يعد عرفا توكيلا لها فيما هو فعله
وإنما الظاهر منه أنه طلب لما هو فعلها خاصة، نظير ما لو قال:
هبني ما عندك، فإنه لا يعتبر توكيلا له في قبول الهبة أو قبضه،
كي يقال بكفاية ايجابها عن القبول.

ولا يرد علينا أنا التزمنا بأن الزوجية من الأمور المتضايفة المتشابهة
الطرفين فيكون أمره لها أمرا بانشاء ذلك الأمر الواحد.
إذ يرد عليه أن كون الزوجية من الأمور المتضايفة المتشابهة الطرفين
والنسبة وإن كان تاما إلا أن الظاهر العرفي من الأمر ليس إلا طلب
ما هو فعلها خاصة فلا يعتبر توكيلا أو قبولا فيما هو فعله.
ومن هنا فيشكل ما أفاده (قده) تبعا لجماعة من كفاية الاثيان
بلفظ الأمر.

وأما النص الذي استدل به على الكفاية أعني صحيحة محمد بن مسلم
عن أبي جعفر (ع) قال: (جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت:
زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل فقال:
أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها، فقال ما تعطيتها؟ فقال ما لي شيء،
قال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحد
غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة:
أتحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على
ما تحسن من القرآن فعلمها إياه) (١).

بدعوى: أنه لم يرد في شيء من طرق هذه الصحيحة قبول الرجل
بعد ايجاب النبي صلى الله عليه وآله فيكشف ذلك عن الاكتفاء بأمره بالتزوج

(١) الوسائل: ج ١٥ باب ٣ من أبواب المهور، ح ١.

(مسألة ٢): الأخرس يكفيه الايجاب والقبول بالإشارة مع قصد الانشاء وإن تمكن من التوكيل على الأقوى (١).

المتقدم على الايجاب.

فالاستدلال به مشكل: فإن دعوى كون أمر الرجل توكيلا للنبي صلى الله عليه وآله بعيدة، لأنه وبحسب المتفاهم العرفي ليس إلا طلبا في التزويج. وأبعد منها دعوى كونه قبولا متقدما وانشاءا للتزويج، إذ ليس للطلب ظهور في التزويج لا سيما في المقام حيث فصلت جمالات عديدة صدرت من النبي صلى الله عليه وآله وأجوبة صدرت من الرجل بين أمره والايجاب، والحال أن المعروف والمشهور بين الأصحاب اعتبار التوالي بين الايجاب والقبول.

على أن المهر إنما ذكر في الايجاب خاصة ولم يكن له في الأمر ذكر، فلا يمكن جعله قبولا سابقا لاستنزاهه عدم تطابقه مع الايجاب. ومن هنا: فإما أن تحمل هذه الصحيحة على أن الراوي لم يكن بصدد بيان جميع الخصوصيات وإنما هو بصدد بيان جهة خاصة هي عدم لزوم كون المهر درهما أو دينارا بل يكفي كونه قرآنا ولذا لم يذكر قبول الرجل، أو يقال بأن ذلك من خصوصيات النبي صلى الله عليه وآله حيث يكتفى بايجابه خاصة ولا يعتبر فيه القبول مع رضا الرجل أو حتى مع عدمه لولايته صلى الله عليه وآله العامة، ومع فلا مجال للتعدي عنه صلى الله عليه وآله

والاستدلال بها على الجواز في غير ايجابه صلى الله عليه وآله. وعلى كل: فما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعدة عليه، ولا أقل من كون خلافه هو الأحوط لزوما. (١) بل لم يظهر الخلاف فيه من أحد، واستدل عليه بأن دليل

اعتبار اللفظ لما كان هو التسالم بين المسلمين وهو دليل لبي فلا بد من
الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو غير الأخرس، وأما هو فيكتفى
بإشارته لإطلاقات أدلة النكاح وعموماته.
إلا أن لازم ذلك عدم اختصاص الحكم بالأخرس، بل لا بد من
الالتزام بعمومه لكل عاجز عن التكلم سواء أكان ذلك بالأصالة وهو
المسمى بالأخرس أم كان لعارض كالمقطوع لسانه
نعم لو كان اعتبار اللفظ مستفادا من الأدلة اللفظية - كما استظهرناه -
كان مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين القادر على التكلم والعاجز عنه
مطلقا، إذ الأحكام الوضعية لا تختلف بالقدرة وعدمها، وحينئذ فلا بد
من التماس دليل على صحة عقد الأخرس بالإشارة.
ويدل عليه ما ورد في طلاق الأخرس من الاكتفاء بالكتابة أو
الإشارة على النحو الذي يعرف به سائر أفعاله ومقاصده مثل حبه أو
كراهته (١)، فإنه إذا جاز الطلاق بالإشارة جاز النكاح بها بطريق
أولى إذ الطلاق أشد حالا من النكاح، وما ورد في قراءته في الصلاة
أو تشهده أو تليته وما أشبه ذلك على حد التعبير الوارد في معتبرة
مسعدة بن صدقة - من أنها بتحريك لسانه وإشارته بإصبعه (٢)،
ومن الواضح أن المراد مما أشبه ذلك هو كل ما يعتبر فيه التلفظ شرعا،
ومن هنا تكون هذه الروايات شاملة للمقام ودالة على المدعى أعني
جواز انشاء الأخرس للنكاح بإشارته.
غير أن مقتضى هذه النصوص لزوم إضافة تحريك اللسان إلى

(١) راجع الوسائل: ج ١٥ باب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق
وشرائطه، ح ١.
(٢) راجع الوسائل: ج ٤ باب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة.

- (مسألة ٣): لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة (١).
(مسألة ٤): لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول في
ألفاظ المتعلقة (٢) فلو قال: (أنكحتك فلانة) فقال:
(قبلت التزويج)، أو بالعكس كفى، وكذا لو قال:
(على المهر المعلوم) فقال الآخر: (على الصداق المعلوم)
وهكذا في سائر المتعلقةات.
(مسألة ٥): يكفي على الأقوى في الايجاب لفظ
(نعم) (٣) الاستفهام، كما إذا قال: (زوجتني

الإشارة بإصبعه وعدم الاكتفاء بالإشارة المجردة، كما ورد ذلك في
معتبرة مسعدة بن صدقة المتقدمة ويظهر من روايات الطلاق حيث
قيد الحكم بكون ابرازه للنكاح بالإشارة كإبراز سائر مقاصده وأموره
ومن الواضح أن المتعارف عند الأخرس في مقام بيان مقاصده هو
تحريك لسانه مضافا إلى الإشارة بإصبعه أو يده أو غيرهما، ومن هنا
فلا محيص عن اشتراط تحريك اللسان في انشاء الأخرس للنكاح بالإشارة
(١) لعدم الدليل على الاكتفاء بها، بعد ما دل على اعتبار اللفظ
في الانشاء.

- (٢) وذلك لعدم الدليل على اعتبار تطابق الايجاب والقبول من
حيث المادة، إذ أن دليل اعتبار اللفظ لا يقتضي إلا لزوم كون الدال
على انشاء التزويج لفظا، وأما اتحادهما من حيث المادة فلا دليل
عليه ومقتضى الاطلاق كفاية غير المتطابق أيضا.
(٣) الاكتفاء ب (نعم) في مقام الايجاب في حد نفسه مما لا ينبغي

فلانة بكذا؟ فقال: (نعم) فقال الأول: (قبلت)
لكن الأحوط عدم الاكتفاء.

(مسألة ٦): إذا لحن في الصيغة، فإن كان مغيرا
للمعنى لم يكف (١)، وإن لم يكن مغيرا فلا بأس به إذا
كان في المتعلقات (٢)، وإن كان في نفس اللفظين كأن
يقول: (جوزتك) بدل (زوجتك) فالأحوط عدم
الاكتفاء به (٣) وكذا اللحن في الاعراب.

الاشكال فيه، إذ تدل عليه مضافا إلى ما تقدم من أن المعتبر في
اللفظ كونه مبرزاً للاعتبار بنظر العرف من دون وجود خصوصية
للفظ معين صحيحة أبان بن تغلب المتقدمة حيث ورد فيها: (فإذا
قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك) بناء على ما تقدم بيانه مفصلاً
من أن كلمة (نعم) ايجاب منها، حيث لا يمكن أن تكون كلمة
(أتزوجك) هو الايجاب.

نعم ما أفاده (قده) من كفايته في جواب الاستفهام مشكل
جدا حيث إن جواب الاستفهام إنما يكون اخباراً لا انشاءً، فاستعماله
في مكانه يكون من الانشاء بالمجاز المستنكر وغير المعهود والمتعارف
لدى العرف، ومن هنا فلا مجال للاكتفاء به.

(١) لعدم صلاحيته لابرار المعنى والاعتبار النفساني، بحسب
المتفاهم العرفي.

(٢) لكونه مبرزاً للاعتبار لدى العرف.

(٣) وإن كان الأقوى الاكتفاء به، إذ العبرة إنما هي بكون

(مسألة ٧): يشترط قصد الانشاء في اجراء الصيغة (١).

اللفظ مفهما ومبرزا للاعتبار بنظر العرف من دون أن يكون لموازين اللغة والاعراب دخل، فإذا كان اللفظ كذلك صح انشاء العقد به وإن كان غلطا بحسب اللغة.

ومن هنا يظهر الفرق بين انشاء العقود والقراءة في الصلاة، فإن المعتبر في الثاني هو اللفظ الخاص النازل من الله تبارك وتعالى فإذا وقع فيه تحريف لم يجز لعدم كونه النازل منه تعالى، وهذا بخلاف العقود حيث لا يعتبر فيها لفظ خاص وإنما المعتبر فيها هو اللفظ المفهم للمعنى والمبرز للاعتبار بنظر العرف.

ومن هنا فالظاهر هو الاكتفاء بالملحون حتى ولو كان الغلط في نفس اللفظين فيما إذا كان اللحن نوعيا بحيث يكون مبرزا للاعتبار بنظر العرف، نعم إن الاحتياط في عدم الاكتفاء به. ومما تقدم يظهر الحال في اللحن في الاعراب، فإن الحال فيه ما تقدم.

(١) وذلك لأن اللفظ لصيغة العقد إما أن لا يستعملها في معنى بحيث يكون قصده ايجاد اللفظ خاصة، وإما أن يكون قصده في استعمالها الاخبار عن ما مضى أو عن ما يأتي، وإما أن يكون قصده في استعمالها انشاء الزوجية، ولا رابع لهذه الاحتمالات. والأولان لا يتحقق بهما عنوان التزويج لخلو الأول من إرادة المعنى، وقصد الاخبار في الثاني، فينحصر أمر الانشاء في الثالث لا محالة ولا يختص هذا بباب النكاح بل يجري في انشاء جميع العقود بلا اختلاف بينها.

(مسألة ٨): لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً (١) بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي علمه اجمالاً بأن معنى هذه الصيغة انشاء النكاح والتزويج، لكن الأحوط العلم التفصيلي.

(مسألة ٩): يشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول (١) وتكفي العرفية منها، فلا يضر الفصل في الجملة، بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب، كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

(١) لأن المعاقدة إنما تتقوم بالاعتبار النفساني وإبرازه بميز في الخارج، فإذا كان المجري للصيغة عالماً بأنها تبرز هذا الاعتبار النفساني، كفى ذلك وإن لم يكن عالماً بخصوصياتها، ولعل أكثر العرب فضلاً عن غيرهم لا يدركون ذلك، بل غاية ما يدركوه إنما هو معنى الجملة من حيث المجموع، دون كل جزء جزء هيئة ومادة.

(٢) على ما ذكره غير واحد من الأصحاب، وذكروا أن الأصل في ذلك أنما هو ارتباط المستثنى بالمستثنى منه حيث إنه إذا فصل بينهما لم يكن أحدهما مرتبطاً بالآخر، ومن ثم فلا يعدان جملة واحدة فلو قال اللفظ بالشهادة (لا إله) ثم ذكر بعد فصل طويل (إلا الله) لما اعتبر ذلك شهادة بوحداية الله تبارك وتعالى، بل يحكم بكفره لنفي الإله وكذا الحال في الإقرار فلو أقر لشخص بمائة دينار مثلاً وبعد فصل طويل استثنى منه خمسين، فإنه يؤخذ بأقراره الأول

(مسألة ١٠): ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول فلو كان القابل غائبا عن المجلس، فقال الموجب: (زوجت فلانا فلانة) وبعد بلوغ الخبر إليه قال: (قبلت) لم يصح، وفيه أنه لا دليل على اعتباره (١) من حيث هو، وعدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة لعدم التخاطب، وإلا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر فإنه يصدق عليه المعاقدة (٢).

(مسألة ١١): ويشترط فيه التنجيز (٣) كما في سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم

ولا عبرة به، وإنما العبرة بصدق المعاقدة، ولما كانت هي قائمة بين الالتزامين كفى تحقق الثاني في حين بقاء الأول وقبل رفع اليد عنه، حيث يتحقق الارتباط بينهما.

- (١) كما يظهر ذلك جليا مما تقدم في المسألة السابقة.
- (٢) بل قد عرفت أن صدق المعاقدة لا يتوقف على عدم الفصل بين الايجاب والقبول وإنما يكفي تحقق الالتزام من الطرف الآخر في زمن وجود الالتزام من الأول.
- (٣) وتفصيل الكلام أن يقال: إن التعليق قد يكون على أمر

لو علقه على أمر محقق معلوم كأن يقول: (إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة) مع علمه بأنه يوم الجمعة صح وأما مع عدم علمه فمشكل.

يكون انشاء ذلك العقد معلقا عليه قهرا سواء أذكره المنشئ أم لم يذكره كالزوجية في الطلاق والملكية في البيع، فهو لا يضر بالانشاء جزما فإن وجوده وعدمه سيان.

وقد يكون على أمر معلوم الحصول فعلا أو معلوم الحصول في المستقبل لكن على نحو الواجب المشروط بالشرط المتأخر كما لو علق الزوجية على حصول النهار غدا، وهو كالسابق لا يضر بصحة العقد ووجوده كعدمه، فإن اعتبار الزوجية حاصل من دون تعليق على شيء باعتبار أن المعلق عليه حاصل ومعلوم بالوجدان، ولا يحتمل تحقق الاجماع المدعى على البطلان فيه.

وقد يكون على أمر معلوم العدم أو مشكوك العدم مع كونه حين الانشاء معدوما واقعا، وفيه لا ينبغي الشك في بطلانه سواء اعتبرنا التنجيز أم لم نعتبره، لعدم المعلق عليه على الثاني.

وقد يكون على أمر متأخر معلوم الحصول في المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشرط المقارن بحيث تكون الزوجية أو الملكية من حين حصول المعلق عليه، وهذا هو الذي قد ادعي في الكلمات التسالم على عدم صحته، بعد استثناء الوصية والتدبير منه حيث لا تحصل الملكية فيهما إلا متأخرا عن الانشاء وبعد الموت. هذا وقد يتوهم أن الإجارة المتأخرة بأن يؤجر الانسان فعلا داره من بعد شهر مثلا من هذا القبيل.

ترتب أثر العقد عليه بالفعل وبلا فصل إلا ما خرج بالدليل كبيع
الصرف حيث يتوقف ترتب الأثر عليه فيه على القبض.
وهذه النصوص كقوله (ع) في صحيحة أبان بن تغلب:
(فإذا قالت، نعم فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها) (١)
فإنها ظاهرة في أن الزوجية وترتب الأثر على عقد النكاح إنما
يكون بمجرد قولها: (نعم) من دون أن ينتظر تحقق شيء آخر.
وما ورد في شراء الأمة من أن البائع إذا أخبر عن استبرائها أو
كان البائع امرأة جاز وطؤها (٢).
فإنها ظاهرة في أن الحكم مترتب على مجرد شرائها وملكيته لبضعها
من دون توقف على شيء آخر. ولا يبعد أن يدل عليه قوله (ع)
في صحيحة الحلبي الواردة فيمن قال لامرأته إن تزوجت عليك أو
بت عنك فأنت طالق: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط
شرطا سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه ولا له) (٣) إذ من غير
البعيد أن يكون المراد به هو الطلاق الشرطي، بحيث تشترط المرأة
الطلاق عند تحقق الشرط، لا توكيلها في الطلاق بحيث يكون أمر
الطلاق بيده غاية الأمر تكون المرأة وكيلة عنه في اجرائه.
والحاصل: أن الاستفادة من هذه النصوص كون ترتب الأثر على
العقد فعليا وبمجرد تماميته من دون انتظار لشيء آخر، ومن هنا
فيعتبر التنجيز في العقود مراعاة لظهور النصوص المتقدمة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الحيوان.

(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه،

ح ١.

(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فإن أرد البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح (١)، وإن أراد الفراق فالأحوط الطلاق (٢) وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير

وكيف كان فاعتبار التنجيز متسالم بين الأصحاب، لكن من غير الخفي أن اعتباره إنما يختص بالعقود المعاوضية وما يشبهها، وأما العقود الإذنية كالوكالة وما شابهها فالظاهر أنه لا مانع من تعليقها على الأمور الفعلية والآتية معلومة الحصول أو مشكوكته كاشتراط الزوجة الوكالة في الطلاق عند تزوج الرجل بغيرها أو التوكيل في بيع الدار إذا صادف له السفر أو غير ذلك من القيود، فإنه أمر متعارف بل واقع في الخارج كثيرا ولا يعتبر من المستنكرات لدى العرف فترى أن الصديق يقول لصديقه أنا مسافر غدا مثلا فإن لم أرجع إلى شهر فأنت وكيل في بيع داري وما شاكل ذلك. ولعل الوجه فيه أن الوكالة لا تحتاج إلا إلى رضا المالك خاصة، وهو متحقق مع التعليق على حد تحققه مع التنجيز. ولا نطن فضلا عن القطع قيام الاجماع على بطلانه، بل قد صرح المحقق القمي (قده) في جامع الشتات بصحة التوكيل المعلق في طلاق زوجته ونسب ذلك إلى السبزواري والملا أحمد، والظاهر أنه الأردبيلي (قده).

(١) إذ ليس لهما ترتيب آثار الزوجية ما لم يحرزا الصحة، فرارا من الوقوع في المخالفة الاحتمالية من غير عذر.
(٢) كي يحصل اليقين بانتفاء الزوجية بينهما.

في الزوجية (١) وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي، فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق. (مسألة ١٣): يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقدا لنفسه، أو لغيره وكالة، أو ولاية. أو فضولا. فلا اعتبار بعقد الصبي (٢).

(١) ما أفاده (قده) ينافي كون الاحتياط لزوميا فإن الاحتياط قد يكون حكما ظاهريا للمجتهد، كما في موارد العلم الاجمالي أو موارد الشبهة قبل الفحص، وفيهما لا يمكن الرجوع إلى أصالة العدم، لاختصاصها بغيرهما فالرجوع إليها والتمسك بها يخرج المورد عن كونه من موارد الاحتياط اللزومي وقد لا يكون الاحتياط كذلك بأن يعلم المجتهد بالحكم إلا أنه لا يريد ابداءه واظهاره للناس لمانع خارجي كحفظ المصالح العامة أو ما شابهه، وحينئذ فتكون وظيفة العامي هو الاحتياط لا محالة لتنجز الواقع في حقه باعتبار أنه يعلم بالتكاليف اجمالا أيضا، ولا طريق له إلى فتوى المجتهد كما هو المفروض وليس له الرجوع إلى أصالة عدم تأثير العقد، باعتبار أن اجراء الأصول في الشبهات الحكمية إنما هو من وظيفة المجتهد خاصة. ومن هنا: فينحصر أمر الفرق بينهما بالطلاق لا غير، لعدم انسجام التمسك بالأصل مع كونه من موارد الاحتياط اللزومي، من دون أن يمكن الجمع بينهما. (٢) بلا خلاف ولا اشكال فيه إذا كان مستقلا في التصرف.

وتدل عليه مضافا إلى قوله تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) (١) حيث جعل الله سبحانه الغاية في دفع المال إلى الصبي بلوغه والرشد ومن الواضح أن مقتضاه عدم جواز دفع أمواله إليه قبل البلوغ حتى ولو كان رشيدا، وعدم جواز تصرفاته فيها ما ورد في بعض النصوص من أن وضع القلم على الصبي إنما يكون بعد احتلامه وبلوغه، حيث إن مقتضاه كون عمله قبل ذلك كإعمال فلا يلزم بشئ كما لا يؤخذ على شئ منها كموثقة عمار الساباطي عن أبي عبد الله (ع) قال: (سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك.) (٢).

ومعتبرة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: (سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه) (٣). وهذه الرواية رواها صاحب الوسائل (قده) عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون ذكر ابن سنان غير أنه من سهو القلم أو السقط في الاستنساخ قطعاً والصحيح ما ذكرناه على ما هو المثبت في المصدر أعني كتاب الخصال. وكيف كان: فالرواية معتبرة فإن أبا الحسين هذا هو آدم بن المتوكل الثقة، وهي دالة على توثق جواز أمر الغلام ومضيه على كون صدوره حال البلوغ فلو لم يكن كذلك فلا ينفذ ولا عبرة به.

(١) النساء: ٦.

(٢) الوسائل: ج ١ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ١٢.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الحجر، ح ٥.

ثم إن مقتضى اطلاقات هذه النصوص وأدلة رفع القلم عدم الفرق في الحكم بين كون الفعل الصادر منه على نحو الاستقلال بإذن من الولي وعدمه، فيحكم فيهما معا بالبطلان، ولعله متسالم عليه بينهم. هذا كله في فرض استقلاله بالتصرف، وأما إذا كان الصبي مجريا للصيغة خاصة، بأن كان العقد بين الولي والطرف الآخر الكامل فهل يحكم ببطلانه أم لا؟

قد يقال بالأول بدعوى أن المستفاد من النصوص أن الصبي مسلوب العبارة وأنها كاللفظ الصادر من الحيوان. إلا أن الظاهر هو الثاني، إذ ليس في المقام ما يدل على سلب عبارة الصبي، فإن النصوص المستدل بها كلها واردة فيما هو أمر للصبي نفسه فلا تشمل ما إذا كان الأمر للولي والبالغ غاية الأمر كان الصبي مجريا للصيغة خاصة. نعم ورد في بعض النصوص المعتبرة كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): (عمد الصبي وخطأه واحد) (١) فقد يقال بأنها تدل على كون الصبي مسلوب العبارة وأنه لا يترتب على فعله أي أثر.

وهذا المضمون وإن كان مذيلا في بعض النصوص بقوله (ع): (تحمله العاقلة) وهو ظاهر في اختصاصه بموارد الجنائيات ولا تشمل المقام، إلا أن بعضها الآخر لما كان خاليا عن هذا الذيل كان مقتضى اطلاقه عموم الحكم لغير مورد الجنائية من أفعال الصبي، ولا وجه للقول بتقييد الاطلاق بما تقدم إذ لا منافاة بينهما. لكنه مدفوع: بأن المذكور في هذه النصوص إنما هو: (عمد الصبي وخطأه واحد) لا أن (عمد الصبي لا عمد) وبينهما بون بعيد

(١) الوسائل: ج ١٩ باب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٣.

ولا المجنون ولو كان أدواريا حال جنونه (١) وإن أجاز وليه

الثاني ظاهر في المدعى بخلاف الأول حيث إن ظاهره أن حكم عمل غير الصبي إذا كان ينقسم بلحاظ العمد والخطأ فهو متحد بلحاظ الصبي دائما وعليه فيختص النص بالجنايات لا محالة، لكن لا من باب التقييد وإنما من جهة أن اختلاف حكم العمد والخطأ في غير الصبيان إنما يختص بالجنايات وإما غيرها فليس للخطائي منها أثر كي يقال أنهما واحد بالنسبة إلى الصبي.

على أنه لا مجال للمساعدة على هذا النص باطلاقه، فإن لازمه عدم قدح التكلم العمدي والأكل العمدي في صلاة الصبي وصيامه وهو مما لا يمكن الالتزام به.

إذن فهذه الروايات ناظرة إلى الجنايات خاصة، ولا تعم المقام ومن هنا فالصحيح هو الحكم بصحة عقد الصبي فيما إذا كان دوره منحصرا في اجراء الصيغة خاصة.

ومما يؤيد ذلك رواية إبراهيم ابن أبي يحيى عن أبي عبد الله (ع) (قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله أم سلمة، زوجها إياه عمر بن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم) (١).

وهي وإن كانت دالة على أن الصبي غير مسلوب العبارة، إلا أننا قد جعلناها مؤيدة لما تقدم نظر الضعف سندها ب (سلمة بن الخطاب) حيث لم يرد فيه توثيق.

(١) بلا خلاف فيه لعدم تحقق القصد منه أصلا حيث لا يلتفت

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقة على المشهور،
بل لا خلاف

فيه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل (١) لعدم
الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفا بالعربية، وعلم
قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا،
وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي، أو إجازته، أو أجاز

إلا إلى اللفظ، وأما المعنى الانشائي له فلا التفات له إليه، فيكون
حاله حال سائر الحيوانات حيث لم يصدر منه عقد، وعلى تقدير
تحقق القصد منه فلا ينبغي الشك في انصراف أدلة نفوذ العقود عنه
إذ العقلاء إنما يعاملون معه معاملة الحيوان نظير الصبي غير المميز فلا
يترتب على عقده أثر.

(١) بل منع، إذ غاية ما يستفاد من النصوص المتقدمة أن عقد
الصبي لا يكون نافذا بالنسبة إلى نفسه، وأما بالنسبة 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 حقيقة فيكون
الأمر أمره، معه فمقتضى عمومات أدلة الوفاء بالعقد نفوذه.
وبعبارة أخرى نقول: إنه لا دليل على اعتبار البلوغ في الوكيل
بل يجوز أن يكون صبيًا إذا كان مميزًا عاقلًا، والروايات الواردة
في المقام غير شاملة للمورد، إذ الصبي حينئذ غير مأخوذ بالعقد وإنما
المأخوذ به هو الموكل خاصة فإن الأمر أمره والعقد عقده فتشمله
عمومات الوفاء بالعقد.

هو بعد البلوغ (١).
وكذا لا اعتبار بعقد السكران فلا
يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاقة (٢). وأما عقد السكري
إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك
وذهب جماعة إلى الصحة (٣)

(١) إذ البطلان في المقام ليس بمعنى الغائه كلية، وإنما هو
بمعنى عدم التأثير ما دام متصفاً بكونه عقد الصبي، فإذا ارتفع
الوصف وانتفى المانع بالبلوغ والإجازة فلا مانع من الالتزام بصحته
كما هو الحال في عقد المكره.
وكذا الحال لو أجازه الولي، لإضافة العقد حينئذ إليه فيكون
كأنه هو العاقد نظير إجازة المولى لعقد عبده أو المالك لعقد الفضولي.
(٢) ومحل الكلام هو الفاقد الشعور والعقل بحيث يكون مجنوناً
موقتاً وبالعارض، فإنه حينئذ يحكم ببطلان عقده لعدم تحقق قصد
المعنى والاعتبار منه، وعلى تقدير تحققه فالعقلاء لا يعتبرون ذلك ولا
يرتبون عليه أثراً لأنه هذيان نظير تكلم النائم. ومن هنا فلا تشمل
أدلة نفوذ العقود لانصرافها عنه جزماً.
وعليه: 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 الصحة عدا صدوره ممن له الأمر.
وكيف كان فالحكم لا ينبغي الأشكال فيه وإن كان يظهر من
المحقق وصاحب الجواهر (قدهما) وجود الخلاف فيه بين الأصحاب.
(٣) كالشيخ وأتباعه وصاحب الحدائق وصاحب الوسائل.

مستندين إلى صحيحة ابن بزيع (١) ولا بأس بالعمل بها (٢)
وإن كان الأحوط خلافه، لا مكان حملها (٣) على ما إذا
لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أن
المشهور لم يعملوا بها، وحملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط
(مسألة ١٤) لا بأس بعقد السفية إذا كان وكيلا
عن الغير في اجراء الصيغة (٤)

(١) قال: (سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب
النبيد فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم أفاقت فأنكرت
ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه، فأقامت مع الرجل على
ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا
سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا
منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ قال: نعم) (١).
(٢) بل هو متعين، وإن كان مضمونها مخالفا للقاعدة، فإنها
من حيث السند صحيحة ومن حيث الدلالة واضحة، ولم يثبت
اعراض الأصحاب عنها كي يقال بأنه موجب لطحها. فقد عمل بها
جماعة كما عرفت.
(٣) ما ذكر من المحامل خلاف الفهم العرفي فلا يصار إليها إلا
بالدليل وهو مفقود.
(٤) فإن الحجر عليه إنما يختص بتصرفاته في أمواله على نحو

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ١.

أو أصيلاً مع إجازة الولي (١)
وكذا لا بأس بعقد المكره
على اجراء الصيغة للغير (٢) أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك (٣).

الاستقلال، وليس بمسلوب العبارة قطعاً.
(١) لما عرفت من اختصاص الحجر عليه بصورة الاستقلال.
(٢) كما لو طلب العاقد اجرا على العقد فأكرهه الزوجان أو أحدهما على اجرائه مجاناً.
والوجه فيه: اطلاقات نفوذ العقد بعد عدم شمول حديث نفي الاكراه له، باعتبار أن العقد لا أثر له بالنسبة إلى المكره نفسه بالمرّة إذ المعاقدة إنما هي بين شخصين غيره، فيحكم بتأثير العقد وصحة الالتزام من الطرفين وإن كان المجري للصيغة مكرهاً.
(٣) على ما هو المعروف والمشهور بينهم، وقد ناقش فيه بعضهم بأن العقد لما كان حين وقوعه محكوماً بالفساد فصحته بعد ذلك يحتاج إلى الدليل وهو مفقود.
ولا يقاس ذلك بالبيع والنكاح الفضوليين، فإن العقد حين وقوعه فيهما لا يكون مستنداً إلى من له الأمر والولاية، إنما رضاه بهما وإجازته لهما بعد ذلك يوجب استناد ذلك العقد الواقع سابقاً إليه وانتسابه له من حين الرضا والإجازة فيحكم بصحته، وهذا بخلاف المكره حيث يستند العقد إليه من حين وقوعه فيقال باع فلان داره مكرهاً أو اشترى كذلك.
ومن هنا فإذا كان العقد المنتسب إليه حين وقوعه محكوماً بالفساد فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل، وحيث لا دليل عليها في المقام يحكم بفساده لا محالة.

(مسألة ١٥): لا يشترط الذكورة في العاقد، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في اجراء الصيغة (١) كما يجوز اجراؤها لنفسها (٢).

(مسألة ١٦): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد (٣)، فلو أوجب ثم جن أو أغمي عليه قبل

وعليه فلا موجب للحكم بالبطلان بل ينبغي الحكم بصحة العقد من حين وقوعه غاية الأمر أن الرضا يكون شرطا متأخرا فيه. ومن هنا فلا يكون في المقام تخصيص ولا تقييد حيث لا حكم بالفساد عند لحوق الرضا واقعا وإن حكمنا به - قبل لحوق الرضا - ظاهرا.

(١) لاطلاقات أدلة التوكيل، حيث لا دليل على اعتبار الرجولية في التوكيل.

(٢) ويدل عليه مضافا إلى عمومات واطلاقات أدلة النكاح قوله (ع) في صحيحة أبان بن تغلب: (فإذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها) (١).

(٣) الكلام في هذه المسألة يقع في جهات:

الجهة الأولى: فيما ذكره شيخنا الأنصاري (قده) من اعتبار أهلية القابل للقبول حين الايجاب.

الجهة الثانية: في اعتبار اتصاف الموجب بالأهلية حين صدور القبول من القابل.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة، ح ١.

مجئ القبول لم يصح، وكذا لو أوجب ثم نام، بل أو
غفل عن العقد بالمرة وكذا الحال في سائر العقود.
والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافا إلى دعوى
الاجماع وانصراف الأدلة.

الجهة الثالثة: في اعتبار استمرار أهلية الموجب من حين الإيجاب
إلى حين صدور القبول بحيث لا تتوسط بينهما حالة عدم الأهلية له.
أما الجهة الأولى: فما أفاده (قده) مما لا دليل عليه، لأن
عنواني المعاهدة والمعاقدة المعتبرين في العقود إنما يتوقفان على أهلية
القابل للقبول حين القبول خاصة ولا يتوقفان على أهليته له حين
الإيجاب، فإنه إذا كان القابل حينه أهلا له صدقت المعاهدة والمعاقدة
وإن لم يكن كذلك حال الإيجاب، لأنهما ليسا إلا ضم عهد إلى عهد آخر
وعقد التزام إلى نظيره كعقدة أحد الحبلين إلى آخر وهما صادقان مع
أهلية القابل له حين القبول خاصة أيضا، فيقال إنهما تعاقدتا وتعاهدتا
ما لم يرجع الأول عن التزامه.

ودعوى: اعتبار ما أفاده (قده) لا من جهة دخله في عنوان
المعاهدة والمعاقدة، بل من جهة الاجماع أو التعبد.
مدفوعة: بأنه لا دليل عليها وعهدتها على مدعيها.
ومن هنا يظهر أنه لا وجه لدعوى انصراف الأدلة عن مثل هذا
العقد، فإنه كيف يمكن قبول هذه الدعوى بعد صدق المعاهدة
والمعاقدة عليه كما عرفت.
بل الحكم كذلك حتى ولو كان القابل غير أهل للتخاطب حال

(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج والزوجة (١)

عدم الأهلية وحين القبول، فلا وجه للقول بعدم صدق المعاقدة مع وجود الحالة المتخللة.

هذا ومما يعضد ما ذكرناه السيرة العقلائية خارجا حيث نرى أنهم يلتزمون بصحة البيع أو الهبة أو ما شاكلهما من العقود حتى مع تخلل حالة عدم الأهلية للموجب بين حالتي أهليته حين الايجاب وأهليته حين القبول كما لو كان البائع في بلد والمشتري في آخر فكتب إليه بالبيع أو ما شاكله، فإنه يلتزم بالصحة فيه فيما إذا تعقب القبول ممن له ذلك، والحال أنه لا تخلو هذه الحالات من عروض عدم الأهلية للموجب ولا أقل من النوم.

نعم في مثل الجنون لا يبعد القول بأنه مزيل للالتزام فلا يؤثر القبول في الصحة بعد ذلك، وذلك لأن المجنون لا التزام له وعلى فرض وجوده فهو في حكم العدم بلا خلاف. فلا ينفع فيه القبول المتأخر. ثم إن الظاهر أن الاغماء ملحق بالنوم دون الجنون، فإنه نوم حقيقة غاية الأمر أنه مرتبة قوية منه. وعليه فيحكم بصحة العقد عند القبول بعد ذلك لبقاء الالتزام الأول.

والحاصل: أن طرو ما يزيل الأهلية عن الموجب قبل تحقق القبول لا يؤثر شيئا في صحة العقد عند تحقق القبول فيما إذا فرض بقاء الالتزام الأول وعدم زواله بعد زوال الأمر الطارئ.

نعم لو فرض ارتفاع الالتزام الأول نتيجة طرو ما يزيل الأهلية لم يكن للقبول المتأخر أثر في صحة العقد.

(١) بلا خلاف فيه، والوجه فيه: أن الزوجية إنما تقوم بالأفراد

على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له
أو الإشارة، فلو قال: (زوجتك إحدى بناتي) بطل (١)
وكذا لو قال: (زوجت بنتي أحد ابنيك) أو (أحد
هذين). وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر (٢)
بل وكذا لو عينا معينا من غير معاهدة بينهما، بل من باب
الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر (٣).

الخارجية من الرجال والنساء كما يظهر ذلك من جملة من الآيات
الكريمة كقوله تعالى: (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من
عبادكم وإمائكم) (١) وقوله: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٢)،
وغيرها فإن مقتضى انحلال العموم فيها جواز النكاح لكل فرد
من الإماء والنساء، وكذلك النصوص والسيرة العقلائية.
(١) لعدم وجود تعيين حتى في الواقع وعلم الله، والجامع بينهما
وإن كان موجودا إلا أنه لا يصلح لترتب آثار الزوجية عليه كوجوب
المجامعة في كل أربعة أشهر أو الانفاق وما شاكلهما.
(٢) لعدم تحقق المعاهدة، إذ لم ينضم التزام الموجب إلى التزام
القابل، لعدم التطابق بينهما نظرا لتعلق كل منهما بغير ما تعلق به الآخر.
(٣) والوجه فيه يظهر مما تقدم، إذ لم ينضم الالتزام من أحدهما
إلى الالتزام من الآخر لعدم التطابق بينهما نظرا لاعتقادهما خلاف
ذلك ومن هنا فلا تتحقق المعاهدة بالنسبة إلى الشخص المعين، ومجرد

(١) النور: ٣٢.

(٢) النساء: ٣.

وأما لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو قرينة خارجية مفهومة فلا يبعد الصحة (١) وإن كان الأحوط خلافه. ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد (٢) بل يكفي التمييز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: (زوجتك بنتي الكبرى) ولم يكن حال العقد عالما بتاريخ تولد البنيتين، لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم. نعم إذا كان مميزا واقعا ولكن لم يمكن العلم به ظاهرا كما إذا نسي تاريخ ولادتهما، ولم يمكنه العلم به فالأقوى البطلان لانصراف

الانطباق الخارجي لا يكفي في تحقق المعاهدة وصدقها بعد عدم الانطباق بين الاعتقادين والالتزامين.

(١) بل لم يظهر وجه للبطلان في المقام، فإن العبرة في صحة العقد كما عرفت غير مرة إنما هي بانضمام أحد الالتزامين بالآخر ووقوعهما لشخص واحد مع إبراز ذلك بمبرز من دون اعتبار لاتحاد المبرزين. وهذا المعنى لما كان متحققا في المقام حيث إن كلا من الالتزامين مرتبط ومنضم إلى الآخر وهما معا لشخص واحد، غاية الأمر أن المبرز لكل من الالتزامين يختلف عن المبرز للآخر حكم بصحته فإن ذلك غير ضائر - حتى مع عدم القرينة - بعد علمهما بالاتحاد، فلا وجه لتوهم البطلان فيه بالمرّة.

(٢) لاطلاق الأدلة على ما سيأتي توضيحه في التعليقة الآتية.

الأدلة عن مثله (١) فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة، أخذ بما هو المقصود (٢) والغني ما وقع غلطاً مثلاً لو قال: (زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة) وتبين أن اسمها خديجة، صح العقد على خديجة التي هي الكبرى

(١) لم يظهر لنا وجه ذلك، فإن المرأة معينة واقعا والعقد واجد لجميع شروط الصحة المعتبرة فيه، ولا دليل على اعتبار التمييز في مقام الإثبات، فإنه لا قائل ببطلان العد فيما إذا حصل الاشتباه في الزوجة أو الزوج فور تمامية العقد بعد ما كان معيناً بالذات، كما لو دخلت المرأة بعد العقد إلى مكان فيه أقرانها ثم ادعت كل واحدة منهن أنها هي المعقود عليها، بل لا يعرف لذلك موجب بعد أن كان مقتضى اطلاقات الأدلة هو الصحة، إذ لم يرد على شيء منها تقييد بالمعلومية في مقام الإثبات.

نعم لا بد من رفع الاشتباه وتعيين المعقود عليها لترتب آثار الزوجية عليه إذ الجامع لا يصلح لذلك، وحيث إن الترجيح بلا مرجح لا مجال للقول به يتعين المصير إلى القرعة لأنها لكل أمر مشكل وما نحن فيه منه.

(٢) لأنه الملاك في تطابق الالتزامين وعدمه، فإذا اتحد صح العقد، لتحقق المعاهدة من دون أن يؤثر الاشتباه في الاسم أو الوصف أو الإشارة في الصحة.

ولو قال: (زوجتك فاطمة وهي الكبرى) فتبين أنها صغرى، صح على فاطمة، لأنها المقصود، ووصفها بأنها كبرى وقع غلطا فيلغى. وكذا لو قال: (زوجتك هذه وهي فاطمة) أو (وهي الكبرى) فتبين أن اسمها خديجة أو أنها صغرى، فإن المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطا فيلغى. (مسألة ١٩): إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحا أو باطلا فالقول قول مدعي الصحة (١) كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها، وكما في سائر العقود.

(١) والدليل عليها هو أصالة الصحة في العبادات والمعاملات، غير أنه قد تقدم الكلام في هذا الأصل في المباحث الأصولية وبعض المباحث الفقهية المتقدمة مفصلا، وقد عرفت بما لا مزيد عليه أن هذا الأصل لم يدل عليه دليل لفظي من الكتاب أو السنة وإنما الدليل عليه منحصر بسيرة المشرعة المتصلة بعهد المعصومين (ع) ومن هنا فمع الشك في ضيق هذه القاعدة وسعتها بحسب الموارد، لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن فيها وهو ما إذا كان الشك في الصحة والبطلان من جهة عدم احراز بعض الشروط أو الشك في اقترانه بمانع من الموانع الشرعية، بعد احراز أركان العقد وما يعتبر في أصل تحققه. وأما مع الشك في تحقق الأركان نفسها فلا مجال للحكم بالصحة تمسكا بأصالة الصحة لعدم ثبوت السيرة والبناء على الصحة في مثل

وإن اتفقا الزوج وولي الزوجة على أنهما عينا معيننا وتنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة، فمع عدم البينة المرجع التحالف (١)

المقام كما لو شككنا في كون المبيع خلا أو خمرا، فإنه لا تنفع أصالة الصحة في اثبات كونه خلا ومن ثم الزام البائع بدفع الخل. وعلى هذا ففي المقام حيث إن الشك في ركن من أركان العقد أعني التعيين فلا مجال لتقديم قول الزوج واثبات كون المرأة المعينة هي الزوجة تمسكا بأصالة الصحة، بل لا بد على مدعي الزوجية والتعيين من البينة والاثبات على وفق الموازين المبينة في مباحث القضاء. ومن هنا يظهر الحال في سائر العقود غير النكاح فإن الحال فيها هو الحال فيه.

(١) فإن كلا منهما يدعي شيئا وينكر ما يدعيه الآخر فالزوج مثلا يدعي زوجية فاطمة وينكر زوجية خديجة التي يدعيها وليها والولي يدعي زوجية خديجة وينكر زوجية فاطمة التي يدعيها الزوج فيكون المقام من التداعي، ومقتضى القاعدة فيه أنه إن كانت لأحدهما بينة أخذ ببينته وقدم قوله وإن لم يكن لهما بينة وصلت التوبة إلى التحالف فإن حلف أحدهما خاصة ثبت مدعاه، وإن حلفا معا أو نكلا معا سقطت الدعويان لعدم المرجح، وهذا كله مما لا اشكال فيه، إنما الاشكال فيما أفاده صاحب الجواهر (قده) وادعى عليه الاجماع من انفساخ الزوجية في فرض حلفهما معا أو نكولهما كذلك، وكأنه لم يكن عقد في البين فإن اثبات ذلك مشكل جدا فإنه وإن لم يكن لأحدهما الزام الآخر بلوازم الزوجية ظاهرا فليس للزوج الزام المرأة التي يدعي زوجيتها

كما في سائر العقود.
نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها
وهي ما إذا كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة، ولم
يسمها عند العقد، ولا عينها بغير الاسم، لكنه قصدها
معينة واختلفا فيها، فالمشهور على الرجوع إلى التحالف (١)
الذي هو مقتضى قاعدة دعاوي. وذهب جماعة إلى

بالتمكن، كما أنه ليس للمرأة الأخرى الزام الزوج بالنفقة وما شاكلها
من لوازم الزوجية.
إلا أن ذلك كله لا يعني انفساخ الزوجية واقعا على ما هو ظاهر
كلماتهم فإنه لا دليل عليه بالمرّة.

ومن هنا فلا بد لكل منهما من ترتيب آثار الزوجية على نفسه في
فرض العلم بصدق مدعاه واقعا، فلو كان الزوج عالما بصدق مدعاه
من زوجية المرأة المعينة له واقعا، فلا بد من معاملتها معاملة الزوجة
فليس له أن يتزوج بأمرها أو أختها أو الخامسة - وإن لم يمكنه اثبات
مدعاه ظاهرا - وهكذا بالنسبة إلى امرأة التي تدعي زوجيتها للرجل.
وهذا الحكم لا يختص بباب النكاح بل يجري في جميع أبواب العقود.
نعم في خصوص البيع قد يستدل على الانفساخ الواقعي بالنبوي:
(إذا اختلف المتبايعان ترادا) إلا أنها نبوية لم تثبت من طرقنا
الخاصة فلا تصلح للاستدلال، على أنها غير مختصة بالاختلاف
من هذه الجهة، بل هي مطلقة وهذا مما لا يمكن الالتزام به.
(١) الظاهر أن الأمر قد اشتبه على الماتن (قده) فإن في المقام
مسألتين تشبه إحداهما الأخرى لكنهما تختلفان في الحكم.

التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعا فالقول قول الأب، وما لم يرهن فالنكاح باطل. ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذاء (١) وهي وإن كانت صحيحة إلا أن اعراض

فما أفاده (قده) من ذهاب المشهور في المسألة إلى التحالف من خلط هذه المسألة بالمسألة السابقة، وكيف كان، فالصحيح في هذه المسألة هو القول الأول أعني التفصيل بين رؤيته لهن وعدمها، فإن رواية الحذاء صحيحة سندا وواضحة دلالة وقد عمل بها جملة من الأصحاب كالشيخ وأتباعه والعلامة والمحقق بل نسب في الرياض العمل بها إلى الأكثر، وحملها على بعض المحامل تعسف محض.

فالمتعين هو الحكم بالتفصيل تعبدا ورفع اليد عن القاعدة للنص.

(١) قال: (سألت أبا جعفر (ع): عن رجل كن له ثلاث

بنات أبكار فزوج إحداهن رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها:

إنما تزوجت منك الصغيرة من بناتك. قال: فقال أبو جعفر (ع)

إن كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منه فالقول في ذلك

قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية

التي كان نوى أن يزوجه إياه عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج

لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح

باطل (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

المشهور عنها مضافا إلى مخالفتها للقواعد مع امكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا يخلو عن قوة (١) ومع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط. وكيف كان لا يتعدى عن موردها.

(مسألة ٢٠): لا يصح نكاح الحمل وانكاحه وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدلة (٢). كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولي الولي، وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية، بل أو تمليكية أيضا (٣).

(١) قد عرفت أن في القوة اشكالا بل منعا ومع ذلك فلاحتياط في محله.

(٢) الصحيح في التعليل أن يقال: إن أدلة المقام لا اطلاق لها يشمل الحمل فإن الآيات الكريمة والنصوص الواردة في النكاح جوازا ومنعا، واردة في الانسان الخارجي أعني ما هو بالفعل متصف بالانسانية كالرجل والمرأة والصغير والبالغ والعبد والأمة، ومن الواضح عدم صدق شئ من هذه العناوين على الحمل.

إذن: فليس هناك اطلاق يشمل الحمل كي يدعي انصرافه عنه ومن هنا فيحكم بالبطلان لعدم الدليل عليه من الكتاب أو السنة وعدم جريان بناء العقلاء على انكاح الحمل.

(٣) فإنه لا يمكن قياس التزويج بالوصية حيث إن المعتبر في الوصية لما كان هو وجود الموصى له، وقع الخلاف بينهم في كفاية الوجود في بطن الأم حملا، وعدمها واعتبار وجوده في الخارج فمنهم من ذهب إلى الأول لاطلاقات أدلة

(مسألة ٢١): لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر (١) مما يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها. فلا تجري قاعدة الغرر هنا (٢).

الصحة ومنهم من ذهب إلى الثاني لاعتبار كون المالك انسانا خارجيا فلا ينفع كونه حملا، وهذا بخلاف التزويج حيث قد عرفت أن أدلة النكاح قاصرة الشمول للحمل نكاحا وانكاحا. ثم إن الفرق بين الوصية العهدية والتمليلية في الأثر إنما يظهر فيما إذا حكمنا ببطلانها، ففي الأول يحكم بلزوم صرف المبلغ الموصى به في أقرب الأمور بالفعل المعين وذلك لعدم انتقاله إلى ملك الورثة 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 وهذا بخلاف الثانية حيث يرجع الموصى به إلى الورثة نظرا لبطلان التملك الذي حققه الميت فلم يكن قد خرج عن ملكه بذلك التصرف وحيث إنه لم يبقه في ملكه ولم يحبس نفسه لعدم وجود وصية أخرى، يكون حاله حال سائر أمواله ينتقل على حد باقي أمواله إلى ورثته.

(١) بلا خلاف فيه ولا اشكال بين الأصحاب، بل ادعى في الجواهر الضرورة عليه، وتدلل عليه السيرة القطعية المتصلة بعهد المعصومين (عليهم السلام) فإنها قائمة على الجواز من دون ردع.
(٢) هذه القاعدة ثابتة في البيع بلا خلاف فيه، سواء تم النبوي

فصل
في مسائل متفرقة
(الأولى): لا يجوز في النكاح دواما أو متعة اشتراط
الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل (١)
وفي بطلان العقد

فصل
في مسائل متفرقة
(١) بلا خلاف فيه بل ادعي عليه الاجماع في كلمات غير واحد
من الأصحاب وقد نسب إلى بعض القول بجوازه، إلا أنه لم يعرف
قائله. ويدل عليه:
أولا: إن جعل الخيار إنما يصح فيما إذا كان اللزوم من حقوق
المتعاقدين أو أحدهما، وأما إذا كان ذلك من الأحكام الشرعية فليس
لهما اشتراط الخيار لأنه من تغيير الحكم الشرعي وأمره بيد الشارع
وليس للمكلف فيه صلاحية نفيها أو اثباتها اشتراط اللزوم في العقود
الجائزة. وحيث إن اللزوم في النكاح من الأحكام الشرعية، فإن
الزواج مستمر إلى تحقق ما يرفعه من الموت أو الطلاق أو انقضاء المدة

به قولان، المشهور أنه باطل وعن ابن إدريس: أنه لا يبطل ببطان الشرط المذكور. ولا يخلو قوله عن قوة (١)

أو الإبراء في العقد المنقطع، فلا يرتفع باشتراط الخيار فيه، والذي يكشف عن كون اللزوم في النكاح من الأحكام، أنه لو كان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحة الإقالة فيه كما هو الحال في البيع والحال أنها غير جائزة فيه بلا خلاف.

وثانياً: إن جعل الخيار لما كان يرجع إلى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ لامتناع الإهمال وعدم معقولية الإطلاق والشمول لما بعد الفسخ - على ما تقدم بيانه مفصلاً في كتاب البيع - كانت الزوجية مقيدة وموقته يقبل الفسخ لا محالة، وإذا كانت كذلك حكم بطلانه لأن تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزيادة والنقصان من أركان العقد المنقطع، وهو مفقود في المقام بحسب الفرض حيث إن تاريخ الفسخ مجهول.

وبعبارة أخرى: إن عقد الزواج لا يخلو بحسب ما يستفاد من الأدلة من قسمين، دائم ومنقطع ولا ثالث لهما، والأول غير متصور في المقام لاستلزام جعل الخيار التقييد، والثاني يقتضي البطلان لفقده ركناً من أركانه وهو تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزيادة أو النقصان.

(١) في القوة اشكال بل منع والصحيح ما ذهب إليه المشهور، والوجه فيه يظهر مما تقدم في الوجه الثاني من وجهي بطلان الشرط نفسه، فإن الزوجية حينئذ. ليست بدائمة لمكان جعل الخيار وليس الأجل فيها محدوداً بحد معلوم ومضبوط فيحكم بفسادها، نظير

إذ لا فرق (١) بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه، مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد. ودعوى كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة، كما ترى. وأما

اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه (٢) ولكن لا بد من تعيين مدته (٣) وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد

ما لو قالت: (زوجتك نفسي إلى محيى ولدي من السفر).
(١) الفرق بين النكاح وغيره يظهر مما قدمناه، فإن هذا الشرط موجب لبطلانه من جهة استلزامه لفقد ركن من أركان العقد، وهذا لا يأتي في سائر العقود حيث قد عرفت فيما تقدم أنه إنما يرجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على العقد على وجود الشرط وتحققه فلا يوجب فساده فساد العقد.

(٢) بلا خلاف فيه. والوجه فيه: أن المهر ليس بركن في العقد ولذا يصح من دونه ابتداء، فلا محذور في جعل الخيار فيه.
(٣) لم يظهر لنا وجه هذا الاشتراط، فإنه لا فرق بين النكاح وغيره من العقود حيث يصح جعل الخيار فيه من غير اشتراط لتعيين المدة. نعم يعتبر فيه أن لا يكون مجهولا مطلقا ومبهما من جميع الوجوه بأن يجعل لنفسه الخيار في ساعة ما فقط من غير تعيين لتلك الساعة، فإنه يبطل لعدم قابليته للجعل باعتبار أنه لا واقع له ولا تعيين حتى في علم الله سبحانه. وأما لو كان معينا نوع تعيين ولو بجعله إلى الأبد وما داما حينين فلا مانع من الالتزام بصحته من دون اعتبار لتحديده

بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل (١). هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر. وأما في المتعة حيث إنها لا تصح بلا مهر، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٢). (الثانية): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها، حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع ويترتب جميع آثار الزوجية بينهما، لأن الحق لا يعدوهما (٣) ولقاعدة الاقرار (٤). وإذا مات أحدهما ورثه الآخر، ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غربيين.

زمانا بحد معين ومضبوط.
ولعل هذا هو مقصود الماتن (قده) في المقام.
(١) فيما إذا دخل بها ولم يتراضيا على مسمى غير الأول.
(٢) بل ممنوع، لأن مرجعه إلى دوران العقد بين وجود المهر فيه وخلوه عنه، وهو موجب للبطلان فيه لاعتبار ذكر المهر والأجل فيها اجماعا.
(٣) كما تقتضيه السيرة العقلائية القطعية من جميع الطوائف والمذاهب بلا خلاف فيه كما هو الحال في دعوى النسب.
(٤) التمسك بهذه القاعدة لاثبات الزوجية في المقام غير واضح فإنها إنما تختص بما يكون على المقر ويعتبر ضررا عليه، ولا تشمل مالا يكون كذلك أو يكون فيه نفع له. ومن هنا فحيث إن للزوجية نوعين من الأثر ما يكون على الزوج أو الزوجة وما يكون لهما بالقياس

وأما إذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدعي بينة وإلا فيحلف المنكر أو يرد اليمين، فيحلف المدعي ويحكم له بالزوجية. وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر (١)

إلى الآخر، فلا مجال لاثباتها بالاقرار، وإنما يثبت باقرارهما ما يكون عليهما خاصة من دون ما يكون لهما، فباقرار الزوج يثبت منعه من التزوج بأمرها وأختها وبناتها وتلزمه نفقتها إلى غير ذلك مما يكون عليه من الآثار وأما جواز وطئه لها فلا يثبت باقراره لأنه ليس من الاقرار على نفس. وهكذا بالنسبة إلى الزوجة فإنه إنما يؤثر في منعها من التزوج بغيره والسفر أو الخروج بغير إذنه ويلزمها تمكينه من نفسها إلى غير ذلك من الآثار التي تكون عليها وأما ما يكون لها من الآثار كالدخول عليه من غير ساتر أو مطالبتها له بالنفقة فلا يمكن اثباتها بهذه القاعدة.

والحاصل: أنه لا مجال لاثبات عنوان الزوجية بالاقرار حيث إنه يشتمل على ما يكون للمقر، وإذا لم يثبت ذلك فلا مجال لترتيب جميع الآثار كالإرث ونحوه عليه، وإنما يثبت به خصوص ما يكون على المقر. ومن هنا: فالصحيح في اثبات الزوجية في المقام هو الاستدلال بأن الحق لا يعدوهما على ما تقتضيه السيرة العقلانية في التزويج والنسب. (١) فإن حكم الحاكم لا يبدل من الواقع شيئاً - على ما تدل عليه جملة من النصوص - فلا يكون غير الزوج - بموجب حكم الحاكم زوجاً ولا غير الزوجة زوجة، وإنما القضاء لفصل الخصومة ظاهراً مع بقاء الواقع على حاله.

لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه وبين الله (١). وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما، لكن المدعي مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه (٢) فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، ولا أم المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها، ويجب عليه ايصال المهر إليها (٣). نعم لا يجب عليه نفقتها، لنشوزها بالانكار (٤) وإن كانت هي المدعية

(١) لما عرفت في التعليقة المتقدمة من أن حكم الحاكم لا يغير ولا يبدل من الواقع شيئاً.

(٢) أنه نافذ في حقه وإن لم يتمكن من اثباته خارجاً.

(٣) في العبارة مسامحة أو غفلة واضحة، فإن الزوج غير ملزم بالمهر بموجب اقراره، لأن اقراره بكونه مديناً للمرأة بالمهر معارض باقرارها بعدم استحقاق شيء عليه، وبذلك يسقط الاقراران ولا يثبت عليه شيء.

نعم لو علم الرجل فيما بينه وبين الله ثبوت الزوجية وصدق مدعاه وجب عليه ايصال المهر إليها، باعتبار أنها مالكة له بالعقد، إلا أن هذا غير الثبوت بالاقرار كما هو أوضح من أن يخفى.

والحاصل: أن ذكر وجوب ايصال المهر في عداد ما يلزم الرجل باقراره مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه غير ملزم به بمجرد الاقرار وإن كان يجب عليه ذلك إذا علم فيما بينه وبين الله بزواجيتها له. (٤) حيث إن المستفاد من جملة من النصوص أن الملاك في ثبوت

لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها (١) ولو بأن يقول
(هي طالق إن كانت زوجتي (٢) ولا يجوز لها السفر
من دون إذنه (٣)، وكذا كل ما يتوقف على إذنه. ولو
رجع المنكر إلى الاقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجية بينهما؟
فيه قولان، والأقوى: السماع (٤) إذا أظهر عذرا

النفقة إنما هو كون المرأة في بيت الزوج وتحت سلطانه، فإذا خرجت
عن ذلك ولو بانكارها للزوجية لم تستحق النفقة.

(١) أو طلقها الحاكم الشرعي بعد رفعها لأمرها إليه وامتناع الرجل
عن الطلاق وذلك لكونه ممتنعا عن الانفاق والمرأة لا تبقى بلا زوج
- على ما ورد في بعض النصوص -.

(٢) إذ قد عرفت فيما تقدم أن مثل هذا التعليق لا يضر بصحة العقد.

(٣) فيه اشكال بل منع فإن عدم جواز ذلك للزوجة إنما هو من
جهة مزاحمته لحق - ولذا فلو لم تكن هناك مزاحمة لحقه كما لو كان
مسافرا لم يتوقف جواز سفر المرأة على إذنه - وحيث إنه لا مزاحمة في
المقام باعتبار أن الرجل لا يرى حقا لنفسه فيها، فلا وجه للحكم
يتوقف جوازه على إذنه.

ومما تقدم يظهر الحال فيما أفاده (قده) بعد هذا من عدم جواز
كل ما يتوقف على إذنه بالنسبة إليها.

(٤) في اطلاقه اشكال بل منع، فإن الاقرار بعد الانكار وإن
كان مسموعا باعتبار أنه حجة مطلقا فيتقدم على حكم الحاكم والبينة.
إلا أن ذلك لا يعني ثبوت الزوجية بجميع مالها من الآثار في المقام

لانكاره ولم يكن متهما وإن كان ذلك بعد الحلف وكذا المدعي إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه (١). نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه على دعواه (١) إلا إذا كذبت البينة أيضا نفسها.

وإنما يثبت به خصوص الآثار التي تكون عليه دون ما يكون له نظرا إلى أنه بانكاره الأول قد اعترف بعدم استحقاقه على الآخر، فإذا رجع عن إنكاره كان ذلك بالنسبة إلى ما اعترف بعدم استحقاقه رجوعا عن الإنكار وادعاء محضا فلا يسمع كما هو مقرر في باب القضاء بلا فرق بين أن يكون قد أظهر عذرا، وأن يكون متهما أم لا. نعم لو قامت القرينة الخارجية على أن انكاره الأول كان صوريا من دون أن يكون له واقع ففي قبول اقراره بعد ذلك خلاف بينهم وقد تقدم مثله في مدعي الاقرار مواطاة.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم، فإن ادعاء الرجل مثلا لزوجية امرأة يشتمل على اعتراف منه بعدم جواز تزوجه من أمها وأختها وبناتها إذا كان قد دخل بها. ومعه كيف يمكن أن يقال بجواز ذلك بمجرد انكاره ورجوعه عن اعترافه فإن الاقرار حجة عليه في جميع التقادير ولا مجال لرفع اليد عنه. وهكذا بالنسبة إلى المرأة لو كانت هي المدعية.

فالصحيح هو التفصيل بين ما يكون عليه وما يكون له فيثبت الأول خاصة لأن الاقرار حجة على جميع التقادير، ودون الثاني لكونه دعوى بعد الاقرار فلا أثر له ولا يسمع.

(٢) ظهر مما تقدم أنه لا فرق في الحكم بين رجوعه قبل إقامة البينة

(الثالثة): إذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر، لم تسمع دعواه، إلا بالبينة (١) نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين (٢). فإن وجه الدعوى

وبعدها فإن سماعه إنما يختص بما يكون عليه دون ماله.
(١) على ما تقتضيه اطلاقات وعمومات القضاء، فإن مقتضاها عدم قبول قول المدعي من غير بينة لا سيما بعد كون المرأة مصدقة في دعواها كما دلت عليه جملة من النصوص مضافا إلى مكاتبة 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 رجلا أتاه فقال: هي امرأتي فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: هي امرأته إلا أن يقيم البينة) (١).
(٢) وللنظر في ذلك مجال واسع فإن الظاهر من مكاتبة الحسين بن سعيد المتقدمة أن القضاء في المقام منحصر بالبينة بحيث لا يمكن الحكم بزوجيتها للمدعي إلا بها.

والوجه فيه: أنه لا مجال لوصول النوبة في المقام إلى اليمين، إذ الزوج ليس منكرا لما يدعيه الآخر كي يتوجه إليه اليمين، فإنه لا يدعي إلا زوجية المرأة له استنادا إلى العقد عليها والمحكوم بالصحة بحسب الظاهر لدعواها خلوها من البعل مع كونها مصدقة في ذلك شرعا، ومن دون أن ينفي ما يدعيه الآخر واقعا.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٣.

على المرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها (١) وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج وتبقى على زوجية الزوج مع عدمها (٢) سواء

ومن هنا فليس هو بمنكر كي يلزمه الحلف بمقتضى قواعد الفضاء بل يكفيه في ترتيب آثار الزوجية عليها مجرد جهله بالحال والواقع كما هو مفروض الكلام.

وكذا الحال بالنسبة إلى المرأة، فإن اليمين إنما يتوجه على المنكر فيما إذا كان لاعترافه أثر بحيث لو أقر لكان اقراره مسموعاً، فإذا لم يكن كذلك فلا وجه لتحليفه عند الإنكار وحيث إنه لا أثر لاعتراف المرأة في المقام على ما سيأتي بيانه فلا معنى لتكليفها باليمين عند انكارها.

وبعبارة أخرى: إن المرأة في المقام لو لم تحلف وردت اليمين إلى المدعي فحلف لم يكن للحاكم الحكم بزوجيتها للمدعي نظراً لكونها زوجة للغير ظاهراً فلا يسمع اقرارها المنافي لذلك، وبهذا الملاك ليس للحاكم تحليفها باعتبار أنه ليس لها الاقرار بذلك. والحاصل: أن مثل هذه الدعوى لا تنفصل إلا بالنية فإن أقامها ومن المدعي فهو وإلا فلا أثر لاقرارها أو يمينها ومن هنا يظهر الحال فيما رتبة (قده) من الفروع على هذا الحكم (١) يظهر من عبارته (قده) هذه وما يأتي في جانب النزاع مع الزوج أن في المقام دعويين إحداهما متوجهة نحو الزوج والأخرى نحو الزوجة، وأن لكل دعوى حكمها. إلا أن الحال في ذلك يظهر مما تقدم في التعليقة المتقدمة. (٢) أي عدم البيئة للمدعي.

كان عالما بكذب المدعي أو لا، وإن أخبر ثقة واحد
بصدق المدعي، وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها (١)
فيبقى النزاع بينه وبين الزوج فإن حلف سقط دعواه
بالنسبة إليه أيضا، وإن نكل أو رد اليمين عليه فحلف
حكم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى
على الزوجية بعد الرد عليه، وإن كان قبل تمامية الدعوى
مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينهما كما إذا وجه الدعوى
أولا عليه.

(١) استدل عليه في الكلمات بموثقة سماعة قال: (سألته عن
رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة، أو غير ثقة فقال:
أن هذه امرأتي وليست لي بينة، فقال: إن كان ثقة فلا يقربها
وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه)

(١) إلا أن هذه الموثقة أجنبية عن محل الكلام ولا دلالة لها على
المدعي فإنها إنما تتضمن لزوم المفارقة فيما إذا كان المدعي هو ثقة
والحال أن المدعي استحباب اطلاق فيما إذا كان للمدعي شاهد ثقة.
وكيف كان: فهذه الرواية وإن كانت موثقة من حيث السند
إلا أنه لا بد من رد علمها إلى أهله، وذلك للقطع ببطلان مضمونها
إذ المراد من قوله (ع): (فلا يقربها) إن كان هو ترتب جميع
آثار الزوجية عليها ما عدا وطئها فمقطوع البطلان من جهة استلزامه

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٢.

(٢٢٠)

والحاصل: أن هذه الدعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة أن حلفا سقط دعواه عليهما، وإن نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه، وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه، والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعي أو نكلت ورد الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج، إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه، سواء قلنا أن اليمين المردودة بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة، أو قسم ثالث نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج اشكال (١)

الأمر بترك الواجب أعني وطئها كل أربعة أشهر مرة، وإن كان هو بطلان الزوجية وتقديم قول المدعي كما يشهد له قوله (ع) في فرض عدم كون المخبر ثقة: (فلا يقبل منه) فمقطوع البطلان من جهة أن الدعاوي لا تثبت إلا بالبينة أو اليمين، إذ القضاء لا يكون إلا بهما كما تدل عليه جملة من النصوص فلا فرق بين كون المدعي ثقة وعدمه.

والحاصل: أنه لا مجال للمساعدة على ظاهر الرواية، ولا بد من رد علمها إلى أهله للقطع ببطلانه. ولأجل هذا حملها غير واحد من الأصحاب على الاستحباب، ولا بأس به احتياطا ورجاءا. (١) يظهر الحال فه أيضا مما تقدم في توجه اليمين عليها وقبول اقرارها.

خصوصاً إن قلنا أنه بمنزلة الاقرار أو البينة. هذا كله إذا كانت منكرة لدعوى المدعي، وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج (١) ولكنها مأخوذة باقرارها، فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى (٢) بل ولا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغية بمقتضى اقرارها إلا أن تظهر عذراً في ذلك وترد على المدعي بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

-
- (١) لكونها اقراراً واعترافاً في حق الغير فلا يسمع ولا يثبت به بطلان الزوجية المحكومة بالصحة ظاهراً.
- (٢) إن كان المراد بذلك أنه ليس للمرأة مطالبة الزوج بالمهر والنفقة، فهو صحيح ولا بأس به، وأما إذا كان المراد به عدم ثبوت المهر والنفقة واقعا بحيث يكون للزوج الامتناع عن اعطائها ذلك كما هو ظاهر عبارته (قده) فهو في غاية الاشكال ولا يمكن المساعدة عليه بوجه.
- والسر فيه: أن الزوج حينئذ يعلم اجمالاً بحرمة الوطء أو وجوب دفع النفقة والمهر، هو يمنع من وطئها من دون المهر والنفقة، لاستلزامه المخالفة القطعية والقطع بارتكابه المحرم. ومن هنا فلا يجوز له وطؤها إلا بدفع المهر والنفقة.
- نعم لا أثر لهذا العلم الاجمالي من جهة بطلان العقد وعدم جواز وطئها لها، إذ المفروض أن العقد محكوم بالصحة ظاهراً، فيجوز له وطؤها غاية الأمر أنه ملزم بدفع المهر والنفقة إليها وإن لم يكن لها

(الرابعة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أولاً إلا بعد فراغها من المدعي؟ وجهان، من أنها قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها، ومن تعلق حق المدعي بها، وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعي. مع أن ذلك تفويت حق المدعي إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجة على غيرها (١) وهو الزوج. ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة، والأظهر الوجه الأول (٣). وحينئذ فإن أقام المدعي بينة وحكم له

هي المطالبة بهما. والحاصل: أن المرأة حينئذ إنما لا تستحق المطالبة بهما، وإلا فالزوج ملزم بتسليمهما إليها فراراً من المخالفة القطعية للمعلوم اجمالاً. (١) لكونه اقراراً في حق الغير فلا يسمع، فإن اليمين المردودة إنما تؤثر بالنسبة إلى المنكر خاصة ولا تزاحم حق الغير. (٢) الظاهر أن مفروض كلامهم فيما إذا لم يكن الرجل مماتلاً وممتنعاً من القضاء بحيث تطول الدعوى، وإلا فلا ينبغي الشك في الجواز، فإن المرأة لا تبقى معطلة وبلا زوج على ما دلت عليه النصوص. (٣) لبطلان الوجوه التي استدلت بها على المنع: فإن مانعية الوجه

بها كشف عن فساد العقد عليها، وإن لم يكن له بينة وحلفت بقاء على زوجيتها، وإن ردت اليمين على المدعي وحلف فففيه وجهان (١) من كشف كونها زوجة للمدعي

الأول والثاني مصادرة على المدعي فإنها أول الكلام وعين محل النزاع والوجه الثالث لم يظهر له معنى محصل، فإن دعوى المدعي 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 بينة لأنه حينئذ ليس له احلافها على ما اخترناه باعتبار أن توجه اليمين فرع قبول الاقرار، فإذا لم يكن اقرارها مسموعاً لم يكن معنى لتوجه اليمين إليها. وكذا بناءً على ما اختاره الماتن (قده) من توجه اليمين إليها، فإنها إن حلفت انفسخت دعواه وإن نكلت وردت اليمين إليه فحلف لم يقتض ذلك بطلان الزوجية الثابتة ظاهراً لأنه من قبيل الاقرار في حق الغير.

إلا أن ذلك لا محذور فيه، لعدم الدليل على عدم جواز تعجيز المدعي عن إثبات دعواه وكون الدعوى مانعاً من تصرف المكلف في ماله أو نفسه.

ومن هنا: فالظاهر أنه لا مانع من تزويجها من غيره وتزوج الغير منها نظراً إلى حجية قولها في كونها خلية كما دلت عليه جملة من النصوص فيصح وإن أوجب ذلك عجز المدعي عن إثبات مدعاه باليمين المردودة.

(١) قد عرفت فيما تقدم أنه لا وجه لتوجه اليمين عليها كما لا أثر لحلف المدعي بعد ردها اليمين عليه.

فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطا لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه، فيشمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعي. والمسألة سيالة تجري في دعوى الاملاك وغيره أيضا (١) والله أعلم.

(١) إلا أن بين الزوجية وغيرها فرقا واضحا، فإن في غير الزوجية يمكن للمدعي عند عدم البينة اثبات دعواه باليمين المردودة، وهذا بخلاف الحال في الزوجية حيث قد عرفت أنه لا مجال لاثباتها بها. ومن هنا: فلو فرضنا أن من بيده الدار - مثلا - قد باعه، حكم بصحته لقاعدة اليد.

إلا أن ذلك لا يوجب سقوط دعوى المدعي بل له الترافع لدى الحاكم وحينئذ فإن أقام بينة على مدعاه، حكم ببطلان البيع لظهور عدم كون البائع مالكا، وإلا كان لها احلاف المنكر البائع فإن حلف سقطت دعواه وإلا كان له رد اليمين على المدعي، فإن حلف كان أثره تغريم البائع قيمة الدار لاتلافه عليه فيكون ضامنا له، دون شخص العين المباعة إذ لا أثر لاعترافه بالنسبة إليها لكونه من الاعتراف في حق الغير - المشتري - وهذا بخلاف الزوجية حيث لا أثر لاعتراف المنكر - المرأة - بالنسبة إلى الزوجية الفعلية - سواء أكان الاعتراف صريحا أم من جهة ردها اليمين على المدعي - لكونه اعترافا في حق الغير فلا يسمع.

نعم ذكر أن أثره يظهر فيما لو مات الزوج الظاهري أو طلقها

(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت
وادعت زوجته امرأة أخرى لا يصح شرعا زوجيتها لذلك
الرجل مع المرأة الأولى - كما إذا كانت أخت الأولى أو
أمها أو بنتها فهناك دعويان، إحداهما: من الرجل على
المرأة، والثانية: من المرأة الأخرى على ذلك الرجل
وحيث أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين،
أو يكون لأحدهما دون الآخر أو كليهما، فعلى الأول:
يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا
سقطت الدعويان (١) وكذا إن نكلا وحلف كل من المدعين
اليمين المردودة (٢) وإن حلف أحدهما ونكل الآخر

حيث ترجع إلى المدعي، إلا أن ذلك مسألة أخرى غير ما نحن فيه،
بخلاف الأموال حيث يسمع فيها اقرار المنكر وفي حكمه حلف المدعي
عند رده عليه لكن لا أثر له بالنسبة إلى العين المنتقلة إلى الغير، وإنما
يثبت له بذلك المثل أو القيمة.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(٢) وذلك لأنه لو نكل الرجل عن أداء اليمين وردها إلى المدعي
المرأة التي ادعت زوجيتها له فحلف ونكلت المرأة الأولى التي
ادعى الرجل زوجيتها عن أداء اليمين وردها إلى المدعي الرجل
فحلف، كان مقتضى القاعدة ثبوت مدعى كل من المدعين، لكن
في خصوص المقام لما لم يمكن الجمع بينهما لاستلزامه الجمع بين الأختين

وحلف مدعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأول وثبت مدعى الثاني (١) وعلى الثاني - وهو ما إذا كان لأحدهما بينة - يثبت مدعى من له البينة. وهل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده؟ قد يدعي القطع بالثاني لأن كل دعوى لا بد فيها من البينة أو الحلف، ولكن لا يبعد تقوية الوجه الأول، لأن البينة حجة شرعية وإذا ثبت بها زوجية أحد امرأتين لأمكن معه زوجية الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين، فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمانة الشرعية عدم زوجية الأخرى (٢)، وعلى الثالث فيما أن

والحاصل: أن ما أفاده الماتن (قده) في المقام من التسايط هو الصحيح.

(١) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فإن دعوى الأول تسقط نتيجة لعدم البينة كما هو المفروض وأداء المنكر اليمين على خلافها، ودعوى الثاني تثبت نتيجة لأداء المدعي اليمين المردودة عليه من قبل المنكر.

(٢) والأمارات الشرعية حجة في لوازمها سواء أكان الشاهد والمخبر ملتفتا إلى الملازمة أم لم يكن.

هذا وقد يقال: إن حجية البينة بالنسبة إلى الدعوى الثانية مبنية على الالتزام بحجية البينة من المنكر أيضا كما ذهب إليه جماعة من الأصحاب واستظهرناه في محله باعتبار أن قولهم (ع): (واليمين

يكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين متقاربتين، أو تاريخ
أحدهما أسبق من الأخرى، فعلى الأولين تتساقطان ويكون
كما لو لم يكن بينة أصلاً (١) وعلى الثالث ترجح الأسبق (٢)
إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية
وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامرأتان
الأم والبنت من تقدم تاريخ البنت، بخلاف الأختين والأم والبنت
مع تقدم تاريخ الأم، لا مكان صحة العقدین، بأن طلق
الأولى وعقد على الثانية في الأختين، وطلق الأم مع عدم

على المدعى عليه (لا يعني عدم قبول البينة منه، بل إنما يعني أنه
ليس مطالباً بها كالمدعي، وإنما هو مطالب باليمين خاصة، وإلا فلو
أقام هو البينة باختياره فهي مسموعة لاطلاقات أدلة حجيتها. وأما
بناءً على عدم قبولها منه كما عليه المشهور فلا مجال لقبولها بالنسبة
إليها، بل لا بد من الرجوع إلى يمين المنكر أو اليمين المردودة منه
على المدعي.

وفيه: أن المقام ليس من مصاديق النزاع المتقدم، فإن البينة
هذه ليست بينة للمنكر كي يبحث في حجيتها وعدمها وإنما هي بينة
خارجية قامت على عدم مشروعية زوجية المرأة الثانية له فلا تسمع
دعواها من هذه الجهة سواء أقلنا بحجية بينة المنكر أم لم نقل،
(١) لعدم إمكان الجمع بينهما لتعارضهما وتكاذبهما، وعدم
وجود مرجح لإحدهما على الأخرى.
(٢) والذي ينبغي أن يقال في المقام: أن البينتين قد شهدان

الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو التساقت وجهان
هذا ولكن وردت رواية (١) تدل على تقديم بينة الرجل

ومن ثم استصحابها إلى زمان الشك.
لكن هذا أيضا إنما يتم في غير الأم والبنت مع كون عقد البنت
هو السابق، وأما فيه فلا، نظرا لمعارضة البينة الثانية للأولى حدوثا
وبقاء، فإنه كما لا يمكن الجمع بين الزوجية الفعلية للأم مع الزوجية
الفعلية للبنت لا يمكن الجمع بين زوجية الأم فعلا وزوجية البنت سابقا.
ومن هنا تكون بينة زوجية الأم فعلا معارضة لبينة زوجية البنت
فعلا وفي السابق أيضا، لعدم إمكان اجتماعهما فينتهي الأمر إلى
التساقت لا محالة، وبذلك يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة
الأولى من المسألة أعني عدم وجود البينة لكلا الدعويين،
ومثله في الحكم ما لو شهدت البينة الأولى بحدوث الزوجية للبنت
في السابق وشهدت البينة الثانية بالزوجية الفعلية للأم، وذلك لعدم
إمكان الجمع بينهما كما عرفت فينتهي الأمر إلى التساقت لا محالة.
نعم في غير هذه الصورة أعني الأم والبنت مع سبق عقد الثانية
من فروض شهادة إحدى البنتين بالحدوث خاصة وشهادة الأخرى
بالزوجية الفعلية، تترجح البينة الثانية لا محالة لعدم المعارضة والمنافاة بينهما
فيحكم بثبوت الزوجية الفعلية للتي شهدت لها بذلك، ولا يعارضه
استصحاب زوجية الأولى بعد ثبوتها بالبينة في السابق، لسقوط
الاستصحاب بالبينة الدالة على ثبوت الزوجية الفعلية للثانية.
ومما ذكرنا كله يتضح الحال في الفروع التي ذكرها الماتن (قده)
بعد هذا.

(١) وهي ما رواها محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه

إلا مع سبق بينة المرأة المدعية أو الدخول بها في الأختين
وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين، ومنهم من
تعدى إلى الأم والبنت أيضا. ولكن العمل بها حتى في
موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض
المحامل التي لا تخالف القواعد.

وعن علي بن محمد القاساني عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود عن
عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري عن علي بن الحسين (ع)
(في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود، وأنكرت
المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه
تزوجها بولي وشهود ولم يوقتا وقتا، فكتب: إن البينة بينة الرجل
ولا تقبل بينة المرأة. لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، وتريد
أختها فساد النكاح، فلا تصدق ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل
وقتها أو بدخول بها) (١).
وقد رواها الشيخ (قده) باسناده عن محمد بن الحسن الصفار
عن علي بن محمد عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود عن عبد الوهاب
ابن عبد الحميد عن أبي عبد الله (ع) (٢).
إلا أن هذه الرواية بطريقها ضعيفة سندا، فإن علي بن محمد القاساني

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٨ باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام
الدعوى ج ١٣.

(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقي نكاحها على حاله (١)،

ممن ضعفه الشيخ (قده)، ومحمد بن القاسم مشترك بين الثقة والضعيف وعيسى بن يونس لم يوثق، والأوزاعي والزهري ضعيفان، وعبد الوهاب ابن عبد الحميد لم يرد فيه توثيق.

ومن هنا فمثل هذه الرواية لا يمكن الاعتماد عليها بوجه، لكن لا من جهة مخالفتها للقاعدة - كما أفاده الماتن (قده) - فإنه لا مانع من تخصيص القاعدة، حيث إنها ليست من الأحكام العقلية كي لا تقبل التخصيص، وإنما من جهة ضعفها سنداً. ودعوى انجبارها بعمل المشهور. فقد عرفت عدم تماميتها كبرى غير مرة.

هذا مضافاً إلى اختصاص الرواية بالأختين، فلا مجال للتعدي عنها بعد كونها مخالفة للقاعدة.

(١) هذا الحكم ذكره غير واحد منهم المحقق (قدس سره) في الشرايع ولم يذكر صاحب الجواهر (قدس سره) في شرحه خلافاً من أحد وعلل ذلك بالأصل وأرسله بعضهم ارسال المسلمات إلا أن في ذلك اشكالا بل منعا وذلك لما أجمعوا عليه بغير خلاف بينهم في باب الطوارئ من أن بيع الأمة بمنزلة الطلاق بل هو طلاق لها - على ما دلت عليه جملة من النصوص المعتمدة - من دون أن يستثنى منه هذه الصورة أعني شراء العبد زوجته لمولاه. فإن معه كيف يمكن أن يقال بقي على نكاحها، بل لا بد أن يقال إن مولاه الجديد بالخيار فإن أجاز فهو وإلا انفسخ لا محالة.

والحاصل: أن ما أفاده (قده) في المقام بل نسب ذلك إلى الأصحاب، لا يجتمع مع ما ذكر في باب الطوارئ ولا يمكن المساعدة عليه.

ثم إن صاحب الجواهر (قده) بعد أن اختار في هذه المسألة بقاء النكاح على حاله (١) ذكر في مسألة ما لو بيعت الأمة المزوجة (٢) ما ملخصه أن فيها وجهين: بطلان النكاح لكون بيعها طلاقاً لها حقيقة فيحصل الفراق بينها وبين الزوج غاية الأمر أن للمشتري ارجاع الزوجية فيكون نظير رجوع الزوج بزوجه المطلقة في أثناء العدة - بناء على مسلك المشهور من أنه ارجاع للزوجية بعد ارتفاعها - وبقاء النكاح مع ثبوت حق الفصل بينهما للمشتري.

ثم ذكر (قده) أن الوجه الأول هو الأقوى - إن لم يثبت اجماع على خلافه - باعتبار أنه هو الذي تقتضيه النصوص المعتبرة الدالة على أن صفقتها طلاقها، بل حسنة حسن بن زياد قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية يطأها فبلغه أن لها زوجاً قال: يطأها فإن بيعها طلاقها، وذلك أنهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا (٣)، وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): (قال: طلاق الأمة يبيعها أو يبيع زوجها وقال في الرجل يزوج أمته رجل حراً ثم يبيعها، قال: هو فراق بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما) (٤) كالصريحين في المدعى.

(١) الجواهر ج ٢٩ ص ١٦٨.

(٢) الجواهر: ج ٣٠ ص ٢٦٣.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٤) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

ولا اشكال في جواز وطئها (١). وإن اشتراها لنفسه
بطل نكاحها (٢) وحلت له بالملك - على الأقوى من ملكية

أقول: أن ما أفاده (قده) وإن كان مناقضا لما أفاده أولا:
إلا أنه هو الصحيح حيث لم يثبت اجماع على الخلاف.
ثم كان عليه (قده) التنبيه على رواية معتبرة معارضة لما تقدم
من النصوص حيث تدل بالصرحة على الوجه الثاني، وهي صحيحة
علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: (سألته عن
رجل تحته مملوكة بين رجلين فقال أحدهما: قد بدا لي أن أنزع جاريتي
منك وأبيع نصيبي فباعه، فقال المشتري: أريد أن أقبض جاريتي،
هل تحرم على الزوج؟ قال: إذا اشتراها غير الذي كان أنكحها
إياه فإن الطلاق بيده إن شاء فرق بينهما وإن شاء تركها معه، فهي
حلال لزوجها وهما على نكاحهما حتى ينزعها المشتري.. الحديث) (١)
وهذه الرواية وإن كانت صحيحة سندا وواضحة دلالة، إلا أنها
لما كانت معارضة للنصوص الصحيحة الصريحة والمستفيضة، فلا بد من
رد علمها إلى أهله حيث لا يمكن حمل هذه على محمل آخر لصراحتها،
ولا رفع اليد عن تلك الروايات لصحة سندها واستفاضتها.
(١) يظهر الحال فيه مما تقدم.
(٢) بلا خلاف فيه بينهم، إلا أن المستند فيه ليس هو عدم
اجتماع الزوجية والملكية المستفاد من الآية الكريمة والنصوص المعتمدة
على ما ذكر في بعض الكلمات كي يرد عليه بأن استحالة الجمع

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٢٣٥)

العبد. وهل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الإذن من المولى
أولاً، وجهان: أقواهما: ذلك (١) لأن الإذن السابق إنما
كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك (٢) فيحتاج إلى
الإذن الجديد. ولو اشتراها لا يقصد كونها لنفسه أو للمولى
فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجية (٣)

لا تقتضي حدوث الملك وزوال الزوجية، إذ من الممكن الحكم بالعكس
باعتبار أن صحة البيع تحتاج إلى الدليل ومع عدمه يكون البناء على
بطلان البيع وبقاء الزوجية عملاً بالاستصحاب أولى.
وإنما المستند فيه ما أشرنا إليه في التعليقة السابقة من أن بيع الأمة
بعضاً أو كلا طلاق لها، على ما تدل عليه جملة من النصوص المعتبرة
ومنها ما هو وارد في خصوص المقام كموثقة سماعة قال: (سألته عن
رجلين بينهما أمة فزوجهما من رجل اشترى بعض السهمين، فقال:
حرمت عليه باشرائه إياها وذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من
جميعهم) (١).

(١) ما أفاده (قده) وإن كان متينا في نفسه، إلا أن الظاهر
كفاية الإذن في الشراء لنفسه عن ذلك فلا يحتاج إلى إذن آخر في
الوطئ، وذلك لأن الإذن في الشراء لنفسه إذن منه في الانتفاع بها
بما هو المتعارف بمقتضى الفهم العرفي ومناسبات الحكم والموضوع.
(٢) لتحقق الطلاق بمجرد البيع كما عرفت.
(٣) تقدم ما فيه فلا نعيد.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١ و ٢.

وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية. وكذا أن اشتراها في الذمة، لانصرافه إلى ذمة نفسه (١). وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها، الوجهان. (السابعة): يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية من الزوج من غير فحص (٢) مع عدم حصول العلم بقولها،

(١) حيث لم تقم قرينة على الخلاف، فإن كونه في ذمة الغير يحتاج إلى مؤنة زائدة وخلاف ظاهر الشراء.

(٢) علي ما هو المعروف والمشهور بينهم، بل لم يظهر الخلاف فيه من أحد، وتدلنا عليه - مضافا إلى السيرة القطعية حيث يتزوج الرجل الغريب في غير بلده، ومعتمدا على دعواها أنها خلية من غير فحص من دون أن يظهر التوقف في صحة عقده من أحد - معتبرة ميسر قال: (قلت لأبي عبد الله (ع): ألقى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد، فأقول لها: ألك زوج؟ فتقول: لا، فأتزوجها، قال: نعم هي المصدقة على نفسها (١)).

يؤيده خبر محمد بن عبد الله الأشعري قال: (قلت للرضا (ع): الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجا، فقال: وما عليه؟ رأيت لو سألتها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج) (٢). وهي بحسب الدلالة وإن كانت لا بأس بها، إلا أنها من حيث

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١٠ من أبواب المتعة ح ٣.

بل وكذا إذا لم تدع ذلك (١) ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعيت إليه بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقا وادعت طلاقها أو موته (٢). نعم لو كانت متهمة في دعواها فالأحوط الفحص عن حالها (٣) ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الإمارات والقرائن أو باخبار مخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها. ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط الترك خصوصا إذا كانت متهمة.

السند ضعيفة حيث إن محمد بن عبد الله الأشعري لم يوثق، ومن هنا جعلناها مؤيدة.

(١) للسيره ومعتبر ميسر المتقدمين، إذ لا فرق في كونها مصدقة على نفسها بين قولها وعملها فإن دعوتها للرجل أو إجابتها له اخبار منها بخلوها عن البعل والمانع.

(٢) ظهر وجه مما تقدم، حيث لم يرد تقييد لاطلاق قوله (ع) في معتبرة ميسر: (هي المصدقة على نفسها) وكذا السيره فإن الرجال يتزوجون من الثيبات من غير فحص مع ظهور الثيبوبة في سبق الزوجية غالبا.

(٣) بل مقتضى صحيحة أبي مريم عن أبي جعفر (ع): (أنه

(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل
ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (١)

سئل عن المتعة، فقال: إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم
إنهن كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن، فاسألوا عنهن (١) هو
وجوب الفحص.

فإنها صحيحة سندا وواضحة دلالة ومقتضى القاعدة تخصيص
ما دل على أنها مصدقة على نفسها بغير صورة التهمة.
إلا أن المشهور لم يذهبوا إلى ذلك والتزموا باستحباب الفحص
عند التهمة، وهو الصحيح.

والوجه فيه أن المراد بالتهمة وعدم المأمونية في رواية أبي مريم
ليست هي التهمة الشخصية بمعنى أن تكون المرأة المعينة التي يريد
الرجل تزوجها متهمة وغير مأمونة كما هو واضح، وإنما المراد بها
هي التهمة النوعية نظرا لتفشي الفساد وكثرة الفجور، ومن هنا
فحيث إن هذه التهمة كانت موجودة في عصر الإمام أبي عبد الله (ع)
أكثر مما كانت عليه في زمان أبي جعفر (ع) كما يشهد لذلك نمو
الفساد وتكثره يوما بعد يوم ومع ذلك فقد حكم (ع) لميسر
بجواز التزوج من غير فحص، فلا بد من حمل صحيحة أبي مريم على
الاستحباب جمعا بينهما.

ومن هنا يظهر الحال فيما أفاده الماتن (قده) بعد هذا من الفروع.
(١) فإن المستفاد من النصوص المتقدمة إنما هو حجية أخبارها

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب المتعة ح ١.

نعم لو أقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (١) وإن لم يكن هناك زوج معين، بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الاجمال.

(التاسعة): إذا وكلا وكيلا في اجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان (٢) إلا أن يحصل لهما العلم بايقاعه. ولا يكفي الظن بذلك، وإن حصل من اخبار مخبر بذلك، وإن كان ثقة (٣).

بالنسبة إلى جواز التزويج، وأما بالنسبة إلى ابطال زوجية محكمة بالصحة ظاهرا فلا دليل على حجية اخبارها فيه، بل مقتضى كونه اقرارا في حق الغير عدم السماع.

نعم اخبارها هذا حجة بالنسبة إلى نفسها، فلا تستحق المطالبة بالمهر والنفقة لاعترافها بكونها بغية، وإن وجب على الزوج دفعهما إليها للعلم الاجمالي بوجوبهما أو حرمة الوطء - على ما تقدم بيانه مفصلا في المسألة الثالثة من هذا الفصل فراجع.

(١) عملا بأدلة حجية البينة المحكمة في المقام من غير معارض.

(٢) لاحتمال عدم وقوعه لنسيان أو غيره، وحيث لم يحرز وقوعها فلا مجال لترتيب آثارها.

(٣) على خلاف بينهم منشأ الخلاف في أن الأصل هل هو حجية خبر الثقة في الموضوعات إلا ما خرج بالدليل، أو عدمها إلا ما خرج بالدليل؟

وقد عرفت في الأبحاث الماضية أن الصحيح هو الأول، باعتبار

أن السيرة العقلائية التي هي عمدة الدليل على حجية خبر الثقة قائمة على الحجية في الشبهات الموضوعية والحكمية على حد سواء، من دون أن يرد دليل على خلاف ذلك.

وأما خبر مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله (ع) قال: (سمعتة يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهرا، أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة) (١).

فليس المراد بالبينة فيها هو المعنى الاصطلاحي في باب القضاء من الشاهدين أو الأربعة الشهاداء أو الشاهد واليمين، وإنما المراد بها مطلق ما يتبين به الأمر ويتضح به الحال، وذلك لوضوح أنه لا ينحصر طريق الاستبانة بشهادة عدلين أو أربعة عدول، فإن التبين يحصل بالاقرار وقول ذي اليد والاستصحاب ونحوها، فلا دليل على اختلاف الحال في الشبهات الموضوعية عن الشبهات الحكمية، باعتبار التعدد في الأولى دون الثانية.

والحاصل: أن الصحيح هو كفاية اخبار الثقة الواحد وإن لم يكن وكيلا لأن الأصل حجية خبره إلا ما ثبت بالدليل كما هو الحال في باب القضاء.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

نعم لو أخبر الوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة (١) بل مطلقا (٢) لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه.

- (١) بلا اشكال فيه، للأولوية بعد أن كان قول غيره حجة.
- (٢) كما ذهب إليه جماعة باعتبار أنه من مصاديق القاعدة المعروفة . من ملك شيئا ملك الاقرار به) والمدعى عليها الاجماع، بل أرسلها جماعة ارسال المسلمات. إلا أن اثباتها بالاجماع التعبدي - على اطلاقها و كليتها - بعيد غاية البعد، فإن جملة من الأصحاب لم يتعرض إليها، بل لم تذكر في كلمات من تقدم على الشيخ (قده)، على أن الصبي مالك للوصية لكن لا يسمع اقراره بها.
- فالذي ينبغي أن يقال: إن ما يكون اقرارا على النفس لا حاجة في اثبات حجته إلى هذه القاعدة، فإنه يكفي فيه ما دل على نفوذ الاقرار على النفس، من غير حاجة إلى اثبات الاجماع ونحوه. وهكذا الحال بالنسبة إلى ما كان الاقرار بنفسه مصداقا للانشاء كما لو أخبر من له الفسخ بالفسخ أو أخبر الزوج في أثناء العدة عن الرجوع بزوجه، فإنه خارج عن محل الكلام أيضا، حيث إن هذا الاخبار بنفسه يعتبر فسحا ورجوعا لأنه يبرز الاعتبار النفساني من غير حاجة إلى ثبوت رجوع سابق.
- هذا وقد نسب شيخنا الأنصاري (قده) في رسالته في قاعدة من ملك، إلى الشهيد (قده) أنه استشكل في سماع اخبار الزوج عن الرجوع في أثناء العدة، لكننا لم نعرف لذلك وجها.
- وأما في غير هذين الموردین فالظاهر هو السماع أيضا، لكن لا لما

فصل
في أولياء العقد
وهم الأب والجد من طرف الأب (١): بمعنى أب
الأب فصاعدا فلا يندرج فيه أب أم الأب (٢) والوصي

فصل
في أولياء العقد
(١) ثبوت الولاية لهما وللوصي والسيد والحاكم في الجملة من
القطعيات التي لا ينبغي الشك فيها، وتدل عليه من النصوص جملة
متضافرة تتعرض إليها في ضمن المسائل القادمة.
(٢) ويقتضيه مضافا إلى أصالة عدم ثبوت ولاية لأحد على غيره
إلا من خرج بالدليل، باعتبار أن نفوذ العقد يحتاج إلى الدليل وإلا
فهو محكوم بالبطلان مفهوم صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع)
(في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: إن كان أبواهما اللذان
زوجاهما فنعم..) (١) فإن مقتضاه انحصار الولاية فيهما وعدم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

(٢٤٤)

لأحدهما مع فقد الآخر، وللسيد بالنسبة إلى مملوكه،
والحاكم. ولا ولاية للأم (١) ولا الجد من قبلها، ولو
من قبل أم الأب،

ثبوتها لغيرهما على الإطلاق.

وكيف كان فالحكم مما لا خلاف فيه إلا ما ينسب إلى ابن الجنيد (قده)
من الالتزام بثبوت الولاية له أيضا مستدلا ببعض النصوص الواردة
في ولاية الأم وستعرف الحال فيها عند التعرض لها في التعليقة الآتية.
(١) كما يقتضيه الأصل، بل الاجماع المحكي في كلمات غير واحد
حيث لم يخالف فيه إلا ابن الجنيد وقد يستدل له برواية إبراهيم بن
ميمون عن أبي عبد الله (ع): (قال: إذا كانت الجارية بين
أبويها فليس لها مع أبويها أمر وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلا
برضا منها) (١)، حيث إن ظاهرها عدم اختصاص الولاية للأب
وثبوتها للأم أيضا.

إلا أنه مندفع بأنها مضافا إلى معارضتها للروايات الصحيحة
المستفيضة الدالة بمجموعها على دوران أمر الجارية بين أن يكون بيدها
مستقلة أو يكون بيد أبيها مستقلا أو يكون بيدهما معا، حيث إن
المستفاد منها أنه ليس للأم من أمرها شيء، لا دلالة لها على انفراد
الأم في الولاية عليها بل غاية ما تدل ثبوت الولاية لها منضمة إلى الأب
وهو مخالف للاجماع المحقق القائم على استقلال الأب في الولاية

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٣.

(٢٤٥)

وعدم وجود ضميمة في ولايته.

والذي يهون الخطب أن هذه الرواية ضعيفة سندا - وإن عبر عنها في بعض الكلمات بالموثقة - فإن إبراهيم بن ميمون لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق فالرواية ساقطة من هذه الجهة ولا تصلح للاستناد إليها.

(١) بلا خلاف فيه ويقتضيه الأصل. نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (سألته عن الذي بيده عقدة النكاح. قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأبي هؤلاء عفا فقد جاز) (١)، وقد عبر عنها بالخبر وهو مشعر بضعف سندها ثم ناقشها بلزوم تأويلها أو حملها على التقية حيث ذهب العامة إلى ثبوت الولاية له عند عدم الأب.

إلا أنه قد ورد التعبير عنها في كلمات بعضهم بالصحيحة، والصحيح هو ما يظهر من كلام صاحب الجواهر (قده) فإن هذه الرواية ضعيفة فإن أحمد بن محمد بن عيسى يرويها عن البرقي أو غيره وحيث لم يعرف ذلك الغير تكون الرواية ضعيفة. وكيف كان: فلا أثر لهذا النص بالخصوص إذ قد ورد مضمونها في جملة كبيرة من الأخبار المعتبرة (٢) بل في بعضها التصريح بثبوت

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٤.

(٢) راجع الوسائل: ج ١٥ باب ٥٢ من أبواب المهور.

الولاية له، غير أن هذه الروايات على كثرتها لا بد من تأويلها والتصرف فيها بحملها على ما إذا كان الأخ وكيلا عنها أو الغائها وحملها على التقية للاجماع والقطع بعدم ثبوت الولاية له عليها، إذ كيف يمكن أن تكون للأخ ولاية عليها، ولو في خصوص فرض عدم وجود الأب مع عدم ذهاب أحد منا إلى ذلك على الاطلاق. فإن فرض تصدي الأخ لشؤون أخته خارجا ليس بفرض نادر، والحال أنه لم يذهب إلى ثبوت الولاية له أحد من الأصحاب. ومن هنا فهذه الروايات مقطوعة البطلان.

على أن في المقام روايتين صحيحتين تدلان على عدم ثبوت الولاية للأخ: إحداهما: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (سئل عن رجل يريد أن يزوج أخته قال: يؤامرها فإن سكنت فهو اقرارها وإن أبت لا يزوجها (١)).

ثانيتها: صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع): (في رجل يريد أن يزوج أخته، قال: يؤامرها فإن سكنت فهو اقرارها وإن أبت لم يزوجها، فإن قالت: زوجني فلانا زوجها ممن ترضى) (١).

فإن تلك الروايات معارضة لهاتين الصحيحتين ولو لم نقل بترجيح هاتين فلا أقل من التساقط بالمعارضة والرجوع إلى مفهوم صحيحة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٤.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

والعم (١)، والنخال (٢) وأولادهم.
(مسألة ١): تثبت ولاية الأب والجد على الصغيرين (٣)

محمد بن مسلم المتقدمة الدال على عدم ثبوت الولاية لغير الأب عدا من خرج بالدليل، أو الأصل المقتضي للفساد.
(١) ويقتضيه مضافا إلى الأصل ومفهوم صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة - خصوص رواية محمد بن الحسن الأشعري قال: (كتب بعض بني عمي إلى أبي جعفر الثاني (ع): ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب لي: لا تكره على ذلك والأمر أمرها (١).

وهذه الرواية وإن عبر عنها في الجواهر بالصحيحة إلا أنها ضعيفة السند، فإن محمد بن الحسن الأشعري إنما هو محمد بن الحسن بن خالد الأشعري المعروف ب (الشنبولة) وهو ممن لم يرد فيه توثيق.
(٢) اجماعا كما يقتضيه الأصل ومفهوم صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة، ومنه يظهر الحال في أولادهم.

(٣) بلا اشكال، والروايات الدالة على ثبوتها مستفيضة، بل لا خلاف فيه إلا ما ينسب إلى ابن أبي عقيل من إنكار ولاية الجد، وكأنه استند في ذلك إلى النصوص الدالة على حصر الولاية في الأب إلا أنه لا بد من رفع اليد عن هذه الروايات وذلك للنصوص الكثيرة الدالة صريحا على نفوذ عقد الجد على ابنه أعني والد البنت

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٢.

والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ (١)، بل والمنفصل على
الأقوى (٢)

وأنه يقدم انكاح الجد للبت على انكاح الأب لها، فإنها تقتضي أولوية ولاية الجد على ولاية الأب كما لا يخفى. والحاصل: أن انكار ولاية الجد بعد الالتفات إلى هذه النصوص ليس في محله ولا يمكن المساعدة عليه.

(١) بلا خلاف فيه بينهم بل قد حكي عليه الاتفاق والاجماع.

(٢) وفاقا للمحقق في الشرايع وصاحب الجواهر وشيخنا الأعظم في رسالة النكاح، وهو الصحيح لعدم الفرق في الجنون بين المتصل بالبلوغ والمنفصل عنه فإن حالهما واحد من حيث ثبوت الولاية فالدليل المقتضي لثبوتها في الأول هو بعينه يقتضي ثبوتها في الثاني.

اللهم إلا أن يثبت اجماع على الخلاف، لكنه وبالمعنى المعبر أعني كشفه عن رأي المعصوم (ع) غير ثابت جزما وذلك لكونه معلوم المدرك فإن الأصحاب إنما التزموا بثبوتها عند اتصال الجنون بالبلوغ من جهة التمسك باستصحاب بقاء الولاية باعتبار أنها كانت ثابتة قبل البلوغ جزما فإذا شك حين البلوغ في ارتفاعها كان مقتضى الاستصحاب هو الحكم باستمرارها، وهذا بخلاف صورة الانفصال حيث إن الولاية قد ارتفعت بالبلوغ يقينا غاية الأمر أنه يشك في ثبوتها بعد ذلك نتيجة لطرو الجنون فلا مجال للتمسك بالاستصحاب.

لكن لا يخفى ما في هذا الاستصحاب من خلل فإنه من استصحاب الحكم الكلي وقد تقدم في محله عدم جريانه مفصلا، على أنه يعتبر في

الاستصحاب اتحاد القضيتين المتيقنة والمشكوكة، ولا ينبغي الشك في فقدان هذا الشرط في المقام فإن الصغر والكبر كالحضر والسفر موضوعان مختلفان بنظر العرف. ومن هنا فلو فرضنا ثبوت حكم الصغر للكبر أو الحضر للسفر فليس ذلك من استمرار ذلك الحكم وبقائه وإنما هو حكم آخر مماثل للحكم الأول.

وبعبارة أخرى: إن الولاية المسببة عن الصغر قد زالت جزماً وإنما الشك في ثبوت ولاية جديدة لأجل الجنون ومن هنا فإن قام الدليل على ثبوتها فهي ولاية جديدة غير الولاية الأولى فلا يفرق الحال فيها بين ما كان متصلاً بالصغر وما كان منفصلاً عنه، وإن لم يقم الدليل عليها فلا تثبت في كلتا الحالتين أيضاً.

هذا وقد استدل شيخنا الأعظم (قده) على ثبوتها بنحو الاطلاق بما رواه زرارة عن أبي جعفر (ع): (قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعق وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها) (١) حيث إن من الواضح أن المجنونة من أظهر مصاديق التي لا تملك أمرها.

والظاهر أنه لا وجه للمناقشة في دلالتها من جهة أنها لم تتعرض لاثبات من هو وليها وهل هو أبوها أو جدها أو الحاكم، وذلك لأن الظاهر من كلمة وليها هو من يتصدى لأموالها وشؤونها في غير النكاح. ومن هنا فاحتمال كونه الحاكم بعيد جداً كما استبعده شيخنا الأعظم (قده) أيضاً على أن الظاهر من إضافة الولي إلى الضمير

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٦.

العائد لها إرادة الولي المختص بها ومن الواضح أنه إنما هو الأب والجد لأنهما اللذان يختصان بإدارة شؤونها، أما الحاكم فليس بولي مختص لها. وعلى هذا فالمناقشة في دلالة النص غير وجهية.

نعم الرواية ضعيفة سنداً من جهة أن علي بن إسماعيل الميثمي وإن كان ممدوحاً من حيث إنه من أجلاء المتكلمين بل الظاهر أنه أول من كتب في الإمامة، إلا أنه لم يرد فيه توثيق من حيث الرواية. هذا والذي ينبغي أن يقال: إن السيرة القطعية قائمة على قيام الأب والجد بإدارة شؤون المجنون والمجنونة في النكاح وغيره من دون أن يثبت عن ذلك ردع.

ومن هنا فتكون ولاية النكاح لهما حتى وإن ثبت كون الحاكم ولياً لمن لا ولي له.

على أنه لم تثبت ولاية للحكام إلا في الأمور الحسبية التي ينبغي تحققها في الخارج وتقتضي الحاجة والضرورة وجودها وذلك من باب أن الحاكم هو القدر المتيقن، وأما غيرها من الأمور كتزويج المجنونة فلا موجب للقول بثبوت ولاية الحاكم له. ومن هنا فإذا انتفت ولاية الحاكم ثبتت الولاية للأب والجد للقطع واليقين بانحصار الأمر فيهما حيث إنها ليست لغيرهما جزماً.

هذا كله مضافاً إلى قوله تعالى: (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (١).

فإن هذه الآية الكريمة وبملاحظة النصوص الكثيرة الواردة في تفسير الذي بيده عقدة النكاح بالأب والجد والأخ ظاهرة الدلالة

(١) البقرة: ٢٣٧.

في ثبوت الولاية لهم عليها بقول مطلق. نعم خرج الأخ بالدليل الخاص والاجماع وخرجت الثيب المالكة أمرها الباقي بالنص فيبقى بما في ذلك المجنونة تحت الاطلاق.

ثم إن الأصحاب وإن ذكروا خلو النصوص من حكم المسألة، وهو كذلك أن أريد بها النصوص الخاصة أعني ما هو وارد في الفرض بالذات، إلا أن في النصوص ما يمكن الاستدلال به على المدعى كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع): (في الجارية يزوجه أبوها بغير رضاه منها، قال: ليس لها مع أبيها أمر إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهة) (١).

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوجه ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم ليس يكون للولد أمر إلا أن يكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر) (٢) وغيرهما مما دل على نفوذ عقد الأب على ابنته أو الوالد على ولده، فإن مقتضى اطلاقها نفوذ عقده عليهما على الاطلاق إلا ما خرج بالدليل كالبنات الثيب والولد البالغ الرشيد، وحيث إنه لا دليل على خروج الصغيرة أو المجنونة والصغير أو المجنون فمقتضى الاطلاق ثبوت الولاية عليهم. وأوضح من كل هذه دلالة ما ورد في باب الطلاق من أن الولي بمنزلة السلطان كصحيحة أبي خالد القمط قال: (قلت لأبي عبد الله (ع):

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٨.

الرجل الأحقق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن أن طلق هو أن يقول غدا لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان) (١) أو ما دل على أنه بمنزلة الإمام (ع) كروايته عنه (ع) أيضا: (في طلاق المعتوه قال: يطلق عنه وليه فإني أراه بمنزلة الإمام عليه) (٢) أو ما دل على أن الولي إذا طلقها ثلاثا اعتدت وبانت منه بوحدة كرواية شهاب بن عبد ربه قال: (قال أبو عبد الله (ع): المعتوه الذي لا يحسن أن يطلق يطلق عنه وليه على السنة، قلت: فطلقها ثلاثا في مقعد، قال: ترد إلى السنة فإذا مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بوحدة) (٣).

فإنه لا ينبغي الشك في كون المراد بالولي في هذه النصوص هو الأب والجد في الدرجة الأولى باعتبار أنهما اللذان يقومان بسائر شؤونه وفي مرحلة سابقة على السلطان والإمام (ع): وإذا ثبتت الولاية لهما في الطلاق ثبتت في النكاح إما بالأولية القطعية حيث إن أمر الطلاق أعظم ولذا ثبتت الولاية لهما على الصغير في النكاح في حين لم تثبت لهما ذلك في الطلاق، أو تمسكا بقوله (ع): (ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان) فإنه ظاهر في كونه من باب

-
- (١) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٣.
(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٢.

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد، ولا على البالغة الرشيدة
إذا كانت ثيباً (١)
واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة
على أقوال وهي: استقلال الولي (٢).

تطبيق الكبرى على الصغرى وجعل ما للسلطان من صلاحيات في مثل
هذه القضية له وحيث إن السلطان الذي هو الإمام المعصوم ولي
بقول مطلق من غير اختصاص بالنكاح، يكون الأب أيضاً ولياً
عليه كذلك.

إذن: فما أفاده صاحب الجواهر (قده) من ثبوت الولاية للأب
والجد على المجنون والمجنونة بقول مطلق سواء اتصل جنونهما ببلوغهما
أم انفصل هو الصحيح.

(١) بلا خلاف فيه وفيما قبله بل الحكم مما تسالم عليه الأصحاب
عدا ما نسب إلى ابن أبي عقيل من اثبات الولاية لهما على الثيب،
غير أنه مما لا شاهد له من النصوص مطلقاً، بل الأخبار المستفيضة
دالة على الخلاف.

(٢) كما اختاره جملة من الأصحاب، وأصر عليه صاحب الحدائق (قده)
وتدل عليه نصوص كثيرة صحيحة السند.

منها: صحيحة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع):
(قال: لا تستأمر الجارية التي بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوجهما
هو أنظر لها، وأما الثيب فإنها تستأذن وإن كانت بين أبويها إذا
أراد أن يزوجهما) (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٦.

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال. (سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب) (١).

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): (قال: لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس لها مع الأب أمر، وقال يستأمرها كل أحد ما عدا الأب) (٢).

ومنها: صحيحة أخرى للحلبي عن أبي عبد الله (ع): (في الجارية يزوجه أبوها بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها أمر إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهة) (٣).

والموضوع في هاتين الصحيحتين وإن كانت هي الجارية وهي تعم البكر والثيب، إلا أنهما بعد التخصيص بما دل على لزوم استئذان الثيب تختصان بالبكر لا محالة

ومنها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوجه ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم، ليس يكون للولد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٣.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب النكاح وأولياء العقد ح ٧.

قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر (١).
إلى غير ذلك من النصوص الصحيحة الدالة على استقلال الولي بالأمر.
وهذه النصوص لو لم يكن لها معارض لتعين العمل بها والالتزام بمضمونها.
إلا أن في المقام معتبرتين تدلان على لزوم استشارة البكر وعدم
استقلال الأب في أمرها، وهاتان المعتبرتان هما:
أولاً: معتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع): (قال
تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها) (٢).
ثانياً: معتبرة صفوان قال: (استشار عبد الرحمن موسى بن
جعفر (ع) في تزويج ابنته لابن أخيه فقال: افعل ويكون ذلك
برضاها، فإن لها في نفسها نصيباً. قال، استشار خالد بن داود
موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال: افعل
ويكون ذلك برضاها فإن لها في نفسها حظاً) (٣).
ومن هنا فلا بد من الرجوع إلى ما تقتضيه قواعد المعارضة،
وحيث إن هاتين المعتبرتين توافقان الكتاب باعتبار أن مقتضى
اطلاقاته عدم اعتبار إذن غير المرأة في العقد عليها ونفوذ عقدها
مستقلة وتخالفان المشهور من الجمهور فإن المنسوب إلى الشافعي
وأحمد ومالك القول باستقلال الأب تترجحان على تلك الروايات

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٨.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١٠.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٢.

ومن هنا تتقدم هاتان المعتبرتان على هذه الطائفة نظرا لموافقتهما للكتاب والسنة ومخالفتهما للمشهور من العامة. ونتيجة ذلك اشترك البنت وأبيها في الأمر وعدم استقلال كل منهما فيه نظرا للطائفة الأولى والثانية الدالتين على اعتبار إذن الأب، والمعتبرتين الظاهرتين في الاشتراك كما يظهر ذلك من التعبير بالحظ والنصيب والصريحتين في اعتبار إذنها. (١) على ما هو المشهور والمعروف بين القدماء والمتأخرين، بل ادعي عليه الاجماع في كلمات السيد المرتضى. ويقتضيه من الأدلة

العامة اطلاقات الآيات والنصوص الواردة في النكاح فإن العقد إنما هو الصيغة التي تقع بين الرجل والمرأة فيجب الوفاء به سواء أرضي الأب أو الجد أم لم يرضيا بذلك، كما يقتضيه اطلاق قوله تعالى: (وأحل لكم ما وراء ذلك) وكذلك اطلاق ما دل على جواز نكاح المرأة بعد انقضاء عدتها فإن مقتضاه عدم اعتبار إذن الولي من غير فرق في ذلك بين البكر والثيب، وما ورد في معتبرة ميسرة من جواز التزوج من المرأة التي تدعي خلوها من البعل (١). فهذه الاطلاقات وغيرها تقتضي استقلال البنت مطلقا في أمرها بحيث لو كنا نحن وهذه الآيات والنصوص ولم يكن هناك نص خاص يقتضي الخلاف لكان القول باستقلالها هو المتعين. وأما النصوص الخاصة فقد استدل بجملتها منها على استقلال البكر في أمرها.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٥.

إلا أن هذه النصوص لا تخلو بأجمعها من الضعف في الدلالة أو السند.

منها: صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر (ع): (قال: المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز) (١) فإن المراد بالمولى عليها هي من لها ولي عن غير النكاح قطعا، إذ لو كان المراد به الولاية في النكاح لكان الحمل ضروريا ولم تكن هناك حاجة إلى بيانه فإن من لا ولاية عليه في النكاح نكاحه جائز بغير إذن الولي.

إلا أن المناقشة في الاستدلال بهذه الصحيحة تكاد أن تكون واضحة فإن الموضوع فيها هي الجارية وهي أعم من البكر والثيب، ومن هنا فلا تكون هذه الصحيحة صريحة في المدعى ومن النصوص الخاصة للمقام، وإنما هي مطلقة فيكون حالها حال الآيات والنصوص المتقدمة لا تصلح لمعارضة ما دل على اعتبار إذن الولي لو تمت دلالة وسندا.

ومنها: رواية زرارة عن أبي جعفر (ع): (قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها).
إلا أنها مطلقة كالصحيحة المتقدمة فحالها حاله. هذا وقد يقال بأنها ضعيفة سندا من جهة جهالة طريق الشيخ إلى علي بن إسماعيل. ولكنه لا يتم فإن طريق الصدوق إليه صحيح وطريق الشيخ إلى

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

كتب الصدوق ورواياته صحيح فيكون طريق الشيخ إليه صحيحاً
لا محالة.

نعم الرواية ضعيفة لعدم توثيق علي بن إبراهيم الميثمي نفسه كما تقدم.
ومنها: رواية سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبد الله (ع):
لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها (١).
وهي وإن كانت صريحة دلالة، إلا أنها ضعيفة لكن لا من جهة
أن سعدان لم يرد فيه توثيق كما أفاده صاحب الحقائق (قده)
فإنه ممن وقع في اسناد كامل الزيارات وتفسير علي بن إبراهيم وقد
عرفت أن المختار هو وثيقة كل من يقع في اسناد هذين الكتابين،
وإنما من جهة أن هذه الرواية قد رويت بطريقتين:
الأول: ما رواه الشيخ (قده) باسناده عن محمد بن علي بن محبوب
عن العباس وهو العباس بن معروف. عن سعدان بن مسلم عن
أبي عبد الله (ع).

الثاني: ما رواه الشيخ (قده) باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى
عن العباس بن معروف عن سعدان بن مسلم عن رجل عن أبي عبد الله (ع) (٢).
وحيث إن من المقطوع به أن النص رواية واحدة وأن سعدان لم
يروها للعباس بن معروف مرة عن الإمام (ع) مباشرة وأخرى عن
رجل عنه (ع)، وكذا الحال بالنسبة إلى العباس بالقياس إلى
محمد بن علي بن محبوب ومحمد بن أحمد بن يحيى، كانت هذه الرواية غير
محرزة السند لعدم احراز كونها مسندة لا مرسله فتسقط عن الحجية لا محالة.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨.

على أننا لو فرضنا تمامية هذه الرواية سندا، فهي رواية شاذة لا يمكنها معارضة الأخبار الكثيرة جدا بحيث تكاد تبلغ حد التواتر الدالة على اعتبار رضا الأب في الجملة استقلالا أو اشتراكا للجزم بصدورها ولو بعضا منهم (ع).
ومنها: معتبرة أبي مريم عن أبي عبد الله (ع): (قال: الجارية البكر التي لها الأب لا تتزوج إلا بإذن أبيها، وقال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى ما شاءت) (١) بدعوى حمل الجملة الأولى على الصغيرة والثانية على البالغة الرشيدة.
إلا أن في الاستدلال بها ما لا يخفى فإن الموضوع فيها ليس هو الجارية فقط ومن غير قيد، وإنما هو الجارية البكر وهو مما يكشف عن وجود خصوصية للبكار، ومن هنا فلا يمكن حمل الجملة الأولى على خصوص الصغيرة وحمل الجملة الثانية على البالغة لأنه يستلزم الغاء خصوصية البكار باعتبار أن أمر الصبية بيد أبيها سواء أكانت باكرا أم ثيبا.
وعلى هذا الأساس فلا بد من حمل الجملة الثانية إما على فرض موت الأب أو تثيب البنت بعد ذلك.
ومنها: معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع): (قال: تزوج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها، فإن شاءت جعلت وليا) (٢).

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٨.

والتفصيل بين الدوام والانتقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني (١)،

وفيها: أنه لو سلمنا صحة حمل قوله (ع): (مالكة لا مرها) على البالغة، فدلالته على المدعى إنما هي بالاطلاق، ومن هنا فيكون حال الأخبار المطلقة المتقدمة إنما يصح الاستدلال بها لو لم يثبت مخصص.

هذه هي الأخبار التي يمكن الاستدلال بها على المدعى، وقد عرفت أنها جميعا لا تخلو من الضعف في الدلالة أو السند أو هما معا. نعم هي موافقة للكتاب وعمومات السنة حيث قد عرفت أن مقتضاها نفوذ العقد مطلقا وعدم ثبوت سلطنة لأحد على غيره. إلا أن ذلك لا يكفي في المصير إلى هذا القول لو ثبت هناك ما يدل على سائر الأقوال.

وقد ظهر لك الحال فيما تقدم في التعليقة السابقة وسنزيد ذلك وضوحا فيما يأتي انشاء الله.

(١) تمسكا باطلاقات أدلة النكاح المنقطع، بعد فرض انصراف ما دل على اعتبار رضا الأب إلى العقد الدائم.

وفيه: ما لا يخفى، فإن دعوى الانصراف في غير محلها، فإن المتعة نوع وقسم من النكاح يجري عليها جميع الأحكام الثابتة لعنوان الزواج كحرمة الأم أو البنت في فرض الدخول وحرمتها هي بالزنا بها وهي ذات البعل أو التزوج بها في أثناء العدة مع الدخول أو العلم بالحال.

على أنه لو سلم ذلك ففي المقام معتبرتان تدلان على اعتبار إذن

الأب في خصوص المتعة وهما:
أولاً: صحيحة البنظي عن الرضا (ع): قال: البكر لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها (١).
ثانياً: صحيحة أبي مريم عن أبي عبد الله (ع): قال: العذراء التي لها أب لا تزوج متعة إلا بإذن أبيها (٢).
ومن هنا: يكون حكم المتعة حكم الزواج الدائم في اعتبار رضا الأب. نعم في خصوص المتعة دلت روايتان على جوازها من غير إذن الأب فيما إذا اشترط عدم الدخول وهما: -
أولاً: رواية الحلبي قال: (سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبيها بلا إذن أبيها، قال: لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك) (٣).
ثانياً: رواية أبي سعيد القمط عمين رواه قال: (قلت لأبي عبد الله (ع): جارية بكر بين أبيها تدعوني إلى نفسها سرا من أبيها افعل ذلك؟ قال: نعم اتق موضع الفرج، قال: قلت: وإن رضيت بذلك، قال: وإن رضيت فإنه عار على الأبكار (٤). وهاتان الروايتان لو تمتا سنداً فلا محيص عن الالتزام بمضمونهما لعدم المعارض لهما وبذلك فتكونان مخصصتين لما دل على اعتبار إذن الأب في تزويج البكر. إلا أنهما ضعيفتان سنداً ولا تصلحان للاعتماد عليهما، وذلك أما

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٥.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ١٢.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٩.
(٤) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨.

والتشريك بمعنى: اعتبار إثنين معا والمسألة مشكلة،
فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستيدان منهما.

الثانية فلوقوع محمد بن سنان في الطريق مضافا إلى ارسالها. وأما الأولى فقد ذكرها (الشيخ باسناده عن أبي سعيد) وقد ذكر (قده) في الفهرست أن أبا سعيد له كتاب الطهارة ثم ذكر طريقه إليه، غير أنه لم يذكر أنه من هو بالذات، ومن هنا فتكون الرواية ضعيفة من حيث جهالة أبي سعيد، على أن طريقه (قده) إليه ضعيف بأبي الفضل ثم لو فرضنا أن المراد بأبي سعيد هو أبو سعيد القمط فلم يعلم طريق الشيخ (قده) إليه وذلك لأن المعروف من أبي سعيد هو خالد بن سعيد القمط وهو إن كان من الثقات إلا أن الشيخ (قده) لم يذكر طريقه إليه بعنوانه ولعله غفلة منه (قده) وإنما ذكر طريقه إلى أبي سعيد وقد عرفت ضعفه.

(١) هذا القول هو المتعين في المقام لما فيه من الجمع بين النصوص الواردة، ولخصوص ظهور قوله (ع) في معتبرة صفوان: (فإن لها في نفسها نصيبا) أو (فإن لها في نفسها حظا) فإنهما ظاهران في عدم استقلالها وكون بعض الأمر خاصة لها. هذا كله مضافا إلى صحيحة زرارة بن أعين قال: (سمعت أبا جعفر (ع) يقول: لا ينقض النكاح إلا الأب) (١)، وصحيحة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): قال: لا ينقض النكاح إلا الأب (١). فإنه بعد الالتفات إلى أنه إنما يكون بالنسبة إلى الأمر المبرم، وأن المقصود من العقد المبرم في المقام لا يمكن أن يكون العقد الصحيح بالفعل لأنه غير قابل للنقض مطلقا إذ ليس لأحد الخيار في فسخ النكاح الصحيح جزما واجماعا من المسلمين قاطبة، لا بد من الحمل على الابرام الشاني والصحة التأهيلية أي ما يكون صادرا من أهله وواقعا في محله بحيث له قابلية الاتمام والصحة عند استكمال سائر الشروط المعتبرة. واستعمال الابرام في هذا المعنى ثابت في غير هذا المورد أيضا فقد ورد في أبواب الصلاة أن من أجهر في موضع الاخفات أو أخفت في موضع الجهر فقد نقض صلاته، فإن من الواضح أنه ليس المقصود بذلك هو نقض الصلاة المحكومة بالصحة بالفعل. وعلى هذا الأساس تدل هاتان المعترتان على اشتراك الأمر في التزويج بين البنت وأبيها لانحصار موردهما في تزويج البكر بغير إذن أبيها وذلك لأن الثيب ليس لأبيها نقض عقدها مطلقا، عقد الصبية محكوم بالبطلان وإن أذن الأب، فإن العقد محكوم بالصحة حينئذ لأنه صادر من أهله وواقع في محله غاية الأمر أن الصحة هذه شأنية وتأهيلية متوقفة على رضا الأب، فإن رضي به صح بالفعل، وإلا انتقضت الصحة الشأنية أيضا.

ثم إن مما يدلنا على أن المراد بالنقض في هاتين المعترتين هو ما يقابل الابرام الشاني لا الابرام الحقيقي اطلاقهما الشامل للولد والبنت البكر والثيب، إذ لو كان المراد به الثاني لكان مقتضاه أن للأب أن

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٥.

ولو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من دون إذنها وجب (١) أما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق

البكر، وهي كثيرة:

منها: معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع): قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، قال: ولا ابنه أيضا أن يزوجه، فإن هوى أبوها رجلا وجدها رجلا فالجد أولى بنكاحها (١). فإنها باطلاقها تشمل الصغيرة والكبيرة البكر. ومنها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: (سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج أحدهما وهوى أبوه الآخر أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجد أحق بالجارية لأنها وأباها للجد) (٢) ومنها: معتبرة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (ع): قال: إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا وكان الجد مرضيا جاز) (٣). ومقتضى اطلاقها وإن كان الجواز على الاطلاق إلا أنها وبقرينة الروايات السابقة تحمل على الجواز على الأب خاصة. وهي باطلاقها تعم الصغيرة والكبيرة البكر. (١) احتياطا، فرارا من الوقوع في الحرام

- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٨.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٤.

نعم إذا عضلها الولي أي: منعها من التزويج بالكفو،
سقط اعتبار إذنه (١).

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، بل ادعي عليه الاجماع في
كلمات غير واحد، وقد يستدل له بقوله تعالى: (فلا تعضلوهن أن
ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف) (١).
إلا أن فساده أوضح من أن يخفى فإن الموضوع في هذه الآية
الكريمة إنما هي المطلقات المدخول بهن كما يشهدن لذلك قوله تعالى في
صدرها: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن).
ومن هنا فتكون الآية الكريمة أجنبية عن محل كلامنا بالكلية،
فإن موضوعها عدم جواز منع المطلقة المدخول بها من التزوج بغير
زوجها الأول أو الرجوع إليه بعد العدة وأين هذا من عدم ثبوت
الولاية للأب على ابنته البكر في فرض عضلها ومنعها من التزويج بالكفو.
فالصحيح في الاستدلال هو التمسك:
أولاً: بمناسبة الحكم والموضوع فإن الاستفادة من جملة من
النصوص أن ولاية الأب ثابتة لها لا عليها ومن الواضح أن هذا إنما
يقتضي النظر في أمرها ومراعاة مصلحتها في كل ما يقوم به لها.
ثانياً: ما ورد في المرأة إذا طلقها زوجها طلاقاً صحيحاً على
وفق مذهبه وباطلاً عندها كتطليقها ثلاثاً من جواز تزويج الغير لها
معللاً ذلك بأنها لا تبقى معطلة ولا تترك بلا زوج، حيث يعلم من
هذا التعليل عدم ثبوت الولاية للأب بمعنى منعها من التزويج بالمرّة

(١) البقرة: ٢٣٢.

وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعا (١)

باعتبار أن المرأة لا تبقى معطلة ولا تترك بلا زوج.
ثالثا: صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (ع): (إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك ثم قال أبو جعفر (ع) ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه أن الله لا يحب الفساد) (١). فإن تحديد ولاية الأب إذا ثبت في المال ثبت في العرض بطريق أولى فلا يكون للأب منعها عن التزويج بالمرءة لأنه فيه الفساد والله لا يحب الفساد.

رابعا: دليل في الحرج إذا فرضنا أن في بقائها كذلك حرجا فإن هذا الدليل يرفع في هذه الحالة اعتبار إذن الأب والجد على نحو الاستقلال أو الاشتراك.

وتقريب ذلك: أن المستفاد من اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الشريفة أن أمر الزواج إنما هو بيد المرأة نفسها ومن دون أن يكون للأب أو الجد دخل فيه، وقد رفعنا اليد عن ذلك لما دل على اعتبار رضاهما فإن هذه النصوص تقيد تلك الاطلاقات لا محالة، لكن هذه النصوص لما كانت هي نفسها مقيدة بغير فرض الحرج لدليل نفي الحرج كان المقيد للمطلقات هو خصوص ما لم يكن اعتبار إذنه حرجيا.

(١) والمراد به هو من ورد النهي عن التزويج بهم ولو بنحو الكراهة كشارب الخمر وتارك الصلاة والمتجاهر بالفسق، وليس المراد به من يفقد الكفاءة المعتبرة شرعا في صحة النكاح كالأسلام إذا كانت المرأة مسلمة، إذ أنها لا بد منها وبدونها يحكم ببطلان

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

فلا يكون عضلا (١). بل وكذا لو منعها من التزويج
بغير الكفو عرفا (٢) ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم
وإن كان كفوا شرعيا. وكذا لو منعها من التزويج بكفو
معين مع وجود كفو آخر (٣) وكذا يسقط اعتبار إذنه
إذا كان غائبا لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج (٤)
(مسألة ٢): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء من
وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر (٥)،

العقد سواء أذن الأب أم لم يأذن كانت البنت بكرا أم ثيبا.
وليس هذا الفرض محلا للخلاف من حيث كونه عضلا وعدمه
وسقوط ولاية الأب والجد وعدمه.
(١) لشمول أدلة الولاية باطلاقها لهذا الفرض أيضا.
(٢) لاطلاقات أدلة اعتبار إذن الأب وولايته، وعدم ما يقتضي الخلاف.
(٣) لشمول اطلاق أدلة اعتبار إذنه لهذه الصورة أيضا.
(٤) بلا خلاف فيه ويقتضيه ما دل على سقوط ولاية الأب عند
العضل فإنه بحكمه.
(٥) محتملا المراد بالبكاراة ثلاثة:
الأول: من لم تذهب عذرتها
الثاني: من لم تتزوج.
والروايات الواردة في المقام على كثرتها لم تتعرض إلى معنى البكر
والثيب بهذين العنوانين والذي يظهر من اللغة ويساعد عليه العرف

وأما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه اشكال (١) ولا يبعد

أن البكر هي التي لم يدخل بها، وهو المستفاد من قوله تعالى: (إنا أنشأناهن انشاءً فجعلناهن أبكاراً) (١) بضميمة قول تعالى: (فيهن قاصرات الطرف لم يطمثهن إنس قبلهم ولا جان) (٢).
فإن من الواضح أن الآية الثانية ناظرة للأولى وبصدد تفسير ما ورد فيها من وصف حور الجنة بالأبكار كما يظهر ذلك جلياً من الآيات المتقدمة والمتأخرة عن الآيتين المذكورتين.
هذا كله مضافاً إلى صراحة صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال: (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم ليس يكون للولد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر) (٣)
في أن المرأة التي لا تحتاج إلى إذن أبيها في صحة النكاح إنما هي التي دخل بها. ومن هنا فتكون هذه الرواية شارحة للنصوص الكثيرة الدالة على احتياج البكر إلى إذن أبيها في نكاحها.
وعلى هذا الأساس يظهر صحة ما أفاده الماتن (قده) من أن البكارة إذا ذهبت بغير الوطء، فحكمها حكم البكر.
(١) بعد ما عرفت أن المراد بالبكر هي من لم يدخل بها يقع

(١) الواقعة: ٣٥، ٣٦.

(٢) الرحمن: ٥٦.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٨.

الكلام في أنه هل لا يعتبر إذن الأب في نكاح مطلق الثيب أو أنه يختص بالتي دخل بها دخولا شرعيا صحيحا؟ مقتضى اطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة هو الأول، فإنه (ع) لم يعتبر في اعتبار استثمار المرأة إلا الدخول بها من غير تعرض لاعتبار كون ذلك عن زواج صحيح.

إلا أن هناك عدة روايات قد يستدل بها على الثاني:
منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها: (قال: هي أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوا بعد أن يكون قد نكحت رجلا قبله) (١).
ومنها: رواية عبد الرحمن 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 زوجها قبله (٢) وغيرها من الأخبار.

إلا أن الأخبار الواردة بهذا المضمون جميعا باستثناء صحيحة الحلبي ضعيفة الإسناد فإن رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ضعيفة بالقاسم الذي يروي عن أبان فإنه مشترك بين الثقة وغيره.
وأما صحيحة الحلبي فهي قاصرة من حيث الدلالة، فإنه (ع) ليس بصدد بيان القضية الشرطية وأن النكاح معتبر في كونها أملك بنفسها وإنما هو (ع) بصدد تكرار الموضوع المسؤول عنه أعني

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٤.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١٢.

اللاحق بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج (١) وعليه فإذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر (٢) ومراعاة الاحتياط أولى. (مسألة ٣): لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب ولا موته (٣)

الثيب - بلسان ذكر الوصف الغالب، باعتبار أن الثيبوبة غالبا ما تكون بالنكاح، فيكون المعنى أن المرأة أملك بنفسها إذا كانت ثيبة، ومن هنا فلا تكون للرواية دلالة في تقييد الثيبوبة بالتى زالت عذرتها بالدخول بها بالنكاح الصحيح، بل التقييد بعد الروايات المطلقة وتصريح صحيحة علي بن جعفر باعتبار الدخول خاصة بعيد جدا. (١) ما أفاده (قده) مذكور في رواية واحدة خاصة هي رواية إبراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله (ع): (قال: إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجهما إلا برضا منها) (١). إلا أنها مضافا إلى ضعف سندها بإبراهيم بن ميمون - مطلقة لا تصلح لمعارضة صحيحة علي بن جعفر المتقدمة، بل المتعين رفع اليد عن اطلاقها وحملها على الغالب في الزواج حيث يستتبع الدخول بها. (٢) ظهر الحال فيه مما تقدم. (٣) لاطلاقات الأدلة الدالة على ولاية الجد في النكاح، فإنها

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٣.

وإن كان موردها جميعا فرض وجود الأب، إلا أن المتفاهم العرفي منها ثبوت الولاية لكل من الأب والجد على نحو الاطلاق ومن دون تقييد ولاية كل منهما بفرض وجود الآخر أو عدمه، فإن مجرد فرض وجود الأب لا يوجب تقييدا في اطلاق جعل الولاية له. ففي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): (قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضا أن يزوجه، فقلت: فإن هوى أبوها رجلا وجدها رجلا فقال: الجد أولى بنكاحها) (١). ومن الواضح أن مقتضى اطلاقها كون ولاية الجد مطلقة وغير مقيدة بوجود الأب، وأن فرض ذلك في فرض وجوده. ومثلها معتبرة عبيد بن زرارة المتقدمة (٢) فإن المستفاد منها ثبوت الولاية للجد على حد ثبوتها للأب بل كونها أقوى من ولاية الأب. ولعل الأوضح منهما دلالة صحيحة علي بن جعفر المتقدمة أيضا (٣) المتضمنة لتعليل الحكم بكون انكاح الجد للبنت مقدما على انكاح الأب بقوله: (لأنها وأباها للجد) إذ من الواضح أنه ليس المراد كون مجموعهما بما هو مجموع للجد، وإنما المراد كون كل منهما على حدة ومستقلا له، ومقتضى هذا ثبوت الولاية المطلقة للجد على البنت سواء أكان الأب موجودا أم كان ميتا.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٧.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٨.

والقول بتوقف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة -
ضعيف (١)

ثم إنه قد يتمسك لإثبات الحكم بالمقام بالاستصحاب بدعوى أن
الولاية كانت ثابتة للجد في حياة الأب فعند الشك في ثبوتها بعده
يستصحب بقاؤها.

إلا أنه مدفوع بما تقدم غير مرة من عدم جريان الاستصحاب في
الأحكام الكلية.

على أنه لا يتم إلا فيما إذا كانت هناك حالة سابقة متيقنة فلا يتم
في مثل ما لو كانت البنت حين موت أبيها حملا في بطن أمها.

(١) نسب القول به إلى جملة من الأصحاب، واستدل عليه بصحيفة
الفضل بن عبد الملك المتقدمة عن أبي عبد الله (ع): قال:

أن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا وكان الجد مرضيا جاز (١)
فإن مقتضى مفهوم الشرط عدم ثبوت الولاية له عند عدم الأب،
وإلا لكان الشرط لغوا.

إلا أن للمناقشة في ذلك مجالا، فإن الظاهر عدم ثبوت المفهوم
لهذا الشرط وذلك لأن المصرح به في جملة من الروايات المعتبرة أن
المراد بالجواز في المقام هو الجواز على الأب بمعنى: أنه ليس له
معارضة الجد ونقض انكاحه لها.

ومن هنا: يكون ذكر الشرطية في هذه الصحيحة من قبيل القضايا
التي تساق لبيان وجود الموضوع، فإنه إذا لم يكن الأب موجودا

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.

وأضعف منه القول بتوقفها على موته (١) كما اختاره بعض العامة.

(مسألة ٤): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها، بل هو لازم عليها (٢)،

لم يكن موضوع لمعارضة الجد، وكون ولاية الجد نافذا في حقه وإذا لم يكن للشرطية مفهوم كانت المطلقات سالمة عن المعارض والمقيد. إذن: فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه المشهور واختاره الماتن (قده) من ثبوت الولاية للجد مطلقا.

(١) فإنه باطل جزما، لدلالة جملة كبيرة من النصوص على ثبوت الولاية له في حياة الأب، بل وكون ولايته أقوى من ولاية الأب ولذا يتقدم انكاحه على انكاح الأب ما لم يكن انكاح الأب أسبق زمانا من انكاحه (٢) ويقتضيه مضافا إلى اطلاقات ما دل على نفوذ عقد الأب والجد خصوص صحيحة عبد الله بن الصلت قال: (سألت أبا عبد الله (ع): عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها أمر) (١).

وصحيحة علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن (ع): أتزوج الجارية وهي بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام وهو ابن ثلاث سنين وما أدنى حد ذلك الذي يزوجان فيه، فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضي أبوها أو وليها (٢)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٧.

إلى غيرهما من النصوص التي تكاد تبلغ حد التظافر.
إلا أن بإزائها روايتين:

الأولى: رواية يزيد الكناسي قال: (قلت لأبي جعفر (ع): متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين) (١).

إلا أن هذه الرواية لا يمكن العمل بها من جهة بعد التفصيل المذكور فيها فإنه لا يحتمل ثبوت الخيار للتي زوجها الأب قبل تسع سنين وعدم ثبوته للتي زوجها بعد ذلك مع معارضتها للنصوص الكثيرة الدالة على نفوذ انكاح الأب وأنه ليس لها من الأمر شيء. وفي مقام حل المعارضة لا ينبغي الشك في تقدم تلك عليها، على أنها ضعيفة السند فإن المذكور في نسخ الوسائل بريد الكناسي وهو ضعيف والمذكور في نسخ التهذيب والاستبصار وإن كان يزيد الكناسي إلا أنه لم يثبت توثيقه أيضا، وذلك لأن النجاشي (قده) ذكر يزيد أبا خالد القمطاط ووصفه بأنه كوفي ووثقه، والشيخ (قده) ذكر يزيد الكناسي في كتابه الرجال وأفاده أنه ينتسب إلى كناسة محللة في الكوفة، من دون أن يذكر له توثيقا، لكنه (قده) لم يتعرض لذكر يزيد أبي خالد القمطاط لا في الفهرست ولا في الرجال، وهو مما يوجب الاطمئنان بأن يزيد الكناسي هو يزيد أبو خالد القمطاط وحينئذ فينفع توثيق النجاشي ليزيد أبي خالد القمطاط في اثبات وثاقة يزيد الكناسي غير أن ذلك معارض بأن البرقي الذي هو أقدم من الشيخ وأعرف منه بالرجال لقرب عهده إلى الرواة ذكر العنوانين معا فقد ترجم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٩.

يزيد الكناسي ويزيد أبا خالد القمط كلاً على حدة، وهو إنما يكشف عن عدم اتحاد الرجلين. وعلى هذا الأساس فلا تنفع وثيقة يزيد أبي خالد القمط في اثبات وثيقة يزيد الكناسي. وعليه فتكون الرواية ساقطة عن الاعتبار سنداً.

الثانية: صحيحة محمد بن مسلم قال: (سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يزوج الصبية، قال: إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا) (١).

وهي كما ترى واضحة الدلالة بل صريحة الدلالة في عدم لزوم العقد الصادر من الولي، وثبوت الخيار لهما بعد البلوغ فإن حمل الخيار على الطلاق كما أفاده الشيخ (قده) بعيد غايته، ولا وجه للمصير إليه.

ومن هنا فهي صالحة لتقييد ما تقدم من النصوص الدالة على نفوذ عقد الأب أو الجد بغير هذا الفرض أعني ما لو كان كل من الزوجين صغيراً. إلا أنه لم يعلم قائل به من فقهاءنا، وعليه فإن تم إجماع على عدم ثبوت الخيار لها فهو وبه يتعين رفع اليد عن هذه الصحيحة ورد علمها إلى أهلها، وإلا فيتعين العمل بها حيث قد عرفت مراراً أن أعراض المشهور عن الرواية المعتبرة لا يوجب وهنها وسقوطها عن الحجية.

وحيث فلا أقل من الالتزام بالاحتياط بالطلاق عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٨.

(١) وهو المشهور والمعروف بين الأصحاب، ويدل عليه جملة من النصوص المعتبرة كصحيحة الحلبي قال: (قلت لأبي عبد الله (ع) الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح، وأما طلاقه فينبغي أن تحبس امرأته حتى يدرك.) (١)، وصحيحة عبيد بن زرارة قال: (سألت أبا عبد الله (ع): عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر وإن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أو لم يضمن) (٢) فإن تفصيله (ع) في المهر دال على المفروغية عن صحة النكاح، وصحيحة الفضل بن الملك قال: (سألت أبا عبد الله (ع): عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال: لا بأس) (٣) وغيرها من النصوص المعتبرة، فإن مقتضى اطلاق الصحيحة في هذه النصوص هو النفوذ حتى بعد بلوغ الطفل وفسخه للعقد.

ودعوى: أن الصحة لا تنافي عدم اللزوم وثبوت الخيار نظرا إلى أن موضوع الخيار هو العقد المحكوم بالصحة إذ لا مجال للبحث عن الخيار في العقد المحكوم بالبطلان. مدفوعة: بأن موضوع الخيار إنما هو نفس الصحة، وعدم الخيار مستفاد من اطلاقها لا منها بنفسها فلا يكون هناك أي محذور.

-
- (١) الوسائل: ج ٢٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٤.
(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهر، ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٢.

والقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف.

ثم إن هذه النصوص وإن كانت بأجمعها واردة في الأب، إلا أنه لا بد من التعدي إلى الجد وذلك لما ذكرناه في اثبات الولاية للجد على البنت الباكر فإن تلك الوجوه تأتي بعينها في المقام.

(١) نسب هذا القول إلى الشيخ وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس (قدهم) وذكر في وجهه مضافا إلى التمسك بصحيحة محمد بن مسلم وخبر يزيد الكناسي المتقدمين أن الحال في الابن يختلف عن البنت من حيث احتمال تطرق الضرر عليهما، فإن الابن يجب عليه بذل المهر والنفقة دون مقابل بخلاف البنت حيث إنها تأخذها دون أن تخسر شيئا. ومن هنا لا بد من جعل الخيار للابن لكي يتمكن من دفع الضرر عن نفسه دون البنت حيث إنها ليست بحاجة إليه.

وفيه: أن ما ذكره لا يرجع إلى محصل فإنه وجه اعتباري صرف لا يمكن اثبات الحكم الشرعي به، على أن النكاح وإن كان من الأمور الاعتبارية إلا أنه أشبه الأمور بالمعاوضة. ومن هنا فلا يكون بذل الرجل للمهر والنفقة بإزاء لا شيء فإنه إنما يملك الزوجية بإزاء ما يبذله كما أن المرأة لا تحصل عليهما بإزاء لا شيء فإنها إنما تفقد حريتها وتكون تحت سيطرة الغير وفي حالته بإزاء ما تقبضه، فكل منهما يحصل على شيء ويفقد بإزائه شيئا.

وعليه فإن كان في المقام خيار وجب أن يثبت لهما وإن لم يكن فهو غير ثابت لهما أيضا.

وأما خبر يزيد الكناسي فقد عرفت الحال فيه فلا نعيد.

نعم صحيحة محمد بن مسلم دالة على ثبوت الخيار وبذلك تكون مقيدة

وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (١).
(مسألة ٥): يشترط في صحة تزويج الأب والجد
ونفوذه عدم المفسدة (٢). وإلا يكون العقد فضوليا

لما تقدم من المطلقات.
إلا أنها وكما عرفت تختص بما إذا كان الزوجان معا صغيرين فلا
تشمل ما لو زوج الأب الصغير من المرأة البالغة.
(١) يظهر الحال فيه مما تقدم، فإن مقتضى اطلاق صحة العقد
الصادر من وليه ونفوذه هو عدم ثبوت الخيار له بعد إفاقته.
(٢) اتفاقا بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.
ويدلنا عليه مضافا إلى عموم صحيحة أبي حمزة الشمالي المتقدمة
المتضمنة لقوله تعالى: (إن الله لا يحب الفساد) حيث إن مقتضاه
عدم الفرق بين المال والنكاح، وقوله (ع) في صحيحة الفضل بن
عبد الملك المتقدمة أيضا: (وكان الجد مرضيا) حيث إن ظاهر
التقييد وبملاحظة مناسبات الحكم والموضوع هو اعتبار كونه مرضيا
بلحاظ تصرفاته الصادرة تجاه البنت، وإلا فكونه مرضيا بالنسبة إلى
سائر تصرفاته أجنبي عن ولايته على البنت.
وصحيحة عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله (ع):
الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من
رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا) (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٢.

(٢٨١)

كالأجنبي، ويحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضا (١)،

فإن التقييد بعدم كونه مضارا إنما يدل على عدم ثبوت الولاية للجد إذا كان في مقام الاضرار بها دليل نفي الضرر فإنه وبحكم كونه حاكما على جميع الأدلة يقتضي نفي جعل الولاية للأب والجد فيما إذا كان في انكاحهما لها ضرر عليها. وبذلك فتختص ولايتهما عليها وعلى الصبي بفرض عدم المفسدة لا محالة.

والوجه فيه: هو اعتبار وجود مجيز حال العقد في الحكم بصحة العقد الفضولي. على ما ذكره الماتن (قده) في المسألة الآتية وحيث إن الصبي والصبية فيما نحن فيه ليسا أهلين للإجازة والامضاء حين صدور العقد فيحكم ببطلانه من رأس لا محالة.

إلا أن هذا الكلام مبني على عدم الالتزام بكون صحة العقد الفضولي بعد لحوق الإجازة على القاعدة، واختيار كونها نتيجة للنصوص الخاصة الدالة عليها. فإنه حينئذ يمكن أن يقال بأن النصوص الخاصة وبأجمعها واردة في فرض وجود المجيز فلا وجه للتعدي منه إلى فرض عدم وجوده.

لكنك قد عرفت منا مرارا عدم تمامية هذا المبنى وكون صحة العقد الفضولي بعد لحوق الإجازة على القاعدة، باعتبار أن الإجازة توجب انتساب الأمر الاعتباري الصادر من الغير إلى المجيز من حينها فيكون العقد من ذلك الحين عقدا له ومن هنا فتشمله أدلة وجوب الوفاء بالعقود.

وعلى هذا الأساس فلا وجه لاعتبار وجود مجيز حال العقد، فإنه يكفي في الحكم بصحته كون المجيز أهلا لها في حينها، ومن دون أن

بل الأحوط مراعاة المصلحة (١)، بل يشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختر الأب غير الأصلح لتشهي نفسه (٢).
(مسألة ٦): لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج

الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك يكون لأهليته حين صدور العقد وعدمه دخل في الصحة أو الفساد . (١) نسب القول باعتبارها في الولاية على مال الطفل إلى المشهور من الأصحاب واستدلوا عليه بقوله تعالى: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١).
وذكر الشيخ (قده) أنها وإن لم تكن تشمل الأب باعتبار أنه مع وجوده لا يكون ابنه يتيماً، إلا أنها تشمل الجد وحيثُ ثبت الحكم للأب بالقطع بعدم الفصل.
إلا أننا لم نرتض هذا القول به فلا نقول به في النكاح وذلك لاطلاقات الأدلة الواردة في المقام السالمة عن المقيد حيث لم يرد في شيء من النصوص اعتبار وجود المصلحة في انكاح الأب أو الجد.
نعم الاحتياط في محله حتى وإن كان الظاهر عدم الاعتبار.
(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإن مقتضى اطلاقات الأدلة السالمة من المقيد والشاملة للفرض هو الحكم بالصحة والنفوذ.

(١) الأنعام: ١٥٢.

صح العقد والمهر ولزم (١) وإلا ففي صحة العقد وبطلان
المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضا
قولان (٢) أقواهما: الثاني. والمراد من البطلان عدم

نعم الاحتياط على كل حال حسن.

(١) لاطلاقات الولاية السالمة عن المقيّد.

(٢) بل أقوال ثلاثة، ثالثها ما نسب إلى الشيخ (قده) من
الحكم بالصحة فيهما معا وكأن الوجه فيه اطلاقات أدلة الولاية.
إلا أن ضعفه أظهر من أن يخفى ولعله لذلك أهمل الماتن (قده)
ذكره، فإن أدلة الولاية قاصرة عن شمول ما كان فيه ضرر ومفسدة
على المولى عليه كما عرفت في المسألة السابقة.

وأما القول الأول فهو منسوب إلى شيخنا الأعظم (قده) بدعوى:

أن العقد الصادر من الولي إنما ينحل إلى أمرين: التزويج والمهر
وحيث إن الضرر في الثاني خاصة يحكم ببطلانه مع بقاء التزويج على
حاله وحينئذ فينتقل إلى مهر المثل لا محالة.

وفيه: أنه إنما يتم فيما إذا كان المنشأ هو التزويج المطلق وحيث
إن الأمر ليس كذلك باعتبار أن المنشأ إنما هو التزويج المقيّد بالمقدار
المعين من المهر فلا محيص عن الحكم ببطلان التزويج أيضا لما فيه
من الضرر على المولى عليه وسقوط ولاية المزوج لكونه مضارا.

على أن لازم ما أفاده (قده) من بطلان المهر عدم التطابق بين
الايجاب والقبول حتى ولو قلنا بتعدد الانشاء فإن الزوج إنما قبل
العقد بالمهر المعين ولم يقبل التزويج الخالي عن المهر، وهذا نظير

النفوذ بمعنى: توقفه على إجازتها بعد البلوغ، ويحتمل
البطلان ولو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في
الحال (١).

(مسألة ٧): لا يصح نكاح السفية المبذر (٢) إلا بإذن
الولي (٣)

أن ينشأ البائع بيع شيء ويقبل المشتري شراء شيء آخر. وحيث
إن تطابق الإيجاب والقبول في المتعلق معتبر في صحة العقد بلا خلاف
كان فقده في المقام موجبا للبطلان.

ومن هنا فالصحيح هو ما اختاره الماتن (قده) من الحكم
ببطلانهما معا وفاقا لكثير من الأصحاب.

ثم لا يخفى أن محل البحث في تزويج الولي الصغير 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 ومعه
لا مجال للحكم بالبطلان لعدم ترتب أي ضرر على الطفل.

(١) وقد عرفت ما فيه مفصلا في المسألة السابقة فلا نعيد.

(٢) المراد بالعقد إن كان من لا يعرف مصالحه ومفاسده فهو قيد

توضيحي، وإن كان غير ذلك فلا دليل عليه ولا نعلم لاعتباره وجها.

(٣) استدل عليه في بعض الكلمات: بأن الزواج لما كان من

الأمر المالية لاستلزامه ثبوت المهر والنفقة على الزوج وكان السفية

ممنوعا من التصرفات المالية بلا خلاف كان اللازم الحكم بالفساد

في المقام.

وفيه: مضافا إلى اختصاصه بالولد دون البنت، أنه إنما يتم فيما إذا كان المهر عينا معينة من أمواله الموجودة بالفعل دون ما إذا كان كليا في الذمة، فإنه لا اجماع على منعه منه أيضا. على أنه قد يفرض كون المهر من غيره ومن دون أي تصرف في شيء من أمواله. وأما وجوب الانفاق فهو حكم شرعي متفرع على التزويج وليس من مصاديق التصرف المالي فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبة إليه.

ومن هنا فالصحيح في الاستدلال هو التمسك بالنسبة إلى منع الولد بصحيفة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: (سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده، قال: احتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم، قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا) (١).

وهذه الرواية وإن رواها صاحب الوسائل (قده) عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله (ع) مباشرة إلا أن الصحيح وساطة عبد الله بن سنان في البين، على ما هو مذكور في الخصال، ولعل عدم ذكره في الوسائل من سهو القلم عند النسخ. وكيف كان فهي واضحة الدلالة على عدم جواز أمر السفيه وبقاء الولاية عليه.

وأما بالنسبة إلى منع البنت فبالتمسك بصحيفة الفضلاء المتقدمة عن أبي جعفر (ع): (قال: المرأة التي قد ملكت نفسها غير

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب الحجر، ح ٥.

وعليه أن يعين المهر والمرأة (١) ولو تزوج بدون إذنه وقف على إجازته فإن رأى المصلحة وأجاز صح، ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة، لأنه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة (٢) ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الولي.

(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الامهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة إلى إذن الولي (٣)، وإن لم أر من تعرض له.

السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز (١).
حيث قيد (ع) استقلالها في النكاح بعد بلوغها المعبر عنه بملك الأمر - بعدم كونها سفينة.

(١) على ما يقتضيه قانون الولاية، فإن معناها رجوع الزواج بتمام شؤونه ومقتضياته إلى نظره.
(٢) فإنه لا قصور في إنشائه وإنما القصور في النفوذ خاصة.
(٣) كما يقتضيه قوله (ع) في صحیحة الفضلاء المتقدمة: (غير السفينة ولا المولى عليها) إذ المتيقن منها وبملاحظة خصوصية المورد

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

(مسألة ٩): كل من الأب والجد مستقل في الولاية (١)
فلا يلزم الاشتراك، ولا الاستئذان من الآخر، فأيهما

- أعني كون الصحيحة واردة في الزواج - هو السفهية فيه. وإذا
ثبت الحكم بالنسبة إلى السفهية ثبت في السفهية بالقطع بعدم الفرق بينهما.
ويؤيده اطلاق صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة.
(١) بلا خلاف فيه، ويقتضيه اطلاق النصوص.

نعم لصاحب الجواهر (قده) عبارة ربما تشعر بتوقفه فيه حيث
قال في شرح قول المحقق (قده): (فمن سبق عقده صح) بناء
على استقلال كل منهما بالولاية.

غير أن مما يقطع به أنه ليس مراده (قده) منها اشتراك الأب
والجد في الولاية بمعنى اعتبار رضاها معا وذلك لاختياره (قده)
بعد أسطر من هذه العبارة تقديم انكاح الجد لها على انكاح الأب
فيما لو أوقعاه دفعة مدعيا الاجماع عليه. فإنه واضح الدلالة على عدم
اختياره (قده) القول باشتراكهما معا في الولاية. وإنما مراده (قده)
منها هو الاحتراز عن تزويج البكر حيث إن كلا منها يشترك حينئذ
في الولاية معها من دون أن يكون له حق الاستقلال.

وعلى هذا فيكون معنى ما أفاده (قده) هو: أن السبق في
ايقاع العقد إنما يكون له أثر فيما إذا كانت المولى عليها صغيرة أو
كانت كبيرة بكرا وقلنا باستقلال الأب والجد في انكاحها. وأما إذا
قلنا باعتبار استئذنها باعتبار أن لها في نفسها نصيبا فلا أثر للسبق بل
الخيار لها تجيز من العقدين ما شاءت.

سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر، ولو زوج كل منهما من شخص، فإن علم السابق منهما فهو المقدم ولغي الآخر.

وإن علم التقارن قدم عقد الجد (٢) وكذا إذا جهل التاريخان. وأما إذا علم تاريخ

(١) اجماعاً ومن غير الخلاف فيه وتدل عليه جملة من النصوص المتقدمة كصحيحة عبيد بن زرارة وغيرها فراجع.
(٢) وتدل عليه مضافاً إلى التسالم وعدم الخلاف فيه عدة من النصوص المعتبرة الدالة على تقديم عقد الجد كصحيحة هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع): (قال: إذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول، فإن كان جميعاً في حال واحدة فالجد أولى (١)).

وصحيحة عبيد بن زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله (ع): الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر. فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله ويجوز عليها تزوج الأب والجد) (٢).
فإن مقتضى قوله (ع): (إن لم يكن الأب زوجها قبله) هو تقديم عقد الجد في فرض التقارن نظراً لعدم صدق ما اعتبر في تقديم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٣.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢.

أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجد قدم أيضا وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتتمل تقدمه (١) لكن الأظهر تقديم عقد الجد لأن المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الأب زوجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقا (٢) وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى. فتحصل: أن اللازم تقديم عقد الجد في جميع الصور إلا في صورة معلومية سبق عقد الأب.

عقد الأب فتكون مقيدة لأدلة ولاية الأب لا محالة. وبها نخرج عن القاعدة المقتضية للبطلان حيث إن الجمع بينهما غير ممكن وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح.

(١) لأصالة عدم وقوع العقد من الجد إلى حين وقوع العقد من الأب فيحكم بصحته لعدم المعارض.

(٢) وتوضيح ذلك: أن مقتضى صحيحة عبيد بن زرارة هو تقديم عقد الجد مطلقا ومن دون فرق بين جميع الصور باستثناء ما إذا كان عقد الأب سابقا، فإن هذه الصورة هي المستثناة من ولاية الجد ونفوذ عقده وخارجة منها خاصة.

ومن هنا ففي جميع هذه الصور يجري استصحاب عدم سبق عقد الأب على عقد الجد من غير فرق بين العلم بالتاريخ أو الجهل به والقول بجريان الاستصحاب في معلوم التاريخ وعدمه، ولا يعارضه استصحاب عدم وقوع العقد من الجد إلى زمان وقوع العقد من الأب

(٢٩٠)

ولو تشاح الأب والجد فاختر كل منهما واحدا قدم اختيار
الجد (١)

لأنه لا يثبت السبق.
وبعبارة أخرى نقول: إن صحيحة عبيد وإن لم تكن تتضمن
لفظ السبق وإنما المذكور فيها عنوان القبلية فما أفاده الماتن (قده)
لا يخلو من التسامح
في التعبير ومع ذلك فالمراد به ليس هو تقديم
عقد الجد ما لم يسبقه عقد الأب بمعنى لحوق عقد الجد له كي يتمسك
باستصحاب عدم وقوعه إلى حينه، فإنه غير معتبر جزما ولذا يحكم
بصحة عقد الأب حتى ولو لم يقع عقد من الجد بالمرّة مع أنه لم
يتحقق السبق بهذا المعنى لعدم تحقق اللحوق فإنهما من العناوين المتضايقة
لا يمكن تحقق أحدهما من دون تحقق الآخر. وإنما المراد منها الحكم
بصحة عقد الجد على الاطلاق ما لم يكن عقد الأب سابقا عليه كما
يظهر ذلك من الالتفات إلى أن الكلام إنما هو في المزاحمة وحيث
إن هذا العنوان عنوان وجودي فلا يمكن احرازه باستصحاب عدم
عقد الجد إلى زمان عقد الأب.
ومن هنا فيحكم بصحة عقد الجد في جميع هذه الصور لعدم احراز
شرط تقديم عقد الأب.
وبالجملة: إن المعتبر في تقديم عقد الجد قيد عدمي فيمكن احرازه
عند الشك فيه بالأصل وهو بخلاف القيد المعتبر في تقديم عقد الأب
فإنه وجودي فلا ينفذ في احرازه التمسك باستصحاب عدم تقدم عقد
الجد عليه فإنه لا يثبت كون عقد قبل عقد الجد.
(١) وتدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): قال

ولو بادر الأب فعقد، فهل يكون باطلا أو يصح؟ وجهان
بل قولان (١) ومن كونه سابقا فيجب تقديمه ومن أن لازم
أولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه. والأحوط مراعاة

إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه أيضا أن يزوجه.
فقلت: فإن هوى أبوها رجلا وجدها رجلا، فقال: الجد أولى
بنكاحها) (١) وقوله (ع) في صحيحة عبيد الله بن زرارة: (فإن
هوى أبوها رجلا وجدها رجلا فالجد أولى بنكاحها) (٢) ومعتبرته
الثانية المتقدمة.

(١) كما يظهر من صاحب الجواهر (قده) حيث ذكر بعد
القول بالصحة أنه: (قد يقال ببطلان عقده حينئذ) فإنه ظاهر في
كونه قولاً وإن كان نادراً.

وكيف كان. فالصحيح هو الثاني. والوجه فيه، إن أولوية
عقد الجد في هذه الموارد كما دلت عليه النصوص المعتبرة ليست
هي بمعنى الأفضلية وإنما هي بمعنى ثبوت الولاية له دون الأب، ومن
هنا فتكون هذه النصوص مقيدة لأدلة ولاية الأب بغير فرض هوى
الجد رجلا آخر. ومعه فلا مجال للقول بالصحة في المقام.
ومنه يظهر الحال في التمسك باطلاق صحيحة هشام بن سالم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٧.

الاحتياط.

ولو تشاح الجد الأسفل والأعلى هل يجري
عليهما حكم الأب والجد أو لا؟ وجهان، أوجههما: الثاني
لأنهما ليسا أبا وجدا بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على
تقديم الجد على الأب (١).

ومحمد بن حكيم، فإنه لا مجال للتمسك به بعد ثبوت المقيد له.
وأما حمل الأولوية على الأولوية الاستحابية أو الوجوبية التكليفية
فهو على خلاف الظاهر جدا، كما يشهد له ورود عين هذا التعبير في
فرض تقارن عقديهما.

والحاصل: أن هذا القول وإن كان نادرا بل لم يعلم القائل به إلا
أنه هو المتعين بحسب الأدلة والنصوص.

(١) إلا أنه قد يشكل على ما أفاده (قده) بأن النصوص الواردة
في المقام وإن كانت كلها تختص بالأب والجد، غير أن مقتضى التعليل
المذكور في روايتين هو التعدي إلى الجد الأسفل مع الجد الأعلى.
وهاتان الروايتان هما:

أولا: رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع): (قال
إنني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه
فقال: أصلح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير إذني، فقال زياد
لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا:
نكاحه باطل. قال: ثم أقبل علي فقال: ما تقول يا أبا عبد الله،
فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أليس فيما تروون
أنتم عن رسول الله (ص) إن رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل

هذا، فقال له رسول الله (ص): أنت ومالك لأبيك؟ قالوا:
بلى، فقلت لهم: كيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه
قال: فأخذ بقولهم وترك قولي (١).
فإن التعليل بقوله صلى الله عليه وآله: (أنت وما لك - بفتح اللام - كما
يقتضيه استشهاده (ع) بهذه الكلمة في النكاح - لأبيك) يقتضي
عدم اختصاص الحكم بالأب بلا واسطة مع الجد وعموم الحكم للجد
الأسفل مع الجد الأعلى فإنه وماله له.
ثانيا: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع)
قال: (سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج
أحدهما وهوى أبوه الآخر أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى
الجد أحق بالجارية لأنها وأباها للجد) (٢).
فإنها وبعموم التعليل تدل على ثبوت الحكم للجدين الأسفل والأعلى.
لكن في الاستدلال بكلتا الروايتين نظر:
أما الأولى: فهي مضافا إلى ضعف سندها بسهل بن زياد،
لا دلالة فيها على تقدم هوى الجد على هوى الأب عند التشاح أو عقد
الجد على عقده عند التقارن، بل غاية دلالتها هو ثبوت الولاية
للجد وأن له أن يفعل كل ما كان للأب أن يفعله. ومن هنا فلا يمكن
التمسك بهذه الرواية لاثبات المدعى.
وأما الثانية: فهي لو تمت دلالتها فإنما تدل على تقديم هوى

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٥.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٨.

(مسألة ١٠): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب. سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا، لأنه خلاف المصلحة (١). نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه إن لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقة، وعدمه لأن المفروض اقدام الولي مع علمه به. وجهان، أو جههما: الأول، لاطلاق أدلة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله (٢)

(١) في التعبير مسامحة واضحة والمراد به وجود المفسدة كما يقتضيه مناسبة الحكم والموضوع.

(٢) استشكل فيه بعضهم بأن علم الولي والوكيل لما كان بمنزلة علم المولى عليه والموكل، خرج المورد عن منصرف أدلة الخيار. وفيه: أن التوكيل أو الولاية لا يقتضيان إلا كون الفعل الصادر من الوكيل أو الولي بمنزلة الفعل الصادر من الموكل أو المولى عليه وأما كون علمهما بمنزلة علمهما فهو مما لا يمكن اثباته بدليل، ولا موجب لتقييد المطلقات الدالة على ثبوت الخيار عند ظهور العيوب المعينة. نعم في خصوص ما إذا اشترى الوكيل أو الولي بأغلى من ثمن المثل لمصلحة تقتضي صحة العقد، يمكن القول بعدم ثبوت خيار الغبن للمولى عليه والموكل، وذلك لأن منشأ هذا الخيار إنما هو الاشتراط الضمني بمبادلة كل من المتبايعين ماله بما يساويه في المالية من الآخر. ومن الواضح أن هذا الشرط الضمني يتوقف على الجهل

(٢٩٦)

وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، وغاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقى أدلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضا من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق. وهل له اسقاطه أم لا؟ مشكل (١) إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك (٢) وأما إذا كان الولي جاهلا بالعيب ولم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا اشكال في ثبوت الخيار له (٣) وللمولى عليه إن لم يفسخ، وللمولى عليه فقط إذا لم يعلم به إلى أن بلغ أو أفاق. وإن كان

بالغن إذ مع العلم به لا يمكن القول باشتراط التساوي في المالية. إلا أن هذا أجنبي عن محل الكلام فإن عدم ثبوت الخيار فيه إنما هو من جهة فقد المقتضي أعني الاشتراط الضمني بالتساوي في المالية فلا يمكن التعدي إلى المقام حيث إن تقييد المطلقات يحتاج إلى الدليل ولا دليل على كون علم الولي بمنزلة علم المولى عليه. (١) لا وجه للاستشكال بل ينبغي الجزم بعدم الثبوت فيما إذا لم يكن هناك مصلحة ملزمة وذلك لما فيه من تفويت حق الصغير والافساد في أمره.

(٢) وحينئذ فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الولاية له، فإنه من الأمور الراجعة إلى المولى عليه فيكون له التصرف فيه. (٣) لعدم المقتضي لسقوطه وتقييد اطلاقات أدلة الخيار.

من العيوب الأخر فلا خيار للولي (١) وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان، أو جههما: ذلك لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج. بل يمكن أن يقال: أن العقد فضولي حينئذ لا أنه صحيح وله الخيار (٢). (مسألة ١١): مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر

(١) بما هو عاقد ومزوج للصغير أو المجنون، وذلك لعدم ثبوته للزوج إذا كان هو المباشر للعقد فلا يثبت لمن هو فرع له. إلا أن هذا لا ينافي ثبوته له من جهة ثبوته للمولى عليه باعتبار أن العقد الواقع خارجا على خلاف مصلحته لو قيل به.

(٢) والذي ينبغي أن يقال: إن العقد إذا كان خاليا عن المفسدة بالنسبة إلى الصغير وإن لم تكن فيه مصلحة له أيضا فلا بد من الحكم بصحته من دون ثبوت الخيار للولي أو المولى عليه، أما الصحة فلما عرفت من كفاية عدم وجود المفسدة في الحكم بها. وأما عدم ثبوت الخيار فلاختصاص أدلتها بعيوب معينة.

وأما إذا كان فيه مفسدة له فينبغي الحكم بالبطلان رأسا، ولا وجه للحكم بالصحة وثبوت الخيار.

والحاصل: أنه لا وجه للجمع بين الحكم بالصحة وثبوت الخيار في المقام، فإن الصحة متوقفة على عدم المفسدة ومعه يكون العقد نافذا من دون أن يكون لأحد الخيار فيه وأما مع وجود المفسدة فالعقد فضولي وغير محكوم بالصحة إلا مع التعقب بالإجازة.

تزويجه بيد المولى (١).
(مسألة ١٢): للوصي أن يزوج المجنون المحتاج إلى
الزواج (٢).

- (١) سواء التزمنا بقابلية العبد للملك كما هو المختار أم قلنا بعدمها. والوجه فيه: أن المولى مالك للعبد ولما يملكه فلا يجوز نكاحه من غير إذنه. وقد تقدم البحث في هذه المسألة مفصلاً في نكاح العبيد والإماء فراجع.
- (٢) بلا خلاف فيه في الجملة، وتقتضيه اطلاقات أدلة نفوذ الوصية كقوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم) (١). فإن صدرها وإن كان يقتضي نفوذ الوصية المالية خاصة بالنسبة إلى خصوص الوالدين والأقربين، إلا أن المستفاد من قوله تعالى: . فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً.. نفوذها مطلقاً ولزوم العمل بمقتضاها دائماً باستثناء ما خرج أعني ما كان فيها جنفاً أو إثماً أو ضرر على الوارث - على ما دلت عليه النصوص - فإنه لا يجب العمل بها. ومن هنا فتكون الآية المباركة شاملة للوصية بالمجنون، فيجب العمل على وفق الوصية لأن في مخالفتها تبديلاً لها فيكون إثمه على الذين يبدلونه.

(١) البقرة: ١٨١ - ١٨٣.

وتوهم: أن الآية المباركة وجميع النصوص الواردة في الاستدلال بها مختصة بالوصية المالية فلا دليل على نفوذ الوصية في نكاح المجنون أو المجنونة.

مدفوع: بأن صدر الآية الكريمة وإن كان موردها الوصية بالمال إلا أنه غير ضار باطلاق الآية المباركة على أنه يكفي في اثبات عدم اختصاص نفوذ الوصية بالأموال المالية ما دل على نفوذ الوصية بالمضاربة بمال اليتيم مع أنه وصية بالاتجار لا المال كصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع): (أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم. فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي) (١).

وقريب منها خبر خالد الطويل. فإن مقتضى عموم التعليل بقوله (ع): (إن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي) نفوذ الوصية بكل ما كان للأب في حياته.

ويؤيد ما ذكرناه ما ورد في تفسير من بيده عقدة النكاح حيث اشتملت جملة منها على الوصي أيضا، فإن المراد به وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع هو من أوصى إليه بالنكاح دون من كان وصيا في إدارة شؤونه العامة.

وبالجملة: لا ينبغي الاشكال في نفوذ الوصية بالنكاح بالنسبة إلى المجنون.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ٢.

بل الصغير أيضا لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق. ولا فرق بين أن يكون

ثم إن الحكم بنفوذ الوصية مطلقا إنما يتم في المقام بناء على ما اخترناه من عدم اختصاص ولاية الأب أو الجد على المجنون بما إذا كان الجنون متصلا بالصغر. وأما لو قلنا بذلك كان اللازم اختصاص نفوذ الوصية بذلك الفرض أيضا وعدم تماميته في الجنون المنفصل إذ ليس للأب أو الجد الايصاء لغيره بما ليس له. (١) أما مع النص عليه فيقتضيه جميع الوجوه المتقدمة في المجنون من الآية المباركة وصحيحة محمد بن مسلم وما ورد فيمن بيده عقد النكاح. إلا أنه قد يستدل على عدم النفوذ في المقام بصحيتين هما: أولا: صحيحة ابن بزيع قال: (سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج: فلما أن مات قال الآخر: أخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أي الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثم إن الأخ الثاني مات وللأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج، فقال للجارية: اختاري أيهما أحب إليك الزوج الأول أو الزوج الآخر، فقال: الرواية فيها أنها للزوج الأخير، وذلك أنها قد كانت أدركت حين زوجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراكها) (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

وفيه: أنها أجنبية عن محل الكلام إذ لم يفرض فيها كون الوصي وصيا في التزويج، فلا تعارض ما تقدم لما عرفت من ورودها ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع في التزويج، بل لا بد من حملها على الوصي في غير النكاح كإدارة شؤونها العامة كما هو الغالب في الوصية ثانيا: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع): (في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ قال: إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم) (١). فإنها وباطلاقها تدل على نفي التوارث فيما إذا زوجهما الوصي وعدم التوارث يدل على بطلان النكاح.

وفيه: أن المتفاهم العرفي من هذه الصحيحة أنه لا خصوصية للأبوين جزما وإنما ذكرا من جهة أنهما أظهر مصداق للولي ولذا يثبت التوارث بلا خلاف فيما إذا زوجهما الجد أو الوكيل باعتبار أن فعله فعل الموكل.

ومن هنا: فليس فيها أي دلالة على بطلان العقد الصادر من غير الأبوين، وإنما هي دالة على اعتبار صدور العقد ممن بيده الأمر سواء أكان هو الأب أم غيره.

إذن: فلا مناص من الالتزام بنفوذ نكاح الوصي فيما إذا كان الأب قد نص عليه بالخصوص.

وأما مع عدم النص عليه بخصوصه فإن كانت الوصاية أجنبية عن الصغير وخارجة عن شؤونه كما لو أوصى لشخص بصرف ثلثه أو تكفينه ودفنه فلا ينبغي الإشكال في عدم ثبوت وصاية للوصي على الطفل مطلقا لا في النكاح ولا في غيره، إذ لا يحتمل أن يكون هذا

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

وصيا من قبل الأب أو من قبل الجد، لكن بشرط عدم وجود الآخر (١) وإلا فالأمر إليه.
(مسألة ١٣): للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له (٢) من الأب والجد والوصي بشرط الحاجة إليه أو قضاء

وجود الوصي - لكونه هو القدر المتيقن ممن له التصدي للتزويج. وأما مع فرض وجود الوصي فحيث لا يكون الحاكم هو القدر المتيقن فلا مجال للقول بثبوتها له.

وعلى هذا: فمقتضى الاحتياط والجمع بين رضا الحاكم والوصي فإن الأمر لا يعدو هما.

ومن هنا يظهر الحال في المجنون فإن الكلام فيه عين الكلام في الصغير فإن التفاصيل المتقدمة من النص على النكاح وعدمه ووجود مصلحة ملزمة وعدمه كلها آتية فيه أيضا.

(١) بلا خلاف فيه بينهم، بل وعليه التسالم ويقتضيه قوله تعالى: (فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً) فإن مقتضاه عدم نفوذ الوصية التي فيها إثم أو جنف، وحيث إن في نفوذ هذه الوصية جنفاً على الولي الآخر فلا يثبت.

وبعبارة أخرى: إن وصية الولي إنما تنفذ بالنسبة إلى المولى عليه فإنه الذي يلزم بما فعله الوصي وأما بالنسبة إلى الولي الآخر فلا دليل على نفوذها، بل تقييد ولايته بما إذا لم يسبقه الوصي تعد عليه وجنف في حقه فلا تنفذ.

(٢) قد عرفت الحال في هذه المسألة وما يمكن أن يستدل به

المصلحة اللازمة المراعاة.
(مسألة ١٤): يستحب للمرأة المالكية أمرها أن تستأذن
أبها أو جدها (١) وإن لم يكونا فتوكل أخاها وإن تعدد
اختارت الأكبر.

ومناقشته في ذيل المسألة السابقة فلا نعيد.
(١) لا يخفى اختصاص مورد الكلام بالثيب وعدم 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
استئذانها لهما وذلك لما ورد من أن البكر لا تزوج إلا بإذن أبيها،
فإن ظاهره توقف صحة عقدها عليه، فإذا فرض رفع اليد عن هذا
الظهور تعين حملها على الاستحباب لا محالة.
وكيف كان: ففي مورد الكلام لا يمكن اثبات استحباب الاستئذان
بعنوانه الخاص نظرا لعدم الدليل عليه. ودعوى: أن الروايات الدالة
على اعتبار استئذانها إذا سقطت عن ظهورها في الوجوب حملت على
الاستحباب لا محالة.

مدفوعة: بأنه لم يرد في المقام ولا رواية واحدة تدل على اعتبار
استئذان الثيب لأبيها في النكاح كي تحمل على الاستحباب بعد رفع
اليد عن ظهورها في الوجوب.
نعم ورد ذلك في البكر وقد عملنا بظاهرها. كما عرفت فيما تقدم
كما وردت روايات مطلقة تدل على اعتبار استئذان الجارية من غير

(مسألة ١٥): ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها وأفتى به العلماء لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك (١).

تقييد بالبكر أو الثيب. إلا أنها محمولة على البكر جمعا بين الأخبار وبعد تقييدها لا وجه لحمل الأمر على الاستصحاب. وأما الاستدلال على المدعى برواية سعيد بن إسماعيل عن أبيه قال: (سألت الرضا (ع) عن رجل تزوج ببكر أو ثيب لا يعلم أبوها ولا أحد من قراباتها، ولكن تجعل المرأة وكيلا فيزوجها من غير علمهم. قال: لا يكون ذا) (١). فمردود بأنها أجنبية عما نحن فيه، فإنها دالة على وجوب الاعلام ولذا لم يذكر فيها الأب خاصة وإنما ذكر الأقرباء أيضا فلا دلالة لها على استحباب الاستئذان. وبعبارة أخرى: إن الرواية دالة على وجوب الاعلام واعتباره في صحة النكاح فلا بد من حملها على التقية لذهاب العامة إليه ووضوح عدم اعتباره عندنا. وعلى كل تقدير فهي أجنبية عن محل الكلام. نعم لا بأس باثبات الاستحباب في المقام من جهة كون الاستئذان من أظهر مصاديق احترام الأب والجد وتجليتهما، إلا أنه حينئذ لا يختص الحكم بالمذكورين في المتن بل يعم مثل الأم والعم بل وكل كبير للأسرة. (١) ذكر صاحب الجواهر (قده) في المقام صورا: - سكوتها مقرونا بقرائن تدل على رضاها بالعقد جزما أو اطمئنانا، والشك في رضاها مع عدم وجود قرينة تدل على رضاها أو عدمه، وقيام قرينة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١٥.

(مسألة ١٦): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ والعقل والحرية والاسلام إذا كان المولى عليه مسلما فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما (١) من عبد أو أمة، بل الولاية حينئذ لوليتهما. وكذا مع فساد عقلهما (٢) بجنون (٣) أو اغماء أو نحوه (٤)

بين قيام الظن بالوفاق أو الخلاف وعدمه، فإن الأمارات كاشفة كشفها نوعيا وحجة بقول مطلق ما لم يحصل العلم بالخلاف. على ما هو محرر في محله.

(١) بلا خلاف فيه، للحجر عليهما في التصرف فيما يملكانه، فتكون الولاية لوليتهما لا محالة.

(٢) العبارة لا تخلو من قصور، فإن ظاهرها رجوع الضمير إلى الصغير والصغيرة إلا أنه غير مراد جزما فإن الجنون مانع عرضي فلا يكون له أثر مع وجود المانع الذاتي أعني الصغر، بل المراد به المالكان الكبير والكبيرة إذا عرض عليهما الجنون كما يشهد له عدم تعرضه (قده) لحكمهما بعد ذلك.

(٣) لأنه محجور عليه فيكون تصرفه بمنزلة العدم وحينئذ فتنقل ولايته إلى وليه لا محالة.

ثم كان عليه (قده) أن يذكر اعتبار الرشد، فإن السفه محجور عليه في التصرفات المالية أيضا.

(٤) كالسكر.

ثم إن المراد بنفي الولاية إن كان عدم الولاية من باب السالبة

وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونهما ونحوه (١).

بانتفاء الموضوع باعتبار أن الولاية عبارة عن التسلط والتمكن من التصرف في ماله أو مال غيره وهو يتوقف على الشعور والادراك فهو واضح إلا أن مقتضاه نفي الولاية عن النائم والغافل أيضا لعدم تمكنهما من التصرف لعدم الشعور وقصورهما عن التصرف. وإن كان عدم الولاية بمعنى سلبها عنهما وانتقالها إلى غيرهما كما هو الحال في الصغير والمجنون على ما هو ظاهر العبارة فلا يمكن اثباته بدليل. ومن هنا فلو أغمي على رجلا لم يكن لأبيه أو الحاكم التصرف في أمواله بالبيع والشراء وغيرهما.

نعم لو كانت فترة نومه أو اغمائه طويلة إلى حد لم يتمكن معه من التصرف في ماله وكان المال في معرض التلف ثبتت الولاية عليه حسبة لأن مال المسلم محترم ويجب حفظه. إلا أنه أجنبي عن انتقال الولاية بالاغماء إلى غيره.

والحاصل: أن ما أفاده (قده) من نفي الولاية عن المغمى عليه ومن هو بحكمه وانتقالها إلى غيره غير تام ولا يمكن اثباته بدليل.

(١) الكلام في هذا الفرع يقع في مقامين:

الأول: في ولايتهما على الصغير والصغيرة.

الثاني: في اعتبار إذهنهما في نكاح الباكر.

أما المقام الأول: فلا ينبغي الشك في عدم ثبوتها لهما، فإنهما إذا كانا محجورين عن التصرف في أنفسهما وأموالهما فهما أولى بالحجر عن التصرف في نفس الغير وماله.

ويؤكد ذلك مضافا إلى انصراف جملة من النصوص الواردة

وإن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر (١) وكذا

في المقام إلى غير المجنون قوله (ع) في صحيحة الفضل بن عبد الملك المتقدمة: (وكان الجد مرضيا).

وكذا ما ورد في لزوم المهر للأب إذا لم يكن للولد مال، فإنها مختصة بالعاقل لا محالة فإن المجنون لا يلزمه شيء فلا معنى لكون المهر عليه في حياته وخروجه من تركته بعد وفاته.

وأما المقام الثاني. فلا اشكال في سقوط الولاية عنهما، إنما الاشكال في استقلال البكر في تزويج نفسها أو وجوب انتظارها إفاقة الأب من جنونه إذا كان أدواريا أو اغمائه أو سكره بناء على سقوط ولايته في هاتين الحالتين.

الظاهر هو الثاني فإن جملة من النصوص الواردة في اعتبار إذن الولي وإن كانت قاصرة الشمول لمثلها باعتبار أنها لا ولي لها. إلا أن بعضها الآخر وهي التي وردت بلسان اعتبار استئذان الأب غير قاصر الشمول لها، فإن استئذانها منه ممكن وذلك بالانتظار يسيرا حتى يفيق مما هو فيه، كما هو الحال في سائر موارد الأعذار غير الجنون والاعماء كالنوم والحبس وغيرهما.

نعم لو كانت المدة طويلة بحيث يستلزم الانتظار تضررها فلا بأس بالقول باستقلالها حينئذ إلا أنه إنما يتم في الجنون حيث يمكن فرض كونه اطباقيا دون الاعماء والسكر حيث لا يمكن فرض طول المدة فيهما فيجب عليها الانتظار لا محالة.

(١) لعموم دليل ولايته السالم عن المعارض.

لا ولاية للمملوك ولو مبعضا على ولده حرا كان أو عبدا (١)
بل الولاية في الأول للحاكم (٢) وفي الثاني لمولاه وكذا
لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (٣).

(١) أما مع حرية الولد فلأن العبد حتى ولو كان مبعضا فهو
لا يقدر على شيء وممنوع من التصرف في نفسه فضلا عن غيره.
وأما مع رقيته فالأمر أوضح فإن أمره بيد مولاه وليس للأب ولاية
عليه حتى ولو كان حرا. فإن ولايته إنما هي بلحاظ ولده الصغير أو
بنته البكر وبالنسبة إليهما خاصة وأما بالنسبة إلى مالكهما فدليل ولايته
قاصر الشمول له.

(٢) تقدم الكلام فيه في المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل وقد
عرفت أن الولد إذا كان كبيرا فهو مستقل في أمره يفعل ما يشاء،
وأما إذا كان صغيرا فلا ولاية للحاكم عليه إلا فيما تقتضيه المصلحة الملزمة
ويعلم من الشارع وجوب التصدي إليه وتحقيقه، وأما في غير ذلك
فلا دليل على ولاية الحاكم عليه.

(٣) بلا خلاف فيه بل الظاهر من كلماتهم أنه من الواضحات
المتسالم عليها.

وقد استدل عليه في بعض الكلمات بجملة من الآيات الكريمة
والنصوص الشريفة كقوله تعالى: (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا) (١) وقوله (ص): (الاسلام يعلو ولا يعلى عليه) (٢).

(١) النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل: ج ١٧ باب ١ من أبواب موانع الإرث، ح ١١.

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١)
وللحاكم إذا كان كافراً
أيضاً (٢) والأقوى (٣) ولايته على ولده الكافر.

قد تعرض شيخنا الأعظم (قده) إلى مناقشة دلالة هذه النصوص مفصلاً ولقد أجاد (قده) فيما أفاد، فإن السبيل المنفي في الآية المباركة إنما هو الحجة لا التسلط عليه ولذا يثبت للكافر السلطنة على أجيره المسلم حيث يجب عليه تنفيذ ما استأجره عليه، وعلو الإسلام لا يستلزم عدم ثبوت الولاية للكافر على المسلم. فالعمدة في الاستدلال أمران:

الأول: انصراف الأدلة، فإن المتفاهم العرفي منها كون الولاية من جهة احترامهم وأداء حقوقهم فلا تشمل الكافر الذي يجب عدم موادته والابتعاد عنه.

الثاني: قاعدة الالتزام فإن الكفار وبحسب ما هو معلوم من الخارج لا يلتزمون بجواز انكاح الصغير مطلقاً كما لا يلتزمون بالولاية على بناتهم الأبكار وتوقف نكاحهن على إذنهم، وحينئذ فمقتضى هذه القاعدة سقوط الولاية عنه والالتزام بصحة نكاحها من غير إذنه. (١) لعموم أدلة ولايته.

(٢) قد عرفت الكلام في ولاية الحاكم فلا نعيد.

(٣) وهو إنما يتم فيما إذا كان الزوج مسلماً وكا المستند في نفي ولاية الكافر على ولده المسلم قوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) أو قوله صلى الله عليه وآله: (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) فإنه حينئذ يمكن أن يقال بثبوت ولايته عليه لعدم شمول الدليلين له. وأما إذا كان الزوج كافراً أو كان المستند في نفيها عنه

ولا يصح تزويج الولي في حال احرامه أو احرام المولى عليه (١) سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل (٢).

انصراف أدلة الولاية من الكافر أو قاعدة الالتزام كما عرفت أنه هو الصحيح ففيما أفاده (قده) اشكال بل منع فإن الزوج إذا كان كافراً لم يعتبر في نكاحهما شيء من شرائط الإسلام من إذن الأب أو غيره فإن لكل قوم نكاحاً وكذا لو كان مسلماً ولكن كان المستند في النفي ما اخترناه، فإن مقتضاه هو الحكم بالصحة سواء أرضي الأب أم لم يرض لعدم الولاية له بمقتضى انصراف الأدلة وقاعدة الالتزام فإنهما شاملان للمقام أيضاً.

(١) لأن تصرفه مقيد بكونه مشروعاً فإذا لم يكن كذلك لكون الولي أو المولى عليه محرماً لم يكن له ولاية عليه وحكم بطلانه لما دل على أن المحرم لا يتزوج ولا يزوج. وليس هذا لقصور في ولايته وإنما القصور في الفعل الصادر منه فهو نظير تزويج الخامسة أو ذات البعل.

(٢) سواء أكان التوكيل في حال الاحرام أم كان في حال احلاله مع وقوع العقد في حال الاحرام.

واستدل عليه: بأن الوكيل نائب عن الموكل وفعله فعله لانتسابه إليه حقيقة. ومن هنا فإذا صدر العقد من الوكيل في زمان لم يكن الموكل أهلاً له لكونه محرماً حكم بطلانه لانتساب العقد إليه وهو محررم. وقد أورد عليه: بأنه لا يتم فيما إذا كان التوكيل قبل الاحرام إذ لم يصدر من الموكل بعد احرامه ما هو حرام بالنسبة إليه، ومجرد انتساب العقد إليه في ذلك الحال لا يقتضي بطلانه،

نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليقع العقد بعد الاحلال (١).
(مسألة ١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن
لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر
الخصوصيات، وإلا كان فضولياً (٢) موقوفاً على الإجازة

إلا أنه مدفوع: بأن العبرة في البطلان إنما هي في انتساب العقد
إليه في حال كونه محرماً وحيث إنه لا اشكال فيه في المقام إذ لا انتساب
إليه قبل الاحرام، حكم ببطلانه لا محالة، ولذا لا يحتمل الحكم بالصحة
في فرض اختصاص الوكالة بحالة الاحرام.
لكن الظاهر عدم تمامية ما استدل به على المدعى في كلا الفرضين
وذلك لأن فعل الوكيل إنما يكون فعل الموكل فيما إذا كان العقد
والوكالة صحيحة فإنه حينئذ ينتسب كل ما يصدر من الوكيل إلى
الموكل حقيقة، وأما إذا كانت الوكالة باطلة كما هو الحال في المقام
باعتبار أنه ليس لأحد التوكيل فيما ليس له القيام به مباشرة فلا معنى
لانتساب فعل الغير إليه حقيقة واعتباره فعلاً له.
والحاصل: أن بطلان العقد في المقام ليس من جهة أن فعل الوكيل فعل
الموكل حقيقة وهو محرّم وإنما هو لأجل بطلان الوكالة وكون من
صدر منه العقد أجنبياً بالمرّة باعتبار أن المولى لما لم يكن له القيام
بالعقد في ذلك الحال مباشرة لم يكن له تفويضه إلى غيره.
(١) لعمومات الأدلة السالمة عن المخصص أو المعارض.
(٢) لأن ما وكله فيه لم يقع في الخارج وما وقع منه لم يكن وكيلاً فيه.

ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (١)
من سائر الجهات، ومع التعدي يصير فضوليا (٢) ولو
وكلت المرأة رجلا في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من
نفسه للانصراف عنه (٣). نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل
نفسه أيضا بالعموم أو الاطلاق جاز. ومع التصريح
فأولى بالجواز.
ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق
والجواز مع العموم، بل قد يقال: بعدمه حتى مع التصريح
بتزويجها من نفسه لرواية عمار (٤)

-
- (١) لانصراف التوكيل عرفا إلى ما فيه مصلحة للموكل.
(٢) لما تقدم.
(٣) فإن التزويج وبحسب الفهم العرفي غير التزوج فإن الأول
ظاهر في الانكاح ومن الغير ومن هنا فلا يشمل التوكيل فيه الوكيل نفسه.
(٤) قال: (سألت أبا الحسن (ع): عن امرأة تكون في
أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلا
يريد أن يتزوجها تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال:
لا، قلت له جعلت فداك وإن كانت أيما؟ قال: وإن كانت أيما.
قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه؟ قال: نعم) (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٤.

المحمولة على الكراهة (١) أو غيرها من المحامل.

(١) وهو بعيد جدا، فالصحيح أن يقال إن الموثقة أجنبية عن محل الكلام بالمرّة فإنها غير ناظرة إلى توكيل الزوج في إجراء العقد وإنما هي ناظرة إلى اعتبار الاشهاد في الزواج والسؤال عن كفاية شهادة الزوج في المقام فهو نظير ما ورد في القذف بالزنا من السؤال عن عد الزوج في جملة الشهود وحيث إن هذا مما لا يقول به أحد منا فلا بد من حملها على التقية لذهاب العامة إليه.

وبعبارة أخرى نقول: إن المشهور بين فقهاء العامة اعتبار حضور شاهدين حال الزواج وقد ذهب بعضهم إلى كفاية حضورهما حال الزفاف وإن لم يكونا حاضرين حال العقد، واعتبر بعضهم كونهما غير الزوج والزوجة وذكر بعضهم أنه لا بأس بكون أحدهما هو الوكيل. وأما عندنا فالاشهاد غير معتبر في صحة النكاح اجماعا، نعم هو معتبر في الطلاق ولا يجوز أن يكون الزوج هو أحد الشاهدين، وأما الوكيل فقد ذكر في المسالك وجهين كفايته لاطلاق أدلة اعتبار الشاهدين غير الزوج والزوجة، وعدمها لكونه نائبا مناب الزوج فيثبت له ما ثبت له.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن هذه الموثقة لما كانت دالة على عدم كفاية شهادة الزوج الوكيل في النكاح باعتبار أن قوله (ع): (لا) متعلق بالتوكيل بجميع شؤونه وخصوصياته فلا بد من حملها على التقية إذ قد عرفت عدم اعتبار الاشهاد في النكاح عندنا بلا خلاف وإنما هو معتبر عندهم خاصة.

ثم إن صاحب المسالك (قده) قد رمى الرواية بضعف السند.

(مسألة ١٨): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولا
مع الإجازة (١) سواء كان فضوليا من أحد الطرفين أو
كليهما كان المعقود له صغيرا أو كبيرا، حرا أو عبدا

وهو مبني على اعتبار الايمان بالمعنى الأخص في الرواية في صحة الرواية
وهو مما لا نقول به بل ولا يلتزم به هو (قده) أيضا، وإلا فرواة
الرواية ثقات جميعا ولا خدشة في أحد منهم.
ومما تقدم يظهر الاشكال فيما أفاده صاحب الوسائل (قده) في المقام
حيث أخذ (قده) في عنوان الأب الذي ذكر فيه هذه الرواية:
(ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد).

فإنه مضافا إلى كونه أخص من المدعى إذ النسبة بين توليه للعقد
وكونه وكيلا عنها إنما هي العموم والخصوص من وجه فإن من الممكن
أن يوكل هو غيره في القبول عنه فلا يكون متوليا لطرفي العقد،
مردود بأن الرواية غير ناظرة إلى المنع عن كونه موجبا قابلا وإنما
هي ناظرة إلى التوكيل مع جعله شاهدا للعقد.
والحاصل: أن الصحيح في المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قده)
من جواز توكيلها للرجل الذي يريد تزوجها، بل لا مانع من توليه
لطرفي العقد كما هو الحال فيما إذا كان وليا على الطرفين لعدم الدليل
على المنع منه.

(١) وتقتضيه - مضافا إلى القاعدة باعتبار أن مقتضى عمومات
الوفاء بالعقد هو انهاؤه وعدم جواز نقضه، وشامل للفضولي نظرا
لعدم اعتبار مقارنة الالتزام للعقد في صدقه بل هو صادق حتى مع

تأخر الالتزام عنه، فإنه يوجب انتسابه إليه ومن ثم يجب عليه الوفاء به ولا يجوز له نقضه النصوص الواردة في المقام كصحيحة أبي عبيدة قال: (سألت أبا جعفر (ع): عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين. قال: فقال جائز أيهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن تكونا قد أدركا ورضيا قلت فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال يجوز عليه ذلك إن هو رضي قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه، قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر قلت فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية) (١).

فإن صدرها الدال على صحة النكاح إذا تعقبته الإجازة بعد البلوغ وارد في الفضولي حيث إن المراد بالوليين هو من يتولى أمرهما عرفا دون الولي الشرعي كما يشهد له ذيل الصحيحة حيث إن (ع) حكم بلزوم العقد على الصغير أو الصغيرة وعدم ثبوت الخيار لهما لو كان العقد صادرا من أبويهما.

ويؤيده ما دل على صحة نكاح العبد إذا تعقبه إذن المولى معللا ذلك ب (أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز) فإنه وإن كان واردا في العبد إلا أنه دال على عدم اعتبار مقارنة الرضا

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

والمراد بالفضولي هو العقد الصادر من غير الولي والوكيل (١) سواء كان قريبا كالأخ والعم والنخال وغيرهم أو أجنبيا. وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي. ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل. ولا يعتبر في الإجازة الفورية (٢) سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة التروي، أو عدمها أيضا.

للعقد وكفاية الرضا المتأخر إذا كان العقد في نفسه مشروعاً. (١) والجامع له، هو العقد الصادر ممن ليس له ولاية أو سلطنة عليه. (٢) فإن الإجازة بمنزلة انشاء العقد ممن له ذلك، لأنها إنما توجب اسناد العقد الصادر إليه فيكون حكمها حكمه له ذلك في أي زمان شاء ولا يلزمه التعجيل كما لا يلزمه الانشاء لو لم يكن هناك عقد فضولي ولا وجه لقياس المقام بالخيارات الثابتة للبائع أو المشتري حيث يلتزم فيها بالفورية فإن العقد في مواردنا تام غاية الأمر أن لأحدهما أو كليهما حق الفسخ، وهذا بخلاف المقام فإن العقد غير تام ولا يجب عليه اتمامه وإنما له ذلك إذا شاء.

هذا مضافاً إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: (قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت

منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال: خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه (١). فإنها واضحة الدلالة في عدم لزوم الفورية وأنه لا محذور في الفصل بين الإجازة والعقد وإن كان كثيرا.

ثم لو زوجت المرأة نفسها من رجل فضولة فهل يلزمه الامضاء أو الرد فوراً، أو يثبت لها الفسخ كي لا تتضرر المرأة ببقائها معطلة ولا هذا ولا ذاك؟ أقوال مبنية على الالتزام بلزوم العقد الواقع بين الأصل والفضولي بالقياس إلى الأول، بحيث لا يكون له التصرف على خلاف ما التزم به كما التزم به شيخنا الأعظم (قده).

إلا أنه قد تقدم منا في مباحث المكاسب عدم تمامية هذا المبنى باعتبار أن العقد متقوم بطرفين وحيث إن لم يتحقق الالتزام من الطرف الآخر فلم يصدق العقد ومن ثم فلا تشمله أدلة اللزوم فهو نظير بيع البائع للمبيع قبل قبول المشتري من غيره.

ومن هنا فلا يكون في تأخير الإجازة أي ضرر عليها باعتبار أن لها الزوج من غيره.

ثم على تقدير تمامية هذا المبنى فلا يمكن الحكم بلزوم الفورية والزام الرجل بالإجازة أو الرد لدليل نفي الضرر، فإن تضرر المرأة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء
ح ١.

نعم لا تصح الإجازة بعد الرد (١).

نتيجة لفعالها لا يوجب توجه تكليف إلى الرجل بعد أن لم يكن قد صدر منه أي فعل ولم يكن هو سببا في تضررها. كما لا موجب للالتزام بثبوت الفسخ لها فإنه لا يرد النكاح إلا بأمور معينة ليس ما نحن فيه منها.

على أن تضررها قد نشأ من اقدامها فإنها هي التي أقدمت على ذلك وأضررت بنفسها وليس ناشئا من الحكم الشرعي فلا موجب لرفع ضررها بالالتزام بالفسخ.

وقد تقدم بيان هذا مفصلا في الاستدلال على خيار الغبن بدليل نفي الضرر، حيث قد عرفت أنه غير شامل له باعتبار أن الضرر إنما هو في نفس المعاملة لا الحكم باللزوم. وشموله له يعني اثبات ما يتدارك به الضرر والحال أن دليل نفي الضرر قاصر عن إفادة هذا المعنى.

والذي يهون الخطب بأن مبنى هذا القول غير تام من أساسه كما عرفت.

(١) ذهب إليه جملة من الأصحاب منهم شيخنا الأستاذ (قده) بدعوى أن الإجازة والرد ضدان، فهما ضدان أيهما سبق لم يبق مجالاً للآخر. في حين ذهب آخرون إلى خلافه منهم الماتن (قده) في المسألة الرابعة من باب الوصية حيث أفاد بأن القول بعدم نفوذ الإجازة بعد الرد مشكل إن لم يكن اجماع خصوصا في الفضولي. وكيف كان فقد استدلل على القول الأول بأمور:
الأول: اجماع يظهر من المصنف (قده) التمسك به في

كما لا يجوز الرد بعد الإجازة (١) فمعها يلزم العقد.
(مسألة ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص،
بل يقع بكل ما دل على انشاء الرضا بذلك العقد (٢).

قام مقامه في ماله من حيث الإجازة أو الرد. ومن هنا فإذا لم يكن
رد الولي مسقطاً للعقد عن قابلية الإجازة كان ذلك منافياً لقوله صلى الله عليه وآله:
(الناس مسلطون على أموالهم).

وفيه: أن هذه الرواية نبوية لم تثبت، على أنها ليست مشرعة
ولا تقتضي تشريع السلطنة للمالك على قطع العلقة الموجودة على تقدير
ثبوتها. وإنما هي دالة على عدم حجر المالك عن التصرف المشروع
في ماله أو نفسه، هذا مضاف إلى أن الفضولي لم يحدث في المال
شيئاً وإنما أحدث عقداً قابلاً للإجازة والرد، وإلا فلو كان تصرفاً
في المال لكان اللازم الحكم ببطلانه رأساً لمنافاته لسلطنة المالك.
إذن: فهذه النبوية أجنبية عن المقام بالكلية ولا علاقة لها به.
ومما تقدم يظهر أنه لا دليل على عدم تأثير الإجازة بعد الرد،
بل من غير البعيد دعوى دلالة صحيحة محمد بن قيس المتقدمة على
جوازها، فإنها تضمنت الحكم بنفوذ إجازة المالك الأول بعد رده
أولاً.

(١) بلا خلاف فيه بينهم، فإن العقد بالإجازة ينتسب إلى المجيز
حقيقة ومن هنا تشمله أدلة لزوم العقد. فيحتاج فسخه بعد ذلك إلى
الدليل، كما هو الحال فيما لو كان هو المباشر للعقد.
(٢) إذ لا يعتبر فيها إلا ما يكشف عن اسناد المجيز للعقد السابق

بل تقع بالفعل الدال عليه (١).

إلى نفسه واقرار به: فإنه يكفي في الحكم بصحة ذلك العقد من دون أن تكون خصوصية في الكاشف. ومن هنا فلا يعتبر فيها اللفظ فضلا عن صيغة معينة، حتى ولو قلنا باعتبار اللفظ الصريح في العقد بدعوى أن العقد لا يصدق إلا به فإن العبرة في الإجازة إنما هي بانكشاف رضاه كيف أنفق كما هو واضح.

(١) وقد ذهب جماعة إلى اعتبار اللفظ فيها تارة بدعوى أنها بمنزلة العقد الجديد وآخر بدعوى أن الاستقراء يقتضي اعتبار اللفظ فيما يقتضي لزوم.

إلا أن للتأمل في كلا هذين الوجهين مجالا:

أما الأول فهو مصادرة على المدعى فإن الإجازة ليست عقدا ولا هي بمنزلة وإنما هي ابراز للرضا به.

وبعبارة أخرى إن قياس الإجازة بالعقود قياس مع الفارق.

فإنها ليست بعقد وإنما هي موجبة لاستناد العقد السابق إليه، ومن هنا فاعتبار اللفظ في العقود لو قيل به لا يقتضي اعتباره في الإجازة أيضا.

وأما الثاني فهو غير ثابت ولا دليل عليه وقد ذكرنا في محله أن الأظهر لزوم المعاطاة والحال أنها خالية من اللفظ.

على أن الاستقراء ليس بحجة فإنه ليس من الأدلة الشرعية.

إذن: فلا دليل على اعتبار اللفظ في الإجازة وإنما العبرة باستناد العقد السابق إليه كيفما اتفق وإن كان ذلك بالفعل أيضا.

هذا بل يمكن استفادة ما ذكرناه من بعض النصوص كالتي دلت

(مسألة ٢٠): يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد (١) فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكف في الإجازة.

على أن سكوت البكر اقرارها لا يبعد دعوى اطلاقها لفرض الفضولي أيضا. ويؤيده ما ورد في تزويج العبد من غير إذن مولاه حيث حكم (عليه السلام) بأن سكوت المولى بعد علمه اقرار منه (١). وكيف كان: فالعمدة في المقام عدم الدليل على اعتبار اللفظ. (١) الظاهر أنه لا دليل على هذا الاشتراط إذ العبرة إنما هي باسناد العقد السابق إليه. ومن هنا فيكون الحال في اعتقاد لزوم العقد كالحال فيما ذكره (قده) بعد ذلك من اعتقاد لزوم الإجازة فإن إجازته إذا لم تكن من جهة رضاه بالعقد بأن كان من جهة رضاه بحكم الله سبحانه وتعالى وإن كان هو كارها له فلا أثر لها لأنه في الحقيقة لم يجز القعد فإن ما رضي به أعني حكم الله سبحانه غير متحقق في الخارج وما هو متحقق في الخارج أعني العقد لم يجزه. نعم إذا كانت إجازته من جهة رضايته بالعقد واقعا ومع قطع النظر عن كونه لازما أو غير لازم وإن كان هو يعتقد لزومه فهي نافذة ومؤثرة باعتبار أنها غير مقيدة به. والحاصل: أن العبرة في نفوذ الإجازة وصحتها إنما هي باستناد العقد السابق بها إليه، وأما اعتقاد اللزوم وعدمه فهو أجنبي بتمام

(١) راجع الوسائل: ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

نعم لو اعتقد لزوما الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز فإن كان على وجه التقييد لم يكف (١) وإن كان على وجه الداعي يكون كافيا (٢).
(مسألة ٢١): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه (٣) فيجب ترتيب الآثار من حينه.
(مسألة ٢٢): الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية (٤) فلو لم يكن ملتفتا حال العقد إلا أنه كان بحيث لو كان حاضرا وملتفتا كان راضيا لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضرا حال العقد وراضيا به، إلا أنه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على

معنى الكلمة عنها.

- (١) لانتفاء المقيد بانتفاء القيد لا محالة.
- (٢) فإن تختلف الداعي لا يؤثر شيئا.
- (٣) تقدم الكلام فيه مفصلا في المسألة الثانية من فصل نكاح العبيد والإماء فلا نعيد.
- (٤) بلا خلاف فيه بين الأصحاب. فإن الرضا الباطني وإن كان كافيا في حل التصرفات الخارجية التكوينية نظير الأكل وما شاكله كما يدل عليه السيرة العملية القطعية، إلا أن كفايته في انتساب العقد إليه لم يدل عليها دليل. ومن هنا فلا تشمله عمومات الوفاء بالعقد.

رضاه فالظاهر أنه فضولي (١) فله أن لا يجيز.

(١) على ما هو المشهور بين الأصحاب باعتبار أن الذي يخرج العقد عن الفضولية أما هو الإذن السابق أو الرضا المتأخر ولا شيء منهما متحقق في المقام.

إلا أن الشيخ الأعظم (قده) لم يرتض ذلك حيث ذهب إلى كفايته في خروج العقد عن الفضولية واستند فيه إلى ظواهر كلمات الفقهاء وجملة من النصوص فإنهم حكموا بعدم كفاية السكوت معللين ذلك بأنه أعم من الرضا فإنه إنما يكشف عن أن العبرة في صحة العقد إنما هي بالرضا وأن السكوت إنما لا ينفع لعدم كشفه عن الرضا.

كما يقتضيه جملة من المنصوص كالتي دلت على أن رضا البكر صماتها وما دل على نفوذ عقد العبد إذا علم به المولى وسكت وما ورد في السكري إذا زوجت نفسها ثم أفاقت وأقامت معه كان ذلك رضا منها بالعقد وما ورد في الخيار من أنه إذا علم بالعيب وسكت كان رضا منه به.

على أننا لو قلنا عدم اعتبار اللفظ وكفاية الفعل كما هو الصحيح فمن البعيد جدا أن يقال بوجود موضوعية للفعل في الحكم بالصحة وإنما العبرة بالمنكشف أعني الرضا.

إلا أن ما أفاده (قده) لا يمن المساعدة عليه وذلك أما كلمات الفقهاء فهي ليست حجة ما لم تبلغ الإجماع، على أن النسبة بين السكوت والرضا إنما هي التباين فإن السكوت من الأفعال الخارجية في حين أن الرضا صفة نفسية. ومن هنا فلا يمكن أن يكون المراد من قولهم

(مسألة ٢٣): إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد له (١) فالظاهر صحته بالإجارة (٢) نعم لو

بخلاف عقد الفضولي حيث إن انتساب العقد إليه إنما يكون بالإجارة ومن هنا فلا مجال للاستدلال بهذه النصوص في المقام. وأما التمسك بما ورد في الخيار وعقد السكري فيرد عليه أنهما خارجان عن الفضولي موضوعا فإن العقد في مورد الخيار صحيح ومستند إليه حقيقة غاية الأمر أن له رفعه أو الالتزام به وكذا الحال في السكري فإن العقد منتسب إليها واقعا غاية الأمر أنه لا يحكم بصحته إلا بعد إجازتها فكفاية الرضا الباطني فيهما لا تقتضي كفايته في الفضولي أيضا، على أن كفايته فيهما أيضا محل منع وذلك لما تقدم من أن الرضا أمر باطني فلا يمكن حمله على الفعل الخارجي إلا باعتبار كاشفيته وكونه امضاء عمليا.

إذن: فما أفاده شيخنا الأعظم (قده) غير تام ولا مجال للمساعدة على شيء منه. ومن هنا فالحق في المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قده) من عدم كفاية الرضا الباطني واعتبار المبرز له في الخارج نظرا لعدم استناد العقد إليه بدونه.

(١) بل حتى ولو صدر منه رد، فإنه لا أثر له على ما عرفته

في المسألة الثامنة عشرة من هذا الفصل.

(٢) أما بناء على ما اخترناه من عدم تأثير الرد بعد العقد فالأمر أوضح فإن الكراهية قبل العقد لا تزيد عن الرد اللاحق له، وأما بناء على ما ذهب إليه الماتن (قده) من منع الرد اللاحق عن لحوق

استؤذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك أوقع الفضولي العقد
يشكل صحته بالإجازة لأنه بمنزلة الرد بعده ويحتمل صحته (١)
بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد، فليس بأدون
من عقد المكره الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا، وإن
كان لا يخلو ذلك أيضا من اشكال (٢).

الإجازة به فالأمر كذلك أيضا فإن العمدة في الدليل على منع الرد
اللاحق إنما كانت دعوى سلطنة المالك لعين اسقاط قابلية العقد عن
لحوق الإجازة به وهي لا تجري في المقام لأن الرد إنما يتوسط بين
العقد والإجازة. ومن هنا فقد يقال إنه يوجب الانقطاع، وأما مع
الكراهة السابقة أو المقارنة فليس هناك ما يوجب الانقطاع إذ ليس
هناك عقد في حينها ومن هنا فلو تحققت الإجازة بعد ذلك كانت هي
ملحقة بالعقد مباشرة.

(١) هذا الاحتمال هو المتعين إذ يجري فيه ما تقدم في الفرع السابق
بعينه فإنه لم يصدر من المالك ما يوجب قطع الإجازة عن العقد فإن
النهي لا يزيد العقد ما كان يقتضيه قبل ذلك من عدم التأثير نظرا
لكونه فضوليا.

(٢) إلا أنه ضعيف جدا والصحيح هو الالتزام بالصحة على ما
هو المشهور بينهم وذلك إما مع مقارنة الرضا للاكراه فالأمر واضح
لأن التجارة حينئذ تجارة عن تراض والاقدام عليها اقدم مع الرضا
فإنه الذي يدعوه نحو الفعل والاكراه ليس إلا داعيا آخر منضمًا إلى
الداعي الأول.

الواردة في نفوذ عقد العبد إذا لحقه إذن المولى معللا ذلك بقوله (عليه السلام): (إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز) (١)، من أن العبرة في عدم النفوذ لأن المستفاد من قوله تعالى: (فانكحوهن بإذن أهلهن) (٢) والنصوص الكثيرة اعتبار إذن المولى في نفوذ نكاح المملوك وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني فيه.

وأما الصحيحة المتقدمة فالمراد بالعصيان فيها ليس هو العصيان التكليفي أعني المخالفة في التكليف وارتكابه المحرم على ما صرح بذلك في بعض النصوص وإنما المراد به صدور العقد عن عدم الإذن وتصرف العبد في نفسه من غير إذن المولى ولذا اعتبر (ع) في جوازه إجازة المولى ولم يقل إذا رضي فهو له جائز.

إذن: فالمستفاد من الآية الكريمة والنصوص الكثيرة لا سيما ذيل هذه الصحيحة اعتبار الإذن والإجازة في الحكم بالصحة ونفوذ العقد عدم كفاية مجرد الرضا الباطني.

ومن هنا فيكون الحال في تزويج العبد من غير إذن مولاه كالحال في نكاح الفضولي وإن كان بينهما فرق من حيث انتساب العقد وعدمه.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) النساء: ٢٥.

(مسألة ٢٤): لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية (١)
ولا الالتفات إلى ذلك. فلو تخيل كونه وليا أو وكيلًا
وأوقع العقد، فتبين خلافه يكون من الفضولي (٢) ويصح
بالإجازة (٣).

(مسألة ٢٥): لو قال في مقام اجراء الصيغة: (زوجت

(١) إذ لا خصوصية لعنوان الفضولية كي يعتبر قصده فإن العبرة
إنما هي بالواقع والملاك في صحة العقد إنما هو باستناد العقد بالإجازة
إلى المجيز وأما العاقد فهو أجنبي عنه ولا يقوم إلا بدور انشاء العقد
والتلفظ بالصيغة.

(٢) لعدم انتساب العقد إلى من له الأمر.

(٣) لاستناده إليه حينئذ فتشمله عمومات الوفاء بالعقد ولا أثر
لما قصده الفضولي، بل ربما يستفاد ذلك من صحيحة أبي عبيدة
المتقدمة في المسألة الثامنة عشرة من هذا الفصل حيث حكم (ع)
بصحة نكاح الغلام والجارية غير المدركين اللذين زوجهما وليهما إذا
أدركا وأجازا العقد. حيث إن المراد بالولي فيها ليس هو الولي الشرعي
جزما فإنه (ع) قد حكم في ذيلها بنفوذ نكاحهما إذا كان المزوج
لهما هو الأب، وإنما المراد به الولي العرفي كالأخ والعم، فإن مقتضى
اطلاق الحكم بالصحة حينئذ هو الحكم بلا صحة سواء اعتقد العاقد
ولايته ونفوذ عقده أم اعتقد كونه فضوليا. بل لا يبعد أن يكون
الغالب في هؤلاء اعتقاد ولا يتهم على القصر ونفوذ تصرفاتهم في
حقهم.

موكلتي فلانة (مثلا، مع أنه لم يكن وكيلا عنها فهل يصح ويقبل الإجازة، أم لا؟ الظاهر الصحة (١). نعم لو لم يذكر لفظ: (فلانة) ونحوه، كأن يقول: (زوجت موكلتي) وكان من قصده امرأة معينة، مع عدم كونه وكيلا عنها، يشكل صحته بالإجازة (٢).

(١) فإن كلمة (موكلتي) بعد اسمها تكون زائدة لا محالة حيث إن العقد يتعلق حينئذ بما ذكر من الاسم.

(٢) فإن التزويج إنما وقع بعنوان الموكلة وحيث إنه ليس وكيلا عنها ولم يذكر اسمها فيحكم بفساده لا محالة.

ثم إنه ربما يعلل ذلك بأنه من قبيل العقد بالمجازات البعيدة إذ لم يقع العقد عليها صريحا ولا ظاهرا ولا دليل على صحة العقد بها. إلا أنه مدفوع بأن الذي ذكره الأصحاب في باب العقود من اعتبار كون اللفظ صريحا أو ظاهرا إنما هو في مفاهيم العقود نفسها لا متعلقاتها، فلو قال وهبتك الدار وقصد به البيع لم يصح لعدم ظهوره فيه فضلا عن الصراحة، وأما بالنسبة إلى المتعلقات فلا يعتبر ذلك فيه لعدم الدليل عليه.

على أن المقام ليس من الانشاء بالمجاز فضلا عن كونه من المجازات البعيد، فإن اللفظ (موكلتي) مستعمل في معناه الحقيقي غاية الأمر أنه قد كذب في تطبيقه على الخارج وادعائه أنها وكلته في ذلك.

ومن هنا: فلو نصب قرينة على إرادة المرأة المعينة كالعهد وما

(مسألة 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 القلة والكثرة؟ فيه اشكال. بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (١) وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع الغاء ما ذكر فيه الشرط (٢).

شاكله صح العقد.

(١) فإن الذي تعلق به الإجازة غير الذي تعلق العقد به، فلا تنفع الإجازة لأنها إنما تصحح العقد الواقع في الخارج ونسبته إلى المجيز، وحيث إن المفروض في المقام أن ما وقع في الخارج لم تعلق به الإجازة وما تعلق به لم يقع في الخارج حكم ببطلانه لا محالة لعدم التطابق بينهما.

(٢) إذ يعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول، والإجازة بمنزلة القبول من حيث إيجابها استناد العقد إلى المجيز حقيقة، فمع اختلافهما لم يصدق العقد لأن ما أوجبه الأول لم يقبله الثاني وما قبله لم يوقعه الأول ومعه فلا يستند ذلك العقد الصادر فضولة إليه. ومن هنا يظهر الحال فيما استشكل فيه الماتن (قده) في صدر المسألة أعني الصورة الأولى وهي إجازة العقد دون المهر فإن الحال فيها كالحال في سائر صور المسألة لأن ذكر المهر في العقد لا يقل عن الاشتراط بمعنى كون التزامه بالعقد معلقاً على الالتزام بذلك المهر

(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتيين
كونه وكيلا فالظاهر صحته (١) ولزومه إذا كان ناسيا
لكونه وكيلا بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد
ولكن لم يبلغه الخبر على اشكال فيه (٢)
وأما إذا أوقعه

وحينئذ فيجري فيها ما تقدم في الاشتراط من عدم التطابق بين الايجاب
والقبول وعدم استناد العقد إلى المجيز لأن ما أنشأه هو النكاح بمهر
معلوم وما قبله المجيز إنما هو طبيعي النكاح ومعه فلا مجال للحكم
بالصحة.

والحاصل: أنه يعتبر التطابق بين المجاز والإجازة كما يعبر ذلك
في الايجاب والقبول.

إذ لا يعتبر فيما يصدر عن الوكيل الالتفات إلى الوكالة وإيقاع
العقد بعنوان أنه وكيل، فإنه ليس كالعبادات المتوقفة على النية وإنما
العبرة في الحكم بالصحة بالواقع أعني صدوره ممن هو أهل له ومفوض
فيه وهو متحقق في المقام.

(٢) الاشكال قوي جدا، فإن قياس هذه الصورة على الصورة
السابقة قياس مع الفارق فإن المجري للصيغة في الأول وكيل حقيقة
والفعل الصادر منه صادر ممن له السلطنة واقعا فيحكم بصحته على القاعدة
وينتسب إلى الموكل لا محالة هذا بخلاف ما نحن فيه فإن من صدر منه
العقد ليس بوكيل وليس له السلطنة على ذلك فإن الوكالة ليست من
الايقاعات وإنما هي من العقود المتوقفة صحتها على الايجاب والقبول
ومن هنا فلا ينفع في الحكم بصحة ما صدر مجرد انشاء التوكيل ما لم

بعنوان الفضولية فتبين كونه وليا ففي لزومه بلا إجازة
منه أو من المولى عليه اشكال (١).

يصل ذلك إلى المباشر ويقبله.

والحاصل: أن الفعل في المقام صادر من غير الوكيل ولم يتحقق
هناك ما يوجب انتسابه إلى من له الأمر، فيحكم بفساده لا محالة.
وتوهم: أن الفعل محكوم بالصحة نظرا لتضمن انشاء الوكالة
للإذن فيه وإن لم تتحقق الوكالة في الخارج.
مدفوع: بأن الإذن متوقف على العلم به أيضا، فإنه لا يصدق
أن من له الأمر قد أذن له وأنه مأذون في الفعل بمجرد انشاء الإذن
ما لم يصل ذلك إلى المباشر فيعلم به فإنه ليس إلا ابرازا للرضا
الباطني.

إذن: فتدخل هذه المسألة في المسألة الثانية والعشرين أعني عدم كفاية
الرضا الباطني في الحكم بصحة العقد الصادر من الفضولي واحتياج ذلك
العقد إلى الإجازة.

(١) لم يظهر لنا وجه التفرقة بين الوكيل والولي، فإن لكل منهما
السلطنة على الفعل. اللهم إلا أن يقال إن الولي بمنزلة المالك المباشر
للعقد وحيث إن المالك المباشر إذا كان ناسيا لملكه أو غافلا عنه حين
العقد فأوقع العقد على أنه للغير ثم بان أنه له كما لو باع الولد مال
أبيه معتقدا أنه ملك أبيه ثم انكشف موت أبيه في ذلك الحين وانتقال
المال بالإرث إليه لم يحكم بصحته إذ لم يصدق عليه التجارة عن تراض
وبيع ماله بطيبة نفسه فإنه لم يبيع ماله وإنما باع مال غيره وأنشأ ملكية
مال الغير، ففي المقام يكون الحال كذلك.

(مسألة ٢٨): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية، فهل يصح ويلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه، أقواها: عدم الصحة (١) لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الابقاء والعدم. وبعبارة أخرى، أوقع العقد متزلزلاً.

إلا أن الفرق بين الولي والمالك لا يكاد يخفى، إذ لا يعتبر في الولي إلا رضاه بالعقد لغرض أنه يعلم أن المال ليس له وأنه لغيره. ولا يقاس بالأصيل حيث إنه يعتقد خلاف الواقع ولا يقصده. إذن: فالصحيح في الولي هو الحكم بالصحة كما التزمنا بها في الوكيل.

(١) وتفصيل الكلام في هذه المسألة أن يقال: إن العقد الصادر من الولي أو الوكيل بعنوان الفضولية مع العلم بكونه ولياً أو وكيلاً تارة يكن منجزاً وغير معلق على شيء غاية الأمر أنه يقرنه بادعاء كاذب ويبنى عليه وهو أنه ليس بوكيل أو ولي وأخرى يكون معلقاً على إجازة الموكل أو هو نفسه. فإن كان من قبيل الأول حكم بصحته لا محالة إذن لا قصور في الانشاء أو المنشأ أو شيء آخر مما يعتبر في صحة العقد، ومجرد كونه مقروناً ببناء كاذب لا يضر بعد تمامية أركان العقد وما يعبر في صحته.

(مسألة ٢٩): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (١) ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه. وعلى هذا (٢) فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٣).

ومن هنا يظهر الحال فيما لو كان المنشئ هو المالك الأصيل بانيا على الفضولية مع التفاته إلى كونه مالكا، فإنه يحكم بصحته لعدم القصور فيما يعتبر في صحة العقد. وإن كان من قبيل الثاني فالحكم بصحته أو بطلانه مبني على الخلاف في اقتضاء التعليق للبطلان وعدمه. وقد تقدم الحديث فيه مفصلا. نعم لو أوقع العقد متزلزلا بأن أنشأه منجزا ومن غير تعليق لكن جعل الخيار فيه لنفسه حكم ببطلانه لأن النكاح لا يقبل جعل الخيار فيه على ما تقدم الكلام فيه فيما تقدم. إلا أن الظاهر من عبارة الماتن (قده) إرادة التعليق لا جعل الخيار فيه.

(١) مر الكلام فيه في المسألة الرابعة من هذا الفصل وقد عرفت أن مقتضى صحيحة محمد بن مسلم هو ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ. (٢) لا يخفى عدم تمامية ما أفاده (قده) من تفرع ثبوت الإرث على لزوم العقد وعدم ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ، فإنه ثابت حتى مع القول بثبوت الخيار لهما كما اخترناه وذلك لأن منشأ التوارث إنما هو صحة العقد وثبوت الزوجية بينهما لا لزومه. (٣) على ما تقتضيه القاعدة ويدل عليه غير واحد من النصوص

وأما إذا زوجها الفضوليان فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ (١) أو إجازة وليهما قبله. فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها أحكامها من حين العقد، لما مر من كون الإجازة كاشفة. وإن ردا، أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (٢). وإن بلغ أحدهما وأجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية،

الصحيحة صريحا.

(١) على ما تقتضيه القاعدة في عقد الفضولي.
(٢) وتقتضيه مضافا إلى القاعدة صحيحة أبي عبيدة الحذاء قال: (سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين. قال: فقال: النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز عليه ذلك إن هو رضي. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر. قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز

فإن بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الإرث فإن حلف يدفع إليه (١). وإن لم يجز، أو أجاز ولم يحلف لم يدفع (٢) بل يرد إلى الورثة. وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف (٣). هذا إذا كان متهما بأن إجازته للرغبة في الإرث، وأما إذا لم يكن متهما بذلك كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف (٤).

على الغلام والمهر على الأب للجارية (١).
(١) على ما دل عليه صريحا الصحيح المتقدم. ثم إن مورد الصحيحة وإن كان هو موت الزوج وبقاء الزوجة إلا أن الظاهر أنه لا خصوصية لذلك كما عليه معظم الأصحاب فإن موت الزوج إنما ذكر في كلام السائل خاصة، والظاهر أن الحلف إنما هو للاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث وهو لا يختص بفرض موت الزوج وبقاء الزوجة بل يثبت الحكم مع موت الزوجة وبقاء الزوج أيضا.
(٢) لأن ظاهر الصحيحة ترتب الإرث على الإجازة والحلف معا
(٣) لما تقدم آنفا.
(٤) لأن الظاهر من النص أن الحلف ليس تعبدا محضا وأما هو طريق لدفع التهمة، فمع العلم بعدمها يكون لغوا.

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (١) من المهر وحرمة الأم والبنت (٢) وحرمتها إن كانت هي الباقية على الأب والابن ونحو ذلك. بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة من غير حاجة إلى الحلف (٣) فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهما لا يرث، ولكن يترتب سائر الأحكام. (مسألة ٣١): الأقوى جريان الحكم المذكور في

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، ويقتضيه صحيح أبي عبيدة المتقدم.

(٢) ذكر البنت من سهو القلم جزماً، فإن البنت لا تحرم إلا بعد الدخول بأمها وحيث إن مفروض كلامنا أن إجازته للعقد إنما كانت بعد وفاتها فلا مجال لتصوير الدخول بالأم كي تثبت حرمة البنت على أن الكلام إنا هو في الصغيرة. ومعه لا مجال لفرض البنت لها كي يبحث في حرمتها وعدمها

(٣) فإن الحكم على طبق القاعدة، وذلك لما عرفت من أن الإجازة توجب الحكم بصحة العقد وانتسابه إلى المجيز من حين صدوره لكن بالكشف الحكمي بالمعنى الذي ذكرناه، ومقتضى عمومات الصحة ترتب جميع الآثار بلا استثناء.

نعم خرجنا عن هذه العمومات في خصوص الإرث لصحيفة أبي عبيدة الحذاء المتقدمة حيث دلت صريحا على اعتبار الحلف في ثبوته، ولولا هذه الصحيفة لقلنا بثبوته بمجرد الإجازة أيضا.

المجنونين

بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور (١) كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الصغير، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك. ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الإجازة، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده وبقي الآخر، فإنه يعزل صحة الباقي من الميراث إلى أن يرد أو يحيز. بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (٢) ولكن الأحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

-
- (١) نظراً لكون الحكم على طبق القاعدة فلا يختص بفرض معين.
(٢) ما أفاده (قده) لا يتم بعد التعدي عن وفاة الزوج وبقاء الزوجة إلى فرض وفاة الزوجة وبقاء الزوج، فإن الملاك المصحح له أعني الاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث بعينه موجود في جميع هذه الصور ولا يختص هذا بالإرث بل يجري في أخذ الزوجة المهر أيضاً نظراً للتهمة، وأما دفع الزوج للمهر فلا حاجة فيه إلى الحلف نظراً لكونه عليه لا له.

(مسألة ٣٢): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق إجازة ولا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات (١)؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبناتها وأختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره. وبعبارة أخرى: هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان، أقواهما:

(١) الكلام في هذه المسألة يقع في نقاط:
النقطة الأولى: في لزوم العقد بالنسبة إلى الأصيل أو المجيز، بحيث لا يكون له رفع اليد عنه ما لم يرد الطرف الآخر، وعدمه كما هو الحال في رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول.
الذي يظهر من كلمات بعضهم واختاره شيخنا الأستاذ (قده) بل يظهر من كلمات الشيخ (قده) هو الأول.
واستدل عليه بقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) بدعوى أنه انحلالى بالنسبة إلى طرفي العقد، فيجب على الطرف الأول الالتزام به حتى ولو لم يجب ذلك على الطرف الآخر لعدم صدور القبول منه.
وفيه: أن موضوع الأمر بالوفاء والحكم باللزوم إنما هو العقد وهو على ما تقدم غير مرة عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر كما هو الحال في عقد الحبل وشده بآخر. ومن هنا فمع عدم التزام الطرف الآخر لا يصدق العقد ولا يكون موضوع الأمر بالوفاء واللزوم الذي هو بمعنى عدم قابليته للنقض والانحلال متحققاً.

الثاني، إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك الكاشفة
عن تحققها من حين العقد (١). نعم الأحوط الأول،
لكونه في معرض ذلك بمجئ الإجازة.

نعم إذا تزوج
الأم أو البنت مثلا ثم حصلت الإجازة كشف عن

المنافي له فإنه يعد فسخا وردا له. ومعه فلا يبقى مجال للحقوق الإجازة
وانضمامها إليه كي يتحقق به مفهوم العقد.

والحاصل: أن العقد الثاني محكوم بالصحة لصدوره من أهله
ووقوعه في محله، فإن الإجازة لا محل لها الارتفاع الالتزام الأول ومعه
فلا مجال للكشف عن صحة العقد السابق المقتضية لبطلان العقد الثاني
لا محالة.

نعم بناء على القول بالكشف الحقيقي بحيث تكون الإجازة مجرد
معرف فقط ربما يقال ببطلان العقد الثاني لانكشاف كون الأخت
الأولى زوجة له من حين العقد واقعا وإن لم يكن هو عالما به
ومعه تبطل زوجية الثانية لا محالة.

إلا أنك قد عرفت. فيما تقدم أن القائلين بالكشف الحقيقي
إنما يقولون به مع بقاء الأول على التزامه، وأما مع رفع اليد عنه
فلم يعرف منهم قائل به.

(١) عرفت فيما تقدم أنه لا أثر للعلم بحصول الإجازة بعد ذلك
وعدمه في جواز التصرف المنافي للالتزام الأول ونفوضه، فإن للأصيل
ذلك ما لم يتحقق مفهوم العقد بإجازة الطرف الآخر فعلا ويؤمر
بالوفاء.

بطلان ذلك (١).

(مسألة ٣٣): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا
العقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة،
سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلا أم لا. لعدم
حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز وتبين كونه كأنه

(١) ما أفاده (قده) حتى على تقدير تسليم ما تقدم منه
(قده) من كشف الإجازة عن صحة العقد الأول من حينه إنما
يتم في الأختين وبالبنات والأم مع فرض تقدم عقد البنت دون العكس.
وأما فيه كما لو تزوج الأم فضولة ثم تزوج بنتها قبل إجازتها هي
للعقد ثم أجازت العقد فالحكم بالبطلان وإن كان هو المشهور والمعروف
بينهم، وإن لم يكن قد دخل بها كما صرح به بعضهم إلا أننا
لم نعثر على دليل له، فإنه لم يرد في شيء من النصوص حرمة الجمع
بينهما كما هو الحال في الأختين وإنما المذكور في الآية الكريمة
والنصوص الشريفة حرمة الربيبة إذا دخل بأمرها، فإذا فرض عدم
الدخول بها كانت الربيبة داخلة في عنوان (ما وراء ذلكم) الذي
تضمنت الآية المباركة حليته، ومقتضى حل نكاحها هو صحة العقد
عليه كما هو واضح وحينئذ تحرم الأم لقوله تعالى: (وأمهات
نساءكم) ومعه فلا يبقى مجال لإجازتها للعقد السابق.
والحاصل: أن البطلان إنما يكون في عقد الأم دون عقد البنت
كما هو الحال في الرضاع وما شاكلة من الأسباب الموجبة لبطلان عقد
الأم قبل الدخول بها.

لم يكن. وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) وهو في غير محله، بعد أن لم يتحقق نكاح، ومجرد العقد لا يوجب شيئاً. مع أنه لا فرق بينه وبين نكاح البنت (٢) وكون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق.

نعم لو ثبت ما يدل على حرمة الجمع بين الأم والبنت بهذا العنوان تم ما أفاده (قده) من بطلان عقد البنت بناء على تسليم ما أفاده (قده) من كشف الإجازة عن صحة العقد من حينه إلا أن مثل هذا الدليل مفقود.

(١) وكأن وجه كفاية العقد الفضولي والمتحقق من جانب واحد فقط والربط الحاصل به في حرمة أمها وإن لم تحصل الزوجية.
(٢) الأمر وإن كان كما ذكره (قده) في المقام، فإن مجرد العقد لا يوجب شيئاً، إلا أن ما أفاده (قده) من النقض وعدم الفرق بين نكاح الأم ونكاح البنت لا يمكن المساعدة عليه حتى بناء على ما ذهب إليه المشهور من حرمة الجمع بينهما وذلك لأن الموجب لحرمة البنت ينحصر في أحد أمرين: الدخول بالأم أو الجمع بينهما في الزوجية على ما اختاره المشهور وإن لم يرتضه ولا شئ من هذين العنوانين متحقق في المقام فإن الأول مفروض العدم نظراً لعدم إجازتها للعقد، والثاني متوقف على تحقق العقد وهو غير صادق بمجرد الالتزام من طرف واحد، ولا قائل بكفاية مثل هذا الالتزام الصادر من جانب الرجل في حرمة البنت وإن قبل بها في حرمة الأم.

(مسألة ٣٤): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد، ليس لها أن تحيز لفوات محل الإجازة (١). وكذا إذا زوج رجل فضولا بامرأة وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها أو بنتها أو أختها، ثم علم. ودعوى: أن الإجازة حيث إنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني. كما ترى.

وإذن: فيصح عقد البنت بلا محذور، ومعها لا يبقى مجال لإجازة الأم للعقد السابق حيث إنها أصبحت أم الزوجة. والحاصل: فما أفاده (قده) من النقص غير تام ولا يمكن المساعدة عليه لوجود الفرق بين المقامين.

(١) وفاقا للشيخ الأعظم (قده) في مبحث ثمرات القول بالكشف أو النقل من المكاسب وهو بناء على ما اختاره المشهور من عدم تأثير الإجازة بعد الرد واضح فإنها وإن لم تكن ملتفتة إلى ذلك إلا أن التزامها بالعقد الثاني لما كان التزاما منها بجميع خصوصياته ولوآزمه ومنها عدم كونها زوجة لغيره، كان ذلك ردا للعقد السابق ورفضاً له وإن لم تكن هي عالمة به. وأما بناء على ما اخترناه من عدم مانعية الرد عن لحوق الإجازة فالأمر كذلك أيضا باعتبار أنها تخرج بالعقد الثاني قابلية الإجازة.

والوجه فيه ما تقدم مرارا من أن العقد إنما يكون عقدا لها وينتسب إليها بعد الإجازة وأما قبلها فلا انتساب إليها وليست هي بزوجة لذلك

(مسألة ٣٥): إذا زوجها أحد الوكيلين رجل وزوجها الوكيل الآخر من آخر، فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح (١) وإن علم الاقتران بطلا معا (٢) وإن شك في السابق والاقتران فكذلك لعدم العلم بتحقيق عقد صحيح والأصل عدم تأثير واحد منهما (٣). وإن علم السابق واللاحق ولم يعلم السابق من اللاحق فإن علم تاريخ

الرجل. ومن هنا فحين التزوج الثاني تكون المرأة خلية من البعل فيحكم بصحة هذا العقد لا محالة لصدوره من أهله ووقوعه في محله، وبذلك تصبح المرأة ذات بعل فلا يصح لها أن تتزوج لفوات المحل، بلا فرق في ذلك بين كون زمان الزوجية بالفعل أو السابق، فإنه الآن لا يمكن الحكم بتلك الزوجية السابقة.

نعم بناء على الكشف الحقيقي قد يقال بذلك، لكنك قد عرفت فيما سبق أنه لا يتم أيضا، لأنه إنما يتم فيما إذا كان العقد قابلا للاستناد بالإجازة إلى المجيز، وحيث إنه لا قابلية في المقام لا أن الزوجة لا تتزوج ثانيا فلا مجال للإجازة كي يقال إنها تكشف عن وجود الزوجية في ذلك الزمان حقيقة.

(١) بلا خلاف فيه ويقتضيه اطلاقات وعمومات أدلة نفوذ العقد.

(٢) لعدم امكان الجمع بينهما وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح.

(٣) ما أفاده (قده) إنما يتم بناء على ما سلكناه في الاستصحاب من جريانه في كلا الطرفين المعلوم التاريخ ومجهوله، فإن أصالة عدم

أحدهما حكم بصحته (١) دون الآخر، وإن جهل التأريخان
ففي المسألة وجوه: أحدها: التوقيف حتى يحصل العلم (٢)
الثاني: خيار الفسخ للزوجة. الثالث: إن الحاكم يفسخ.

زوجية أختها في زمان العقد عليها معارضة بمثلها في الأخرى وحيث
لا يمكن الجمع بينهما يتساقطان لا محالة حتى مع العلم بتاريخ أحدهما
دون الآخر، فإن معلوم التاريخ وإن لم يجر فيه الاستصحاب بالنسبة
إلى عمود الزمان إلا أنه بالنسبة إلى الزمان أعني عقد الأخت الثانية
يجري بلا محذور حيث يشك في وقوع العقد على الأخت قبل ذلك
الزمان فيجري الاستصحاب.

وأما على مبنى الماتن (قده) المشهور من عدم جريان الاستصحاب
في معلوم التاريخ، فلا يتم ما ذكره (قده) على إطلاقه
في معلوم التاريخ، فلا يتم ما ذكره (قده) على إطلاقه، بل
لا بد من التفصيل بين كونهما معا مجهولين وكون أحدهما معلوما والآخر
مجهولا.

(١) وهو إنما يتم على مسلكه (قده) من جريان الأصل
في معلوم التاريخ، وأما بناء على ما اخترناه من جريان الأصل في
كلا الطرفين بلا فرق في ذلك بين معلوم التاريخ ومجهوله باعتبار أن
الأصل وإن لم يكن جاريا بالنسبة إلى عمود الزمان إلا أنه لا محذور
في جريانه فيه بلحاظ الحدث الآخر عقد الأخت الثانية فلا فرق
في الحكم بين الصورتين بمعنى كون حكم معلوم التاريخ هو حكم
مجهوله. (٢) الظاهر أن هذا القول لا يعتبر تفصيلا في المقام لأن مفروض

الرابع: القرعة. والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (١)
وكذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى

الكلام عدم امکان تحصیل العلم إذ مع امکان لا تكون هناك شبهة أو مشكلة في المقام ولا يحتمل فيه القول بثبوت الخيار لها أو للحاكم أو القرعة. كما لو عقد الوكيل عن الزوج على إحدى ابنتي زيد معينة وكان الزوج جاهلاً بها، أفحمل القول بثبوت الخيار له أو للحاكم أو القرعة مع تمكنه من السؤال من الوكيل؟
نعم لو كان تحصیل العلم من الصعوبة بمكان، بحيث يلحق بعدمه كما لو توقف على الانتظار خمسين سنة مثلاً المستلزم لبقاء المرأة معطلة لم يكن به اعتبار.

(١) بل هو المتعين وذلك لأن الضرر المتوجه إليها لم ينشأ من الزوجية أو آثارها كي يقال بثبوت الخيار لها أو للحاكم في فسخها، فإنه لا ضرر في الزوجية نفسها أو في آثارها المترتبة عليها كلزوم التمكين وغيره. ولذا لو كان الزوج معلوماً لم يكن فيهما أي ضرر وإنما الضرر ناشئ من الجهل بالزوج وحكم العقل بلزوم الاحتياط وعدم تمكنها من تمكين نفسها لزوجها الواقعي، فغاية ما يقتضيه دليل نفي الضرر هو عدم لزوم الاحتياط والبناء على زوجية نفسها لأحد الرجلين، وهو يحصل بالقرعة. وأما ثبوت الفسخ لها أو للحاكم فلا مبرر له.

على أننا قد ذكرنا في مبحث خيار الغبن حيث يتمسكوا لاثباته بدليل نفي الضرر أن الضرر إنما هو في نفس العقد فلو كان دليل

أو زوجه أحدهما بامرأة والآخر ببنتها (١) أو أمها أو أختها.
وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل وزوجها وكيلها
من آخر أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بأخرى لا يمكن
الجمع بينهما. ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السابق،
وقال الآخر: لا أدري من السابق، وصدقت المرأة

نفي الضرر شاملا له للزم الحكم ببطلانه رأسا، لا القول بصحته
مع ثبوت الخيار للمتضرر، إذن الذي يظهر من دليل نفي الضرر أن
الحكم الضرري غير مجعول في الشريعة المقدسة لا أنه مجعول غاية الأمر
أنه يتكفل اثبات ما يتدارك به.

إذن: فلا وجه لا ثبات الخيار للزوجة فضلا عن الحاكم حيث لا دليل
على ولايته، وعليه فيدخل المقام تحت قولهم (ع): (القرعة لكل
أمر مشكل) حيث إنه لا طريق لتخلصها والمرأة لا تبقى معطلة.
ثم لا يخفى أن مقتضى الاحتياط هو أن يطلقها أحدهما فيتزوجها
الآخر بعقد جديد إن شاء. وإلا فيطلقها هو أيضا كي يجوز لها
جزما التزوج من ثالث غيرهما.

(١) وهو إما يتم بناء على ما ذهب إليه المشهور واختاره الماتن
(قده) من حرمة الجمع بين الأم والبنت. وأما بناء على ما اخترناه
من اختصاص حرمة البنت بفرض الدخول بالأم فالمتعين هو الحكم
بصححة عقد البنت وبطلان عقد الأم سواء أكان عقدها متقدما أم
مقارنا أم متأخرا.

المدعي للسبق، حكم بالزوجية بينهما، لتصادقهما عليها (١)

(١) والحق لا يعدوهما فيؤخذ كل منهما باقراره بالنسبة إلى ما للآخر عليه من حقوق، بل تقتضيه السيرة القطعية حيث يحكم بزوجية كل متصادقين عليها من دون أن يطالبا بالبينة أو اليمين، بل لا يعد كونه من مصاديق كبرى تصديق المدعي إذا لم يكن له معارض. والله ولي العصمة.

إلى هنا انتهى ما أفاده سماحة آية الله العظمى الإمام الوالد أدام الله ظله العالي على رؤوس المسلمين منارا للاسلام وذخرا لهم في مجلس درسه الشريف شرحا على كتاب النكاح من العروة الوثقى. والحمد لله على توفيقه لي في الحضور والكتابة وأسأل الله عز وجل أن يطيل عمر سيدنا دام ظله لا حياء فقه آل محمد (ص) وتراثهم الخالد، وأن يوفقني للحضور والفهم والكتابة، إنه سميع مجيب. وكان الفراغ من تسويده في اليوم الحادي والعشرين من شهر محرم الحرام سنة أربعمائة وثلاث بعد الألف من الهجرة النبوية الشريفة وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين. وأنا الأقل محمد تقي الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الوصية)

وهي إما مصدر (وصى يصي) بمعنى الوصل (١) حيث
إن الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة،
وإما اسم مصدر بمعنى العهد من (وصى يوصي توصية) (٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الوصية)

(١) كذا ذكر جماعة من الأصحاب، ولعل الأصل فيه ما ذكره
الشيخ (قده) في المبسوط.
إلا أنه ضعيف جدا حيث لم يعلم ولا مورد واحد لاستعمالها فيه،
كما لم يذكر في شيء من كتب اللغة ذلك، فهذا الاحتمال بعيد بل
مقطوع البطلان كما نبه عليه الشيخ الأعظم (قده) في رسالته
(٢) وهذا الاحتمال هو المتعين، كما يشهد له استعمالها فيه في الآيات

(٣٥٩)

أو (أوصى يوصي ايصاء).
وهي إما تمليكية أو عهدية (١)

الكريمة وعرف المتشركة، كقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (١)، وقوله تعالى: (من بعد وصية يوصين بها أو دين) (٢)، وقوله تعالى: (من بعد وصية توصون بها أو دين) (٣) وقوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية)، (٤) إلى غير ذلك من الآيات الكريمة. فإن الكلمة في جميع هذه الموارد مستعملة في العهد واسم المصدر لوصي يوصي توصية.

ثم لا يخفى أن المراد بها في عرف المتشركة إنما هو قسم خاص وحصه معينة من العهد وهي ما يتعلق بما بعد الموت فحسب. (١) الفرق بين القسمين يكمن في أن الأولى إنما تعلق بالأمر الاعتبارية التي هي نتيجة للفعل الخارجي وتتضمن تمليك الموصي له شيئا من العين أو المنفعة، ويلحق بها كل وصية لم يكن متعلقها فعلا خارجيا كالوصية بفك الملك كالتدبير وبراء المديون فإنها وإن لم تكن تمليكية بالمعنى الذي ذكرناه حيث إنها لا تتضمن تمليك أحد شيئا إلا أنها تلحق بها لكون متعلقها نتيجة الفعل نفسه. وهذا بخلاف الثانية حيث إنها تعلق بالأفعال الخارجية كتغسيله وكفنه ودفنه وغيرها. وبعبارة أخرى: إن الأولى تصرف اعتباري من الموصي نفسه فيما

(١) النساء: ١١.

(٢، ٣) النساء: ١٢.

(٤) البقرة: ١٨٠.

وبعبارة أخرى (١): إما تمليك عين أو منفعة، أو تسليط على حق (٢)، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه. وتنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

(مسألة ١): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول (٣)

يتعلق بما بعد وفاته مستتبع لتحقيق النتيجة قهرا بالموت في حين أن الثانية عهد إلى الغير بأن يتولى بعد موته فعلا خارجيا من تجهيز أو زيارة أو اطعام ونحوهما أو اعتباريا من تمليك أو عتق أو ايقاف أو نحوها.

(١) لا يخفى أن ما ذكره (قده) لا يتضمن الفرق بين الوصيتين التمليكية والعهدية، بل لا يخلو من الاجمال من حيث كون ما ذكره (قده) من الأمثلة غير الأولين وغير ما ذكره أخيرا من العهد المتعلق بنفسه أو بغيره من القسم الأول أو الثاني. نعم يظهر من قوله (قده) في المسألة الأولى من أن الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول وكذا الوصية بالفك كالعتق أنها من الوصية التمليكية إذ لو كانت عهدية لما كان هناك حاجة إلى قوله (قده): (وكذا).

(٢) في العبارة مسامحة واضحة، فإن التسليط لا يتعلق بالحق وإنما يتعلق بالتصرف، إذ الحق هو السلطنة بعينها. فالأنسب بتدليل العبارة بالقول: (أو تسليط على التصرف).

(٣) وهو إنما يتم على اطلاقه بالنسبة إلى الموصى إليه (الوصي)

وكذا الوصية بالفك كالعق (١).
وأما التمليلية فالمشهور
على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، وعليه تكون من العقود (٢)

فإنه لا يعتبر قبوله بلا خلاف فيه بين الأصحاب، نعم له الرد ما دام الموصي حيا بشرط ابلاغه بذلك، وإلا فلا أثر لرده أيضا دون الموصى له فإنه وبالنسبة إليه لا بد من ملاحظة متعلق الفعل الذي تعلقت به الوصية فإن كان مما يحتاج إلى القبول كالبيع والإجارة ونحوهما اعتبر قبوله جزما وإلا كالوقف والعق ونحوهما فالأمر كما ذكره (قده) من عدم الحاجة إلى القبول.
وكأن نظره (قده) في نفي الحاجة إلى القبول في الوصية العهدية إلى الموصى إليه خاصة.

(١) بلا خلاف فيه وفي الإبراء، فأنهما من الايقاع غير المحتاج إلى القبول إذا وقعا حال الحياة منجزين، فيكونان كذلك إذا وقعا معلقين على الموت على وجه الوصية.

(٢) كما ادعي عليه الاجماع في بعض الكلمات، ويشهد له ذكر الفقهاء (قدهم) لها في أبواب العقود.

وكيف كان: فالقائلون به على مذهبين:

الأول: ما اختاره الشيخ الأعظم (قده) من كونه جزءا
ناقلا

الثاني: كونه جزءا كاشفا.

واستدل الشيخ الأعظم (قده) على مختاره بوجوه عمدتها عدم الاطلاق في أدلة الوصية كي يستكشف منه عدم الحاجة إلى القبول، والأصل عدم انتقال المال إلى الموصى له قبل القبول.

أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من
الايقاعات (١).

وتوهم: أن تأخره عن البول لا ينافي شمول أدلة الوفاء بالعقد
له لأنه موجود في جميع المعاملات حيث يكون هناك فاصل زمني ولو
كان قليلاً جداً بين الإيجاب والقبول لا محالة، من غير أن يقال
أن ما أنشأه المنشئ لم يتعلق به الامضاء وما تعلق به الامضاء لم ينشأ.
وحيث إن الوصية كسائر العقود وإن كان زمان الفصل فيها أطول
كان حكمها حكم غيرها في شمول أدلة الوفاء بالعقد لها.
مدفوع: بأن المنشأ في سائر العقود كالبيع مثلاً ليس هو الملكية
في زمان الانشاء، وإنما هو الملكية على تقدير القبول، فإنه مبادلة
مال بمال ومعاملة بينهما بالتراضي، فلا ينشئ البائع الملكية للمشتري
سواء أقبل أم لم يقبل، بخلاف الوصية حيث إن المنشأ مقيد بالزمان
أعني زمان الموت وهو لم يتعلق به الامضاء على ما اختاره الشيخ
الأعظم (قده) من أن القبول ناقل لا كاشف وما تعلق به لم
ينشأ.

فالفرق بين الوصية وغيرها ظاهر. هذا بناء على القول بالنقل.
وأما بناء على الكشف بأن يحكم بالقبول بالملكية من حين الموت
فهو لو فرضنا امكان وسلمنا صدق العقد عليه مخالف لما هو المعهود
في العقود والمرتكز في الأذهان من تأخر الأثر عن القبول - بناء على
اعتباره - ففرض تحقق العقد وكون الأثر قبله، مما لا يمكن المساعدة
عليه.

(١) ويرد عليه أما بناء على النقل فمضافاً إلى عدم الدليل عليه،

أنه مخالف لأدلة الوفاء بالعقد كما تقدم فإن المنشأ إنما هو الملكية بعد الموت فالالتزام بالملكية بعد القبول ولو على نحو الشرطية مخالف لدليل الامضاء.

وأما بناء على الكشف فهو وإن كان ممكنا ولم يكن ينافيه دليل الامضاء فإن الانشاء متعلق بالملكية بعد الموت وبالقبول يحكم بها فيكون من الشرط المتأخر لا محالة، إلا أنه يحتاج إلى الدليل في مقام الإثبات. وقد استدل عليه في بعض الكلمات بأصالة عدم الانتقال إلى الموصى له بغير القبول.

وهذا الأصل لو تم فلا بد من الالتزام بشرطية القبول، إلا أنه مدفوع باطلاقات أدلة الوصية وإن ناقش فيها شيخنا الأعظم (قده) الدالة على نفوذ الوصية من غير تقييد بالقبول مثل قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليهم، فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم) (١).

فإنها وإن كان موردها خصوص الوصية إلى الوالدين والأقربين، إلا أن مقتضى استدلالهم (ع) بها في جملة من النصوص على نفوذ وصية الموصي على الاطلاق، هو عدم اختصاصها بموردها، واطلاق الحكم لجميع موارد الوصية. بل ويمكن استفادة اطلاقها من الاستثناء نظرا إلى أن الوصية

(١) البقرة: ١٨٠ - ١٨٢.

للوالدين والأقربين بالمعروف لا يكون فيها جنف اطلاقاً.
إذن: فالمستفاد من هذه الآية الكريمة وغيرها والنصوص الواردة
في المقام أن الوصية نافذة ولازمة على الاطلاق ومن غير اعتبار لقبول
الموصى له حيث لم يذكر ذلك في شيء من الآيات والروايات ومعه
فلا تصل النوبة إلى الأصل.

ثم إنه ربما يستدل على اعتبار القبول بما دل على سلطنة الناس
على أنفسهم، حيث إن دخول شيء في ملكه قهراً وبغير اختياره ينافي
هذه السلطنة وثبوت مثله في الإرث والوقف إنما كان بدليل خاص
فلا مجال للتعدي عنه.

إلا أنه مدفوع: أن هذه الجملة وإن وردت في كلمات الفقهاء
إلا أنها لم تذكر في شيء من النصوص ولم يدل عليها دليل.
اللهم إلا أن يتمسك لها بقوله تعالى: (قال رب أني لا أملك إلا
نفسي وأخي) (١).

إلا أن الاستدلال بها يعتبر من الغرائب، فإنها في مقام بيان قدرة
موسى (ع) على تنفيذ أمر الله تبارك وتعالى وأنه لا قدرة له إلا على
نفسه وأخيه دون سائر بني إسرائيل، وأين هذا من محل كلامنا؟
فالآية أجنبية عن السلطنة على النفس ولا يصح الاستدلال بها.
على أنا لو فرضنا ورود هذه الجملة في نص معتبر، فهي لا تدل
على اعتبار القبول كما هو المدعى إذ يكفي في السلطنة قدرته على
الرد، فإنه حينئذ لا تكون الملكية ملكية قهرية ولا تنافي سلطنته على
نفسه.

(١) المائدة: ٢٥.

ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعا (١) وعليه تكون من الايقاع الصريح. ودعوى: أنه يستلزم الملك القهري، وهو باطل في غير مثل الإرث مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلا، ومقتضى عمومات الوصية ذلك، مع أن الملك القهري موجود في مثل الوقف (مسألة ٢): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصي بلا اشكال (٢).

الوصية، بل مقتضى اطلاقات الآيات الكريمة والنصوص الواردة في المقام هو نفوذها وملكية الموصى له للموصى به من دون حاجة إلى القبول.

(١) بمعنى كشف الرد عن بطلان الوصية وعدم ملكية الموصى له للموصى به، كما ادعي عليه الاجماع وهو غير بعيد. وما اختاره (قدس سره) هو الصحيح.

ويؤكد ما ورد في موت الموصى له قبل بلوغه خبر الوصية من دفع الموصى به لورثته فإنه وإن أمكن أن يكون حكما تعبديا، إلا أن الظاهر منها أن الدفع إليهم إنما هو باعتبار ملكهم له وكونهم ورثته فيكون مؤكدا لعدم الحاجة إلى القبول في حصول الملك. (٢) وبه تلزم الوصية لاطلاقات أدلتها ولو التزمنا بتقييدها بالقبول من الموصى له فإن القبول بعد الموت هو المتيقن كفايته في تحقق الملكية.

وقبل وفاته على الأقوى (١). ولا وجه لما عن جماعة من
عدم صحته حال الحياة، لأنها تمليك بعد الموت،
فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية، فلا محل له ولأنه
كاشف أو ناقل وهما معا منتفیان حال الحياة. إذ نمنع
عدم المحل له، إذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل،

(١) وهو المشهور والمعروف بينهم، ويدلنا عليه أمران:
الأول: اطلاقات أدلة نفوذ الوصية فإن مقتضاها وكما عرفت
نفوذ الوصية مطلقا ومن غير اعتبار القبول غاية الأمر أننا خرجنا
عنها للأصل أو الملازمة أو قاعدة السلطنة واعتبرنا في نفوذها القبول، إلا
أن هذا لا يقتضي إلا الدليل وهو مفقود. وحينئذ فالمتبع هو
الاطلاق.

الثاني: اطلاقات وعمومات أدلة نفوذ العقود فإننا وإن ناقشنا في
جزئية القبول بعد الوفاة وتحقق العقد به إلا أنه لا اشكال في تحققه به
إذا كان في حياة الموصي وذلك لانضمام التزامه بالتزامه كما لا يخفى.
وحينئذ فلا يبقى مانع من شمول أدلة نفوذ العقد له حتى ولو
فرضنا عدم وجود دليل على نفوذ الوصية بالخصوص.
نعم قد يرد عليه أنه موجب للتعليق وهو يضر بصحة العقد.
إلا أنه مدفوع: بأنه لا دليل على اعتبار التنجيز إلا الاجماع،
ومن الواضح البديهي أنه لا يشمل الوصية لتقومها بالتعليق.

فيمكن القبول المطابق له (١). والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقا (٢).

(١) وبعبارة أخرى نقول: إن الانشاء على جميع المباني فيه فعلي وغير معلق على شيء وإنما التعليق في متعلقه أعني الملكية فإنه المعلق على الوفاة.

وعليه فإذا تعلق به القبول كان معلقا عليها لا محالة فما تعلق به انشاء الموجب تعلق به قبول القابل أيضا من دون أي اختلاف بينهما. وعلى هذا الأساس ذكرنا في مبحث اعتبار التنجيز أنه لولا الاجماع على اعتباره لقلنا بجواز التعليق في العقود مطلقا، وحيث عرفت أن هذا الاجماع لا يشمل المقام فلا يبقى محذور في الحكم بصحتها. (٢) ثم إن هناك اشكالا آخر لم يتعرض إليه الماتن (قده) وهو ما ذكره بعضهم من أنه: لا خلاف بين الأصحاب في عدم تأثير الرد قبل الموت نظرا لعدم تحقق شيء يكون الرد رافعا له، حيث إن الملكية إنما تكون بعد الموت لا قبله. وإذا كان الرد غير مؤثر كان القبول كذلك للملازمة بين تأثيرهما.

وفيه: أن معنى عدم تأثير الرد في حياة الموصي إنما هو عدم إيجابه لالغاء انشاء الموصي واسقاطه بحيث لا يكون قابلا للقبول بعده، وهو ثابت في القبول أيضا فإنه لا يلزم العقد بحيث لا يكون له الرد بعده مع حياة الموصي. فالملازمة بينهما بهذا المعنى ثابتة ولا تقبل الإنكار إلا أنها لا تنفع في اثبات المدعى، إذ لا ملازمة بين عدم تأثير الرد بالمعنى الذي ذكرناه وعدم كفاية القول وإن استمر

(مسألة ٣) تنضيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات الموت (١) مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات ونحوها، فيجب (٢) المبادرة إلى اتيانها مع

من الماتن (قده) في المسألة الرابعة من مانعية الرد حال الحياة كمانعيته بعده، لأن مقتضاه كون القبول نافذا أيضا. إلا أن الصحيح على ما سيأتي هو ما ذهب إليه المشهور. (٢) مقتضى ما سيأتي من الدليل على هذا الحكم، عدم اختصاصه بفرض ظهور أمارات الموت أو حصول الظن به بل يكفي فيه مجرد احتمال، فما ذكره (قده) لا خصوصية فيه ولا دليل على حججه بالخصوص.

نعم قد يستدل له بالاجماع القولي والعملي على جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق إلا أنه مدفوع: بأن الاجماع القولي لم يثبت جزما وكذلك الاجماع العملي إذ لم يثبت لدينا تأخير الصالحين من المتشعبة والذين بهم أمر دينهم لأعمالهم حتى مع احتمالهم للفوت.

(٢) لحكم العقل بوجوب تفريغ الذمة يقينا بعد اشتغالها كذلك إما مباشرة مع التمكن أو بالنيابة في موارد جوازها أو الوصية، فيما إذا لم يتمكن من التفريغ حال الحياة فإن العقل بعد الالتفات إلى احتمال طرو ما يمنع من امتثال أمر المولى الثابت في الذمة من موت أو نوم مستغرق للوقت أو غيرهما، لا يحكم بالتخيير بالنسبة إلى الأفراد الطولية للواجب، وحينئذ فيلزم المكلف الاتيان به فورا حيث لا عذر له في التأخير.

الامكان، ومع عدمه يجب الوصية بها سواء فات لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة وإن لم يجرز فيها النيابة فبعد الموت تحري فيها ويجب التفريغ بها بالايضاء.

وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده (١) كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها ومع عدم الامكان يجب الوصية بها. وكذا يجب أداء

والحاصل: أنه إذا تيقن المكلف أو اطمنن بتمكنه من امتثال الأمر في الأفراد الطولية المتأخرة أو قام الدليل على جواز التأخير فهو، وإلا فمجرد احتمال العجز عنه يكفي في لزوم الاتيان به فوراً تحصيلاً للفراغ اليقيني فإن حكم العقل بالتخيير بين الأفراد الطولية وجواز التأخير واختيار الفرد المتأخر يختص بما إذا أحرز التمكن من ذلك ليكون محرزاً للتمكن من تفريغ الذمة يقينا ومع عدم الاحراز المزبور واحتمال طرو المانع تسقط تلك الأفراد عن الطرفية للتخيير العقلي المذكور.

(١) ما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة على اطلاقه، وذلك لأن عنوان الأمانة إنما يقتضي لزوم حفظها. وعليه فإذا كانت العين محفوظة على التقديرين حياته وموته وعلم الأمين بعدم خيانة ورثته وأدائهم للأمانات إلى أربابها فلا وجه لالتزام بوجوب الرد. نعم يتم ما ذكره (قده) في عكسه أي فيما إذا لم يعلم بعدم خيانة ورثته ففي مثله يلزمه الايصال إلى المالك لاقتضاء لزوم حفظ الأمانة ذلك، بلا فرق بين الأمانة الشرعية والأمانة المالكية

ديون الناس الحالة (١)، ومع عدم الامكان أو كونها مؤجلة يجب الوصية بها (٢) إلا إذا كانت معلومة، أو موثقة بالاسناد المعتبرة. وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أدائها أو الوصية بها. ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود متبرع أو أدائها من بيت المال.

(١) لم يظهر لنا وجه ذلك فإنه إن كان مطالبا بها من قبل المالك فعلا وجب عليه أدائها سواء أظهرت عنده أمارات الموت أم لم تظهر كان مطمئنا بالبقاء أم لم يكن لحرمة حبس حق الغير عنه، بل هو من الكبائر وإلا فلا وجه لوجوب أدائها. وما قيل من أن بقاءها حينئذ عنده وعدم دفعها إلى أربابها تصرف في مال الغير بغير إذنه أو حبس للحق عن مالكة، وكلاهما حرام بل يعدان من الكبائر. مدفوع: بأن التصرف يتوقف على تقليب المال فلا يشمل البقاء في الذمة، فإنه باق على حاله ولا يعد تصرفا كما أن البقاء إذا كان مستندا إلى عدم مطالبة المالك لم يعتبر حبسا للحق عن مالكة. بل يمكن دعوى قيام السيرة القطعية عليه، فإنه لا يبادر المديون إلى أدائها ما لم يطالبه المالك كما هو الحال فهو مهور الزوجات. (٢) لتوقف أدائها فيما بعد عليها، فتجب من جهة لزوم تفريغ الذمة.

(مسألة ٤): رد الموصى له للوصية مبطل لها (١) إذا كان قبل حصول الملكية وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها، فعلى هذا إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الرد أيضا كذلك يكون مبطلا لها (٢) لعدم حصول الملكية بعد. وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلا سواء كان القبول بعد الموت أيضا أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده، بناء على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها، لعدم الدليل على اعتباره (٣) وذلك لحصول الملكية حينئذ له، فلا تزول بالرد. ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي، حيث إنه يجوز له

-
- (١) على تفصيل ستعرفه في التعليقات القادمة.
(٢) وهو إنما يتم بالنسبة إلى الصورة الأولى خاصة حيث إن الاجماع بقسميه قائم على مانعيته دون الصورة الثانية حيث لا اجماع على مانعيته فيها، بل الشهرة التي تكاد تبلغ الاجماع إذ لم ينسب الخلاف إلا إلى شاذ على عدمها، وحينئذ فمقتضى اطلاقات أدلة نفوذ الوصية صحتها في هذه الصورة.
(٣) ومقتضى اطلاقات أدلة نفوذها صحتها سواء أقبض الموصى له للموصى به أم لم يقبض فإنها تامة وسالمة عن المعارض.

الرجوع في وصيته، كما سيأتي.

وظاهر كلمات العلماء حيث

حكّموا ببطلانها بالردّ عدم صحة القبول بعده لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أن الأمر كذلك في سائر العقود حيث إن الردّ بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير وكما في إجازة الفضولي حيث إنها لا تصح بعد الرد. لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقيا على إيجابه بل في سائر العقود أيضا مشكل (١) إن لم يكن اجماع خصوصا في الفضولي حيث إن مقتضى بعض الأخبار صحتها ولو بعد الرد. ودعوى: عدم صدق المعاهدة عرفا

ولو تنزلنا ووافقنا الشيخ الأعظم (قده) في عدم تمامية الاطلاق بالنسبة إلى اعتبار القبول وقلنا بجريان استصحاب عدم الملكية قبله فلا نسلم به في غيره كالقبض فإن الاطلاقات بالنسبة إليه تامة ومحكمة ومن هنا فلا مجال للتمسك بالأصل.

وأما قياس الوصية بالهبة والوقف حيث يعتبر في صحتهما القبض مع أنهما تنجيزيان والوصية تعليلية فقياس مع الفارق فإنها ايقاع محض ولا موجب لرفع اليد عن اطلاقاتها من غير مقيد.

(١) ما ذكره (قده) وإن كان صحيحا بالنسبة إلى سائر العقود لما تقدم من عدم الدليل على ابطال رد الطرف الثاني لا يجاب الطرف الأول، بل يصدق العقد والمعاهدة عليه فيما إذا كان الموجب باقيا على التزامه، وحينئذ فلا مانع من التمسك باطلاقات وعمومات أدلة الصحة والنفوذ.

وكذلك الحال في العقد الفضولي حيث إن الرد فيه لا يكون مانعا من الإجازة بعده بل ربما يستفاد ذلك من صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): (قال: قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه) (١).

إلا أن قياس الوصية عليها قياس مع الفارق لأن أدلتها ظاهرة في كونها إيقاعا كما عرفت وعليه فلا حاجة إلى القبول ولا أثر الرد بل بها يحصل الملك القهري، ولذا ورد في الأخبار أنه لو مات قبل بلوغه الخبر دفع الموصى به إلى ورثته وإنما خرجنا عن ذلك في خصوص الرد للاجماع على مانعيته بعد الموت.

ومن هنا فإن لم يتم هذا الاجماع فعدم مانعية الرد واضح، وإلا كما هو الصحيح فلا وجه للحكم بصحة الوصية بعد القبول، بل يتعين الحكم ببطالانها نظرا لارتفاع التزام الموصي عند القبول فإن الميت لا التزام له.

وبعبارة أخرى: إن الموصي إنما أنشأ الملكية بعد الموت والتزم به إلى حين وفاته، وأما بعد وفاته فلا التزام له لعدم قابلية الميت له، وحينئذ فإن التزمنا بثبوت الملكية قهرا سواء أقبل الموصى له أم لم

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

إذا كان القبول بعد الرد ممنوعة. ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح. وهو أيضا مشكل (١) على ذكره من كونه مبطلا للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت. إلا إذا قلنا أن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة،

يقبل لاطلاقات الأدلة فلا أثر للرد أصلا وإن خرجنا عنها وقلنا باعتبار عدم الرد للاجماع فالرد يبطل ذلك الالتزام، وحين القبول يحتاج إلى التزام جديد وهو ممتنع نظرا لموته.

فالصحيح في المقام هو التفصيل بين الوصية وغيرها، ففي غيرها يحكم بصحته مع بقاء الموجب على التزامه وبطلانه مع عدمه، وفيها بالبطلان بناء على القول بمانعية الرد كما هو الصحيح.

(١) لا وجه للاستشكال فيه بعد ما عرفت من أن مقتضى اطلاق أدلة الوصية نفوذها مطلقا من دون اعتبار للقبول أو تأثير للرد، وإنما خرجنا عنها في خصوص الرد المتأخر عن الوفاة للاجماع، وحيث لا دليل على مانعية الرد حال الحياة، إذ لا اجماع عليها بل الشهرة على خلافها، فلا مانع من التمسك باطلاقات أدلة نفوذ الوصية ومقتضاها الحكم بصحتها.

ولا يقاس ما نحن فيه بغيره من العقود فإنها مؤلفة من الإيجاب والقبول فيمكن أن يقال وإن لم نرتضه: إن الرد يقطع اتصال القبول بالإيجاب ويمنع منه من، وأما ما نحن فيه فقد عرفت أنه ايقاع ولا يحتاج إلى القبول فلا وجه للقول بمنع الرد للاتصال بينهما.

وأن محلها إنما هو بعد الموت، وهو محل منع (١).
(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل
الموصى له أحدهما دون الآخر صح فيما قبل وبطل فيما
رد (٢) وكذا لو أوصى له بشيئ فقبل بعضه مشاعاً أو
مفروزاً ورد بعضه الآخر وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في
البيع ونحوه، بدعوى: عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب
والقبول لأن مقتضى القاعدة الصحة في البيع أيضاً إن لم
يكن اجماعاً. ودعوى عدم التطابق ممنوعة.

(١) في القبول خاصة على ما تقدم بيانه في المسألة الثانية دون
الرد حيث قد عرفت فيما تقدم اختصاص دليل المانعية أعني الاجماع
بالرد المتأخر عن الوفاة، وأما ما يكون في حياة الموصي فلا أثر له
لعدم الدليل عليه.

(٢) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:
الأول: في غير الوصية من العقود.
الثاني: في الوصية.

أما المقام الأول: فقد ذكر الأصحاب أن الحكم فيه البطلان
لاعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول، وإلا لم يحصل معنى العقد ولم
يتحقق مفهومه، فإنه وكما عرفت عبارة عن ضم التزام بالتزام
وربط تعهد بتعهد.
إلا أنه إنما يتم فيما لو لوحظ الاثنان بما هما واحد كمصراعي

نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبويض (١).
(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من

ما قبله أيضا ولا تقاس الوصية بالبيع وغيره من العقود حيث يعتبر فيه التطابق بين الايجاب والقبول، فإنها ليست من العقود سواء اعتبرنا القبول أم لم نعتبره، أما على الثاني فواضح لأنها إيقاع محض وأما على الأول فلما عرفت من أنه لا معنى لاعتباره إلا كونه شرطا كاشفا أو ناقلا.

وعليه فليس هو ركنا وطرفا للعقد كي يعتبر التطابق بينه وبين الايجاب.

نعم غاية ما يحصل عند رد الموصى له بعض الموصى به هو تخلف الشرط، وحينئذ فيثبت للموصي الخيار وحيث إنه ميت ينتقل إلى ورثته لأنه حق فيدخل فيما تركه.

والحاصل: أن قياس الوصية التي هي من الايقاع على سائر العقود في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول قياس مع الفارق والفرق بينهما واضح.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم، فإن المجموع من حيث هو مجموع لا يصح تمليكه فإنه أمر انتزاعي لا وجود له في الخارج فالمراد به هو تمليك أحدهما بشرط معينة للآخر، ومقتضى تخلفه يرد الموصى له لأحدهما هو ثبوت الخيار للموصي لا بطلان الوصية من رأس.

القبول أو الرد (١). وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلا (٢).

(١) لعدم كونها ملكا لهم بالفعل، فإنها بعد موت الموصي إما ملك للموصى له وإما ملك للموصي. فإنها ملك للموصى له على تقدير عدم الرد أو القبول بناء على الكشف وملك للميت على تقدير الرد أو القبول بناء على النقل.

وكيف كان: فليس للورثة التصرف فيها: أما على التقدير الأول واضح وأما على التقدير الثاني فلتأخر الإرث عن الوصية كما دلت عليه الآية الكريمة صريحا.

ومن هنا يظهر ما في القول بجوازه ظاهرا لاستصحاب عدم القبول المترتب عليه جواز التصرف بناء على الكشف، أو واقعا بناء على كون القبول ناقلا. فإن المال فعلا ليس لهم ولم ينتقل إليهم وإنما هو باق على ملك الميت لتأخر الإرث عن الوصية.

والحاصل: أنه مال يتحقق الرد من الموصى له، لم ينتقل المال إليهم ولا يجوز لهم التصرف فيه لا ظاهرا ولا واقعا، فإن

الوصية وإن لم تنفذ بعد لعدم تحقق شرطها وهو القبول أو عدم الرد، إلا أنه يصدق على المال الموصى به أنه مال وصية فتشمله الآية المباركة أما بقاءه على ملك الميت فلأنه لما لم ينتقل إلى الموصى له لعدم نفوذ الوصية بعد ولا إلى الورثة لاستثناء مال الوصية عن حكم الإرث ولم يمكن بقاء المال بلا مالك فلا محيص عن كونه باقيا على ملك الميت ولا مانع من الالتزام به كما والحال في ملكه للثلث بالوصية.

(٢) لعدم كونها ملكا لهم.

إلا إذا كان تأخيرها موجبا للضرر عليهم، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (١).

(مسألة ٧): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (٢) فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيته من غير فرق بين كون موته في

(١) وفيه: أنه بعد فرض عدم انتقال المال إليهم لتأخر الإرث عن الوصية لا يمكن تصور النصوص في حقهم حتى ولو طالت المدة ما طالت.

نعم بتأخير الرد يفوت عليهم الانتفاع بها، إلا أنه لا دليل على لزوم إيجاد سبب الانتفاع لهم.

(٢) الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في موت الموصى له في حياة الموصي.

الثاني: في موته بعد وفاة الموصي.

أما المقام الأول: فلا ينبغي الشك في كون مقتضى القاعدة فيه البطلان لأن المنشأ من قبل الموصي إنما هو ملكية الموصى له بعد موته الموصي. وهذا غير قابل للتحقق في الخارج نظرا لسقوط الموصى له بموته عن قابليته للملك.

لكن ومع ذلك ذهب المشهور إلى الصحة وانتقال الوصية إلى الورثة

واستدل عليه بوجوه:

الوجه الأول: إن القبول حق للموصى له فينتقل بموته إلى ورثته.

حياة الموصي أو بعد موته وبين علم الموصي بموته وعدمه. وقيل بالبطلان بموته قبل القبول. وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته. والقول الأول وإن كان على خلاف القاعدة مطلقا بناء على اعتبار القبول في صحتها لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع. كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضا محل منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقا، ومنع كون كل حق منتقلا إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق كونه من تركته وعلى ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعا أيضا يكون الحكم على خلاف القاعدة

ويرده ما ذكره الماتن (قده) من منعه صغرى وكبرى. إذ ليس كل ما يجوز للانسان أن يفعله يعد من الحقوق، بل حال القبول هنا حال سائر الأمور السائغة له وكالقبول في سائر المعاملات. فإن الحق عبارة عن حكم تكليفي محض أو وضعي محض يتعلق دائما بفعل الانسان نفسه قابل للاسقاط، فكل حكم تكليفي أو وضعي قابل للاسقاط فهو حق. بالمعنى المصطلح وكل حكم كذلك لا يقبل الاسقاط وليس أمره بيد المكلف فهو حكم بالمعنى الذي يقابل الحق.

في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته في حياة الموصي. لكن الأقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور. وذلك لصحيفة محمد بن قيس الصريحة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصي.

الوضعي وإنما هو هو بعينه غاية الأمر أنه متعلق بفعل الانسان نفسه وقابل للاسقاط من قبله وليس هو مرتبة ضعيفة من الملكية. فإن قلت: أن الحكم الشرعي كيف يمكن انتقاله إلى الورثة بالإرث.

قلت: أن ذلك لا يختص بما ذكرناه بل يجري على جميع التقادير في الحق فإنه بأي معنى كان حتى ولو بمعنى الملكية يختلف عن سائر الأموال في الإرث فإن الإرث في غيره إنما يكون في المال لا في الملكية التي هي أمر اعتباري إذ الذي ينتقل إلى الورثة بعد الديون والوصايا إنما هو أموال الميت بما فيها المنافع والأعمال المملوكة له التي يعبر عنها في الاصطلاح بما ترك حيث يوجد للورثة ملكية جديدة بعد زوال ملكية الميت عنها.

وهذا بخلاف الحق فإنه وبعد أن لم يكن من الأعيان الخارجية أو المنافع حيث أنه ليس من الموجودات التكوينية من الجواهر أو الأعراض وإنما هو محض اعتبار شرعي أو عقلائي على جميع معانيه يكون المنتقل إليهم نفس المعتبر بهذا اعتبار لا محالة.

والحاصل: أن الحق يغيره في الإرث فإن المنتقل إلى الورثة في غيره إنما هو نفس المال الذي تتعلق به الملكية وأما نفس الملكية

من قبول الموصى له هو وقبول ورثته، فيحكم عند تحققها بصحتها لا محالة.

وفيه: أنه إنما يتم على تقدير كون موت الموصى له بعد موت الموصي وقبل قبوله والقول يكون القبول كاشفاً فيقال حينئذ أن قبول الوارث كاف لأن الاجماع إنما قام على اعتبار القبول في الجملة. وأما لو كان موته في حياة الموصي كما هو مفروض الكلام فلا معنى لقيام ورثته مقامه بعد أن لم يكن هو قابلاً للملكية نتيجة للموت.

ومنه يظهر الحال فيما لو كان موته بعد موت الموصي لكن قلنا بكون القبول ناقلاً، فإنه لا أثر له من الورثة، إذ المنشأ إنما هو ملكية الموصى له بعد الموت وهو غير قابل لها بالفعل.

الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): (قال: قضى أمير أمير المؤمنين (ع) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي أوصى له قبل الموصي قال: الوصية لوارث الذي أوصى له قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لوارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته) (١).

فإنها صحيحة سنداً وصريحة دلالة

ودعوى: أن اشتراك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف يمنع من الحكم بصحتها والأخذ بها.

مدفوعة: بأن الذي يروي قضاء أمير المؤمنين (ع) عن أبي جعفر (ع) ويروي عنه عاصم بن حميد إنما هو الثقة على ما حقق

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

المؤيدة بخبر الساباطي وصحيح المثني، ولا يعارضها صحيحنا محمد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد اعراض المشهور عنهما وامكان حملهما على بعض المحامل منها التقية لأن المعروف بينهم عدم الصحة.

في محله من الرجال.
ويؤيدها أولاً: صحيحة العباس بن عامر قال: (سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا، قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له ولياً، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجد وعلم الله منك الجد فتصدق بها) (١).

ووجه جعلها مؤيدة التردد في المراد بالقبض فإن المراد به إن كان هو القبض الخارجي فقط فالرواية أجنبية عن محل الكلام فإن الظاهر حينئذ أن الموصى له كان له أن يقبض ولكنه مات قبل قبضه وعليه فحياة الموصى له وموت الموصي مفروغ عنهما، وإما إن كان المراد به هو القبول كما ليس ببعيد من جهة أن القبول غالباً ما يكون به فهي بترك الاستفصال وعدم السؤال عن أن موت الموصى له كان بعد موت الموصي أو قبله تدل على المدعى.
وأما المناقشة في سندها من جهة أن المذكور في الكافي وإن كان رواية العباس بن عامر عن الإمام (ع) بلا واسطة إلا أنها لم تثبت فإن الصدوق والشيخ رواها عن (العباس بن عامر عن المثني عن

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

أبي عبد الله (ع) وحيث إن المثنى هذا مجهول فلا مجال للحكم بصحتها.
مدفوعة: بأن الظاهر أن المثنى هذا هو عبد السلام كما صرح به في تفسير العياشي وهو ثقة.
على أنه لو تم التردد فهو مردد بين المثنى بن عبد السلام والمثنى ابن الوليد وكلاهما ثقة على ما ذكره الكشي عن مشايخه.
ثانيا: رواية محمد بن عمر الباهلي (الساباطي) قال: (سألت أبا جعفر (ع) عن رجل أوصى إلي وأمرني أن أعطي عما له في كل سنة شيئا فمات العم، فكتب: اعط ورثته) (١) فإنها بترك الاستفصال تدل على عموم الحكم لصورة موت الموصى له قبل الموصي أيضا. ووجه جعلها مؤيدة أنها ضعيفة سندا لأن محمد بن عمر الباهلي لا وجود له في الرجال ومحمد بن عمر الساباطي لم يوثق.
على أن موردها هي الوصية العهدية ومحمل الكلام هي الوصية التمليلية.
فالعمدة في الاستدلال هي صحيحة محمد بن قيس الدالة على المدعى صريحا.
إلا أن بإزائها صحيحتين:
أولاهما: صحيحة محمد بن مسلم وأبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال: (سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال: ليس بشيء) (٢).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٤.

نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عما إذا علم كون
غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه
التقييد. بل ربما يقال إن محل الخلاف غير هذه الصورة
لكن الانصراف ممنوع، وعلى فرضه يختص الاشكال بما
إذا كان موته قبل موت الموصي وإلا فبناء على عدم اعتبار
القبول بموت الموصي صار مالكا بعد فرض عدم رده
فينتقل إلى ورثته.

ثانيتها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال:
(سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى
له قبل الموصي قال ليس بشيء) (١).
ومعارضة هاتين الصحيحتين لصحيحة محمد بن قيس مبنية على رجوع
الضمير في قوله (ع): (ليس بشيء) إلى الايصاء، إذ لو كان
الضمير راجعا إلى الموت كما يقتضيه قربه إليه كانت هاتان الصحيحتان
موافقتين لصحيحة محمد بن قيس.
وكيف كان: فمع فرض التعارض بينها لا ينبغي الشك في تقديم
صحيحة محمد بن قيس نظرا لمخالفتها لمذهب العامة.
إذن: فهي المعتمد في مقام الفتوى على ما عليه المشهور.
وأما الجمع بين هذه النصوص بجمل صحيحة محمد بن قيس على فرض
عدم تقييد الوصية وحمل المعارض لها على فرض التقييد فيلتزم بصحتها

(١) ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٥.

بقي هنا أمور:
أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث، كما إذا مات
الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضا قبل القبول،

بعنوان الإرث، ولا يتلفونها من الموصي بعنوان الوصية. ومن هنا
فلا يكون لردهم أي أثر.
وإن قلنا باعتبار القبول فإن اعتبرناه كاشفا فالأمر كما تقدم، إذ المتيقن
من الاجماع الدال على اعتبار القبول اعتباره في الجملة أعني الأعم من
قبول الموصى له هو وقبول ورثته، فإذا قبل الورثة كشف ذلك عن
ملكية الموصى له للموصى به من حين موت الموصي، وحينئذ فينتقل
إلى ملكهم كسائر أمواله.
وإن اعتبرناه ناقلا أشكال الحكم بصحة الوصية من هذه الجهة فإن
ما أنشأه الموصي غير قابل للتحقق في الخارج وما تعلق به القبول لم
ينشأه الموصي.
إلا أن هذا لا يمنع من الحكم بنفوذ الوصية وانتقالها إلى الورثة
وذلك لصحيفة محمد بن قيس المتقدمة فإنها وإن كانت واردة في موت
الموصى له في حياة الموصي، لكن الظاهر أنه لا خصوصية له، بل
المقام أولى في الحكم بالنفوذ من فرض موته في حياة الموصي، إذ
الموصى له في الثاني لم يكن قابلا للملكية نظرا لعدم تحقق شرطها أعني
موت الموصي، بخلاف المقام فيكون الحكم فيه ثابتا بالأولوية القطعية.
واحتمال ملكية الميت في المقام للمال آنا ما عند قبول الوارث بعيد
غايته ولا دليل عليه.
والحاصل: أن الموصى به ينتقل إلى ملك الورثة في المقام.

فهل الوصية لوارث الوارث أولاً، وجوه الشمول (١) وعدمه
لكون الحكم على خلاف القاعدة والابتناء على كون
مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه الاخبار فلا

لاننتقال الوصية إليهم تعبدا وكأنهم هم الموصى له ابتداء.
(١) وهو الصحيح وذلك: أما مع فرض تأخر موت الموصى له
عن وفاة الموصي والقول 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 الموصي فبموته هو مع فرض عدم
رده ينتقل ذلك المال إلى وارثه لا محالة، وبموت الوارث ينتقل
المال إلى وارثه كسائر أمواله. ولا موجب للقول بعدم قيامه مقامه
وكذا الحال لو اعتبرنا القبول في نفوذها وقلنا بكشفه فإن قبول وارث
الوارث يكشف عن ملكية الموصى له للمال حين موت الموصي. ومن
هنا فيملكه هو لاننتقال أموال الموصى به بموته إلى وارثه وبموته إليه
لا محالة.

نعم بناء على القول بناقلية القبول لا مجال للحكم بصحة الوصية
وقيام الوارث مقام الموصى له فضلا عن وارث الوارث مع قطع
النظر عن صحيحة محمد بن قيس فحكم هذا الفرض حكم ما بعده.
وأما مع فرض تقديم موته على موت الموصي، فالحكم بالانتقال إلى
الوارث وإن كان على خلاف القاعدة، ولذا تعين الحكم بالبطلان لولا
صحيحة محمد بن قيس، إلا أن الظاهر ثبوته في المقام أيضا وذلك
لتضمن الصحيحة لبيان كبرى كلية هي انتقال الوصية إلى الوارث في
فرض موت الموصى له، فإن مقتضاها ثبوت وصيتين في المقام:

الثاني إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل أو تصح ويرث المراد أيضا مقدار حصته أو تصح بمقدار حصة القابل فقط أو تصح وتمامه للقابل أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصة القابل، وجوه (١).

الأولى: الوصية بكون المال للموصى به، وهذه الوصية هي التي أنشأها الموصي.

الثانية: الوصية بكون المال لورثة الموصى له، وهذه الوصية إنما هي بجعل منا الشارع وتعبد منه. وعليه فإذا ثبتت الوصية لورثة الموصى له ولو تعبدا كان مقتضى هذه الصحيحة ثبوتها لورثته.

وعلى هذا الأساس يظهر عدم الفرق بين كون مدرك الحكم هو انتقال حق القبول من الموصى له إلى ورثته وبين كونه هو الصحيحة محمد بن قيس. ففي كل مورد كان للوارث أن يقبل الوصية كان ذلك لوارثه أيضا.

(١) أصحها التفصيل بين موت الموصى له قبل وفاة الموصي وموته بعد وفاته وقبل القبول، ففي الأول فالحكم بالبطلان وإن كان مقتضى القاعدة كما عرفت إلا أن الدليل الخاص صحيحة محمد بن قيس دل على انتقال الوصية إلى ورثة الموصى له تعبدا وكأنها وصية لهم ابتداء، وحيث إن الوصية للمتعدد تقتضي انحلالها إلى وصايا بعددهم تكون هذه الوصية منحلة لا محالة فيكون لكل منهما بنسبته إلى

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه أو إليه ابتداء من الموصي؟ (١) وجهان: أو جههما الثاني (٢).

ذلك عن مليكة الموصى له للمال من حين موت الموصي. ومن هنا فيكون انتقاله إليهم بالإرث فلا يكون لرد بعضهم أثر. وإن التزمنا إليهم بالإرث فلا يكون لرد بعضهم أثر. وإن التزمنا بناقليته جرى فيه ما تقدم من الخلاف في تأثير الرد في المقام وعدمه فعلى الأول تصح بالنسبة إلى حصة القابل خاصة دون حصة الراد لانحلال الوصية، وعلى الثاني تصح مطلقاً فيأخذ الوارد كما يأخذ القابل.

(١) يظهر أثر هذا النزاع في أخذ الزوجة من الأرض إذا تعلق بها الوصية على الثاني دون الأول، وخروج ديون الميت ووصاياها من الموصى به على الأول دون الثاني.

(٢) بل الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له في حياة الموصي وموته بعد وفاته.

ففي الأول ينتقل الموصى به إليهم مباشرة ومن دون وساطة الموصى له لعدم قابليته للملكية حين موت الموصي.

وفي الثاني ينتقل المال إلى الموصى له أولاً حيث لم يتحقق منه الرد كما هو المفروض ومن ثم ينتقل إليهم بالإرث فحاله في ذلك حال سائر ما تركه الميت.

هذا إذا لم نقل باعتبار القبول كما هو الصحيح وأما بناء على اعتباره فإن قلنا بكونه كاشفاً فالأمر كذلك حيث يكشف قبولهم عن

وربما بينى (١) على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني:
الثاني، وعلى الأول: الأول. وفيه: أنه على الثاني أيضاً
يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آناً ثم إلى وارثه.
بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال
إليه من حين موت الموصي، لأنه كأنه هو القابل فيكون
منتقلاً إليه من الأول.

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصي له
إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي
أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى

ملك الميت له أولاً وانتقاله بعد ذلك إليهم بالإرث.
واحتمال الكشف عن ملكية الورثة له من حين موت الموصي ضعيف
ولا وجه له فإن الوصية إنما كانت للموصي له دون الورثة فانتقالها
إليهم يحتاج إلى الدليل. وإن قلنا بكونه ناقلاً كان مقتضى الدليل
انتقال الموصي به إلى الورثة ابتداءً ومن دون نقصان لانتقال الوصية
إليهم تعبدًا.

واحتمال تملك الميت للمال على هذا التقدير آناً ما وإن كان ممكناً
إلا أنه لا دليل عليه فإن مقتضى الوصية ملكية الموصي له للمال حين
موت الموصي وهي لم تتحقق، والملكية عند القبول من الوارث لم
ينشأها الموصي ولم يدل عليها دليل.
(١) ظهر الحال فيه وفيما يأتي مما تقدم.

الميت ثم إليه، أو كونه موجبا للانتقال إليه أولا من الموصي فعلى الأول: الأول، وعلى الثاني: الثاني؟ وجوه (١)، الخامس: إذا أوصي له بأرض فمات قبل القبول، فهل تراث زوجته منها أو لا؟ وجهان مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة (٢)، فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث

(١) أوجهها الأول. وذلك أما بناء على انتقال المال إلى الموصي له الميت أولا ومن ثم انتقاله إليهم فالأمر واضح، فإنه بعد انتقاله إليه ينتقل عند موته إلى ورثته الموجود ينفي ذلك الزمان لا محالة على ما تقتضيه قواعد الإرث.

وأما بناء على انتقاله إليهم مباشرة فلظاهر قوله (ع) في صحيحة محمد بن قيس: (الوصية لو ارث الذي أوصى له) فإنه ظاهر في وارثه حين موته، وحمله على وارثه حين موت الموصي تقييد بلا دليل ولا وجه للمصير إليه.

ومن هنا فلو كان للموصي له حين موته ابن وأخ فمات الابن قبل موت الموصي وترك أولادا ثم مات الموصي كانت الوصية لأولاد الابن دون عم أبيهم.

(٢) يعني الأمر الثالث، وقد عرفت فيه أن الصحيح هو الفصيل بين موت الموصي له في حياة الموصي وموته بعد وفاته ففي الأول تراث منها لانتقال الوصية إليهم مباشرة، وفي الثاني لا تراث منها إلا على تقدير اعتبار القبول والقول بكونه ناقلا.

وقد يستشكل فيه بأن الدليل لما دل على كونها على نحو الإرث

لا تترث وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها لأن المفروض أنها لم تنقل إليه إرثاً من الزوج بل وصية من الموصي. كما أنه يبنى على الوجهين اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه (١). أما إذا كانت بما يكون من الحبوّة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أولاً فمشكل (٢) لانصراف الأدلة عن مثل هذا.

كان المستفاد منه حرمان من يحرم من الإرث كلاً أو بعضاً منها، وحيث إن الزوجة تحرم من الأراضي إرثاً فهي تحرم منها وصية أيضاً لتنزيلها منزلته.

إلا أنه مدفوع: بأن الصحيحة لم تتضمن تنزيل الموصى به منزلة التركة وإنما تضمنت تنزيل الورثة منزلة الموصى له الميت وكأنه هم الموصى لهم ابتداءً، وحيث إن الزوجة داخلية فيهم بلا خلاف وإن كانت هي لا تترث من الأرض ولذا لا اشكال في شمول الوصية لها فيما لو أوصى الموصي بالأرض للورثة ابتداءً، فهي أيضاً ممن جعلت الوصية له تعبدًا.

وهذا لا ينافي تقسيمها عليهم على نحو تقسيم الإرث، فإنها وإن كانت الوصية لهم بالتعبد إلا أن ظاهر الدليل كونها لهم بما هم ورثة الموصى له فينبغي تقسيمها على نحو تقسيم الإرث.

(١) ظهور الحال فيه مما تقدم في الأمر الثالث فراجع.
(٢) وذلك لاختصاص الحبوّة بما أعده الميت لنفسه وجعله مختصاً

السادس: إذا كان الموصى به ممن يعتق على الموصى له (١). فإن قلنا بانتقاله إليه أولاً بعد قبول الوارث فإن قلنا به كاشفاً،

به، فلا تشمل ما لم يكن كذلك حتى ولو كان مملوكاً له: هذا كله فيما إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصى وقلنا بعدم اعتبار القبول أو اعتبرناه وجعلناه كاشفاً. وأما لو مات في حياة الموصى أو بعده مع القبول باعتبار القبول ناقلاً فلا ينبغي الاشكال في عدم اجراء حكمها عليه نظراً لعدم انتقاله إليه بالمرّة. (١) الكلام في هذه المسألة تارة يقع في الموصى به الذي يعتق على الموصى له خاصة دون وارثه كما لو أوصى له بابنه الرق وكان له أولاد أحرار، فإنه يعتق عليه خاصة دون أولاده حيث لا مانع من ملك الرجل لأخيه. وأخرى في الموصى به الذي يعتق على الوارث أيضاً كما لو أوصى له بنته حيث لا يجوز للرجل أن يملك محارمه من النساء. أما المقام الأول: فإن كان موت الموصى له في حياة الموصى فعلى ما اخترناه من انتقال الوصية منه إلى ورثته بالتعبد فلا اشكال في عدم انعاقه إذ لم يدخل ولا أنا في ملك الموصى له وإنما انتقل من الموصى إليهم مباشرة والمفروض قابليتهم لتملكه وعدم انعاقه عليهم قهراً. وعلى ما ذهب إليه بعضهم من انتقاله إلى الموصى له أنا ما ومن ثم انتقاله إلى الورثة بالإرث يعتق لا محالة لانعاقه بمجرد الدخول في ملك الموصى له. ومعه فلا يبقى مال لانتقاله إلى الورثة نظراً لعدم شمول ما ترك له. وبذلك يكون من مصاديق الوارث المتجدد بعد الموت فيأخذ تمام التركة إذا كان انعاقه قبل القسمة وكان هو في

وكان موته بعد موت الموصي (١) انعتق عليه، وشارك الوارث ممن في طبقتة، ويقدم عليهم مع تقدم طبقتة فالوارث يقوم مقامه في القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصي أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول الوارث ينتقل إليه أنا ما فينعتق (٢) لكن لا يرث إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة، وذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق ساير الورثة بالإرث. نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم، وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له (٣) فلا ينعتق عليه لعدم ملكه،

القبول في الوصية أو اعتبرناه وجعلناه كاشفا فهو يرث مطلقا لانكشاف حريته حين موت الموصي له وإن جعلناه ناقلا كان الموصى به من مصاديق الوارث المتجدد بعد الوفاة.

(١) عرفت فيما تقدم أنه لا حاجة في هذا الفرض إلى قبول الورث إذ الموصى به ينتقل وبمجرد موت الموصي إلى ملك الموصى له. وعليه فينعتق سواء أقبل الورثة أم لم يقبلوا.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم في الفرض الأول، حيث لا مجال للقول بالانعتاق بعد فرض انقلاب الوصية إلى الوارث وانتقاله من الموصي إليه مباشرة ومن غير وساطة الموصى له.

(٣) كما هو الصحيح على ما تقدم بيانه.

بل يكون للورثة إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم.

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى به بين التمليلية والعهدية (١).

(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليلية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية (٢) ويختص

(١) والوجه فيه اطلاق صحيحة محمد بن قيس فإن السؤال فيها إنما هو عن رجل أوصى لآخر، وهو كما يشمل الوصية التمليلية يشمل الوصية العهدية فإنه مطلق من حيث تمليك الموصي شيئاً له أو أمره للموصي بان يدفع إليه شيئاً.

ودعوى: اختصاصها بالوصية التمليلية، عارية عن القرينة ولا شاهد لها.

ثم إن هذه الصحيحة وافية بالمدعى، ومعه فلا حاجة إلى التمسك برواية محمد بن عمر الباهلي (السباطي) المتقدمة كي يورد عليها بضعف السند. نعم لا بأس بجعلها مؤيدة للحكم في المقام، فإنها واردة في ذلك ودالة عليه بوضوح لولا ضعف سندها.

(٢) بلا خلاف ولا اشكال، لا من الموصى إليه ولا من الموصى له. أما الأول فلجملة من النصوص الدالة على عدم اعتبار قبوله صريحاً نعم له حق الرد بشرط اعلام الموصي به.

وأما الثاني فقد يفرض أن الموصى به أمر غير متوقف على قبوله

بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين، وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصية للفقراء والعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم (١) أو قبول الحاكم فيها للجهات (٢)

كما لو أوصى الوصي بدفع ديونه وتفرغ ذمته، ففيه تنفذ الوصية ويلزم الوصي القيام بها سواء أقبل الموصى له أم لم يقبل. وقد يفرض توقفه على القبول وعدم تحققه قهرا، كما لو أوصى بهية داره له أو بيعه له بنصف ثمن مثله ففيه أيضا لا يكون عدم قبوله موجبا لبطلان الوصية فإن القبول إنما يعتبر في صحة العقد الموصى به لا في صحة الوصية وإنما يوجب رفضه جعل الوصية متعذر المصرف وحينئذ فيبقى الموصى به على ملك الميت ولا يكون إرثا لأنه قد أبقاه على ملكه غاية الأمر أنه عين له مصرفا معينا وهو متعذر نظرا لرفض الموصى له، فيصرف في وجوه البر مع تحري الأقرب فالأقرب إلى الوصية.

وهذا بخلاف الوصية التمليلية بناء على اعتبار القبول فيها فإن الموصى قد أخرج الموصى به عن ملكه وملكه للموصى له فإذا رفض الموصى له القبول كشف ذلك عن بطلان الوصية. ومن هنا فينتقل الموصى به إلى ملك الورثة حيث لم يبقه الموصى على ملكه. إذن يصح أن يقال وعلى نحو الاطلاق أن القبول غير معتبر في الوصية العهدية سواء في ذلك الموصى إليه والموصى له. (١) لعدم امكانه من الكلبي والنوع والجهة، وقبول الأشخاص وإن أمكن إلا أنه لا يجدي اعتبار أن قبولهم ليس قبولا للكلبي. (٣) لعدم الدليل عليه، بل مقتضى اطلاقات أدلتها نفوذها من غير قبول.

وإن احتمل ذلك أو قيل. ودعوى أن الوصية لها ليست من الوصية التمليلية بل هي عهدية، وإلا فلا يصح تملك النوع أو الجهات. كما ترى (١). وقد عرفت سابقا قوة عدم اعتبار القبول مطلقا وإنما يكون الرد مانعا وهو أيضا لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلا، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل (٢).

(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص (٣) بل

-
- (١) لما تكرر منا غير مرة من أن الملكية ليست من الاعراض الخارجية كي تحتاج إلى معروض خارجي، وإنما هي من الاعتبارات وهي كما يصح تعلقها بالكلية يصح أن تكون للكلية، كما التزموا بذلك في باب الخمس والزكاة والوقف بلا خلاف.
- وعليه فإذا لم يكن في قيام الملكية بالكلية أو كونها للكلية محذور لوقوعه في الخارج فضلا عن امكانه، أمكن الالتزام به في الوصية أيضا، بأن يوصي بداره للفقراء أو العلماء أو الزائرين.
- (٢) لأنه رد من الشخص بخصوصه وهو بما هو شخص ليس بموصى له فلا أثر لرده. وبهذا تفرق هذه الوصية عن الوصية إلى المعين.
- (٣) على ما تقتضيه اطلاقات أدلتها.

يكفي كل فعل دال عليها (١) حتى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار. إذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة، فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له. بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية (٢). ويمكن أن يستدل عليه بقوله (ع): (لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه) (٣). بل يدل عليه

-
- (١) لاطلاق أدلتها أيضا، فإنها غير مقيدة باللفظ بل مقتضاها النزوم وحرمة التبديل بمجرد صدق الوصية كيف ما تحققت. ودعوى: تقييد الاطلاقات الاجماع على احتياج العقود إلى اللفظ. مدفوعة: بأنه لو تم فهو إنما يختص بالعقود اللازمة وأما العقود الجائزة التي منها الوصية بناء على كونها عقدا فلا اجماع على اعتبار اللفظ فيها.
- (٢) لصدق الوصية عليها. وعليه فيتعين العمل بها لاطلاقات الأدلة.
- (٣) رواه المفيد في المقنعة باختلاف يسير جدا (١)، إلا أنه لا يصلح للاستدلال به. فإنه مضافا إلى ضعف سنده بالارسال مخدوش دلالة. إذ لا دلالة فيه على كفاية ما يوجد بخطه وكونه حجة على الورثة بحيث يلزمهم العمل به، فإنه وارد في الترغيب في الاستعداد

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٧.

ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني (١) قال:
(كتبت إليه: كتب رجل كتابا بخطه، ولم يقل لورثته
هذه وصيتي، ولم يقل أني قد أوصيت، إلا أنه كتب كتابا
فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما

للموت وعدم الاتكال على طول الأمل، وأين هذا من حجية ما يوجد
بخطه؟.

(١) رواه الصدوق (قده) باسناده عن إبراهيم بن محمد الهمداني،
ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عمر بن علي عن
إبراهيم بن محمد الهمداني (١).

والطريق الثاني ضعيف بعمر بن علي الذي هو عمر بن علي بن عمر
ابن يزيد حيث لم يرد فيه توثيق، غير أن أحمد بن محمد بن يحيى قد
روى عنه ولم يستثنه ابن الوليد، إلا أننا قد ذكرنا في كتابنا معجم
رجال الحديث أن ذلك لا ينفع في اثبات الوثاقة للرجل فراجع.
على أن الرواية - بطريقها - ضعيفة بإبراهيم بن محمد الهمداني نفسه فإنه لم
تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم (ع) لما أوضحناه في مقدمة
كتابنا معجم رجال الحديث من أن الوكالة وحدها لا تكفي في اثبات
وثاقة الوكيل

نعم ورد في جملة من النصوص مدح الرجل وتجليه، إلا أنها جميعا
ضعيفة السند، بل وراوي بعضها هو إبراهيم بن محمد الهمداني نفسه
فلا تصلح للاعتماد عليها لاثبات وثاقة الرجل.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البر وغيره).

(مسألة ١٠): يشترط في الموصي أمور:

الأول: البلوغ، فلا تصح وصية غير البالغ (١).

نعم الأقوى وفاقا للمشهور صحة وصية البالغ عشرا، إذا كان عاقلا في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم (٢) لجملة من الأخبار المعتبرة (٣) خلافا لابن إدريس وتبعه جماعة.

بل وعلى تقدير تماميتها سندا لا تصلح دليلا للحكم وذلك لما تضمنته من حجية هذه الوصية لولد الميت خاصة بعد أن كان السؤال عن حجيتها لمطلق الوارث، ومفهوم ذلك عدم حجيتها لدى غيرهم وهذا التفصيل مما لم يقبل به أحد ولا يمكن الالتزام به، فلا بد من رفع اليد عنها.

إذن: فالصحيح في الحكم هو التمسك باطلاقات أدلة نفوذ الوصية ولزومها.

(١) في الجملة اجماعا.

(٢) في نفوذ وصيته لغير الأرحام اشكال يأتي عند استعراض النصوص فلاحظ.

(٣) منها معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع)

في حديث (قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته) (١).
ومعتبرة زرارة عن أبي جعفر (ع): (قال: إذا أتى على الغلام
عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على
حد معروف وحق فهو جائز) (٢).
ومعتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (ع) أيضا: (قال: إذا
بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته وإذا بلغ عشر سنين جازت
وصيته) (٣).
ومعتبرة أبي أيوب عن أبي عبد الله (ع): (في الغلام ابن
عشر سنين يوصي، قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت) (٤).
ومعتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال: (سألته
عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت
وصيته) (٥).
إلى غير ذلك من النصوص المعتبرة سندا وبالغة حد الاستفاضة
الدالة على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين صريحا.
ودعوى: منافاتها لما دل على اعتبار العقل كمعتبرة جميل بن دراج
(عن محمد بن مسلم - على ما في التهذيب) عن أحدهما (ع): (قال:
يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٣.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٤.
(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٥.
(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٦.
(٥) الوسائل: ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٧.

يحتلم) (١) حيث إنها جعلت العبرة في نفوذ الوصية العقل دون البلوغ عشر سنين.

مدفوعة: بأن العقل معتبر لا محالة وعلى كل تقدير سواء أورد ذكره في النص أم لم يرد، فإنه معتبر في الموصي البالغ فضلا عن الصبي الذي لم يبلغ الحكم. وهنا فلا يكون ذكره قيذا زائدا ومن ثم فلا يكون المقام من اختلاف الشرطيتين.

نعم هذه الرواية تخالف تلك النصوص من حيث اطلاقها لعدم البلوغ فتشمل حتى الذي لم يبلغ عشر سنين، إلا أن من الواضح لزوم تقييد اطلاقها بتلك على ما تقتضيه قواعد الجمع بين المطلق والمقيد هذا ولكن دل بعض النصوص على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ ثمان سنوات ففي رواية الحسن بن راشد عن العسكري (ع): (قال: إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تم لجارية سبع سنين فكذلك) (٢) وقد ذهب إليه ابن الجنيد (قده). إلا أن هذه الرواية لا يمكن الاعتماد عليها وذلك لما اتفقت عليه نسخ الرواية في المصادر على نقلها عن علي بن الحسن بن فضال عن العبيدي عن الحسن بن راشد، حيث إن العبيدي مجهول ولا يعلم من هو لعدم ورود ذكر له في كتب الرجال على الإطلاق. نم من المحتمل أن تكون النسخ جميعا مغلوطة نتيجة للسهو في النسخة الأصلية، وأن الصحيح هو العبيدي الذي هو محمد بن عيسى بن عبيد بقرينة رواية علي بن الحسن بن فضال عنه كثيرا وروايته عن الحسن ابن راشد كذلك، فالرواية تكون معتبرة فإن العبيدي ثقة بل قال

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٤.

ابن نوح: (من مثل العبيدي؟) وإن ناقش فيه ابن الوليد، إلا أننا ذكرنا في معجمنا أن الرجل ثقة.

لكن ذلك كله لا ينفع في التمسك بهذه الرواية والاستدلال بها وذلك لأنها غير واردة في الوصية بخصوصها وإنما هي دالة على جواز أمره مطلقاً ونفوذ جميع تصرفاته عند بلوغه ثماني سنين، وهي بهذا تخالف جميع النصوص الموافقة للكتاب الدالة على الحجر عليه ورفع القلم عنه وعدم مؤاخذته بشيء من أفعاله أو أقواله ما لم يبلغ. فلا بد من طرحها ورفع اليد عنها حتى على تقدير تماميتها سنداً.

ثم إن هذه النصوص لا تنافيها صحيحة أبي بصير المرادي عن أبي عبد الله (ع): (أنه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته) (١).

حيث تضمنت التفصيل بين الغلام إذا بلغ عشر سنين فتنفذ وصيته بقدر ثلثه، وبين ما إذا بلغ سبع سنين حيث تنفذ في اليسير من ماله. فإنها غير مخالفة لما تقدم بقدر مدلول تلك النصوص.

نعم هي تضمنت نفوذ وصية من بلغ سبع سنين في اليسير من ماله وهذا إن لم يتم اجماع على خلافه فهو، وإلا كما هو الظاهر فلا بد من رفع اليد عنها ورد علمها إلى أهله.

ومنه يظهر الحال في صحيحة محمد بن مسلم قال: (سمت أبا عبد الله (ع) يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

الثاني: العقل، فلا تصح وصية المجنون (١). نعم

لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء (١).
فإن الحال فيها هو الحال في معتبرة أبي بصير المتقدمة، فإن تم
اجماع على عدم التفصيل فلا بد من طرحها كما يظهر ذلك من ذهاب
المشهور إلى عدم الفرق. وإلا كما هو الظاهر فلا بد من تقييد
اطلاق ما دل على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشرة.
وبعبارة أخرى نقول: إن النسبة بين صحيحة محمد بن مسلم وبين
ما دل على نفوذ وصية الغلام إذا بلغ عشرة، إنما هي العموم والخصوص
من وجه فهما قد يجتمعان وقد يفترقان، فيجتمعان في وصية الغلام
البالغ عشرة لأرحامه ويفترقان في موردين وصية البالغ عشرة لغير
أرحامه ووصية من لم يبلغ عشرة لأرحامه حيث إن مقتضى ما دل على
نفوذ وصية البالغ عشرة هو صحة الأول وفساد الثاني في حين أن
مقتضى صحيحة محمد بن مسلم هو العكس فيهما. وحينئذ فمقتضى القواعد
هو التساقط والرجوع إلى عموم ما دل على حجر الصبي وعدم نفوذ
تصرفاته ما لم يحتلم.

فما أفاده الماتن (قده) وفاقا للمشهور لا يمكن المساعدة عليه،
لأن القدر المتيقن من نفوذ وصية الصبي هو ما إذا بلغ عشرة وكانت
وصيته للأرحام. اللهم إلا أن يثبت اجماع على عدم الفرق لكنه غير ثابت
(١) لرفع القلم عنه فلا أثر لتصرفاته ولا تثبت له الكتابة في قوله
تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت) (٢) وكذا النصوص
الواردة في المقام.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

(٢) البقرة: ١٨٠.

تصح وصية الأدواري منه إذا كانت في دور إفاقته (١).
وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره (٢).
ولا
يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل (٣).

-
- (١) لتمامية الشرط في حقه.
(٢) إذا بلغ حد فقد العقل وسلب الإدراك والشعور فإنه يلحق حينئذ بالمجنون، وإلا فلا دليل على اعتبار عدمه لأن الدليل منحصر في الحاقه بالمجنون وهو ليس كذلك.
(٣) كما هو مقتضى صريح كلماتهم وحكمهم بصحة وصية المجنون الأدواري في حال إفاقته.
ودعوى: أن الوصية من العقود الجائزة وهي تبطل بالجنون المتأخر ما لم يدل دليل على عدمه، وهو مفقود في المقام. مدفوعة: بأنها من الدعاوي التي لم يقم عليها دليل.
نعم هي ثابتة في موردين أحدهما من العقود والآخر 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 أيضا. وهذا يعني بطلان الوكالة، وهل هو على الإطلاق أو أنها تعود بعد ارتفاع الجنون؟ فيه كلام يأتي في محله.
والثاني الإباحة والإذن حيث يبطلان بالجنون المتأخر بلا اشكال باعتبار أنها شرط معتبر في كل تصرف حيث لا بد من كونها مقارنا له وهي لا تصح من المجنون. إلا أنها ليست من العقود. وكيف كان: فثبوت هذه القضية في مورد من العقود لا يقتضي ثبوتها وعمومها لكل العقود الجائزة. ومن هنا فلا مجال للحكم بالبطلان

كما أنه لو أغمي عليه (١) أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال انشاء الوصية.

الثالث: الاختيار (٢).

الرابع: الرشد، فلا تصح وصية السفیه (٣) وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده.

في المقام عند طرو الجنون للموصي بعد الحكم بصحتها. (١) يظهر الحال فيه مما تقدم في الجنون بناء على الحاقه به لا بالنوم.

(٢) اجماعاً، ولرفع القلم عن المكره حيث قد عرفت في بعض الأبحاث السابقة أن ظاهر الرفع ارتفاع كل ما يترتب على العمل من الآثار سواء في ذلك الكفارة والحد وغيرهما، فيفرض ذلك الانشاء كالعدم ولا يترتب عليه أثر. ومن هنا فيكون دليل الرفع حاكماً على ما دل على ثبوت شيء وترتبه على ذلك الفعل.

ولا موجب لدعوى اختصاصه بالمؤاخذه خاصة فإنها دعوى بلا دليل بل يشهد لبطلانها صحيحة البنظي عن أبي الحسن (ع):
(في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال (ع): لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا) (١).
فإن استشهاده (ع) بنفي الاكراه في المقام دليل على عدم اختصاصه بنفي المؤاخذه.

(٣) اختاره العلامة (قده) وجملة من الأصحاب وكأن الوجه

(١) الوسائل: ج ١٦ باب ١٢ من أبواب الايمان، ح ١٢.

فيه اطلاق ما دل على الحجر على السفية وأنه لا يجوز أمره، فإن مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ما إذا كانت بالمعروف وعدمه وبين ما إذا حكم الحاكم بحجره وعدمه. لكن عن جامع المقاصد أن المشهور بين الأصحاب جواز وصية السفية في البر والمعروف. والصحيح أن أدلة الحجر قاصرة الشمول لوصية السفية أما الآية الكريمة: (فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) (١) فهي ناظرة إلى دفع أموالهم إليهم ليتصرفوا فيها كيف يشاؤون، فهي منصرفة عن الوصية ولا تنظر إليها. ولا يبعد دعوى ذلك في نصوص الحجر أيضا، ولعل الوجه فيه أن هذا الجعل. الحجر) إنما هو لمصلحة السفية ومراعاة حفظ أمواله وإلا فهو مالك له بلا اشكال، فيختص بتصرفاته فيها حال حياته حيث تكون الأموال مملوكة له، ولا تشمل بعد مماته لأنها تنتقل عنه إلى غيره لا محالة وبناء على صحة وصيته تنتقل إلى الموصى له في الوصية التمليكية وتبقى في ملكه في العهدية. ومن هنا لا يكون في الحجر عليه من هذه الجهة أي امتنان عليه بل يكون هو خلاف الامتنان في حقه ويؤيده معتبرة أبي الحسن الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله (ع) قال: (سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال: وما أشده، قال: احتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم، قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز عليه أمره إلا أن يكون سفيا أو ضعيفا) (٢) فإنها ظاهرة في اختصاص الحجر على السفية بما يكون عليه

(١) النساء: ٦.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الحجر، ح ٥.

وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء (١) لتقدم الدين على الوصية.

الخامس: الحرية. فلا تصح وصية المملوك بناء على عدم ملكه وإن أجاز مولاه (٢). وكذا بناء على ما هو

فلا يشمل ما لا يكون كذلك، والوصية منها كما عرفت ولذا يصح قبوله للوصية له بلا خلاف فيه فيما نعلم وإن كان المال لا يدفع إليه. كما يؤيده معتبرة محمد بن مسلم كما في التهذيب عن أحدهما (ع): (قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم) (١) فإن ظاهرها كون العبرة في النفوذ بالعقل خاصة ومن غير اعتبار للرشد.

إذن: فما نسب إلى المشهور من نفوذ وصية السفية هو الصحيح. ثم إن مقتضى ما تقدم عدم الفرق بين وصيته بالمعروف أي ما يكون راجحاً شرعاً وغيره فتنفذ وصيته وإن تعلق بالمباح. نعم لا تصح الوصية بما يخالف الكتاب والسنة إلا أنه لا يختص بالسفيه (١) واختصاص الحجر عليه بالتصرف المزاحم لحقهم فحاله حال من أوصى وعليه ديون مستوعبة لجميع أمواله وبعد لم يحجر عليه. (٢) حيث لا تكون من الوصية الفضولية كي تصح بإذن مولاه لأنها إنما تكون فضولية فيما لو علق التملك على وفاة المولى، وأما إذا علقه على وفاته هو كما هو المفروض فلا تصح حتى مع إجازة

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢.

الأقوى من ملكه لعموم أدلة الحجر (١)، وقوله (ع):
(ولا وصية لمملوك) (٢)

المولى إذ لا يصح تعليق الملكية على وفاة غير المالك
(١) كقوله تعالى: (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على
شيء) (١)، وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): (أنه
قال في المملوك ما دام عبدا فإنه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا
كثير عطاء ولا وصية إلا أن يشاء سيده) (٢).
هذا كله مضافا إلى ما دل على نفوذ وصية المكاتب بحساب ما أعتق
منه كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع): (قال: قضى
أمير المؤمنين (ع) في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز
من وصيته بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه
فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية، وقضى في مكاتب قضى ثلث
ما عليه فأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية) (٣) فإنها تدل على عدم
نفوذ وصية العبد.
(٢) رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن حديد
عن جميل بن دراج عن أحدهما (ع) (٤).
وقد رده صاحب الجواهر (قده) لضعف سنده بعلي بن حديد
لكن ناقش فيه بعضهم بأن الأظهر وثاقته، لكننا لا نعلم له وجهاً فإنه

(١) النحل: ٧٥.

- (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٨١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.
(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

(٤٢٠)

بناءً على إرادة نفي وصيته لغيره (١) لا نفي الوصية له.
نعم لو أجاز مولاه صح (٢) على البناء المذكور.
ولو

أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت (٣)

لم يرد في شيء من النصوص مدحه فضلاً عن توثيقه إلا روايتين هما
ضعيفتا السند فلا تصلحان للاعتماد عليهما. نعم ورد ذكره في اسناد
كامل الزيارات وتفسير علي بن إبراهيم، فعلى ما اخترناه من وثاقة كل
من يقع في اسنادهما فلا بأس بتوثيقه لولا أن الشيخ (قده) قد
ذكر في مواضع من كتابيه أنه ضعيف جداً فإنه يمنع من الحكم بوثاقته.
(١) أي بمعنى كون إضافته إضافة إلى الفاعل كما هو الظاهر
لا إضافة إلى المفعول.

(٢) كما صرحت به صحيحة محمد بن قيس المتقدمة. وكذا الحال
فيما لو أوصى من دون إجازة المولى ثم أمضاها السيد، حيث يشملها
تعليقه (ع) في صحيحة زرارة الواردة في نكاح العبد من دون إذن مولاه
من: (أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازته جاز) (١) فإن
مقتضى عموم التعليق عدم اختصاص الحكم بالنكاح، وحينئذ فيحكم
بالصحة فيما نحن فيه أيضاً، ونتيجة ذلك هو القول بأن الإجازة
المعتبرة أعم من الحدوث والبقاء بمعنى أن المصحح للعقد هو الأعم
من الإذن السابق والإجازة اللاحقة.

(٣) وكان الوجه فيها هو زوال المانع بعد عدم الدليل على مانعية
الرقبة على الإطلاق والبطلان إلى الأبد، إذ الدليل يختص بما دام رقاً.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

على اشكال (١).
نعم لو علقها على الحرية فالأقوى صحتها (٢)

(١) قوي جدا لأن مقتضى اطلاقات أدلة اعتبار الحرية وعدم نفوذ وصية العبد إلا بإذن مولاه أو امضائه كصحيحة محمد بن قيس عدم الفرق في البطلان بين تحرره وبقائه على الرقية فتكن كوصية الصبي قبل بلوغه عشرا، فإنها حين وقوعها لم تكن محكمة بالصحة فالحكم بصحتها بعد ذلك يحتاج إلى الدليل وهو مفقود بل مقتضى اطلاق صحيحة محمد بن قيس عدم تأثير الحرية المتأخرة في نفوذها. نعم لو أمضاها بعد حرите حكم بصحتها نظرا إلى أن امضاءه لها بمنزلة وصية جديدة.

(٢) بل الأقوى فسادها، لأن المراد بالتعليق إن كان هو ما يكون على نحو الشرط المتأخر بمعنى كون الوصية فعلية وكون المعلق عليه أمرا متأخرا فلا حاجة في اثبات بطلاتها إلى دعوى أن التعليق يقتضي البطلان فإنه وإن لم نقل بذلك فإن الروايات الواردة في المقام كصحيحة محمد بن قيس تكفي في الحكم ببطلاتها، إذ أن المستثنى فيها إنما هو خصوص فرض مشية السيد ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الوصية المعلقة وغيرها.

وإن كان هو ما يكون من قبيل الشرط المقارن بأن ينشأ العبد من الآن الوصية المتأخرة عن حرته بحيث لا يكون بالفعل غير الانشاء وأما المنشأ فظرفه هو الزمان الآتي، فمثل صحيحة محمد بن قيس وإن لم يقتض بطلاتها حيث إن المنع والحجر إنما يتعلقان بنفس المنشأ دون اللفظ والصيغة فإنه لا دليل على حجه بالنسبة إليهما أيضا، إلا أن مثل هذا التعليق مبطل جزما بل هو القدر المتيقن من التعليق المبطل،

ولا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا
لزيد إن مت في سفري (١). ولو أوصى بدفنه في مكان
خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة (٢).

ولا يقاس ذلك بتقييد الموصى له بكونه عالما أو خيرا على ما سيأتي
توضيحه.

إذن: فالصحيح بطلان مثل هذه الوصية من العبد سواء أكان
التعليق من قبيل الشرط المتأخر أم كان من قبيل الشرط المقارن،
ما لم ينشأ وصية جديدة بعد العتق ولو بامضائه للوصية الأولى.
(١) ما أفاده (قده) يعد من غرائب ما صدر منه رحمه الله فإن
التعليق على الموت مقوم لعنوان الوصية سواء أكان تعليقا على مطلق
الموت وطبيعياً أم كان تعليقا على موت خاص، فلا يقاس على التعليق
على الحرية.

ودعوى: أنه لا دليل على بطلان الوصية بالتعليق فإنها لا تقاس
بسائر العقود إذن لا مانع من تعليقها على كون الموصى لهم طلبة أو متدينين
أو سكنة مدينة معينة.

مدفوعة: بأنها أيضا من غرائب الكلام فإن التقييد ليس من
التعليق في الوصية بل هي مطلقة وغير معلقة على شيء غاية الأمر أن
الموصى له قد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا بصنف أو نوع معين،
فالتقييد إنما يكون في الموضوع خاصة. وهذا بخلاف ما نحن حيث إن
تقييد الوصية بالحرية يرجع إلى تعليقها عليها بمعنى أنه إن كان حرا
فقد أوصى وإن لم يكن كذلك فهو لم يوص.
(٢) لم يظهر لنا وجه أقوائية الصحة، فإن اطلاقات الحجر محكمة

وكذا ما كان من هذا القبيل.
السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما
أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب
سم أو نحو ذلك فإنها لا تصح وصيته على المشهور (١)
المدعى عليه الاجماع. للنص الصحيح الصريح (٢) خلافا

وشاملة للمقام كقوله تعالى: (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء) (١) فإن الوصية شيء كما يشهد له استشهاد الإمام (ع)
في صحيحة زرارة لبطلان طلاق العبد بالآية الكريمة (٢)، وصحيحة
محمد بن قيس المتقدمة عن أبي جعفر (ع) أنه (قال في المملوك
ما دام عبدا فإنه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا
وصية إلى أن يشاء سيده) (٣).
فإن مقتضى اطلاق نفي نفوذها من دون مشيئة السيد عدم الفرق
بين الوصية بالمال والوصية بغيرها.
ودعوى انصرافها إلى الوصية بالمال لا وجه لها.
(١) بل المتسالم عليه في الجملة، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى
أحد غير ابن إدريس وتبعه بعض.
(٢) وهو صحيح أبي ولاد قال: (سمعت أبا عبد الله (ع)
يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالد فيها، قلت:

(١) النحل: ٧٥.

(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه، ح ١.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

لابن إدريس وتبعه بعض والقدر المنصرف إليه الاطلاق
الوصية بالمال (١).

وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه
مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها كما أن الحكم مختص
بما إذا كان فعل ذلك عمدا (٢)

أرأيت إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟
قال: فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من
جراحة أو قتل أجيزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصية بعدها
أحدث في نفسه من جراحة أو قتله لعله يموت لم يجز وصيته (١).
(في ثلثه) ومعه فلا وجه لدعوى الانصراف، فإنه أساسا لا يشمل
الوصية بغير المال.

وفيه: أن قوله (ع): (في ثلثه) قيد لصورة تقدم الوصية
على الحدث في النفس، وأما صورة تأخرها عنه التي هي محل الكلام
فهي مطلقة وغير مقيدة بالثلث.

وبعبارة أخرى: إن قوله (ع): (في ثلثه) قيد لفرض جواز
الوصية، وأما فرض عدم جوازها فهو مطلق من هذه الناحية.
نعم الحكم في هذا الفرض منصرف إلى الوصية المالية بقريضة تقييده
لفرض النفوذ بالثلث. فلا مانع من الالتزام بنفوذها في غيره.
(٢) وذلك لا لقوله (ع) في صدر الصحيحة: (من قتل
نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها فإن من المحتمل أن يقال

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

لا سهواً أو خطأً وبرجاء أن يموت (١) لا لغرض آخر
وعلى وجه العصيان (٢) لا مثل الجهاد في سبيل الله. وبما
لو مات من ذلك، وأما إذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته
بلا اشكال (٣):

وهل تصح وصيته قبل المعافاة؟ اشكال (٤)

باختصاص هذا الحكم بالذات بالمتعمد، وأما عدم نفوذ وصيته فهو
غير مقيد بالمتعمد، وإنما لقوله (ع) (لعله يموت) فإنه صريح
في الاتيان بالفعل عمداً لا سهواً أو خطأً.

(١) لقوله (ع): (لعله يموت). ومن هنا فلو لم يكن
الفعل لهذا الغرض فلا تشمله الصحيحة وإن ترتب الموت عليه من
باب الاتفاق.

(٢) للانصراف العرفي ولو بقريضة صدر الصحيحة حيث حكم (ع)
بأنه في نار جهنم خالداً فيها.

(٣) بل الظاهر أن المسألة متفق عليها، وذلك لظهور صحيحة
أبي ولاد في كون الوصية مقارنة لاحتمال الموت من قبل ذلك الحدث
فلا تشمل ما إذا عوفي من الحدث وأوصى في حال الصحة، فإن الحدث
السابق يكون حينئذ كالعدم.

(٤) منشأه أن مقتضى صدر الصحيحة أن موضوع الحكم هو القاتل
نفسه فلا يشمل ما نحن فيه لأن المفروض أنه عوفي منه وإن كانت
وصيته في زمان يحتمل فيه الموت نتيجة للحدث في حين أن مقتضى
ذيلها أعني قوله (ع): (وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في
نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم يجز وصيته) هو عدم نفوذها

ولا يلحق التنجيز بالوصية (١). هذا ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته، وإن كان حين الوصية بانيا على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم مضافا إلى العمومات.
(مسألة ١١): يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال (٣)

سواء أتعبها الموت أم لم يتعبها. فالموضوع في عدم النفوذ هو المقدم على قتل نفسه من غير اعتبار لتحقيق الموت في الخارج. والثاني: هو الأقوى ويدلنا عليه مضافا إلى ظاهر الصحيحة شمولها لمن أحدث في نفسه حدثا لعله يموت ثم مات بسبب آخر غير ذلك الحدث كقتل غيره له أو الزلزلة أو نحوهما قبل المعافاة 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 ملغاة في هذه الحالة عقوبة له فتعتبر كالعدم ما لم ينشأ وصية جديدة بعد المعافاة.
(١) نظرا لكون الحكم في مورد الصحيحة على خلاف القاعدة، فلا وجه لقياس غيرها من التصرفات عليها.
(٢) فإن مقتضى اطلاق قوله (ع): (إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من جراحة أو قتل أجزيت وصيته في ثلثه) عدم الفرق بين كونه بانيا على قتل نفسه حين الوصية وعدمه.
(٣) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، وتدل عليه جملة من النصوص

مع فقد الآخر، ولا تصح مع وجوده (١). كما لا يصح

عمدتها معتبرة محمد بن مسلم الواردة في المضاربة عن أبي عبد الله (ع):
(أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند
الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس
به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي) (١).
فإن مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربة وشموله
لكل ما كان له التصرف فيه في حياته. ثم إنها وإن كانت واردة في
الأب إلا أن الحكم ثابت للجد أيضا نظرا لأقوائية ولايته من ولاية
الأب على ما تقدم في كتاب النكاح.
هذا ويمكن أن يستدل على الحكم بما دل على أن عقدة النكاح
بيد الأب والجد بدعوى أنه إذا ثبت ذلك في النكاح ثبت في الأموال
بالأولوية القطعية باعتبار أن أمر الزواج أهم من غيره جزما.
وكيف كان: فالحكم متسالم عليه ولم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.
(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، واستدل له بأنه ليس للدليل
ثبوت الولاية اطلاق يشمل هذه الصورة أيضا.
إلا أن الأولى أن يستدل له بأن ولاية الأب والجد بمقتضى دليلها
ولاية مطلقة وغير مقيدة. ومن هنا فلا تنسجم مع جعل الولاية لغيرهما
مع وجود واحد منهما في عرضه حيث إن مقتضاه تقييد ولايته بعدم
تصرف ذلك للغير قبل تصرفه. فهو نظير ما ذكرناه في باب الأوامر
من أن مقتضى اطلاق الأمر كون تعيينها لا تخييريا باعتبار أن جعل
البديل له ينافي اطلاقه.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (١) فإنه بعد فقدهما له
الولاية عليهم ما دام حيا، وليس له أن يوصي بها لغيره
بعد موته فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله
حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر.
ولا ولاية

في ذلك للأم (٢) خلافا لابن الجنيدي حيث جعل لها بعد
الأب إذا كانت رشيدة (٣). وعلى ما ذكرنا فلو أوصى
للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره
إلى غير الأب والجد وغير الحاكم لم يصح (٤).

ففيما نحن فيه: اطلاق الدليل ينافي كون الولي هو الجامع بين الباقي
منهما ووصي الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير.
(١) لقصور دليل ولايته، لأنها إنما ثبتت له من باب كون الفعل
مما لا بد من تحققه في الخارج ويرغب الشارع في حصوله وهو يحتاج
إلى من يقوم به والقدر المتيقن منه هو الحاكم الشرعي، فإنه يختص
بحال حياته وما دام حاكما شرعيا، فلا يشمل ايصاءه لغيره بالولاية
بعد مماته.

(٢) بلا اشكال فيه لعدم الدليل على ثبوت الولاية لها في عرض
الأب والجد أو طولهما.
(٣) ولم يظهر لنا دليله.
(٤) حيث لا يصح لأحد التشريع وجعل حكم لم يكن ثابتا في
الشرعية المقدسة فإن الولاية على أموالهم منحصرة بالمذكورين فلا يصح
جعلها لغيرهم.

بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما
نعم لو أوصى لهم علي أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم
بعد بلوغهم، أو علي أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم
يمكن أن يقال بصحته (١) وعدم رجوع أمره إلى الأب
والجد أو الحاكم.

(١) بل هو المتعين لأنه حينئذ ليس بمال للأطفال أو حق لهم،
وإنما هو مال للميت وبقا علي ملكه غاية الأمر أنه أمر وصيه بصرفه
عليهم وتمليكهم بعد بلوغه إياه، وهذا لا مانع منه حتى مع
وجود الأبوين

(٤٣٠)

فصل

في الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل
من عين أو منفعة أو حق قابل للنقل (١)، ولا فرق في
العين بين أن تكون موجودة فعلا أو قوة، فتصح الوصية
بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة (٢)

فصل

في الموصى به

(١) لاطلاقات أدلة الوصية وعمدتها قوله تعالى: (كتب عليكم
إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية) فإن المستفاد منها
كون العبرة في نفوذ الوصية بصدق ما ترك على الموصى به وهو صادق
على الأعيان والمنافع والحقوق القابلة للانتقال التي يخلفها المكلف بعد وفاته.
(٢) للاطلاقات، فإن الوصية إنما تتعلق بثلاث ما ترك لا ثلاث ما هو
موجود حينها كما يشهد له تأخر الإرث عنها، وعلى هذا الأساس
يدخل ما يتجدد له من الملك بعدها فيها.

(٤٣١)

وتصح بالعبد الآبق منفردا (١) ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة. ولا تصح بالمحرمات (٢) كالخمر والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي (٣) كالحشرات وكلب الهراش، وأما كلب الصيد فلا مانع منه (٤) وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها (٥)، ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق (٦) كحق القذف ونحوه وتصح بالخمر المتخذ للتخليل (٧). ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون

نعم لو أوصى بثلاث ما هو موجود عنده بالفعل لم يدخل الملك المتجدد في ضمنها.

(١) لما تقدم من اطلاق دليل النفوذ، وعدم الدليل على التقييد.
(٢) لأنها لا تكون مملوكة له ولا متعلقة لحقه. ومعه فلا تدخل في عنوان ما ترك.

(٣) لعدم اعتبار الملكية أو حق الاختصاص له أيضا.

(٤) لكونه مالا ومملوكا على حد سائر الأموال.

(٥) فإنه يوجب كونه متعلقا للحق ومختصا بمن هو في يده عند العقلاء، ومن هنا فيدخل في عنوان ما ترك.

(٦) لعدم صدق ما ترك عليه.

(٧) لما تقدم في كلب الحائط والماشية والزرع.

الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لأن الكفار أيضا مكلفون بالفروع (١). نعم هم يقرون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحا. ولا تصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (٢).

(١) الظاهر أن بطلان مثل هذه الوصية لا يتوقف على دعوى تكليف الكفار بالفروع على حد تكليفهم بالأصول، بل هي لا تصح حتى بناء على ما استظهرناه من بعض النصوص الصحيحة من عدم تكليفهم بالفروع. وذلك: لأن الاسلام وإن أقرهم على ما هم عليه فلا يزاحمهم في بيع الخمر والخنزير أو الوصية بهما أو انتقالهما إلى الغير بالإرث إلا أن ذلك لا يعني الحكم بالصحة والأمر بنفوذها بعد ما كان مبغوضا واقعا ومنهيا عنه شرعا، بحيث يلزم الوصي بتنفيذها ويحرم عليه مخالفتها فإن بين المسألتين أعني اقرارهم على مذهبهم والحكم بالنفوذ من البون ما لا يخفى، فهو نظير ايصاء الصبي لصبي مثله بالخمر، أنه وإن قلنا بصحة وصيته إلا أن ذلك لا يعني الزام الشارع بتنفيذها نظرا لعدم كونه مكلفا بالفروع.

(٢) بلا خلاف ظاهر فيه بين الأصحاب فإن الإجازة إنما تصح العقد إذا كان للمجيز القيام بذلك التصرف بالمباشرة، وأما ما ليس له من التصرفات فليس له أن يجيزه إذا صدر من غيره، وما نحن فيه من هذا القبيل فإن الوصية وإن كانت من العقود المعلقة إلا أنها معلقة على موت نفس المالك وأما تعليقها على موت غيره فلا دليل على نفوذها.

نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمال صحته إذا أجاز (١).

وبعبارة أخرى: إن التعليق في التمليك غير جائز وإنما خرجنا عنه في التعليق على موت المالك لأدلة نفوذ الوصية حيث عرفت أن قوامها بالتعليق فيبقى غيره على عموم المنع. فليس للمالك أن يعلق التمليك على موت غيره، وإذا لم يكن هذا التصرف بالمباشرة لم تصح إجازته له إذا صدر من غيره.

(١) بل هو المتعين بناء على ما هو الصحيح واختاره الماتن (قده) في حاشيته على المكاسب من كون صحة العقد الفضولي عند إجازة من بيده الأمر على القاعدة، لأنه وبإجازته لا تنتسب تلك الوصية إليه فتكون وصية له حقيقة وإن لم يتلفظ بها مباشرة. وعليه فما أفاده الماتن (قده) من التردد في الصحة في غير محله والمتعين هو الحكم بالصحة بضرر قاطع. وتوهم: أن ترديده (قده) ناش من كون الوصية ايقاعا على ما صرح به والاجماع قائم على عدم جريان الفضولية في الايقاعات مدفوع: بدعم قيام دليل لفظي على عدم جريان الفضولية في الايقاعات كي يتمسك باطلاقه، وإنما الدليل يختص بقيام الاجماع على عدم جريانها في الطلاق والعتق حيث يعتبر فيهما لفظ خاص صادر من الزوج أو المولى، وحيث إن الاجماع دليل لبي ومورده يختص بهذين الايقاعين فلا وجه للقول بعدم جريانها وعدم نفوذها بالإجازة في سائر الايقاعات مثل البراء والوصية، بل إن نفوذها بالإجازة في المقام أولى من نفوذها بها في العقود. فإن العقد يتقوم بالقبول فيمكن أن يرد عليه أن في زمن تحقق القبول لم تكن إجازة وعند الإجازة لا قبول، بخلاف البراء والوصية حيث لا يعتبر فيها إلا الاعتبار

(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه فلو كان بأزيد بطلت في الزائد (١)

النفساني مع ابرازه في الخارج بمبرز. ومن هنا فتكون نفس الإجازة مصداقا للبراء أو الوصية، فإنها ليست إلا ابراز الاعتبار النفساني المتعلق باسقاط ما في ذمة المدين أو تمليك ماله عند موته لغيره، فيكون نفوذها في المقام أولى من نفوذها في العقود. ومن هنا يظهر الفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة حيث تصح هذه بإجازة المالك ولا تصح تلك بها.

هذا وقد ذكر شيخنا الأستاذ (قده) في تعليقه أمرا غريبا لم يكن متوقعا من مثله حيث ذكر أنه: (لو كانت الوصية بمال الغير قابلة لأن تصح بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين). فإن الفرق بين الصورتين أوضح من أن يخفى كما عرفت فلا وجه لقياس إحداهما بالأخرى.

(١) والنصوص الدالة عليه كثيرة ومتظافرة بل قيل إنها متواترة ولا يبعد دعوى التواتر الاجمالي وصدور بعضها منهم (ع) جزما ففي بعضها: (إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث) وفي بعضها أن أحدهم أوصى بجميع أمواله له (ع) فبعث إليه فأخذ (ع) الثلث ورد الباقي. بل وفي بعضها تفسير قوله تعالى: (من خالف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه) بالزيادة على الثلث (١). وكيف كان: فالحكم متسالم عليه حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد غير علي بن بابويه على خلاف في النسبة وهو شاذ.

(١) راجع الوسائل: ج ١٣ باب ١١ و ٦٦ و ٦٧ من أبواب أحكام الوصايا.

إلا مع إجازة الورثة بلا اشكال (١). وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقا (٢) على تقدير ثبوت النسبة شاذ.

(١) إذا كانت الإجازة بعد وفاة الموصي، فإن أمر المال حينئذ بيدهم فلهم أن يفعلوا به ما يشاؤون. وأما 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: رواية محمد بن عبدوس قال: (أوصى رجل بتركته تباع وغير ذلك لأبي محمد (ع) فكتبت إليه: رجل أوصى إلي بجميع ما خلف لك، وخلف ابنتي أخت له، فأريك في ذلك؟ فكتب إلي بع ما خلف وابعث به إلي، فبعث وبعثت به إليه، فكتب إلي: قد وصل) (١).

الثانية: رواية عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع): قال: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز (٢).
الثالثة: موثقة علي بن الحسن قال: (مات محمد بن عبد الله بن زرارة وأوصى إلي أخي أحمد بن الحسن، وخلف دارا وكان أوصى في جميع تركته أن تباع ويحمل ثمنها إلي أبي الحسن (ع) فباعها، فاعترض فيها ابن أخت له وابن عم له، فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير وكتب إليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح،

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١٦.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٩.

ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة (١)

فأخبره أنه جميع ما خلف وابن عم له وابن أخته عرض، وأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، فكتب: قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب (١).

وقد ردها بعضهم بأنها وإن كانت تعارض ما دل على أن حد الوصية الثلث. إلا أن الطائفة الثانية تترجح عليها نظرا لأصحية سندها وأكثرية عددها وأوضحية دلالتها وموافقتها لفتوى الأصحاب ظاهرا. لكن الظاهر أن الأمر ليس كذلك فإن هذه الطائفة تقصر عن معارضة تلك أساسا فإن الروائين الأوليين ضعيفتا السند - وإن عبر عنهما في بعض الكلمات بموثقة محمد بن عبدوس وموثقة عمار بن موسى - أما الأولى فلأن محمد بن عبدوس مجهول ولم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق، وأما الثانية فلأن في طريقها عمرو بن شداد على ما في الكافي والتهذيب أو عمر بن شداد على ما في الفقيه والاستبصار السري والأول مجهول لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق. والثاني مشترك بين أشخاص متعددين، ومن ثم فمجهول. وأما الرواية الثالثة فلعل الجواب عنها واضح فإنها أجنبية عن محل الكلام فإن مفروضها إجازة الوارث للوصية نتيجة لأخذه ثلاثة دنانير فلا تكون معارضة لما دل على أن حدها الثلث، وإلا فقد وردت جملة من النصوص الدالة على أنه (ع) اقتصر على أخذ الثلث في نظائر هذا المورد.

(١) بلا خلاف فيه بينهم، ويقتضيه مضافا إلى اطلاقات الأدلة صريح جملة منها حيث إن النصوص التي استدلت بها على مذهب

(١) الوسائل: ج ١٣، باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٧.

ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المجيز فقط (١) ولا يضر التبعض كما في سائر العقود فلو خلف ابنا وبتنا وأوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة (٢)، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة. (مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له (٣)، فلو أوصى

المشهور واردة في كلا القسمين.

- (١) كما هو ظاهر النصوص. ودعوى: توقف نفوذها في حصته على إجازة الآخر لصحته بحيث يكون نفوذ الزائد بالإجازة على نحو الواجب الارتباطي بعيدة عن الفهم العرفي.
- (٢) باعتبار أنه يستحق اثنين من ستة بمقتضى أصل الوصية فيكون الفارق بينه وبين النصف سهمًا واحدًا من ستة وحيث إنه مشترك بين الولد والبنت بمقتضى الإرث على نحو التفاضل، يكون مقتضى إجازة الولد نفوذها في حصته والبالغة ثلثي هذا الواحد. منه يظهر الحال في إجازة البنت للزائد دونه.
- (٣) إذ العبرة إنما هي بالواقع وكون الموصي به بمقدار الثلث أو أقل منه بحسب نفس الأمر، وأما قصد العنوان وعلم الموصي به أو التفاته إليه فلا عبرة به ولا دخل له في النفوذ وعدمه على ما يقتضيه إطلاق الأدلة ولذا لو أوصى بعين معتقدا أنها تمام ماله ثم انكشف كونها بمقدار ثلثه أو أقل نفذت وصيته سواء أكان الانكشاف قبل موته

بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت ولو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليما مع وصيته بالثلث سابقا أو لاحقا بطل مع عدم إجازة الورثة (١).

أم بعده والعكس بالعكس فإنه لو أوصى بها معتقدا كونها بمقدار ثلثه أو أقل ثم بان كونها أكثر منه لم تنفذ الوصية إلا في الثلث خاصة. (١) في اطلاق كلامه (قده) اشكال بل منع. والتحقيق أن يقال: أما في صورة قصد كونها من ثلثي الورثة مع بقاء ثلثه سليما فالأمر كما أفاده (قده) فإن الوصية بالعين المعينة مع فرض تحفظه على الثلث وعدم رفع اليد عن الوصية به سابقا أو لاحقا تكون من الوصية الزائدة عن الثلث لا محالة وحينئذ وبطبيعة الحال يتوقف نفوذها على إجازة الورثة. وأما في صورة قصد كونها من أصل المال فالأمر في ثلثيها الذين يخرجان من ثلثي الورثة أيضا كذلك، وأما ثلثها الذي يخرج من ثلث الميت فلم يظهر لنا وجه الحكم ببطلانه، فإن للميت أن يعين ثلثه في أي عين من أعيان أمواله شاء على ما تقدم لا طلاق الأدلة بل لصريح بعضها ومن دون أن يكون فيه أي مخالفة للشرع.

ثم إن هذا الذي ذكرناه لا يختص بما إذ كانت له وصية بالثلث سابقة على وصيته بهذا العين، بل يجري فيما لو أوصى بها أولا ثم أوصى بالثلث بعدها. فيقال: إن الوصية الأولى تنفذ في ثلثها الذي يكون من ثلث الوصية الثانية، وأما بالنسبة إلى ثلثيها الآخرين فيتوقف

بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع (١) وإن لم تكن حينئذ زائدة

نفوذها على إجازة الورثة كما هو الحال فيما لو أوصى بكون جميعها من ثلثي الورثة.

والوجه فيه: مع أن في الوصية الأولى لم يكن الموصى به زائداً على الثلث هو أن العبرة في الزيادة عن الثلث وعدمها إنما هي بحال الموت لا حال الوصية. ولذا لو أوصى بتمام الدار التي لم يكن يملك حين الوصية غيرها لزيد ثم رزقه الله أموالاً بحيث أصبحت الدار حين موته بمقدار ثلثه أو أقل، حكم بنفوذها. كما أنه لو كانت الدار حين الوصية ثلث ما يملكه ولكنها أصبحت حين موته تمام ما يملكها نفذت الوصية في ثلثها فقط.

وعلى هذا: فلو أوصى أولاً بكون عين عن أعيان أمواله لزيد بقصد كونها من مجموع المال أو خصوص ثلثي الورثة ثم أوصى بعد ذلك بالثلث انقلبت الوصية الأولى عن وصف عدم كونها زائدة على الثلث إلى وصف كونها زائدة عليه، فكانت وصيته زائدة على الثلث بقاء وإن لم تكن كذلك حدوثاً حيث لم تكن له وصية بالثلث. ومن هنا: فتنفذ الوصية في ثلثها خاصة وأما ثلثها الآخران فيتوقف نفوذها فيهما على إجازة الوارث.

فالمتحصل من جميع ما تقدم: أن اطلاق الماتن (قده) للحكم بالبطلان لا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه.

(١) فيه منع ظاهر، إذ قد عرفت أن العبرة في الزيادة على الثلث إنما هي بحين الموت. وهي غير متحققة في المقام وإن كان الموصى قد

عن الثلث.

نعم لو كانت في واجب نفذت، لأنه يخرج من الأصل (١) إلا مع تصريحه باخراجه من الثلث. (مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان ربما يقال بالأول ويحمل عليه ما دل من الأخبار

قصد هذا العنوان، إلا أنه لا أثر لقصده هذا. ولذا لو أوصى بداره وكان يعتقد أنها تمام ما يملكه ثم انكشف في حياته أو بعد وفاته الخلاف وأنها بمقدار ثلثه أو أقل، نفذت الوصية. فإن العبرة على ما تقدم إنما هي بالواقع لا بقصد كونه من الثلث أو من الزائد عليه.

وعبارة أخرى نقول: إن تعنون هذه الوصية بكونها وصية زائدة على الثلث يتوقف على الوصية في مرحلة سابقة على هذه الوصية أو لاحقة لها بالثلث، وأما مع دمها فلا معنى لأن يقال بأنها زائدة عليه إذ لا شيء كي تكون هذه زائدة عليه بالقياس إليه. وعليه: فالحكم بالبطلان في هذه الصورة لا وجه له ولا دليل عليه. (١) مر في بحث الصلاة أن هذا الحكم إنما يختص بالواجبات المالية الواجبة بالأصالة كالديون ومنها الخمس والزكاة وحجة الاسلام، ولا يعم الواجبات البدنية كالصلاة والصوم والواجب بالعارض كالحج المنذور، فإن حالها حال غير الواجبات في الخروج من الثلث خاصة.

على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جازر، وأنه أحق بماله ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثاني، لأن مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، والخارج منه كونها بالواجب، وهو غير معلوم (١).

نعم إذا أقر
بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢)

(١) فإن احتمال كونه مدينا مدفوع بالأصل كما هو الحال فيما لو لم يكن قد أوصى أصلاً أو كان قد أوصى بثلثه في جهة معينة. وعليه فلا يكفي مجرد الاحتمال في جواز الاخراج من الأصل، وأما الاخراج من حيث الوصية فكذلك لكونه خلاف ما دل على عدم نفوذها في الزائد عن الثلث: وبعبارة أخرى: إن الاخراج من أصل التركة إما يكون بالوصية أو لكونه من الواجبات التي تخرج منه، والأول خلاف النصوص الدالة على عدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلا بإجازة الوارث والثاني خلاف الأصل.

وعليه: ففي مورد الشك لا يجوز اخراج الزائد لا من حيث احتمال كونه من الواجبات التي تخرج من الأصل ولا من حيث الوصية. (٢) بلا اشكال فيه، لقاعدة نفوذ اقرار العقلاء على أنفسهم فإنه منه وليس من الاقرار على الورثة - كما قيل - إذ الإرث إنما يترتب على عنوان ما ترك، وإذا أقر الموصي في حال حياته بالدين ألزم به واجبر على دفعه إذا امتنع عنه. وعندئذ فلا يبقى موضوع لإرث الورثة أعني عنوان ما ترك. وبعبارة أخرى: إن دعوى كون اقرار الموصي هذا اقراراً في

بل وكذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاة أو نذرا أو نحو ذلك، وشك في أنها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضا تخرج من الأصل، لأن الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما (١) والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما (٢).

(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي فلا اشكال في نفوذها (٣) ولا يجوز له الرجوع في إجازته (٤)

حق الورثة إنما تتم فيما إذا لم يكن لهذا الاقرار أثر إلا الاخراج من أصل المال، وأما إذا كان له أثر في حال حياته كلزوم دفعه وما شاكله نفذ اقراره وبه يثبت موضوع يرتفع معه إرث الوارث. هذا مضافا إلى امكان استفادة الحكم من جملة من النصوص الدالة على أن الميت إذا كان أوصى بحجة فإن كانت هي حجة الاسلام خرجت من أصل المال وإلا فمن الثلث فإنها تدل على أن اعتراف الميت في حياته مسموع ويلزم العمل على وفقه.

(١) إذ أن غير الواجب لا يكون خمسا أو زكاة وإنما هو تبرع وهدية.

(٢) فلا أثر يترتب على احتمال الخلاف.

(٣) بلا خلاف فيه بيننا، ولأنهم ما لكون للمال حقيقة لانتقاله

إليهم بالإرث فلهم أن يتصرفوا فيه كيف ما شاؤوا.

(٤) لنفوذ الوصية وانتقال الموصى به إلى الموصى له بمجرد

الإجازة بناء على كون الإجازة تنفيذا لعلم الموصي على ما سيأتي اختياره منا وأما بناء على كونها هدية منهم فلهم الرجوع فيها قبل

وأما إذا جاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان (١).
أقواهما الأول كما هو المشهور للأخبار (٢)

القبض مطلقا وبعده فيما إذا لم تكن الهبة لازمة بشرط أو لكونها إلى
ذي رحم.

(١) بل أقوال: النفوذ مطلقا، وعدمه مطلقا. ذهب إليه المفيد (قده)
في المقنعة وابن إدريس (قده) وغيرهما باعتبار أنهم أجنبيون عن
المال تماما ولا حق لهم فيه ما دام الموصي على قيد الحياة، فلا تكون
إجازتهم نافذة ولهم الرجوع عنها والمطالبة بالإرث بعد موت الموصي
والتفصيل بين كون الوصية حال المرض فتنفذ إجازتهم وكونها
حال الصحة فلا، والتفصيل بين غنى الوارث وفقره فتنفذ في الأول
إذا كانت الإجازة من غير استدعاء الموصي، ولا تنفذ إذا كانت
باستدعائه أو كان الوارث فقيرا.

ولا دليل على شيء من الأقوال الثلاثة الأخيرة.
نعم القاعدة الأولية تقتضي عدم نفوذها في حياة الموصي لأن الوارث
أجنبي حينئذ عن المال. ومن هنا فتكون اطلاقات ما دل عدم
نفوذ الوصية فيما زاد عن الثلث محكمة حيث إن مقتضاها عدم الفرق
بين إجازتهم في حياة الموصي وعدمه. لكن هذا إنما ينفع على تقدير
عدم النص في المقام، وحيث إنه موجود فلا أثر له.

(٢) منها: صحيحة محمد بن مسلم والذي رواها المشايخ الثلاثة -
عن أبي عبد الله (ع): (في رجل أوصى بوصية وورثته شهود
فأجازوا ذلك. فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما
أقروا به؟ فقال: ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم إذا أقروا

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين (١) فيرجع إجازته

بها في حياته) (١).

ومنها: صحيحة منصور بن حازم قال: (سألت أبا عبد الله (ع):
عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك
له، قال: جائز) (٢).

فإنهما صحيحتا السند وصريحتا الدلالة، ومعهما فلا أثر للرجوع
إلى القاعدة واطلاقات ما دل على عدم نفوذ الوصية فيما زاد عن الثلث.
ثم إنه لا فرق في المقام بين كون الإجازة سابقة على الوصية أو
لاحقة لها - وإن كان مورد الصحيحتين هو الثاني فإنه إذا صحت
الوصية بالإجازة صحت بالإذن بطريق أولى، إذ لا يحتمل أن يكون
لتأخره دخل في التأثير فإن العبرة إنما هي بالرضا مع ابرازه في الخارج.
(١) وفيه: أن هذا الاحتمال ساقط جزماً وذلك لما عرفت من
أن العبرة في الثلث أو الزيادة عليه إنما هي بحال الموت لا حال الوصية
وعليه فإذا فرضنا تحقق الموت بعد الوصية بلا فصل لكانت هذه
الدعوى ممكنة وإن لم يكن دليل عليها، وأما إذا فرضنا الفصل بينهما
فلا حق لهم فيه جزماً لأنه حينها ليس في حال المرض أو الموت كي
يقال بأن لهم حقاً فيه، لا سيما إذا كانت ملكيته لبعض الأموال متأخرة
عن الوصية فإنه حينئذ لم يكن لنفس الموصي حق فيه فضلاً عن ورثته.
وأما النصوص التي لم يستبعد (قده) استفادة ذلك منها فهي
أجنبية عن المقام حيث إنها لا تدل إلا على أنه ليس للموصي الوصية

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

إلى اسقاط حقه كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث.

هذا والإجازة من الوارث

تنفيذ لعمل الموصي (١) وليست ابتداء عطية من الوارث،

فلا ينتقل الزايد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل

إليه بموت الموصي أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له بل ولا

بتقدير ملكه. بل ينتقل إليه من الموصي من الأول.

بأزيد من الثلث، وأما كون ذلك نتيجة لثبوت حق للورثة في الثلثين الآخرين فلا دلالة فيها على ذلك بالمرّة.

(١) خلافا لما ذهب إليه جماعة من الأصحاب منهم صاحب

الحدائق (قده) حيث يظهر منه الميل إليه، وهو إن كان مقتضى

القاعدة فإن مقتضى ما دل على بطلان الوصية في الزائد عن الثلث

وعدم نفوذها انتقاله إلى الورثة وكونه ملكا لهم على حد سائر أموالهم

غاية الأمر إنا خرجنا عنها في فرض إجازتهم للزائد في حياته لصحيحتي

محمد بن مسلم ومنصور بن حازم المتقدمين فيبقى الباقي بما في ذلك

فرض إجازتهم له بعد وفاته على القاعدة فيحكم ببطلانها فيه وانتقاله

إليهم. نعم لهم صرف المال فيما أوصى به الميت باعتبار أن للمالك

السلطنة في صرف ماله كيف ما يشاء.

إلا أنه إنما يتم فيما إذا لم يكن دليل يقتضي رفع اليد عن القاعدة في

المقام أيضا، وحيث إنه موجود فلا مجال للتمسك بالقاعدة فإنه يمكن

أن يستدل عليه بالأولوية القطعية، فإن الوصية إذا نفذت بإجازتهم

لها في حال حياته مع كونهم أجنبيين عن المال بالكلية فنفوذها بإجازتهم

بعد أن أصبحوا مالكيين له يكون بطريق أولى.
هذا مضافاً إلى النصوص التي يمكن استفادة ذلك منها:
ففي صحيحة أحمد بن محمد قال: (كتب أحمد بن إسحاق إلى
أبي الحسن (ع): إن ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضعيفة أشقاصاً
في مواضع، وأوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث
ونحن أوصياؤها واحببنا انهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بامضاء
الوصية علي وجهها أمضيها وإن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في
جميع ما يأمر به انشاء الله. قال: فكتب (ع) بخطه: ليس يجب
لها في تركتها إلا الثلث وإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم
انشاء الله) (١).

حيث إن الظاهر منها أن التفضل إنما هو امضاء الوصية لا اهداء
المال إليه (ع)، ويؤكد قوله (ع): (وكنتم الورثة) فإن
تقييده (ع) بذلك لا معنى محصل له غير كون حق إجازة الوصية
لهم وإلا فهبة المال جائزة سواء أكان قد استحصله عن طريق الإرث
أم من غيره.

وصحيحة علي بن الحسن قال: (مات محمد بن عبد الله بن زرارة
وأوصى إلى أخي أحمد بن الحسن وخلف داراً وكان أوصى في جميع
تركته أن تباع ويحمل ثمنها إلى أبي الحسن (ع) فباعها، فاعترض
فيها ابن أخت له وابن عم له، فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، وكتب
إليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح، فأخبره
أنه جميع ما خلف وابن عم له وابن أخته عرض وأصلحنا أمره بثلاثة

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

(مسألة ٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضي عليهم بما ظنوه، وعليهم الحلف على الزايد، فلو أقالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار، قضي عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم: وأحلفوا على نفي ظن الزايد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث البقية، وذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد وأصالة عدم علمهم بالزايد، بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير، فإن لا يسمع

دنانير. فكتب قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب (١) حيث إنها تدلنا على نفوذ الوصية بتمام المال إذا أمضاها الوارث بعد الموت.

ثم إن ثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو مات الوارث أو الموصى له بعد الإجازة وقبل القبض فعلى ما مال إليه صاحب الحدائق (قده) ينتقل المال إلى ورثة الوارث المجيز حيث إن الهبة لا تصح إلا بالقبض وهو غير متحقق فيكون المال باقياً على ملك الواهب وبموته ينتقل إلى ورثته، وأما على ما اخترناه ينكشف بمجرد الإجازة ملك الموصى له للزائد من حينها.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٧.

منهم ذلك لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد. ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول. ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول. وهذا هو الأقوى (١) أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة كما في سائر المقامات، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو

صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه. (١) بل الأقوى هو التفصيل بين الوصية بعين معينة وبين الوصية بالسهم كالنصف والثلثين ونحوهما. ففي الأولى: يحكم بنفوذها من دون أن يكون للورثة حق نقضها وذلك لإجازتهم لها وانتقال الموصى به إلى ملك الموصى له واعتقادهم أنها تسوى كذا فضلاً عن ظنهم لا أثر له لأنه من قبيل تخلف الداعي وهو لا يوجب بطلان الإجازة كما هو الحال في الهبة اللازمة فإنه لو وهب لزيد عينا باعتقاده أنها لا تسوى إلا مائة درهم ثم انكشف له أنها تسوى ألف درهم فإن ذلك لا يوجب بطلان الهبة وجواز رجوعه فيها لأنه ليس إلا من قبيل تخلف الداعي وهو لا يقتضي البطلان. وفي الثانية: فلا بد من التفصيل أيضاً بين ما إذا كان المراد من النصف هو النصف الخارجي على نحو الاشتراك، بأن يكون الموصى له شريكاً للورثة في نصف ما تركه الموصى عينا وإن كان ذلك نادراً جداً. وما إذا كان المراد به الشركة في المالية بتلك النسبة كما هو الغالب في الوصية لا أن يكون الموصى له شريكاً للورثة في عين المال نظير ما تقدم منا اختياره في باب الزكاة.

بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (١)
إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا (٢)
فيرجع إلى عدم الإجازة. ومعه يشكل السماع (٣) فيما
ظنوه أيضا.

فإن كانت الوصية من النحو الأول فهي ملحقة بالوصية بعين
معينة، حيث يحكم بنفوذها من غير تأثير لظنهم قلة الزايد أو كثرة
التركة، فإنه من تخلف الداعي وهو لا يوجب بطلان الإجازة،
بل الحال كذلك حتى مع تيقنهم لقلة الزائد، فإنه لا أثر لانكشاف
الخلاف كما هو الحال في الهبة اللازمة.

وإن كانت الوصية من النحو الثاني، فإن علمنا بصدق دعواهم
فلا مجال للقول بعدم سماعها لأنهم إذا اعتقدوا كون التركة ألف درهم
فقط فأجازوا الوصية بالنصف فإنهم إنما أجازوا الخمسمائة درهما خاصة
فإذا انكشف كونها ألف دينار فهم لم يمضوا الخمسمائة دينار، ومعه
فكيف تكون نافذة فيها.

ومنه يظهر أنه مع الشك في صدق دعواهم وعدمه لا ترد بقول
مطلق بحيث تنفذ عليهم مطلقا، بل هي مسموعة وإن كانت تحتاج
في مقام القضاء إلى الإثبات حيث إنها على خلاف الظاهر. فإن
أثبتوها فهو وإلا مضت الإجازة عليهم.

(١) قد عرفت أنه إنما يتم فيما إذا كانت الوصية متعلقة بالعين
الخارجية أو بالنسبة على نحو الإشاعة والشركة بالعين، وأما إذا كانت
متعلقة بالنسبة على نحو الشركة في المالية خاصة فالمتعين هو السماع.
(٢) بلا فرق فيه بين تعلق الوصية بالعين أو بالنسبة على نحوها.
(٣) الظاهر كون كلمة السماع من سهو القلم فإن دعواهم على

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي (١) لا حال الوصية، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة (٢) إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو

ما عرفت مسموعة. نعم لا يقضى بمجرد لكونها على خلاف الظاهر، بل لا بد لهم من الإثبات. فالصحيح هو كلمة (القضاء) بدلا من (السماع)

(١) بلا خلاف فيه ويقتضيه قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية) ورواية عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع): (قال: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز) (١) وغيرها من النصوص التي تضمنت التعبير (بما ترك) أو (ماله) أو (ما خلف) فإن الاستفادة منها كون العبرة بما يتركه من بعده لا بما يملكه فعلا. بل ويدل عليه صريحا معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع): (قال: قال أمير المؤمنين (ع): من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته) (٢) وغيرها فإن الدية من الملك المتجدد له المتأخر عن الوصية وقد حكم (ع) بخروج الثلث منها أيضا.

(٢) وذلك لما عرفت من أن الوصية إنما تكون على نحو الإشاعة في المالية فيكون ثلث الميت مشاعا بين تمام المال.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١٩.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار
ثم نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصي، ولو
زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيرة جداً. وقد
يقيد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة
المتجددة والأصل عدم تعلق الوصية بها. ولكن لا وجه
له للزوم العمل باطلاق الوصية (١). نعم لو كان هناك
قرينة قطعية (٢) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح

وعليه فإذا ورد نقص على الأموال كان النقص على الجميع ثلث
الميت وثلثي الورثة بلا فرق في ذلك بين النقص الوارد على العين أو
المالية، فلا موجب لاختصاص أحدهما به. ولا يقاس ذلك بالدين
حيث لا بد من اخراجه على كل تقدير لأنه من قبيل الكلبي في المعين
والوصية من قبيل الإشاعة في جميع المال.
(١) والمراد بها اطلاق كلمة (ما ترك) و (ماله) و (ما خلف)
فإن مقتضاه عدم الفرق بين ما كان موجوداً بالفعل حين الوصية وما
يملكه بعد ذلك ولذا لو كانت الزيادة قليلة لدخلت في الوصية
بلا خلاف.

ويؤيده أن الناس وبحسب الغالب يتجدد لهم أموال في الفترة
بين الوصية والموت، فإنه خير قرينة على كون العبرة بحال الوفاة
لا حال الوصية. ومجرد كون الزيادة غير متوقعة لا أثر له بعد شمول
الاطلاق له.

(٢) والمراد بها مطلق ما يكون حجة.

وما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقتها. ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزايد مع عدم إجازة الوارث (١) وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلاً. (مسألة ٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي كمائة دينار مثلاً أنه إذا تلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة كما في الحصة المشاعة وإن كان الثلث وافياً. وذلك بدعوى أن الوصية بها ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة. والأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً (٢). ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة.

-
- (١) لما عرفت من كون المدار في الزيادة والنقصان عن الثلث على حال الوفاة لا حال الوصية.
(٢) لاطلاقات أدلة نفوذ الوصية، فإنها شاملة للمقام باعتبار أن

(مسألة ٨): إذا حصل للموصي مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون، فلو أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضا مثلا، وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها (١) وكذا إذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلا.

الموصى به حين موت الموصي ليس زائدا على ثلثه، فلا موجب لورود النقص عليه.

على أن لازم ملاحظة النسبة وحمل الوصية بالعين أو الكلي على الحصة المشاعة هو القول زيادتها عند زيادة التركة، فلو أوصى بمائة دينار وكانت ملكيته عند ذلك تبلغ ألف دينار وقلنا بأن هذه الوصية ترجع إلى الوصية بالعشر ثم زادت بعد ذلك فبلغت ألفين كان لازم ذلك اخراج مائتي دينار للموصى له نظرا لكونها بالفعل عشر الوصية ولا أظن أن أحدا يقول به لا سيما إذا كان الموصى به عينا معينة فإنها لو كانت حين الوصية تسوى ألفا وكانت مالية الموصي عشرة آلاف ثم زادت بحيث بلغت عند موته عشرين ألفا، فلا قائل بلزوم اخراجها مع مثلها أو قيمتها، باعتبار أن مرجع الوصية حينئذ إلى الحصة المشاعة وهي العشر في المثال.

(١) الكلام لا بد وأن يفرض فيما إذا كانت الأموال مقسمة وقد وقعت الشبكة في حصة الوارث ثم وقع فيها الصيد أو يفرض كون الموصى به عينا معينة تزيد قيمتها عن الثلث قبل ووقوع الصيد في الشبكة

بل ولو أوصى ثم قتل حسبت دينه من جملة تركته فيخرج
منها الثلث
كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ (١)

فيه بنتاج الحيوانات كما توهمه بعض بدعوى: أنه لو كان يملك
بقرتين متساويتي القيمة فأوصى بإحدهما المعينة لزيد، ردت الوصية
في الزائد حتى ولو ولدت الثانية فأصبحت قيمة الأولى تساوي الثلث
إذ لا يكون نقص الأولى متداركا بولد الثانية.

فإنه من القياس مع الفارق، فإن النتاج في الحيوانات يكون تابعا
لأمه على ما تقدم الكلام فيه مفصلا في مباحث نكاح العبيد والإماء
بل وكذا الحكم في الانسان أيضا على ما اخترناه في محله.
وعليه: فلا يحتمل أن يكون المولود في المقام مشتركاً بين الميت
والوارث، وهذا بخلاف الصيد حيث إنه يكون تابعا للصائد دون
الآلة كما عرفت. فلا وجه لقياس أحدهما على الآخر.

(١) اجماعاً ومن غير خلاف ينتقل. ويقتضيه مضافاً إلى صحة
محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع)، (قال: قضى أمير المؤمنين (ع)
في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعا
أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصي فودي،
فقضى في وصيته أنها تنفذ من ماله ومن دينه كما أوصى) (١).
ومعتبرته الأخرى قال: (قلت له: رجل أوصى لرجل بوصية
من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعني الموصي فقال:
يجاز لهذه الوصية من ماله ومن دينه) (٢).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

بل وإن كان عمدا (١) ووصولها على الدية، للنصوص الخاصة مضافا إلى الاعتبار وهو كونه أحق بعوض نفسه من غيره.

ومعتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع): (قال: قال أمير المؤمنين (ع) من أوصى بثلاثة ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته) (١). ما عرفت من أن الوصية لا تلاحظ بالقياس إلى ما يملكه الموصي حالها بل تعم مطلق ما يدخل في ملكه ولو بعد الموت، فإن الدية منها حيث يملكها الميت أولا ثم تنتقل إلى الورثة على ما يستفاد من جملة من النصوص.

(١) أما إخراج الدين منها فمنصوص، ففي معتبرة يحيى الأزرق عن أبي الحسن (ع). في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله، عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم. قلت: وهو لم يترك شيئا، قال: إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه) (٢). ومعتبرة أبي بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قتل وعليه دين وليس له مال فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله وعليه دين؟ فقال إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فإن وهب أولياؤه دمه للقتال ضمنوا الدية للغرماء وإلا فلا. وأما الوصية فهي غير منصوبة بخصوصها في المقام. ومن هنا

- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٩ باب ٥٩ من أبواب القصاص في النفس ح ١.

فقد يستشكل فيها بأن الواجب في قتل العمد إنما هو القصاص نظرا إلى كون نفس القاتل بدلا عن نفس المقتول والدية إنما تثبت بالمصالحة بين القاتل وأولياء المقتول، فهي عوض في المصالحة الواقعة بينه وبينهم وهذا يقتضي دخولها في ملكهم ابتداء، لا بعد دخولها في ملك الميت إرثا كي يخرج منه ديونه ووصاياه.

إلا أن هذا الاشكال مرهون نظرا لامكان اثبات الحكم بالتمسك مضاف إلى صحيحة إسحاق بن عمار عن جعفر (ع): (إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا قبلت دية العمد فصارت مالا فهي ميراث كسائر الأموال) (١) باطلاق صحيحة محمد بن قيس المتقدمة فإنها غير مقيدة بالقتل الخطائي بل ومعتبرته الأخرى حيث إن التقييد به إنما هو في كلام السائل دون الإمام (ع) فلا يدل على الاختصاص.

وأما معتبرة السكوني فالتقييد به وإن كان في كلامه (ع) إلا أنها لا تدل على الاختصاص أيضا نظرا لكونه من قيد الموضوع حيث إن الدية لا تكون إلا في القتل الخطائي، وأما القتل العمدي فالواجب هو القصاص وإن كان للوارث العفو عنه بإزاء المال، فلا تدل على عدم ثبوت الحكم في القتل العمدي.

هذا كله مضافا إلى امكان استكشاف الحكم مما دل على خروج الديون منها، حيث قد عرفت أن المستفاد منها أنهم إنما يأخذونها إرثا من الميت لا استقلالاً وبالملكية الابتدائية بحيث تنتقل من الدافع إليهم مباشرة، ولذا يقتسمونها قسمة الميراث فيكون الميراث متأخرا عن الوصية كما هو متأخر عن الدين.

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١٤ من أبواب موانع الإرث، ح ١.

وكذا لو أخذ دية جرحه خطأ بل أو عمدا (١).

(١) لكونه ملكا لها في حياته، فتنقل إلى ورثته على حد انتقال سائر أمواله إليهم. إلا أن من غير الخفي أن الدية هذه خارجة عن محل الكلام نظرا إلى أنها ليست من الأموال المتجددة بعد الموت، وكلامنا فيها.

نعم لو كان مراده (قده) 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. والحمد لله أولا وآخرا.

هذا آخر ما أدركه فهمي القاصر من محاضرات سماحة آية الله العظمى السيد الوالد دام ظله شرحا وتعليقا على كتاب الوصية من العروة الوثقى.

وإني إذ أبتهل إلى العلي القدير أن يحفظ سيدنا الأعظم ويطيل في عمره الشريف ذخرا وسندا للاسلام والمسلمين أسأله أن يوفقني للاستمرار في هذا النهج أنه سميع مجيب.

وكان الفراغ منه في اليوم الثالث من شهر ربيع الثاني من عام أربعمائة وثلاثة بعد الألف من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف الصلاة والسلام في مدرسة دار العلم بجوار الحضرة العلوية سلام الله عليه. وأنا الأقل محمد تقي الخوئي